

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura, Giorgio Ghezzi e Piergiovanni Alleva*

ANNO LXIV - 2013 - N. 1

*Trimestrale
gennaio-marzo 2013*

DIRETTA DA

Bruno Veneziani

COMITATO DIRETTIVO

*Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera,
Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro, Alessandro Bellavista, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini,
Umberto Carabelli, Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi, Francesco Fabbri, Fausta Guarriello,
Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari, Gianni Loy, Sergio Mattoni,
Luigi Menghini, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli, Franco Scarpelli,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Sergio Vacirca, Lorenzo Zoppoli*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Guido Canestri, Carlo de Marchis,
Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Alessandra Raffi, Lucia Valente*

COMITATO SCIENTIFICO

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero,
Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci,
Bruno Caruso, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo,
Madia D'Onghia, Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Fabio Fonzo,
Alessandro Garilli, Enrico Gragnoli, Raffaele Guariniello, Mariorosario Lamberti,
Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Naccari,
Mario Napoli, Roberta Nunin, Angelo Pandolfo, Alberto Piccinini,
Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati, Carlo Smuraglia,
Tiziano Treu, Patrizia Tullini, Roberto Voza*

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile

I SAGGI CHE COMPONGONO LA PARTE I - DOTTRINA NON DEVONO SUPERARE LE 25 PAGINE NEL FORMATO DELLA RIVISTA E SONO SOTTOPOSTI ALLA VALUTAZIONE DI REFEREEES ANONIMI.

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).

Proprietario ed editore

Ediesse s.r.l.

Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 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

Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl@ediesseonline.it

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 100,00 euro; estero 200,00 euro

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.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

Una copia: 33,00 euro; arretrati: 66,00 euro

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.



Associato all'USPI

Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

<i>Piergiovanni Alleva</i> Un arrivederci	VII
TEMA Codatorialità e gruppi di imprese	
<i>Valerio Speziale</i> Gruppi di imprese e codatorialità: introduzione a un dibattito	3
<i>Oronzo Mazzotta</i> Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione	19
<i>Orsola Razzolini</i> Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della <i>flexicurity</i>	29
<i>Vito Pinto</i> Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro	55
<i>Adalberto Perulli</i> Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata	83
<i>Maria Giovanna Greco</i> La ricerca del datore di lavoro nell'impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza	117

SAGGI

Marzia Barbera
Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio 139

Lorenzo Maria Dentici
Tutela e sicurezza del lavoro tra centro e periferia:
la sicurezza sui luoghi di lavoro 171

OSSERVATORIO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA
A cura di Ginevra Galli

Angelo Delogu
L'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore bancario 199

Luisa Monterossi
Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'Accordo interconfederale
28 giugno 2011 e dell'art. 8 della legge n. 148/2011 211

PARTE II
GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO
LA CORTE COSTITUZIONALE
Le decisioni nel trimestre ottobre-dicembre 2012
Rapporto di lavoro 3
Sicurezza sociale 11
A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

RAPPORTO DI LAVORO

Serena Zitti
L'anzianità di servizio dei precari pubblici:
una discriminazione alla rovescia?
(*Corte di Giustizia Ue, 18 ottobre 2012,*
cause riunite da C-302/11 a C-305/11, Sez. VI) 15

Alberto Mattei

Controlli difensivi e tutela della riservatezza del lavoratore
(*Cassazione, 1° ottobre 2012, n. 16622, Sez. lav.*) 32

Filippo Aiello

Primi interventi della Cassazione dopo l'interpretazione autentica
del regime risarcitorio per l'illegittima apposizione del termine
(*Cassazione, 7 settembre 2012, n. 14996, Sez. lav.*) 37

Antonio Federici

Obbligo di reintegrazione e sua coercibilità
dopo la legge n. 92/2012
(*Cassazione penale, 6 settembre 2012, n. 33907, Sez. VI*
Cassazione, 16 giugno 2012, n. 9965, Sez. lav.) 46

Silvia Magnifico

Il recesso del padre lavoratore tra convalida amministrativa
e parificazione dei ruoli genitoriali
(*Cassazione, 11 luglio 2012, n. 11676, Sez. lav.*) 66

Mirko Altimari

Il diritto di precedenza dei lavoratori a tempo parziale
in caso di assunzioni a tempo pieno
(*Cassazione, 17 maggio 2012, n. 7752, Sez. lav.*) 74

Lavoratrici del settore aereo e discriminazione
nel computo dell'indennità di maternità
(*Tribunale Busto Arsizio, 1° ottobre 2012*) 80

Maria Cristina Cimaglia

Un'altra freccia nell'arco del diritto antidiscriminatorio:
il danno non patrimoniale con funzione punitiva
(*Tribunale Pistoia, 8 settembre 2012*) 85

DIRITTO SINDACALE

Angelo Delogu

Crumiraggio interno e condotta antisindacale: variazioni sul tema
(*Cassazione, 12 agosto 2012, n. 14157, Sez. lav.*) 93

Lorenzo Giasanti

L'interpretazione adeguatrice dell'art. 19 Stat. lav.
tra giudice ordinario e giudice costituzionale
(*Tribunale Napoli, 13 aprile 2012, Sez. lav., decr.*)

100

SICUREZZA SOCIALE

Dario Marinuzzi

Le ultime novità in materia di trattamento di fine servizio
per i dipendenti pubblici
(*Corte Costituzionale, 11 ottobre 2012, n. 223*)

111

Carla d'Aloisio

Sulla responsabilità solidale del committente in relazione
agli obblighi contributivi dell'appaltatore
(*Corte d'Appello Genova, 13 giugno 2012*
Tribunale Torino, 18 ottobre 2012
Tribunale Parma, 25 settembre 2012
Tribunale Forlì, 11 novembre 2011)

123

Piergiovanni Alleva

Da questo numero, la *Rivista* ha quale nuovo direttore unico il prof. Bruno Veneziani, che per lungo tempo ha condiviso con me la responsabilità della direzione, in spirito non soltanto di fraterna collaborazione, ma anche di evidente complementarità di interessi e di metodologia, e in un rapporto di consultazione continua con un Comitato direttivo attento e partecipativo.

La *Rivista* può, infatti, contare sull'assoluto rigore scientifico di Bruno Veneziani, e spero non venga meno quella propensione al «conoscere per cambiare», che ha sempre costituito la ragion d'essere del mio impegno.

Mi auguro, in questo senso, che la *Rivista* si sforzi sempre di porre in primo piano un messaggio di rinnovamento sistemico del diritto del lavoro, che probabilmente deve ormai fare i conti con il superamento degli schemi e dei riferimenti che ci hanno tenuto compagnia per quasi quarant'anni: accenno al sistema sindacale «di fatto» di cui l'amministratore delegato della Fiat, Sergio Marchionne, ha rivelato le implicite potenzialità antidemocratiche, o alla stessa assoluta centralità del rapporto di lavoro nel quadro del diritto sociale, che è stata, invece, una convinta petizione di principio.

Forse nel futuro sarà più importante parlare di reddito di cittadinanza quale diritto esistenziale di ognuno e di ognuna, piuttosto che soltanto di salario minimo adeguato alla qualità e alla quantità del lavoro prestato.

Ma non vi è in realtà motivo – mi sembra – per porre in contrasto le due visioni che ho così voluto emblematicamente riassumere, perché per chi crede nella centralità del diritto sociale è del tutto fisiologica la relativa prevalenza da assegnare a questa o quella delle sue parti costitutive.

Non posso deporre la penna senza aver ringraziato la dott.ssa Maria Clotilde Domenichini e la dott.ssa Rossella Basile per il prezioso lavoro organizzativo e di cura redazionale che hanno svolto, avvicinandosi, in tutto questo lungo periodo: un lavoro quotidiano ben conosciuto dalle decine di collaboratori e collaboratrici che con loro hanno scambiato in questi anni dattiloscritti e bozze.

Ringrazio anche di cuore le colleghe e i colleghi del Comitato di redazione, che continueranno a «fare» la *Rivista* con l'entusiasmo di sempre, nonché i tantissimi collaboratori e le tantissime collaboratrici che hanno sempre risposto con prontezza alla richiesta di commentare sentenze.

Quanto a me, lascio soltanto il ruolo direttivo; ma non cessa la mia collaborazione con questa *Rivista*. Arrivato alla saggezza della terza età, che nulla toglie però al mio impegno di «partigiano» semplice, mi piacerebbe riservarmi una rubrica riguardante tematiche di emergente interesse giuridico e socio-economico, che dovrebbe, volta per volta, contenere non solo una proposta di riforma, ma anzitutto una riflessione sugli antecedenti e una spiegazione sul perché della proposta medesima.

Bologna, 10 marzo 2013

PARTE I
DOTTRINA

Valerio Speziale (*)

GRUPPI DI IMPRESE E CODATORIALITÀ: INTRODUZIONE A UN DIBATTITO

SOMMARIO: 1. La codatorialità come teoria di imputazione plurima dei rapporti di lavoro. — 2. Introduzione ai saggi pubblicati. — 3. Conclusioni.

1. — *La codatorialità come teoria di imputazione plurima dei rapporti di lavoro* — Questo numero della *Rivista* è dedicato in larga parte al tema dei «Gruppi di imprese e codatorialità». La questione della possibile coesistenza di due (o più) datori di lavoro nel medesimo rapporto è stata da me esaminata nella relazione presentata al XVI Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale dal titolo «La figura del datore di lavoro – Articolazioni e trasformazioni» (1).

La riflessione partiva in primo luogo dai mutamenti intervenuti nei sistemi di produzione e di organizzazione del lavoro.

La struttura tradizionale dell'impresa è costituita «da una "tecnostuttura concentrata", che assicura "l'integralità del processo produttivo". All'interno di tale organizzazione convivono diversi soggetti che, in base alla divisione del lavoro, svolgono funzioni differenti e assicurano, attraverso una catena di comando, la integrazione delle varie funzioni in un contesto organizzato su base gerarchica. Le innovazioni tecnologiche e organizzative e i mutamenti strutturali nei processi economici hanno cambiato questo quadro di riferimento. Alla organizzazione verticale e unitaria, che ancora permane, si affiancano forme di integrazione orizzontale a rete, in cui l'attività complessiva è frazionata e distribuita tra una pluralità di imprese legate da contratti commerciali. Oppure l'integrazione è realizzata mediante gruppi di imprese che svolgono diverse attività autonome o collegate. I rapporti tra le imprese nei due modelli generali sopra delineati possono svolgersi secondo integrazioni gerarchiche

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Chieti-Pescara.

(1) La relazione è stata poi pubblicata, con integrazioni e modifiche, con il titolo *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 1 ss.

(dove un soggetto svolge un ruolo dominante) o in base a relazioni paritarie tra le strutture produttive» (2).

Queste modifiche nella realtà economica «hanno influenzato profondamente la struttura del contratto di lavoro. Da un lato, sono stati introdotti nuovi istituti che si basano sulla scissione tra il soggetto che ha la titolarità del contratto e chi concretamente utilizza il lavoro. Inoltre, i modelli di integrazione contrattuale hanno determinato la diffusione, in misura molto superiore al passato, di forme di utilizzazione indiretta del lavoro. In tale contesto sono state introdotte discipline di responsabilità solidale di tipo patrimoniale. In altri casi si è adottata una nozione più ampia di datore di lavoro (che va al di là della titolarità del contratto di lavoro subordinato) o sono state previste ipotesi di codatorialità del rapporto che fa capo a soggetti diversi» (3).

Le innovazioni organizzative e giuridiche sono state da me approfondite con uno sguardo anche alla realtà di altri paesi, dove, tra le tecniche utilizzate, sono state previste vere e proprie forme di codatorialità, anche se con significative differenze tra i diversi ordinamenti analizzati (4).

Per quanto riguarda l'Italia, lo studio è stato condotto con riferimento alla nozione di subordinazione e alla compatibilità di due datori di lavoro con il medesimo lavoratore ai sensi dell'art. 2094 cod. civ., riletto alla luce di importanti modifiche normative che hanno cambiato alcuni caratteri «storici» del lavoro subordinato. Tra queste, la scissione tra titolarità formale del contratto e utilizzazione della prestazione lavorativa, l'attribuzione del potere direttivo a chi non è il datore di lavoro, la coincidenza non esclusiva tra imprenditore e soggetto interessato al ricevimento delle *operae*, la qualificazione come datori di lavoro di coloro che sono responsabili di un determinato contesto organizzativo e a prescindere dalle caratteristiche delle relazioni contrattuali esistenti e così via.

Un'attenzione particolare è stata rivolta anche alle operazioni di *contractual integration* effettuate mediante contratti commerciali e con il ricorso sempre più frequente a forme di collegamento negoziale. In questi casi sono state realizzate forme assai accentuate di integrazione produttiva in cui le varie imprese vengono a costituire «parti» di una medesima entità imprenditoriale e dove «l'interesse organizzativo aziendale è "condiviso" da più imprese» (5).

(2) V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., pp. 1-2.

(3) *Ivi*, p. 2.

(4) *Ivi*, pp. 7 ss.

(5) *Ivi*, p. 39.

La codatorialità, in questo contesto, è stata argomentata sia in base alla nozione lavoristica di subordinazione (reinterpretata alla luce del dibattito ormai in corso da numerosi anni e delle innovazioni normative già sommariamente descritte), sia con riferimento alla prospettiva civilistica del collegamento negoziale, secondo le acquisizioni teoriche raggiunte anche dalla dottrina in questo campo. E lo sforzo interpretativo è stato condotto avendo ben presenti problemi chiave come la distinzione tra codatorialità e intermediazione fraudolenta di manodopera e la necessità di adattare istituti del rapporto di lavoro pensati per una dimensione esclusivamente bilaterale.

L'ipotesi teorica da me prospettata si pone il problema di superare l'effetto paradossale determinato dalla segmentazione dei processi produttivi. Infatti, nelle nuove forme di organizzazioni integrate, le imprese ottengono le medesime sinergie organizzative che scaturiscono dalla concentrazione della produzione in un'unica tecnostruttura senza peraltro subire gli effetti conseguenti alla subordinazione, la cui disciplina è nata proprio per tutelare i lavoratori nel contesto produttivo e impedire la loro assimilazione a un qualsiasi altro fattore della produzione. In sostanza, l'impresa «orizzontale», organizzata con contratti commerciali, può frustrare la finalità protettiva del diritto del lavoro nei confronti di lavoratori in condizioni del tutto analoghe, dal punto di vista della dipendenza economica e organizzativa, rispetto a quelli assunti da un unico imprenditore. Il che pone delicate questioni connesse alla lesione di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e dall'ordinamento della Unione europea. Senza dimenticare i profili connessi alla eguaglianza sostanziale tra lavoratori, a cui il diritto del lavoro non può certo rimanere insensibile.

L'analisi, per ragioni di complessità, non era stata estesa ai gruppi di imprese. Si tratta di un fenomeno esistente da tempo, fortemente differenziato al suo interno alla luce delle diverse caratteristiche del gruppo (finanziario, patrimoniale, industriale, imprenditoriale) e dei differenti obiettivi perseguiti. Il tema è stato recentemente regolato, in via generale, nell'ambito del diritto commerciale (gli artt. 2947 ss. cod. civ.). Mentre, per quanto attiene i rapporti collettivi e individuali di lavoro, sono state introdotte soltanto alcune specifiche disposizioni, senza peraltro una regolamentazione generale della subordinazione in queste particolari forme di aggregazione societaria (6). Tuttavia, le caratteristiche di integrazione produttiva e

(6) Si veda, in tempi recenti, E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 287 ss., a cui si rinvia per l'analisi di tutta la problematica e per l'indicazione della bibliografia sul tema. Si rinvia anche alle rifles-

operativa che in alcuni casi si instaurano tra le società del gruppo suggeriscono di verificare se, anche in questi casi, siano ipotizzabili forme di codatorialità. Questo spiega perché la *Rivista* ha inteso sondare l'opinione di alcuni studiosi, di diverse generazioni e con differenti storie culturali, accomunati dall'aver già studiato il tema del gruppo di imprese o di società. A essi si è chiesta una riflessione sul tema, analizzato da diversi angoli visuali e anche in una prospettiva comparata.

Le conclusioni raggiunte sono, come si vedrà, assai diverse e testimoniano la ricchezza e articolazione dei diversi approcci teorici al medesimo tema e dei differenti percorsi argomentativi. In questa sede, mi limiterò a una veloce introduzione dei saggi pubblicati e a esprimere alcune mie brevi considerazioni.

2. — *Introduzione ai saggi pubblicati* — Nel primo articolo, di Oronzo Mazzotta (*Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*), l'Autore esamina il problema in linea generale e osserva che la codatorialità potrebbe costituire la base «per un nuovo modello di legislazione più pragmatica e meno legata ai modelli tradizionali della materia». Nella situazione attuale «il suo limite di fondo è quello di rendere opaca la distinzione tra appalto lecito e interposizione illecita, facendo conseguire a forme di integrazione orizzontale del ciclo produttivo, riconducibili a veri e propri appalti – se pure caratterizzati da una situazione di sottoprotezione sociale dell'impresa appaltatrice –, le conseguenze sanzionatorie proprie dell'interposizione vietata». In questo contesto «la prospettiva della codatorialità mostra ancora meglio il suo carattere (giuridicamente) eversivo, costituendo una *tecnica antitetica* alla tecnica della subordinazione, cioè alla sequenza o circolo virtuoso che dalla subordinazione va al divieto di interposizione e vi ritorna».

In verità, la prospettiva teorica da me delineata considera attentamente la disciplina della intermediazione fraudolenta e se ne distingue nettamente (7). A parte le ipotesi di scissione «autorizzata» tra titolare del contratto di lavoro e utilizzatore della prestazione (somministrazione e distacco, da me non ricondotte alla codatorialità), il divieto di interposizione presuppone che il datore di lavoro «formale» non sia un vero imprenditore, bensì uno «schermo giuridico» nei confronti dell'effettivo beneficiario dell'attivi-

sioni di G. De Simone, *I gruppi di imprese*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, pp. 1554 ss.

(7) V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., pp. 29 ss.

tà lavorativa. Al contrario, nella ricostruzione interpretativa proposta, si è in presenza di due (o più) imprenditori genuini sotto il profilo della struttura organizzativa che, alla luce dei principi in tema di subordinazione o di quelli civilistici del collegamento negoziale, conformano l'attività del medesimo lavoratore e ne utilizzano «effettivamente» la prestazione, secondo la prospettiva prescelta anche da Mazzotta. Non mi sembra, dunque, che vi sia una «contraddizione insanabile» tra codatorialità, subordinazione e interposizione.

Il saggio di Orsola Razzolini (*Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*) analizza approfonditamente i gruppi di imprese e accoglie la tesi della codatorialità, seguendo, peraltro, un approccio diverso da quello da me proposto. L'elemento centrale della sua riflessione è costituita dalla possibile costituzione di una «obbligazione soggettivamente complessa» intercorrente tra il lavoratore e la pluralità di società. La codatorialità sussiste quando la prestazione del lavoratore è destinata a soddisfare «l'interesse di gruppo» (8). Essa si verifica quando vi è un unico vincolo contrattuale «intercorrente fra il prestatore di lavoro e una pluralità di società appartenenti al medesimo gruppo. A tal fine possono assumere rilevanza qualificatoria elementi assai simili a quelli da tempo elaborati dalla giurisprudenza: l'esistenza di attività di direzione e coordinamento unitario (a); un interesse di gruppo (b); una struttura organizzativa unitaria (c); l'utilizzo delle prestazioni di lavoro per perseguire la strategia di gruppo, condivisa dalle varie società a esso appartenenti (d). In questa visuale, il criterio della destinazione della prestazione all'interesse di gruppo consente di distinguere fra lavoratori impiegati nel contesto imprenditoriale esclusivo di una singola impresa e i lavoratori "del gruppo", la cui prestazione è funzionalmente destinata al disegno imprenditoriale comune».

La tesi, indubbiamente interessante, può essere accolta nella misura in cui gli «indici» sopra delineati siano tali da configurare un'ipotesi di subordinazione coerente con l'art. 2094 cod. civ., oppure una situazione di collegamento negoziale tra società. Nell'ambito della subordinazione, ad esempio, sarebbe necessario che la «direzione e coordinamento» di cui all'art. 2497 cod. civ. si esprimessero in «direttive» ai sensi dell'art. 2014 cod. civ.

(8) Definito come «una sintesi degli interessi imprenditoriali coinvolti», non coincidente «con l'interesse sociale della capogruppo» o delle singole società, bensì «con il disegno strategico condiviso dalla pluralità delle società ovvero, secondo una diversa interpretazione, con l'interesse imprenditoriale della capogruppo a governare e coordinare in modo strategicamente unitario le politiche finanziarie delle altre società del gruppo».

Oppure che la «struttura organizzativa unitaria» determini un processo di integrazione organizzativa tale da configurare le varie società come «parti funzionali» di un'impresa unica. In tale ambito, «l'attività di direzione e coordinamento (dovrebbe tradursi) in direttive specifiche sulle modalità organizzative dell'impresa e sull'organizzazione del lavoro» (9), con un'intensità tale da conformare i singoli rapporti di lavoro formalmente imputati alle diverse società. Infine è necessario che «l'interesse di gruppo» soddisfatto dalle singole prestazioni lavorative non sia di natura esclusivamente societaria, ma, ai sensi degli artt. 2094 e 1174. cod. civ., coincida con un interesse produttivo e organizzativo al ricevimento delle prestazioni tale da configurare una posizione creditoria in capo al gruppo (o alla *holding*).

Questi aspetti, peraltro, non sono sufficientemente chiariti nell'analisi della Razzolini e lasciano il dubbio che l'approccio teorico prescelto, pur valorizzando gli indici sopra descritti, non metta sufficientemente a fuoco la loro lettura nell'ambito della nozione di subordinazione in strutture produttive integrate. Anche se, a ben vedere, si potrebbe ritenere che questa sia la conclusione della studiosa quando parla di un «lavoratore (che) si obbliga a eseguire una prestazione *coordinata o coordinabile* a un interesse finale condiviso da una pluralità di soggetti».

Vito Pinto (*Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*) svolge un'analisi assai approfondita sul tema in generale e sui gruppi di imprese in particolare, che è un argomento da lui già studiato con una serie di lavori monografici (10). L'Autore contesta radicalmente l'ipotesi della codatorialità. Pinto ritiene, innanzitutto, che i processi di integrazione produttiva realizzati tra le imprese non determinino tra esse un rapporto «paragonabile a un'unità produttiva dell'impresa multidivisionale di stampo fordista-taylorista». Inoltre, la legge regola alcuni fenomeni di cooperazione produttiva riconoscendo espressamente la legittimità di queste relazioni economiche (che sono anzi assecondate) e degli interessi economici perseguiti. Pertanto è l'ordinamento giuridico stesso a impedire che queste imprese possano avere una valutazione «accorpata» ai fini della subordinazione, e un simile risultato interpretativo sarebbe in contrasto con i dati normativi disponibili (e costituirebbe frutto di una «valutazione politica» priva di fondamento normativo). In tale ambito vengono prese in considerazione la legge sulla subfornitura industriale, che reprime l'abuso di dipendenza economi-

(9) E. Raimondi, *Il datore di lavoro...*, cit., p. 303.

(10) V. Pinto, *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Cacucci, Bari, 2005; Idem, *Gruppi di società*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, Bononia University Press, Bologna, 2010, pp. 67 ss.; Idem, *I gruppi imprenditoriali tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 890 ss.

ca tra imprese, e la normativa in tema di cassa integrazione per gli imprenditori artigiani soggetti a «influsso gestionale prevalente».

Per quanto riguarda, più in particolare, i gruppi di imprese, l'Autore fa riferimento a varie disposizioni normative che dimostrerebbero come le aggregazioni societarie non sono mai considerate come centro di imputazione autonomo di rapporti giuridici, che invece fanno capo esclusivamente alle varie società. In tale contesto, particolare rilievo andrebbe attribuito all'art. 31, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, che consente la delega alla società capogruppo di alcuni adempimenti amministrativi, fermo restando che ciò non rileva «ai fini della individuazione del soggetto titolare delle obbligazioni contrattuali e legislative in capo alle singole società datrici di lavoro». Analoghe considerazioni andrebbero estese alle disposizioni in tema di informazione e consultazione dei licenziamenti collettivi (art. 4, comma 15-*bis*, della legge n. 223/1991) o all'art. 8, comma 4-*bis*, della legge n. 223/1991 sull'esclusione dei benefici economici per i lavoratori collocati in mobilità. Da tutte queste norme sarebbe desumibile «un vero e proprio *vincolo di sistema* per l'interprete». L'ordinamento, infatti, avrebbe introdotto disposizioni «che evitano accuratamente ogni “comunicazione” o “estensioni” di posizioni giuridiche attive o passive dall'una all'altra società».

Le argomentazioni sollevate da Pinto sono assai complesse e richiederebbero un approfondimento impossibile in questa sede. Ricordo, in primo luogo, che, dal punto di vista empirico, la mia interpretazione non ha inteso attribuire a tutte le forme di cooperazione produttiva tra le imprese l'effetto automatico di costituire una «azienda integrata», che è il substrato della teoria della codatorialità. I rapporti basati su contratti commerciali possono svolgersi con una molteplicità di forme, alcune delle quali caratterizzate da assenza di relazioni gerarchiche e da forte autonomia operativa (come accade, per esempio, per alcune forme di contratti di rete e collaborazioni modulari esaminate molto approfonditamente nel saggio di Perulli). E queste considerazioni possono essere estese anche ad alcuni contratti di subfornitura (perché se unica è la normativa di riferimento, diverse possono essere le forme di cooperazione di fatto realizzate). Non vi è dubbio, peraltro, che in alcune ipotesi dettagliatamente analizzate nel mio lavoro del 2010, le imprese, pur conservando la propria individualità economica e giuridica, hanno un grado di integrazione così spinto da costituire di fatto una entità organizzativa unitaria che le assimila – senza renderle uguali – a unità produttive autonome di una impresa «verticale» di tipo tradizionale (11).

(11) In questi casi, dunque, il grado di «interdipendenza» e la stessa distribuzione di potere tra i soggetti che esercitano l'iniziativa economica privata – a cui fa riferi-

Dal punto di vista giuridico, la precomprensione sottesa alla mia interpretazione (imputare il rapporto di lavoro anche a chi utilizza la prestazione lavorativa pur non essendo il datore di lavoro formale) è stata verificata in base alle caratteristiche della subordinazione (nella prospettiva lavoristica) o dei principi del collegamento negoziale (in un ambito più propriamente di diritto civile). L'opzione di politica del diritto presupposta dalla mia teoria – che, come è noto, è indissolubilmente legata a qualsiasi interpretazione giuridica – non solo è stata espressa in modo palese, ma soggetta al «controllo razionale» della ricostruzione sistematica secondo le categorie del diritto del lavoro. Non credo, dunque, che mi si possa imputare di aver impiegato la mia «creatività per conferire un ordine alla realtà sociale anche a prescindere da – ed eventualmente anche in contraddizione con – i dati normativi esistenti», come questo Autore sostiene.

D'altra parte, le norme giuridiche utilizzate da Pinto per contestare in generale la tesi della codatorialità non mi sembrano tali da poter confutare la mia ricostruzione interpretativa. Indubbiamente la legge sulla subfornitura o sulla cassa integrazione nel caso di influsso gestionale prevalente presuppongono la distinzione tra i soggetti imprenditoriali e la legittimità degli interessi perseguiti e tutelati dall'ordinamento. Tuttavia queste normative non sono state certo pensate per regolare ipotesi in cui il coordinamento tra soggetti economici si svolga con un'intensità tale da costituire un'impresa integrata secondo le caratteristiche da me delineate. Le distinte personalità giuridiche e i differenti assetti organizzativi degli imprenditori – mai negati dalla mia interpretazione – non escludono che, in determinate ipotesi, si realizzino forme di compenetrazione tra organizzazioni aziendali che consentano di affermare la condivisione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 2094 cod. civ. o dei principi sul collegamento negoziale elaborati nel diritto privato. Pertanto, per tornare alla ipotesi più vicina all'ambito lavoristico, le norme sulla cassa integrazione troveranno sicuramente la loro applicazione quando tra le imprese esiste un «influsso gestionale prevalente», secondo la definizione adottata dalla legge (art. 12, commi 1 e 2, legge n. 223/1991), ma senza che tra le aziende si sia realizzato il processo di stretta integrazione produttiva da me analizzato. Mentre, nel caso in cui questa situazione si verifichi, troverà ingresso la codatorialità e il sostegno al reddito dei lavoratori dell'azienda artigiana potrà avvenire sia in base alle norme applicabili al datore industriale, sia a quelle previste dalla normativa speciale per gli ar-

mento Vito Pinto – acquistano un valore molto particolare che enfatizza in senso gerarchico il ruolo delle imprese «satelliti» rispetto a quella principale.

tigiani (12). Inoltre, in questa ipotesi e nelle altre da me analizzate nel saggio del 2010, vi sono due *effettivi* datori di lavoro, senza nessun fenomeno interpositorio (13).

In riferimento ai gruppi di impresa, Pinto giunge alle stesse conclusioni qui criticate, alla luce soprattutto delle discipline lavoristiche in precedenza descritte che non determinano «alcuna implicazione in termini di imputazione o coimputazione dei rapporti di lavoro».

Tuttavia si può replicare che queste disposizioni, pur non consentendo di affermare la codatorialità (che da esse non è contemplata), non sono di per sé sufficienti a escluderla. Infatti, occorre verificare in primo luogo se nel gruppo sono ravvisabili fenomeni di integrazione produttiva tali da configurare un'impresa unica nella quale la capogruppo svolge funzioni di direzione e coordinamento dell'attività imprenditoriale, definendo strategie unitarie, obiettivi produttivi e commerciali ecc. Mentre le singole società – pur nell'ambito della propria autonomia giuridica e organizzativa – sono tenute a osservare le direttive impartite e provvedono operativamente alla produzione di beni o servizi (14). Inoltre dovrebbero sussistere condizioni ulteriori quali: a) la destinazione della singola prestazione di lavoro a soddisfare sia l'interesse creditorio della società formalmente titolare del contratto di lavoro, sia l'interesse della capogruppo; b) ai sensi dell'art.

(12) Nel caso esaminato, infatti, l'impresa artigiana è un codatore. Pertanto, l'art. 12, commi 1 e 2, della legge n. 223/1991 potrebbe *comunque* trovare applicazione anche se venisse affermata la titolarità congiunta dei rapporti di lavoro.

(13) Questa tesi sembra invece essere sostenuta da Pinto quando afferma che vi possono essere «casi in cui un unico operatore economico si celi sotto l'apparenza di due o più imprese formalmente "integrate". In questo caso, però, la questione giuridica da affrontare è completamente diversa e consiste nell'individuare l'operatore interponente e nell'imputargli i rapporti di lavoro (superando l'eventuale interposto)» (nota 16). La mia tesi, al contrario, presuppone l'esistenza di due «veri» datori di lavoro, sotto il profilo giuridico e organizzativo.

(14) In tale ambito, un'autorevole dottrina ha avuto modo di sottolineare come si possa sostenere che «a) una medesima impresa può essere imputata a più soggetti, quali altrettanti imprenditori; b) che una medesima impresa può essere scomposta nelle sue diverse funzioni, ciascuna delle quali assegnata a un diverso imprenditore» (F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 2005, p. 31). Ed è interessante osservare come questo Autore ritenga che la riforma del diritto societario del 2003 (con l'introduzione degli artt. 2497 ss. cod. civ.) abbia confermato la tesi della «impresa unitaria di gruppo» in senso non solo economico, ma anche giuridico, con la scomposizione già descritta delle funzioni attribuite a più imprenditori (le società operative) (pp. 24 ss.). Bisognerebbe approfondire se questa tesi, come sembra sostenere l'Autore, abbia una valenza generale. Mi sembra, peraltro, che essa si adatti perfettamente alla situazione societaria analizzata nel testo.

2104 cod. civ., la sussistenza di direttive specifiche da parte della *holding*, che non coincidono con la «direzione e coordinamento» di cui agli artt. 2497 ss. cod. civ.; c) in mancanza di tali direttive, la predeterminazione, da parte della capogruppo, di quella parte dell'organizzazione produttiva in cui il lavoratore opera, secondo una delle definizioni «plurali» di subordinazione che legano la eterodirezione non all'esercizio del potere di cui all'art. 2104 cod. civ., bensì a indici diversi di conformazione dell'organizzazione produttiva e della singola prestazione (15).

Questa impostazione, seguita da un Autore che sviluppa la mia teoria della codatorialità (16), è criticata da Pinto in base alle norme lavoristiche già descritte (art. 31, d.lgs. n. 276/2003 ecc.). Peraltro, si tratta di disposizioni speciali, con specifiche finalità, che non sono certo pensate per essere applicate ai gruppi societari che abbiano le caratteristiche sopra individuate. Esse, dunque, non sono in grado di introdurre «un *vincolo di sistema* per l'interprete». Il giurista – in presenza di dati giuridici e organizzativi come quelli descritti – dovrebbe effettuare la sua analisi alla luce dei principi in tema di subordinazione. In sostanza, si impone in questi casi la utilizzazione di regole giuridiche che, proprio per la loro valenza generale, non possono non prevalere sulle norme di settore che disciplinano fenomeni diversi da quelli analizzati. Ed è evidente che, in queste ipotesi, le leggi speciali saranno applicabili solo nella misura in cui esse siano compatibili con la sussistenza della codatorialità. Mentre, se ciò non accade, dovranno essere utilizzate le normative connesse al singolo datore di lavoro, con gli opportuni adattamenti (17).

Adalberto Perulli (*Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*) analizza in modo approfondito e con riferimento anche ad altri paesi le nuove frontiere «modulari» dell'impresa, sia in rela-

(15) Ho analizzato questi aspetti, che si legano alla stessa evoluzione teorica del concetto di subordinazione e alla sua declinazione in forme diverse a seconda dei contesti produttivi e organizzativi di riferimento, nel mio saggio sulla codatorialità (V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., pp. 47 ss.).

(16) E. Raimondi, *Il datore di lavoro...*, cit., pp. 300 ss.

(17) Pertanto, seguendo il ragionamento di Pinto, l'art. 4, comma 15-bis, della legge n. 223/1991 (relativo agli obblighi di informazione e consultazione nel licenziamento collettivo) opererà quando la società controllante, pur influenzando la controllata con le proprie scelte strategiche connesse al rapporto di lavoro, non sia con essa in quella situazione di integrazione produttiva e organizzativa già descritta e non siano presenti gli indici di duplicità della posizione datoriale che sono stati esaminati. Mentre, se vi è una ipotesi di codatorialità, l'apertura della procedura di mobilità dovrà essere operata congiuntamente dalle due società, con tutte le conseguenze previste dalla legge e con applicazione delle disposizioni connesse al datore di lavoro.

zione ai gruppi, sia a forme di «impresa rete» o di «reti di imprese». L'Autore sottolinea innanzitutto l'effetto di «spiazzamento» che queste nuove modalità organizzative producono sulle categorie giuridiche lavoristiche tradizionali (18). Poi si sofferma in primo luogo sulle «reti di imprese» e rileva la pluralità dei modelli esistenti, come, ad esempio, la collaborazione modulare (con un grado di autonomia più accentuato tra i soggetti imprenditoriali), la collaborazione relazionale (tipica dei *clusters* e dei distretti e basata su «relazioni negoziali *long term*» e una «forte cooperazione informale») e quella iterativa, realizzata con nuove forme contrattuali. In quest'ultimo ambito viene analizzato il *contracting for innovation*, consistente in un «*co-design* organizzativo e produttivo, nel quale ciascun attore contribuisce a ridefinire le specificazioni per i nuovi prodotti». In questa ipotesi si realizza una forte integrazione tra imprese connessa a investimenti idiosincratici di tipo tecnico e organizzativo che stimolano la cooperazione per evitare il rischio di subire i costi connessi alla loro mancata utilizzazione.

Lo studio è assai interessante per la descrizione del panorama di queste nuove forme di collaborazione di imprese alla luce della letteratura italiana e straniera. L'Autore, inoltre, rileva come i vari modelli utilizzino il «contratto di rete», recentemente regolato dalla legge (19). Perulli si chiede se in alcune forme di collaborazione tra imprese analizzate sia possibile individuare «una nuova frontiera della “codatorialità”, ovvero [...] di una datorialità non solo condivisa fra più soggetti, ma riducibile a unità e imputabile alla organizzazione nascente dal vincolo contrattuale di rete». Egli sottolinea come sia impossibile fornire «risposte *generali*». E, con particolare riferimento alla codatorialità, sottolinea come questo effetto «non dovrebbe comunque essere automatico, ma valutato in base alla tipologia di rete (gerarchica o paritetica) nonché alle concrete modalità di impiego del fattore lavoro all'interno della rete, ovvero assumere modalità sperimentali e volontaristiche, possibilmente promossa da attori collettivi». Queste conclusioni mi sembrano assolutamente condivisibili. La codatorialità potrà sussistere solo quando vi sono gli elementi da me analizzati, sommariamente descritti in precedenza e approfonditi nel mio saggio del 2010 (20). Ed è interessante osservare che alcune forme di *contracting for innovation* potrebbero adattarsi a tale situazione, nei casi in cui, tramite il contratto di re-

(18) Questo aspetto era stato anche da me sottolineato (V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., p. 7).

(19) Art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009, modificato dal d.l. n. 78/2010, convertito nella legge n. 122/2010.

(20) Cfr. V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., pp. 26 ss.

te, le imprese «possono condividere segmenti di attività, competenze, progettualità e rischio di impresa».

Perulli analizza quindi i gruppi di impresa a livello internazionale. In alcuni tra i paesi esaminati, il gruppo non ha rilievo giuridico, e solo in qualche ordinamento la giurisprudenza imputa il rapporto di lavoro all'impresa principale qualora si sia in presenza di fenomeni fraudolenti. Vi sono poi realtà nazionali (tra cui l'Italia) dove il gruppo è disciplinato solo in ambito societario. Infine vengono studiati ordinamenti giuridici nei quali questa nozione ha rilievo anche nel diritto del lavoro. Il panorama complessivo fornito al lettore è ampio ed esaustivo, con molti interessanti spunti critici, e l'analisi è effettuata sia per i rapporti individuali sia per i profili della rappresentanza collettiva.

Il saggio mi sembra confermi che la codatorialità è una tecnica diffusa in alcuni ordinamenti giuridici evoluti, dove «la legislazione o la giurisprudenza giungono a riconoscere, in presenza di determinate condizioni, la qualifica di *datore di lavoro* in capo al gruppo, o in capo all'impresa che nell'ambito del gruppo assume una posizione dominante, ovvero, più modestamente, apprestando regimi di responsabilità economica, solidale o sussidiaria, tra le singole imprese autonome facenti parte del gruppo». È interessante osservare che, come avevo già sottolineato nel mio lavoro del 2010, la codatorialità si fonda su disposizioni legislative o nasce da elaborazioni giurisprudenziali o dottrinarie o dalla combinazione di questi fattori. Tra l'altro, i criteri di individuazione della contitolarità del rapporto sono i più vari. Alcuni hanno un contenuto tipicamente «lavoristico», come l'esercizio congiunto del potere direttivo, lo svolgimento dell'attività a favore di diversi datori di lavoro o la codeterminazione delle condizioni contrattuali. In altri casi, invece, è sufficiente il controllo azionario o societario senza che assuma rilievo l'effettiva gestione del rapporto di lavoro (21).

Mi sembra, dunque, che l'ipotesi teorica che ho proposto – estensibile, come si è visto, anche ai gruppi di imprese – non possa essere considerata come una prospettiva irrealistica e anzi trovi un suo preciso riscontro normativo in alcuni ordinamenti di grande tradizione giuridica. L'esperienza di altri paesi, inoltre, dimostra che la codatorialità può essere frutto anche di operazioni interpretative della dottrina o della giurisprudenza che cerchino di superare il carattere tradizionalmente bilaterale del contratto di lavoro per tutelare gli interessi del lavoratore nella realtà dei gruppi. Tra l'altro, queste elaborazioni utilizzano argomenti simili (anche se non identici) a quelli da me utilizzati, come la rilevanza del potere di-

(21) V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., pp. 7 ss.

rettivo o il grado di integrazione e codeterminazione delle strutture organizzative delle società del gruppo.

Maria Giovanna Greco (*La ricerca del datore di lavoro nell'impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza*), infine, analizza la giurisprudenza nazionale e comunitaria sul tema. Il saggio fornisce al lettore una rassegna dei principali orientamenti in materia. L'Autrice sottolinea come «da tempo la giurisprudenza ha attribuito rilevanza alla utilizzazione contemporanea della prestazione di lavoro da parte di due o più datori». In effetti, si è parlato di responsabilità solidale nel caso della «contemporanea prestazione di attività lavorativa a favore di due società strettamente collegate in senso economico, senza che sia possibile distinguere la parte di attività di cui si avvale ciascuna società» (22). Si è anche detto che «il rapporto di lavoro può vedere, da un lato, un solo prestatore d'opera e, dall'altro, una pluralità di soggetti che fruiscono delle sue prestazioni; può altresì accadere che uno stesso lavoratore presti contemporaneamente servizio per due datori di lavoro con modalità tali da non poter distinguere quale parte dell'opera sia svolta nell'interesse di un datore di lavoro e quale nell'interesse dell'altro...» (23). Questo orientamento, a mio giudizio, rivela un'apertura nei confronti della codatorialità, che peraltro non è stata successivamente sviluppata dalla stessa Cassazione.

In relazione ai gruppi, la Greco mette in evidenza che la giurisprudenza di legittimità e di merito ha raggiunto un orientamento sufficientemente consolidato nei casi di gruppi fittizi di impresa, utilizzando una serie di indici sintomatici che rivelano l'operazione elusiva, con conseguente imputazione del rapporto all'effettivo datore di lavoro (24).

Per quanto attiene invece ai gruppi genuini, gli orientamenti della Cassazione non sono certamente univoci. Vi sono sentenze che sembrano aprire alla codatorialità. In tal senso, ad esempio, si è affermato che «è giuridicamente possibile concepire un'impresa unitaria che alimenta varie at-

(22) Cass. 24 marzo 1982, n. 1863, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 379. In relazione ai gruppi di imprese, a conclusioni analoghe giungono Cass. 24 marzo 1982, n. 1863, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1034; Cass. 6 novembre 1982, n. 5825, in *Orient. giur. lav.*, 1983, p. 1255.

(23) Cass. 17 maggio 2003, n. 7727, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 385. In tal senso anche Cass. 18 giugno 1986, n. 3844, e altre.

(24) Essi vanno individuati: «nell'unicità della struttura organizzativa e produttiva, nell'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune, nel coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario, nell'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore di vari imprenditori».

tività formalmente affidate a soggetti diversi, il che non comporta sempre la necessità di superare lo schermo della persona giuridica, né di negare la pluralità di quei soggetti, ben potendo esistere un rapporto di lavoro che veda nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione del datore di lavoro più persone, rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro» (Cass. n. 4274/2003).

Inoltre, sempre nei gruppi di società, si è sostenuto che «il fenomeno dell'integrazione societaria può evolversi in forme molteplici, che possono riflettere una ingerenza talmente pervasiva da annullare l'autonomia organizzativa delle singole società operative (accreditando un uso puramente strumentale o, in altri termini, puramente "opportunistico" della struttura di gruppo), ovvero un rilevante, ma fisiologico, livello di integrazione (che può costituire il presupposto per una valutazione differenziata che la rilevanza dell'"interesse unitario di gruppo" manifesta rispetto all'adempimento dell'obbligazioni che risultano funzionali alla realizzazione di tale interesse). In questo contesto, e con specifico riferimento alle problematiche lavoristiche, del tutto decisivo appare il riferimento alle forme di utilizzazione del personale dipendente, potendo l'ingerenza della società dominante nella gestione del rapporto di lavoro spingersi sino al punto di determinare una utilizzazione del tutto indistinta e promiscua della forza lavoro all'interno del gruppo (accreditando una situazione di "confusione contrattuale", tale da far constatare, in realtà, l'esistenza di una impresa unitaria, solo apparentemente organizzata in forma di gruppo: v., per tutte Cass., n. 6707/2004); ovvero, in presenza di gruppi genuini, ma fortemente integrati, determinare la destinazione della prestazione di lavoro al complesso delle società operative, secondo le note forme della prestazione cumulativa o alternativa; oppure riguardare solo la determinazione generale degli obiettivi strategici delle singole società operative, anche per ciò che riguarda le politiche del personale, ma senza alcuna incidenza sulla concreta gestione del personale e sulla destinazione della prestazione alla società che assume la veste di datore di lavoro [corsivo mio]» (Cass. n. 25270/2011).

Si tratta, come ben si vede, di spunti assai interessanti che, adeguatamente sviluppati, potrebbero condurre a una ricostruzione sistematica in termini di codatorialità, secondo le linee interpretative già analizzate. Tuttavia, la Greco rileva che «il percorso della giurisprudenza verso la ricerca del datore di lavoro nell'impresa integrata è rimasto oscillante», e perdura la «tendenza della Suprema Corte a non prendere una posizione netta in tema di contitolarità del rapporto nell'impresa gestita nella forma del gruppo, anche quando in motivazione si ricostruiscono alcune caratteristiche tipiche della fattispecie». Queste osservazioni, che nascono dall'analisi di al-

tre decisioni della Cassazione, sottolineano come la questione sia ancora aperta. Tuttavia le argomentazioni espresse nelle sentenze sopra citate, anche se non costituiscono «un punto di arrivo frutto della elaborazione condivisa della giurisprudenza della Corte», sono di grande importanza e non vanno sottovalutate.

Il saggio della Greco esamina anche alcune sentenze della Corte di Giustizia europea in tema di licenziamenti collettivi e trasferimento di azienda nell'ambito dei gruppi. Per quanto attiene alla prima materia, la Corte, nell'ambito degli obblighi informativi nei licenziamenti, ha affermato che «un'impresa che controlla il datore di lavoro, anche se può adottare decisioni vincolanti nei confronti di quest'ultimo, non ha la qualità di datore di lavoro» (25). In relazione al trasferimento di azienda, si è detto che «se, in seno a un gruppo di società, coesistono due datori di lavoro, uno avente rapporti contrattuali con i lavoratori di detto gruppo e l'altro avente rapporti non contrattuali con essi, può essere considerato un "cedente" ai sensi della Direttiva n. 2001/23 anche il datore di lavoro responsabile dell'attività economica dell'entità trasferita che, a tale titolo, stabilisce rapporti di lavoro con i lavoratori di tale entità, e ciò malgrado l'assenza di rapporti contrattuali con i lavoratori in parola» (26).

La Greco sottolinea come queste decisioni non possono essere utilizzate per trarre conclusioni generali negative in relazione alla rilevanza giuridica del fenomeno dei gruppi e della sua incidenza sui rapporti di lavoro o, al contrario, per sostenere la codatorialità. Tali sentenze, infatti, sono dirette a «garantire "l'effetto utile", cioè il raggiungimento degli obiettivi delle varie direttive» e non ad affrontare in modo approfondito il problema della contitolarità dei contratti di lavoro nei gruppi di imprese.

3. — *Conclusioni* — Con i saggi brevemente descritti, la *Rivista* è in grado di fornire al lettore un quadro assai articolato delle diverse opinioni e interpretazioni in materia di codatorialità negli aggregati societari, con contributi di elevata qualità e completezza informativa. Credo che, per l'importanza economica e organizzativa dei gruppi di imprese genuini, la questione della codatorialità non possa più essere elusa. Occorrerebbe, dunque, un «salto di qualità» in sede di interpretazione per affrontare questi problemi e, se possibile, seguire la strada maestra di una legislazione spe-

(25) Corte di Giustizia 10 settembre 2009, causa C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto Aek ry e altri*, punto 58.

(26) Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, causa C-242/09, *Albron Catering BV*, punto 31.

ciali che a fini generali – o in relazione a specifiche discipline (ad esempio, licenziamenti, trasferimenti di azienda, mobilità intergruppo) – regoli la materia, seguendo la strada già sperimentata in altri paesi quali, ad esempio, la Francia, la Gran Bretagna o il Canada (27).

(27) Per l'analisi di queste realtà nazionali si rinvia al saggio di Perulli (par. 3.3) e alle osservazioni da me svolte già in passato (V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., pp. 7 ss.).

Oronzo Mazzotta (*)

GRUPPI DI IMPRESE, CODATORIALITÀ E SUBORDINAZIONE

SOMMARIO: 1. Il quadro di riferimento. — 2. La codatorialità fra descrittività e prescrittività. — 3. La codatorialità prescrittiva. — 4. Codatorialità e subordinazione.

1. — *Il quadro di riferimento* — L'espressione codatorialità, come tutte le formule (più o meno) magiche della scienza giuridica richiede di essere decrittata, perché abbia un minimo di affidabilità euristica.

In senso generale, e quindi generico, allude alla circostanza che alla tradizionale coppia binaria del rapporto di lavoro (datore/lavoratore) si sostituisca dal lato del creditore di lavoro una pluralità di soggetti.

Ma qui si ferma la capacità espressiva della definizione. Non esistendo una nozione legale, da questo punto in avanti iniziano i problemi. La codatorialità viene predicata sia nei casi nei quali vi è una distribuzione atipica dei poteri fra datore (formale) e utilizzatore (sostanziale), sia quando a un terzo, legato da un contratto commerciale al datore di lavoro, vengono accollati oneri economici a favore dei dipendenti di quest'ultimo (ad esempio, in applicazione del meccanismo della solidarietà in senso giuridico), sia, ancora, quando il terzo si sostituisce al datore di lavoro nella titolarità del rapporto. E via distinguendo e articolando.

Tutte queste e altre opzioni si complicano poi ulteriormente quando la circolazione del lavoratore, in contrappunto con datore e terzo/i, avviene nel contesto dei gruppi societari.

Secondo una elementare schematizzazione, l'impiego del lavoratore nell'ambito dei gruppi societari può essere o *alternativo* o *cumulativo*. Nel primo caso, il lavoratore, permanendo la titolarità del rapporto in capo a una determinata società, può essere inviato *temporaneamente* a svolgere la propria attività a favore di una collegata (normalmente con lo schema del distacco), oppure può essere destinato *stabilmente* a prestare attività a favore di un'altra impresa del gruppo, la quale subentra a pieno titolo nella titolarità del rapporto di lavoro.

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

Di codatorialità in senso forte può parlarsi ovviamente con riferimento all'impiego cumulativo e promiscuo del lavoratore da parte di varie imprese di gruppo.

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

Anche su questo aspetto della questione il tempo trascorso dalle prime riflessioni sull'argomento ha modificato le ricadute. Alle origini della discussione gli spazi per attentare ai diritti dei lavoratori erano probabilmente più ampi che oggi. Pensiamo al tema dell'*anzianità di servizio*. Prima della riforma del Tfr, il lavoratore aveva un rilevante interesse alla *unitarietà* dell'anzianità, non solo ai fini della carriera introaziendale (il riferimento è all'istituto degli aumenti periodici di anzianità), ma soprattutto in relazione al computo dell'indennità di anzianità, che era, notoriamente, calcolato sull'ultima retribuzione e proporzionato agli anni di servizio. Di qui l'interesse a tenere indenne l'unitarietà del rapporto a onta della mobilità all'interno del gruppo.

Residuano ciononostante ulteriori problematiche. Pensiamo alle discipline legali che fanno leva sulla dimensione dell'impresa (in materia di licenziamenti, ma non solo) o al problema cruciale della volatilizzazione del debitore della retribuzione (problema che si amplifica in caso di fallimento) o, ancora, alla disciplina collettiva applicabile al rapporto. Resta, in sostanza, tuttora rilevante il timore che la tecnica del collegamento societario possa essere utilizzata (anche) con scopi elusivi dell'apparato protettivo del lavoro.

2. — *La codatorialità fra descrittività e prescrittività* — Ricordato lo scenario al cui interno si collocano i nostri discorsi, risulta evidente che quella della codatorialità può essere sia una formula *descrittiva* di un determinato istituto di diritto positivo, utile magari a dare conforto nel riempimento razionale delle lacune normative, sia una formula *prescrittiva*, cioè idonea a farsi essa stessa sistema e fonte di diritto sostanziale.

Ha carattere certamente *descrittivo* l'impiego dell'espressione con riferimento alla somministrazione di lavoro, al distacco o alla regolazione giuslavoristica degli appalti.

Nella somministrazione, infatti, si verifica una scissione *autorizzata* fra titolare del rapporto di lavoro (l'agenzia) e utilizzatore della prestazione, ed è la stessa legge che distingue rigorosamente le due situazioni senza che possa darsi (come avveniva nel vigore della legge n. 1369 del 1960) l'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'effettivo beneficiario della prestazione lavorativa.

Alla stessa stregua, nel distacco resta distinta la posizione dei due soggetti implicati nel rapporto dal punto di vista datoriale. A ciò si aggiunga che in tale schema la prestazione del lavoratore soddisfa proprio l'«interesse» del distaccante, così da potersi sostenere che essa rientra nell'ambito del corretto adempimento del lavoratore al rapporto che lo lega con il datore che lo invia in missione (1).

Estranea a una nozione forte di codatorialità è, infine, la tecnica della responsabilità solidale negli appalti, già prevista *olim* dall'art. 3 della legge n. 1369 del 1960 e ora regolata dall'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, posto che, in tali situazioni, al datore di lavoro si aggiunge un ulteriore garante delle obbligazioni, senza alcuna modificazione nella struttura binaria del rapporto di lavoro (2).

3. — *La codatorialità prescrittiva* — A sviluppi assai più intriganti si presta invece l'idea che la codatorialità possa avere un significato *prescrittivo*, tale, cioè, da consentire di delineare una strategia di protezione del lavoratore che sia inserito entro organizzazioni di lavoro complesse.

Il tema è stato tradizionalmente oggetto di studio proprio con riferimento ai gruppi di imprese.

Fin dai primi lavori di una certa rilevanza scientifica, risalenti alla prima metà degli anni sessanta del secolo scorso (3), si dava rilievo alla circostanza che le varie società del gruppo gestissero unitariamente un'attività economica organizzata, realizzando la classica scissione fra potere e rischio, anche allo scopo di rendere più agile l'apparato funzionale dell'impresa, con l'affidare a società del gruppo attività che avrebbero potuto essere espletate da propri uffici o reparti.

Assumevano (e assumono) rilievo, in questo ambito, le forme attraverso le quali si organizzava il controllo e/o il collegamento fra le imprese: il *controllo* attraverso la disponibilità del pacchetto azionario di maggioranza, che può dar luogo a un rapporto di affiliazione (la *società madre* controlla

(1) Sulla compatibilità con lo schema di cui all'art. 2094 cod. civ. della destinazione del lavoro a beneficio di un terzo è ancora attuale il pensiero di M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 210, secondo cui «l'utilità tipica connessa con l'attuazione del contegno dovuto da parte del debitore di opere si concreta nel soddisfacimento dell'interesse del creditore, anche nei casi in cui l'esecuzione dell'attività lavorativa si svolge a beneficio di terzi».

(2) In questo senso, giustamente: V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 19; M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 14.

(3) La prima monografia in argomento è quella di G. Branca, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Giuffrè, Milano, 1965.

la *società figlia*); il collegamento fra società attuato nella forma della «catena» (una società che ne controlla un'altra in sequenza) o del «sistema stellare» (una società ne domina altre disposte in guisa di satelliti intorno a un astro maggiore). Rilevante è poi il ruolo delle società capogruppo, che spesso acquisiscono la forma della *holding* (società finanziaria il cui oggetto sociale è costituito dalla partecipazione ad altre società, anche se non è escluso che possano svolgere una propria attività industriale o commerciale).

Oggi la questione ci viene presentata come una conseguenza delle tendenze dell'economia moderna; in realtà l'affermazione non è del tutto esatta, dal momento che forme di integrazione fra imprese rimontano ad anni lontani. Sul piano storico, anzi, è documentabile che le forme indirette di utilizzazione del lavoro sono alle origini della costruzione del contratto di lavoro subordinato, essendo figlie del fenomeno dell'*organizzazione complessiva del lavoro*, attraverso cui gradatamente vengono acquisite all'interno dell'impresa attività che in precedenza operavano al di fuori, a mo' di satelliti (4).

È peraltro indiscutibile che, ai tempi nostri, il fenomeno di dematerializzazione dell'impresa si sia spinto ancora oltre, così da non poter più essere rappresentato, come si faceva negli anni settanta del secolo scorso, con l'espressione *decentramento produttivo*; espressione che alludeva a una fuga dalle rigidità indotte, all'interno dell'impresa, dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori. Vi è oggi un più marcato interscambio fra centro e periferia, integrazione e disintegrazione del ciclo produttivo, così da doversi continuamente ridefinire i confini dell'impresa (5).

Vengono in evidenza, in particolare, forme di integrazione caratterizzate (spesso) dalla monocommitenza e con forti ingerenze nella direzione del lavoro dei dipendenti dell'appaltatore, in cui «i lavoratori delle imprese fornitrici sono “terminali organizzativi” di quella del committente o dell'impresa affiliante» (6).

Tutte le situazioni di integrazione dei cicli produttivi esprimono il *gap* che intercorre fra dimensione economica e dimensione giuridica del feno-

(4) V., se vuoi, O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, il cui primo capitolo è dedicato proprio alla ricostruzione storica delle origini dei fenomeni di utilizzazione indiretta del lavoro.

(5) Ampi riferimenti anche ai profili economici delle forme di integrazione fra imprese sono rinvenibili negli atti delle giornate di studio dell'Aidlass svoltesi a dieci anni di distanza l'una dall'altra: quelle del 1999 sul tema «Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo» (Trento, 4-5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000), con relazione introduttiva di P. Ichino, e il Congresso nazionale del 2009 su «La figura del datore di lavoro – Articolazione e trasformazioni» (Catania, 21-23 maggio 2009, Giuffrè, Milano, 2010), con relazioni (in argomento) di V. Speciale e M. Barbera.

(6) V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., p. 37.

meno. La valutazione propriamente giuridica deve poter valorizzare l'esistenza di un «interesse organizzativo aziendale», condiviso da più imprese in cui, a onta della pluralità di contratti e di soggetti giuridicamente indipendenti, la causa dell'affare è unica, e unica è l'operazione economica realizzata.

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

Se appena si impostano gli interrogativi descritti, ci si rende subito conto che la materia è il terreno di elezione della *distinzione*, più che della ricerca di un denominatore comune o di un comune filo conduttore che consenta di riannodare fili altrimenti sparsi. In buona sostanza occorrerà discettare di una pluralità di codatori, a seconda delle diverse esigenze economiche che la scelta della codatorialità intende soddisfare e, soprattutto, alla luce degli strumenti giuridici utilizzati allo scopo.

La dottrina più recente ha compiuto un coraggioso sforzo per dare una risposta molto strutturata a tali problematiche, definendo *prescrittivamente* i tratti fondanti della codatorialità (7).

Le linee lungo le quali si muove tale ricostruzione fanno leva o su un percorso civilistico che valorizza il collegamento negoziale o su una traiettoria propriamente giuslavoristica che rivisita il concetto di subordinazione riadattandolo a tali complesse strutture economico-organizzative.

Esito (o scopo) della riflessione è assumere che, in tali condizioni, pur rimanendo il rapporto di lavoro in capo all'appaltatore, «l'impresa principale si vedrà imputare i contratti quale vero e proprio codatore che si aggiunge al primo» (8).

Si tratta di uno sforzo ricostruttivo davvero importante, che si avvale della comparazione con altri ordinamenti e scava in profondità nelle strutture tradizionali del diritto del lavoro nostrano nel tentativo di rivisitarle e svecchiarle. Ho però l'impressione che sia uno sforzo diretto più che altro a gettare le fondamenta di un ponte proiettato sul futuro e che possa costituire la base per un nuovo modello di legislazione più pragmatica e meno legata ai modelli tradizionali della materia.

(7) V. in particolare gli scritti di V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., e di L. Corazza, «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004.

(8) Così V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., p. 47.

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

Intanto il ricorso allo schema del *collegamento negoziale* – che ha storiche e autorevoli ascendenze anche nel dibattito relativo ai gruppi di imprese – sconta tutte le difficoltà che nascono dal salto che intercorre fra la dimensione puramente economica (o giuscommercialistica) del fenomeno, che suppone una causa unitaria e complessa dell'operazione, e il dato giuridico lavoristico, che non può prescindere dall'autonomia formale e strutturale delle singole imprese implicate nell'affare. In sostanza il collegamento negoziale è utile a ricostruire i nessi che legano i contratti commerciali, ma riesce a trasferirsi con difficoltà sul piano lavoristico.

L'esperienza maturata proprio nell'ambito degli studi su gruppi di imprese e rapporto di lavoro dovrebbe insegnarci molte cose.

In quest'ultimo ambito, gli sforzi compiuti dalla dottrina non sono mai andati oltre l'indicazione di linee di tendenza o di prospettive metodologiche, pressoché integralmente descrittive, a partire dallo studio di Giorgio Branca del 1965. Quest'ultimo Autore ha cercato di valorizzare, con singolare astrattezza concettuale, la *rilevanza giuridica* del collegamento societario sui negozi e rapporti dei soggetti collegati, e quindi sul piano della fattispecie, senza però riuscire a trasferire, in modo convincente, tale presupposto sulla relazione giuridica di lavoro subordinato.

La medesima sorte ha avuto la diversa prospettiva, secondo cui si potrebbe prescindere dalla soggettività delle singole società, valorizzando piuttosto l'organizzazione del complesso imprenditoriale, trattabile alla stregua di un soggetto unitario (9). Si tratta di un'idea che rischia di far scivolare il rapporto di lavoro verso prospettive neoistituzionaliste, trascurando (o svaloriando) la formale autonomia tra le varie imprese coinvolte.

D'altronde v'è da chiedersi se sia opportuno persistere nella ricerca, se si pensa che una indifferenziata ricostruzione in termini unitari del gruppo di società comporterebbe una – non sempre giustificata – penalizzazione di forme organizzative perfettamente lecite. L'economia reale prospetta tecniche di integrazione dei rapporti tra imprese che non sempre corrispondono a forme illecite o fraudolente di organizzazione dei fattori produttivi. Vi

(9) V., ad es., G. Meliaddò, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa*, Giuffrè, Milano, 1991.

è un moto pendolare fra accentramento e decentramento, così che una ipostatizzazione della soggettività unitaria del gruppo potrebbe condurre a generalizzazioni fuorvianti e riduttive.

Senza dire che una ipervalutazione dell'interesse comune delle imprese collegate conduce, pari pari, a scoprire il fronte contrattuale lavoristico, accreditando prospettive comunitaristiche, estranee alla nostra cultura (10).

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

Così, ad esempio, nell'ipotesi di uso promiscuo del lavoratore, ha ritenuto di poter sommare tutti i dipendenti del gruppo al fine di attingere alla soglia faticosa che consente l'applicazione della tutela reale o ha elaborato una serie di indici empirici idonei a consentire, al solo fine dell'applicazione della disciplina lavoristica, il coinvolgimento della società capofila (come l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune, il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune, l'uso in comune del personale ecc.) (11).

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

(10) L'inerenza del rapporto di lavoro all'azienda e non alla persona del datore, dedotto fondamentalmente dall'art. 2112 cod. civ. e dal suo antecedente nella legge sull'impiego privato del 1924 – richiamato da V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., p. 29, a conferma della propria ricostruzione –, era, non a caso, l'argomento forte della dottrina corporativo-istituzionalista del rapporto di lavoro.

(11) V., fra le tante, Cass. 9 dicembre 2009, n. 25763, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, p. 913.

4. — *Codatorialità e subordinazione* — I profili soggettivi dell'analisi si intrecciano poi con quelli *oggettivi*. E su questo piano la coraggiosa proposta di cui discutiamo non può fare a meno di fare i conti con l'idea che il committente possa essere considerato il datore di lavoro *anche alla luce della fattispecie descritta dall'art. 2094 cod. civ.* Si assume, cioè, che, posto che la funzione del contratto di lavoro è quella di consentire l'organizzazione delle prestazioni dei lavoratori, il rapporto deve essere legittimamente ricondotto in capo al titolare dell'organizzazione complessiva, che *si affianca* al datore di lavoro formale.

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

Se riguardata dal punto di vista oggettivo, la prospettiva della codatorialità mostra ancor meglio il suo carattere (giuridicamente) eversivo, costituendo una *tecnica antitetica* alla tecnica della subordinazione, cioè alla sequenza o circolo virtuoso che dalla subordinazione va al divieto di interposizione e vi ritorna.

Non a caso il punto di caduta di tali teorie sta nella giustificazione del potere direttivo e nella delicata distinzione con i poteri di direzione e controllo, di cui il committente è titolare *anche* nello schema dell'appalto. E per evitare tali «forche caudine» non è certo sufficiente evocare un esercizio *delegato* del potere direttivo a opera dell'appaltatore. Ricordo, infatti, che lo schema della rappresentanza è stato impiegato proprio nella ricostruzione del meccanismo legale previsto dall'art. 1 della legge n. 1369 del 1960, allo scopo di imputare gli effetti del rapporto di lavoro in capo all'effettivo utilizzatore e, al contempo, *escludere* l'interposto dallo schema (12).

Né mi pare invocabile a sostegno della ricostruzione – e anzi denota una sorta di sincretismo argomentativo – la (presunta) crisi del potere direttivo, come tratto discreto della subordinazione, dedotta dagli schemi della

(12) È la nota ricostruzione di G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pp. 1495 ss. Riferimenti allo schema della rappresentanza sono rinvenibili anche nell'antico dibattito sul cd. «cottimo collettivo autonomo».

somministrazione e del distacco. Basti considerare in contrario che, nel caso della somministrazione, come abbiamo già detto, vi è una deroga autorizzata alla rilevanza del divieto di interposizione, cosicché il datore di lavoro sostanziale (che quindi esercita effettivamente il potere direttivo) è esonerato *ex lege* dalla titolarità del rapporto, mentre, nel caso di distacco, è proprio l'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro distaccante che garantisce la soddisfazione del suo interesse alla destinazione della prestazione a favore del terzo.

Anche su questo piano ci sono di ausilio gli sviluppi più recenti della giurisprudenza della Cassazione in tema di gruppi di imprese, che – proprio dando corpo all'idea di *alternatività* fra codatorialità e subordinazione – riconducono la titolarità del rapporto al soggetto-datore che *utilizzi effettivamente* le prestazioni dei dipendenti dell'appaltatore (13).

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

Questa giurisprudenza conferma i nessi – storici e giuridici – intercorrenti fra *subordinazione e interposizione* – nessi del resto già valorizzati in un precedente meno recente (14) – sulla scorta della riflessione dottrina.

Attraverso il divieto di interposizione il nostro ordinamento ci segnala che è inibito all'impresa acquisire direttamente le energie lavorative attraverso uno schema giuridico diverso dal contratto di lavoro subordinato. Il che significa che la titolarità del rapporto va riconosciuta secondo criteri di *effettività*. Il che corrisponde al principio ricavabile dall'art. 2094 cod. civ., secondo cui chi presta attività di lavoro in condizioni date è *lavoratore dipendente* proprio di quell'impresa, quale che sia lo schema giuridico apparentemente utilizzato. Del resto, la contiguità tra i due fenomeni giuridici (la subordinazione e l'interposizione) è dimostrata dall'impiego da parte della giurisprudenza della «medesima grammatica concettuale spesa per l'individuazione dei tratti del lavorare in modo subordinato» (15).

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

(13) Vedi Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 375, con nota di O. Razzolini, *La Corte di Cassazione aggiorna i criteri elaborati dalla giurisprudenza per distinguere fra gruppo fraudolento e gruppo genuino*.

(14) Vedi Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1011.

(15) Utilizzo un'espressione già impiegata in O. Mazzotta, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 159.

ABSTRACT

Il saggio, premessa l'esposizione del quadro di riferimento generale dell'impiego dei lavoratori nell'ambito dei gruppi di imprese, distingue un significato descrittivo e uno prescrittivo della definizione di «codatorialità». Esamina poi criticamente – alla luce della teoria della subordinazione – quelle tesi dottrinarie che ritengono che, nel caso di forte integrazione dei cicli produttivi (riconducibile alla tecnica dell'appalto, della subcommittenza, del franchising ecc.), l'impresa principale può essere considerata contitolare dei rapporti di lavoro dei dipendenti della subimpresa.

GROUPS OF COMPANIES, JOINT EMPLOYERSHIP AND SUBORDINATION

After an overview of the general discipline of the employment of workers within groups of undertakings, this essay draws a distinction between the descriptive and normative meanings of the concept of «joint-employership». It then provides a critical analysis of certain scholarly doctrines, in light of the general theory of the contract of employment. According to these doctrines, when there is a deep integration of production processes – such as in the implementation of service contracts, subcontracts, franchising schemes etc. – the main undertaking can be considered co-employer in the legal relationship with the employees of the subsidiary.

Orsola Razzolini (*)

IMPRESA DI GRUPPO, INTERESSE DI GRUPPO E CODATORIALITÀ NELL'ERA DELLA *FLEXICURITY*

SOMMARIO: 1. Premessa. I confini mutevoli dell'impresa e del datore di lavoro. — 2. Rilevanza giuridica delle nozioni di interesse di gruppo e di impresa di gruppo. — 3. *Segue*: Ripercussioni sul giudizio di imputazione e sulla struttura del rapporto di lavoro. Prospettive di codatorialità. — 4. *Segue*: Importanza dell'elemento della «destinazione della prestazione di lavoro all'interesse di gruppo» anche al fine di distinguere fra gruppi genuini e pseudogruppi. — 5. La codatorialità come strumento di *flexicurity*.

1. — *Premessa. I confini mutevoli dell'impresa e del datore di lavoro* — Non soltanto nell'ordinamento giuridico italiano, storicamente i confini del datore di lavoro, inteso come centro di imputazione delle responsabilità e dei costi connessi all'utilizzo di lavoro subordinato, coincidono con i confini dell'impresa al cui interno la prestazione di lavoro è svolta (1). Si è parlato in

(*) *Associate Professor* in Diritto del lavoro internazionale ed europeo presso l'Università del Lussemburgo.

(1) Si vedano, a solo titolo esemplificativo, G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pp. 1492 ss.; O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano, 1995; R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, pp. 625 ss.; P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 203 ss.; R. Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 355 ss.; M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000; P. Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001 pp. 125 ss.; L. Corazza, «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2004; M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni. Atti del convegno nazionale Aidlass*, Catania, 21-23 maggio 2009, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 5 ss.; V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, *ivi*, pp. 77 ss. V. inoltre la celebre sentenza Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1011, con nota di M.T. Carinci, e in *Lav. giur.*, 2007, p. 272, con nota di L. Ratti.

proposito di «personalizzazione» (2) e «materializzazione» (3) del datore di lavoro per indicare come la principale tecnica di tutela del lavoratore sia stata per lungo tempo costituita dalla connessione del rapporto di lavoro all'organizzazione produttiva (4), consistente, nell'economia fordista, in tangibili garanzie di solvibilità quali i mezzi, i macchinari, le attrezzature (5).

La corrispondenza fra impresa, imprenditore e datore di lavoro, insieme alla concezione bilaterale del contratto di lavoro, ha contribuito alla costruzione della «regola» dell'unicità del datore di lavoro (6). All'impresa corrisponde un solo imprenditore (individuale o collettivo) (7) e, di rimando, un solo datore di lavoro. La crisi di questa perfetta sequenza di corrispondenze si deve ai processi di disintegrazione dell'impresa degli anni ottanta, che hanno determinato il dissolversi nel mercato dei confini dell'attività economica e del relativo centro di imputazione.

Invero, già a partire da Coase si è affermata in economia l'idea che i confini dell'impresa non coincidono con i confini del soggetto di diritto (8). L'impresa, in senso giuridico, corrisponde in modo molto imperfetto

(2) F. Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema di diritto civile*, in *Digesto sez. comm.*, 1942, I, pp. 383 ss.; M. Grandi, *Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro*, in Idem, *Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1972, vol. I, pp. 254 ss.

(3) M. Barbera, *op. cit.*, p. 27.

(4) Per uno studio di questa tecnica di tutela e delle ragioni del depotenziamento della sua idoneità protettiva, connesse al mutamento delle forme di organizzazione dell'impresa e all'avvento dell'economia immateriale della conoscenza, v. L. Corazza, «*Contractual integration*» e *rapporti di lavoro*, cit., spec. cap. I.

(5) Ciò non significa imputare il rapporto di lavoro all'impresa, poiché dall'impresa è infatti pur sempre possibile risalire al soggetto di diritto che la esercita e al quale viene infine ascritto il rapporto di lavoro. Solo, l'identità del soggetto non è importante per il lavoratore, che nell'impresa vede cristallizzati tutti quegli elementi che concorrono a identificare la sua posizione contrattuale e la sua garanzia patrimoniale. In questo senso, v. F. Scarpelli, «*Esternalizzazioni*» e *diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, pp. 351 ss.

(6) Parla di «regola» M.T. Carinci, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo a esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pp. 1019 ss.; Eadem, *Unicità o duplicazione, unificazione o scissione del datore di lavoro a fronte dei processi di riorganizzazione dell'impresa*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni. Atti del convegno nazionale Aidlass*, cit., pp. 307 ss.

(7) Vd. F. Galgano, *Le teorie dell'impresa*, in Idem (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. L'impresa*, vol. II, Cedam, Padova, 1978, p. 19; nonché G. Vardaro, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, pp. 211 ss.

(8) In proposito, v. le considerazioni di D.G. Baird, *In Coase's footsteps*, in *Chicago John M. Olin law & economics working papers*, 2003, n. 175, pp. 1 ss.

alla «gerarchia» contrapposta al mercato, di cui si interessano gli studiosi di organizzazione industriale, intesa come meccanismo di autorità (9) che, in presenza di costi di transazione (10), *asset specificity*, incertezza e frequenza dello scambio (11), si sostituisce al meccanismo dei prezzi nel governo dell'attività economica. L'impresa/gerarchia può essere creata non soltanto con il contratto di lavoro subordinato (12), ma pure con le collaborazioni coordinate e continuative (13), con il contratto di appalto, con il contratto di affiliazione commerciale, con il rapporto di subfornitura industriale (14), con l'acquisto della proprietà delle azioni (15). In questo senso, si è

(9) Per l'idea di impresa come «autorità privata», che contraddistingue il filone del neoistituzionalismo economico rispetto al filone del contrattualismo, v. R.H. Coase, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, vol. 4, n. 16, pp. 386 ss.; Idem, *The institutional structure of production*, in *American economic review (Am. econ. rev.)*, 1991, vol. 82, n. 4, pp. 716 ss.; O.E. Williamson, *The mechanisms of governance*, Oxford University, New York, 1996; Idem, *The theory of the firm as governance structure: from choice to contract*, in *Journal of economic perspectives (Journ. of econ. persp.)*, 2002, vol. 16, n. 3, pp. 171 ss. Viceversa, negano che l'«autorità» sia un requisito essenziale del concetto di impresa A.A. Alchian, H. Demsetz, *Production, information costs, and economic organization*, in *Am. econ. rev.*, 1972, vol. 62, n. 5, pp. 777 ss.; M.C. Jensen, W.H. Meckling, *Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*, in *Journal of financial economics*, 1976, vol. 3, n. 4, pp. 305 ss.

(10) Per questa tesi v. R.H. Coase, opere citate *supra*, nota 9.

(11) Così O.E. Williamson, opere citate *supra*, nota 9.

(12) Vd. R.H. Coase, *The nature of the firm*, cit., dove l'Autore individua nella relazione datore di lavoro-lavoratore l'archetipo di impresa. Con particolare riferimento al diritto del lavoro, è doveroso il rinvio alla tesi di M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, pp. 45 ss., per il quale il concetto di subordinazione si spiega interamente nella logica del contratto di lavoro, cui «l'ordinamento assegna la funzione caratteristica di determinare l'esistenza dell'organizzazione di lavoro, in quanto fa derivare da esso effetti che sono costitutivi di quest'ultima». Sottolinea le connessioni fra Barassi, Coase e Persiani, M. Pedrazzoli, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. L. Barassi e il suo dopo*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita e pensiero, Milano, 2003, p. 360.

(13) V. le considerazioni di M. Pedrazzoli, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in Aa.Vv., *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Salerno, 22-23 maggio 1998*, Giuffrè, Milano, pp. 95 ss.

(14) V. specialmente O.E. Williamson, *The mechanisms of governance*, cit.; Idem, *The theory of the firm as governance structure: from choice to contract*, cit. Per l'approfondimento di tali teorie in chiave giuslavoristica v., specialmente, P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento, 4-5 giugno 1999*, Giuffrè, Milano, pp. 3 ss.; L. Corazza, «Contractual integration» e rapporti di lavoro, cit.

(15) H. Hansmann, *Ownership of the firm*, in *Journal of law, economics and organization*, 1988, vol. 4, pp. 267 ss.

sottolineata l'esigenza di «resistere alla tentazione di guardare al diritto per identificare l'impresa [...] Quando si regola l'attività economica, bisogna resistere all'idea che l'attività economica sia confinata all'interno di una chiara e distinta entità giuridica» (16).

La bontà del suggerimento è testimoniata dalla progressiva erosione legislativa del principio generale, desumibile in via interpretativa dall'art. 1, legge n. 1369 del 1960, in base al quale quando la prestazione lavorativa è di fatto inserita e utilizzata in un'impresa, la qualità di datore di lavoro non può distinguersi dal titolare della stessa (17). Tale «principio generale», frammentato e ridimensionato nella sua portata, continua a sopravvivere nella sostanza anche in seguito alla sua formale abrogazione (18). Tuttavia, con riferimento alle operazioni di decentramento produttivo «lecite» e alle

(16) Sono parole (liberamente tradotte dall'inglese da chi scrive) di D.G. Baird, *op. cit.*, p. 14.

(17) Vd. G. Benedetti, *op. cit.*, pp. 1504 ss.; O. Mazzotta, *op. cit.* Più di recente, R. Del Punta, *op. cit.*, pp. 625 ss.; P. Bellocchi, *op. cit.*, pp. 125 ss. Per l'idea che tale regola sia rivolta a soddisfare anche un'esigenza di trasparenza, v. G. De Simone, *Titolarietà dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., pp. 22-23, e, con particolare riferimento al fenomeno dei gruppi, pp. 173 ss. In giurisprudenza, v. ancora Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, cit.; Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 375.

(18) Una risposta positiva è data dalla dottrina maggioritaria. Fra i numerosi contributi, si vedano F. Scarpelli, *Appalto e distacco*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, 2004, Cedam, Padova, p. 421; R. Del Punta, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, pp. 130 ss.; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Giuffrè, Milano, 2004, vol. II, p. 13; Eadem, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro, somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 38 ss.; R. De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, pp. 3 ss.; V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., pp. 77 ss. Dubitativo P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 317 ss. Più problematica è la posizione di P. Chieco, *Delocalizzazione della subordinazione e somministrazione di lavoro: gli effetti e i rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 339 qui p. 349. Si esprimono invece nel senso dell'abrogazione del divieto di interposizione, R. Romei, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, pp. 726 ss.; Idem, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, pp. 403 ss.; A. Maresca, I. Alvino, *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, in V. Cuffaro (a cura di), *I contratti di appalto privato*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Il trattato dei contratti*, Cedam, Padova, 2011, pp. 424 ss. In giurisprudenza, si vedano le già citate Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, cit.; Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, cit.

organizzazioni complesse, il legislatore, non soltanto nazionale, si è progressivamente indirizzato verso la formulazione di tecniche di tutela alternative, incentrate sulla moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità connesse all'utilizzo di lavoro subordinato (19).

Nel contesto descritto, parte della dottrina, non scorrendo nella cosiddetta regola dell'unicità del datore di lavoro un vincolo di sistema (20), ha individuato una linea evolutiva verso una diversa concezione di datore di lavoro. Da un lato, il vecchio divieto di interposizione continuerebbe a operare nelle ipotesi di scomposizione *permanente* delle posizioni che fanno capo al datore di lavoro, in cui la prestazione di lavoro viene destinata *esclusivamente* a un soggetto diverso dal formale datore di lavoro (sommministrazione, appalto e distacco irregolare) (21). Dall'altro lato, la tecnica

(19) Per questa tesi v., specialmente, L. Corazza, «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, cit.; Eadem, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 23/2012, p. 12; nonché R. Del Punta, *Le nuove regole dell'outsourcing*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, Cedam, Padova, 2005, spec. pp. 634 ss.; V. Speciale, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *q. Riv.*, 2006, pp. 3 ss.

(20) In questo senso, con diverse sfumature, P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i «confini» dell'impresa*, cit.; L. Corazza, «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, cit.; Eadem, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, cit.; M. Barbera, *op. cit.*; V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit.; G. De Simone, *I gruppi di imprese*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro. Trattato di diritto del lavoro diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci*, vol. VI, Cedam, Padova, 2012, p. 1509, qui p. 1528. Per una comparazione con il Regno Unito, dove è ormai condivisa l'idea che, nel contesto della *tort law* e della *vicarious liability*, sia possibile un esercizio congiunto, da parte di più di un soggetto, del *right to control*, v. L. Ratti, *Agency work and the idea of dual employership: a comparative perspective*, in *Comparative labour law & policy journal*, 2009, pp. 835 ss.

(21) Cfr. ancora Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, cit. Sembra invece un po' forzato individuare nella sentenza citata l'affermazione di un principio di unicità del datore di lavoro. Le Sezioni Unite ribadiscono il divieto di scomposizione o dissociazione permanente delle posizioni che fanno capo al datore di lavoro. Tuttavia, nell'ambito delle operazioni di decentramento produttivo «lecite», non si ricade nell'area di tale divieto, poiché nessun imprenditore si atteggia a mero datore di lavoro formale o «testa di legno». In questo senso, v. V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, cit., pp. 116 ss.; L. Corazza, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, cit. Ricava invece dalla pronuncia citata la regola generale dell'unicità del datore di lavoro M.T. Carinci, *L'unicità del datore di lavoro*, cit., pp. 1019 ss., per la quale, al di là delle eccezioni legislativamente ammesse, ogni ipotesi di condivisione del lavoratore finisce nei fatti per ricadere nell'area del divieto di dissociazione fra titolare formale e utilizzatore sostanziale della prestazione di lavoro; Eadem, *Unicità o duplicazione, unificazione o scissione del datore di lavoro a fronte dei processi di riorganizzazione dell'impresa*, cit., pp. 307 ss.

delle «responsabilità congiunte» (22) e, in una versione ancor più incisiva, la «codatorialità» (23) si attestano come nuovo strumento di tutela dei lavoratori che operano nell'interesse di organizzazioni complesse «lecite», a cavallo fra mercato e gerarchia, i cui confini travalicano quelli del soggetto di diritto. Come si vedrà a conclusione del lavoro, non necessariamente queste due tecniche di tutela sono alternative.

2. — *Rilevanza giuridica delle nozioni di interesse di gruppo e di impresa di gruppo* — Il fenomeno dei gruppi di imprese esemplifica il dibattito poc' anzi sunteggiato. Esso, per un verso, risulta ascrivibile alle strategie di decentramento produttivo: una medesima attività economica viene frammentata fra una pluralità di soggetti separati sul piano giuridico formale. Per altro verso, l'integrazione (contrattuale o azionaria) fra tali soggetti è così intensa «da ricreare l'impresa al di fuori dei suoi confini» (24).

Già alla fine degli anni ottanta, il gruppo veniva descritto come unità economica contrapposta alla pluralità giuridica delle società che vi fanno parte, in grado di spezzare la tradizionale corrispondenza fra impresa e imprenditore (individuale o collettivo) (25). La vera novità degli ultimi anni è però senza dubbio la nuova disciplina in materia di direzione e coordinamento di società, di cui agli artt. 2497 e seguenti del codice civile, introdotta con la riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6).

L'art. 2497 cod. civ. costituisce l'ultima tappa di un percorso avviato negli anni ottanta, quando una parte della dottrina giuscommercialistica elaborò le nozioni di «impresa di gruppo» e di «interesse di gruppo», al fine di incentivare i fenomeni di integrazione verticale fra imprese rivolti al perseguimento di una strategia e di un disegno imprenditoriale unitari che le società, *uti singulae*, non sono in grado di realizzare (26).

(22) Sulla quale, per tutti, L. Corazza, «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, cit.

(23) V. specialmente V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., pp. 77 ss.

(24) Così M. Barbera, *op. cit.*, p. 12; v. anche F. Gaudu, *Entre concentration économique et externalisation: les nouvelles frontières de l'entreprise*, in *Droit social*, 2001, n. 5, pp. 471 ss., che parla di decomposizione e ricomposizione dell'impresa nei gruppi.

(25) Per tutti, G. Vardaro, *op. ult. cit.*; G. Teubner, *op. ult. cit.*; per la rivisitazione critica di tale affermazione, v. già G. De Simone, *Nuove regole per nuove imprese?*, in P. Zanelli (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole. In ricordo di Gaetano Vardaro*, Franco Angeli, Milano, 1991, p. 202.

(26) V., specialmente, P.G. Jaeger, *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, pp. 817 ss.; A. Mignoli, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986, pp. 730 ss.; P. Ferro Luzzi, P.

Non è questa la sede per ripercorrere tale evoluzione. Ci si limita a rilevare che in giurisprudenza e in dottrina è condivisa l'idea che il nuovo art. 2497 cod. civ. – in base al quale è oggi lecita e meritevole di tutela l'«attività di direzione e coordinamento» di società (art. 2497 cod. civ.) (27) – segni l'accoglimento sul piano normativo, da un lato, della nozione di «vantaggi compensativi» (28) e, dall'altro lato, della nozione di «interesse di gruppo» che acquista rilievo giuridico autonomo rispetto all'interesse sociale delle società che del gruppo fanno parte (29).

Marchetti, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, pp. 419 ss.; P. Montalenti, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, pp. 710 ss.; F. Galgano, *Le società. Trattato diretto da F. Galgano. I gruppi di società*, Utet, Torino, 2001. Per la giurisprudenza, il rinvio è alla nota Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 360, con nota di N. Rondinone.

(27) V. ancora la dottrina citata *supra*, alla nota 26. V., inoltre, le opinioni raccolte in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 613 ss. Sul carattere assolutamente lecito dell'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding* in seguito all'entrata in vigore del nuovo art. 2497 cod. civ., v., da ultimo, S. Gilotta, *Interesse di gruppo e nuove regole sulle operazioni con parti correlate: una convivenza difficile*, in *Giur. comm.*, 2012, I, pp. 254 ss.; M. Maugeri, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 66; F. Fimmanò, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. notariato*, 2012, p. 267. In giurisprudenza, v. Trib. Palermo 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3184.

(28) La teoria dei «vantaggi compensativi» è stata elaborata specialmente da P. Montalenti, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit.

(29) Su questa conclusione, già condivisa prima della riforma, concordano oggi pressoché tutti i commentatori della riforma. Fra i tantissimi, v. già (oltre naturalmente a P. Montalenti) N. Abriani, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma di diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 616 ss.; U. Tombari, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 61 ss.; A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in P. Abbadessa, G.B. Portale (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, vol. 3, pp. 838 ss.; M. Maugeri, *op. cit.*, che afferma che l'art. 2497 cod. civ. attesta un privilegio per l'interesse di gruppo; S. Gilotta, *op. cit.* In giurisprudenza, si veda (oltre alla celebre Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, cit.), Corte d'App. Milano 30 marzo 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, pp. 200 ss.; Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. comm.*, 2005, II, pp. 246 ss.; Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325; Cass. 4 agosto 2008, n. 17696; Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2326; Trib. Palermo 15 giugno 2011, cit. In particolare, è stata considerata lecita e meritevole di tutela la stipulazione di un contratto di mutuo da parte di una società appartenente a un gruppo, anche se ne condizionava la realizzazione di progetti imprenditoriali, perché finalizzata all'appianamento dei debiti complessivi del gruppo (Cass. 4 agosto 2008, n. 17696); la costituzione di un'ipoteca nell'interesse complessivo del gruppo, anche se formalmente estranea all'oggetto sociale

L'interesse di gruppo non coincide né con l'interesse sociale della capogruppo (30), né con l'interesse sociale delle singole società dirette e coordinate (31), né con la somma aritmetica di tutti questi interessi. L'interesse di gruppo non è neppure un interesse in sé dell'impresa, diverso rispetto agli interessi degli imprenditori (32). Esso rappresenta piuttosto la sintesi degli interessi imprenditoriali coinvolti e coincide con il disegno strategico condiviso dalla pluralità delle società, ovvero, secondo una diversa interpretazione, con l'interesse imprenditoriale della capogruppo a governare e coordinare in modo strategicamente unitario le politiche finanziarie delle altre società del gruppo (33).

della società debitrice (Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325); la prestazione di una garanzia di fideiussione e di un'ipoteca da parte della capogruppo a vantaggio di due società del gruppo (Cass. 14 ottobre 2010, n. 21280). Nella relazione governativa al d.lgs. n. 6 del 2003 (disponibile al sito www.tuttocamere.it/files/dirsoc/RDS_RELAZIONE_Cod_Civ.pdf, p. 42) si legge poi: «la delega richiede una disciplina di trasparenza con regole tali da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperino l'interesse di gruppo [corsivo mio] delle società controllate o dei soci di minoranza». Nell'ottica dell'interesse di gruppo si spiegano anche l'obbligo di analitica motivazione delle ragioni e degli interessi alla base di decisioni adottate sotto la direzione e il coordinamento della *holding* (art. 2497-ter cod. civ.) e gli obblighi di pubblicità e trasparenza (art. 2497-bis cod. civ.).

(30) A tale risultato interpretativo si giunge valorizzando la specificazione contenuta nell'art. 2497, comma 1, cod. civ., per cui la società capogruppo risponde dei danni cagionati alle società dirette e coordinate nell'esercizio di attività di direzione e coordinamento svolta «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime». In questo senso, N. Abriani, *op. cit.*, p. 619, il quale aggiunge: «l'interesse della capogruppo si colloca pertanto sullo sfondo, quale uno degli interessi della comunità allargata che essa [leggi la capogruppo] dirige unitariamente».

(31) Così P. Montalenti, *Gruppi e conflitto di interesse nelle riforma di diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 624 ss. Il conflitto che così si crea fra interesse di gruppo e interesse sociale è alla base della nuova disciplina Consob in materia di transazioni con parti correlate, introdotta con la delibera n. 17221 del 12 marzo 2010, sulla quale v. S. Gilotta, *op. cit.*

(32) Per questo rischio, v. O. Mazzotta, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro fra organizzazione e contratto*, in P. Zanelli (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, cit., p. 130. Per un recente affresco delle teorie istituzionalistiche e contrattualistiche d'impresa, v. G. Cottino, *Contrattualismo e istituzionalismo*, in *Riv. soc.*, 2005, pp. 693 ss.

(33) Così F. Fimmanò, *op. cit.* V. già, in una prospettiva giuslavoristica, B. Veneziani, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1990, p. 609, qui p. 613, dove l'Autore afferma la tesi per cui «nel gruppo di imprese esiste la possibilità di identificare, attraverso una indagine sul concreto svolgersi del rapporto, un interesse superiore o complesso – per così dire unitario – identificabile con quello di una articolata struttura organizzativa e che non può soddisfarsi se non con una data organizzazione e articolazione».

La strategia unitaria, da cui le società dirette e coordinate ricavano nel medio-lungo periodo un vantaggio, giustifica la loro «subordinazione» nei confronti della *holding*. In questa prospettiva, l'interesse di gruppo svolge funzione selettiva dell'uso dall'abuso nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Certo, i «vantaggi compensativi» non devono essere ipotetici, ma concreti (34). In caso contrario, ricorre un'ipotesi di abuso, con conseguente diritto della società diretta e coordinata, dei soci e dei creditori sociali al risarcimento del danno.

È stato giustamente osservato che negli artt. 2497 cod. civ. e seguenti non è invece accolta la nozione di «impresa di gruppo» (35). Tuttavia, tale nozione può essere ricostruita in via interpretativa a partire da quelle di interesse di gruppo e di «attività di direzione e coordinamento», seguendo un percorso interpretativo analogo a quello compiuto anni addietro per il concetto di impresa, ricavato dalla nozione di imprenditore e impresa-attività (artt. 2082 e 2083 cod. civ.), da un lato, e dalla valorizzazione dello scopo unitario, costituzionalmente rilevante, cui l'attività risulta orientata, dall'altro lato (36).

Più precisamente, può prospettarsi la tesi che il fenomeno del gruppo riproponga tutti i tratti essenziali del concetto di impresa: l'esercizio da parte di un soggetto di un'attività di direzione e coordinamento di elementi eterogenei (impresa-attività) (37); il perseguimento di un fine unitario, costituzionalmente rilevante – la produzione di beni e servizi nel mercato – che giustifica la considerazione per certi aspetti unitaria della «fattispecie in svolgimento» (38); la creazione di una struttura organizzativa strumentale al perseguimento di detto fine (impresa-organizzazione) (39).

(34) Ancora Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325. In dottrina, cfr. G. Denozza, *Rules vs. standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 327, nonché, in una prospettiva giuslavoristica, G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., pp. 1541 ss.

(35) V. le osservazioni di U. Carabelli, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, pp. 101 ss. Sulla nozione di impresa di gruppo, v. specialmente F. Galgano, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contratto e impresa*, 1990, pp. 401 ss.; Idem, *Le società. Trattato diretto da F. Galgano. I gruppi di società*, Utet, Torino, 2001; Idem, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, Cedam, Padova, 2004, t. 1.

(36) Specialmente, G. Fanelli, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1950, spec. pp. 75 ss. e pp. 116 ss.

(37) Fra i moltissimi, v. P. Spada, voce *Impresa*, in *Digesto sez. comm.*, Utet, Torino, 1992, vol. VII, pp. 32 ss.

(38) Così G. Fanelli, *op. cit.*, pp. 116 ss.

(39) Per tutti, P. Spada, *op. cit.*, p. 47. Va da sé che utilizzare il termine «impresa di gruppo» non implica affatto attribuire a tale impresa una soggettività giuridica, ridu-

3. — *Segue: Ripercussioni sul giudizio di imputazione e sulla struttura del rapporto di lavoro. Prospettive di codatorialità* — Alla luce del nuovo art. 2497 cod. civ. è parso possibile ritenere che la consueta «formula» della giurisprudenza lavoristica, per cui in presenza di determinati indici di fatto considerati denotativi di un'ipotesi di frode alla legge o di simulazione vietata il gruppo può essere considerato, a diversi effetti normativi (40), «centro unitario d'imputazione dei rapporti di lavoro» (41), non regga più (42). A tale conclusione si giunge osservando che tre dei quattro indici di fatto tradizionalmente considerati selettivi di una patologia – a) l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il relativo *interesse comune*; c) un coor-

ciendo così la pluralità di imprese a unità formale. A questo proposito, si rinvia a G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 225; Eadem, *Gruppi di imprese*, cit., p. 1519, a nota 33, in risposta alla questione metodologica sollevata da V. Pinto, *I gruppi imprenditoriali tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 907, che parla invece di approccio «riduzionista».

(40) Primi fra tutti il computo del requisito numerico selettivo dell'art. 18 Stat. lav. e della legge n. 223 del 1991.

(41) Tali indici di fatto sono, in particolare: «a) l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il relativo interesse comune; c) un coordinamento tecnico-amministrativo e finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore di vari imprenditori». Fra le tantissime, v. Cass. 9 giugno 1989, n. 2819, in *Not. giur. lav.*, 1989, p. 536; Cass. 3 agosto 1991, n. 8532; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, in *Not. giur. lav.*, 1995, p. 381; Cass. 11 novembre 2005, n. 22927; Cass. 15 maggio 2006, n. 11107, in q. *Riv.*, 2007, II, pp. 440 ss.; Cass. 10 gennaio 2012, n. 88, in *Not. giur. lav.*, 2012, p. 149. Nella giurisprudenza di merito v., di recente, Trib. Milano 4 febbraio 2011, Trib. Milano 16 luglio 2008, e Corte d'App. Milano 10 settembre 2010, tutte in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 990 ss., con ampio commento di M. Biasi.

(42) Sia consentito il rinvio a O. Razzolini, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da «unicità» di impresa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, pp. 263 ss., spec. par. 2-3; nonché G. Meliàdò, *Esternalizzazione dei processi produttivi e imprese a struttura complessa*, in *Lav. giur. Gli speciali. Innovazione tecnologica, esternalizzazione di servizi e professionalità*, 2011, p. 11; Idem, *Imprese a struttura complessa, controllo dei fenomeni di esternalizzazione e interpretazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3329. Parla di vero e proprio «paradosso», E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 298. Viceversa, legge i sopra citati indici come denotativi a tutt'oggi di «veri e propri abusi», anche se sottolineando la necessità di una valutazione caso per caso, V. Pinto, *op. cit.*, p. 890, qui p. 910; U. Carabelli, *op. cit.*, p. 101. Per la perdurante rilevanza della tecnica della frode alla legge in materia, v. G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, pp. 261 ss.

dinamento tecnico-amministrativo e finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno *scopo comune* – convergono significativamente con i tratti caratteristici della fattispecie della direzione e coordinamento di società (art. 2497 cod. civ.).

Compiendo un passo ulteriore, l'affermazione giurisprudenziale per cui, in presenza del quarto requisito dell'utilizzazione della prestazione di lavoro «da parte delle varie società titolari delle distinte imprese» (indice *d*), il gruppo può essere considerato centro unitario di imputazione dei rapporti di lavoro, una volta disancorata dalla chiave di lettura della frode alla legge, può interpretarsi come la normale applicazione delle regole che presiedono al giudizio di imputazione del rapporto di lavoro. In particolare, nell'imputare il rapporto al gruppo, inteso come «centro unitario», la giurisprudenza non sanziona un'ipotesi fraudolenta, bensì modifica la qualificazione del rapporto di lavoro nel senso voluto dalle parti (43). La «condivisione» della prestazione di lavoro da parte delle varie società in vista del perseguimento di uno scopo comune, è elemento capace di reagire sulla struttura del rapporto di lavoro, sollecitando una rilettura del meccanismo d'imputazione funzionale e adeguata ai diversi confini dell'impresa e dell'interesse produttivo (44).

In una recente sentenza, la Suprema Corte sembra spingersi in questa direzione. In particolare, viene sottolineata la necessità di procedere a un'attenta valutazione degli indici considerati tradizionalmente selettivi di una «patologia» del gruppo, a fronte del «rilevante, ma fisiologico, livello di integrazione» oggi consentito dall'art. 2497 cod. civ., «che può costituire il presupposto per una valutazione differenziata che la rilevanza dell'«interesse unitario di gruppo» manifesta rispetto all'adempimento delle obbligazioni che risultano funzionali alla realizzazione di tale interesse» (45).

La questione più delicata e complessa consiste, a questo punto, nell'individuare schemi capaci di rappresentare dal punto di vista normativo la

(43) Spunti in questo senso in O. Mazzotta, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, in *Lav. dir.*, 1988, pp. 366 ss.; L. Nogler, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1992, pp. 308 ss.

(44) Sottolinea la recente tendenza del diritto del lavoro a utilizzare «*canoni funzionalistici* di individuazione della figura del datore di lavoro, che *si connota diversamente a seconda del contesto e dei fini che l'ordinamento intende realizzare* [corsivo dell'Autore]» M. Barbera, *op. cit.*, p. 34.

(45) Vd. Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 375. Ma vedi già, per alcuni spunti in questo senso, Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 740.

situazione in cui la prestazione di lavoro sia impiegata in vista di un interesse «condiviso» da una pluralità di imprenditori separati sul piano giuridico formale.

È stato efficacemente osservato che un netto rifiuto rispetto a qualsiasi forma di «estensione e di comunicazione delle posizioni giuridiche attive e passive facenti capo al datore di lavoro controllato» si ricaverebbe da precisi dati normativi; primo fra tutti l'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003, che ribadisce la regola della formale separazione soggettiva fra le società facenti parte del gruppo (46). Né indicazioni utili possono trarsi dalla recente sentenza *Albron* (47), dove pure viene affermato il suggestivo principio per cui nel gruppo di imprese possono coesistere due datori di lavoro: «uno avente rapporti contrattuali con i lavoratori di detto gruppo e l'altro avente rapporti non contrattuali con essi» (48).

Per quanto attiene all'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003, sembra però possibile osservare che il legislatore, se, per un verso, ha inteso porre un argine preciso rispetto alle tendenze emerse in giurisprudenza a superare lo schermo della formale separazione soggettiva fra le società appartenenti al medesimo gruppo (49), per altro verso, non ha tenuto conto delle evoluzioni registratesi nello stesso anno nel diritto societario e, in particolare, del nuovo art. 2497 cod. civ. Ciò si evince, anzitutto, dalla rubrica «gruppi di impresa»: espressione mai comparsa nella terminologia giuscommercialistica o giuslavoristica, dove, tutt'al più, si è parlato di «impresa di gruppo» o di «gruppi di imprese» (50). In secondo luogo, nella norma viene richia-

(46) Così V. Pinto, *op. cit.*, pp. 902 ss.

(47) Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, C-242/09, *Albron Catering Bv c. Fnv Bondgenoten, John Roest*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 1286 ss.

(48) Punto 31. In effetti, in *Albron* la Corte di Giustizia delinea un'ipotesi non di coesistenza di due datori di lavoro, bensì di dissociazione permanente delle posizioni che fanno capo al datore di lavoro: ipotesi che, se è lecita in Olanda, si rivela tuttavia incompatibile con l'art. 3, lett. *b, c, d, e* della Direttiva n. 2008/104/Ce, relativa al lavoro interinale tramite agenzia, e con i limiti che operano nel nostro ordinamento per la somministrazione a tempo indeterminato e per il distacco. Per la relativizzazione della portata del principio affermato dalla Corte di Giustizia v., con diversi accenti, V. Pinto, *op. cit.*, pp. 896 ss.; G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., pp. 1551 ss.; O. Razzolini, *Il problema dell'individuazione dei datori di lavoro nei gruppi di imprese al vaglio della Corte di Giustizia. Verso un'idea di codatorialità?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, spec. pp. 1292 ss.

(49) Così G. Scognamiglio, *Commento all'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003*, in R. De Luca Tamajo, G. Santoro Passarelli (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2007, cit., pp. 480 ss.

(50) In senso critico, F. Galgano, *L'impresa di gruppo*, in *Dir. merc. lav.*, 2004, pp. 669 ss.; N. Rondinone, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento*

mata l'ipotesi non dell'attività di direzione e coordinamento (la sola tecnicamente riferibile al fenomeno del gruppo), bensì del «controllo» (di cui all'articolo 2359 cod. civ. e all'articolo 3, d.lgs. n. 74 del 2002) (51). In questo senso, l'art. 31 non sembra poter assurgere a vincolo di sistema, ma denota piuttosto le perduranti lacune legislative in materia (52), spingendo a riflettere sulla necessità di una maggiore comunicazione fra diritto del lavoro e diritto commerciale (53).

Nel contesto descritto, scartata l'idea che il gruppo costituisca un nuovo soggetto di diritto, una parte della dottrina (54) e della giurisprudenza (55) si sono orientate verso l'idea della «codatorialità», ricostruita alla luce di diverse opzioni interpretative.

Nell'ipotesi di Valerio Speciale, presentata in occasione del congresso Aidlass del 2009, la codatorialità, sviluppata nel contesto del fenomeno del-

d'azienda, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, pp. 449 ss.

(51) Per i commenti a tale disposizione, v. A. Maresca, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d'azienda. Articolo 31. Gruppi di impresa*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 345 ss.; N. Rondinone, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d'azienda*, cit.; G. Scognamiglio, *I gruppi di imprese nella recente legislazione* «in materia di occupazione del lavoro», in *Riv. dir. impr.*, 2006, pp. 493 ss.; Eadem, *Commento all'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003*, cit.

(52) Per questo giudizio, v. T. Treu, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, p. 16.

(53) La contraddittorietà fra discipline di diritto positivo emerge altresì dal nuovo art. 69-bis, d.lgs. n. 276 del 2003, introdotto dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, che, in netta contraddizione rispetto a quanto affermato dall'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003, fa proprio il consolidato orientamento giurisprudenziale che, in presenza di determinati indici fattuali, considera il gruppo un centro unitario d'imputazione. Criticamente rispetto a tale formulazione, G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., p. 1523.

(54) V., seppure con prospettive assai diverse, O. Mazzotta, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, cit., pp. 366 ss.; L. Nogler, *op. ult. cit.*, pp. 302 ss.; B. Veneziani, *op. cit.*, pp. 609 ss.; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., pp. 276 ss., e, fra i contributi più recenti, O. Razzolini, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da «unicità d'impresa»*, cit., pp. 277 ss.; L. Nogler, *The concept of «subordination» in european and comparative law*, Università di Trento, 2009, pp. 67 ss.; G. Meliàdò, *op. ult. cit.*; G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., pp. 1528 ss.; E. Raimondi, *op. cit.*, spec. pp. 302 ss. In una prospettiva più generale, v. poi L. Corazza, *«Contractual integration» e rapporti di lavoro*, cit.; V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit.

(55) V., specialmente, Cass. 22 febbraio 1995, n. 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 988; Cass. 20 ottobre 2000, n. 13904; spunti anche in Cass. 24 marzo 2003, n. 4274 (citata nella decisione in commento), in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 740, con nota di S. Passerini; Trib. Monza 28 aprile 2004, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 540, con nota di A. Fortunat; Cass. 20 novembre 2011, n. 25270, cit.

l'integrazione contrattuale gerarchica fra imprese che abbia intensità tale da configurare un'«impresa integrata», si fonda sulla fattispecie civilistica del collegamento funzionale volontario (56). I presupposti sostanziali della codatorialità sono due. In primo luogo, il contratto (ad esempio, l'appalto o il *franchising*) deve dare vita, nel suo concreto svolgimento, a un'integrazione gerarchica fra le imprese di intensità tale da consentire l'individuazione di un interesse comune o condiviso e la considerazione unitaria, a determinati fini, di organizzazioni autonome, sul piano formale, ma strettamente integrate, sul piano sostanziale. In secondo luogo – ed è questo l'elemento più rilevante dal punto di vista del diritto del lavoro –, la prestazione di lavoro deve essere destinata a soddisfare «in via esclusiva o rilevante gli interessi economici e organizzativi» dell'impresa principale (57). In presenza di questi due requisiti, il collegamento negoziale fra contratto commerciale e contratto di lavoro è idoneo a dare vita a un unico contratto con una sola causa, o a un'operazione economica complessiva realizzata con diversi contratti con una causa complessiva che si aggiunge a quella dei singoli negozi, capace di produrre la compenetrazione degli interessi e la traslazione degli effetti ricollegati ai diversi tipi negoziali, fra cui, il più importante, l'effetto dell'imputazione del rapporto di lavoro *anche* all'impresa principale (58).

Questa ricostruzione interpretativa, condotta in un contesto diverso da quello dei gruppi di imprese, trova in questi ultimi un fertile terreno di applicazione. In effetti, i presupposti della codatorialità individuati dall'Autore convergono significativamente con quelli elaborati dalla giurisprudenza in materia di gruppi e, di rimando, con i tratti caratterizzanti la fattispecie della direzione e coordinamento di società (art. 2497 cod. civ.), che esemplifica, sul piano normativo, il grado più intenso che può assumere il fenomeno della *contractual integration* (59), con il limite della sua applicabilità alle sole imprese organizzate in forma societaria (60).

(56) Ci si riferisce alla relazione Aidlass di V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., *passim*.

(57) *Ivi*, p. 140.

(58) *Ivi*, pp. 138 ss.

(59) D'altra parte, alla fattispecie del controllo (art. 2359 cod. civ.) e della direzione unitaria (art. 2497 cod. civ.) è riconducibile l'integrazione gerarchica fra imprese non soltanto di tipo azionario, ma anche di tipo contrattuale (v. art. 2359, n. 3, cod. civ., e art. 2497-*sexies* cod. civ.). In giurisprudenza, v. Trib. Pescara 3 febbraio 2009, n. 128, in *Giur. merito*, 2010, II, p. 2748, che afferma l'astratta applicabilità dell'art. 2497 cod. civ. a un rapporto contrattuale di affiliazione commerciale o *franchising*. Cfr. anche Trib. Milano 25 giugno 2005, in q. *Riv.*, 2006, II, pp. 97 ss.

(60) Nondimeno, tempo addietro, una parte della dottrina giuscommercialistica ha sostenuto l'applicabilità dell'art. 2359 cod. civ. (e *a fortiori* oggi dell'art. 2497 cod.

L'opzione teorico-ricostruttiva così sinteticamente ricordata, seppure innovativa e suggestiva, lascia però alcuni margini di dubbio. Sotto un primo aspetto, non convince appieno l'idea che, perché si configuri la codatorialità, occorra verificare se la prestazione di lavoro sia destinata «a soddisfare in via esclusiva o rilevante gli interessi economici e organizzativi *del committente o del distributore*» (61). Tale criterio, per un verso, rischia di sfumare nel criterio tradizionale selettivo di un'ipotesi di dissociazione permanente (e vietata) delle posizioni che fanno capo al datore di lavoro (62); per altro verso, non dà conto del fatto che la prestazione di lavoro impiegata in un'«impresa integrata» o di gruppo è funzionalmente destinata a soddisfare un interesse comune (o di gruppo) che non è scomponibile nei singoli interessi di ciascuna impresa, costituendone piuttosto la sintesi (63).

Sotto un secondo aspetto, la fattispecie del collegamento negoziale, seppure oggetto di recenti studi rivolti ad attribuire rilievo ai suoi aspetti fisiologici e non soltanto patologici, sembra a oggi produrre effetti giuridici li-

civ.) anche alle imprese individuali e alle società di persone. Vd. F. d'Alessandro, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 3022; P.G. Jaeger, *Intervento*, in Aa.Vv., *Il gruppo di società e il bilancio consolidato*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 71 ss.; E. Rimini, *Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Giuffrè, Milano, 1996, vol. III, spec. p. 1911. In un'ottica giuslavoristica, v. U. Carabelli, *op. cit.*, p. 98.

(61) Così V. Speciale, *op. ult. cit.*, spec. p. 140, che aggiunge: «Questa esclusività o rilevanza presuppone che i lavoratori interessati dedichino tutto il loro tempo di lavoro, o una quantità consistente di esso, alla effettuazione delle prestazioni funzionali alle esigenze produttive dell'impresa principale. Soltanto in queste ipotesi, infatti, il rapporto di integrazione contrattuale raggiunge quel livello qualitativo e quantitativo che consente di parlare di una "causa unica" o "complessiva" che giustifica un'operazione economica unitaria...». Aderisce a quest'impostazione anche E. Raimondi, *op. cit.*, p. 303, per il quale, perché si possa configurare l'ipotesi della codatorialità, la prestazione di lavoro deve essere destinata a soddisfare l'interesse creditorio sia del formale datore di lavoro, sia della *holding*, distinguendo nettamente fra tali interessi.

(62) Vd. M.T. Carinci, *Unicità o duplicazione, unificazione o scissione del datore di lavoro a fronte dei processi di riorganizzazione dell'impresa*, cit., pp. 307 ss. che osserva come l'ipotesi delineata da V. Speciale tenda a ricadere nell'ambito applicativo del divieto di interposizione di manodopera.

(63) Questo dato sembra trovare conferma, oltre che nella nozione di «interesse di gruppo» sopra esaminata, anche nel fenomeno della rete di imprese e del recentissimo contratto di rete, per effetto del quale è possibile immaginare categorie di lavoratori (ad esempio, il *manager* di rete) impiegati in vista della realizzazione di un comune progetto imprenditoriale strategico, che si coniuga con quello perseguito dalle imprese singolarmente. Cfr., tuttavia, T. Treu, *op. cit.*, p. 21, che sottolinea i rischi connessi a un'applicazione automatica delle soluzioni giuslavoristiche che possono essere elaborate con riferimento ai gruppi anche al più recente fenomeno del contratto di rete.

mitati, efficacemente riassunti nel principio *simul stabunt simul cadent*, circoscrivibili alla nullità, all'annullabilità, alla rescissione e alla risoluzione (64) o, più di recente, alla cessione, insieme al contratto collegato, dell'operazione economica complessiva sottesa al collegamento (65).

Nel contesto descritto, sembra più persuasivo il ricorso alla fattispecie dell'obbligazione soggettivamente complessa, ricostruendo la sussistenza del requisito della *eadem causa obligandi*, cioè dell'unicità del vincolo contrattuale intercorrente fra il lavoratore e la pluralità di società, sul piano non formale ma sostanziale, a partire dall'analisi delle concrete modalità di svolgimento del rapporto, secondo i normali principi che presiedono alla qualificazione e all'imputazione del rapporto di lavoro (66).

L'obbligazione soggettivamente complessa non costituisce certo un terreno meno accidentato del collegamento negoziale, ma offre maggiori indicazioni sui mutamenti strutturali che si producono nel rapporto obbligatorio del quale siano contitolari una pluralità di debitori o creditori. In particolare, rappresenta efficacemente la situazione in cui una medesima prestazione sia, per volontà delle parti, utilizzata per perseguire un interesse condiviso da una collettività organizzata: interesse che viene ricondotto all'interno di un unico rapporto obbligatorio imputato alla pluralità dei soggetti, senza creare un nuovo soggetto di diritto (67). L'ancoraggio all'obbli-

(64) V. di recente, V. Barba, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. Parte prima*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 791 ss.; Idem, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 1167 ss., qui pp. 1177 ss., citati anche da V. Speziale, che ripercorre gli studi passati e recenti sul tema del collegamento negoziale.

(65) Vd. A. Addante, *Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing*, in *Contratto e impresa*, 2004, pp. 1038 ss., citata da V. Speziale.

(66) Vd. L. Nogler, *op. ult. cit.*, 1992, pp. 308 ss., anche per la ricostruzione del dibattito in chiave comparata; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 276. Più di recente, vedasi, se si vuole, O. Razzolini, *Contitolarità del rapporto di lavoro nei gruppi*, cit., par. 4.

(67) Sulla ricostruzione interpretativa della fattispecie dell'obbligazione soggettivamente complessa – i cui requisiti costitutivi sono la pluralità dei debitori, la *eadem res debita* e la *eadem causa obligandi* – e sulle ripercussioni che essa produce sulla struttura del rapporto obbligatorio, consentendo in particolare il configurarsi di un regime di contitolarità del credito e del debito, v. F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1974; nonché D. Rubino, *Delle obbligazioni*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1968, pp. 130 ss. Più di recente, A. Gnani, *L'estinzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pp. 41 ss.; M. Orlandi, *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 179 ss. Per l'utilizzo di tale fattispecie in chiave giuslavoristica, v. L. Corazza, *Appunti in tema di obbligazioni solidali*, *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, pp. 77

gazione soggettivamente complessa si rivela poi convincente sotto il profilo degli effetti giuridici a essa ricollegati, primo fra tutti la solidarietà, che, in presenza di un fatto generatore dell'obbligazione e del rapporto ricostruibile in via interpretativa come «unitario», opera in via presuntiva, senza bisogno di un espresso intervento legislativo.

4. — Segue: *Importanza dell'elemento della «destinazione della prestazione di lavoro all'interesse di gruppo» anche al fine di distinguere fra gruppi genuini e pseudogruppi* — Già a metà degli anni novanta, Gisella De Simone aveva prospettato la tesi per cui, in presenza dell'utilizzazione contemporanea della medesima prestazione di lavoro da parte di più imprese appartenenti a un gruppo, si può configurare un'«obbligazione collettiva – con solidarietà passiva – che fa capo ai soggetti che sono stati parte attiva nell'unico rapporto di lavoro», senza bisogno di «scomodare» la tecnica del superamento della personalità giuridica (68). L'Autrice è tornata di recente a ribadire e ulteriormente approfondire la possibilità giuridica di imputare l'«intero contratto di lavoro» a una «pluralità di datori di lavoro» (69).

Secondo questa tesi, la codatorialità deve essere dedotta, caso per caso, dalle modalità di svolgimento dei rapporti giuridici di controllo (art. 2359 e art. 2497-*sexies* cod. civ.) intercorrenti fra il formale datore di lavoro e le società e dall'utilizzazione «contemporanea» e «promiscua» della prestazione da parte di più imprese appartenenti al gruppo (70). Viene invece considerato come eccessivamente complicato, e comunque non necessario ai fini dell'imputazione del rapporto di lavoro alla pluralità delle società del gruppo, il criterio della «destinazione della prestazione di lavoro all'interesse di gruppo» (71).

ss.; più di recente, I. Alvino, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 507 ss.

(68) G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 276.

(69) G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., p. 1528.

(70) *Ivi*, p. 1530.

(71) *Ivi*, p. 1529, criticamente rispetto a O. Razzolini, *op. ult. cit.*, p. 278. La prospettiva di De Simone presenta suggestivi punti di contatto con la giurisprudenza e la dottrina francese, per le quali si configura un'ipotesi di *co-employeurs* in presenza di quattro elementi: la «*confusion d'activité, d'intérêt et de direction*» e la sussistenza di un contemporaneo vincolo di subordinazione fra il lavoratore e ciascuna società del gruppo V., da ultimo, *Cass. soc.* 9 settembre, 2012, n. 11-12.845. In dottrina, v. B. Teyssié, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, in *Droit social*, 2010, pp. 735 ss.; F. Favennec-Hénoy, *L'extinction de la relation de travail dans les groupes*, in *Droit social*, 2010, pp. 762 ss.

A parere di chi scrive, è convincente e condivisibile l'invito dell'Autore a non cadere nel tranello di configurare un'ipotesi di codatorialità ogni qualvolta la prestazione sia utilizzata nell'ambito di un gruppo, dovendosi piuttosto procedere a indagare, caso per caso, le concrete modalità di ripartizione dei poteri fra i soggetti che compongono il gruppo, per un verso, e le effettive modalità di utilizzo della prestazione di lavoro, per altro verso (72). Tuttavia, il criterio della destinazione della prestazione di lavoro all'interesse di gruppo sembra idoneo proprio a selezionare le ipotesi in cui la codatorialità si può configurare, contribuendo nel contempo ad «aggiornare» gli indici distintivi fra gruppi genuini e pseudogruppi.

Procediamo per gradi. La rilettura del meccanismo di imputazione del rapporto di lavoro nel segno della codatorialità sembra possibile nella sola ipotesi in cui, in base alle concrete modalità di svolgimento della prestazione di lavoro all'interno del gruppo, possa essere accertata l'unicità sostanziale del vincolo contrattuale intercorrente fra il prestatore di lavoro e una pluralità di società appartenenti al medesimo gruppo. A tale fine possono assumere rilevanza qualificatoria elementi assai simili a quelli da tempo elaborati dalla giurisprudenza: l'esistenza di attività di direzione e coordinamento unitario (*a*); un interesse di gruppo (*b*); una struttura organizzativa unitaria (*c*); l'utilizzo della prestazione di lavoro per perseguire la strategia di gruppo, condivisa dalle varie società a esso appartenenti (*d*).

In questa visuale, il criterio della destinazione della prestazione all'interesse di gruppo consente di distinguere fra lavoratori impiegati nel contesto imprenditoriale esclusivo di una singola impresa (73) e lavoratori «del gruppo», la cui prestazione è funzionalmente destinata al disegno imprenditoriale comune (74). Solo in quest'ultima ipotesi, non nella prima (75),

(72) G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., pp. 1530-1531.

(73) Si pensi, ad esempio, al personale addetto alle pulizie di una singola impresa, agli addetti al *call center* per una singola impresa, al segretario di un singolo dirigente o *manager* e via dicendo. Difficilmente, tali lavoratori potranno essere considerati nei fatti «dipendenti del gruppo».

(74) Emblematica, in questo senso, è la decisione del Trib. Monza 28 aprile 2004, cit., dove si fa riferimento alla figura del «Pilota dipendente dal gruppo» che consente «un condiviso [...] organico utilizzo delle risorse». Nel testo integrale della sentenza, in cui il giudice accerterà la sussistenza di una situazione di contitolarità dei rapporti di lavoro da parte di Alitalia e della società controllata, si legge poi: «nasce così la figura del pilota a disposizione del gruppo o meglio del pilota la cui prestazione è resa a favore del gruppo in generale, non della singola impresa di cui è dipendente».

(75) Nella prima ipotesi, seguendo la proposta interpretativa di E. Raimondi, *op. cit.*, p. 306, si può configurare un'eventuale «complicità del terzo nell'inadempimento» del formale datore di lavoro.

si configura la codatorialità, illuminando altresì la più complessa funzione economico sociale del contratto di lavoro, mediante il quale il lavoratore si obbliga a eseguire una prestazione *coordinata* o *coordinabile* (76) a un interesse finale (77) condiviso da una pluralità di soggetti.

Del pari, il criterio della destinazione della prestazione all'interesse di gruppo può contribuire a tracciare il confine fra le due ipotesi da ultimo considerate (entrambe lecite) e una terza in cui il lavoratore, formalmente dipendente di una delle società del gruppo, venga nei fatti utilizzato per soddisfare un interesse imprenditoriale esclusivo della capogruppo. Si profilano qui i tratti tipici sia dell'illecita interposizione di manodopera, sia dell'abuso di direzione e coordinamento di società (78). Come si legge in una recente sentenza, quando l'ingerenza della capogruppo sulla gestione e organizzazione dei rapporti di lavoro eccede i confini di direzione e coordinamento di altre società, rivelando un uso strumentale e opportunistico della struttura del gruppo, il lavoratore deve considerarsi inserito e utilizzato nell'ambito dell'impresa di cui è esclusiva titolare la capogruppo, che acquista così la qualità di datore di lavoro (79).

Infine, il criterio della destinazione della prestazione all'interesse di gruppo, che integra, non sostituisce, quello dell'utilizzazione effettiva, può contribuire a compensare la progressiva inefficienza qualificatoria di quest'ultimo, determinata dai profondi mutamenti registratisi sul versan-

(76) Per la nota tesi secondo cui la causa del contratto di lavoro consiste nel consentire all'imprenditore di soddisfare il proprio interesse al coordinamento dell'attività del lavoratore, che a sua volta consente la realizzazione dell'interesse finale dell'imprenditore/datore di lavoro alla produzione e allo scambio di beni e servizi, v. M. Persiani, *op. cit.*, spec. pp. 205 ss. e pp. 266 ss. Criticamente, F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, pp. 52-53, per il quale il *coordinamento* non è un risultato atteso, ma un'attività esercitata esclusivamente dall'imprenditore, che se ne addossa tutti i relativi rischi, mentre il lavoratore si obbliga «a svolgere una attività che più correttamente si dovrebbe qualificare come *coordinabile* e non *coordinata*» (p. 55). Per una recente replica a questa ricostruzione, v. M. Persiani, *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 466 ss.

(77) Per la nozione di interesse finale «pregnante» e la sua distinzione rispetto all'interesse strumentale, si rinvia a G.F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, spec. pp. 18 ss.; M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pp. 71 ss. e pp. 266 ss.; L. Mengoni, *Contratto di lavoro e impresa*, in M. Napoli (a cura di), *Luigi Mengoni. Il contratto di lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, spec. p. 22.

(78) Vd. Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 487, con nota di S. Brun, e in *Foro it.*, 2010, I, c. 3325, con nota di G. Meliaddò; Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, cit.

(79) Così, Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, cit.

te della subordinazione e del suo elemento più caratterizzante: l'eterodirezione (80). D'altra parte, proprio gli studi in materia di organizzazioni economiche complesse hanno evidenziato l'esigenza di ricercare degli equivalenti funzionali del potere direttivo, spesso esercitato dalle imprese in modo mediato, non immediato, senza per questo assumere efficacia meno incisiva (81).

5. — *La codatorialità come strumento di «flexicurity»* — La prospettiva della codatorialità rileva anzitutto sotto il profilo del computo del requisito numerico selettivo del nuovo art. 18 Stat. lav. e della disciplina in materia di licenziamento collettivo. In secondo luogo, contribuisce a ridefinire l'ambito economico e organizzativo che deve essere preso in considerazione al fine di verificare l'effettiva sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento (82), ovvero il «centro di imputazione delle esi-

(80) Si consideri il consolidato orientamento giurisprudenziale per cui, in presenza di una prestazione di lavoro di basso o, al contrario, elevato contenuto professionale, l'eterodirezione può esprimersi anche solo in una direzione generale e programmatica. V., fra le tante, Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, in *Foro it.*, 2002, I, c. 134; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1148; Cass. 11 settembre 2003, n. 13375, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3321. Così, parallelamente, l'esercizio da parte della *holding* di un potere direttivo nei confronti dei dipendenti «destinati al gruppo» si manifesta spesso non attraverso un'utilizzazione effettiva e costante degli stessi, bensì piuttosto attraverso direttive generali e programmatiche che riguardano la gestione del personale del gruppo (v. Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, cit.). In dottrina, v. V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., pp. 148 ss., dove l'Autore sottolinea l'opportunità di ricercare degli «equivalenti funzionali», richiamando i recenti studi sul metodo tipologico funzionale nel giudizio di qualificazione dei rapporti di lavoro (per tutti, L. Nogler, *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 109 ss.).

(81) In generale, v. P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit.; R. De Luca Tamajo, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pp. 167 ss.; Idem, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, pp. 3 ss.; L. Corazza, «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, cit.; R. Del Punta, *Le nuove regole dell'outsourcing*, cit., pp. 635 ss.; V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., spec. pp. 148 ss. In giurisprudenza, v. ancora Trib. Monza, 28 aprile 2004, cit., p. 553.

(82) Vd. Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, in *Orient. giur. lav.*, 2003, spec. p. 415; Cass. 6 aprile 2004, n. 6707. Vd. R. Del Punta, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, pp. 699 ss.; M.T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005, vol. XXXVI, pp. 132 ss.; G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., p. 1530.

genze tecnico-produttive e organizzative costituenti il criterio di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità» (art. 5, legge n. 223 del 1991) (83).

Dalla codatorialità discende poi, oltre alla solidarietà, che ne costituisce un effetto immediato (84), la possibilità di considerare la struttura organizzativa complessiva riferibile al gruppo al fine di valutare il corretto adempimento dell'obbligo di *rêpechage* (85). È di interesse osservare che in Francia l'allargamento della cosiddetta *obligation du reclassement* (la cui violazione determina l'illegittimità del licenziamento) al gruppo trova un espresso referente normativo nell'art. L. 1233-4 *Code du travail* (86). I recenti approdi della giurisprudenza (non soltanto italiana) e della legislazione francese sulla rilettura dei confini dell'obbligo di *rêpechage* nei gruppi di imprese offrono diversi spunti interpretativi.

Come detto in premessa, negli ultimi anni, parte della dottrina ha colto una tendenza dell'ordinamento ad abbandonare la tecnica di tutela più tradizionale costituita dalla connessione dei rapporti di lavoro all'impresa in favore della tecnica delle responsabilità congiunte e finanche della codatorialità (87). A ben vedere, tuttavia, queste due tecniche di tutela non sono alternative. La seconda costituisce piuttosto la rilettura aggiornata della prima.

(83) Così Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, cit., p. 747. In una prospettiva di comparazione, è di estremo interesse una recentissima sentenza pronunciata nell'ordinamento spagnolo – dove è accolta una nozione causale di licenziamento collettivo (art. 51 *Estatuto de los trabajadores*) – secondo cui, al fine di valutare la sussistenza dei presupposti che giustificano il ricorso al licenziamento collettivo (in particolare, le ragioni economiche, tecniche, organizzative o di produzione), occorre avere riguardo alla situazione economica complessiva del gruppo (*Audiencia nacional*, Sala de lo Social, n. 0106/2012).

(84) V. specialmente Cass. 20 ottobre 2000, n. 13904; Trib. Monza 28 aprile 2004, cit.; Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, cit.

(85) Vd. Trib. Milano 14 marzo 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 780; Trib. Milano 11 marzo 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010; nonché, ma solo per *obiter dicta*, Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, cit., spec. p. 415; Cass. 6 aprile 2004, n. 6707; Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, spec. p. 1001; alcuni accenni in questo senso anche in Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, cit. In dottrina, per tutti, v. G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., p. 1530.

(86) Sembra opportuno riprodurre il testo di tale disposizione normativa: «*Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient*». In giurisprudenza, v., fra le più recenti sentenze, Cass. soc. 9 settembre 2012, n. 11-12.845; *Cour d'Appel Rouen*, Chambre Social, 4 maggio 2010, n. 09/00946, 09/00975, 09/01450. Vd. B. Teyssié, *op. cit.*, p. 736; E. Peskine, *L'imputation en droit du travail*, in *Revue du droit du travail*, 2012, pp. 347 ss.

(87) Vd. *supra*, par. 1.

Così, ad esempio, la responsabilità solidale nell'appalto (88) e i recenti interventi normativi e contrattuali collettivi rivolti a garantire la continuità dell'occupazione del lavoratore nel caso di successione nel contratto di appalto (89) sottendono non tanto l'abbandono della tecnica della connessione del rapporto all'organizzazione produttiva, quanto piuttosto una sua rilettura adeguata ai diversi e più ampi confini assunti dalle organizzazioni complesse, che si collocano lungo il *continuum* mercato-gerarchia. L'idea di fondo è che la migliore tutela del lavoratore si ottiene garantendone la connessione non a una singola impresa, ma a una pluralità di imprese, ridistribuendo così su di una pluralità di soggetti il rischio del corretto adempimento degli obblighi retributivi, contributivi, fiscali e finanche il rischio della stabilità dell'occupazione e dell'*employability*.

Nel caso del lavoratore impiegato nel contesto di un'impresa integrata o di gruppo, dove il grado di integrazione fra imprese raggiunge la massima intensità e i confini dell'impresa riaffiorano più nitidamente dal mercato, la tutela «rafforzata» della retribuzione e dell'occupazione può assumere carattere meno episodico e più generalizzato (90). In particolare, attraverso il riconoscimento di un regime di solidarietà, per un verso, e l'allargamento dei confini dell'obbligo di *rèpechage*, per altro verso, la giurisprudenza stabilizza la connessione del rapporto di lavoro all'impresa condivisa dalla pluralità di imprenditori appartenenti al gruppo, rafforzando, entro certi limiti, la tutela del lavoratore contro il rischio della mancata retribuzione e dell'instabilità dell'occupazione (91).

(88) Sui cui confini, v., da ultimo, M. Tremolada, *Responsabilità solidale e sicurezza del lavoro negli appalti*, in Aa.Vv., *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 2011, pp. 181 ss. Con riferimento al nuovo art. 26, d.lgs. n. 81 del 2008, v., inoltre, il commento di P. Tullini, *Commento sub art. 26*, in L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 266 ss. In giurisprudenza, da ultimo Trib. Sanremo 26 gennaio 2012, ord., Trib. Roma 6 marzo 2012, n. 4046, Trib. Milano 9 marzo 2012, n. 1228, tutte in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 600 ss. con ampio commento di I. Alvino.

(89) Su cui v. F. Marinelli, *La tutela del posto di lavoro in caso di cessazione dell'appalto*, in Aa.Vv., *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, cit., pp. 219 ss.

(90) Per una critica alla limitazione della tecnica di tutela della solidarietà alle sole ipotesi di integrazione contrattuale fra imprese mediante appalto e non, ad esempio, anche *franchising*, v. L. Corazza, «*Contractual integration*» e *rapporti di lavoro*, cit., pp. 246 ss.

(91) Questo a condizione che, in seguito alla modifica dell'art. 18 Stat. lav. a opera della legge 28 giugno 2012, n. 92, la violazione dell'obbligo di *rèpechage* venga considerata riconducibile all'ipotesi della «manifesta insussistenza del fatto posto a base del

Prospettive di ancor maggiore interesse si scorgono se si valorizzano, come avviene, ad esempio, in Francia e in Germania (92), le proiezioni formative dell'obbligo di *rèpechage*, finalizzato a tutelare l'*employability* del lavoratore attraverso obblighi di *training* e riqualificazione professionale che fanno capo al datore di lavoro (93).

A un lavoratore «del gruppo», generalmente con una professionalità elevata, sono richiesti uno sforzo e una flessibilità maggiore, nonché una disponibilità a circolare dall'una all'altra società al fine di risolvere o gestire problematiche comuni (si pensi alla recente figura del *manager* di rete) (94). In quest'ottica, la rilettura allargata dell'obbligo di *rèpechage* e il conseguente maggiore sforzo di cooperazione creditoria costituiscono la contropartita del contenuto più elastico e flessibile che assume la prestazione di lavoro quando viene impiegata nell'interesse del gruppo.

Nel contesto descritto, risulta assai efficace la descrizione dei gruppi di imprese come mercati interni di lavoro (95) e di capitali (96), in cui si bi-

licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (nuovo art. 18, comma 7, Stat. lav.), cui soltanto continua a ricollegarsi la tutela reintegratoria, seppure in una versione attenuata (nuovo art. 18, comma 4, Stat. lav.). Propende per questa interpretazione, ad esempio, V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale fra diritto ed economia*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 875 ss.; F. Liso, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, testo disponibile al sito <http://www.csdle.lex.unict.it>, p. 4. In senso contrario, C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 547 ss.; più dubitativo, M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 629.

(92) Vd. L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 675 ss.

(93) Spunti in questo senso in F. Scarpelli, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, p. 50; R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 717; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 649; Idem, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, cit.; C. Zoli, *licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 49.

(94) Sullo sforzo di adattabilità maggiore oggi richiesto al *flexible employee* e sulle ripercussioni sulla struttura del rapporto di cooperazione fra datore di lavoro e lavoratore v. H. Collins, *Regulating the employment relation for competitiveness*, in *Ind. law journ.*, 2001, vol. 30, n. 1, p. 17, e spec. p. 24.

(95) Per questa espressione, v. M. Barbera, *op. cit.*, p. 10; T. Treu, *op. cit.*, p. 20; nonché, di recente, con specifico riferimento al fenomeno della rete di imprese, L. Corazza, *Reti di imprese e nozione di datore di lavoro*, in *Scritti in onore della costituzione del Dipartimento giuridico dell'Università del Molise*, Arti grafiche, Campobasso, 2012, pp. 263 ss.

(96) Così M. Maugeri, *op. cit.*, pp. 66 ss.

lanciano con modalità inedite esigenze di flessibilità e competitività delle imprese e politiche di sicurezza e dell'occupazione. La codatorialità rappresenta un nuovo strumento di *flexicurity* (97), che sposta la tutela del lavoratore dall'impresa atomistica, contrapposta al mercato, all'impresa di gruppo, che è sia impresa sia mercato (interno), in cui sono offerte al lavoratore occasioni di lavoro e possibilità di riqualificazione e reimpiego della propria professionalità (98).

(97) Cfr. le riflessioni di M. Barbera, *op. cit.*, spec. p. 46 e p. 55.

(98) Per l'idea che la tutela del singolo si stia spostando nella dimensione macro del mercato del lavoro, v. M. Barbera, *op. cit.*, p. 46, dove viene altresì analizzata la sentenza della Corte di Giustizia *Feryn* (Corte di Giustizia 10 luglio 2008, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn Nv*); spunti, in relazione a tematiche molto diverse fra loro, anche in R. Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, cit., pp. 325 ss.; R. Del Punta, *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, pp. 402 ss.; M. Pedrazzoli, *Introduzione*, in Idem (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2004, pp. XXXVII ss.; F. Scarpelli, *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, cit., p. 1427; L. Corazza, *Reti di imprese e nozione di datore di lavoro*, cit.

ABSTRACT

Il lavoro propone una ricostruzione interpretativa della codatorialità nei gruppi di imprese a partire dal nuovo art. 2497 cod. civ. Dopo un breve esame della nuova disciplina di cui all'art. 2497 cod. civ., dalla quale può desumersi il rilievo giuridico delle nozioni di «interesse di gruppo» e, in certa misura, di «impresa di gruppo», viene suggerita una rilettura dei meccanismi di imputazione del rapporto di lavoro adeguata ai più ampi e complessi confini dell'impresa e dell'interesse produttivo nel contesto dei gruppi. Il lavoro si confronta con diverse opzioni teorico-ricostruttive, propendendo per l'ipotesi della codatorialità fondata sull'obbligazione soggettivamente complessa. La codatorialità e le conseguenze a essa ricollegate, in particolare sotto il profilo dell'obbligo di r pechage, consentono, infine, di individuare nel gruppo di imprese un «mercato interno del lavoro» in cui si bilanciano, con modalit  inedite, esigenze di flessibilit  delle imprese e politiche di tutela dell'occupazione.

GROUP COMPANY, GROUP INTEREST AND JOINT EMPLOYERSHIP IN THE ERA OF FLEXICURITY

The paper suggests a possible legal framework for co-employment in the context of groups of companies, on the basis of the new article 2497 of the Italian civil code. After a brief analysis of the new legal regulation introduced with article 2497, on the one hand, and of the concepts of «group interest» and «group undertaking», on the other, a new mechanism for the ascription of employment relations is drawn as to coincide with the different boundaries of the group undertaking. The paper then takes into consideration recent theoretical perspectives, by suggesting that co-employment could be founded on the joint-liability paradigm. Finally, co-employment and its consequences, with particular regard to the duty to redeploy workers within the group as a whole, lead to regard groups of companies as internal labour markets where a modern compromise between firms' needs of flexibility and the employment's protection can be found.

Vito Pinto (*)

PROFILI CRITICI DELLA TEORIA DELLA CODATORIALITÀ NEI RAPPORTI DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Monarchia *vs.* poliarchia: poteri e interessi nei fenomeni di cooperazione produttiva e nella produzione legislativa a essi relativa. — 3. La teoria della codatorialità e i fenomeni di integrazione contrattuale. — 4. Integrazione contrattuale e fenomeni di concentrazione societaria. — 5. Gruppi di società e potere di direzione unitaria nella legislazione. — 6. La codatorialità nei gruppi societari.

1. — *Premessa* — L'impresa, intesa come organizzazione produttiva, costituisce il referente materiale del concetto giuridico di «datore di lavoro» e, per tale ragione, le forme dalla stessa assunte sono sempre state oggetto di attenta riflessione da parte dei giuslavoristi.

Ciò è accaduto con particolare frequenza a partire dagli anni settanta del secolo scorso, vale a dire da quando si è assistito alla progressiva disarticolazione dell'impresa fordista e alla distribuzione della funzione imprenditoriale su più agenti, giuridicamente distinti ma economicamente interdipendenti. La particolare attenzione dedicata al fenomeno da parte dei giuristi del lavoro si spiega, più precisamente, con la circostanza che i «nuovi» modelli organizzativi sono caratterizzati da uno scarto tra *potere economico*, concentrato nel centro di governo strategico del «gruppo» o della «rete», e *responsabilità giuridiche*, che restano invece distribuite tra ciascuna società del gruppo imprenditoriale o tra i singoli componenti della rete o della filiera produttiva. In questa prospettiva, evidentemente, la segmentazione giuridico-organizzativa delle strutture produttive può far guadagnare al centro di potere una sostanziale *immunità* permettendogli, quanto meno, di decidere gli indirizzi dell'intero aggregato imprenditoriale sopportando la responsabilità delle proprie scelte soltanto allorché si riverberino sui propri dipendenti diretti.

Da qui il proposito, assolutamente dominante nella cultura giuridica del lavoro, di contrastare siffatti processi di riorganizzazione produttiva

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

neutralizzandone gli effetti già sul piano dei rapporti individuali di lavoro. La gran parte degli sforzi teorici, infatti, è stata diretta a superare quello scarto operando concettualmente in modo da realizzare una nuova o una diversa *imputazione* dei rapporti di lavoro che andasse oltre la sfera del datore di lavoro «formale» (ossia, di chi concretamente ha instaurato il rapporto di lavoro) fino a ricomprendere tutti i cd. «datori di lavoro sostanziali» (e, pertanto, tutti coloro che abbiano un interesse, anche mediato e indiretto, all'esecuzione della singola prestazione di lavoro o che da essa tragano un qualsivoglia beneficio di natura economica) (1).

La teoria della cd. codatorialità è, da questo punto di vista, la più recente tra queste ipotesi ricostruttive. Di fronte al diffondersi delle forme di concentrazione societaria e all'incessante e dinamico comporsi e scomporsi degli assetti produttivi secondo modelli di parcellizzazione/specializzazione operativa e di cooperazione/integrazione produttiva, l'imputazione *plurisoggettiva ex latere creditoris* di ciascun rapporto di lavoro subordinato diventa il dispositivo attraverso il quale la complessità organizzativa è resa irrilevante e ininfluyente rispetto a ciascun lavoratore subordinato.

Nelle pagine che seguono, argenterò perché a mio avviso questa specifica forma di responsabilizzazione degli operatori economici si esponga ad alcune obiezioni, e ciò, evidentemente, sia allorché la teoria sia riferita all'integrazione contrattuale tra imprese *tout court*, sia allorché sia declinata con specifico riferimento ai gruppi societari. In particolare, intendo spiegare come questa ipotesi ricostruttiva, almeno nei termini in cui è stata finora formulata, è difficilmente conciliabile con la tipizzazione concettuale dei fenomeni di integrazione produttiva e di aggregazione societaria che sono al fondamento di diverse e molteplici disposizioni legislative.

Non si tratta, beninteso, di prendere atto passivamente delle modificazioni registrabili nei rapporti di produzione, né di fare quanto possibile *in via interpretativa* per *assecondare* i processi di articolazione e di esercizio congiunto della funzione imprenditoriale da parte di più soggetti. Si tratta, al contrario, di prendere atto che è la stessa legislazione ad *assecondare* tali pro-

(1) In questa sede è impossibile dare conto compiutamente sia dell'intenso dibattito sviluppatosi nel tempo sulle dinamiche del decentramento produttivo e dell'integrazione operativa tra imprese (culminato, ma non esaurito, nei due convegni organizzati dall'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale nel 1999 e nel 2009: cfr. gli Atti *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, e *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Giuffrè, Milano, 2010), sia dell'altrettanto articolata discussione in merito ai gruppi societari (espressione che ritengo meno equivoca di altre, quali «impresa di gruppo» o «gruppi di imprese» o di «società collegate»). Mi limiterò, di conseguenza, a richiamare solo gli scritti essenziali e più strettamente pertinenti allo specifico tema qui trattato.

cessi (sull'evidente presupposto che essi siano generalmente orientati a perseguire interessi meritevoli di tutela giuridica); ragione per cui, pur senza trascurare i casi in cui l'azione coordinata di più soggetti distinti sia indirizzata al perseguimento di convenienze illecite o fraudolente, il giurista del lavoro è chiamato a confrontarsi con le dinamiche di potere interne alle aggregazioni imprenditoriali in modo nuovo e meno semplificante (2).

2. — *Monarchia vs. poliarchia: poteri e interessi nei fenomeni di cooperazione produttiva e nella produzione legislativa a essi relativa* — L'inquadramento critico della teoria della codatorialità è possibile solo partendo da ciò che, come anticipato, nella considerazione di larga parte della dottrina accomuna i fenomeni dei gruppi societari e dell'integrazione operativa tra imprese (3): vale a dire dalla supposta «frattura [...] tra luogo del (reale) potere manageriale e dimensione nella quale si colloca una parte delle relazioni di lavoro» (4). Questa (percepita) *dis-locazione* del potere economico-organizzativo al di fuori dei «confini» dell'impresa (in senso giuridico), infatti, costituirebbe l'origine empirica di un vero e proprio «spiazzamento delle discipline di protezione del lavoro subordinato» (5).

Orbene, sul punto è necessario fare chiarezza. A me pare, infatti, che ci si debba intendere già nella ricostruzione delle evidenze empiriche, onde evitare che, proprio a questo livello del discorso, si radichi una sorta di *pre-comprensione* dei fenomeni in grado di condizionare, viziandola, la successiva riflessione giuridica.

Sulla scorta delle acquisizioni delle scienze organizzative, in particolare, è possibile ordinare diversamente i dati di esperienza in questa materia e dimostrare che la caratteristica empirica che contraddistingue questi fenomeni non è rappresentata da una nuova dislocazione o articolazione *dell'unico e indifferenziato* «potere manageriale», quanto piuttosto da una *poliar-*

(2) G. De Simone, *I gruppi di imprese*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, *Il mercato del lavoro*, a cura di M. Brolo, Cedam, Padova, 2012, p. 1554.

(3) Fenomeni empirici che, come avrò modo di precisare, sono spesso sovrapposti l'uno all'altro nelle ricostruzioni dei giuslavoristi, e che, invece, meritano di essere considerati distintamente: v. *infra*, par. 4.

(4) F. Scarpelli, *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, cit., p. 1448, il quale la riferisce esplicitamente ai soli fenomeni di esternalizzazione e di decentramento produttivo. Nello stesso ordine di idee, ad esempio, L. Corazza, «*Contractual integration*» e *rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, spec. pp. 247-248.

(5) V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *La figura del datore di lavoro*, cit., p. 85; F. Scarpelli, *Linee e problemi...*, cit., p. 1426.

chia o, se si preferisce, da una *connessione strutturata di centri di potere (e di interesse) distinti e autonomi* (6).

Se, ad esempio, si analizzano le reti o le filiere di imprese (e, quindi, il fenomeno della cd. *contractual integration*), mi pare emergano con chiarezza alcuni significativi profili in tal senso.

Conviene precisare, anzitutto, come all'origine di questa specifica dinamica ci sia la continua ricerca di vantaggi competitivi da parte delle imprese, che, in presenza di una straordinaria diversificazione della domanda proveniente dai consumatori, ha condotto all'adozione di strategie di mercato caratterizzate dalla produzione di beni e di servizi sempre più individualizzati e/o complessi. In questo contesto, le imprese hanno dovuto riorganizzarsi e specializzarsi, circoscrivendo il proprio *core business* a singoli segmenti del più complessivo *ciclo tecnicamente necessario alla produzione e allo scambio di beni e di servizi destinati al consumo*. Corollario della parcelizzazione operativa è stata, appunto, l'integrazione tra imprese diverse e, quindi, la costituzione di cd. «reti» o «filiere» in grado di realizzare i prodotti finiti (7).

L'istituzione di un'organizzazione *tra* imprese, inoltre, comporta per ciascuna di esse un fenomeno almeno parzialmente nuovo consistente in un'autolimitazione della propria iniziativa economica. Instaurando relazioni negoziali di cooperazione, infatti, l'impresa (in senso giuridico) istituisce e si situa in uno spazio organizzato nel quale si registrano, come in ogni organizzazione, disparità di potere economico e sociale (8). Ciascuna delle imprese della «rete» o della «filiera», quindi, è e resta un centro di potere, sebbene, entrando in relazione con altri centri di potere, sia inevitabilmente destinata a essere influenzata e condizionata nelle proprie scelte in modo più o meno ampio e più o meno incisivo. In altri termini, all'interno della rete o della filiera si realizza un equilibrio (dinamico) tra poteri e interessi facenti capo a soggetti ciascuno dei quali esercita la propria iniziativa economica, sebbene in modo *interdipendente* con altri (9). Ed è per que-

(6) In termini, tra gli altri, A. Supiot, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, p. 223; R. Voza, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari, 2004, p. 192.

(7) Le ragioni di questa evoluzione e gli effetti sulla cultura giuridica sono stati sintetizzati da R. De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, pp. 7 ss.

(8) M.G. Garofalo, *Il diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 137.

(9) Così già E. Rullani, *Dal fordismo realizzato al postfordismo possibile: la difficile transizione*, in E. Rullani, L. Romano (a cura di), *Il postfordismo. Idee per il capitalismo prossimo venturo*, Etaslibri, Milano, 1998, p. 62.

sta ragione che l'impresa coinvolta nella rete (o nella filiera) non è affatto paragonabile a un'unità produttiva dell'impresa multidivisionale di stampo fordista-taylorista (10).

Se poi si passa dal piano empirico a quello strettamente giuridico, prima ancora di esprimere un giudizio circa la diversa incidenza delle protezioni garantite dalla legislazione del lavoro, occorre chiedersi se e come la produzione legislativa *rifletta* gli assetti organizzativi ora descritti e, in particolare, i rapporti di potere di cui queste configurazioni organizzative sono pervase (11).

Anche in questo caso conviene essere chiari e formulare un paio di precisazioni preliminari. La legislazione, com'è ovvio, regola i fenomeni economici e sociali in vista del perseguimento di finalità contingenti e senza alcun riguardo alle partizioni tra una materia e l'altra (ad esempio, tra diritto del lavoro, diritto civile e diritto commerciale). La creazione di queste partizioni, al contrario, deriva da una *segmentazione della regolazione* che ha una precisa valenza conoscitiva perché permette di organizzare i dati normativi e di comprenderli, riconducendoli a un fondamento o a una logica comune (12). Una segmentazione *utile*, quindi, ma certamente *artificiosa*; una segmentazione, cioè, che non deve mai pregiudicare una *visione d'insieme*.

Ciò significa, in concreto, che il giurista impegnato nel dare soluzione a un determinato problema (in ipotesi, non espressamente regolato dal legislatore) deve non solo procedere a un inquadramento della stessa nel contesto rappresentato dalle previsioni legislative del proprio settore di competenza, ma deve altresì accertarsi che la soluzione proposta sia coerente con l'insieme delle disposizioni legislative che siano in qualsiasi modo riferibili al medesimo fenomeno empirico.

(10) Sul punto si avrà modo di tornare *infra*, al par. seguente.

(11) Il che, beninteso, non significa accedere a un positivismo giuridico *ingenuo*. Come messo in evidenza soprattutto dai sostenitori del funzionalismo sistemico, infatti, l'attività di «riconoscimento» degli eventi esterni e di «riproduzione» degli stessi al proprio interno è essenziale per l'esistenza di un sistema giuridico che – dovendo essere autonomo e indipendente dagli altri sistemi sociali (e in primo luogo dal suo ambiente) – deve essere *operativamente chiuso e cognitivamente aperto*. Considerato che le operazioni del sistema si producono sempre e solo in forza di operazioni dello stesso sistema (chiusura *operativa*), infatti, esso si deve dotare di dispositivi attraverso i quali poter «osservare il suo ambiente in se stesso» (M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Giappichelli, Torino, 1996, spec. pp. 351 ss.).

(12) Individuabile, nel caso del diritto del lavoro, nella necessità di mediare tra gli *interessi socialmente tipici* – e tra di loro confliggenti – di cui sono portatori coloro che organizzano la produzione e coloro che partecipano alla stessa con la loro attività personale.

Come proverò a mostrare nel prosieguo, questa verifica è essenziale proprio nell'ipotesi della codatorialità, poiché essa presuppone che il fenomeno empirico del quale si occupa sia caratterizzato da un assetto di poteri e di interessi diverso (e contraddittorio) rispetto a quello implicitamente, ma chiaramente, presupposto dalle norme legislative che a esso si riferiscono.

Una seconda, e altrettanto importante, considerazione da esplicitare preliminarmente attiene, poi, alle stesse modalità di costruzione dei concetti legislativi. Conviene sempre tenere a mente che, ogni volta che struttura una fattispecie alla quale imputare una regola, il legislatore non si limita a descrivere il fenomeno empirico che intende regolare, ma pone in essere un'operazione di *astrazione*. Dovendo la norma legislativa avere un *valore generale*, il suo estensore materiale deve individuare e descrivere ciò che, essendo comune a tutti i fenomeni sociali che la norma stessa è volta a regolare, li individua e li contraddistingue rispetto a fenomeni simili. La fattispecie, pertanto, è una categoria concettuale costruita attraverso un'operazione di *semplificazione della complessità sociale*, una descrizione stilizzata di (una classe di) fatti o, ancora, una rappresentazione concettuale a fini normativi *che presuppone – questo è il punto – una particolare comprensione e interpretazione della realtà*. L'operazione di *astrazione* a fini normativi, in altri termini, non è mai *neutra e oggettiva*, ma implica sempre una *valutazione*, i cui esiti restano presenti e cristallizzati, magari implicitamente, nella fattispecie stessa.

La specifica comprensione e interpretazione della realtà sociale sottesa a ciascuna singola fattispecie, evidentemente, *vincola il giurista* non soltanto allorché egli sia impegnato nell'esegesi della stessa e della regola in funzione della quale essa è stata dettata, ma anche quando egli si muova su un piano più generale. Anche le costruzioni teoriche a fini regolativi, infatti, non possono pregiudicare la coerenza interna che, sola, permette la costruzione di un sistema regolativo logico e, di conseguenza, tendenzialmente completo. Se è vero, insomma, che il ragionamento giuridico è una risorsa utile per dare ordine e forma giuridica alla sempre mutevole realtà sociale, è altrettanto vero che – nel compiere questa operazione – il giurista non è assolutamente libero. In particolare, non gli è consentito giustapporre (e men che meno sovrapporre) alla *comprensione e interpretazione del fenomeno* propria del legislatore una propria e diversa ricostruzione – magari fondata su acquisizioni di saperi diversi da quello giuridico –, pena *l'introduzione di una distonia nell'ordito regolativo* (ossia, la compromissione della configurabilità stessa di un «sistema») (13). Questo *vincolo di coerenza siste-*

(13) È questa, a mio modesto avviso, quell'anomalia postpositivista dell'argomentazione giuridica (cfr. M. D'Antona, *L'anomalia postpositivista del diritto del lavoro e la*

matica, ovviamente, sarà tanto più forte e stringente quanto più una stessa valutazione (cioè, una stessa interpretazione e comprensione del fenomeno sociale) sia sottesa a più fattispecie normative e/o a più regole. E la violazione del suddetto vincolo produce una serie di implicazioni; la prima delle quali consiste nella difficoltà di intendere senso e funzione dei diversi dispositivi legislativi.

Alcuni esempi possono contribuire a chiarire le considerazioni che precedono; le quali, conviene anticipare, costituiscono la prospettiva nella quale ritengo debba essere inquadrata la tesi della coimputazione dei rapporti di lavoro subordinato al fine di verificarne la plausibilità.

La materia dell'integrazione contrattuale tra attività imprenditoriali diverse, infatti, non è priva di riscontri legislativi. Elementi utili all'inquadramento teorico degli stessi possono essere tratti, anzitutto, dalla regolamentazione dei rapporti di subfornitura industriale. Questi rapporti sono esplicitamente definiti come quelli in cui un imprenditore promette di «effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati a essere incorporati o comunque a essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente» (14). Orbene, premessa la sicura riferibilità della norma al fenomeno empirico che ci occupa, il punto di maggiore interesse è che in questa occasione il legislatore esplicitamente riconosce l'esistenza di disparità di potere tra le parti del rapporto e, in particolare, ammette la possibilità che una o più imprese si trovino in uno stato di «dipendenza economica» rispetto ad altre (e, quindi, in rapporto di potere/soggezione). Più precisamente, il legislatore qualifica come tale «la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rappor-

questione del metodo, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, pp. 207 ss.) responsabile della «perdita di autorità» del punto di vista giuridico denunciata in più occasioni da M. Persiani (cfr. spec. *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Contratto e impresa*, 2000, pp. 1252 ss.; *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, pp. 917 ss.; e, ancora, in *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, *ivi*, 2010, spec. pp. 349 ss.). Di qui il dissenso rispetto ad argomenti quali quelli proposti da E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi di imprenditoriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 290.

(14) Così l'art. 1, comma 1, legge 18 giugno 1998, n. 192. Su questa disciplina v., da ultimo, M. Marinelli, *La subfornitura*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, cit., pp. 1645 ss.

ti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi», e ciò anche in considerazione della «reale possibilità» per quest'ultima di «reperire sul mercato alternative soddisfacenti». Tuttavia, e implicitamente, il legislatore riconosce e legittima la dipendenza economica di un imprenditore da un altro, limitandosi, esplicitamente, a vietare e reprimere soltanto gli abusi eventualmente perpetrati dall'imprenditore economicamente dominante (15).

Ma c'è di più. Se ci si spinge più a fondo nell'analisi di queste previsioni, risulterà chiaro che esse hanno senso solo presupponendo che anche l'operatore economico dipendente, quanto meno nella normalità delle situazioni, svolga una reale funzione imprenditoriale e non costituisca affatto uno strumento passivo dell'iniziativa economica altrui. In altri termini, proprio la protezione accordata dal legislatore a questo soggetto attesta inequivocabilmente: la sua *individualità* economica e giuridica; il suo svolgere un reale e concreto ruolo imprenditoriale e, conseguentemente, il suo essere centro di imputazione di posizioni giuridiche attive e passive distinte rispetto a quelle dell'imprenditore economicamente dominante, o, per usare un'espressione giuridicamente imprecisa ma forse più efficace, *il suo non essere mera finzione giuridica dietro la quale si cela l'unico e vero detentore del potere manageriale* (16).

Un ulteriore dato normativo di rilievo è dato dall'estensione dell'intervento straordinario della cassa integrazione guadagni alle imprese artigiane che procedano alla sospensione dei propri dipendenti in conseguenza di sospensioni o contrazioni dell'attività dell'impresa che eserciti il cd. «influsso gestionale prevalente» e che, a sua volta, «sia stata ammessa al trattamento straordinario in ragione di tali sospensioni o contrazioni» (17). Il legislatore, poi, precisa che «si ha influsso gestionale prevalente [...] quando, in relazione ai contratti aventi a oggetto l'esecuzione di opere o la prestazione di servizi o la produzione di beni o semilavorati costituenti oggetto dell'at-

(15) Così accade, ad esempio, se l'astratta possibilità di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi (ad esempio, in occasione di un rinnovo) si concretizzi «nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie»; oppure se l'impresa dominante rifiuti di vendere o di comprare beni o, ancora, interrompa arbitrariamente le relazioni commerciali in atto (art. 9, comma 2, legge n. 192/1998). In termini, già R. Voza, *Interessi collettivi...*, cit., p. 208.

(16) Quanto affermo in testo non significa affatto che, sul piano pratico, non possano darsi casi in cui un unico operatore economico si celi sotto l'apparenza di due o più imprese formalmente «integrate». In questo caso, però, la questione giuridica da affrontare è completamente diversa e consiste nell'individuare l'operatore interponente e nell'imputargli i rapporti di lavoro (superando l'eventuale interposto).

(17) Così l'art. 12, comma 1, legge 23 luglio 1991, n. 223.

tività produttiva o commerciale dell'impresa committente, la somma dei corrispettivi risultanti dalle fatture emesse dall'impresa destinataria delle commesse nei confronti dell'impresa committente, acquirente o somministrata abbia superato, nel biennio precedente, secondo quanto emerge dall'elenco dei clienti e dei fornitori [...], il cinquanta per cento del complessivo fatturato dell'impresa destinataria delle commesse» (18).

A me pare evidente che anche questa regola acquisti senso solo presupponendo una significativa integrazione produttiva tra le due imprese e, ancora una volta, una distinta *individualità* economica e giuridica dell'impresa dominante e dell'impresa artigiana (questa volta, anche sotto lo specifico profilo della gestione dei rapporti di lavoro subordinato). A ogni modo, è a partire da questo contesto normativo e dalle astrazioni che lo strutturano che deve essere inquadrata, e valutata, l'ipotesi della codatorialità.

3. — *La teoria della codatorialità e i fenomeni di integrazione contrattuale* — La teoria della codatorialità, come anticipato, è una delle ricostruzioni che — rivisitando concettualmente la figura del «datore di lavoro» — tenta di ricondurre a unità (di responsabilità giuridica) la pluralità imprenditoriale che contraddistingue i fenomeni di integrazione produttiva. Prendendo le mosse dall'assenza di un'esplicita nozione legislativa di «datore di lavoro» e dall'astratta compatibilità della contitolarità dei rapporti di lavoro subordinato con la fattispecie delineata dall'art. 2094 cod. civ. (19), questa teoria ritiene che — in presenza di specifiche situazioni concrete — l'obbligazione di lavoro *debba essere considerata* come un'obbligazione soggettivamente complessa (o forse, meglio, come un'obbligazione con parte plurisoggettiva) *ex latere creditoris*.

Proprio al fine esplicito di evitare quell'effetto di «*spiazzamento* delle discipline di protezione del lavoro subordinato» indotte dai processi di specializzazione operativa, la teoria attribuisce la titolarità formale e sostanziale del contratto di lavoro anche a soggetti che non l'hanno direttamente instaurato, perché concretamente non hanno sottoscritto il relativo contratto, e che sono rimasti comunque estranei alla gestione diretta della prestazione, non avendo mai esercitato né i poteri di conformazione né gli altri poteri cd. datoriali connessi e conseguenti all'eterodirezione (20).

Il fondamento di quest'operazione ricostruttiva risiederebbe nella stessa autonomia negoziale dei soggetti imprenditoriali coinvolti nella vicenda; i

(18) È la definizione di cui all'art. 12, comma 2, legge n. 223/1991.

(19) V. Speciale, *Il datore di lavoro...*, cit., rispettivamente pp. 93 e 113.

(20) *Ivi*, p. 138.

quali, stipulando un contratto di natura commerciale immediatamente funzionale a realizzare tra loro un'integrazione operativa, non instaurerebbero una «semplice relazione negoziale», ma costituirebbero un'*organizzazione unitaria facente capo all'impresa principale* e nella quale sarebbero attratte, quali parti costitutive essenziali, anche le relazioni di lavoro subordinato instaurate direttamente dal contraente che parteciperà al programma produttivo comune in posizione di dipendenza funzionale dall'altro (21). Più precisamente, la *proiezione organizzativa* derivante da alcuni contratti – giuridicamente o socialmente tipici che siano – sarebbe «così forte da consentire di affermare che il contratto commerciale e i rapporti di lavoro – dotati di cause e discipline autonome – [siano] in collegamento negoziale e [diano] vita o a un unico contratto con una sola causa o a un'unica operazione economica realizzata con diversi contratti con una causa complessiva che si aggiunge a quelle dei singoli negozi» (22). Secondo questa teoria, insomma, «questa interrelazione così stringente» tra contratto commerciale e contratti di lavoro subordinato determinerebbe «la traslazione degli effetti legali di un contratto anche sull'altro regolamento contrattuale, con conseguente trasferimento della disciplina legale della subordinazione in capo al contraente che ha la veste di imprenditore principale» (23); o, ancora, sarebbe proprio questo «carattere unitario (o complesso) della causa» a determinare «una sorta di compenetrazione degli effetti legali previsti dalle due tipologie contrattuali, anche se esse restano formalmente autonome» (24).

Più in generale, il contratto commerciale sarebbe costitutivo di un'operazione economica complessa per la cui realizzazione sarebbero giuridicamente (e non solo materialmente) necessarie un'organizzazione *gerarchica* delle relazioni tra contraenti e la disponibilità funzionale da parte del soggetto sovraordinato delle prestazioni di lavoro subordinato direttamente instaurate e gestite dall'operatore economico sottordinato. In questa prospettiva, e per utilizzare l'altra terminologia impiegata dai sostenitori della tesi in discorso, l'attività derivante dal programma negozialmente conve-

(21) *Ivi*, p. 129.

(22) *Ivi*, p. 134.

(23) Ancora V. Speziale, *Il datore di lavoro...*, cit., p. 139, il quale aggiunge che «la combinazione delle specifiche regole di ogni contratto e la finalità ulteriore a cui l'operazione di collegamento è finalizzata (la causa unitaria o complessa, consistente nel garantire all'impresa principale prestazioni lavorative costanti nel tempo che soddisfano i suoi specifici interessi giuridici) determinano dunque la imputazione degli effetti legali dei contratti di lavoro *anche* in capo al committente o al distributore» (ossia, ancora una volta, all'operatore economico «principale»; corsivo mio).

(24) V. Speziale, *Il datore di lavoro...*, cit., p. 139.

nuto e il *coordinamento organizzativo* empiricamente necessario per realizzarla costituirebbero – unitariamente considerati – quell’«impresa unica segmentata in diversi imprenditori», diretta dall’«impresa principale» e rispetto alla quale «i lavoratori [dipendenti dall’imprenditore sottordinato] sono i terminali produttivi» (25).

Orbene, l’ipotesi della codatorialità è certamente suggestiva, ma ritengo che, affinché essa possa essere concretamente praticata, occorra *quanto meno* un ulteriore passaggio argomentativo.

Ho già anticipato come, sul piano strettamente giuridico, questa ipotesi ricostruttiva si fondi sull’assenza di una definizione legislativa di «datore di lavoro» e sulla possibilità che più soggetti giuridici (individuali o collettivi) siano contitolari del contratto di lavoro. Ora è necessario osservare che, anche condividendo le nozioni di causa negoziale e di «collegamento funzionale volontario tra contratti» che le sono essenziali, resta tuttora da dimostrare che l’ipotesi della coimputazione sia sistematicamente coerente con le previsioni legislative dirette a regolare uno o l’altro aspetto del medesimo fenomeno empirico. Più precisamente, occorre dimostrare che l’assunto, secondo il quale *la sola cooperazione a fini produttivi costituisca elemento sufficiente a far presumere la volontà* dei due (o più) operatori economici *di condividere i poteri e le responsabilità connesse ai contratti di lavoro subordinato* stipulati dall’imprenditore «dominato», sia coerente e non contraddittorio con quelle previsioni legislative che, al contrario, dalla dipendenza economica o dall’influsso gestionale prevalente (per restare agli esempi fatti in precedenza) non fanno discendere alcuna «confusione» di situazioni giuridiche attive e passive o alcuna coimputazione di rapporti (26).

La stessa questione può essere posta anche da una prospettiva distinta. La convinzione di fondo dalla quale trae origine e che struttura la teoria della codatorialità, come anticipato, è che «la società operativa [sia] perfettamente assimilabile, *dal punto di vista economico-organizzativo*, a una unità produttiva o a un reparto di una unica impresa multidivisionale» (corsi-vo mio) (27). Orbene, anche a prescindere dai dubbi circa la generalizzabilità di questa affermazione sul piano empirico, resta da dimostrare che una siffatta equiparazione possa essere traslata e sia valida *sul piano giuridi-*

(25) *Ivi*, p. 145.

(26) Nello stesso ordine di idee, T. Treu, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, n. 1, p. 17.

(27) Così, sebbene con riferimento ai fenomeni di integrazione produttiva posti in essere nel contesto dei gruppi societari, E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi...*, cit., p. 305.

co-legale o, se si preferisce, che essa possa essere validamente fondata su una solida base giuridica.

Ed è appunto questa dimostrazione che, al momento, manca. A quanto mi consta, infatti, i propugnatori della teoria non hanno affrontato il tema a partire dai dati legislativi riferiti o riferibili al fenomeno empirico dell'integrazione operativa tra imprenditori, né hanno mostrato la coerenza del rimedio da loro proposto con gli assetti concettuali profondi sui quali quei dati sono costruiti. Mi pare si possa affermare, insomma, che l'attuale argomentare dei sostenitori della codatorialità sarebbe stato adeguato in un tempo in cui i fenomeni empirici che essi intendono ordinare erano privi di qualsivoglia rilievo legislativo; ma che, venuta meno questa irrilevanza (sebbene a fini regolativi limitati o contingenti), l'argomentazione debba essere completata dimostrando la coerenza della soluzione proposta rispetto agli assetti legislativamente costruiti. In caso contrario, è forte il rischio che si realizzi una sorta di sovrapposizione della ricostruzione – e della conseguente e implicita valutazione *politica* – di una determinata classe di fenomeni empirici compiuta dall'interprete alla ricostruzione – e alla conseguente valutazione *politica* – della stessa classe di fenomeni compiuta dal legislatore a fini regolativi (28).

Si tratta di una questione teorica che deve essere seriamente presa in considerazione dai sostenitori della teoria della coimputazione dei rapporti di lavoro perché, quanto meno *prima facie*, essa si presenta perfino contraddittoria rispetto ai dati legislativi attualmente disponibili. Dalle disposizioni legislative specificamente riguardanti fenomeni di cooperazione produttiva, infatti, emerge una ricostruzione della realtà sociale e dell'assetto degli interessi in essa presenti in cui l'impresa economicamente dipendente, ovvero operativamente subordinata, non è affatto equiparabile all'unità produttiva di un'impresa multidivisionale: prova ne sia che, accogliendo e tenendo ferma la teoria della codatorialità, l'interprete si imbatte nella grave difficoltà di intendere senso e funzione di una serie di norme legislative.

Si pensi, ad esempio, alle previsioni che vietano e reprimono l'abuso di dipendenza economica. Esse, proprio perché fissano una regola per la soluzione del *conflitto di interessi* immanente anche ai rapporti di subfornitura, conferiscono evidenza legislativa alla circostanza che le forme di coope-

(28) Il rischio, in definitiva, è che il teorico del diritto non organizzi i dati legislativi disponibili per costruire un «sistema» concettualmente ordinato nell'ambito del quale inquadrare la soluzione delle questioni sociali che lo interessano, ma cerchi di conferire un ordine alla realtà sociale anche a prescindere da – ed eventualmente anche in contraddizione con – i dati normativi disponibili.

razione a fini produttivi *sono e restano relazioni contrattuali tra imprenditori distinti che esercitano autonomamente la propria iniziativa economica perseguendo ciascuno un proprio interesse*. A me pare, in particolare, che queste previsioni attribuiscono rilievo giuridico a un assetto di interessi ben più articolato e complesso di quello implicitamente presupposto dai sostenitori della teoria della codatorialità e che, assimilando l'interesse dell'imprenditore dipendente o subordinato a quello riferibile a un'unità produttiva dell'impresa multidivisionale, ci si pregiudichi la possibilità di intendere senso e funzione della disciplina in discorso.

Considerazioni analoghe valgono se si conduce il ragionamento a partire dalla previsione, prima richiamata, in materia di estensione dell'intervento di cassa integrazione. Anche questa disposizione in tanto ha senso: in quanto l'impresa artigiana che subisce l'influsso gestionale prevalente è entità giuridicamente distinta dalla mera unità produttiva dell'impresa industriale che lo esercita; tanto è vero che la sospensione dei rapporti di lavoro e la concessione in concreto del sostegno al reddito dipendono dalle valutazioni e dalle determinazioni non dell'impresa industriale, ma del datore di lavoro/assuntore/artigiano. Ed è appena il caso di notare che, assumendo entrambi come datori di lavoro (come vorrebbe la teoria in discussione), verrebbe meno la funzione della previsione, perché non sarebbe affatto necessario ampliare il campo di intervento della cassa integrazione per garantire un sostegno al reddito ai lavoratori dipendenti dal datore «artigiano», poiché questi avrebbero già diritto allo stesso in quanto dipendenti del codatore di lavoro «industriale».

In conclusione, mi pare si possa affermare che la rappresentazione concettuale dei fenomeni in discorso, compiuta dal legislatore a fini regolativi, *si opponga* alla rappresentazione concettuale dei medesimi fenomeni che costituisce la premessa logica della teoria della codatorialità. Allorché il legislatore è intervenuto a regolare questa o quella situazione riconducibile ai fenomeni di integrazione produttiva, infatti, lo ha sempre fatto riconoscendo che anche l'operatore economico subordinato svolge una reale e concreta funzione imprenditoriale (per di più, giuridicamente rilevante). E ciò vale anche sotto il profilo dell'organizzazione e della gestione dei dipendenti; i quali, quanto meno dal punto di vista giuridico, non possono essere affatto considerati quali «terminali produttivi» dell'impresa capofila.

4. — *Integrazione contrattuale e fenomeni di concentrazione societaria* — Discorso identico a quello condotto in relazione ai fenomeni di *co-maker-ship* deve essere sviluppato in relazione ai gruppi societari.

Preliminarmente, conviene ribadire che queste due forme di organizzazione, contrariamente a quanto generalmente ritenuto dai giuslavoristi (29), sono distinte e *solo occasionalmente coincidenti* sul piano empirico. Il raggruppamento e la gestione unitaria di società di capitali, infatti, non è necessariamente una modalità di organizzazione e di gestione di attività economico-produttive tra loro complementari e integrate, ben potendo essere espressione di una capacità imprenditoriale polivalente e in grado di misurarsi su mercati diversi (30).

Come ho già evidenziato in altre sedi (31), e ancora una volta senza alcuna pretesa di completezza, occorre tenere in debito conto che la separazione giuridica delle diverse attività economiche, realizzata mediante la costituzione di una nuova società o l'acquisto di una società già operativa, e l'assoggettamento di questa alla regia della capogruppo sono essenziali nell'ipotesi in cui l'operatore economico intenda intraprendere una nuova attività produttiva che si presenti rischiosa. Com'è intuitivo, infatti, egli attraverso la capogruppo potrà assumere le decisioni strategiche fondamentali relative alla nuova attività imprenditoriale, ma, sfruttando l'autonomia giuridica della nuova società, potrà imputare solo a questa gli effetti negativi di un eventuale insuccesso, circoscrivendo le perdite e non compromettendo l'equilibrio economico e finanziario della capogruppo e delle altre eventuali società dominate.

La separazione delle attività economiche e il frazionamento dei relativi rischi, ancora, moltiplica la possibilità di accordi e di alleanze tra imprenditori. La creazione di una «catena» di società, infatti, consente agli amministratori della società capogruppo di coinvolgere nuovi investitori, assicurandosi «col più piccolo capitale possibile il controllo sul più grande capitale altrui» (32), e, conseguentemente, di conservare il potere di deciderne gli impieghi minimizzando i rischi di interferenza nelle decisioni da parte

(29) V., ad esempio, O. Razzolini, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*, in questo numero di q. *Riv.*, pp. 29 ss., par. 1; in precedenza, tra i molti, U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e posttaylorismo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 79; A. Perulli, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 45.

(30) F. Galgano, *Il marchio nei sistemi produttivi integrati: subforniture, gruppi di società, licenze, «merchandising»*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 193.

(31) In proposito, sia consentito il rinvio a V. Pinto, *Gruppi di società*, in M. Pedrazzoli (ordinato da), *Lessico giuslavoristico*, vol. II, *Impresa*, Bononia University Press (Bup), Bologna, 2010, p. 68.

(32) Secondo l'efficace e notissima formulazione di R. Hilferding, *Il capitale finanziario*, Feltrinelli, Milano, 1961 (trad. di *Das Finanzkapital*, 1910), p. 140.

degli altri apportatori di capitali. D'altro canto, anche l'investitore può avere interesse a entrare solo in un anello di questa «catena», perché, apportando i suoi capitali soltanto in una delle società dominate, rafforza la propria posizione decisionale nella gestione di una sola attività economico-produttiva, avvantaggiandosi, però, delle sinergie positive derivanti dall'appartenenza a un gruppo.

L'autonomia giuridica delle società, inoltre, consente di perseguire anche convenienze spiccatamente operative e gestionali. Così, proprio la separazione delle diverse attività, resa possibile dall'autonomia giuridica di ciascuna società, consente il contemperamento tra gli opposti interessi di un *management* intenzionato a conservare il controllo di un'attività economica che, però, non è in grado di gestire direttamente, e di un *management* esterno, in possesso delle competenze necessarie per la gestione, ma che subordina il proprio coinvolgimento operativo alla garanzia di un certo grado di autonomia decisionale. Esempio, quest'ultimo, che mostra chiaramente come la costituzione di un gruppo societario determini una trasformazione «nell'organizzazione imprenditoriale, essendo spezzata la gerarchia dell'impresa e attribuita una, sia pure relativa, autonomia decisionale ai *managers* preposti ai diversi settori o alle diverse fasi del processo produttivo o distributivo, elevati alla condizione di amministratori di separata società» (33).

Ovviamente, l'azione coordinata di più società formalmente distinte, ma operanti secondo un disegno unico e in vista di interessi economici convergenti, può assumere anche tratti di grave pericolosità, considerato che essa permette di ridurre la trasparenza delle operazioni economiche e, conseguentemente, di deresponsabilizzare chi le pone in essere rispetto a un'ampia gamma di soggetti quali: lo Stato (e, in particolare, l'amministrazione fiscale) e le pubbliche amministrazioni in generale; i soci di minoranza; i creditori sociali e, non ultimi, i lavoratori dipendenti delle società dominate. A tacere d'altro, infatti, non c'è dubbio che le società di un gruppo possano agevolmente realizzare interposizioni di persone nella stipulazione di contratti, ovvero porre maliziosamente in essere atti o negozi giuridici tra loro coordinati al fine di far venir meno i presupposti di applicazione di vincoli legali o di creare artatamente le condizioni legali per l'esercizio di specifici poteri e/o facoltà.

Peraltro, e sempre sotto il medesimo profilo empirico, accade spesso sia che il gruppo societario persegua interessi meritevoli di tutela giuridica in-

(33) F. Galgano, *I gruppi di società*, in *Le società*, Trattato diretto da F. Galgano, Utet, Torino, 2001, p. 68; ma v. anche Idem, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 161 ss.

sieme e in combinazione con interessi e convenienze illeciti, sia che la sua stessa costituzione sia un espediente posto in essere da un operatore economico che intenda restare occulto (e che, a tal fine, perpetra un vero e proprio *abuso* della personalità giuridica). Evidentemente, le due situazioni sono e devono restare distinte, perché diverse sono le forme di deresponsabilizzazione e diversi devono essere i rimedi: nel primo caso, infatti, si tratta di reprimere le frodi e di neutralizzare le convenienze illecite perseguite da un gruppo societario *genuino*; nel secondo, di individuare lo *pseudogruppo* e di superare la forma giuridica artificiosamente creata per responsabilizzare l'unico vero imprenditore/datore di lavoro.

5. — *Gruppi di società e potere di direzione unitaria nella legislazione* — Anche con riferimento ai gruppi societari, occorre stabilire se e come la legislazione vigente «rifletta» e rappresenti concettualmente a fini regolativi le relazioni intersocietarie, e, quindi, gli assetti di potere, appena descritti (34).

Orbene, il punto di partenza non può che essere costituito dal codice civile e dalla specifica forma di responsabilità ivi prevista per «le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime»: una responsabilità diretta «nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società» (35).

Qui, ancora una volta, è opportuno evidenziare che il fatto generatore della responsabilità diretta della società capogruppo non è l'esercizio stabile e duraturo di un potere di influenza su un'altra società in sé e per sé considerato, bensì soltanto il suo *abuso*. Più precisamente, la previsione codicistica individua un esercizio abusivo dell'attività di direzione allorché l'eterodirezione sia finalizzata a soddisfare un *interesse* imprenditoriale *proprio o di una diversa società del gruppo* e comporti la violazione dei principi di cor-

(34) Incidentalmente, conviene sottolineare che questo tipo di analisi in tanto è necessaria: in quanto non esiste una definizione legislativa del gruppo societario valida né a fini generali, né agli specifici fini «lavoristici».

(35) Si ricordi che ai sensi dell'art. 19, comma 6, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102, «per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria».

retta gestione (societaria e imprenditoriale) della società dominata. Affinché ricorra l'abuso, in altri termini, occorre che la società destinataria della direttiva di azione sia estranea all'interesse perseguito (ragione per cui essa è chiamata ad agire in vista di un interesse *extrasociale*) e che la direttiva, già per i suoi contenuti, si presenti come potenzialmente dannosa perché in contrasto con una sana gestione societaria e imprenditoriale (36).

Conseguentemente, si deve ritenere che il legislatore valuti l'eterodirezione delle società di capitali come in sé perfettamente legittima, e che ciò avvenga in base alla considerazione (implicita, ma chiaramente evincibile dalle norme vigenti) che essa generi un *plusvalore* sia per la società dominante che per le società dominate.

Ma vi è un'altra considerazione che è opportuno fare in questa sede e che attiene alla distinzione – da tenere sempre ferma – tra l'attività di indirizzo e di coordinamento dell'aggregato societario, da un lato, e la partecipazione alla gestione della società dominata o l'ingerenza nella stessa, dall'altro (37). Nell'ambito dei gruppi societari, infatti, non si realizza né una supercentralizzazione dei processi decisionali nella società capogruppo, né la conseguente completa perdita di autonomia delle società eterodirette (38). In essi, più precisamente, si realizza una particolarissima *dialettica di potere* tra attività di indirizzo e di coordinamento del complesso societario, che il legislatore considera perfettamente lecita (e, al più, fonte di una specifica responsabilità patrimoniale nel caso in cui si traduca in una «violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» delle società raggruppate: arg. *ex art.* 2497 cod. civ.), e attività di «gestione dell'impresa» sociale propria degli amministratori delle società

(36) È appena il caso di notare, peraltro, che il sorgere della responsabilità risarcitoria deriva – oltre che dall'abuso descritto – dal verificarsi in concreto di un pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione ovvero all'integrità del patrimonio sociale, e sempre che il danno procurato non risulti *compensato* «alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette» (così lo stesso art. 2497, comma 1, cod. civ.).

(37) F. Fimmanò, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. notariato*, 2012, 2, pp. 267 ss., e qui par. 10 (e anche nota 141). Cfr., con specifico riferimento alla distinzione tra esercizio del potere di direzione dell'aggregato societario ed esercizio dei poteri di gestione dei rapporti di lavoro, anche Cass. 29 novembre 2011, n. 25270 (in q. *Riv.*, 2012, II, p. 294, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 379 ss., con nota di O. Razzolini, *La Corte di Cassazione aggiorna i criteri elaborati dalla giurisprudenza per distinguere fra gruppo fraudolento e gruppo genuino*).

(38) Così già G. Vardaro, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, p. 211.

dominate (i quali conservano il potere/dovere di decidere e di compiere tutte «le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»: cfr. l'art. 2380-*bis* cod. civ.). Che le cose stiano in questo modo, peraltro, è testualmente confermato dall'art. 2497-*ter* cod. civ., il quale impone che «le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, [debbano] essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione», e che di esse deve essere dato «adeguato conto» nella relazione degli amministratori sulla gestione della società di cui all'art. 2428 cod. civ.

Evidentemente, non è questa la sede per ricostruire i temi e i problemi esaminati dalla dottrina giuscommercialista riguardo a profili quali, a mero titolo di esempio: l'individuazione dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società *eterodiretta*» che, assolvendo alla funzione di *stemperare* le regole di «corretta gestione sociale e imprenditoriale della società *autonoma*», rendono compatibile l'eterodirezione con l'assetto di poteri e di responsabilità proprie degli amministratori della società dominata; la definizione delle condizioni in presenza delle quali l'attuazione di direttive, pur dannose, da parte dell'amministratore della società eterodiretta configura nondimeno un adempimento diligente dei propri obblighi (39).

Qui, però, è opportuno prendere atto di come la particolare dialettica di potere propria dei gruppi societari sia presupposta anche in una serie di previsioni legislative ascrivibili a pieno titolo al campo del diritto del lavoro e certamente riferibili al fenomeno in discorso, nonostante la nomenclatura giuridica sia non sempre coerente con quella propria della materia societaria (40).

Anche in questo caso, bastino alcune esemplificazioni (41). Sul piano delle relazioni collettive di lavoro, il legislatore nazionale (sulla scorta di

(39) Su questi temi, v., tra i più recenti, E. Marchisio, *La corretta gestione della società eterodiretta e il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) nocive*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, pp. 923 ss.; e M. Maugeri, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, *ivi*, 2012, 1, pp. 66 ss.

(40) Al giurista, infatti, spetta lo sforzo interpretativo necessario per non arrestarsi di fronte alla distinta nomenclatura giuridica che, nel tempo, può essere utilizzata dal legislatore per riferirsi al medesimo fenomeno empirico (v., invece, O. Razzolini, *Impresa di gruppo...*, cit., par. 3). In altri termini, la riconduzione a un medesimo referente empirico è ciò che consente al giurista di predicare la coincidenza (totale o parziale), la continenza o l'indifferenza di concetti normativi linguisticamente distinti.

(41) Per una ricognizione completa v., invece, F. Lunardon, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di imprese*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*,

quello comunitario) è intervenuto per garantire l'effettività dei diritti sindacali di informazione e di consultazione nelle ipotesi in cui il datore di lavoro che abbia programmato una riduzione del personale dipendente (perché valutato eccedente rispetto agli scopi produttivi), oppure che abbia deciso il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, sia una società assoggettata a eterodirezione. Orbene, l'articolo 4, comma 15-*bis*, della legge n. 223/1991 dispone che «gli obblighi di informazione, consultazione e comunicazione» aventi a oggetto il programmato licenziamento collettivo «devono essere adempiuti indipendentemente dal fatto che le decisioni relative all'apertura delle procedure [di mobilità o di licenziamento] siano assunte dal datore di lavoro o da un'impresa che lo controlli»; con l'ulteriore precisazione che «il datore di lavoro che viola tali obblighi non può eccepire, a propria difesa, la mancata trasmissione, da parte dell'impresa che lo controlla, delle informazioni relative alla decisione che ha determinato l'apertura» delle procedure di riduzione del personale. Analogamente, ma questa volta con riferimento al trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, l'articolo 47, comma 4, della legge n. 428/1990 (così come sostituito dal d.lgs. n. 18/2001) dispone che «gli obblighi d'informazione e di esame congiunto [...] devono essere assolti anche nel caso in cui la decisione relativa al trasferimento [...] sia stata assunta da altra impresa controllante», senza che «la mancata trasmissione da parte di quest'ultima delle informazioni necessarie [possa giustificare] l'inadempimento dei predetti obblighi».

Obbligato a informare e, se del caso, a consultare le rappresentanze sindacali dei lavoratori, quindi, è soltanto colui che – avendo assunto i lavoratori – è l'unico datore di lavoro e l'unico titolare delle facoltà di recedere dal contratto (nel caso della riduzione di personale) ovvero di cederlo ad altri (insieme all'azienda o a un suo ramo). Il legislatore, peraltro, attribuisce rilevanza giuridica alla circostanza che le decisioni di procedere a una riduzione di personale o di trasferire l'azienda siano condizionate da decisioni strategiche assunte da una società gerarchicamente sovraordinata alla società datrice di lavoro, ma al solo fine di evitare che la normale dialettica di potere interna al gruppo societario sia invocata strumentalmente dalle stesse società coinvolte per adempiere in modo solo formale agli obblighi legali, eludendo, di fatto, il confronto sindacale sui motivi che hanno determinato l'eccedenza di personale e sulla praticabilità di misure alternative al licenziamento (ovvero sui motivi del programmato trasferimento e sulle sue conseguenze giuridiche, economiche

e sociali per i lavoratori). All'esercizio dell'attività di eterodirezione, insomma, il legislatore non collega né l'obbligo della capogruppo di partecipare direttamente e attivamente alla procedura di consultazione sindacale avviata dalla controllata, né l'esonero della società controllata dall'obbligo di adempiere, e di adempiere con correttezza e buona fede, agli obblighi di informazione e di consultazione.

La medesima configurazione concettuale delle relazioni infragruppo è implicita nella norma che permette una gestione accentrata di tutti gli adempimenti amministrativi in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale dei lavoratori dipendenti di diverse società. Come noto, infatti, l'articolo 31, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 prevede che le società «controllate e collegate» afferenti a un gruppo possano «delegare lo svolgimento degli adempimenti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, alla società capogruppo», e che, comunque, tale possibilità non rilevi «ai fini della individuazione del soggetto titolare delle obbligazioni contrattuali e legislative in capo alle singole società datrici di lavoro». Orbene, è incontrovertibile che questa previsione presupponga – e legittimi, rendendola interpretativamente insuperabile – la distinzione di ruoli e di funzioni all'interno del gruppo societario e attribuisca rilievo giuridico al dominio di una società su tutte le altre, pur senza determinare alcuna implicazione in termini di imputazione o coimputazione dei rapporti di lavoro. In proposito, infatti, occorre considerare che le società deleganti sono espressamente definite «datrici di lavoro» e titolari degli obblighi amministrativi connessi all'instaurazione e alla gestione dei rapporti di lavoro, nonostante siano assoggettate a una «capogruppo», e la stessa facoltà riconosciuta alle prime di delegare alcuni adempimenti alla società dominante presuppone che quest'ultima non vi sia tenuta *iure proprio*.

Ancora, un terzo esempio particolarmente significativo da cui trarre indicazioni è fornito dall'articolo 8, comma 4-*bis*, della legge n. 223/1991. Secondo questa disposizione, infatti, i benefici economici previsti al fine di incentivare il reimpiego dei lavoratori in mobilità non spettano «con riferimento a quei lavoratori che siano stati collocati in mobilità, nei sei mesi precedenti, da parte di impresa dello stesso o di diverso settore di attività che, al momento del licenziamento, present[i] assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli dell'impresa che assume ovvero risult[i] con quest'ultima in rapporto di collegamento o controllo» (42).

(42) Previsioni dalla struttura e dalla funzione analoga a quella della norma in discorso sono contenute nell'art. 4, comma 12, lett. *d*, e comma 13, legge 28 giugno 2012, n. 92.

In questo caso, per il vero, l'ambito di applicazione della norma è disegnato in modo tale da includere molte forme distinte di aggregati societari, e non soltanto quelli caratterizzati dall'eterodirezione di una capogruppo. Consapevole delle potenzialità collusive e fraudolente connesse alla prevedibile convergenza di interessi tra società legate da «assetti proprietari sostanzialmente coincidenti» o da situazioni di «collegamento» e di «controllo», il legislatore fissa un periodo dilatorio sufficientemente lungo tra il licenziamento collettivo e l'attuazione del successivo piano assunzionale, in modo da garantire la genuinità dell'operazione e da scongiurare il rischio che la possibilità di lucrare gli incentivi alla riassunzione dei lavoratori collocati in mobilità costituisca l'unico movente delle società coinvolte (43). Il legislatore, infatti, non vieta alle società del gruppo di reimpiegare il personale prima che siano trascorsi sei mesi dal collocamento in mobilità, escludendo soltanto che la società che procede all'assunzione possa beneficiare degli incentivi pubblici; benefici che, invece, saranno riconosciuti se il piano assunzionale interverrà dopo almeno sei mesi dal licenziamento collettivo. Orbene, e per quanto qui più interessa, il fatto stesso di considerare perfettamente legittimi i «passaggi» di personale dall'una all'altra società del gruppo presuppone una chiara distinzione soggettiva tra le società e, implicitamente, la non «comunicabilità» della qualità di datore di lavoro dall'una all'altra in conseguenza della mera appartenenza a un medesimo aggregato societario.

Orbene, mi pare che questa conclusione possa essere generalizzata e considerata un vero e proprio *vincolo di sistema* per l'interprete. Come attestato dagli esempi che precedono, infatti, ogni volta che il legislatore è intervenuto a dettare regole specifiche per questo o quel problema «lavoristico» emergente nella realtà dei gruppi societari, lo ha fatto mediante dispositivi che evitano accuratamente ogni «comunicazione» o «estensione» di posizioni giuridiche attive o passive dall'una all'altra società. Così facendo, i dispositivi in discorso mantengono ferma (e consolidano) l'alterità *soggettiva* tra le società e implicitamente riconoscono che anche le società dominate non cessano per tale loro qualità di costituire espressione genuina e non fraudolenta dell'iniziativa economica dei privati.

6. — *La codatorialità nei gruppi societari* — Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre ora esaminare contenuti e praticabilità della teoria della codatorialità con riferimento ai gruppi di società.

Secondo i suoi sostenitori, la contitolarità dei rapporti di lavoro sarebbe configurabile nei gruppi societari al verificarsi congiunto di due condizioni:

(43) In termini, Cass. 1° luglio 2002, n. 9532, inedita, a quanto consta.

l'«unitarietà dell'impresa esercitata dal gruppo» e, più precisamente, un grado di «integrazione produttiva» talmente stretto e intenso «da far ritenere che l'impresa che ha sottoscritto il contratto si comporti quale terminale organizzativo dell'impresa dominante»; la destinazione della prestazione lavorativa alla realizzazione del programma produttivo comune in cui è coinvolto il gruppo nel suo complesso (44). Quando ricorrono entrambe queste condizioni, la prestazione di lavoro dei dipendenti della società eterodiretta sarebbe «conformata in maniera congiunta dalla capogruppo e dalla società operativa» e sarebbe tale da soddisfare, «contemporaneamente, l'interesse creditorio di entrambi i soggetti che la ricevono» (45).

Seguendo questa prospettiva, la coimputazione del rapporto di lavoro dovrebbe aver luogo, oltre che nei casi di «utilizzazione promiscua del lavoratore da parte di due o più imprese del gruppo» (46) e nelle ipotesi in cui la capogruppo «vincoli le imprese sottoposte a impartire ai loro dipendenti specifiche tecniche di esecuzione del lavoro» (47), anche quando «chi dirige e coordina non compie atti diretti di gestione del rapporto di lavoro, ma determina quel segmento di organizzazione produttiva [della società sottoordinata] entro cui la prestazione lavorativa rappresenta un “frammento...”» (48). In quest'ultima ipotesi, insomma, «gli atti compiuti dal-

(44) E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi...*, cit., pp. 302-303.

(45) E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali e codatorialità*, in q. *Riv.*, 2012, II, p. 303.

(46) *Ivi*, p. 304.

(47) *Ivi*, p. 305. Non mi è chiaro, peraltro, in cosa questa ipotesi differisca dall'interposizione della società «controllata» nella gestione dei rapporti di lavoro [sulla quale v. anche Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 717, con nota di S. Brun, *Sulla (ir)rilevanza del collegamento societario nel giudizio in ordine alla legittimità degli atti di gestione del rapporto di lavoro*; e, per l'esonero da qualsiasi responsabilità dell'interposto, Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, massimata in q. *Riv.*, 2007, II, p. 23].

(48) E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi...*, cit., p. 304; ma v. già U. Carabelli, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 102. Rispetto a quanto riportato in testo, è opportuno precisare che esiste anche una diversa argomentazione a sostegno della codatorialità, che individua il presupposto di applicazione della stessa in tutti quei casi in cui, pur in assenza di un'ingerenza della capogruppo nella gestione dei rapporti di lavoro, l'esercizio del potere di direzione e di coordinamento sveli una «destinazione della prestazione all'interesse di gruppo» (v. O. Razzolini, *Impresa di gruppo*, cit., par. 4; ma v. già Idem, *Contitolarietà del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da «unicità di impresa»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, n. 122, p. 285; il corsivo è mio). In questa prospettiva, evidentemente, la questione principale consiste proprio nella configurabilità di un interesse di gruppo che – nell'opinione in discorso – è definito come un interesse distinto dagli interessi sociali facenti capo, rispettivamente, sia alla capogruppo, sia alle singole società dominate, ma che è, piuttosto, una sintesi di tali interessi.

la capogruppo [inciderebbero] sia sugli assetti organizzativi dell'impresa operativa sia sulle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, che verranno determinate mediante la riproduzione di disposizioni impartite dalla capogruppo» (49).

L'utilità specifica di questa teoria, se ben comprendo, risiederebbe appunto nella possibilità di imputare i rapporti di lavoro subordinato *anche* a chi, indirizzando la società «controllata» verso l'adozione di determinati assetti organizzativi, esercita un'influenza solo *mediata e indiretta* sulla prestazione di lavoro. Si tratta, insomma, di una ricostruzione opposta rispetto alla posizione assunta dalla Corte di Cassazione, allorché ha statuito il principio di diritto secondo il quale soltanto una «concreta ingerenza della società capogruppo nella gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle società del gruppo, che ecceda il ruolo di direzione e coordinamento generale alla stessa spettante sul complesso delle attività delle società controllate, determina l'assunzione in capo alla società capogruppo della qualità di datore di lavoro, in quanto soggetto effettivamente utilizzatore della prestazione e titolare dell'organizzazione produttiva nella quale l'attività lavorativa si è inserita con carattere di subordinazione» (50).

In proposito, è bene evidenziare come la praticabilità della teoria in discorso dipenderà anzitutto dalla precisazione di un elemento che la contraddistingue. Infatti, poiché essa (quanto meno nelle sue attuali formulazioni) fa dipendere la configurabilità di una coimputazione dei rapporti di lavoro dalla particolare *intensità* della direzione e del coordinamento societario, la sua applicazione in concreto è condizionata in modo significativo dal modo in cui questa intensità è concettualizzata e, di conseguenza, dalla formulazione dei criteri e degli indici utilizzabili dal giudice per operare una *distinzione quantitativa* che appare tutt'altro che semplice.

Orbene, per quanto la questione meriti un approfondimento, a me pare che gli attuali assetti legislativi non consentano l'individuazione di un interesse di gruppo sovraordinato agli interessi delle singole società, e per la realizzazione del quale sia legittimo sacrificare questi ultimi (non essendo altrimenti spiegabile la trama regolativa di cui all'art. 2497 cod. civ.; in termini, G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., p. 1539). Del resto, questo interesse di gruppo è stato identificato – forse contraddittoriamente rispetto alle premesse del ragionamento – «con l'interesse imprenditoriale della capogruppo a governare e coordinare in modo strategicamente unitario le politiche finanziarie delle altre società del gruppo» (così O. Razzolini, *Impresa di gruppo...*, cit., par. 2). Al momento, quindi, mi pare preferibile un uso del sintagma «interesse di gruppo» che si limiti a dare rilievo all'empirica condivisione tra le società del gruppo di uno specifico interesse pratico.

(49) Ancora, E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali...*, cit., p. 304.

(50) Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, cit.

Ciò che è certo, è che non potranno essere utilizzati allo scopo gli indicatori formulati nella celeberrima sentenza della Corte di Cassazione n. 4274/2003, i quali assolvono a un fine completamente diverso, perché distinto era il caso su cui si erano pronunciati i giudici di merito (51). In quell'occasione, infatti, si trattava di individuare una serie di indicatori empirici utili a individuare l'unico e «vero» datore di lavoro nelle ipotesi in cui egli si fosse celato sotto le apparenze di un gruppo societario (evidentemente, del tutto fittizio sotto il profilo economico) (52). L'accertamento induttivo della «unicità della struttura organizzativa e produttiva» e dell'«utilizzo contemporanea della prestazione lavorativa da parte dei singoli imprenditori» (interposti), infatti, serviva a smascherare un vero e proprio abuso dell'alterità soggettiva fra le diverse società, le quali, pur nominalmente diverse, risultavano avere la medesima sede e i medesimi amministratori e operare nel medesimo stabilimento (a sua volta collocato nei medesimi locali). Una volta accertato che la costituzione e la gestione di un gruppo di società costituisce una mera strategia mimetica posta in essere da un unico imprenditore/datore di lavoro, ovviamente, è certamente plausibile procedere alla corretta reimputazione di tutti i rapporti di lavoro subordinato, senza dover necessariamente accertare l'esercizio diretto dei poteri datoriali nei confronti di ciascun lavoratore.

Nel caso che ci occupa, invece, la questione pratica è ben diversa, trattandosi di individuare, nell'ambito di gruppi societari *genuini* e non meramente apparenti o fittizi, quella cointeressenza così stretta da rendere plausibile un'imputazione multipla dei rapporti di lavoro subordinato.

Anche dato per risolto questo aspetto, a ogni modo, la teoria della codatorialità – quand'anche esaminata dalla prospettiva dell'integrazione produttiva realizzata nei gruppi societari (53) – resta esposta a osservazioni critiche di segno analogo a quelle innanzi formulate. Come anticipato, infatti, la «regola» della coimputazione dei rapporti di lavoro in presenza di un'integrazione organizzativa e di una convergenza di interessi tra società dominante e società dominata costituisce una vera e propria distonia ri-

(51) Nel senso della utilizzabilità di quei criteri, invece, è la proposta di O. Razzolini, *Contitolarietà del rapporto...*, cit., p. 285 (ribadita in *Impresa di gruppo...*, cit., par. 4). V., però, le condivisibili osservazioni critiche di G. De Simone, *I gruppi di imprese*, cit., p. 1529.

(52) Di «mera apparenza di pluralità delle società», infatti, si scrive in Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1508. V. anche, sullo stesso problema, Cass. 6 aprile 2004, n. 6707, inedita, a quanto consta.

(53) Le opinioni a sostegno della codatorialità, lungi dal dare una sistemazione generale alla questione dei rapporti di lavoro nell'ambito dei gruppi societari, costitui-

spetto al sistema enucleabile a partire dalla legislazione (la quale, dall'appartenenza a un medesimo contesto organizzato, non fa mai derivare alcuna forma di «comunicazione» o di «estensione» di posizioni giuridiche attive o passive tra società).

Questa incoerenza sistematica può essere ancora una volta mostrata a partire dalla difficoltà di attribuire senso e funzione a una serie di previsioni legislative una volta che si presupponga come applicabile al caso concreto la teoria dell'imputazione congiunta dei rapporti di lavoro.

Attribuendo la qualificazione giuridica di «datore di lavoro» sia alla società dominata (perché ha instaurato e gestisce i rapporti di lavoro) sia alla società capogruppo (quest'ultima per effetto del suo coordinamento strategico), ad esempio, viene meno quella distinzione di ruoli che è la ragion d'essere delle previsioni in materia di diritti di informazione e di consultazione in occasione di licenziamenti collettivi e trasferimenti di azienda. Se la società capogruppo fosse una codatrice di lavoro, infatti, essa sarebbe tenuta direttamente a informare e a consultare le organizzazioni sindacali al pari della società dominata e, per tale ragione, dovrebbe non solo avviare e partecipare alla procedura di consultazione, ma anche, al termine della stessa, adottare i conseguenti atti di estinzione o di gestione dei rapporti di lavoro. Orbene, se è evidente che questo assetto giuridico rafforzerebbe i diritti collettivi in discorso, è altrettanto certo che esso comprometterebbe irrimediabilmente senso e funzione degli articoli 4, comma 15-*bis*, della legge n. 223/1991, e 47, comma 4, della legge n. 428/1990.

Ancora, accogliendo la tesi qui discussa perderebbe di senso la previsione che permette di delegare alla capogruppo lo svolgimento degli obblighi amministrativi relativi all'instaurazione e alla gestione dei rapporti di lavoro, perché essa sarebbe tenuta direttamente all'adempimento dei medesimi obblighi nella sua qualità, appunto, di codatrice di lavoro.

Anche la vicenda dei passaggi di personale che è alla base dell'articolo 8, comma 4-*bis*, della legge n. 223/1991 avrebbe una configurazione totalmente diversa se si considerasse la società capogruppo codatrice di lavoro. Infatti, per un verso, i lavoratori dovrebbero essere licenziati sia

scono soltanto un'applicazione della teoria qui discussa a una particolare «variante» empirica del fenomeno della coproduzione: quella, cioè, in cui tale dinamica organizzativa è posta in essere da più società tra loro organizzate in forma gerarchica. Per gli stessi sostenitori della teoria, infatti, qualora l'attività di direzione e di coordinamento non sia funzionale a un programma produttivo comune, le «conseguenze del collegamento imprenditoriale» dovrebbero essere valutate «in base alle categorie civilistiche» (E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali...*, p. 307).

dalla società (dominata) che li ha assunti sia dalla società (capogruppo) che dirige strategicamente l'aggregato societario; per altro verso, affinché si verifichi in concreto una fattispecie simile a quella presa in considerazione dalla legge, i lavoratori dovrebbero essere reimpiegati da altra società dominata (il che comporta, contestualmente, la riassunzione presso la società capogruppo). A me pare che, così facendo, l'interprete alteri profondamente l'assetto economico-giuridico presupposto dal legislatore e modifichi anche la funzione di una regola evidentemente dettata per una situazione diversa. Così, ad esempio, alla società capogruppo che proceda alla riassunzione dei propri ex dipendenti trascorsi sei mesi dal loro licenziamento spetterebbero, alla pari di ogni altro datore di lavoro, gli incentivi economici all'assunzione.

Queste difficoltà interpretative confermano la necessità di un approfondimento critico della nozione di codatorialità (54) e, prima ancora, dell'urgenza di procedere a un inquadramento rigoroso degli assetti di potere e della morfologia di interessi emergenti dai rapporti di cooperazione produttiva. È solo all'esito di una simile ricostruzione, infatti, che sarà possibile – pur senza rinunciare a ricorrere a saperi extragiuridici – avere consapevolezza dei vincoli per l'interprete e della necessità o meno di modificare le scelte di politica legislativa già compiute al fine di dare risposta alle domande di protezione provenienti dalla realtà sociale.

(54) In termini, T. Treu, *Trasformazioni delle imprese...*, cit., p. 34.

ABSTRACT

L'Autore discute la teoria della cd. codatorialità, evidenziando come essa si presenti incoerente rispetto alla rappresentazione concettuale dei fenomeni dell'integrazione operativa – siano essi realizzati o meno nel contesto dei gruppi societari – implicita nelle previsioni legislative che sono state emanate in funzione di quel referente empirico. Un'incoerenza dalla quale derivano una serie di implicazioni anche in ordine alla concreta praticabilità della coimputazione dei rapporti di lavoro.

CRITICAL PROFILES OF THE THEORY OF JOINT EMPLOYERSHIP IN LABOR RELATIONS

The Author discusses the theory of the so called codatorialità («joint employment»), pointing out that the theory is inconsistent with the conceptual representation of economic integration – whether or not carried out within the context of corporate groups – as implicitly acknowledged by the law provisions that have been enacted in regards to those empirical phenomena. From this inconsistency, the Author shows a number of implications, furthermore regarding the viability of a joint ascription of labour relations responsibility.

Adalberto Perulli (*)

GRUPPI DI IMPRESE, RETI DI IMPRESE E CODATORIALITÀ: UNA PROSPETTIVA COMPARATA

SOMMARIO: 1. I mutamenti della forma-impresa e il diritto del lavoro. — 2. Reti, collaborazione modulare e *contracting for innovation*. — 3. Gruppi di imprese e diritto del lavoro. — 3.1. Ordinamenti che non attribuiscono alcuna rilevanza giuridica alla nozione di «gruppo». — 3.2. La rilevanza giuridica al «gruppo» nel diritto commerciale o societario. — 3.3. Il rilievo del «gruppo di imprese» nel diritto del lavoro. — 4. Rappresentanza collettiva e contrattazione nei gruppi d'impresa.

1. — *I mutamenti della forma-impresa e il diritto del lavoro* — La morfologia dell'impresa ha conosciuto un'evoluzione importante nel corso degli ultimi anni: l'organizzazione produttiva che si affaccia sulla scena della globalizzazione e del capitalismo postindustriale non ha molto in comune con quella dell'era industriale. La traiettoria evolutiva dell'impresa rispecchia quella del sistema sociale, un tempo descritto con la metafora della «macchina», poi dell'«organismo» e del «sistema», oggi rappresentato attraverso i concetti di «labirinto» e di «rete», a suggello del definitivo superamento dell'organizzazione gerarchica tipica del capitalismo novecentesco.

Nell'ambito della riflessione sui mutamenti della forma-impresa emerge, anzitutto, la materia dei gruppi d'impresa, che ha conosciuto uno sviluppo significativo in stretta correlazione con le istanze di flessibilità, decentramento e articolazione espresse dalle organizzazioni produttive, sia sotto il profilo dell'integrazione verticale tra imprese individuali, sia sotto quello dell'integrazione verticale di tipo azionario o contrattuale fra società (comunemente denominato «gruppo di società») (1).

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università «Ca' Foscari» di Venezia.

(1) Nella dottrina italiana, cfr. O. Mazzotta, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, in *Lav. dir.*, 1988, pp. 366 ss.; L. Nogler, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, *ivi*, 1992, pp. 291 ss.; B. Veneziani, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, *ivi*, 1990, pp. 609 ss.; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, F. Angeli, Milano, 1995; più recentemente O. Razzolini, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo*

Fenomeno poliedrico dal punto di vista strutturale e funzionale, il gruppo di imprese appare refrattario a ogni configurazione unitaria, assumendo caratteristiche mutevoli nei diversi sistemi giuridici e forme diversificate all'interno del medesimo ordinamento: i modelli spaziano dalla semplice partecipazione azionaria che collega le imprese orizzontalmente o verticalmente, a formazioni di imprese che cooperano, senza alcuna partecipazione reciproca di capitali, con contratti di lungo termine, sino a imprese con una gestione unitaria dotate di strategia e strutture comuni sulla base di contratti di collaborazione (*contrats de transfert de gains*, di *location*, *franchising* ecc.); senza poter ignorare, peraltro il fenomeno dei gruppi «di fatto», caratterizzati dal controllo del capitale delle diverse entità del gruppo da parte di una medesima persona fisica.

Queste caratteristiche polimorfiche e polifunzionali, accentuate in molti paesi dall'inesistenza di una nozione giuridica generale di gruppo, pongono – non da oggi – molteplici sfide al diritto del lavoro, neutralizzando le sue tecniche regolative e spiazzando le consolidate categorie giuridiche su cui quelle tecniche si sono storicamente sviluppate: vale a dire, da un lato, il principio del datore di lavoro unico, che somma in sé le qualità di imprenditore, di titolare del rapporto di lavoro e di parte del contratto di lavoro; dall'altro, il principio della subordinazione intesa come inserimento del lavoratore nell'impresa, in un contesto stabile e dai confini definiti e controllabili, in cui si cumulano proprietà, potere e responsabilità. A ciò si aggiungano, a ulteriore conferma della particolare criticità della materia, gli effetti di frammentazione sindacale indotti dalla forma-gruppo sul piano delle relazioni collettive, e la conseguente difficoltà di esercitare le funzioni di contropotere e di contrattazione collettiva nei confronti di un'impresa a struttura complessa, in cui viene meno l'unità di azione e di luogo (2).

Sono queste le ragioni che giustificano la persistenza di una criticità di fondo che attraversa i diversi sistemi giuridici del lavoro: da paesi come il Giappone o l'Australia, ove non esiste alcun dispositivo legale a protezione dei lavoratori di imprese in vario modo collegate, a sistemi come la Francia o l'Argentina, che pure affrontano la materia con specifiche disposizioni giuslavoristiche, il problema dei gruppi è comunque avvertito in maniera crescente, e la dottrina si interroga sui meccanismi di superamento dell'au-

caratterizzato da «unicità d'impresa», in *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, pp. 263 ss.; V. Pinto, *Gruppi di società*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, vol. 2, *Impresa*, Bononia University Press, 2010, pp. 67 ss.

(2) Cfr. G. Vardaro, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, pp. 203 ss.; T. Treu, *Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, pp. 641 ss.

tonomia giuridica delle singole imprese collegate, ovvero su approcci più realistici, seppur differenziati, volti a identificare nel gruppo la forma giuridica di impresa meritevole di unitaria considerazione normativa (3). Il che accade, non solo nella prospettiva giuslavoristica, ogniqualvolta le contraddizioni di una scelta di giuridica indifferenza verso gli assetti degli interessi connessi alla funzionalità dei collegamenti societari consente un utilizzo abusivo dei poteri direttivi e di gestione delle varie entità del gruppo a fronte di altri, contrastanti, assetti di interessi, la cui tutela presupporrebbe al contrario una visione ancorata a dati di effettività su cui fondare le scelte interpretative.

In molti ordinamenti il gruppo di imprese resta ancora un *orizzonte* concettuale, piuttosto che un punto di impatto preciso per la regolamentazione giuridica. Ma nel fissare i termini del problema, appare sempre meno adeguato un approccio rigidamente formalistico, legato al culto della personalità giuridica e alla conseguente negazione di ogni rilevanza dei collegamenti societari sul piano dei rapporti individuali e collettivi di lavoro. Il tradizionale ancoraggio al modello giuridico della soggettività su cui fondare il processo di imputazione degli effetti non riesce, invero, a fornire risposte regolative congruenti rispetto ai fenomeni di esternalizzazione dell'attività d'impresa e al loro porsi come «procedimento» di cui le singole società rappresentano altrettanti fasi. Con la conseguenza che il potere di creazione e di scelta dei modelli di articolazione dell'attività economica in più centri di imputazione giuridica può ben sottendere strategie imprenditoriali difensive e opportunistiche, se non obiettivi più o meno impliciti di deregolazione, non solo nei casi patologici di gruppo fittizio o pseudogruppo (in cui l'impresa si fraziona attraverso la costituzione fraudolenta di più persone giuridiche), ma anche in quelli fisiologici, in cui comunque il datore di lavoro somma i benefici di una flessibilità interna (realizzata, ad esempio, con la mobilità endogruppo, ovvero l'impiego cumulativo della prestazione di lavoro) ai benefici di flessibilità esterna (licenziamento, diritti sindacali ecc.) volta a volta giocando sull'ambiguità del gruppo come *unitas multiplex*.

È nota, al riguardo, la difficoltà del diritto del lavoro, impegnato nello sforzo di individuare «un datore di lavoro» responsabile, a cogliere la sostanza delle relazioni tra imprese «integrate», al di là della formalizzazione giuridica che impone di considerarle come realtà autonome (4). Sul punto, so-

(3) Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, Librairie général de droit et de jurisprudence (Lgdj), Paris, 1991.

(4) Definire un'impresa come datore di lavoro «può essere mistificante quando essa è parte di un gruppo», ammonisce Lord Wedderburn, *The worker and the law*, London, Penguin, 1986, p. 103.

no ancora attuali le riflessioni svolte da quella parte della dottrina che, in tema di impresa di gruppo, ha smentito la facile assimilazione tra gruppo e concentrazione/centralizzazione, individuando in quel fenomeno una variabile e modulabile forma di *flessibilizzazione* del concetto stesso di *impresa* e di *datore di lavoro*, utilizzabile tanto per centralizzare, quanto per *decentrare* i luoghi di formazione delle decisioni all'interno dell'organizzazione, di guisa che i criteri di imputazione giuridica dei rapporti di lavoro perdono, almeno dal lato datoriale, la loro tradizionale carica di stabilità e certezza (5).

In questi scenari complessi, per conseguire una *redistribuzione delle responsabilità* tra attori economici coinvolti vengono mobilitati non solo i consueti istituti della solidarietà obbligatoria di tipo risarcitorio o *ex post*, che garantiscono al lavoratore-creditore una pluralità di debitori – come accade tipicamente per i crediti del prestatore di lavoro nelle discipline dell'appalto e del trasferimento d'azienda –, ma anche le forme di una vera e propria *co* o *pluridatorialità*, volta a ricomporre una geografia del lavoro sparpagliata e decomposta lungo la nuova catena del valore (6).

I tratti di consimili vettori di ricomposizione, già da tempo delineati dalla teoria generale del *polycorporatist network* come unico *corporate actor* (7), sono finora rintracciabili in situazioni specifiche e particolari: nei sistemi di *common law*, che conoscono la responsabilità della *principal enterprise* per infortuni o rischi collegati all'ambiente di lavoro nei confronti dei dipendenti del *contractor* (*affiliated companies*), o nei casi di gruppi di imprese ove, sulla base di determinati requisiti, il giudice può sollevare il velo societario e qualificare due o più imprese formalmente indipendenti come *associated employer*; nei sistemi di *civil law*, laddove permettono – come in Francia, almeno a certi fini e in certi ambiti della regolazione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro – di oltrepassare «*le cadre strict de la personnalité morale*», individuando regole di attribuzione della qualità e della re-

(5) Cfr. A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1985, pp. 622 ss.; G. Vardaro, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, pp. 203 ss.; più di recente, nella dottrina italiana, cfr. M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Atti del XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro, Catania, 21-23 maggio 2009, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 5 ss.; V. Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, *ivi*, pp. 77 ss.

(6) Il tema, ancora poco esplorato nella dottrina italiana (cfr., per tutti, V. Speziale, *op. ult. cit.*), è da tempo all'attenzione di quella francese: cfr. M.L. Morin, *Sous-traitance et co-activité*, in *Les frontières du salariat*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 115 ss.

(7) G. Teubner, *Unitas multiplex: problems of governance in group enterprises from a system theory viewpoint*, Eui, Firenze, 1988.

sponsabilità datoriale a una pluralità di soggetti giuridicamente distinti, sia nei fenomeni di gruppo sia, per estensione, nei casi di esternalizzazione (trasferimento d'azienda e *sous-traitance*) ogniqualvolta tra cedente e cessionario/appaltatore si verifichino commistione di ruoli e ingerenza gestionale del primo nei confronti del secondo (8).

Questi percorsi di ricomposizione, che possono essere descritti, ancora, come embrionali sentieri interrotti dalla difficoltà di rintracciare criteri sicuri di giustificazione della corresponsabilità, dovrebbero trovare favorevole sbocco nell'ambito dell'azione e dell'iniziativa sindacale; se non fosse essa stessa spiazzata dai medesimi processi che dovrebbe regolare, posto che anche il piano delle istituzioni collettive appare segnato da un'evoluzione assai problematica, che evidenzia un tendenziale passaggio dalla contrattazione collettiva classica a forme di microcontrattazione decentrata o, addirittura, di contrattazione individualizzata (9).

Peraltro, se il criterio di imputazione giuridica tradizionale non coglie gli elementi finalistici rapportabili all'esplicazione del potere di organizzazione entro schemi e modelli obiettivistici, i tentativi di approccio realistico scontano, simmetricamente, una considerazione dell'unità del gruppo in un'ottica meramente gerarchico-strutturale, riproducendo in termini rovesciati un'ipervalutazione della personalità giuridica, ovvero una «super-soggettività» giuridica del gruppo. Questa esigenza di identificare nel gruppo un centro di imputazione giuridica si scontra con la difficoltà di ricondurre l'organizzazione interna dei gruppi a schemi predefiniti, che non postulano né la completa perdita di autonomia delle società collegate, né la supercentralizzazione dei processi decisionali. Se all'interno del gruppo i centri di potere possono essere molteplici, specie nei gruppi diversificati e multinazionali, la flessibilità che ne consegue impone al giurista di calibrare la scelta dei centri di imputazione e delle regole applicabili non in astratto, bensì concretamente, in ordine al merito di ciascun problema (10).

(8) Cfr. I. Desbarats, *La notion d'unité économique et sociale en droit du travail*, in *Mélanges dédiés à M. Despax*, p. 75; B. Teyssié (diretto da), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, in *Lgdj*, 1999.

(9) Esempio, nel nostro ordinamento, il processo di decentralizzazione in atto, su cui v., *ex multis*, A. Perulli, V. Speziale, *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. 133/2011; F. Liso, *Osservazioni sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 157/2012.

(10) Sul tema dell'imputabilità, con particolare riferimento alla responsabilità dell'impresa madre in caso di licenziamento per motivo economico, cfr. E. Peskine, *L'imputation en droit du travail*, in *Revue de droit du travail*, 2012, pp. 347 ss.; sulla ten-

Le inquietudini che nascono dalla non indifferenza della forma-impresa rispetto allo schema regolativo del diritto del lavoro appaiono ulteriormente amplificate dalla più recente emersione di strutture interorganizzative di tipo reticolare, distinguibili nell'*impresa-rete* – in cui l'organizzazione imprenditoriale sviluppa, attorno a un nucleo centrale di *assets* strategici, più o meno complessi reticoli di subfornitura, alleanze, *joint-ventures*, *franchising* ecc., in una logica asimmetrica –; e nella *rete di imprese* autonome, di piccole o medie dimensioni, che funzionano entro unità socio-ambientali delimitate, in modo assimilabile a quello di un sistema, in una logica paritaria. Si tratta, in quest'ultimo caso, di insiemi organizzativi espressione di processi collettivi coimprenditoriali di interazione tra mercato e organizzazione che comportano ancor crescenti difficoltà nell'individuazione del soggetto detentore dell'autentico potere decisionale. In questi casi, infatti, le imprese costituiscono delle organizzazioni complesse, che si allontanano sia dalla idealizzazione neoclassica dell'impresa come soggetto atomistico coordinato dal *price-mechanism*, sia dal modello di disintegrazione verticale del ciclo produttivo in unità dimensionate e coordinate secondo le esigenze complessive di un centro finanziario, per sviluppare peculiari caratteristiche di ricorsività, autorganizzazione, flessibilità dei flussi di coordinamento interaziendale non riconducibili al modo di operare non organizzato del mercato, ma neppure componibili in una logica elementare di coordinazione del ciclo produttivo. Di fronte a siffatti fenomeni, in cui il collegamento diventa fattore del rapporto strategico tra gruppo e decentramento produttivo, può essere inutile cercare, in ogni caso, l'elemento coordinatore del ciclo, ovvero rintracciare l'esistenza di un disegno imprenditoriale corrispondente all'unicità sostanziale del processo produttivo, così come non si può porre al centro dell'analisi ricostruttiva un preconcetto giudizio di disvalore che abbracci indifferentemente l'impresa «mimetizzata» a fini di evasione di norme giuslavoristiche e la rete di imprese coordinate che riescono a conseguire economie di scala e di *scope*, un tempo prerogativa della grande tecnostuttura. Con la conseguenza che in questa specifica materia i cennati fenomeni di ricomposizione si dimostrano assai problematici, tanto che si è osservato come «*ces nouvelles formes d'organisation restent pour l'essentiel un désert pour le droit du travail et la négociation collective*» (11).

denza a valorizzare «canoni funzionalistici di individuazione della figura del datore di lavoro, che si connota diversamente a seconda del contesto e dei fini che l'ordinamento intende realizzare», cfr. M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 203 ss. (qui pp. 223 ss.).

(11) J. Freyssinet, *Quels acteurs et quels niveaux pertinents de représentation dans un système productif en restructuration?*, in *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, La Découverte, Paris, 2006, p. 218.

2. — *Reti, collaborazione modulare e contracting for innovation* — L'emersione di forme di integrazione reticolare d'impresa, collegate a processi innovativi che richiedono codecisione e iterazione, ha condotto la dottrina giuseconomica a formulare nuove ipotesi teoriche esplicative dei modelli collaborativi complementari a quelli dell'impresa verticalmente integrata (12). In questa prospettiva analitica, alternativa alla teoria contrattuale convenzionale, una delle più recenti trasposizioni sul piano giuridico dell'approccio di *networking* è rappresentato dal modello *contracting for innovation*, promosso da Gilson, Sabel e Scott (13). Partendo dall'osservazione empirica di un processo di disintegrazione verticale che interessa un numero significativo di imprese, e analizzando le nuove prassi contrattuali congegnali a tale processo, l'approccio *contracting for innovation* evidenzia importanti dissimmetrie e distanze dai modelli teorici preesistenti, basati sostanzialmente su due ipotesi negoziali: la «collaborazione modulare», tipica della teoria della modularizzazione dell'impresa (14), e la «collaborazione relazionale» (15).

Nella forma di collaborazione modulare le imprese operano in una situazione di isolamento virtuale, onde il volume di informazione richiesto dalla cooperazione interorganizzativa è assai basso, in quanto ciascun produttore conosce solo l'interfaccia tra organizzazioni separate che sviluppano i diversi *stages* della produzione. In questo modello *simil-«Lego»*, la definizione degli standard contrattuali e dei modelli contrattuali, periodicamente ridefiniti, conduce l'impresa a sfruttare le economie di scala e di scopo attraverso il mercato, piuttosto che attraverso la gerarchia.

Nella forma di collaborazione relazionale, tipica dei *clusters* e dei distretti, l'impresa si struttura attraverso reti lunghe basate su relazioni negoziali *long-term*, molto flessibili e caratterizzate da una forte cooperazione informale, particolarmente efficace per fronteggiare l'incertezza del cambiamento tecnologico. Se nella visione modulare campeggiano le relazioni mercantili al posto della mano visibile del *management*, la teoria relazionale-collaborativa enfatizza il ritorno dell'interazione sociale, tipica della fase pre-chandleriana, e dei legami sociali che rafforzano i rapporti economici.

(12) Cfr. già L. Corazza, «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, Padova, Cedam, 2004.

(13) R.J. Gilson, C.F. Sabel, R.E. Scott, *Contracting for innovation: vertical disintegration and interfirm collaboration*, in *Columbia law review*, 2009, 3, pp. 431 ss.

(14) Cfr. N. Langlois, *Chandler in a larger frame: markets, transaction costs, and organizational form in history*, in *Enterprise & Soc'y*, 5, 2004, pp. 355 ss.

(15) N.R. Lamoreaux e al., *Beyond markets and hierarchies: Toward a new synthesis of american business history*, in *American historical review*, 108, 2003, pp. 404 ss.

Una diversa ipotesi concettuale, volta a superare i limiti della teoria modulare e al contempo più attenta al formalismo istituzionale rispetto alla teoria relazionale, è quella della collaborazione iterativa (*iterative collaboration*). Nell'iterazione, tipica delle piattaforme imprenditoriali, delle moderne *supply chains*, nonché delle collaborazioni tra imprese in materia di ricerca e sviluppo, l'impresa codecide il «cosa» e il «come» produrre. Diversamente da quanto prescrive la teoria modulare dell'impresa, nel modello iterativo un set di aziende intraprende un processo di *co-design* organizzativo e produttivo, nel quale ciascun attore contribuisce a ridefinire le specificazioni per i nuovi prodotti, anche modificando il piano iniziale, con modalità cooperative assai più formalizzate di quanto riconosciuto dalla concezione relazionale: attraverso strumenti quali lo scambio di informazioni, il *benchmarking*, l'individuazione congiunta di errori di processo ecc., che aumentano il grado di trasparenza nei rapporti contrattuali tra le parti e facilitano la ricerca di soluzioni comuni ai problemi di disegno organizzativo e di qualità.

La disintegrazione verticale lungo la *supply chain* non si attua, dunque, attraverso la stipula di «contratti espliciti» che organizzano la struttura produttiva modulare, né interamente attraverso i contratti relazionali «impliciti» (16); piuttosto, i cambiamenti dei confini dell'impresa si realizzano attraverso una nuova forma contrattuale, denominata *contracting for innovation*, che allude alla collaborazione tecnica e iterativa tra imprese, come risposta all'incertezza dei processi di innovazione: l'incapacità delle parti di specificare *ex ante* la natura dei beni da produrre o la sua *performance* caratteristica impone la ricerca di una vera e propria *governance* dell'intero processo produttivo, creata contrattualmente.

Il superamento delle teorie contrattualistiche, che da Coase in avanti hanno contrapposto le transazioni tra attori sul mercato alla gerarchia interna, si attua quindi con l'elaborazione di un modello contrattuale tra imprese che supporta la nuova struttura transazionale, quale parte di una *governance* non più descrivibile nell'ottica relazionale bilaterale «*one to one*», bensì in quella «*many to many*». Contrariamente a quanto prescritto dalla teoria dei costi di transazione, in tal caso l'impresa investe nel *co-design* di parti e componenti della produzione nonostante i rischi che tali investimenti comportano, in particolare il fenomeno dell'*hold-up* (17).

(16) Per questa osservazione, cfr. già C.F. Sabel & J. Zeitlin, *Neither modularity nor relational contracting: inter-firm collaboration in the new economy*, in *Enterprise & Soc'y*, 5, 2004, p. 388.

(17) Il fenomeno dell'*hold-up* (*rischio di estorsione*) si determina quando un'impresa che ha sostenuto il costo di un investimento specifico subisce l'iniziativa della con-

Contracting for innovation allude quindi a una nuova forma di ibridazione tra contratto, *governance* bilaterale e *management* gerarchico, fondata sulla volontà di collaborazione tra aziende con progetti comuni non definiti *ex ante*, ma garantiti da importanti investimenti in conoscenza, i quali, alzando il costo di uscita dal rapporto (i cd. *switching costs*, *id est* i costi che una parte deve sopportare per «rimpiazzare» l'altra parte del contratto) (18), agiscono come collante fra le parti, riducendo i rischi di comportamento opportunistico. Simili costi di uscita, rappresentati dagli investimenti specifici in conoscenza relativamente alle rispettive *capabilities*, abbassano la soglia dell'opportunismo e rafforzano la reciprocità e gli altri meccanismi di *self-enforcement* del contratto, in situazioni in cui, data la velocità dell'adattamento, il ricorso agli standard di *legal enforcement* risulta largamente inefficace. In termini di teoria del contratto ne consegue una nuova accezione di interdipendenza, legata alla complementarità, e diversa sia da quella riconducibile alla corrispettività che caratterizza il sinallagma contrattuale, sia dalla dipendenza economica correlata al potere contrattuale e alla posizione dell'impresa contraente sul mercato (19).

In questa letteratura giuseconomica, del tutto in ombra è rimasto il pur rilevante profilo giuslavoristico (20). Tale silenzio dipende da fattori culturali complessi, nonché dall'indubbia preponderanza della dimensione giusprivatistica (e giuscommercialistica) del fenomeno. È tuttavia evidente che il tema delle aggregazioni d'impresa secondo il modello di rete implica non solo profonde mutazioni nella teoria dell'impresa, ma anche una serie di questioni che interessano direttamente il diritto del lavoro, nelle sue diverse proiezioni individuali e collettive. Benché non approfondite in letteratura (21),

troparte, incentivata a rinegoziare il prezzo della fornitura al ribasso in quanto l'investimento effettuato dall'impresa non è recuperabile (*sunk cost*); cfr. G. Clerico, *Analisi economica del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 295.

(18) Cfr., in generale, J. Farrell & P. Klemperer, *Coordination and lock-in: competition with switching cost and network effects*, in *Handbook of industrial organization*, vol. 3, 1967, pp. 1972 ss.

(19) Cfr. F. Cafaggi, *Il contratto di rete*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 15; Idem, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *I contratti*, 2009, p. 917: «nei contratti di rete le parti compiono investimenti specifici che, a differenza di ciò che abitualmente si ritiene nell'approccio convenzionale dell'organizzazione industriale, disincentivano l'opportunismo».

(20) F. Cafaggi, *Il nuovo contratto di rete: «Learning by doing»?», in *Contratti*, 2010, pp. 1146 e 1154.*

(21) Con l'esclusione del saggio di G. Orlandini, *Diritto del lavoro e regolazione delle reti*, in F. Cafaggi (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Il

le connessioni con il tema del decentramento produttivo sono evidenti, ma, a ben vedere, più apparenti che reali: limiti e opportunità offerte dal diritto del lavoro alle problematiche dei *cluster* imprenditoriali interessano tematiche che esulano dagli istituti giuslavoristici tradizionali legati alla visione monolitica e integrata dell'impresa fordista, stimolando la riflessione circa l'adattamento evolutivo del diritto del lavoro e dei suoi apparati protettivi al mutato contesto organizzativo, sia sul piano del rapporto individuale di lavoro, sia su quello delle relazioni collettive.

Il contratto di rete, e più in generale i fenomeni aggregativi tra imprese, ripropongono anzitutto, in forma nuova, la questione dell'unicità dell'operazione economica che si realizza mediante l'esecuzione di un contratto plurilaterale (con comunione di scopo), formalizzato attorno a un «programma» strategico di rete. Più in generale, il contratto di rete (art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009, così come riformulato con il d.l. n. 78/2010, convertito in legge n. 122/2010) consente di governare intere filiere produttive, superando la segmentazione tra attori del processo. Con il contratto di rete, ad esempio, le parti possono dar vita a un laboratorio di ricerca comune, o coordinare un progetto produttivo articolato in fasi, governare una catena di subfornitura condividendo standard produttivi e di qualità, o ancora amministrare la conclusione e l'esecuzione coordinata di contratti di appalto da parte degli aderenti: ebbene, in consimili fattispecie, le imprese della rete possono condividere segmenti di attività, competenze, progettualità e rischio d'impresa. Quando poi si realizza la fattispecie prevista dall'art. 4-ter, relativa all'esercizio in comune di una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa, il contratto di rete ricalca la struttura dell'art. 2247 cod. civ. in materia di contratto di società (salvo modificarne il profilo causale), benché collaborazione ed esercizio in comune di attività siano riscontrabili anche nell'ambito dello scambio di informazioni, spesso funzionali allo svolgimento di attività ulteriori, nonché nello schema dello scambio di prestazioni, con cui la rete di propone di offrire beni e servizi sul mercato attraverso il coordinamento di diverse fasi produttive (ad esempio, attività di scambio di prestazioni nell'ambito di gruppi di vendita) (22).

Nonostante la dottrina civilistica ribadisca che in tutte le ipotesi di rete le imprese conservano la loro autonomia non solo giuridica ma anche economica – giacché la rete rappresenta «solo una parte, sebbene rilevante,

Mulino, Bologna, 2004, pp. 281 ss., che rilegge gli istituti tradizionali del diritto del lavoro alla luce dei mutamenti intercorsi con l'articolazione a rete delle imprese.

(22) F. Cafaggi, *op. ult. cit.*

delle attività svolte dalle imprese» (23) –, la sensibilità giuslavoristica consente, invece, di affermare che per quel segmento rilevante di attività produttiva svolta in comune dai partecipanti siano individuabili i «lavoratori della rete» – o, come altri prospetta, i lavoratori di «mercati interni del lavoro» (24) –, e impone di interrogarsi sulla identificazione del titolare dei rapporti di lavoro impiegati per realizzare il comune programma di rete (lo scopo comune), e, di conseguenza, quali siano i diritti che i lavoratori della rete possono esigere dall'organizzazione reticolare, e non solo dalla singola impresa aderente alla rete con cui hanno stipulato il contratto individuale di lavoro (25). Il che equivale a chiedersi se l'inscindibile afferenza dei lavoratori al processo produttivo comune originato dal contratto di rete implichi valutazioni di ordine meramente socio-economico, ovvero, come sembra possibile prospettare, assurga al piano della rilevanza giuridica del fenomeno, in virtù del collegamento negoziale e della creazione di una «*virtuelle unternehmen*», ovvero di una impresa collettiva non societaria, o di una rete associativa ecc. (26).

Benché non necessariamente soggettivizzata, la rete può avere un «organo comune»/mandatario, cui le parti conferiscono un incarico per l'esecuzione del contratto, definendo poteri di rappresentanza, struttura e funzionamento (27). È plausibile, allora, individuare nella rete una nuova frontiera della «codatorialità», ovvero, in prospettiva ancor più avanzata, di una datorialità non solo condivisa fra più soggetti, ma riducibile a unità e imputabile all'organizzazione nascente dal vincolo contrattuale di rete?

La disciplina giuslavoristica, riferita ai processi di scomposizione/aggregazione dell'impresa, non sembra, allo stato, in grado di fornire risposte generali e compiute al quesito sollevato. Ciò non toglie che, sotto alcuni particolari profili, gli istituti del diritto del lavoro siano adattabili al fenomeno in esame, apprestando una prima serie di soluzioni ai problemi di tutela del lavoro derivanti dalle nuove modalità di aggregazione imprenditoriale. Si pensi, ad esempio, al tema della responsabilità solidale nelle catene di

(23) F. Cafaggi, *Il nuovo contratto di rete*, cit., p. 1147.

(24) T. Treu, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, p. 20.

(25) Per un cenno, cfr. O. Razzolini, *Il problema dell'individuazione del datore di lavoro nei gruppi di imprese al vaglio della Corte di Giustizia. Verso un'idea di codatorialità?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 1291 s.

(26) Cfr. F. Guerrero, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, in *Contratto e impresa*, 2012, 2, pp. 348 ss.

(27) Anche le forme puramente contrattuali di cooperazione interaziendale esigono la creazione di una struttura organizzativa minimale, come nel caso delle associazioni temporanee di imprese.

appalti: la giurisprudenza ha esteso il sistema della responsabilità solidale, prevista per gli appalti e subappalti dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, anche all'ipotesi in cui l'appaltatore sia un consorzio che ha affidato l'esecuzione del contratto a un'impresa consorziata. In questa ipotesi, del tutto assimilabile sotto il profilo funzionale al contratto di rete, il negozio di affidamento tra consorzio e consorziato è stato qualificato come «un fenomeno di subderivazione del contratto d'appalto e, in definitiva, di sostanziale subappalto» (28), valorizzando la sostanza dell'operazione economica posta in essere indipendentemente dalle criticità derivanti dalla riconduzione del negozio di affidamento tra consorzio e consorziato alla figura dell'appalto, piuttosto che a quella, più pertinente, del mandato (29). La scelta operata dalla giurisprudenza può dunque essere applicata allo schema della rete di imprese, estendendo l'ipotesi legale della responsabilità solidale nelle operazioni economiche di aggregazione produttiva individuate dalla legge n. 122/2010.

Più in generale, la formula della codatorialità, che opera in considerazione dei fenomeni di integrazione verticale dei processi produttivi (30), può rappresentare un utile schema ricostruttivo capace di far gravare in capo a più soggetti datoriali le responsabilità derivanti dall'impiego dei lavoratori a favore della rete: in questa prospettiva, le imprese partecipanti al programma di rete risultano responsabilizzate rispetto ai crediti dei lavoratori coinvolti, non tanto sulla base dell'obbligazione contrattuale individuale assunta nei loro confronti, quanto in considerazione delle modalità organizzative e produttive sancite dal contratto di rete, le quali concretamente incidono sui rapporti di lavoro considerati come fattori produttivi necessari per la realizzazione dello scopo comune (31). L'effetto non dovrebbe comunque essere automatico, ma valutato in base alla tipologia di rete (gerarchica o paritetica) nonché alle concrete modalità di impiego del fattore lavoro all'interno della rete, ovvero assumere modalità sperimentali e volontaristiche, possibilmente promosse dagli attori collettivi (32).

(28) Cass. 7 marzo 2008, n. 6208.

(29) D. Venturi, *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 3, p. 846.

(30) Cfr., per tutti, V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit.

(31) Vedi, tuttavia, la prudenza di T. Treu, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, p. 21, per il quale «la contitolarità realizzerebbe certo la massima sinergia tra le imprese della rete permettendo la possibilità di impiego congiunto del personale, ma anche con le relative corresponsabilità per gli obblighi e per i rischi (a cominciare da quelli della sicurezza del lavoro)».

(32) T. Treu, *op. ult. cit.*

La rete può inoltre agire come fattore di cambiamento dei contenuti dei rapporti di lavoro, modulando la struttura dell'obbligazione in funzione degli obiettivi condivisi dalle imprese organizzate in forma reticolare. Infatti, oltre all'impiego dei consueti strumenti giuslavoristici funzionali a realizzare l'impiego congiunto del personale (mobilità, distacco ecc.), la rete può stimolare l'arricchimento dei contenuti del lavoro, l'apprendimento di compiti e delle competenze trasversali, contribuendo al contempo a realizzare forme di flessibilità organizzativa e di evoluzione dei contenuti professionali del lavoro (33). La prospettiva descritta è, pervero, ambivalente. Se, da un lato, questo terreno è fertile per valorizzare le nuove dimensioni relazionali e cognitive del lavoro – in una parola il «capitale sociale» dei lavoratori della rete –, potrebbe rappresentare anche occasione per un impiego scorretto della forza lavoro, in un'ottica di mera flessibilità funzionale interna alla rete e di indebito ampliamento dell'obbligazione lavorativa, in quanto riferita a un datore di lavoro formalmente unico ma sostanzialmente plurale nell'effettivo utilizzo delle prestazioni e delle competenze professionali.

Sul piano dei rapporti individuali di lavoro, l'incidenza del contratto di rete sulle modalità concrete di impiego dovrebbe realizzarsi soprattutto attraverso il *medium* della contrattazione collettiva. L'esigenza di una regolazione omogenea nei vari siti territoriali, in conformità alle strategie di sviluppo delle imprese, è del resto già registrabile nelle esperienze più recenti della contrattazione nazionale di categoria: basti pensare, ad esempio, alle formule di incentivo alla diffusione della contrattazione sui premi di risultato basate su linee guida e modelli standardizzati, destinati alle imprese di minori dimensioni. Il contesto legislativo e contrattuale sembra ormai decisamente orientato a valorizzare discipline che interessino una pluralità di imprese accomunate dall'appartenenza al medesimo territorio, in linea con il progressivo decentramento della regolazione del mercato del lavoro: i contratti di «prossimità» di cui all'art. 8 della legge n. 148/2011 abilitano la contrattazione aziendale e territoriale addirittura a derogare, entro certi limiti funzionali, alla disciplina posta non solo dai contratti nazionali di categoria, ma dalla stessa legge. Il fenomeno delle aggregazioni tramite modelli reticolari di produzione e distribuzione può trovare così il proprio corollario regolativo, sotto il profilo delle relazioni industriali, nella dinami-

(33) Cfr. T. Treu, *op. cit.*, p. 26, il quale osserva che «le reti postulano capacità di intervento e professionalità meno legate alla divisione settoriale del lavoro e dell'organizzazione fordista; e in grado di riflettere forme produttive e di lavoro operanti in gruppi di lavoro liberi di modificare autonomamente la propria struttura e alimentati da scambi frequenti di competenze e di servizi con altre unità o imprese collegate».

ca della contrattazione sovraziendale, di livello territoriale e/o di distretto industriale, che potrebbe comportare l'adozione di intese uniformi per aggregati di imprese accomunate dall'appartenenza a distretti e/o dall'adesione a contratti di rete, anche in deroga alla disciplina contrattuale nazionale o legislativa.

Gli strumenti utili a conseguire questo tipo di accordi di rete sono, da un lato, le negoziazioni trasversali tra rappresentanze datoriali e dei lavoratori riferite a dimensioni sovraziendali e, dall'altro lato, le negoziazioni seriali, volte a riprodurre nell'ambito della rete clausole contrattuali standard riguardanti problematiche ricorrenti e comuni a più imprese rappresentative di un *cluster* determinato. Si può, in tal prospettiva, promuovere lo sviluppo di contratti collettivi «di rete» aventi a oggetto, in particolare, i nessi tra progetti comuni di rete e loro ricadute in termini giuslavoristici, con specifico riferimento a tematiche particolarmente sensibili, idonee a essere regolate in modo accorpato, quali i tempi di lavoro, le prestazioni di lavoro *part-time*, l'apprendistato, la somministrazione di lavoro e i contratti a tempo determinato, i trattamenti economici flessibili (34). Anche la concreta organizzazione del lavoro all'interno della rete, e le forme di mobilità sociale e professionale che caratterizzano queste nuove forme di organizzazione della produzione potrebbero, a pieno titolo, rientrare fra le materie dei contratti collettivi di rete; mentre il tema della formazione dei lavoratori della rete, connesso in via esclusiva agli obiettivi e al programma di attività oggetto del contratto di rete, è già stato affrontato dalle parti sociali con contributi aggiuntivi alle risorse accantonate sul «conto formazione» aziendale volti a sostenere azioni formative mirate allo sviluppo delle conoscenze e delle competenze necessarie ai dipendenti per lo svolgimento delle attività connesse al contratto di rete (35).

3. — *Gruppi di imprese e diritto del lavoro* — A fronte della sfida lanciata dalle trasformazioni dell'impresa prevale in ambito giuslavoristico un approccio relativistico, che non sopravvaluta il dato della personalità giuridica — poiché quest'ultima non costituisce la ragione di una determinata disciplina, mentre lo è invece l'impresa o l'unità produttiva —, spingendosi

(34) Come rileva T. Treu, *op. cit.*, p. 31, una tale contrattazione di rete andrebbe testata su singoli aspetti delle relazioni di lavoro, «senza pretese di onnicomprensività», anche perché «le aziende della rete possono appartenere a settori diversi e quindi applicare contratti nazionali e aziendali distinti, che non si possono sostituire facilmente con una contrattazione orizzontale di rete».

(35) Cfr. Fondimpresa, avviso n. 4/2011, *Sostegno alle Pmi aderenti partecipanti a contratti di rete per la formazione su obiettivi e attività comuni della rete*.

a considerare l'organizzazione effettiva da cui scaturiscono diversi livelli di garanzie a favore del lavoratore subordinato. In una parola: non si tratta di soggettivizzare il gruppo, bensì di individuare specifiche ipotesi di responsabilità correlate all'effettiva forma economica dell'impresa, al fine di evitare, sul piano dei rapporti individuali, il pregiudizio delle condizioni di lavoro e possibilmente garantire, su quello collettivo, i profili della rappresentanza sindacale e della contrattazione. Si comprende, allora, come lo schema del gruppo non possa essere affrontato se non evidenziando in chiave obiettivistica l'attività complessiva dell'impresa, cercando di ricomporre a unità l'organizzazione di unità autonome, per attribuire rilevanza giuridica a entità che, se pur non assurgono alla forma della persona giuridica, sono attive protagoniste di rapporti giuridici individuali e collettivi di lavoro.

Con i limiti che inevitabilmente sconta ogni processo di sintesi e di semplificazione, rispetto al fenomeno dei gruppi possono essere individuati tre atteggiamenti principali da parte dei sistemi giuridici: la mancanza di ogni rilevanza giuridica del gruppo; una rilevanza limitata al diritto commerciale o societario; una rilevanza giuslavoristica del gruppo.

3.1. — *Ordinamenti che non attribuiscono alcuna rilevanza giuridica alla nozione di «gruppo»* — Gli ordinamenti giuridici di una prima serie di sistemi, che peraltro costituisce il raggruppamento più consistente, non conoscono alcuna nozione giuridica di gruppo di imprese. Il fondamento teorico di questa negazione è riassunto nel principio secondo il quale «*there is nothing intrinsically fraudulent about deciding to incorporate or about dividing a single enterprise into multiple corporations, even when done solely to get the benefit of limited liability*» (36). In tal prospettiva, il fenomeno del gruppo, in sistemi quali la Spagna, l'Austria, la Svezia, la Turchia, lo Stato di Israele, gli Usa, viene relegato alla sfera meramente economica e, in definitiva, del puro fatto, irrilevante sul piano giuridico, con tutte le conseguenze che ne derivano rispetto alla imputazione dei rapporti di lavoro e alla loro stabilità, alla distribuzione delle responsabilità, alla garanzia dei crediti dei lavoratori. Il decentramento non altera, giuridicamente, il carattere duale proprio del contratto di lavoro: in linea generale, dunque, un'impresa di gruppo non ha *legal identity*, mentre le singole unità che la compongono appaiono, salvo casi eccezionali, come datori di lavoro esclusivi dei prestatori che vi sono occupati. Peraltro, quando il legislatore non menzio-

(36) S. Bainbridge, *Abolishing veil piercing*, in *Oklahoma law review*, 1998, pp. 497 ss.

na i gruppi d'impresa, anche alla giurisprudenza – in mancanza di referenti positivi – è solitamente sconosciuta la nozione di lavoratore dipendente del gruppo, sicché le Corti tendono a rifiutare forme di responsabilità del gruppo o dell'impresa madre per le obbligazioni assunte dalle controllate.

Si riscontrano, comunque, anche in questi ordinamenti giuridici, fattispecie in cui la giurisprudenza, a fronte di situazioni fraudolente, ha ritenuto possibile superare lo schermo formale e «sollevare il velo societario», giungendo a considerare i lavoratori come dipendenti dell'impresa principale (37). Il sistema israeliano, in particolare, propone molteplici casi giurisprudenziali di «*piercing the corporate veil*», mettendo in evidenza alcuni elementi indiziari in presenza dei quali è opportuno superare il dato formale: a) mancanza di buona fede da parte del datore di lavoro; b) commistione di *assets*; c) attività criminale; d) falsa rappresentazione dell'identità del datore di lavoro. In questo come nella larga maggioranza dei sistemi considerati, l'accertamento giudiziario mobilita l'istituto della frode alla legge, attribuendo al ricorrente la condizione di lavoratore subordinato in virtù del carattere manifestamente fittizio del gruppo (38).

In altri sistemi, invece, neppure l'istituto della frode alla legge sembra utilmente invocabile dalle Corti. È il caso dell'Australia, ove i Tribunali, anche nelle questioni di diritto societario, sono in grado di sollevare il velo societario solo in circostanze eccezionali, risultando assolutamente prevalente l'approccio convenzionale di «*separateness of corporate entities*» affermato anche dalla *High Court* (39). Caso esemplare di come il gruppo di imprese sfrutti il principio dell'autonomia giuridica a detrimento delle garanzie proprie del diritto del lavoro, il sistema australiano si caratterizza per la crescita del fenomeno «*multiple corporate entities*», all'interno delle quali ad alcune entità del gruppo viene distribuito il patrimonio aziendale (*holding of group assets*) mentre ad altre società formalmente autonome viene imputata la titolarità dei rapporti di lavoro, con la conseguenza, nel caso di insolvenza dell'impresa-datore di lavoro, che i lavoratori non possono rivalersi sulle unità titolari del patrimonio aziendale e sono privati di una protezione adeguata.

(37) Cfr. K. Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil: a transnational approach*, Kluwer law international, 2007.

(38) Cfr. S. Ottolenghi, *From peeping behind the corporate veil, to ignoring it completely*, in *The modern law review*, 1990, pp. 388 ss.; D. Maman, *State-corporate relationships in an era of shifting regime: the case of corporate law reform in Israel*, in *Qualitative sociology*, vol. 27, n. 3, 2004, pp. 317 ss.

(39) Cfr. H. Anderson, *Piercing the veil on corporate groups in Australia: the case for reform*, in *Melbourne University law review*, vol. 33, n. 2, 2009.

Secondo un'altra strategia, denominata «*phoenix company*», il titolare dell'impresa crea una nuova azienda con un nome simile e vi trasferisce gli *assets*, spesso in cambio di servizi a basso valore; la vecchia impresa, che formalmente mantiene la qualità di datore di lavoro, diventa una «*shell company*» che viene lasciata fallire, mentre la nuova impresa rinasce senza i debiti e gli obblighi che aveva verso i suoi lavoratori e creditori (40). È facile constatare come questo modello di deresponsabilizzazione dell'impresa abbia fatto breccia anche nello scenario italiano, ove il tema delle cd. *newco* ha interessato i grandi processi di crisi e ristrutturazione aziendale, dall'Alitalia alla Fiat.

3.2. — *La rilevanza giuridica al «gruppo» nel diritto commerciale o societario* — In un secondo gruppo di sistemi, tra i quali possiamo annoverare la Grecia e l'Italia, la questione dei raggruppamenti di imprese ha attirato l'attenzione del legislatore nell'ambito del diritto commerciale o societario, ma non sotto il profilo giuslavoristico. In Grecia, il diritto commerciale ha da tempo accettato la nozione di «comunità d'impresa» e di «comunità di profitto»; al tempo stesso ha introdotto la teoria della «*flechissement de la personnalité juridique*», della «*levée de autonomie de la personnalité juridique*» e, sul versante opposto, contempla l'istituto dell'abuso di personalità giuridica. A partire da questi elementi si può giungere a far prevalere l'unità del livello economico sulla separatezza delle persone giuridiche, ridimensionando i profili giuridico-formali del gruppo: l'elemento essenziale di questa prospettiva si basa sulla constatazione che alcune tipologie di raggruppamenti imprenditoriali inducono turbamenti del mercato e determinano forme di deregolazione del diritto commerciale o finanziario, onde, per contrastare il fenomeno, l'ordinamento conferisce una personalità fittizia a queste unità economiche. Di conseguenza, anche nella pratica giudiziaria, le nozioni di *entreprise prévalente* o di *entreprise contrôlée* sono divenute nozioni giuridiche.

Anche in Italia la materia è regolata unicamente dal diritto societario, che, con la riforma della disciplina delle società di capitali (d.lgs. n. 6/2003), ha disciplinato alcuni aspetti del fenomeno del cosiddetto «gruppo contrattuale», stabilendo la responsabilità della capogruppo che svolga attività di *direzione e di coordinamento* di società «in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» (art. 2497 cod. civ.). È ben vero che la riforma del diritto societario, con l'introduzione della fat-

(40) Cfr. I.M. Ramsay, D. B. Noakes, *Piercing the corporate veil in Australia*, in *Company and securities law journal*, 2001, 19, pp. 250 ss.

tispecie della «direzione e del coordinamento delle società» (art. 2497 cod. civ.) e della presunzione di sussistenza di tale attività in presenza delle situazioni di controllo previste dall'art. 2359 cod. civ., offre più di un elemento di riflessione ai giuslavoristi per la regolamentazione dei fenomeni di integrazione societaria (41). Tuttavia, sul versante giuslavoristico, resta fermo il principio generale della separatezza soggettiva e della formale indipendenza giuridica delle società appartenenti al medesimo gruppo, come ribadito dall'art. 31 del d.lgs. n. 276/2003: la norma, che limita al particolare profilo degli adempimenti amministrativi in materia di personale la rilevanza giuridica della gestione unitaria dei gruppi di imprese, afferma chiaramente come tale disposizione non rilevi ai fini dell'individuazione del soggetto titolare delle obbligazioni contrattuali e legislative in capo alle singole società datrici di lavoro, onde l'eventuale profilarsi di un'unicità d'impresa rimane un fenomeno meramente economico, irrilevante sul piano giuridico (42).

Fatta eccezione per alcuni importanti paesi che conoscono una disciplina sia in ambito commercialistico che giuslavoristico (in particolare Francia e Germania), gli ordinamenti nazionali registrano un notevole ritardo nel dialogo tra diritto commerciale e diritto del lavoro: quest'ultimo non sembra pronto per essere influenzato dalle soluzioni praticate in ambito commerciale e societario, mentre la giurisprudenza giuslavoristica appare molto esitante a praticare il superamento del velo societario, rifiutando di seguire il percorso intrapreso in altri settori dell'ordinamento. In tempi recenti sono stati compiuti dei passi in avanti, pur rimanendo sul terreno dell'impiego fraudolento del velo societario: nel nostro ordinamento, gli indici elaborati dalla giurisprudenza consentono, infatti, di ricomporre realtà giuridica e realtà economica dell'organizzazione aziendale in presenza di manifestazioni sostanzialmente fraudolente di segmentazione del ciclo produttivo, solo apparentemente articolato in una pluralità di imprese. In tale prospettiva, lo schermo dell'autonomia soggettiva di una società che assume la qualità formale di datore di lavoro può essere infranto in presen-

(41) G. Meliadò, *Imprese a struttura complessa, controllo dei fenomeni di esternalizzazione e interpretazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2010, p. 3329.

(42) Cfr. F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, I, *Le nuove società di capitali e cooperative*, Cedam, Padova, 2004; N. Rondinone, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d'azienda*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, pp. 449 ss.; A. Maresca, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d'azienda. Art. 31*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 345 ss.; sul fenomeno dell'unicità di impresa e il diritto del lavoro, cfr. O. Razzolini, *Contitolarietà del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da «unicità di impresa»*, cit., pp. 263 ss.

za di alcuni elementi di fatto (unicità della struttura organizzativa; integrazione tra le attività esercitate tra le varie imprese del gruppo; coordinamento tecnico, amministrativo e finanziario orientato a uno scopo comune; utilizzazione delle prestazioni lavorative da parte di diverse società titolari di imprese formalmente distinte, nel senso che la stesse siano svolte in modo indifferenziato e contemporaneamente a favore di diversi imprenditori) tali da far ritenere che la società sia stata creata artificialmente allo scopo fraudolento di eludere l'applicazione delle norme protettive (ad esempio, la disciplina sui licenziamenti) (43), frazionando un'attività organizzata e gestita in modo unitario tra diversi soggetti appartenenti al gruppo (44). In questi casi, la regola della formale separazione soggettiva viene disapplicata e il gruppo assurge a «centro unitario di imputazione dei rapporti di lavoro» o a «datore di lavoro unico», secondo un processo di spersonalizzazione dei rapporti di lavoro che conduce a riferire il centro di imputazione di tali rapporti vuoi al gruppo di imprese, concepito come soggetto di diritto o persona giuridica autonoma rispetto alle soggettività (società) che lo compongono, vuoi a una pluralità di società legate dal vincolo della solidarietà, secondo la tesi della cd. contitolarità (45). In quest'ultimo caso, la prestazione di lavoro, diretta a soddisfare un interesse di gruppo non scomponibile in una pluralità di interessi individuali (tanti quanti le società del gruppo), viene imputata alla pluralità di soggetti che risultano contitolari del rapporto.

Un più compiuto e maturo processo di avvicinamento tra diritto commerciale e disciplina giuslavoristica è palpabile negli ordinamenti francese e tedesco, laddove il rapporto tra le due discipline sembra operare in condizioni di reciprocità e, in qualche misura, rovesciato rispetto alla situazione riscontrata in Grecia e in Italia.

3.3. — *Il rilievo del «gruppo di imprese» nel diritto del lavoro* — Molto più interessante è il raggruppamento dei paesi nel quali la legislazione o la giurisprudenza giungono a riconoscere, in presenza di determinate condizioni, la qualifica di *datore di lavoro* in capo al gruppo unitariamente inte-

(43) Così, secondo Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, in *Foro it.*, 2010, p. 3325: «Al cospetto di società collegate facenti capo a un unico gruppo, correttamente il giudice di merito dispone la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato nei confronti della società capogruppo, qualora si accerti che questa abbia di fatto gestito il rapporto di lavoro, soltanto formalmente imputato ad altra società del gruppo».

(44) Cass. 28 settembre 2006, n. 21035; 14 novembre 2005, n. 22927; Corte d'App. Milano 21 giugno 2006, in *Or. giur. lav.*, con nota di O. Razzolini.

(45) Cass. 24 marzo 2003, n. 4274.

so, o in capo all'impresa che nell'ambito del gruppo assume una posizione dominante, ovvero, più modestamente, apprestando regimi di responsabilità economica, solidale o sussidiaria, tra le singole imprese autonome facenti parte del gruppo.

Le tecniche adottate, piuttosto ricorrenti nei sistemi giuridici esaminati, possono essere *grosso modo* ricondotte, da una parte, a una *visione giuslavoristica* del fenomeno, in cui vengono valorizzati elementi quali l'esercizio del potere direttivo, l'esistenza di una comunità di lavoratori, l'identità o complementarietà delle attività svolte nei vari siti lavorativi ecc.; dall'altra parte, a una *visione giuscommercialistica* del fenomeno, basata sostanzialmente sui concetti di controllo, di collegamento azionario (o più semplicemente economico) e di direzione unitaria, variamente costruiti in sede legale o giurisprudenziale, recepiti e valorizzati in ambito giuslavoristico.

Particolarmente ricco di soluzioni regolative è il sistema francese, che conosce entrambi gli approcci (giuslavoristico e giuscommercialistico) e offre, di conseguenza, molteplici vettori di superamento della personalità giuridica. Dal punto di vista del diritto del lavoro, vale rilevare come lo stesso legislatore talora costringa l'interprete a prendere in considerazione la realtà complessiva del gruppo al di là delle sue singole componenti imprenditoriali, come accade *ex art.* L. 1233-4-1 del *Code du travail*, laddove l'adempimento dell'obbligazione di *reclassement* si riferisce all'impresa o alle «impreses del gruppo al quale l'impresa appartiene», comprese quelle localizzate all'estero; o ancora nel caso regolato dall'art. L. 122-14-8, ai sensi del quale un lavoratore licenziato da una filiale straniera viene rimpatriato e reintegrato nella società madre, attribuendosi una parte di responsabilità alla società capogruppo anche laddove la filiale sia formalmente (e realmente) la detentrica del potere direttivo nei confronti del lavoratore.

È merito soprattutto della giurisprudenza francese l'aver superato la tecnica della frode alla legge, individuando criteri oggettivi in ragione dei quali raggruppare più imprese in una stessa entità mediante la peculiare nozione di unità economica e sociale (*unité économique et sociale*). L'Ues tra entità giuridicamente distinte si caratterizza, in primo luogo, per la concentrazione dei poteri di direzione all'interno di un perimetro considerato, nonché per la complementarietà delle attività svolte dalle diverse entità che vi operano; in secondo luogo, per la presenza di una comunità di lavoratori assoggettati a uno statuto normativo simile, che può tradursi in pratica in «*une certaine permutableté des salariés*» (46). La definizione può essere

(46) *Chambre sociale de la Cour de Cassation* 18 luglio 2000, *Société Roussillon agréégats*, in *Droit social*, 2000, p. 1037, con osservazione di J. Savatier.

precisata nei termini seguenti: a) l'Ues raggruppa una pluralità di entità giuridicamente distinte, ciò che permette di unificare qualsiasi tipo di «*personnes morales*»; b) l'idea di unità economica copre due dimensioni: la prima è la concentrazione del potere direttivo, detenuto di fatto dallo stesso soggetto. Le partecipazioni finanziarie sono una delle possibili fonti di questa unità del potere: si tratta allora di ricercare, in modo molto pragmatico, se nei fatti la stessa società dirige le diverse *personnes morales* o se esista tra i dirigenti di una società e quelli di un'altra società un rapporto di subordinazione. La seconda dimensione è rappresentata dall'affinità o complementarietà delle attività svolte dalle diverse entità: non è sufficiente che esse siano geograficamente prossime o appartengano alla stessa «categoria» o settore di attività (nel senso fatto proprio dal diritto sindacale); c) al fondo dell'idea di Ues v'è la ricerca di una «comunità» costituita da lavoratori che condividono un medesimo statuto sociale e condizioni di lavoro omogenee, e quindi anche interessi e rivendicazioni comuni. La permutabilità dei lavoratori tra entità distinte dell'Ues è un altro indice, benché non indispensabile alla configurazione dell'unità.

Una volta individuata l'unità economica e sociale, le istituzioni rappresentative del personale e i delegati sindacali possono essere costituiti nel suo seno, a prescindere da ogni intenzione fraudolenta nella moltiplicazione delle persone giuridiche.

La nozione di Ues ha ricevuto una consacrazione legislativa con la legge 28 ottobre 1982. Secondo l'art. L. 431-I-1 del *Code du travail*, essa costituisce il perimetro entro il quale dar vita a un «*comité d'entreprise commun*»: benché il testo riguardi solo il comitato d'impresa, la Cassazione sociale, rimasta fedele alla sua costruzione, sottolinea che la nozione vale per l'insieme delle istituzioni rappresentative del personale, nonché per i delegati sindacali.

Un'altra tecnica tipicamente giuslavoristica funzionale all'identificazione del soggetto cui imputare diritti e obblighi nei confronti dei lavoratori consiste nel qualificare come datore di lavoro il *co-employeur*, secondo due varianti.

La prima – da tempo avanzata in dottrina (47) – consiste nel ricercare colui che di fatto esercita il potere direttivo: in tal caso, la giurisprudenza «simula» la personalità giuridica del gruppo senza giungere a dichiarare che quest'ultimo rilevi formalmente come *personne morale* nei confronti dei lavoratori. In questa prospettiva, sono gli atti della società madre che risulteranno determinanti nella ricerca e identificazione del *co-employeur*, la sua

(47) Cfr. I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1979, pp. 116 ss.

implicazione nella decisione di gestione concernente il prestatore di lavoro piuttosto che una generica ingerenza nella gestione del personale della filiale (48). La seconda tecnica, che prende il nome di *employeur conjoint*, si basa sull'elaborazione giurisprudenziale di un «fascio di indici» (controllo finanziario; presenza di dirigenti comuni; attività economica svolta esclusivamente a favore del gruppo; assenza di indipendenza nella definizione strategica e fissazione del prezzo; centralizzazione delle risorse umane; assenza di autonomia industriale, commerciale e amministrativa) capaci di svelare una «tripla confusione» di interessi, di attività e di direzione, tra una società madre e le sue filiali. In questi casi, ove maggiormente emergono le relazioni che congiungono le società in oggetto, e in particolare quelle intrattenute dalla società capogruppo nei confronti di una delle sue filiali, la società madre può essere qualificata «*d'employeur conjoint, le cocontractant formel demeurant codébiteur solidaire des obligations du droit du travail, avec le détenteur dans les faits du pouvoir de direction*» (49). Secondo la Cassazione francese, la triplice «*confusion d'intérêts, d'activités et de direction*» esistente tra il datore di lavoro formale (filiale) e un'altra persona giuridica (capogruppo) consente di attribuire «*la qualité et la responsabilité d'employeur conjointement aux deux personnes morales*» (50), pur in mancanza – afferma espressamente la Cassazione – del riconoscimento di un *lien de subordination* tra il lavoratore e la società madre (51).

Come è stato di recente commentato con riferimento al contenzioso relativo al licenziamento «*la notion de co-employeur est devenue, pour la Cour de Cassation, une baguette magique capable de transformer n'importe quelle société mère d'un groupe en l'employeur de l'une de ses filiales*» (52). In effetti, la codatorialità alla francese permette una sorta di generalizzazione della nozione di unità economica e sociale, ben al di là degli istituti di rappresentanza del personale, per qualificare come datore di lavoro, codatore o datore congiunto qualsiasi entità che da un punto di vista puramente formale costituisce un insieme di persone giuridiche distinte (53). Consimili effetti della codatorialità riguardano una serie di istituti particolarmente

(48) *Cass. soc.* 23 settembre 1992, in *Droit. social*, 1992, p. 918.

(49) *Cass. soc.* 18 gennaio 2011, causa n. 09-69.199.

(50) *Cass. soc.* 18 gennaio 2011, causa n. 09-69.199; ma già *Cass. soc.* 25 gennaio 2006, causa n. 04-45341; *Cass. soc.* 1° giugno 2004, causa n. 02-41776; *Cass. soc.* 11 luglio 2000, causa n. 98-40146; *Cass. soc.* 26 giugno 1997, causa n. 94-45173.

(51) *Cass. soc.* 28 settembre 2011, causa da n. 10-12.278 a n. 10-13.386.

(52) P. Morvan, *Co-employ et licenciements économiques dans les groupes de sociétés: les liaisons dangereuses*, in *Juris-Classeur périodique*, 2011, p. 1065.

(53) Cfr., in una prospettiva critica, P.H. Antonmattei, *Groupe de sociétés: la menace du co-employeur se confirme*, in *Semaine sociale Lamy*, 21 mars 2011, n. 1484, pp.

sensibili: dall'obbligo, in capo al *co-employeur*, di *reclassement* endogrupo, al contributo per il finanziamento del *plan de sauvegarde de l'emploi* previsto dall'art. L. 1235-10 del Code du Travail (54), sino alla responsabilità solidale in caso di licenziamento illegittimo (55); tuttavia, la portata del principio di codatorialità non si limita alla sfera del diritto del lavoro, invadendo il campo della responsabilità in materia di sicurezza sociale, aprendo la via al risarcimento dei danni derivanti da malattie professionali contratte da lavoratori dipendenti di filiali estere appartenenti a gruppi le cui *holding* sono società francesi, con applicazione della legislazione d'oltralpe in materia di responsabilità per colpa inescusabile (56).

Il tema della codatorialità è dunque al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale francese. La sua forza concettuale e operativa, tuttavia, si arresta di fronte a numerose situazioni di fatto in cui le relazioni tra imprese sono meno «fusionali» di quelle presupposte dalla teoria della triplice confusione: per esempio, nel caso in cui l'impresa madre rappresenti unicamente il centro finanziario del gruppo. Per questo motivo si stanno sviluppando interessanti riflessioni nell'ambito della tradizionale responsabilità civile, con importanti ricadute giurisprudenziali. In questa prospettiva il lavoratore agisce in giudizio non in quanto dipendente, ma come terzo rispetto alla società madre; ciò che spoglia l'azione della sua dimensione giuslavoristica. Ad esempio, l'azione di responsabilità delittuale *ex art. 1382 code civil* consente al prestatore di agire contro una società che non riveste la qualifica di datore di lavoro, peraltro radicando l'azione presso la giurisdizione francese ai sensi della previsione dell'art. 5, Regolamento Ce n. 44/2001 (57). La colpa può consistere, ad esempio, nell'inadempimento di un impegno unilaterale assunto dalla società madre verso il *comité d'en-*

12 ss.; per una analisi adesiva, F. Géa, *Groupe de société et responsabilité*, in *Revue de droit du travail*, 2010, pp. 230 ss.

(54) Cfr. *Tribunal de Grande Instance Lons Le Saunier* 22 agosto 2012.

(55) Secondo la giurisprudenza francese, il codatore deve sopportare le conseguenze della rottura dei contratti di lavoro nonostante l'iniziativa della rottura sia imputabile al datore di lavoro «nominale»: *Cass. soc.* 22 giugno 2011, causa n. 09-69.021; *Cour d'Appel Toulouse*, 4^{ème} Chambre, Section 2 – Chambre sociale, arrêt n. 123/2012; *Cour d'Appel Versailles*, 15^{ème} Chambre, arrêt n. 664/2011.

(56) Cfr. *Tribunal des Affaires de la sécurité sociale (Tass) Melun* 11 maggio 2012, riguardante il caso di un lavoratore dipendente di una società nigeriana (Cominak) di cui è stata riconosciuta codatrice una società francese (Areva); per un commento, v. C. Ronin, *Faute inexcusable dans les groupes de sociétés: la responsabilité de la société mère retenue en cas de co-emploi*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, n. 76, pp. 88 ss.

(57) Cfr. *Cass. soc.* 28 settembre 2010, causa n. 09-41.243, in un caso in cui la filiale era stata posta in liquidazione e i lavoratori avevano agito nei confronti della società madre sulla base dell'art. 1382 cod. civ.

treprise della filiale (58), ovvero può risultare da un comportamento della società madre nei confronti della filiale, come accade laddove sia riconosciuta la responsabilità per aver adottato una strategia commerciale deliberatamente volta a svantaggiare una società del gruppo e in tal modo riorganizzare il gruppo stesso sottraendosi dalle conseguenze finanziarie del probabile fallimento, magari programmato, della filiale (59); in una prospettiva in cui la dimensione del gruppo diviene il fondamento della responsabilità, e non semplicemente il contesto di commissione di un fatto colposo.

Un'altra riflessione ha condotto alla riscoperta delle cd. obbligazioni implicite; teoria consistente nell'imputare a una società madre obbligazioni specifiche, che rinforzano quelle gravanti sulla società controllata: ad esempio, obblighi di informazione, così come individuati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Fujitsu Siemens* del 10 settembre 2009, o nella più recente sentenza *Nolan* del 22 marzo 2012, al fine di rendere possibile l'esperimento della procedura di consultazione, informando «immediatamente e correttamente» la filiale circa la decisione di procedere a licenziamenti collettivi. Con la conseguenza, ad esempio, di imputare alla capogruppo l'obbligo di contribuire al finanziamento del *plan de sauvegarde de l'emploi* stabilito dalla filiale quale obbligazione implicita a carico della società madre, pur in assenza di una declaratoria di codatorialità (60).

Un percorso ancora diverso, riconducibile questa volta alla prospettiva giuscommercialistica, conduce a riconoscere nella pluralità di imprese riunite sotto lo stesso potere il soggetto debitore, sulla base della nozione societaria di gruppo recepita nella legislazione giuslavoristica. In tal prospettiva il gruppo può comporsi di un'impresa madre che detiene più della metà del capitale delle imprese figlie (art. L. 233-1 *Code de commerce* e art. L. 439-1, II, al. 3, *Code du travail*); oppure può comporsi delle «*sociétés contrôlées*» e delle «*sociétés qui les contrôlent*», laddove una società si definisce controllante quando dispone della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea generale (art. L. 233-3-I, al. 1 e 2, e L. 233-16-1 *Code de commerce*, art. L. 439-1, II, al. 3, *Code du travail*), o del potere di nominare o di revocare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di sorveglianza della società (art. L. 233-3, I, 4, e L. 233-16, II, *Code de commerce*; art. L. 439-1, II, al. 3, *Code du travail*), o qualora di-

(58) *Cass. soc.* 27 novembre 2007, causa n. 06-42.745, in *Revue de droit du travail*, 2008, p. 178, con osservazioni di A. Fabre.

(59) Cfr. T. Grumbach, E. Serverin, *Le groupe britannique Klarius intervenant force devant la Cour d'Appel de Versailles: ou comment l'Ags a transformé un procès indemnitaire en procès exemplaire*, in *Revue de droit du travail*, 2012, pp. 49 ss.

(60) *Tribunal Nîmes* 13 dicembre 2011, causa n. 11/02640.

sponga direttamente o indirettamente di almeno il 40% dei diritti di voto senza che nessun azionista detenga una frazione dei diritti di voto superiore alla propria (art. L. 233-3, II, e L. 233-16, 2, *Code du commerce*); o ancora può comporsi di un'impresa che esercita un'influenza dominante in virtù di un contratto o di clausole statutarie, quando il diritto applicabile lo consenta (art. L. 233-16, III, *Code du commerce*): ad esempio, un semplice contratto di *franchising* potrà essere sufficiente per giustificare l'esistenza del gruppo). Infine, il gruppo può emergere quando esista un «*contrôle conjoint*», definito come «*partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord*» (art. L. 233-16, III, *Code du commerce*), e un tale controllo congiunto può essere sufficiente a integrare la nozione di gruppo.

Anche nella cultura giuridica di matrice anglosassone il problema della frammentazione di un'attività imprenditoriale unitaria tra una pluralità di società – noto come *capital boundary problem* – viene affrontato mediante la tecnica del collegamento e del controllo. Elementi normativi si rinven- gono nella legislazione del Regno Unito, dove la legislazione giuslavoristica ammette che due o più società possano considerarsi «collegate» (*associated employers*) quando una di esse detiene, direttamente o indirettamente, il controllo dell'altra o delle altre società (*Employment right act 1996*, section 231; *Trade union and labour relation 1992*, section 297). In virtù della nozione di *associated employers* contenuta nell'*Employment rights act* del 1996, il lavoratore conserva la continuità del rapporto e i relativi diritti quando il suo trasferimento avviene tra *associated employers* all'interno di un gruppo di imprese, potendo altresì invocare l'*unfair dismissal* e ottenere dal giudice di essere riassunto alle dipendenze dell'originario datore di lavoro o anche dell'*associated employer* (*Employment right act 1996*, section 115). La nozione di *associated employers* rileva anche ai fini del calcolo del numero totale dei lavoratori impiegati nel *business*, per riconoscere o escludere l'applicazione di taluni *statutory rights*, onde è frequente l'inclusione, nel conteggio, di tutti i dipendenti degli *associated employers* (61).

Per definire il concetto di «controllo», le Corti inglesi utilizzano il sistema della «proprietà delle azioni», riconoscendo la natura di controllante all'impresa che detiene il 51% del pacchetto azionario, oppure individuando un gruppo di imprese laddove più soggetti agiscono di concerto detenendo un equivalente voto di controllo.

(61) Cfr. S. Deakin, G.S. Morris, *Labour law*, IV ed., Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 213.

Tecniche miste o ibride, in cui si sommano le prospettive giuscommercialistica e giuslavoristica del fenomeno, sono operanti in Canada, ove una *principal company* e i suoi *contracting affiliated, subsidiary companies or partners* possono essere considerati come un soggetto giuridico unitario: dichiarati di volta in volta *common, associated or related employers*, in base a una serie di indicatori – comunanza di *management*, proprietà, marchio e *assets*, condivisione dello stesso mercato e della medesima clientela, mobilità di lavoratori all'interno del gruppo –, i soggetti imprenditoriali, formalmente distinti, sono ritenuti responsabili «*jointly and severally*» per le obbligazioni derivanti dai rapporti di lavoro (ad esempio, in caso di licenziamento disposto da parte di un datore di lavoro insolvente, per il soddisfacimento dei crediti retributivi, il mancato preavviso e altre spettanze non corrisposte) (62).

Il criterio giuscommercialistico, interpretato in modo assai blando come semplice nesso economico di collegamento delle distinte società del gruppo e informato ai canoni giuslavoristici dell'autonomia del diritto del lavoro e del cd. «principio di realtà», ha consentito ad alcuni paesi dell'America Latina di procedere a un superamento dell'autonomia giuridica delle imprese facenti parti di un gruppo, considerato in quanto tale come unico «*empleador*» o «*empleador completo*», come tale responsabile delle obbligazioni contrattuali assunte nei confronti dei lavoratori da parte di ciascuna delle imprese affiliate. Con minori difficoltà teoriche e pratiche rispetto agli ordinamenti dell'Europa continentale, paesi come il Cile, il Costa Rica e soprattutto l'Uruguay, hanno fondato la regolazione dei gruppi di imprese in ambito giuslavoristico sulla base del meccanismo della responsabilità solidale, procedendo per via giurisprudenziale verso una spersonalizzazione della figura datoriale, riconoscendo ai lavoratori impiegati in una delle imprese del gruppo la facoltà di rivendicare i propri diritti di fronte a tutte le imprese che ne fanno parte, e chiamando a rispondere in giudizio, congiuntamente o separatamente, ciascuno dei loro titolari.

Riconducibile alla tecnica fondata sulla visione giuscommercialistica è la legislazione brasiliana, che disciplina in maniera piuttosto articolata i risvolti lavoristici del fenomeno dei raggruppamenti di imprese. Nell'ordinamento brasiliano, in particolare, quando una o più imprese dotate di una propria personalità giuridica si trovino sotto la direzione, il controllo o l'amministrazione di un'altra impresa, ovvero quando, anche conservando ciascuna la propria autonomia, dette imprese integrino un grup-

(62) J.W. Neyers, *Canadian corporate law, veil-piercing and the private law model corporation*, in *University of Toronto law journal*, 2000, pp. 173 ss.

po economico o finanziario di tipo industriale, commerciale, rurale o di qualunque altra natura, esse saranno solidalmente responsabili per le obbligazioni risultanti dai rapporti di lavoro in essere nel gruppo. Pertanto, in virtù della sola esistenza del gruppo economico, ogni impresa sarà obbligata in solido con le altre per i crediti da lavoro, indipendentemente dal diretto utilizzo dei lavoratori interessati. Anche la normativa venezuelana ascrive rilevanza lavoristica ai «gruppi di imprese», individuando un regime presuntivo della loro esistenza – passibile di prova contraria – in costanza di quattro presupposti: l'uso di un'identico marchio o denominazione; lo svolgimento di attività comuni, tali da evidenziare l'integrazione delle distinte imprese; la comune partecipazione azionaria; la condivisione di amministratori o di altri organi dotati di potere decisionale). Riuniti questi presupposti, trova applicazione un regime di responsabilità solidale tra tutte le imprese che costituiscono il gruppo.

Criteri di identificazione e rilevanza del gruppo classificabili secondo la prospettiva giuscommercialistica sono adottati in altri paesi sudamericani secondo un modello ibrido, in cui detta visione del fenomeno si salda ai tradizionali meccanismi antifraudolenti. Così accade in Perù, ove la pratica giurisprudenziale rinviene l'esistenza del gruppo quando un complesso di imprese giuridicamente indipendenti abbiano una direzione unitaria con precisi indizi di un abuso della personalità giuridica finalizzato a recare pregiudizio ai lavoratori, mentre la sanzione non consiste nella responsabilizzazione del gruppo unitariamente inteso, bensì nella tecnica consueta della responsabilità solidale di ciascun singolo imprenditore. In analoga prospettiva si pone la Repubblica argentina, ove il mero fatto dell'esistenza di una situazione di controllo non determina di per sé la caduta del velo societario, destinato a essere rimosso quando, a fronte di un gruppo economico «*de carácter permanente*» – gruppo, cioè, fondato stabilmente su tecniche di gerarchia, subordinazione o controllo –, si accerti che i vincoli che legano le imprese consentono «*maniobras fraudulentas*» a danno del diritto del lavoro o della previdenza sociale, ovvero una «*conducción temeraria*» o «*desaprensiva de los negocios sociales*» da parte dell'impresa madre. Il Messico, invece, pare collocarsi nell'ambito delle tecniche improntate a una visione giuslavoristica, grazie a una giurisprudenza che individua nel gruppo un *patrón unico* sulla base dell'esercizio dei poteri direttivi e lo svolgimento di un'attività lavorativa comune.

4. — *Rappresentanza collettiva e contrattazione nei gruppi d'impresa* — Il fenomeno dei gruppi di imprese modifica profondamente lo scenario delle relazioni collettive, destabilizzando le forme di rappresentanza tradizional-

mente centrate sull'impresa unica, o sul singolo luogo di lavoro, individualmente considerati. Da un lato, il gruppo induce a mantenere fermo lo schema tradizionale – onde le relazioni collettive si sviluppano in maniera diversificata per ogni impresa facente parte del gruppo, in quanto entità giuridicamente autonome –; dall'altro, spinge i sistemi di relazioni industriali a sviluppare (in via autonoma o eteronoma) forme di organizzazione e di azione collettiva adeguate alla complessità organizzativa espressa dal gruppo (63).

Solo in alcuni ordinamenti giuridici hanno apprestato modelli minimi di partecipazione collettiva a livello del gruppo (in particolare Francia, Germania, Austria), e/o sviluppato forme di contrattazione collettiva di gruppo.

a) I modelli partecipativi si basano sulla costituzione di «comitati» o «consigli» di gruppo» intesi principalmente come sedi di informazione e consultazione dei rappresentanti del personale. Così in Francia, ove la legislazione prevede il *comité de groupe* (artt. L. 431-1 ss., *Code du travail*), che può farsi assistere da un esperto contabile designato dal comitato stesso e remunerato dall'impresa capogruppo (art. L. 439-2, al. 3). Il *comité* è costituito dal capo dell'impresa dominante o da un suo rappresentante, assistito da due persone di sua scelta con facoltà consultiva, e da una *délégation du personnel* designata dalle organizzazioni sindacali tra gli eletti ai *comités d'entreprise* delle società del gruppo. Così in Germania, ove il consiglio aziendale di gruppo (*KonzernBetriebsrat*) può essere costituito con deliberazione favorevole degli organi di rappresentanza generale delle imprese che costituiscono il gruppo, solitamente su iniziativa dell'organo di rappresentanza dell'impresa dominante. V'è da precisare che in Germania il consiglio aziendale di gruppo si costituisce nelle imprese con più consigli aziendali, ponendosi quasi come organismo – generalmente a-sindacale – di coordinamento delle diverse strutture costituite in ciascuna impresa del gruppo. Tale organismo si presenta come sede destinataria di informazioni, piuttosto che come istanza di rappresentanza del personale, da cui i dubbi sulla possibilità di attribuirgli capacità negoziale a livello di gruppo. Se è vero che l'organismo di gruppo è costituito per permettere alla comunità dei lavoratori di partecipare alle decisioni della direzione del gruppo stesso, contestualmente è necessario considerare che esso opera in concorrenza con l'organo societario (il Consiglio di sorveglianza) e ha funzioni residuali rispetto alle competenze riconosciute ai Consigli generali di ciascuna im-

(63) Cfr. F. Lunardon, *Autonomia collettiva e gruppi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 1996; A.R. Tinti, *Gruppi di impresa e diritto del lavoro: profili collettivi*, in *Dir. rel. ind.*, 1991, pp. 95 ss.; B. Teyssié, *Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe*, in *Droit social*, 2005, p. 643.

presa: il potere di partecipazione è infatti attribuito a organismi misti quali i Consigli di sorveglianza, all'interno dei quali si realizza il modello tipico di gestione nell'ordinamento tedesco.

Un «*group work council*» con poteri di rappresentanza di tutti i lavoratori impiegati presso le imprese del gruppo è presente anche nel sistema austriaco, laddove vi sia un accordo in tal senso. Quest'organo ha il diritto di essere informato e consultato sulle materie che coinvolgono i lavoratori di più imprese e può nominare i rappresentanti dei lavoratori presso il *supervisory board* della capogruppo: organo rappresentativo sia dei dipendenti della capogruppo che di quelli delle sue affiliate.

b) La struttura della contrattazione collettiva, nella stragrande maggioranza dei sistemi giuridici, è nata e cresciuta sulla base del tradizionale binomio *convenio de empresa/convenio de sector, contrat d'entreprise/contrat de branches, contratto nazionale/contratto decentrato*, e così via. Si tratta di sistemi di relazioni industriali poco propizi allo sviluppo di una contrattazione collettiva di gruppo, la quale, ove esistente, si limita per lo più alle imprese di grandi dimensioni del settore industriale e tende a dispiegare funzioni simili a quelle di qualunque altro contratto di impresa, mentre è raro ed eccezionale un sistema contrattuale strutturato con un contratto cornice contenente principi generali valevoli per l'intero gruppo, da specificare successivamente attraverso singoli contratti articolati in ognuna delle imprese facenti parte del gruppo.

Un certo grado di sviluppo materiale della contrattazione di gruppo è riscontrabile in alcuni dei sistemi considerati: in misura maggiore in quelli che prevedono norme promozionali, ma anche nei paesi che, al contrario, non contemplanò un sostegno legislativo e in cui le dinamiche negoziali di gruppo seguono vie del tutto autonome.

Nel primo gruppo sono collocabili paesi come la Francia, il Canada e l'Argentina. In Francia la contrattazione collettiva di gruppo è relativamente frequente e diversificata. Regolata da una legge del 4 maggio 2004 (art. L. 132-19-1, *Code du travail*), la contrattazione di gruppo può avere una portata generale sull'intero statuto collettivo, ovvero svilupparsi su temi specifici volti a precisare le modalità di contrattazione o di informazione dei rappresentati dei lavoratori a livello del gruppo, o ancora sull'occupazione, la formazione e le misure di accompagnamento ai licenziamenti collettivi decisi a livello di gruppo (64).

(64) Cfr. H.J. Legrand, *Accords collectifs de groupe et d'unité économique et sociale: une clarification inachevée*, in *Droit social*, 2008, p. 80; P.H. Antonmattei, *L'accord de groupe*, in *Droit social*, 2008, p. 57.

Un modello interessante di legislazione promozionale è costituito dall'*Ontario labour relations Act*, ove le disposizioni relative ai *common employers* sono espressamente finalizzate ad assicurare l'integrità dei processi di contrattazione collettiva; non a caso, lo *status* di *common employer* viene normalmente invocato da un'organizzazione sindacale al fine di essere riconosciuta come rappresentanza collettiva legittimata a negoziare nell'interesse di tutti i lavoratori del gruppo. Le condizioni richieste dall'*Ontario labour relations board*, che ha competenza esclusiva in materia di interpretazione e applicazione della normativa, sono la presenza di più imprese tra loro interconnesse in ragione del controllo esercitato dalla capogruppo, e la sussistenza di valide ragioni di tutela dei prestatori di lavoro. Il *board*, che dispone di una certa discrezionalità nel qualificare la fattispecie, tiene conto sia dei rapporti giuridici tra le imprese del gruppo sia delle relazioni che queste intrattengono con i lavoratori e le loro rappresentanze collettive. Quanto ai legami tra le imprese, i giudici ascrivono solitamente maggior peso agli aspetti del controllo e della direzione comune, rispetto alla proprietà e al controllo finanziario. Sull'altro versante, viene valutata l'eventuale circostanza che i lavoratori siano già adeguatamente rappresentati da un'organizzazione sindacale che ha un rapporto stabile e di lungo periodo con il datore di lavoro; l'opportunità di preservare, in occasione delle ristrutturazioni, diritti collettivi consolidati; infine l'esigenza di consentire ai sindacati di individuare come controparte il reale centro del potere economico.

Esempio del secondo modello è l'ordinamento spagnolo, laddove, benché la legge non preveda espressamente in capo agli attori collettivi la facoltà di istituire *convenios colectivos* a livello di gruppo, si sono sviluppate, di fatto, forme di contrattazione volte a istituzionalizzare per via negoziale una rappresentanza collettiva in seno al gruppo. Gli esempi di tale prassi restano comunque contenuti: il silenzio legislativo sottintende l'assenza di ogni incentivo statale, onde non sono molti i *convenios colectivos* esistenti nell'ambito dei gruppi.

In altri paesi dell'Est europeo come la Repubblica ceca, benché non esista una legislazione che regoli la costituzione di rappresentanze di lavoratori a livello del gruppo, se i datori di lavoro delle imprese che ne fanno parte aderiscono alla medesima organizzazione, può essere stipulato un contratto collettivo di «livello superiore». Anche in Polonia è consentito ai sindacati concludere un contratto collettivo d'impresa applicabile a più datori di lavoro quando essi facciano parte di una più ampia «unità organizzativa», indipendentemente dal fatto che tale soggetto economicamente unitario abbia una propria personalità giuridica. In tal caso, il diritto dei con-

tratti collettivi stabilisce che le disposizioni più favorevoli per i lavoratori rispetto a quelle applicate dai singoli datori di lavoro trovano automatica applicazione ai rapporti individuali dei lavoratori del gruppo, giusta il principio di incorporazione.

I contratti collettivi di gruppo sono ricorrenti in Costa Rica, con particolare riguardo al settore pubblico: qui, diversamente da quanto avviene nel settore privato, i sindacati rappresentano tutti i lavoratori di un medesimo gruppo di imprese, e la stipulazione di un contratto collettivo unitario rappresenta una prassi diffusa.

Alla luce dell'analisi sin qui condotta, e volendo trarre delle provvisorie conclusioni relativamente alla capacità di realizzare forme di rappresentanza e di contrattazione adeguate ai fenomeni di aggregazione imprenditoriale, sembra doversi riconoscere una sostanziale inadeguatezza tanto dei dispositivi legali quanto della struttura associativa dei sindacati, tendenzialmente modulata su binari che non contemplano la dimensione complessiva del gruppo.

Se a questo dato si aggiungono le grandi resistenze, da parte imprenditoriale, ad accettare un livello di contrattazione per il gruppo unitariamente considerato, preferendosi procedere con contratti differenziati per ogni singola impresa, si possono comprendere le ragioni per cui le relazioni collettive di gruppo accusino un ritardo di fondo, spesso rilevato dalla dottrina. Peraltro, con riguardo ai paesi dell'Ue, non sembra che la trasposizione della Direttiva comunitaria in materia di comitati aziendali europei (Cae) abbia determinato innovazioni particolarmente significative. Recentemente oggetto di rifusione a opera della Direttiva n. 2009/38/Ce, la materia in esame acquista un particolare rilievo non solo teorico e sistematico, anche alla luce della previsione del diritto di informazione da parte della Carta di Nizza (art. 27), ma pratico e applicativo: l'informazione e la consultazione sono espressione precipua della strategia con cui l'Ue intende coordinare, e condizionare, il comportamento delle grandi imprese o gruppi di imprese a livello nazionale e transnazionale, con evidenti ricadute sulla garanzia dei livelli occupazionali, e, al contempo, garantire la parità di trattamento fra lavoratori alle dipendenze di imprese di dimensioni europee quale «principio ordinatore del mercato» (65).

La normativa europea non impone in via generale la creazione di comitati di gruppo stabili, limitandosi a fare riferimento alle sole imprese di dimensione comunitaria, mentre le organizzazioni sindacali, se si eccettuano

(65) In questi termini S. Sciarra, *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pp. 345 ss.

pochi episodi di mobilitazione comune generati da provvedimenti adottati dal legislatore comunitario, sembrano ancora legate, in larghissima prevalenza, alla dimensione nazionale.

Sforzi sindacali consistenti sono invece diretti, nella generalità dei paesi considerati, alla conformazione di speciali forme di rappresentanza in materia di prevenzione dei *rischi sul lavoro*. Il notevole impatto che producono le nuove forme di organizzazione imprenditoriale decentrata sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro hanno spinto a ricercare sistemi di coordinamento tra le diverse imprese e una maggior articolazione delle politiche di prevenzione.

Anche in materia di riduzione del personale la dimensione collettiva ha assunto maggiore peso, grazie alla Direttiva n. 98/59/Ce del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi. Nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia in *Akavan*, l'art. 2, n. 1, della Direttiva deve essere interpretato nel senso che l'adozione, nell'ambito di un gruppo di imprese, di decisioni strategiche o di modifiche di attività che costringono il datore di lavoro a prevedere o progettare licenziamenti collettivi fa sorgere in capo al medesimo datore di lavoro un obbligo di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori. Peraltro, l'insorgenza di tale obbligo datoriale di avviare le consultazioni sui licenziamenti collettivi prescinde dalla circostanza che il medesimo sia già in grado di fornire ai rappresentanti dei lavoratori tutte le informazioni richieste dall'art. 2, n. 3, comma 1, lettera *b*, della Direttiva (66). Come espressamente affermato dalla Corte, si può a tal riguardo sostenere che la direttiva fa nascere in capo alla controllante un'obbligazione di trasferimento delle informazioni, al fine di mettere la società controllata nelle condizioni di attuare correttamente i licenziamenti, benché la sanzione del mancato adempimento ricada sulla filiale e non sulla società madre (67). In sostanza, nel momento in cui la società controllante identifica la filiale nel cui ambito dovranno essere disposti i licenziamenti, essa deve informare «immediatamente e correttamente» quest'ul-

(66) Corte di Giustizia 10 settembre 2009, causa C-44/08, *Akavan Eriityisolojen Keskuslitto Aek c. Fujitsu Siemens Computer Oy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 517, con nota di C. Zoli, *Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, e in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 541, con nota di R. Cosio, *Gruppi di imprese e licenziamenti collettivi: le precisazioni della Corte di Giustizia*.

(67) Cfr. P. Rodière, *Le «licenciement collectif» dans le droit de l'Union européenne*, in *Droit social*, 2010; E. Pataut, *Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés*, in *Revue droit du travail*, 2011, p. 21.

tima della relativa decisione (punto 69). Tuttavia, incombe alla filiale «di sopportare essa stessa le conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di consultazione se non è stata immediatamente e correttamente informata della decisione da parte della società controllante» (punto 69). La Corte ha inoltre stabilito il principio secondo il quale l'obbligo in esame «sorge in capo alla controllata che ha la qualità di datore di lavoro soltanto quando tale controllata, nell'ambito della quale possono essere effettuati i licenziamenti, è stata individuata». Come dire che il gruppo *non rileva* come schermo fra società del gruppo al fine di eludere le responsabilità procedurali del diretto datore di lavoro: il gruppo è un «affare interno» che non può essere utilizzato come espediente per «eludere l'obbligo di osservare talune procedure a tutela dei lavoratori, con il loro diritto di essere informati e ascoltati». Il gruppo *rileva* invece al fine di consentire il più efficace adempimento degli obblighi di informazione nei confronti dei Comitati aziendali europei, avendo la Corte in tal caso stabilito il principio opposto per cui la direzione centrale è tenuta a fornire ai rappresentanti dei lavoratori le informazioni necessarie all'apertura di un negoziato sulla costituzione di un Cae. Questo principio di informazione trasversale, adottato dalla Corte in nome dell'effetto utile della Direttiva Cae, ha trovato consacrazione legislativa nell'art. 4 della Direttiva di rifusione del 6 maggio 2009.

ABSTRACT

Il saggio affronta il tema delle trasformazioni morfologiche dell'impresa, individuando i principali strumenti di ricomposizione utili, nella prospettiva del diritto del lavoro, a garantire la tutela dei diritti individuali e collettivi. L'analisi comparata si rivela particolarmente interessante in quanto dimostra come, sia nei sistemi di civil law sia in quelli di common law, siano all'opera vettori legislativi e giurisprudenziali volti a razionalizzare il fenomeno dell'articolazione/composizione dell'impresa, con conseguenze favorevoli per il diritto del lavoro. Una tecnica ampiamente impiegata è quella della codatorialità, che consente di imputare a più soggetti la responsabilità pur in assenza di formali vincoli giuridici. Il saggio descrive infine i modelli più diffusi di rilevanza del gruppo nell'ambito della dimensione collettiva, con un cenno finale alla materia dei Cae.

GROUPS OF COMPANIES, BUSINESS NETWORKS AND JOINT EMPLOYERSHIP:
A COMPARATIVE PERSPECTIVE

The essay addresses the issue of the company morphological transformations, identifying the main re-composition useful tools, from the perspective of labor law, to ensure the protection of individual and collective rights. The comparative analysis is particularly interesting as it shows that, in both civil law and common law systems, there are some legislations and case law carriers aimed at rationalizing the phenomenon of articulation and breakdown of the company, with favorable consequences to the labor law. A technique widely used is that of codatorialità, that allows to charge the responsibility in most subjects, even in the absence of formal legal constraints. Finally, the paper describes the most common models of relevance in the context of the collective dimension of the group, with a final focus on the subject of the Ewc.

Maria Giovanna Greco (*)

LA RICERCA DEL DATORE DI LAVORO
NELL'IMPRESA DI GRUPPO:
LA CODATORIALITÀ AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. La frammentazione del datore. — 2. La sanzione giurisdizionale della scomposizione fraudolenta dell'attività d'impresa. — 3. Unicità della prestazione e pluralità della figura del datore di lavoro nei gruppi genuini. — 4. La configurazione della subordinazione nell'impresa di gruppo, tra la «regola» dell'unicità del datore e l'ipotesi della codatorialità. — 5. Gruppi d'impresa e codatorialità nel diritto europeo: spunti da alcune decisioni della Corte di Giustizia. — 6. Qualche considerazione conclusiva.

1. — *La frammentazione del datore* — Il mutamento dei processi produttivi conseguente alla diffusione di pratiche di esternalizzazione di fasi o parti dell'attività produttiva o a sofisticati processi di riorganizzazione – in cui il processo produttivo è frazionato e distribuito tra una pluralità di imprese tra loro integrate mediante una organizzazione a rete – ha inciso sul quadro giuridico, che aveva come riferimento privilegiato la grande impresa industriale verticale e unitaria. In particolare ha posto all'attenzione del giurista del lavoro, fra gli altri, un tema per lungo tempo di relativo interesse: l'identificazione del datore di lavoro.

La scissione tra titolarità del contratto e soggetto destinatario della prestazione (in alcuni casi formalizzata dal legislatore in fattispecie tipiche come il distacco, la somministrazione e l'appalto; in altri conseguente all'organizzazione dell'impresa in cui diversi soggetti giuridici, autonomi ma integrati, svolgono ciascuno un segmento della più complessa organizzazione produttiva, al cui vertice si pone la capogruppo) pone in crisi l'apparato normativo di tutela del lavoratore fondato sul rapporto diretto fra questi e il datore di lavoro contrattuale.

Entra in tensione, in tali casi, la «regola» dell'impossibilità di imputare il rapporto di lavoro a più di un soggetto e la necessità di far coincidere la figura del datore di lavoro con chi utilizza la prestazione lavorativa; secondo alcuni, un vero e proprio «pregiudizio» della dottrina giuslavoristica (1).

(*) Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Padova.

(1) E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali e codatorialità*, in q. *Riv.*, 2012, II, p. 295.

Categorie fondamentali, elaborate attorno alla nozione di subordinazione enucleabile dall'art. 2094 cod. civ., oggi mostrano tutta la loro «storicità» e inadeguatezza, e consigliano una rilettura della subordinazione che non precluda, in linea astratta, la possibile configurazione di più datori di lavoro quando la prestazione è resa per soddisfare l'interesse non solo del formale datore di lavoro, ma anche delle altre società e della capogruppo. In tale evenienza, infatti, potere direttivo e direzione del lavoro, pur decisivi nella connotazione del vincolo della subordinazione, assumono una diversa dimensione (2). Il potere direttivo – «potere giuridico che come tale è attribuito dall'ordinamento esclusivamente come effetto [...] della stipulazione di un contratto di lavoro subordinato» (3) – è esercitato da un soggetto diverso da quello che ha stipulato il contratto di lavoro e che assume la veste di datore contrattuale.

In presenza di una prestazione resa nell'interesse di più soggetti alcuni ritengono che il fenomeno del gruppo resti esterno al rapporto di lavoro e la qualità di datore di lavoro, cioè di creditore della prestazione, continui a non distinguersi dal titolare della stessa, per cui il rapporto di lavoro si instaura sempre con una sola delle imprese e all'interprete è demandato il compito di stabilire quale fra queste sia il datore di lavoro effettivo (4).

Altri sostengono che la qualità di datore di lavoro debba attribuirsi in relazione alle concrete modalità di impiego della prestazione e della distribuzione del potere direttivo secondo la formula della prestazione alternativa o cumulativa. In questi casi si può ravvisare un'ipotesi di codatorialità nella gestione del rapporto, e quindi di una contitolarità dello stesso (5), cioè un rapporto obbligatorio soggettivamente complesso nel quale di

(2) V. Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 53.

(3) M. Persiani, *Lineamenti del potere direttivo*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. 4, tomo 1, *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. Martone, Cedam, Padova, 2012, p. 415.

(4) In tal senso, R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, p. 625; P. Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 125; M.T. Carinci, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere e obbligo a esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1019; Cfr., sul punto, anche L. Nogler, *Gruppi di impresa e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1992, pp. 298 ss., e ivi i suoi rilievi critici.

(5) Di questo avviso è parte della dottrina; cfr. V. Speziale, *op. ult. cit.*, pp. 53 ss.; U. Carabelli, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, pp. 91 ss.; E. Raimondi, *op. ult. cit.*, pp. 295 ss.; O. Razzolini, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da «unicità di impresa»*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, pp. 263 ss.

fronte a un lavoratore e a una unica prestazione stanno come creditori della stessa più soggetti.

Chi intende inoltrarsi in tale direzione può trarre spunto da alcune intuizioni della dottrina commercialista che ha avvertito la necessità di «concentrare l'attenzione, rispetto alle molteplici forme di esercizio dell'impresa, più sull'attività economica organizzata in sé considerata che sulla titolarità giuridica della medesima» (6), ovvero dalle modalità con cui alcuni ordinamenti stranieri hanno reagito alla «scomposizione» della figura del datore di lavoro, con l'imputazione in capo a più soggetti dei contratti di lavoro (7).

La ricostruzione della figura del datore nei gruppi imprenditoriali in chiave di possibile codatorialità può far leva sulle disposizioni del diritto commerciale e delle relazioni industriali che fanno riferimento ai gruppi, seppure con finalità e obiettivi diversi (8), o sulla disciplina in tema di salute e sicurezza dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008, che, pur riconoscendo la distinzione tra i datori, considera l'impresa reticolare come una struttura unitaria formata da organizzazioni distinte ed esprime la tendenza, certamente non generalizzabile ma significativa, verso una nozione di datore di lavoro non necessariamente collegata alla titolarità formale del contratto ma al rapporto organizzativo (9).

2. — *La sanzione giurisdizionale della scomposizione fraudolenta dell'attività d'impresa* — L'iniziale approccio della giurisprudenza del lavoro al fenomeno dei gruppi di società è stato prettamente formale, affermandosi l'assoluta irrilevanza del gruppo quale autonomo soggetto al quale si possano imputare rapporti di lavoro (10), «quale che fosse l'entità del collegamento tra due o più società» (11).

(6) Auspica questo approccio U. Carabelli, *op. ult. cit.*, pp. 101-102.

(7) Cfr., fra i tanti, V. Speziale, *op. ult. cit.*, pp. 9 ss., e ivi l'analisi degli ordinamenti di diversi paesi, quali gli Stati Uniti, l'Australia, il Regno Unito, la Spagna, la Francia, «nei quali la codatorialità è una tecnica diffusa fondata su disposizioni legislative o derivante da elaborazioni giurisprudenziali ovvero dalla combinazione di entrambi questi fattori», p. 12.

(8) Vedi i riferimenti e le considerazioni di E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 292 ss.

(9) V., a riguardo, le considerazioni di V. Speziale, *op. ult. cit.*, pp. 14 ss.

(10) Cass. 29 aprile 1974, n. 1220, in *Dir. lav.*, 1974, II, p. 317; Cass. 2 febbraio 1988, n. 957, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1898, con nota di G. Meliaddò, *Le inquietudini della giurisprudenza sulla prestazione di lavoro nelle società collegate*; in termini analoghi, in precedenza, Cass. 28 gennaio 1981, n. 650, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1994. Successivamente, Cass. 5 aprile 1990, n. 2831, e altre; fra le ultime, Cass. 24 settembre 2010, n. 20231.

(11) Cass. 2 febbraio 1988, n. 957, cit.

In questa ottica appariva del tutto naturale e non contraddittorio che nei gruppi vi fosse unicità di impresa dal punto di vista economico e pluralità di soggetti sul piano giuridico, in quanto ciò era coerente con il principio della irrilevanza giuridica dell'impresa di gruppo e non scalfiva la regola generale e indiscussa della formale separazione soggettiva fra le società facenti parte del medesimo gruppo (12).

A questi rigorosi principi, peraltro corrispondenti a un preciso modello legislativo, la giurisprudenza ha introdotto nel tempo temperamenti significativi, dando rilevanza alla simulazione del contratto societario o alla finalità fraudolenta con cui un sodalizio era stato costituito per eludere l'applicazione di precetti normativi a tutela del lavoratore (13).

I criteri per la ricerca della finalità fraudolenta sono stati indicati da una decisione (14) che richiedeva al giudice del merito «un esame particolarmente penetrante dei comportamenti dei soggetti collegati», al fine di assecondare se tra gli stessi fosse stato posto in essere un lecito accordo societario o se i due apparenti datori fossero in realtà uno solo e di fatto, pur con la formale distinzione dei rapporti di lavoro, sussistesse una continuità sostanziale dell'originario contratto di prestazione d'opera con una fittizia successione del soggetto datore di lavoro (15).

Questa apertura ha consentito alla giurisprudenza di «entrare» nelle dinamiche che intercorrono tra le imprese collegate in un gruppo e i singoli rapporti di lavoro al fine di accertare l'artificiosa frammentazione di un rapporto sostanzialmente unitario, nella maggior parte dei casi finalizzata a escludere il raggiungimento del requisito numerico che impone la tutela reale del posto di lavoro (16). Agevolmente per questa via la giurisprudenza

(12) Considerazioni del genere ha formulato O. Razzolini, *op. cit.*, p. 264.

(13) Questo indirizzo, che perdura tuttora, è ravvisabile in numerose decisioni che si differenziano a volte per impostazioni marginali. Cfr., fra le tante, Cass. 18 maggio 1988, n. 3450, in *Mass. giur. civ.*, 1988, p. 5; Cass. 9 giugno 1989, n. 2819, in *Notiz. giur. lav.*, 1989, p. 536; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, in *Notiz. giur. lav.*, 1995, p. 381; Cass. 1° aprile 1999, n. 3136, *ivi*, 1999, p. 467; Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *q. Riv.*, 2012, II, p. 294, con nota di E. Raimondi; Cass. 17 maggio 2003, n. 7727; Cass. 14 novembre 2005, n. 22927, in *Mass. Foro it.*, 2005, p. 1953; Cass. 15 maggio 2006, n. 11107, in *q. Riv.*, 2007, II, p. 440.

(14) Cass. 18 aprile 1986, n. 2756, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1847.

(15) In questa direzione, peraltro, si era già incamminata parte della giurisprudenza di merito; cfr. Pret. Thiene 23 gennaio 1985, in *Lav. 80*, 1985, p. 655; Pret. Milano 9 gennaio 1985, in *Lav. 80*, 1985, p. 656; Pret. Genova 16 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2607; Pret. Lodi 22 marzo 1983, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 225; Pret. Cagliari 18 marzo 1983, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2608.

(16) Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261; Cass. 1° aprile 1999, n. 3136; Cass. 10 novembre 1999, n. 12492; Cass. 14 novembre 2005, n. 22927.

za ha ricostruito fattispecie riguardanti microimprese, a volte a conduzione familiare o gestite dallo stesso datore, di limitatissima portata economico-finanziaria, che erano solo segmenti di una medesima organizzazione produttiva artificiosamente frazionata – un'impresa unitaria travestita da gruppo –, dimostrando che in tali casi il gruppo era uno strumento di comportamenti illeciti, piuttosto che un centro di coordinamento di attività molteplici (17).

In seguito, questo indirizzo ha avuto una significativa evoluzione diretta a dimostrare la sussistenza di un unico centro di imputazione di rapporti giuridici non più attraverso la prova, sempre difficile, dell'elemento soggettivo dell'intento fraudolento, bensì attraverso il rilievo oggettivo che assumono comportamenti sintomatici dell'unitarietà della gestione dell'attività imprenditoriale (18).

Con una formula che verrà poi ripresa testualmente da numerose pronunce successive, la Corte di Cassazione specifica i requisiti essenziali denotativi dell'unicità d'impresa ravvisati: nell'unicità della struttura organizzativa e produttiva; nell'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; nel coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario; nell'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore di vari imprenditori (19).

La Corte lascia al giudice del merito la valutazione circa la sufficienza di taluni tra questi elementi per la configurazione dell'unico centro di imputazione di rapporti di lavoro e, in alcuni casi, non ritiene necessaria la compresenza dei descritti elementi sintomatici, attribuendo carattere decisivo all'utilizzazione promiscua e indifferenziata di lavoratori da una pluralità di aziende (20).

(17) G. De Simone, *La gestione dei rapporti di lavoro nelle imprese a struttura complessa*, in *Dir. rel. ind.*, 1991, p. 82.

(18) In questa prospettiva si erano già poste alcune decisioni di merito; cfr. Pret. Milano 7 gennaio 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 385; nonché Pret. Milano 27 maggio 1992, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, p. 182; Pret. Napoli-Pozzuoli 13 gennaio 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 690; cfr., inoltre, Trib. Genova 19 aprile 2001, in *q. Riv.*, 2002, p. 294, con nota di T. Santulli, che descrive in modo analitico l'evoluzione della giurisprudenza sui gruppi.

(19) Cass. 22 febbraio 1995, n. 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 988; Cass. 1° aprile 1999, n. 3136; Cass. 24 marzo 2003, n. 4274; Cass. 15 maggio 2006, n. 11107.

(20) Cass. 19 giugno 1998, n. 6137, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 1361; Cass. 28 agosto 2000, n. 11275, in *Mass. giust. civ.*, 2000, p. 1850; cfr. Trib. Monza 28 aprile 2004, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 540, con nota di A. Fortunat, *Due imprese e una*

Il riscontro di tali requisiti, da un lato, è sufficiente a dimostrare la sussistenza dell'intento fraudolento senza necessità di un'indagine sulla intenzione delle parti, e, per altro verso, mette in secondo piano la questione della finalità fraudolenta perché consente di porre in risalto gli elementi oggettivi indicatori dell'unità dell'interesse globalmente perseguito e, quindi, il contesto organizzativo che plasma la prestazione di lavoro.

Delineato in questi termini il criterio identificativo dell'unicità dell'impresa, la giurisprudenza lo ha utilizzato anche in casi diversi dai limiti dimensionali necessari per l'applicazione della tutela reale, quali il contesto cui va rapportato, nel licenziamento per motivi oggettivi, l'obbligo di ripescaggio (21), la valutazione della sussistenza delle esigenze tecniche, organizzative e produttive che giustificano il potere di recesso in una impresa integrata in un gruppo (22), nonché la verifica dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità o la sussistenza o meno di un licenziamento collettivo che interessa più imprese del gruppo, con conseguente applicazione della legge n. 223/91 (23). Il criterio dell'unicità dell'impresa ha fatto da guida anche nelle decisioni in tema di distacco all'interno dei gruppi di società – tutte le volte in cui tra la prima società, generalmente la *holding*, e la seconda intercorreva un legame che evidenziava fra le stesse un complesso unitario (24) e, quindi, una strategia comune in vista della quale le singole società mostrano interesse a favorire la circolazione dei propri dipendenti all'interno del gruppo –, nonché per distinguere la fattispecie del distacco in senso proprio da quella del cd. prestito (25).

Questo orientamento della giurisprudenza diretto a far emergere la fraudolenta parcellizzazione di un'impresa si adatta perfettamente nel caso di «pseudogruppi», cioè nelle ipotesi in cui si determinano condizioni di sot-

stessa organizzazione aziendale: quando il lavoratore è al servizio di due datori, che reputa irrilevante il fatto che la capogruppo utilizzasse sporadicamente i lavoratori della controllata perché la codatorialità discendeva dalle modalità di organizzazione, che prevedevano tale possibile utilizzo congiunto secondo le necessità della capogruppo.

(21) Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, in *Orient. giur. lav.*, 2003, p. 415; Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 1001; fra i giudici di merito, cfr. Pret. Milano 2 agosto 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 1050, Pret. Roma 28 novembre 1995, in q. *Riv.*, 1996, II, p. 43.

(22) Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, cit.; Cass. 6 aprile 2004, n. 6707, cit., e la giurisprudenza di merito citata nella nota che precede.

(23) Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, cit.; Cass. 9 settembre 2003, n. 13182; Trib. Roma 21 dicembre 2001, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 84; Trib. Genova 19 aprile 2001, in q. *Riv.*, 2002, n. 2, II, p. 295.

(24) Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 848.

(25) O. Razzolini, *op. cit.*, p. 267, e ivi il richiamo a dottrina e giurisprudenza.

totutela del lavoratore mediante l'utilizzazione fittizia dello schermo della persona giuridica come strumento separatore di ciò che nei fatti è unito. Ma proprio in ciò sta il suo limite, perché il tentativo di risolvere il problema della identificazione del datore nell'impresa di gruppo attraverso la ricerca del «vero» datore nascosto da una frammentazione fraudolenta può valere di fronte alla «patologia» del gruppo, ma non al cospetto dei gruppi genuini.

È irrealistico, del resto, pensare che la costituzione di un gruppo avvenga al solo fine di eludere le norme poste a tutela dei lavoratori (26).

Le «esternalizzazioni» o le parcellizzazioni delle strutture dell'impresa, che certamente hanno rilevanti effetti sulla gestione del fattore lavoro, poiché permettono di acquisire una nuova fonte di «flessibilità», a volte sono solo espressione di un nuovo approccio alla flessibilità dei sistemi produttivi, in virtù del quale il gruppo di società è la forma giuridica della grande o medio-grande impresa, imposta dal nuovo modo di produrre della società postindustriale e dalle dinamiche del mercato globale.

Occorre, quindi, prendere atto che l'attività parcellizzata di un'impresa può rispondere a diverse esigenze. Una, come è stato rilevato, può essere «quella della "frammentazione elusiva" del contesto organizzativo, finalizzata ad aggirare i vincoli giuridici che nascono dalla concentrazione in un'unica struttura produttiva» (27); altre possono rispondere, invece, legittimamente, alla scelta della riduzione dei costi di impresa, fra cui anche il costo del lavoro, ovvero a criteri di strategia organizzativa e produttiva dirette a concentrare le risorse umane e finanziarie sul *core business*, spostando all'esterno o verso altre società del gruppo attività collaterali.

Il diritto del lavoro, pertanto, non può che prendere atto delle modificazioni subite dallo stesso concetto di impresa e indagare sul riflesso di tali modificazioni sulle forme di gestione dei rapporti di lavoro. E la giurisprudenza del lavoro non può limitarsi a considerare il gruppo di società solo come fenomeno patologico, ma deve analizzarlo nella sua fisiologia, adeguando le regole di tutela dei lavoratori al nuovo sistema organizzativo e produttivo.

La chiave di lettura delle dinamiche dell'impresa di gruppo in termini di repressione della frode alla legge si mostra inadeguata a cogliere l'enorme differenza che passa tra un intervento sanzionatorio delle frammentazioni fraudolente e uno strumento di regolazione del rapporto di lavoro nel

(26) In questo senso, v. G. De Simone, *op. cit.*, p. 82, la quale osserva che «solo un'accentuata miopia può indurre a vedere i gruppi come uno strumento *anti-labour*: solo un eccesso di egocentrismo può indurre i giuslavoristi a ritenere che il ricorso a strutture organizzative complesse, nelle quali gioca un ruolo di primo piano la personalità giuridica delle società, sia funzione di eludere le norme del diritto del lavoro».

(27) V. Speciale, *op. cit.*, p. 5.

particolare fenomeno dell'attività d'impresa legittimamente realizzata attraverso un gruppo integrato (28).

3. — *Unicità della prestazione e pluralità della figura del datore di lavoro nei gruppi genuini* — A differenza di quanto avviene in tutte le ipotesi di frammentazione fraudolenta dell'attività produttiva, in cui il rapporto di lavoro si instaura sempre con un solo soggetto e l'interprete deve stabilire quale sia il datore di lavoro effettivo, nel rapporto di lavoro svolto a favore di un'impresa genuinamente gestita in forma di gruppo spesso non è riscontrabile un solo datore di lavoro, in quanto della prestazione si avvantaggiano in eguale misura più imprese del gruppo e il potere direttivo è, a volte, esercitato da più soggetti.

In casi del genere, il problema principale è la ricostruzione della fattispecie e la sua qualificazione giuridica.

Da tempo la giurisprudenza ha attribuito rilevanza alla utilizzazione contemporanea della prestazione di lavoro da parte di due o più datori. A volte la Cassazione, dando rilievo allo svolgimento di fatto della prestazione, ha configurato un unico rapporto di lavoro con due distinti datori di lavoro nei casi in cui «la prestazione sia sotto il profilo dell'orario di lavoro che sotto quello delle modalità di esecuzione sia unica e indivisibile [...] tale che in essa non possa distinguersi quale parte sia svolta nell'interesse di un datore e quale nell'interesse dell'altro» (29), anche con la precisazione che tale forma di utilizzazione della prestazione «assume rilevanza di per sé, prescindendo dalla circostanza che esista, anche, oppure no, un gruppo di impresa» (30). In queste ipotesi, la configurazione di un unico rapporto con più datori è soprattutto finalizzata a farne derivare la responsabilità solidale, spesso per crediti di lavoro, prefigurando una responsabilità congiunta in capo a più soggetti.

Secondo alcuni, ciò può dar vita a forme di «pluridatorialità o codatorialità solo in senso a-tecnico» (31) che non comportano la qualità di titolare del rapporto.

(28) Cfr. le convergenti osservazioni a riguardo di U. Carabelli, *op. cit.*, pp. 101 ss.; E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali...*, cit., pp. 296 ss.; O. Razzolini, *op. cit.*, pp. 269 ss.

(29) Cass. 10 giugno 1986, n. 3844; nonché, fra le altre, Cass. 6 novembre 1982, n. 5825; Cass. 28 agosto 2000, n. 11275.

(30) Cass. 20 ottobre 2000, n. 13904.

(31) In tal senso, ma con riferimento a diversi specifici istituti, M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo*, Torino, 2008, p. 15.

Si può convenire che la responsabilità congiunta e solidale non è sempre sufficiente ad attribuire la qualifica di datore di lavoro, come dimostrano le fattispecie dell'appalto e della somministrazione, per le quali la stessa legge esclude che la duplicazione delle posizioni creditorie possa alterare la qualificazione formale di datore di lavoro. Tuttavia, ciò non può valere in assoluto e in astratto, ben potendo la normativa sostanziale dell'art. 2094 cod. civ. essere rivisitata quando tra le strutture collegate dell'impresa di gruppo vi sia «un livello di integrazione tale da far ritenere che l'impresa che ha sottoscritto il contratto si comporta quale terminale organizzativo dell'impresa dominante» (32). In tal caso l'esistenza di un vincolo intercorrente tra il lavoratore e la pluralità di società può essere desunto dall'osservazione del comportamento delle parti e dalle concrete modalità di svolgimento del rapporto, quando evidenziano che la prestazione è conformata in maniera congiunta dalla capogruppo e dalla società operativa e soddisfa gli interessi di entrambi i soggetti.

In sostanza non si può prescindere da una ricostruzione che verifichi se la responsabilità solidale derivante da una gestione congiunta del rapporto di lavoro diventi vera e propria codatorialità, con conseguente attribuzione della titolarità del rapporto di lavoro anche all'altro soggetto utilizzatore, che assume quindi gli obblighi connessi alla subordinazione.

In questa prospettiva sembra essersi messa la Suprema Corte in una decisione (33) che, dopo aver ricostruito il percorso della giurisprudenza sul tema, dichiaratamente intende volerne costituire «uno sviluppo ulteriore».

La sentenza richiama il principio che il collegamento economico-funzionale tra le imprese gestite da società del medesimo gruppo non è di per sé sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti a un rapporto di lavoro con una sola delle società siano estensibili anche alle altre, se non quando sia possibile provare l'esistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro.

La Corte si propone «di individuare l'interlocutore tipico del lavoratore subordinato nella persona (fisica o giuridica) del "datore di lavoro", e cioè di chi, di fatto, detiene ed esercita i suoi poteri (direttivo e disciplinare) nei confronti della controparte dipendente», e a tale fine precisa che «concepire un'impresa unitaria che alimenta varie attività affidate a soggetti diversi [...] non comporta sempre la necessità di superare lo schermo della persona giuridica, né di negare la pluralità di quei sogget-

(32) E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali...*, cit., p. 303.

(33) Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, cit.

ti, ben potendo esistere un rapporto di lavoro che vede nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione di datore di lavoro più persone rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro».

Con queste enunciazioni, la Cassazione mostra di seguire l'indirizzo di quell'autorevole dottrina che più approfonditamente ha dimostrato che «può esserci un'impresa unitaria senza esserci un soggetto altrettanto unitario» (34), e ipotizza che a fronte di un'unica prestazione di lavoro subordinato vi possano essere più datori di lavoro, quindi prefigurando per il rapporto di lavoro anche una struttura plurilaterale e non necessariamente bilaterale.

La Corte, però, non approfondisce questi temi. Non si sofferma sulle modalità in cui in un'impresa di gruppo si manifesta la codatorialità, né sulla ricostruzione e sulla fonte di legittimazione dell'istituto della contitolarità del rapporto di lavoro e tanto meno sugli effetti che da ciò derivino per la gestione e gli obblighi delle parti. Il caso sottoposto al suo esame, del resto, non richiedeva questi approfondimenti, essendo stata chiamata solo a rispondere al quesito se nel caso di più imprese formalmente distinte, ma con un'unica organizzazione imprenditoriale, i requisiti prescritti per l'applicabilità della disciplina dei licenziamenti collettivi dovessero essere riferiti all'unico complesso aziendale costituito dalle varie imprese.

4. — *La configurazione della subordinazione nell'impresa di gruppo, tra la «regola» dell'unicità del datore e l'ipotesi della codatorialità* — La sentenza del 2003, ipotizzando una pluralità di datori, nell'ottica dell'obbligazione soggettivamente complessa, all'interno di una concezione unitaria dell'impresa di gruppo, apre interessanti prospettive di indagine per verificare la possibile estensione delle tutele del lavoro nei riguardi di tutti coloro che, per soddisfare un interesse produttivo comune, codeterminano il contenuto e le modalità dell'esecuzione del lavoro. Ma non è ancora il punto di arrivo di una nuova compiuta elaborazione che rivisita la categoria della subordinazione in chiave di possibile contitolarità nel contesto dell'impresa di gruppo.

Infatti, in alcune decisioni successive relative alla titolarità del rapporto di lavoro, in casi di prestazioni rese a favore di più soggetti senza possibilità di distinguere quale parte della prestazione fosse svolta a favore di un datore e quale nell'interesse dell'altro, non vi è alcun riferimento alla codatorialità, ma un semplice richiamo alla responsabilità solidale *ex art.*

(34) F. Galgano, *L'impresa di gruppo*, in *Dir. merc. lav.*, 2004, p. 686.

1294 cod. civ. (35) o alle figure della simulazione o preordinazione in frode alla legge (36).

In sostanza, la citata sentenza del 2003, indicata spesso come l'inizio della riflessione della Suprema Corte sulla codatorialità, è, quindi, soltanto un primo passo, tutt'altro che condiviso, verso una diversa concezione della subordinazione che «collegi il contratto di lavoro non a un "soggetto" ma a una realtà produttiva oggettiva anche se suddivisa tra più imprenditori» (37).

Poco dopo, infatti, le Sezioni Unite, in una fattispecie riguardante un divieto di intermediazione, hanno ribadito che «l'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'intermediario e la sua configurazione come unico soggetto obbligato nei confronti del lavoratore è espressione della regola generale giuslavoristica che dispone che in relazione a identiche prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro» (38).

Secondo alcuni Autori (39), la pronuncia confermerebbe la regola immanente del diritto del lavoro dell'unicità del datore di lavoro, con conseguente impossibilità di configurare due diversi datori in relazione alla medesima prestazione.

In verità deve esser tenuto presente che le Sezioni Unite erano state chiamate a decidere su una domanda specifica che «affermava la sussistenza di un rapporto con un certo datore di lavoro negandone uno diverso con altra persona [...] non deducendo alcun rapporto plurisoggettivo né alcuna situazione di contitolarità». In tale ottica, pertanto, giudicavano con riferimento alla legge n. 1369/1960, abrogata, riaffermando la permanenza del divieto di interposizione anche dopo il d.lgs. n. 276/2003 e la «regola generale» sopra ricordata.

Per cui si può condividere il rilievo che la questione «ha nulla a vedere con l'unicità del datore di lavoro. Divieto di interposizione e codatorialità operano su piani del tutto diversi» (40). Tuttavia è innegabile che il percor-

(35) Cass. 17 maggio 2003, n. 7727. Sulla contemporanea prestazione a favore di più soggetti o di più società, ravvisando una responsabilità solidale, si erano in passato pronunciate Cass. 24 marzo 1982, n. 1863, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 379; Cass. 6 novembre 1982, n. 5825, in *Orient. giur. lav.*, 1983, p. 1255.

(36) Cass. 6 aprile 2004, n. 6707.

(37) Come auspica V. Speciale, *op. cit.*, p. 29.

(38) Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, 2007, II, p. 1011.

(39) M.T. Carinci, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le connesse posizioni di diritto potere obbligo a esso connesse – è regola generale dell'ordinamento giuslavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, II, pp. 1019 ss.

(40) V. Speciale, *op. cit.*, p. 31.

so della giurisprudenza verso la ricerca del datore di lavoro nell'impresa integrata è rimasto oscillante anche dopo le prime sentenze che lasciavano prefigurare l'obbligazione di lavoro come obbligazione solidale o soggettivamente complessa.

Testimonianza della perdurante mancanza di un orientamento univoco e condiviso sono alcune recenti decisioni che in fattispecie analoghe, relative ai rapporti tra la capogruppo e le società del gruppo e alla loro incidenza sui rapporti di lavoro instaurati con la società operativa, giungono a conclusioni simili ma attraverso percorsi argomentativi diversi.

In un caso sottoposto alla sua attenzione, la Corte (41) ha valutato la pesante ingerenza della *holding* sulla gestione del rapporto di lavoro, a cui era formalmente estranea, imponendo il distacco del lavoratore presso altra società e la data del licenziamento, giudicandola secondo schemi tradizionali come un fenomeno di illecita interposizione di manodopera, con la conseguente affermazione che il rapporto di lavoro con la società sottoposta era solo fittizio e con l'imputazione dello stesso alla capogruppo, ritenuta l'effettivo *dominus*.

In un'altra sentenza, di poco successiva (42), l'ingerenza della *holding* sui rapporti di lavoro instaurati con una società del gruppo, «per aspetti decisivi e qualificanti, quali la determinazione della retribuzione, la previsione degli obiettivi e la predeterminazione dei risultati della prestazione, la sopportazione dei costi relativi alla posizione previdenziale», è stata valutata e ritenuta decisiva per attribuire alla *holding* la qualità di datore di lavoro dopo una argomentazione complessa in cui sono stati richiamati principi consolidati, quali l'identificazione del datore nel soggetto che effettivamente utilizza la prestazione, l'ambito della rilevanza giuridica dell'impresa di gruppo e i confini della direzione e coordinamento che competono alla capogruppo, anche alla luce della riforma del diritto commerciale del 2003 e della normativa comunitaria.

La decisione si segnala perché richiama sia la sentenza del 2010 (43), che aveva deciso analoga questione ravvisando una illecita interposizione di manodopera, sia le decisioni che avevano valutato «la determinazione della prestazione di lavoro al complesso delle società operative, secondo le note forme della prestazione cumulativa o alternativa», sia, in particolare, la innovativa sentenza del 2003 (44), ribadendo che in una impresa di grup-

(41) Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, in *Foro. it.*, 2012, cc. 3325 ss., con nota di G. Meliàdò.

(42) Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, in *Mass. giur. lav.*, p. 479.

(43) Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, cit.

(44) Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, cit.

po può esistere «un rapporto di lavoro che veda nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione del datore di lavoro più persone, rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro».

Il richiamo in motivazione sia degli orientamenti che fanno esclusivo riferimento alla fattispecie del divieto di interposizione che di quelli che prefigurano la possibilità di una pluralità di datori a fronte dell'unica prestazione ha diviso i commentatori. Alcuni (45) hanno iscritto la sentenza nel filone giurisprudenziale volto alla ricerca del «vero» datore in una prospettiva di imputazione alternativa del rapporto; altri, invece, hanno ravvisato nella stessa dei punti di discontinuità con l'orientamento precedente e una riprova del fatto che il collegamento societario, in alcuni casi, può incidere sul rapporto di lavoro al punto tale da configurare una situazione di codatorialità (46).

Entrambe le opzioni trovano buoni argomenti in una motivazione che, con una certa contraddittorietà, si rifà a elaborazioni precedenti di segno diverso e per certi aspetti contrastanti, anche se va rilevato che in questa occasione, a differenza della precedente sentenza n. 19931 del 2010, la Corte non dichiara esplicitamente fittizio il rapporto di lavoro instaurato con la società controllata e non dice che la capogruppo è il solo «vero» datore di lavoro.

Sarebbe stata opportuna una maggiore chiarezza nel precisare se si configurava l'imputazione del rapporto alla sola capogruppo ovvero anche alla società controllata titolare formale del rapporto secondo la formula della prestazione cumulativa.

Questa indeterminatezza non è casuale. È la conseguenza inevitabile della perdurante tendenza della Suprema Corte a non prendere una posizione netta in tema di contitolarità del rapporto nell'impresa gestita nella forma del gruppo, anche quando in motivazione si ricostruiscono alcune caratteristiche tipiche della fattispecie.

La sentenza ha il suo maggior pregio nella definizione dei limiti in cui deve esplicitarsi il ruolo di penetrante controllo che la *holding* esercita sulle società controllate e nella individuazione dei modi in cui tali limiti si travalicano, annullando o limitando l'autonomia della controllata nella direzione e gestione dei rapporti di lavoro, fino a determinare l'imputazione dei rapporti stessi direttamente alla capogruppo. La pronuncia costituisce

(45) S.P. Emiliani, *Il datore di lavoro nei gruppi di imprese, tra ipotesi di imputazione complementare, cumulativa e alternativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, pp. 493 ss.; A. Donini, *Oltre la direzione e coordinamento: quando la capogruppo è datore di lavoro*, in *Giur. comm.*, II, pp. 771 ss.

(46) E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali...*, cit., p. 297.

un primo momento di riflessione approfondita sull'incidenza dell'attività di direzione strategica della *holding* sui rapporti di lavoro istituiti presso le società controllate, e sotto tale profilo è un buon punto di partenza per la ricostruzione in via interpretativa della figura della codatorialità.

Utili spunti in tale direzione possono trarsi anche da quella giurisprudenza di altri paesi in cui la prospettiva della pluridatorialità è da tempo un momento centrale della riflessione sui mutamenti del sistema produttivo. Una interessante decisione della *chambre sociale* della Corte di Cassazione francese (47), ad esempio, ha ricostruito la fattispecie della contitolarità non tanto facendo riferimento alla utilizzazione promiscua e indifferenziata della prestazione, quanto piuttosto all'intenso controllo gerarchico della capogruppo sulla società controllata e all'accentramento sulla prima di tutte le decisioni strategiche dell'intero gruppo, tale da determinare una « sostanziale confusione di interessi, attività e gestione ».

5. — *Gruppi d'impresa e codatorialità nel diritto europeo: spunti da alcune decisioni della Corte di Giustizia* — Nella giurisprudenza comunitaria non si rinviene una casistica relativa ai rapporti di lavoro nelle imprese di gruppo paragonabile a quanto si riscontra nella giurisprudenza del lavoro nazionale, per svariati motivi, alcuni dei quali connessi alla natura e finalità del procedimento davanti alla Corte di Giustizia e forse anche al fatto che dal diritto europeo non si trae una nozione unitaria dell'impresa di gruppo e neppure una definizione generale dei gruppi come forma organizzativa dell'attività produttiva.

Ciò discende da una « filosofia legislativa » che considera il fenomeno dei gruppi un dato empirico variabile, creato dall'autonomia privata nell'ambito delle proprie convenienze organizzative, da non intralciare se non costituisce un ostacolo all'attuazione degli scopi perseguiti dall'Unione.

A questa impostazione si attiene anche la Corte di Giustizia, che interpreta le normative europee che in qualche modo riguardano anche i gruppi di impresa in guisa da garantire « l'effetto utile », cioè il raggiungimento degli obiettivi delle varie direttive.

La Corte, però, non considera l'impresa di gruppo un presupposto fattuale irrilevante per il diritto europeo. Al contrario, come si evince da alcune decisioni concernenti la Direttiva sui Comitati aziendali eu-

(47) *Cass. soc.* 18 gennaio 2011, causa 09-69\99, *Sas Jungheinrich finances holding c. M.D. e a.*, in *Revue juridique de l'économie publique*, 2001, p. 25, citata e commentata da L. Ratti, *Il datore di lavoro e le sue trasformazioni: spunti da una comparazione*, Aa.Vv., *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, 2012, pp. 311-313.

ropei (48), nelle quali l'obbligo di informazione viene attribuito anche all'impresa che esercita il controllo, i giudici europei connettono specifici effetti giuridici all'attività di impresa esercitata nella forma del gruppo di società, considerato come un unico centro di interessi, quanto meno al fine di garantire il più efficace adempimento degli obblighi di informazione nei confronti dei comitati aziendali europei (49).

È indispensabile tener conto di ciò esaminando due decisioni – una riguardante la Direttiva n. 98/59/Ce in tema di licenziamenti collettivi e della portata dell'obbligo di informazione e consultazione, l'altra la Direttiva n. 2001/23/Ce in tema di trasferimento di azienda – le quali, concernendo fattispecie che interessavano gruppi di imprese, hanno destato l'interesse di quanti s'interrogano sulla ipotizzabilità di una contitolarità del rapporto di lavoro nell'impresa di gruppo (50).

Nel primo caso, la Corte europea era stata chiamata a decidere quando sorge l'obbligo di fornire le informazioni e avviare le consultazioni in vista di un licenziamento collettivo, che la direttiva prescrive «in tempo utile», allorché in una impresa di gruppo la decisione strategica di riduzione del personale è presa dalla capogruppo e successivamente adottata dalla controllata, datrice di lavoro dei lavoratori coinvolti nel licenziamento. Sulla scia di precedenti decisioni, adottate in base alle direttive di prima generazione, la Corte ribadisce che l'obbligo di avviare la procedura di consultazione sorge «quando è stata adottata la decisione strategica o commerciale» da parte della *holding*, specificando che tale obbligo grava solo sulla socie-

(48) Corte di Giustizia 20 marzo 2001, causa C 62/99, *Betriesbrat c. Bofrost*, in *Foro it.*, 2001, IV, p. 307; Corte di Giustizia 13 gennaio 2004, causa C 440/00, *Gesamthetriebsrat der Kuhne & Nagel c. Kuhne & Nagel*, in *Foro it.*, 2004, IV, p. 235; Corte di Giustizia 15 luglio 2004, causa C 349/01, *Betriebsrat firma Ads Anker GmbH c. Ads Anker*, in *Foro it.*, 2004, IV, p. 405.

(49) Tali valutazioni compie anche C. Zoli, *Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 524.

(50) Corte di Giustizia 10 settembre 2009, causa C 44/08, *Akavan Erityisalojen Kekusliitto Aek ry e altri c. Fujitsu Siemens Computers Oy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 517, con nota di C. Zoli, cit.; Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, causa C 242/09, *Albron Catering BV c. Fnv Bondegenoten e a.*, in *Foro it.*, 2011, IV, p., 317; Cfr. i commenti di V. Pinto, *I gruppi imprenditoriali tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 890 ss.; O. Razzolini, *Il problema dell'individuazione del datore di lavoro nei gruppi di imprese al vaglio della Corte di Giustizia. Verso un'idea di codatorialità?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 1286 ss.; E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali...*, cit., pp. 293-297, R. Cosio, *Gruppi di imprese e licenziamenti collettivi: le precisazioni della Corte di Giustizia*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, pp. 541 ss.

tà controllata, una volta individuata, nell'ambito della quale possono essere effettuati i licenziamenti, in quanto «un'impresa che controlla il datore di lavoro, anche se può adottare decisioni vincolanti nei confronti di quest'ultimo, non ha la qualità di datore di lavoro» (punto 58), in ossequio al principio che l'organizzazione della direzione del gruppo di imprese è un «affare interno», non rilevante sotto tale profilo.

Il rilievo accordato al dato formale della titolarità del rapporto di lavoro, che secondo alcuni determina per la società controllata una sorta di «responsabilità oggettiva» (51), è stato ritenuto espressione di un principio generale del diritto europeo che considera la relazione di potere che si instaura tra la capogruppo e le controllate come un presupposto fattuale lecito che non comporta la fusione delle attività economiche in un'unica impresa né l'estensione all'ente controllante delle posizioni attive e passive dell'ente controllato, con esclusione pertanto di ogni ipotesi di codatorialità (52).

La decisione nella sua formulazione letterale si presta a una interpretazione del genere. Tuttavia non può essere trascurato che nel caso di specie la Corte di Giustizia, alla ricerca dell'effetto utile dei diritti collettivi di tipo procedimentale, intende soprattutto affermare che l'organizzazione di gruppo e le decisioni della *holding* non possono costituire un espediente per la controllata al fine di eludere l'obbligo di osservare talune procedure, ribadendo quanto affermato in precedenti decisioni vertenti sulla stessa materia (53). La Corte, infatti, non ha affrontato il problema delle modalità di esercizio del potere strategico e di controllo della *holding*, e dell'eventuale suo coinvolgimento nella gestione e conformazione della prestazione di lavoro dei dipendenti delle controllate. Appare improprio, quindi, trarre dalla decisione indicazioni generali di segno contrario alla rilevanza giuridica del fenomeno dei gruppi e alla sua incidenza sui rapporti di lavoro.

E che dal diritto e dalla giurisprudenza europea non derivi una indicazione nel senso della irrilevanza giuridica del gruppo e della necessaria identificazione tra datore di lavoro e titolare del rapporto è dimostrato anche dalla seconda decisione sopra richiamata.

In questo caso, la Corte di Giustizia è stata chiamata a decidere se, ai fini dell'applicazione della Direttiva sui trasferimenti di azienda, potesse essere considerata cedente anche l'impresa presso cui erano assegnati lavora-

(51) E. Raimondi, *op. cit.*, p. 294; C. Zoli, *op. cit.*, p. 523.

(52) V. Pinto, *op. ult. cit.*, p. 895.

(53) Cfr. le considerazioni in tal senso di C. Zoli, *op. cit.*, pp. 523-524, e ivi il richiamo alle altre decisioni del 2001 e del 2004.

tori legati da un contratto di lavoro con altra impresa dello stesso gruppo. La Corte, dopo aver ricordato che l'art. 3 della Direttiva richiede come requisito per l'applicazione della disciplina l'esistenza di un contratto di lavoro o, alternativamente e in modo equivalente, di un rapporto di lavoro alla data del trasferimento, affrontando il caso specifico, aggiunge che, «se in seno a un gruppo di società coesistono due datori di lavoro, uno avente rapporti contrattuali con i lavoratori di detto gruppo e l'altro avente rapporti non contrattuali con essi, può essere considerato cedente ai sensi della direttiva [...] anche il datore di lavoro responsabile dell'attività economica dell'entità trasferita che, a tale titolo, stabilisce rapporti di lavoro con i lavoratori di tale entità, e ciò malgrado l'assenza di rapporti contrattuali con i lavoratori in parola» (punto 31).

Anche in questo caso sarebbe improprio trarre indicazioni di carattere generale, nel senso dell'affermazione della codatorialità, da una pronuncia che ha l'obiettivo di garantire la tutela della direttiva ai lavoratori interessati da un trasferimento d'azienda, indipendentemente dalle vicende che hanno interessato le modalità della loro prestazione resa a favore di un'impresa del gruppo diversa da quella presso cui erano stati assunti. D'altra parte, la Corte di Giustizia, riportandosi alle più ampie conclusioni dell'Avvocato Generale, non si sofferma a descrivere quali debbano essere i requisiti denotativi della coesistenza di due datori di lavoro, il titolare formale del rapporto di lavoro e il datore di lavoro non contrattuale (54).

Tuttavia la sentenza in commento ha una importanza non trascurabile perché, da un lato, conferma la rilevanza del fenomeno dei gruppi di imprese e, dall'altro, al pari della citata sentenza n. 25270/2011 della Cassazione, dimostra che anche per il giudice europeo, nell'ambito di un'attività d'impresa esercitata in forma di gruppo, è ipotizzabile la scissione tra titolarità del contratto di lavoro e soggetto destinatario della prestazione e, quindi, la coesistenza di più datori di lavoro a fronte di un'unica prestazione.

È difficile dire però se da ciò discenderà che anche la Corte di Giustizia sarà chiamata a verificare le concrete modalità di conformazione della prestazione e della distribuzione del potere direttivo tra le varie imprese o tra queste e la capogruppo, per accertare se le strategie del gruppo determinino fittizie scomposizioni della figura del datore di lavoro ovvero la coesistenza di una pluralità di datori.

(54) V. le considerazioni di O. Razzolini, *op. ult. cit.*, pp. 1288-1289, la quale rileva che, nel caso di specie, il carattere permanente dell'assegnazione dei lavoratori ad altra impresa del gruppo rende «fittizia» la coesistenza di due datori di lavoro, e di V. Pinto, *op. cit.*, p. 898, che pone in risalto la specificità del caso, in cui un'impresa del gruppo si era «limitata a intermediare i rapporti di lavoro a favore dell'altra».

6. — *Qualche considerazione conclusiva* — Il tentativo di individuare un filo conduttore nella giurisprudenza del lavoro circa la rilevanza del collegamento societario sul rapporto di lavoro deve tener conto del fatto che la questione è stata portata all'attenzione della giurisprudenza sotto diversi profili e in casistiche tanto differenziate da apparire difficilmente riconducibili a una medesima impostazione giuridica. Per tale motivo, non è agevole cogliere un indirizzo univoco che leghi le varie pronunce che si sono susseguite nel corso degli anni, anche sovrapponendosi, su fattispecie diverse e poco comparabili.

Tuttavia un punto di arrivo univoco è possibile ravvisarlo in quella giurisprudenza che, affinando le tecniche di indagine circa la generale fisiologia dell'attività di impresa svolta in forma di gruppo, ha colto le ipotesi patologiche a cui ha fatto conseguire effetti specifici in relazione ai rapporti di lavoro.

In particolare, l'evoluzione che ha consentito di individuare tali patologie, superando l'indirizzo mirante alla ricerca dell'intento simulatorio o fraudolento, attraverso l'analisi di dati significativi sintomatici della «confusione patrimoniale» (unicità della struttura organizzativa, unicità amministrativa e finanziaria, integrazione tra le attività esercitate) e della «confusione contrattuale» (gestione dei rapporti di lavoro indistinta e promiscua), può considerarsi un approdo della giurisprudenza di merito e di legittimità ormai consolidato e destinato a protrarsi. Questo orientamento, che «ha il pregio di combinare l'assiomaticità del criterio ispiratore e la molteplicità degli indici sintomatici di riferimento» (55), è condivisibile perché fornisce strumenti di indagine obiettivi e idonei a ric collegare le tutele del lavoro a un'impresa unica, mediante la ricomposizione tra la realtà giuridica e la realtà economica, solo apparentemente articolata in una pluralità di imprese.

A diverse conclusioni si deve pervenire in merito alla giurisprudenza relativa ai gruppi genuini, quando cioè la pluralità di società operative sottoposte alla direzione della capogruppo non risponde a finalità opportunistiche o fraudolente.

In queste situazioni, in cui tutti i soggetti che compiono atti di gestione e utilizzano promiscuamente la prestazione sono «veri» datori di lavoro e non vi sono comportamenti fraudolenti da sanzionare, la giurisprudenza sconta la difficoltà di individuare nelle trasformazioni indotte dall'impresa integrata gli elementi idonei a una riconsiderazione generale

(55) G. Meliàdò, *Imprese a struttura complessa, controllo dei fenomeni di esternalizzazioni e interpretazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2012, c. 3329.

dell'impresa rilevante per il diritto del lavoro. Di conseguenza ha difficoltà a procedere verso una rinnovata qualificazione del rapporto di lavoro in rapporto alle concrete modalità di svolgimento della prestazione e del riparto del potere direttivo, al fine di conformare la situazione di diritto alla situazione di fatto, secondo il principio di effettività che caratterizza il diritto del lavoro.

Forse perché ancora restia ad abbandonare gli schemi mentali seguiti nella ricerca del «vero» datore di lavoro nelle frammentazioni fraudolente e nelle varie ipotesi di illecita interposizione, la giurisprudenza non ha raggiunto in tali casi un orientamento univoco e consolidato, come dimostra la diversità delle tecniche argomentative adoperate. Da un lato, continua a mantenere fermo il riferimento alla frode «come limite alla rilevanza giuridica dell'alterità degli enti sociali» (56); dall'altro, si preoccupa di accertare la sussistenza dei requisiti denotativi di un unico centro di imputazione di interessi, senza però chiedersi chi sia nell'impresa di gruppo il soggetto al quale debba attribuirsi la qualità di datore di lavoro. Altre volte si sofferma sulla dissociazione tra titolarità formale del rapporto ed effettiva utilizzazione delle prestazioni per individuare il soggetto del gruppo cui attribuire la titolarità del rapporto di lavoro al di là delle apparenze, in fattispecie nelle quali l'imputazione del rapporto può essere «alternativa» o «cumulativa», senza porsi il problema della struttura bilaterale o plurilaterale del rapporto di lavoro (57). Infine, le poche decisioni della Suprema Corte dalle quali può desumersi il riferimento, seppure non esplicito, a una ipotesi di codatorialità (58), sembrano frutto della particolare sensibilità degli estensori, studiosi della materia, più che un punto di arrivo frutto della elaborazione condivisa della giurisprudenza della Corte.

È lecito prevedere che in futuro la giurisprudenza sarà chiamata a delineare a tal riguardo schemi giuridici più precisi, non potendo sottrarsi alla funzione di controllo di conformità del modello legale al diverso tipo sociale che il passaggio dall'impresa atomistica all'impresa-rete determina.

Probabilmente sarà chiamata ad approfondire il tema della codatorialità e della contitolarità del rapporto di lavoro, verificando, ad esempio, la fonte contrattuale dell'istituto – quando cioè nel momento genetico del rapporto di lavoro sia pattuito che la prestazione possa essere utiliz-

(56) G. Meliadori, *op. ult. cit.*, c. 3331.

(57) Cfr., sotto tale profilo, S.P. Emiliani, *op. cit.*, p. 493.

(58) Il riferimento è in particolare a Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, cit.; Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, cit.

zata indifferentemente dall'impresa che formalmente assume o da altra a essa collegata all'interno del gruppo (59) – ovvero rapportandolo alla struttura gerarchica o meno del gruppo di imprese in cui è resa la prestazione di lavoro. Distinguendo, in tal caso, l'ipotesi in cui il nesso tra la prestazione e le varie imprese discenda soltanto dagli intrecci organizzativi e operativi tra società paritarie tra loro collegate, che lascia a ciascuna impresa la piena autonomia nell'organizzazione e gestione della forza lavoro, dal caso in cui il vincolo gerarchico con la *holding* non impone soltanto di seguire le scelte strategiche di quest'ultima, ma anche di conformare i rapporti di lavoro alle imposizioni relative a trasformazioni produttive, soppressione di reparti, accentramento di fasi produttive, riduzione di personale.

In tutte queste evenienze, tutt'altro che infrequenti nell'attività produttiva organizzata nella forma del gruppo di imprese, la giurisprudenza dovrà compiere un esame più penetrante delle concrete modalità di svolgimento della prestazione e dell'esercizio individuale o congiunto del potere direttivo, attraverso una operazione interpretativa complessa che permetta di cogliere l'influenza che il collegamento tra società può esercitare sui rapporti di lavoro sotto vari profili, quali, ad esempio, la titolarità del potere disciplinare, l'ambito dell'obbligo di fedeltà, le modalità di esecuzione dell'obbligo di lavoro e dell'estinzione dello stesso.

Se si porrà nella prospettiva della codatorialità, la giurisprudenza dovrà risolvere il problema inerente alla «contraddizione logica» che deriverebbe dall'attribuzione a più soggetti della piena titolarità del rapporto di lavoro (in quanto assoggetterebbe il lavoratore al potere di direzione di due soggetti distinti, con potenziale esercizio contraddittorio). Una contraddizione desunta da taluno in termini generali sulla base di una giurisprudenza che in tema di interposizione illecita di manodopera ha naturalmente escluso la contestuale contitolarità tra interponente e interposto (60), e che, invero, non ha motivo di essere nella prestazione resa in una impresa di gruppo quando la stessa è diretta alla soddisfazione dell'interesse del gruppo e nello stesso tempo è conformata in maniera congiunta tra più società o tra la capogruppo e la società datore contrattuale.

(59) Tale ipotesi è stata valutata da Trib. Monza 28 aprile 2004, cit.

(60) Mette ciò in evidenza S.P. Emiliani, *op. cit.*, p. 502, citando Cass. 9 aprile 1977, n. 1362; Cass. 21 marzo 1997, n. 2517, il quale però non considera adeguatamente che il contenuto di quelle pronunce, che escludono che interponente e interposto possano essere contestualmente titolari dello stesso rapporto, discende dal fatto che la finalità della norma che impone il divieto di interposizione è proprio quella di scovare il «vero» datore diverso da quello apparente.

Probabilmente, i giudici del lavoro dovranno anche ritornare con maggiore approfondimento su un tema finora appena accennato: la riferibilità della pluralità dei datori di lavoro alla categoria dottrinale dell'obbligazione soggettivamente complessa (61), in base alla quale a un unico lavoratore e a un'unica obbligazione (di lavoro) corrisponde una pluralità di creditori (datori di lavoro), che appare la più pertinente perché ipotizza una contitolarità del rapporto unico in cui la prestazione lavorativa destinata a soddisfare l'interesse collettivo del gruppo non viene scomposta in una (fittizia) pluralità di rapporti, quante sono le società del gruppo (62).

In poche parole è prevedibile che la giurisprudenza sarà chiamata ancora a delineare con maggiore nettezza i caratteri della subordinazione al cospetto del fenomeno dell'impresa di gruppo. C'è da augurarsi che accolga l'invito a non restare rigorosamente ancorata a una «nozione di subordinazione in termini strutturalmente bilaterali che ha irrigidito un dato modello social-tipico, rendendo la nozione stessa incapace di cogliere il carattere dinamico del capitalismo e, per ciò, delle stesse relazioni di lavoro» (63).

(61) F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa profili sistematici*, Milano, 1974, che si contrappone all'indirizzo che ravvisa tanti rapporti obbligatori quanti sono i creditori; cfr. M. Bianca, *Diritto civile. L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 699 ss.; cfr. A. Di Majo, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, pp. 299 ss.

(62) A tali conclusioni in termini condivisibili giunge O. Razzolini, *op. cit.*, pp. 286 ss., che rileva che la questione è stata risolta in termini simili dalla giurisprudenza spagnola.

(63) M. Barbera, *Trasformazione della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in Aa.Vv., *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Milano, 2010, p. 31

ABSTRACT

La giurisprudenza che si è occupata dell'individuazione del datore di lavoro effettivo nel gruppo di imprese ha raggiunto un orientamento consolidato e condiviso in riferimento alle frammentazioni fraudolente delle attività produttive, individuando oggettivi elementi sintomatici dell'unitarietà dell'attività. Con riferimento ai gruppi genuini, la ricerca del datore di lavoro è realizzata con tecniche argomentative diverse e solo in poche sentenze si fa riferimento al rapporto di lavoro come obbligazione soggettivamente complessa che vede, a fronte di un'unica prestazione resa a favore di più soggetti, una pluralità di datori di lavoro.

THE EMPLOYER'S RESEARCH IN THE GROUP COMPANY:
JOINT EMPLOYERSHIP UNDER THE SCRUTINY OF THE LAW

There is a precise and well-established approach in case law about the illicit fragmentation of the legal personality of the employer within the employment contract. Courts have outline objective symptomatic elements in order to assess the univocal legal nature of the «economic entity» acting as an employer. Many different argumentative speeches have been used in order to reveille the fraudulent fragmentation of legal personality. Among them, only few judgements refer to the idea of an obligation that binds the employee to perform in favour of many different employers.

Marzia Barbera (*)

IL LICENZIAMENTO ALLA LUCE DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO (**)

SOMMARIO: 1. L'identificazione della fattispecie. I divieti di discriminazione sono i «soldati di Salamina»? — 2. Cos'è discriminazione: verso un'apertura controllata del sistema antidiscriminatorio. — 3. La tesi del licenziamento discriminatorio perché ingiustificato. Critica. — 4. Discriminazione e motivo illecito. Discriminazione e giustificazione. — 5. Accertamento della giustificazione e accertamento della discriminazione. Chi prova che cosa. — 6. Discriminazione e giustificazione tipica. Il problema del licenziamento di rappresaglia o ritorsione e le posizioni della giurisprudenza. — 7. Un caso di falsa interpretazione estensiva dei divieti di discriminazione: i licenziamenti di rappresaglia o ritorsione per motivi sindacali. La rappresaglia o ritorsione come fattispecie tipica di discriminazione. — 8. Un caso di vera interpretazione estensiva: il licenziamento per rappresaglia o ritorsione dovuto a motivi atipici come ipotesi di discriminazione-molestia.

1. — *L'identificazione della fattispecie. I divieti di discriminazione sono i «soldati di Salamina»?* — L'osservazione che, in passato, ha accompagnato costantemente le analisi della legislazione antidiscriminatoria – vale a dire la sua scarsa giustiziabilità e, di conseguenza, la sua sostanziale irrilevanza – può ormai considerarsi un luogo comune nel senso più proprio del termine, vale a dire un'opinione che, «essendo ritenuta una ovvietà, non richiede alcuna prova né ci si attende che sia sottoposta a critica o falsificazione», e che, perciò, «resiste perfino all'evidenza, con cui comunque viene raramente confrontata» (1). Esiste, infatti, un *corpus* consistente di sentenze di giudici di merito, reperibile senza eccessive difficoltà, che fornisce al suddetto luogo comune una forte evidenza contraria (2). Esso costituisce,

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

(**) Una versione ridotta di questo scritto è destinata agli studi in memoria di Gianni Garofalo.

(1) Così *Wikipedia*, in una delle voci più ironiche e paradossali di questa straordinaria enciclopedia virtuale: come avverte l'epigrafe, infatti, le stesse definizioni fornite dell'espressione luogo comune «sono luoghi comuni, allorché pretendono di confutarli».

(2) Per una raccolta ragionata di una sessantina di casi v. A. Guariso (a cura di), *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, in *Quaderni di Apn*, n. 2, 2012.

insieme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle Direttive degli anni 2000, una forma non più embrionica ma in atto di teoria giurisprudenziale della discriminazione, dalla quale la riflessione dottrinale non può ormai prescindere.

È vero, tuttavia, per quel che riguarda la giurisprudenza nazionale, che i casi decisi hanno riguardato finora, prevalentemente, la discriminazione razziale ed etnica o legata alla nazionalità di stampo istituzionale, vale a dire messa in atto da decisori pubblici (amministrazioni locali, di massima) più che da decisori privati. Ed è vero anche che controversie di questo genere sono arrivate in Cassazione soltanto due volte e per questioni legate al rito e alla giurisdizione, a causa delle caratteristiche che lo speciale procedimento cautelare previsto per queste ipotesi di discriminazione ha avuto fino alla riforma del 2011; caratteristiche che hanno disincentivato le parti a introdurre il giudizio di merito (3). Questo ha contribuito a mantenere le controversie in tema di discriminazione in qualche modo lontane tanto dalle vicende cui i cultori del diritto del lavoro s'interessano maggiormente, quanto dai livelli più alti della giurisdizione.

(3) Si tratta del d.lgs. n. 150/2011, che ha ricondotto alcuni procedimenti speciali dal procedimento sommario di cognizione a uno dei tre modelli processuali previsti dal codice di procedura civile, insieme al rito del lavoro e a quello ordinario. Il rito di cui agli art. 4 dei d.lgs. n. 215 e n. 216, inquadrabile – secondo quanto chiarito dalla Cassazione stessa – nel procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss. cod. proc. civ. (si veda, in questo senso, Cass., Ss.Uu., 7 marzo 2008, n. 6172), si concludeva, in fase di opposizione, con un'ordinanza immediatamente esecutiva insuscetibile di passare in giudicato, dovendosi, al fine di ottenere una pronuncia avente effetti di cosa giudicata, istaurare il giudizio di merito; cosa che le parti non erano incentivate a fare per la potenziale moltiplicazione dei procedimenti (primo grado e reclamo cautelari/primo grado e secondo grado di merito). Le cose sono cambiate – come si diceva – con l'entrata in vigore dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011, che ha disposto che le controversie in materia di discriminazione per motivi, fra l'altro, di nazionalità di cui all'art. 44 del d.lgs. n. 286/1998, per motivi etnico-razziali di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 215/2003, per motivi di credo religioso o convinzioni personali, età, disabilità (anche extralavorativa *ex* legge n. 67/2006) o orientamento sessuale di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003, per motivi di genere nell'ambito dell'offerta di beni e servizi di cui all'art. 55-*quinquies* del Codice per le pari opportunità, saranno regolate dal rito sommario di cognizione di cui al Capo III-*bis* del Titolo I del Libro IV cod. proc. civ. (art. 702-*bis*, *ter* e *quater*). Avverso l'ordinanza emanata in primo grado dal giudice monocratico potrà essere presentato ricorso alla Corte d'Appello entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notifica. L'ordinanza della Corte d'Appello potrà essere impugnata dinanzi alla Cassazione. La principale novità, dunque, parrebbe costituita dal fatto che l'ordinanza emessa dal giudice monocratico, se non appellata, passa in giudicato. Restano invece ferme le disposizioni relative al procedimento cautelare regolato dall'art. 38 del Codice di pari opportunità in riferimento alle discriminazioni di genere, destinato a chiudersi ancora con un decreto che non produce gli effetti di cui all'art. 2909 cod. civ.

Le cose sembrano destinate a cambiare rapidamente, sia per la rilevanza assunta da alcune recenti applicazioni del diritto antidiscriminatorio ai rapporti di lavoro interprivati (mi riferisco al caso deciso dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Roma riguardante una discriminazione collettiva per ragioni sindacali) (4), sia per uno degli effetti (voluti) della recente riforma del sistema di sanzioni del licenziamento illegittimo, vale a dire l'improvvisa rarefazione del livello più alto della tutela del posto di lavoro: quella della stabilità reale piena.

Il nuovo testo dell'art. 18 riserva, infatti, ormai solo ai licenziamenti discriminatori, insieme a quelli viziati da altre cause di nullità o da motivo illecito, «la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro» (5).

La tecnica utilizzata dal legislatore è di definire il licenziamento discriminatorio rinviando a un elenco di norme, che a loro volta rinviano ad altre ancora, ma omettendone altre, in particolare quelle che definiscono espressamente come discriminatori i licenziamenti per ritorsione legati a motivi tipici, cosicché anche l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria rimane testualmente non definito. Il che non significa, tuttavia, che non sia definibile. Così come, prima della riforma, l'art. 18 rinviava ad altra legge per stabilire quali fossero i licenziamenti invalidi, mentre gli effetti che si producevano in caso d'invalidità discendevano automaticamente dalla legge stessa (6), allo stesso modo la graduazione delle sanzioni attuata dalla riforma non ha causato una ridefinizione delle diverse fattispecie di recesso illegittimo o illecito, poiché non ne ha modificato i profili di disciplina sostanziali (7).

(4) Vd. Tribunale Roma 21 giugno 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 355; Corte d'Appello Roma 19 ottobre 2012, inedita, a quanto consta, reperibile all'indirizzo http://www.asgi.it/public/parser_download/save/corte_appello_roma_19102012.pdf.

(5) Ciò realizza l'estensione della reintegrazione anche al di fuori del campo di applicazione dell'art. 18 (era già così per il licenziamento discriminatorio, ma non per altri casi di nullità). Viene dunque meno quella distinzione tra nullità di diritto speciale e nullità di diritto comune che ha dato luogo a non pochi problemi interpretativi (così M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 460). Nello stesso senso P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, in corso di pubblicazione.

(6) Cfr. M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1980, p. 150.

(7) Si tratta del combinato degli articoli: 15 Stat. lav.; 3, legge n. 108/1990; 5, comma 5, legge n. 135/1990; 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione; 2 e 4-bis, d.lgs. n. 215/2003; 2, 4 e 4-bis, d.lgs. n. 216/2003; 2, d.lgs. n. 145/2005; 25, 26, 35, 41-bis e 55-ter, d.lgs. n. 198/2006; 3 e 54, d.lgs. n. 150/2011.

È, dunque, non solo al nuovo testo dell'articolo, ma al coordinamento della serie di norme relative a divieti di discriminazione esistenti nel nostro ordinamento (i quali coprono *qualsiasi discriminazione* messa in atto prima o nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro e dunque anche il licenziamento) che bisogna rivolgere l'attenzione per identificare la fattispecie di licenziamento discriminatorio assistita dal regime della reintegrazione piena; e l'esito di questa operazione conduce al risultato che detta fattispecie include il licenziamento dovuto a motivi politici, religiosi e legati alle convinzioni personali, razziali, di lingua, colore, ascendenza o origine nazionale, provenienza regionale, condizione di straniero, genere, gravidanza, maternità e paternità (anche adottive), matrimonio, condizioni familiari, handicap, affezione da Hiv, età, orientamento sessuale, transessualità, nonché il licenziamento per ritorsione riconducibile ai suddetti motivi (8).

(8) Va ricordato che già con sentenza 22 gennaio 1987, n. 17, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 431, la Corte Costituzionale, richiamandosi alla sentenza n. 204/1982, ha affermato, in riferimento ai licenziamenti discriminatori, che «l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro, non è né speciale né eccezionale ma dotato di forza espansiva che lo rende riferibile e applicabile anche a casi diversi da quelli in esso contemplati e tuttavia a essi però assimilabili sotto il profilo della identità di *ratio*». Ci si è chiesti quanto questo schema interpretativo possa trovare ancora applicazione, e, in proposito, la dottrina (a prescindere dalla posizione, critica o adesiva, assunta sul punto) tende, per lo più, a ritenere in atto un processo di «emarginazione», quando non di «sgretolamento», del principio della reintegrazione (cfr. P. Alleva, *Proposta di emendamenti al d.d.l. sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*, in www.dirittisocialiecittadinanza.it, 17 aprile 2012, p. 2; M. Magnani, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, p. 12; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 552; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al Convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» su «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», Pescara 11-12 maggio 2012, in <http://www.pietroichino.it>, p. 9; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 615; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 437; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2012, p. 53; vanno, comunque, registrate anche posizioni di segno opposto: di «capacità espansiva della reintegrazione» parla, ad esempio, O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2012, p. 12). In realtà, mentre, nonostante il riassorbimento delle ipotesi di reintegrazione derivante da «nullità di diritto comune» nelle previsioni del comma 1 dell'articolo 18, è dubbio che possa ancora parlarsi di «forza espansiva» della norma, il carattere residuale o meno della tutela reale dipenderà in larga parte da come la giurisprudenza ricostruirà le nozioni di «insussistenza» e «manifesta insussistenza» del fatto e dalla sua attitudine

Nei casi, invece, di licenziamento ingiustificato (lungo uno spettro che va dalla manifesta insussistenza del fatto alla mancata indicazione dei motivi, passando per l'insufficiente giustificazione), la sanzione è ora graduata fra un massimo della cd. reintegra debole (annullamento, reintegrazione e indennità risarcitoria) e un minimo della cd. tutela indennitaria debole (indennità pari a sei mensilità di retribuzione).

È un timore tutt'altro che infondato che questa improvvisa fortuna della tutela antidiscriminatoria possa comportare un prezzo alto in termini di tutela complessiva dei diritti in gioco, e anzi del modo stesso di concepirli. Che i divieti di discriminazione diventino i «soldati di Salamina» (9), i difensori ultimi dei diritti assoluti della persona in gioco nelle vicende che pongono fine a un rapporto di lavoro, implica un'inaccettabile riduzione degli altri diritti al rango di meri interessi patrimoniali e implica anche una perdita di senso della funzione propria della tutela antidiscriminatoria, che si situa su un piano di sostegno ma non di sostituzione della tutela assicurata dai diritti fondamentali sostanziali. A tale rango appartiene anche il diritto al lavoro nella sua particolare accezione di diritto a non subire un licenziamento ingiustificato (10), in particolare dopo il suo espresso riconoscimento a opera dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali Ue, che segue quello operato dall'art. 24 della Carta sociale europea e dalla Convenzione Oit n. 158/1982 (11).

ad allontanarsi o meno dalle tipizzazioni di giustificato motivo e giusta causa sedimentatesi in questi anni (si veda in questo senso anche F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore e il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, 15 ottobre 2012, ord.)*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 907 ss.; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, *ivi*, 2012, pp. 800 ss.).

(9) «Soldati di Salamina», nel libro di Javier Cercas dal titolo omonimo, sono gli eroi (spesso dimenticati) cui si affidano le sorti ultime delle comunità in pericolo (*Soldati di Salamina*, Guanda, Milano, 2002).

(10) Così Corte Cost. 4 dicembre 2000, n. 541, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 203, con nota di A. Sbrocca (licenziamento in periodo di prova); Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 218, con nota di N. Ghirardi (ammissibilità referendum su art. 18); Corte Cost. 10 febbraio 2006, n. 56, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 505 ss., con nota di A. Vallebona (licenziamento docenti fuori ruolo).

(11) Sulla natura di diritto fondamentale del diritto alla sussistenza di una giustificazione del recesso cfr. anche M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 549 ss.; G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, *ivi*, 2012, pp. 625 ss.; V. Speciale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, 2012, p. 9.

Come si ricorderà, una delle ipotesi di cui si è discusso maggiormente nel dibattito che ha preceduto la riforma era quella di lasciare quale filtro dei licenziamenti per motivo economico esclusivamente il loro costo per l'impresa, consentendo al datore di lavoro di licenziare (indennizzandolo) il lavoratore al di fuori da ogni controllo del giudice ove egli avesse valutato che la perdita da attendersi dalla prosecuzione del rapporto superasse l'insieme dei costi, diretti e indiretti, connessi al licenziamento. Il venir meno del sindacato giudiziale sulle scelte economico-organizzative dell'imprenditore avrebbe consentito, secondo questa prospettazione, di escludere dalle vicende relative al recesso economico un soggetto – il giudice – che, per il fatto di non essere competente di gestione aziendale e di non sopportare il costo dei propri errori di valutazione, avrebbe rivestito di fatto, impropriamente, il ruolo di supervisore della correttezza economica dell'operato dell'imprenditore e, proprio per il difetto di competenza specifica, avrebbe adottato giudizi quanto mai aleatori (12).

In realtà, come è stato già osservato, è dubbio che il giudizio sulla ricorrenza del g.m.o. sia stato effettuato in passato dai giudici esclusivamente sulla base di un implicito calcolo di convenienza alla prosecuzione del rapporto di lavoro per il datore di lavoro, essendo influenzato, piuttosto, da altre considerazioni di giustizia più propriamente normativo-prescrittive e indipendenti da considerazioni di sola efficienza, quali l'esigenza di tutelare il reddito vitale e la dignità stessa della persona, messi in forse proprio dal recesso (13).

Ma ciò che, forse, non è stato colto fino in fondo è che quella proposta, che in buona sostanza affidava alla volontà della parte datoriale il mantenimento o meno del vincolo contrattuale, non implicava solo la fine del sindacato giudiziale ma una vera e propria «denormativizzazione» del licenziamento, se è vero che il test decisivo perché si possa parlare dell'esistenza di una norma giuridica è che vi sia «*a rule existing independently of the will of the parties*» (14) e la possibilità che un'agenzia diversa dalle parti (in particolare della parte obbligata) possa aggiudicare una disputa, dando concretezza all'imperatività della norma e assicurando così certezza al diritto. È singolare che nella polemica sull'ampiezza eccessiva che la discrezionalità giudiziale

(12) Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 439 ss.

(13) Vd. M. Novella, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, nota a Cass. 9 marzo 2004, n. 4790, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, pp. 791 ss.

(14) H. Lauterpacht, *The Function of law in the international community*, Clarendon Press, Oxford, 1933, ripubblicato nel 2000 da The Lawbook Exchange, pp. 419-420.

le avrebbe nel nostro sistema, polemica che ha accompagnato questa riforma (ma anche altre riforme degli anni scorsi) (15), sia rimasto in ombra come altre soluzioni delle controversie, quali quelle che, assegnando alla volontà di una parte la soluzione del caso, implicino un grado sicuramente maggiore di imprevedibilità e arbitrarietà dello stato delle cose finale.

Questa sostanziale «denormativizzazione» del recesso, come si è detto, non ha avuto luogo, ma è certo che il passaggio a un sistema di sanzioni graduate implica anche il passaggio a una graduazione del giudizio di disvalore riservato al recesso privo dei presupposti previsti dalla legge. Se non si può più parlare di «denormativizzazione», si può parlare di aumento dell'incertezza giuridica, di appannamento dei confini fra lecito e illecito: conseguenza, ad esempio, della comparsa di distinzioni come quella fra fatto «insussistente» e «manifestamente insussistente».

Che oggi le ragioni del licenziamento continuino sì a essere apprezzate dal giudice, ma con esiti radicalmente diversi a seconda della natura di tali ragioni, si spiegherebbe con il fatto che, mentre nei casi previsti dai commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 18 (licenziamento discriminatorio, licenziamento disciplinare) sarebbero in gioco diritti fondamentali della persona o la sua onorabilità, nel caso del licenziamento economico sarebbe in gioco «*soltanto* un interesse economico-professionale» (16). Il ritenere che *anche* la perdita ingiustificata del posto di lavoro leda un diritto fondamentale, e che dunque anche in questo caso la tutela debba essere una tutela ispirata alla piena riparazione del diritto leso, sarebbe espressivo di una concezione «proprietaria» del posto di lavoro (17).

Non condivido questo modo di impostare i termini della questione di quali siano i beni in gioco in un licenziamento. L'idea che il licenziamento *ingiustificato* leda di per sé un diritto fondamentale non si pone nella dimensione vetusta, si potrebbe dire quasi premoderna, dei diritti di proprietà (la *job property*), ma in quella, del tutto attuale, dei diritti che attengono all'autonomia della persona. All'interno di quest'orizzonte di riferimento, la perdita ingiustificata del lavoro non pare sufficientemente compensata

(15) Si pensi alle disposizioni dell'art. 30 della legge n. 183/2010, le quali stabiliscono che in caso di applicazione di clausole generali, comprese le norme in tema d'instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri del datore di lavoro, trasferimento di azienda e recesso, «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

(16) Cfr. P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 11 (il corsivo è di chi scrive).

(17) *Ivi*, p. 12.

da un mero (e talvolta davvero modesto) indennizzo pecuniario, perché il lavoratore o la lavoratrice non stanno perdendo unicamente la loro fonte di reddito, stanno perdendo anche un progetto di autonomia, un disegno di sviluppo della propria personalità e delle proprie capacità sia in ambito individuale che collettivo.

La giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale sul carattere costituzionalmente necessitato del solo principio della giustificazione, e non anche di un sistema di garanzie reali di detto principio (18), va dunque profondamente ripensata, anche alla luce dei principi europei di proporzionalità, efficacia e dissuasività delle sanzioni. Peraltro, questi stessi principi richiederebbero di essere coerenti anche nell'adozione della *liability rule*, che si declina secondo scelte che sono sempre di natura collettiva (19). La *liability rule* non solo impone una valutazione (sia pure presuntiva) del valore che un certo bene riveste quanto più possibile vicino al valore reale che esso ha per la persona offesa, ma include anche strumenti come i danni punitivi (di cui non vi è traccia nella riforma), che hanno una funzione che va oltre il ristoro del danno individuale, avendo come scopo anche la riaffermazione dei principi e delle regole dell'ordinamento violate, soprattutto in caso di lesione dei diritti fondamentali.

Questa dimensione *prescrittiva* forte della disciplina legale del licenziamento sembra essersi ritratta alle sole disposizioni che riguardano il licenziamento discriminatorio: l'unico, considerata l'astrattezza delle altre ipotesi di nullità e di motivo illecito, che rinvii espressamente alla tutela dei diritti della persona.

C'è il rischio, allora, che si sia tentati di sostenere che qualsiasi licenziamento arbitrario sia discriminatorio, perché la posta in gioco sarà molto alta, trattandosi della possibilità di accedere o meno alla reintegrazione piena del diritto leso (salvo prova contraria, le «altre ipotesi di nullità» e il motivo illecito sembrano avere una funzione residuale, in qualche caso, come si dirà, foriera di gravi fraintendimenti).

Se questa tendenza a diluire il significato proprio della tutela antidiscriminatoria si affermasse (e vi è già qualche segnale in questo senso), essa perderebbe la sua fisionomia e la sua forza.

La *ratio* della specialità della tutela antidiscriminatoria e, al tempo stesso, della singolare efficacia dei suoi strumenti applicativi, risiede nel particolare disvalore attribuito a diseguaglianze che nascono da caratteristiche

(18) V. ancora Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, cit.

(19) Vd. G. Calabresi, A.D. Melamed, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard law rev.*, 1972, p. 1090.

costituenti l'identità soggettiva della persona e nel riconoscimento del carattere *sistematico* delle forme di discriminazione espressamente menzionate, che rendono tali distinzioni qualitativamente diverse da comportamenti scorretti e da distinzioni arbitrarie, ingiustificate o ingiuste che possono colpire occasionalmente e in modo indistinto *tutti i lavoratori*.

La discriminazione non è assimilabile ad altre ipotesi di arbitrarietà o illiceità della condotta perché consente, per il suo rinvio a dati di tipicità sociale, di fare ragionamenti comparativi di giustizia e, nell'evoluzione più recente della fattispecie discriminatoria, quella discriminazione-molestia, di contrastare comportamenti che siano intimidatori, ostili, degradanti, umilianti, offensivi, per la persona e comunque lesivi della sua dignità.

I divieti di discriminazione hanno, dunque, una capacità diagnostica loro propria, che è ignota ad altre tecniche di controllo dell'esercizio dell'autonomia privata e dei poteri pubblici. L'elenco dei fattori vietati rivela immediatamente l'esistenza di fenomeni storici di stigmatizzazione e di negazione del valore intrinseco della persona umana; rinvia a strutture politiche e sociali diseguali, a una riconoscibile disparità di potere, di capacità di rappresentanza degli interessi di gruppo e di forza di mobilitazione; a situazioni radicate di svantaggio e vulnerabilità sociale. Si tratta di fenomeni di diseguaglianza strutturale, diversi dagli svantaggi sporadici e transitori o dagli arbitri che possono colpire chiunque ed essere il prodotto di circostanze fortuite o di decisioni isolate. Infine, poiché il superamento della discriminazione avviene attraverso il ristabilimento di condizioni di parità nell'accesso o nella conservazione dei beni, dei vantaggi o delle opportunità presi in considerazione, i divieti di discriminazione assolvono anche a una funzione, in senso lato, redistributiva.

Se si considera tutto ciò, è agevole comprendere come, in tutti i casi di discriminazione, il giudice si trovi a esercitare un sindacato diverso dal mero sindacato di legittimità. Quello che abilita il giudice a esercitare un controllo severo delle scelte pubbliche e private, di tipo antimaggioritario, è il carattere *sospetto* che tali scelte assumono quando riguardano gruppi sociali sistematicamente svantaggiati, mettendo in gioco la pari dignità delle persone.

Ed è sempre il carattere strutturale, sistematico delle discriminazioni, la loro tipicità sociale, a legittimare un regime della prova alleggerito e a rendere «verosimile» la prova statistica, a richiedere forme specifiche di rimedi restitutori e inibitori (come i piani di azione positiva e di rimozione delle discriminazioni), a consentire il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale anche in funzione dissuasiva e in assenza di colpa, a istituire forme collettive di legittimazione ad agire.

Tutto ciò costituisce un sottosistema normativo avente caratteri distintivi propri che occorre non forzare, pena, come si è detto, la perdita della sua *ratio*, della sua tenuta sistematica e della sua stessa legittimità. Né vale a smentire la specificità di tale sottosistema una persistente asimmetria di tutela tra i vari fattori di discriminazione, dovuta al diverso campo di applicazione dei divieti e alla diversa ampiezza delle deroghe e delle giustificazioni ammesse. Del sottosistema, il diritto antidiscriminatorio presenta le caratteristiche tipiche, che sono quelle dell'ispirarsi a una finalità unitaria e dell'avvalersi di tecniche normative tendenzialmente simili (20).

2. — *Cos'è discriminazione: verso un'apertura controllata del sistema antidiscriminatorio* — Quanto detto finora non deve essere inteso come un arroccamento in posizioni «originaliste». È difficile non riconoscere che il sistema antidiscriminatorio conosce esso stesso un'evoluzione verso forme d'illecito che rinviano a giudizi di tipo assoluto e un'apertura a forme non espressamente tipizzate di discriminazione.

Mi riferisco, in particolare, alla nozione di discriminazione accolta dalle direttive di nuova generazione, che tende ad andare oltre la struttura tradizionalmente relazionale della tutela antidiscriminatoria, nonché alle disposizioni in tema di eguaglianza e non discriminazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 20-26), che, oltre a sanzionare forme nuove di discriminazione (come quelle basate sulle caratteristiche genetiche) e a richiamare, con il riferimento alle discriminazioni basate sul patrimonio e la nascita, la formula aperta utilizzata dalla nostra Carta costituzionale all'art. 3 (condizioni sociali), apre l'elenco di quelle esplicitamente sanzionate con l'espressione «in particolare», che fa propendere per il carattere non tassativo ma esemplificativo di tale elenco.

È agendo su queste due aperture del sistema che può giungersi a un'estensione in via interpretativa dei divieti tipizzati ad altre ipotesi di uso arbitrario del potere di recesso, a patto che tale apertura sia guidata dal controllo argomentativo.

Penso, soprattutto, al concetto di *discriminazione-molestia*, introdotto dalle direttive europee di nuova generazione in relazione non solo al sesso ma a tutti i fattori vietati e recepito poi in tutti gli ordinamenti nazionali. Secondo il legislatore, le molestie sono da considerarsi discriminazioni, e

(20) Per un'analisi più dettagliata di tali profili si rinvia a M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. XXXI ss.

perciò vietate, quando si sostanziano in un comportamento indesiderato, adottato per uno dei motivi vietati e «avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo». Qui l'attenzione della legge è tutta sull'ideoneità dell'atto a ledere il bene protetto, senza la necessità di instaurare un confronto con la situazione di altri soggetti, in quanto ciò che è in gioco è la violazione della dignità umana dei soggetti tutelati.

Allo stesso risultato l'interprete può arrivare sulla base di un uso accorto dell'interpretazione estensiva o analogica, di cui si discuterà nelle pagine finali di quest'articolo. Ci si troverà, nel far questo, a camminare su uno stretto crinale, in cui, da una parte, vi sono bisogni di tutela da atti arbitrari non più pienamente soddisfatti dalla normativa di carattere sostanziale e che la tecnica antidiscriminatoria potrebbe viceversa accogliere; dall'altra parte, esigenze di coerenza sistematica che portano a preservare i confini della fattispecie tipica denominata «discriminazione», affidandone l'ampliamento a un processo interpretativo controllato sotto il profilo funzionale.

3. — *La tesi del licenziamento discriminatorio perché ingiustificato. Critica* — I rischi di una perdita di senso della tutela antidiscriminatoria sono evidenti anche nella discussione insorta intorno alla tesi che suggerisce di considerare come discriminatorio qualsiasi licenziamento ingiustificato. Mi riferisco, in particolare, alla posizione espressa da Maria Teresa Carinci, secondo la quale la discriminazione va ricostruita come ipotesi d'illiceità della causa, intendendo per causa non gli effetti tipici dell'atto, ma «gli interessi concreti che tramite quegli effetti si vogliono soddisfare» (21). Se il licenziamento, che è un atto connotato da una finalità tipica, non persegue gli unici interessi protetti dall'ordinamento (riassumibili nell'esistenza di una causa di giustificazione tipica: g.c. o g.m.), allora dovrà dirsi che il licenziamento ha una causa illecita ed è pertanto discriminatorio. Peraltro, l'Autrice specifica che «nel caso dei negozi unilaterali – com'è l'atto di licenziamento – causa e motivi finiscono per confondersi», con le ulteriori precisazioni che a produrre la nullità dell'atto è necessario che il motivo illecito sia determinante, ma non anche che sia comune e neppure che sia esclusivo (affermazione, quest'ultima, di cui non si comprende bene il senso, posto che, nella prospettazione dell'Autrice, il motivo illecito non può convivere con una finalità tipica perché l'uno implica l'assenza dell'altra) (22) e che i divieti di

(21) Cfr. M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., p. 555.

(22) Sulla necessità di provare che il motivo illecito, oltre che determinante, sia anche esclusivo, si attesta, invece – come si vedrà –, la giurisprudenza prevalente.

discriminazione – in quanto patologie della causa – rilevano sul piano oggettivo, a prescindere dal motivo soggettivo o psicologico che ha indotto il datore di lavoro a porre in essere l'atto.

Dunque, ingiustificato coinciderebbe con discriminatorio, con due ulteriori corollari: il primo è che le varie ipotesi di licenziamento discriminatorio costituirebbero specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito; il secondo, che la nozione di discriminazione non rinvierebbe più soltanto ai divieti di discriminazione espressi, poiché questi avrebbero assunto «una portata esemplificativa e non tassativa». Più precisamente, la mancanza di una giustificazione tipica non può che collegare il recesso «a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa». Il che, si sostiene, rispecchierebbe l'evoluzione dell'ordinamento: l'inclusione, accanto ai fattori classici di fattori nuovi, come l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale, le convinzioni personali del lavoratore, avrebbe «già dilatato il novero degli interessi vietati fino a ricomprendervi qualunque finalità, oggettivamente perseguita, diversa da quelle positivamente ammesse dall'ordinamento» (23).

La tesi dell'assimilazione del licenziamento ingiustificato al licenziamento discriminatorio non ha trovato finora molti consensi (24). Ciò non toglie che sia una tesi concettualmente attraente, come accade spesso con le tesi costruite su una logica binaria. L'equiparazione «non giustificato» uguale «discriminatorio» sembra essere intuitiva, senza dire che costruisce un'allettante via di fuga verso la stabilità reale sul piano della prassi giudiziaria. Tuttavia è una tesi che non pare possibile accogliere; il rapporto fra *giustificazione e discriminazione non è un rapporto binario*: non ogni licenziamento ingiustificato è, per ciò stesso, discriminatorio e, d'altra parte, non può escludersi neppure che un licenziamento sia discriminatorio solo perché sussiste una giustificazione tipica.

Rare, ma comunque da registrare, le pronunce che richiedono anche che il motivo sia comune alle parti: Cass. 1° febbraio 1988, n. 868, in *Giust. civ.*, 1988, p. 1533.

(23) Cfr. M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., pp. 554-555.

(24) Fra le opinioni critiche espresse al riguardo, vedi V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 546; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 11; M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity*, cit., p. 458; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 56. C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 21 ss. In senso adesivo, invece, M. Fezzi, *I licenziamenti discriminatori*, in M. Fezzi, F. Scarpelli (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, in *I quaderni di Wikilabour*, I, 2012, p. 102.

L'analisi del rapporto fra giustificazione tipica e discriminazione comporta dunque la necessità di affrontare partitamente due differenti questioni.

La prima riguarda l'asserita coincidenza fra carenza di giustificazione e discriminazione; la seconda riguarda la possibilità che, sussistendo una giustificazione tipica (una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo o oggettivo), possa o meno sussistere al contempo un comportamento discriminatorio. Tentare di dare risposta a questo secondo quesito consente anche di affrontare un altro dei temi al momento più discussi, vale a dire quello dei licenziamenti per rappresaglia, in cui una giustificazione tipica concorre con uno scopo o un effetto ritorsivo.

4. — *Discriminazione e motivo illecito. Discriminazione e giustificazione* — Vorrei partire da una premessa: l'affermazione, risalente nel tempo ma ribadita in questi anni da vari Autori (25), secondo la quale l'atto discriminatorio costituirebbe una specificazione della più ampia fattispecie dell'atto viziato da motivo illecito non corrisponde né alla nozione di discriminazione accolta dal nostro ordinamento (che è, peraltro, una nozione interamente permeata dal diritto europeo), né, guardando al tema che ci occupa, al dato testuale della legge, che, nella nuova versione dell'art. 18, distingue nettamente fra licenziamento discriminatorio e licenziamento dovuto a motivo illecito.

In verità c'è da domandarsi, è vi è chi l'ha fatto, pur senza fornire risposte decisive al riguardo (26), se il motivo illecito di cui all'art. 18, comma 1, configuri una nuova ipotesi di illiceità, diversa da quella tipizzata dall'art. 1345 e in grado di travolgere gli effetti del licenziamento anche a prescindere dal requisito dell'esclusività, vale a dire anche a prescindere dalla concorrenza o meno di altri motivi posti a base della risoluzione del contratto. Si potrebbe arrivare proprio a una simile conclusione ragionando sulla inidoneità della figura tradizionale di motivo illecito a fungere da strumento di controllo degli atti datoriali; atti relativi alla sfera dell'autonomia organizzativa dell'imprenditore.

La questione era stata sollevata con la consueta chiarezza da Tiziano Treu già rispetto ai primi tentativi compiuti dalla dottrina di sistematizzare i divieti espressi di discriminazione introdotti dallo Statuto dei lavorato-

(25) Si veda, ad esempio, P. Bellocchi, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, pp. 157 ss.

(26) Cfr. M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., 2012, p. 616.

ri leggendoli in termini d'ipotesi tipizzate di motivo illecito (27). Le radicali obiezioni mosse dall'Autore a tali tesi riguardavano l'utilizzazione di strumenti considerati inadeguati a realizzare un effettivo controllo delle diverse forme di esercizio del potere economico dell'impresa, soprattutto in riferimento ad atti, come il recesso, che, essendo espressamente disciplinati dalla legge come fonte di effetti predeterminati, erano (e sono) difficilmente riconducibili alla concezione classica dell'autonomia come autoregolamentazione degli interessi.

Tali obiezioni sono riproponibili anche oggi. Continuare a fare riferimento alla figura del motivo illecito anche dopo l'espressa sanzione da parte del legislatore di specifici divieti di discriminazione è stato, da un lato, superfluo e, dall'altro, fuorviante.

È stato superfluo perché il divieto di discriminazione si colloca nell'area dei controlli ai poteri privati a opera dei diritti fondamentali e non delle tecniche di stampo civilistico, con un superamento dei raccordi tradizionali fra norme costituzionali e autonomia dei privati che il rifiuto della *dritt-wirkung* ha reso a lungo necessari (si pensi alla funzione giocata, oltre che dal motivo illecito, dalle clausole generali o dal concetto di abuso del diritto) (28). Da questo punto di vista, l'affermazione dei divieti di discrimina-

(27) Cfr. T. Treu, *Condotta sindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, Milano, 1974, pp. 45 ss. Critiche verso l'utilizzo del motivo illecito in riferimento alla tutela antidiscriminatoria anche in M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 218 ss.; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 609.

(28) Questo rifiuto permane ancora, nel dibattito sull'efficacia dei diritti fondamentali costituzionali, nella posizione di chi li intende come principi che non attribuiscono diritti soggettivi, ma che si collocano in una posizione mediana fra le norme programmatiche e le regole invocabili in giudizio. Si tratterebbe di norme che possono incidere sui rapporti interprivati solo come criteri di interpretazione delle leggi che regolano i rapporti negoziali, senza che sia neppure possibile, secondo le posizioni più rigide, che, per il tramite dell'interpretazione conforme o adeguatrice, si possa arrivare a conferire a tali norme efficacia diretta. La questione è stata riproposta con nuovo vigore a livello europeo, con posizioni molto articolate, a seguito dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali e di una serie di sentenze della Corte di Giustizia che hanno dato applicazione diretta orizzontale al principio di non discriminazione (mi riferisco in particolare al caso *Mangold*, Corte di Giustizia 22 novembre 2005, C-144/04, in *Racc.*, 2005, p. 9981). Oggi il dibattito, come già al tempo di quello sorto intorno al carattere precettivo o programmatico delle disposizioni costituzionali, ha un significato politico più che di teoria o di metodo giuridico (come rivela chiaramente il nesso con la questione della delimitazione dei confini fra competenze sovranazionali e nazionali). Una ricostruzione recente dei termini di tale dibattito in A. Guazzarotti, *Direct effect, dritt-wirkung and principles of EU law: a bottom*

zione in ambito interprivato anticipa quel processo di «costituzionalizzazione» del diritto privato di cui si discute oggi con vigore, soprattutto a livello europeo.

È stato fuorviante perché, anche a non voler intendere il motivo illecito in chiave psicologica, come parte del foro interno individuale (come pure, va ricordato, buona parte della giurisprudenza continua a fare), ma come «interesse concreto» della parte datoriale deviante rispetto allo scopo tipico dell'atto, il controllo di non discriminazione non è diretto ad accertare che i poteri datoriali siano esercitati per realizzare l'interesse (economico) per il quale sono riconosciuti. Una disparità può essere giustificata alla stregua della logica *interna* al potere datoriale, della sua razionalità economica e, tuttavia, costituire una discriminazione. Il limite qui è un limite tipicamente *esterno*, come accade ogni volta che il diritto, ponendo confini all'esercizio di un potere, tutela interessi altri da quelli del titolare del potere stesso.

È per questo che alle operazioni che tendevano (e tendono tutt'ora) a spiegare la funzione dei divieti di discriminazione attraverso concetti come il motivo illecito avrebbe potuto (e può ancora) applicarsi benissimo quanto Mario Napoli ha scritto a proposito delle letture riduzioniste delle trasformazioni radicali subite dal licenziamento attraverso l'introduzione del sistema di stabilità reale: «Non ha senso trovare nella storia la conferma o la smentita di un'interpretazione di una norma nuova, se essa non aiuta a capire la continuità o la diversità tra passato e presente» (29).

Sarebbe, allora, opportuno, quando si parla di discriminazione, abbandonare definitivamente gli schemi concettuali del motivo illecito, perché tali schemi non corrispondono alle finalità del sindacato di non discriminazione e perché, presupponendo un controllo degli atti in chiave di sviamento dalla loro funzione tipica, non sono in grado di fornire una forma di tutela effettiva della posizione del lavoratore laddove il sacrificio di tale posizione sia giustificato alla luce delle ragioni dell'impresa.

Tornando all'alternativa giustificazione/discriminazione, dovrebbe a questo punto risultare chiaro che il richiamo all'interesse dell'impresa (che qualifica sia il licenziamento per giustificato motivo che quello per inadempimento) protegge unicamente nei confronti di discriminazioni che discendono da scelte economicamente irrazionali o da scelte che so-

up perspective, relazione al seminario «*Supremacy and direct effect in a multilevel system of protection of fundamental rights: a reconceptualisation*», Università di Brescia, 18 gennaio 2013, in corso di pubblicazione.

(29) Cfr. M. Napoli, *La stabilità reale*, cit., p. 112.

no solo apparentemente tali, nel caso in cui i motivi addotti siano pretestuosi. Viceversa, la discriminazione si integra perfettamente nel normale, razionale (nel senso di economicamente efficiente) funzionamento dell'organizzazione produttiva e del mercato del lavoro. Ciò spiega perché, secondo uno dei principi sistemici del diritto antidiscriminatorio, fra le eccezioni ammesse al divieto di discriminazione diretta (30) non vi sono quelle relative alle cosiddette «difese di mercato», che corrispondono a cause di giustificazione tipicamente invocabili in casi di licenziamento fondato su un giustificato motivo oggettivo. Allo stesso modo, un atto qualificabile in termini di notevole inadempimento alla luce delle ragioni dell'impresa (si pensi al rifiuto di maneggiare carne di maiale opposto da un lavoratore di religione musulmana che lavori nella cucina di un ristorante) non assurge al rango di giustificazione nell'ambito del giudizio discriminatorio, se la pretesa creditoria del datore di lavoro non si riferisce a una caratteristica *essenziale* per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Questa essenzialità, peraltro, andrà valutata anche alla luce dell'impossibilità di altre alternative ragionevolmente percorribili.

Una decisione risalente alla fine degli anni ottanta della nostra Corte Costituzionale e una recente decisione della Corte di Giustizia europea evidenziano in modo chiaro quale sia il peso delle cosiddette difese di mercato nei casi di discriminazione diretta, per i quali, come accade per le molestie, non sono ammesse giustificazioni di sorta, con la sola eccezione dei ca-

(30) A voler essere precisi, vi è una differenza fra eccezioni e giustificazioni. Mentre le prime si pongono come deroghe (tendenzialmente tipiche), come delimitazioni poste *ex ante* all'operare del principio di non discriminazione, le giustificazioni (tendenzialmente atipiche) vengono a porsi *ex post*, nella valutazione in concreto dell'atto o del comportamento. In termini generali, il divieto di discriminazioni non prevede alcuna giustificazione per le molestie; prevede deroghe limitate ed espressamente stabilite in relazione alla discriminazione diretta e una giustificazione generale soltanto con riferimento alla discriminazione indiretta, ove è proprio l'ampliamento della sfera dell'illiceità della condotta a criteri solo indirettamente connessi ai fattori vietati a essere controbilanciato dalla possibilità di allegare l'esistenza di obiettive necessità dell'impresa. Peraltro, nell'ambito dei rapporti di lavoro, salvo che nel caso delle discriminazioni fondate sull'età (e, secondo alcuni, sulla religione), il tipo di eccezioni ammesse riguarda unicamente i «requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa». Non è così nel sistema della Cedu (si v. la dizione dell'art. 14). Va detto però che nella giurisprudenza più recente della Corte di Strasburgo si arriva a sostenere qualcosa di molto vicino a un principio di non ammissibilità di giustificazioni di una differenza di trattamento direttamente basata su motivi razziali [Corte Edu, sentenza 6 aprile 2000, *Thlimmenos c. Grecia* (*Grande Chambre*), n. 34369/97].

si in cui il fattore vietato costituisce un requisito essenziale per lo svolgimento di un'attività lavorativa (cd. *genuine occupational qualification*).

Già in una sentenza del 1987, la Consulta aveva ritenuto che il divieto di discriminazione di sesso sancito dalla legge n. 903/77 non fosse interpretabile nel senso di ammettere che il datore di lavoro, titolare di un istituto di vigilanza, potesse porre a giustificato motivo obiettivo dell'eventuale licenziamento intimato alla lavoratrice i gusti discriminatori della clientela (che aveva detto di preferire l'invio di sole guardie giurate di sesso maschile), anche nel caso in cui ciò avesse comportato l'eventuale risoluzione del contratto stipulato col terzo (31).

A distanza di vent'anni, nel caso *Feryn*, la Corte di Giustizia ha affermato che «le dichiarazioni con cui un datore di lavoro rende pubblicamente noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale possono configurare [...] elementi di fatto idonei a far presumere una politica di assunzione discriminatoria» (32). Da tale presunzione, ha aggiunto la Corte, il datore di lavoro avrebbe potuto liberarsi unicamente «dimostrando che la prassi effettiva di assunzione dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni», e cioè provando l'effettiva assunzione di operai appartenenti ai gruppi protetti, mentre nessun valore esimente è stato assegnato alla giustificazione fornita dal datore stesso, secondo la quale la sua impresa non poteva reclutare operai installatori «alloctoni» a motivo delle reticenze della clientela a farli accedere alla propria abitazione privata durante i lavori e del danno economico che avrebbe potuto comportare per l'impresa il non conformarsi alle preferenze della clientela.

La ragione per cui, diversamente dal caso delle discriminazioni dirette e delle molestie, in quello delle discriminazioni indirette, una difesa di mercato è, in linea di principio, ammissibile è perché, lo si è appena detto, qui si tratta di soppesare le conseguenze svantaggiose derivanti dall'adozione di criteri che si fondano *indirettamente* sui fattori vietati; criteri che rinviano spesso a condotte e prassi consolidate nel tempo, non riconducibili esclusivamente al datore di lavoro, ma, in senso più ampio, alle regole vigenti nel mercato del lavoro o anche nel contesto sociale più ampio [ad esempio, nel caso *Enderby* (33), tali conseguenze nascevano dall'esistenza di contratti collettivi distinti per figure professionali tipicamente maschili e per figu-

(31) Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 17, cit.

(32) Corte di Giustizia 10 luglio 2008, C-54/07, *Feryn*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 883 ss., con nota di C. Cominato.

(33) Corte di Giustizia 27 ottobre 1993, C-127/92, *Enderby*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, pp. 363 ss., con nota di R. Foglia.

re tipicamente femminili]. Si può dire che è l'allungamento della catena causale ad ampliare lo spazio della giustificazione (34).

Tuttavia, pur ammettendosi, in queste ipotesi, giustificazioni legate alle esigenze economiche dell'impresa, lo *standard* di controllo non si esaurisce nella verifica della loro effettiva sussistenza e del nesso di causalità fra l'atto impugnato e le giustificazioni addotte, ma si spinge fino all'accertamento della necessità o dell'essenzialità di dette esigenze e della proporzionalità dei mezzi impiegati. Come la Corte di Giustizia ha chiarito in *Enderby*, spetta al giudice valutare «se il peso della situazione del mercato sia stato, nella determinazione dell'importo della retribuzione, sufficientemente importante da giustificare obiettivamente, in tutto o in parte, la differenza».

Ciò significa che, come in tutte le ipotesi di bilanciamento che coinvolgono diritti fondamentali, il sindacato giudiziale di un atto di supposta discriminazione è un sindacato di merito, che procede, alla presenza di cause di giustificazione, attraverso complesse operazioni di bilanciamento e include un controllo sulle scelte datoriali che non si arresta sulla soglia delle esigenze tecnico-organizzative dell'impresa, ma arriva invece a soppesare, attraverso il principio di adeguatezza e proporzionalità, se non siano praticabili altre soluzioni che comportino almeno una riduzione del grado di esclusione dei soggetti protetti. È soprattutto in questa fase che emerge la duplice dimensione della tutela antidiscriminatoria, sia quella verticale, che guarda al rapporto contrattuale, sia quella orizzontale, che guarda al profilo relazionale del contratto di lavoro e include la valutazione della posizione del singolo lavoratore o di gruppi di lavoratori in relazione ad altri individui o ad altri gruppi.

5. — *Accertamento della giustificazione e accertamento della discriminazione. Chi prova che cosa* — Come si è visto, l'assenza di una giustificazione non implica la presenza di una discriminazione. Di converso, la presenza di una giustificazione tipica non vale a escludere di per sé una discriminazione (35). Se si ragiona in concreto sul contenuto dell'onere della pro-

(34) Gli effetti della condotta datoriale, dopo le modifiche apportate alla nozione di discriminazione indiretta dalle direttive di nuova generazione (non si parla più di effetti «proporzionalmente più svantaggiosi» ma di «particolare svantaggio»), andranno misurati sulla base di criteri tanto quantitativi (tipicamente, criteri di tipo statistico), quanto qualitativi (non predeterminabili *a priori*).

(35) Per dirla con le parole di Tiziano Treu: «la fattispecie del licenziamento discriminatorio, come degli altri atti discriminatori, è in tutti gli ordinamenti identificata con tratti propri, consistenti non nella mancanza di giustificazioni, bensì nella

va nei casi in cui il lavoratore adduca la sussistenza di un licenziamento discriminatorio o di un licenziamento ingiustificato, questa diversità di fatti costitutivi e impeditivi delle due diverse fattispecie risulterà ancora più chiara.

Se è vero che, in molti casi, la sussistenza di una discriminazione è rivelata, in via presuntiva, già dall'assenza di una giustificazione oggettiva dell'atto (che concorre, si può dire, a formare la presunzione fondante la prova del fatto costitutivo), questo non significa che ciò basti a farla ritenere anche accertata; non significa, cioè, che chi lamenta una discriminazione non debba anche provare tutti gli altri elementi costitutivi della sua pretesa, che variano al variare delle diverse fattispecie di discriminazione (36). Allo stesso modo, il datore di lavoro dovrà provare non tanto che il licenziamento è sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo oggettivo, ma o che la differenza (di trattamento o di effetti) non sussiste o che è dovuta a una delle eccezioni o giustificazioni al divieto di discriminare espressamente previste. Di nuovo, i fatti impeditivi sono diversi.

La difficoltà di costruire un modello ordinato e coerente di ripartizione dell'onere della prova dipende dal fatto che, nel caso del licenziamento discriminatorio, il regime probatorio della discriminazione può venire a combinarsi con il diverso regime probatorio della giustificazione del recesso, ma il mutamento del fatto costitutivo o estintivo del diritto in corso di causa (e, di conseguenza del contenuto del relativo onere della prova) è previsto dallo stesso legislatore ed è, si può dire, una conseguenza necessaria dell'aver separato quello che il vecchio testo dell'art. 18 teneva insieme, vale a dire le conseguenze in termini di sanzioni di tutti i vizi dell'atto di recesso.

Questa variabilità della qualificazione del recesso nel corso della causa e del relativo regime di tutela rende il gioco processuale più incerto, più dinamico, più simile ai rovesciamenti successivi del *burden of proof* nel processo di stampo anglosassone, ma senza la formalizzazione che quei sistemi conoscono delle regole di ripartizione dell'onere probatorio.

contrarietà dell'atto a specifici divieti normativi tassativamente stabiliti (anche se nel tempo allargatisi ad ambiti nuovi» (Cfr. T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 56). A questo proposito, però, sembra di poter cogliere una contraddizione nella posizione dell'Autore laddove sostiene che, nel caso il lavoratore allegghi in giudizio una natura del licenziamento diversa da quella indicata con il recesso, questi dovrà provare che il motivo discriminatorio costituisce l'*unica* ragione del licenziamento (*op. ult. cit.*, p. 57); il che farebbe supporre che egli ritenga che la presenza di una giustificazione tipica valga a escludere la discriminazione. Sul punto ho espresso da tempo una posizione difforme, sulla quale tornerò più avanti.

(36) Si tratta – pare utile osservarlo – di un accertamento che, per quanto condotto all'interno di un procedimento sommario, porta alla cognizione piena del fatto.

In ogni caso, deve concordarsi con chi sostiene che, in effetti, il datore di lavoro non comunica di voler intimare un «tipo» di licenziamento, ma di voler esercitare la facoltà di recesso riconosciutogli dall'ordinamento in presenza dei presupposti di legittimità previsti dalla legge (37). E sembra anche opportuna la precisazione, fatta da molti Autori, che la scelta della tutela applicabile dipenda non dalla motivazione addotta, ma dall'effettiva ragione posta a base del recesso (38). Ragionare diversamente significherebbe rimettere al datore di lavoro non solo il tipo di tutela applicabile, ma la qualificazione stessa del recesso, i cui presupposti di fatto sono, viceversa, fissati dalla legge e accertati dal giudice.

È la stessa nuova formulazione dell'art. 18, del resto, a prevedere che, «indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro» (art. 18, comma 1), il giudice, anche sulla base delle domande formulate dal lavoratore, dovrà procedere all'accertamento in concreto dei vizi del licenziamento e applicare le relative tutele. All'accertamento della natura discriminatoria dell'atto si dovrà procedere non solo nell'ipotesi espressamente menzionata dalla legge con riferimento al licenziamento intimato per g.m.o (art. 18, comma 7, ultimo periodo), ma, come prevede un'altra disposizione dello stesso articolo 18, «indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro» (art. 18, comma 1), e dunque anche nelle ipotesi di licenziamento intimato per giustificato motivo soggettivo e giusta causa.

Per il lavoratore, dimostrare che le ragioni dell'atto non sono disciplinari o economiche, ma sono discriminatorie, non significherà che egli debba anche dimostrare l'insussistenza dei fatti posti alla base dell'esercizio del recesso. Ciò significherebbe rovesciare la regola probatoria dell'art. 5 della legge n. 604/66 e, con essa, la regola sostanziale per cui spetta al datore di lavoro giustificare l'esercizio del potere di recesso. E neppure, come si dirà meglio più avanti, significa dover dimostrare che le ragioni discriminatorie siano di natura esclusiva: a ritenere diversamente si ricadrebbe nell'idea che il controllo sull'esercizio del potere di recesso abbia a che fare con la ricerca sul controllo dei motivi soggettivi dell'atto.

Si tratterà, invece, di provare che il licenziamento, formalmente intimato per ragioni di tipo disciplinare o economico, era invece diretto a realiz-

(37) In questo senso, O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 7.

(38) Sul piano fattuale si può, anzi, ipotizzare che egli non abbia convenienza, nei casi dubbi, a indicare da subito i motivi (così V. Speciale, *La riforma dei licenziamenti individuale tra diritto ed economia*, cit., 2012, p. 542), tanto più che la mancata indicazione dei motivi non determina, come in passato, l'inefficacia risolutiva del recesso, ma solo il pagamento di un'indennità risarcitoria.

zare una diversa funzione, uno scopo diverso da quello enunciato. Si dovrà procedere, cioè, alla ricerca della «causa concreta» dell'atto di recesso, che è cosa diversa dalla ricerca di un eventuale motivo illecito e non presuppone neppure, necessariamente, la prova di una frode alla legge.

Posto che la domanda del lavoratore è tesa ad accertare la sussistenza di un licenziamento discriminatorio, l'articolazione dell'onere della prova segue le regole ordinarie dei giudizi di discriminazione.

Nel caso si allegghi una discriminazione diretta o indiretta, si tratterà, attraverso lo speciale meccanismo probatorio previsto dalla legge, di provare un trattamento o un effetto differenziato (anche solo potenziale), la presenza di un fattore vietato, un nesso di causalità sufficiente (ma non esclusivo) fra l'uno e l'altro elemento della fattispecie, all'interno di un giudizio di comparazione anche solo ipotetico.

Nel caso della molestia, si tratterà di provare che l'atto realizza lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, o comunque lesivo della dignità. Con un'avvertenza: che chiedere la prova *diretta* dell'effettivo criterio di scelta impiegato e del nesso eziologico esistente fra questo e il pregiudizio lamentato equivarrebbe a reintrodurre, sotto altra veste, la richiesta della prova di un intento discriminatorio. Anche se va ricordato che, in relazione ai fatti indiziati, la legge non parla più di «fatti precisi e concordanti» ma di «fatti» *tout court*, un valore particolare avrà, a questo proposito, la prova statistica, le cui potenzialità sono state messe di recente in luce nel caso Fiat (39).

L'uso di dati statistici nei casi di discriminazione non consente solo di agevolare l'onere probatorio della parte ricorrente: esso denota anche l'adesione a una certa visione della discriminazione, centrata sulla sua dimensione di gruppo, e porta a un'obiettivizzazione del giudizio. La prova della natura discriminatoria di un criterio o di una prassi avviene sulla base di una valutazione induttiva, di un'idea empirico-probabilistica della discriminazione che assume che, tanto più alto è l'effetto di esclusione prodotto dalle pratiche datoriali a danno di un gruppo, tanto più probabile è che esso non sia casuale ma dipenda dall'identità collettiva del gruppo stesso. L'interprete è perciò portato a rendere meno soggettivo il giudizio, per giungere a una valutazione obiettiva della probabilità, o se si vuole della verosimiglianza, che un certo trattamento o un certo effetto differenziato costituisca una discriminazione. È per queste ragioni che la legge prevede che alla prova statistica sia possibile ricorrere tanto nei casi di discriminazione

(39) Si v., in questo senso, anche T. Treu, *op. ult. cit.*, p. 57.

collettiva quanto in quelli di discriminazione individuale. Anche in una controversia individuale, infatti, i dati relativi al trattamento generalmente riservato al gruppo di appartenenza del soggetto che lamenta la discriminazione sono in grado di offrire elementi di prova (quanto meno indiretta) circa le ragioni del trattamento sfavorevole riservato al singolo.

L'onere che graverà a questo punto sul datore di lavoro sarà di provare l'insussistenza della discriminazione, e il suo contenuto dipenderà dalla fattispecie discriminatoria di cui si controverte.

Nel caso della molestia, per la quale non è ammessa alcuna giustificazione o eccezione, il convenuto potrà vincere la presunzione della sussistenza *prima facie* di una discriminazione solo provando che i fatti sui quali è fondata induttivamente la molestia non sono sussistenti o che il trattamento non è dovuto a uno dei fattori di distinzione vietati. Nel caso delle discriminazioni dirette, egli, di nuovo, dovrà provare che la differenza di trattamento non sussiste o è dovuta a una caratteristica diversa da quelle vietate, oppure potrà ricorrere alle eccezioni nei limitati casi in cui queste sono ammesse. Nel caso delle discriminazioni indirette, infine, egli dovrà dimostrare o l'insussistenza del «particolare svantaggio» o sia la sussistenza di una necessità obiettiva e legittima, sia l'adeguatezza e proporzionalità dei mezzi impiegati, in termini di essenzialità.

6. — *Discriminazione e giustificazione tipica. Il problema del licenziamento di rappresaglia o ritorsione e le posizioni della giurisprudenza* — Queste conclusioni restano ferme anche nel caso in cui il datore di lavoro non solo adduca ma provi effettivamente la sussistenza di un'ipotesi di giustificazione tipica, vale a dire di un'ipotesi in cui i presupposti di legittimità dell'esercizio del potere di recesso sono preventivamente fissati dallo stesso legislatore. È, infatti, possibile operare una distinzione fra la giustificazione formale addotta (che non significa necessariamente fittizia; significa conforme allo schema legale) dal datore di lavoro e la *valutazione in concreto della portata discriminatoria del licenziamento*, andando oltre lo schermo della giustificazione, senza che ciò significhi introdurre una contraddizione dell'ordinamento che non può consentire e vietare la stessa cosa (40).

In passato, alla possibilità di disconoscere la liceità di un atto tipico si era pervenuti attribuendo, eccezionalmente, rilevanza esterna al motivo individuale, sulla base del presupposto che i moventi soggettivi potessero piegare la funzione tipica dell'atto a un assetto d'interessi contrario o

(40) Così Cass. 6 giugno 1984, n. 3409, in *Foro it.*, 1984, I, cc. 2779 ss.

divergente da quello voluto dal legislatore. Più di recente, nell'area dei licenziamenti per ritorsione o rappresaglia, la giurisprudenza e parte della dottrina hanno ritenuto di poter superare questa supposta contraddizione costruendo la figura ibrida del licenziamento nullo perché discriminatorio, per effetto della lettura estensiva dei divieti di discriminazione, e perché, contemporaneamente, viziato da motivo illecito.

Si è già detto delle tensioni che provoca la trasposizione nel sistema del diritto antidiscriminatorio delle tecniche civilistiche tradizionali di controllo del cattivo esercizio dell'autonomia privata in rapporti connotati da posizioni di pari potere contrattuale. Anche in questo caso l'inquadramento del licenziamento ritorsivo nella figura del licenziamento discriminatorio (in esito a quella che viene descritta come un'interpretazione estensiva dello stesso) e il contemporaneo ricorso alla figura del motivo illecito si sono rivelati un'operazione tutt'altro che innocua: è sulla base dell'impiego del motivo illecito che, in passato, si è arrivati non solo a sostenere la natura necessariamente intenzionale dell'atto discriminatorio, ma, addirittura, come si è già ricordato, a richiedere che vi fosse comunanza del motivo illecito fra l'autore dell'atto e il suo destinatario (41).

L'impostazione di fondo permane anche dopo l'abbandono di queste tesi tanto radicali da sfiorare l'illogicità. Permane perché, nonostante il riferimento alla fattispecie del licenziamento discriminatorio, resta il requisito del carattere esclusivo della finalità di rappresaglia o ritorsione (cosicché la sussistenza di una giustificazione tipica basta da sola a escludere l'esistenza di una discriminazione) e perché resta un'accezione ancora psicologica dell'illecito (42), sia pure temperata dall'impiego di indici presuntivi, posto che occorre dimostrare la natura non solo arbitraria ma anche «vendicativa» dell'atto (43).

7. — *Un caso di falsa interpretazione estensiva dei divieti di discriminazione: i licenziamenti di rappresaglia o ritorsione per motivi sindacali. La rappresaglia o ritorsione come fattispecie tipica di discriminazione* — Questo «sincretismo» interpretativo ha portato la Cassazione a richiedere, in riferimento a un licenziamento per rappresaglia dovuto a motivi sindacali, non solo, come è legittimo, la prova di un nesso di causalità fra il recesso e il fattore vietato (lo svolgimento di attività sindacale), ma an-

(41) Cfr. Cass. 1° febbraio 1988, n. 868, cit.

(42) Cass. 13 dicembre 2000, n. 15689, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, pp. 330 ss.

(43) Così Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1240.

che la prova di un intento discriminatorio di ritorsione avente «efficacia determinativa esclusiva» (44).

Tale impostazione non è condivisibile: nel caso di un licenziamento per ritorsione di natura sindacale non si tratta di adottare un'interpretazione estensiva dei divieti di discriminazione. Si tratta di adottare un'interpretazione *letterale*, né estensiva né restrittiva: *i licenziamenti di ritorsione per motivi sindacali sono discriminazioni tipiche a tutti gli effetti*, giacché delle discriminazioni presentano tutti gli elementi costitutivi, vale a dire la sussistenza di un trattamento pregiudizievole fondato su uno dei motivi vietati (in questo caso, l'appartenenza sindacale o lo svolgimento di attività sindacale). Nelle forme cd. vendicative o ingiuriose essi assumono, nello specifico, le vesti di una molestia basata su uno dei fattori vietati dall'ordinamento.

Sono ormai numerosi i casi in cui è il legislatore stesso a indicare, espressamente o in via indiretta, le ritorsioni quali specifiche ipotesi di discriminazioni vietate (45) e comunque a stabilire, conformemente a quanto richiede ancora una volta il diritto dell'Unione europea, che la tutela giurisdizionale applicabile per i casi di ritorsione sia *la medesima* applicata per la tutela del diritto a non essere discriminati per uno dei fattori vietati (si vedano art. 4-*bis*, d.lgs. n. 215/2003, e art. 4-*bis*, d.lgs. n. 216/2003; art. 41-*bis*, d.lgs. n. 198/2006).

Per altro, la discriminazione ritorsiva può configurarsi come una specie del genere «discriminazione per associazione», colpendo non solo la persona discriminata, ma qualunque altra persona coinvolta che subisce un pregiudizio per un rapporto di connessione, soggettivo o oggettivo, con uno dei fattori vietati (46).

(44) Cass. 14 luglio 2005, n. 14816, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, p. 541; Cass. 26 maggio 2001, n. 7188, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, p. 795.

(45) Si vedano, in particolare, l'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 216/2003; art. 4, comma 6, d.lgs. n. 216; art. 25, comma 2-*bis*, 26, comma 2-*bis* e comma 3, nonché art. 55-*ter* del d.lgs. n. 198/2006; e, in precedenza, art. 4, comma 2-*quater*, legge n. 125/1991; art. 3, d.lgs. n. 151/2001; art. 10, d.lgs. n. 276/2003. In alcune delle norme menzionate, il legislatore stabilisce che il giudice debba tener conto, nella liquidazione del danno, «che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione»; in altre, il divieto di discriminazioni riguarda anche le discriminazioni adottate «in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti»; in altre ancora, le ritorsioni sono menzionate come atti vietati sotto la rubrica «divieto di discriminazione».

(46) Fattispecie «creata» dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Coleman* (Corte di Giustizia 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 1168 ss., con nota di L. Calafà), in cui rileva non il possesso da parte della persona discriminata (in quel caso la lavoratrice madre di disabile, costretta alle dimissioni) del fattore vietato (la disabilità), ma la connessione fra il pregiudizio subito e il fattore in sé considerato. Un esempio di licenziamento ritorsivo per associazione,

Se la ritorsione è una delle forme che può assumere la discriminazione, occorre prendere atto che la nozione odierna di discriminazione non solo esclude qualsiasi riferimento al movente soggettivo dell'atto, ma non richiede neppure che il legame di causalità che lega lo svantaggio sofferto al fattore vietato sia di carattere *esclusivo*.

C'è almeno un elemento testuale che fa pensare che anche il legislatore ritenga possibile una concausalità, una concorrenza fra cause di giustificazione tipiche e funzione discriminatoria concreta dell'atto: è il comma 1 dell'art. 18, nuovo testo, Stat. lav. che reputa nullo il licenziamento discriminatorio «indipendentemente dal motivo formalmente addotto»; formula che riprende il testo del 1966. E vi è anche un altro elemento che denota quanto meno consapevolezza da parte del legislatore del fatto che ogni volta che vi è possibilità di una scelta vi è possibilità anche di una discriminazione. Mi riferisco alla previsione in tema di licenziamenti collettivi che fa divieto al datore di lavoro di porre in mobilità una quota di donne superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata, da leggersi unitamente al divieto di adottare criteri di scelta di natura discriminatoria.

Con ciò non si vuol dire che non si possano adottare provvedimenti che si traducano in uno svantaggio per individui o gruppi che possiedono determinate caratteristiche soggettive; vuol dire piuttosto che *quelle caratteristiche* non possono costituire la base, il fondamento, del trattamento. Anche tali ragioni tipiche, dunque, andranno valutate in una prospettiva di comparazione e, comunque, andrà verificato perché riguardano quelle categorie «sospette» e non altre. Dovrà cioè verificarsi se non assolvano altro che una funzione strumentale rispetto alla funzione finale (discriminatoria e lesiva della dignità) dell'atto.

Riprendo qui, per sommi capi, considerazioni già svolte in passato (47). Si tratta di applicare, in questo caso perché lo richiede la legge, una tecnica di controllo già sperimentata in relazione ad altre ipotesi, come la frode alla legge, in cui si distingue tra valutazione tipica degli interessi e concreto esercizio del potere, fra effetti tipici ed effetti valutabili alla stregua di un parametro di giudizio ulteriore, avendo riguardo al contrasto fra l'assetto di interessi effettivamente determinatosi e una norma proibitiva di tale asset-

per motivi non tipizzati, potrebbe essere quello preso in esame dalla Cassazione nella sentenza 8 agosto 2011, n. 17087, in *Mass. giust. civ.*, 2011, 7-8, n. 1158, con la quale la Corte ha valutato come ritorsivo il licenziamento disciplinare della figlia rispetto alle rivendicazioni del padre, dipendente della medesima impresa, e al successivo contenzioso insorto.

(47) Cfr. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 227 ss.

to, secondo un approccio di tipo consequenzialista che non guarda tanto all'atto quanto alle sue conseguenze, alla situazione concreta creata dall'atto (48). Le situazioni da controllare, dunque, derivano dal combinarsi dell'atto di recesso con variabili circostanze di fatto e con il potere che permane in capo al datore di lavoro di scegliere, differenziare e dunque, eventualmente, di discriminare.

Di nuovo, il licenziamento discriminatorio si pone al di fuori delle ipotesi di atti nulli perché *esclusivamente* dovuti a motivi illeciti: anche la mera *concorrenza* di una discriminazione basta a integrare gli estremi della fattispecie vietata (49).

La giurisprudenza non è estranea a indagini di questo tipo, soprattutto nei casi di licenziamento collettivo, dove peraltro una scelta discriminatoria fra più posizioni individuali, pur in presenza di obiettive esigenze d'impresa, come si è visto, è presa in considerazione dallo stesso legislatore. Significativa, ad esempio, è una decisione della Corte d'Appello di Torino (50) che, nel ritenere che la comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, legge n. 223/91, debba contenere l'indicazione di tutti i lavoratori dipendenti e non dei soli lavoratori collocati in mobilità, spiega così la decisione: «è evidente che, al fine di rendere possibile il giudizio comparativo tra i vari lavoratori, devono necessariamente essere comunicati i dati di tutti i dipendenti, perché solo così si consente, ai lavoratori colpiti dal provvedimento di recesso, il raffronto concreto voluto dalla legge e la comparazione tra la propria posizione e quella dei colleghi mantenuti in servizio». In generale, i giudici chiedono che la scelta fra i lavoratori trovi «giustificazione in fattori obiettivi, la cui esistenza sia provata in concreto dal datore di lavoro e non sottenda intenti elusivi o ragioni discriminatorie» (51).

(48) Diversamente dalle ipotesi di frode alla legge cd. oggettiva nei divieti di discriminazione, l'elusione della legge non è un elemento della fattispecie discriminatoria.

(49) Nello stesso senso, si v. O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 692; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., p. 549, n. 86. Ritiene che si possa eccepire la natura discriminatoria del licenziamento pur se siano stati accertati una giusta causa o un giustificato motivo (parlando di coesistenza di una causa tipica e di una causa concreta) anche L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento...*, cit., p. 610; in senso conforme, rifacendosi alle posizioni di L. Nogler, C. Zoli *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 51.

(50) Corte d'Appello Torino, 10 febbraio 2009, inedita, a quanto consta.

(51) Cass. 15 febbraio 2001, n. 2188, in *Foro it.*, 2001, I, cc. 1566 ss.; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1201, in *Giust. civ.*, 2001, pp. 3067 ss., con nota di L. Venditti; Cass. 14 maggio 1998, n. 4886, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 385, con nota di A. Cagetti; Cass. 13 febbraio 1990, n. 1039, in q. *Riv.*, 1990, II, p. 273; Cass. 16 di-

Ma è possibile effettuare lo stesso tipo di giudizio comparativo, anche di tipo ipotetico, pure in presenza di un licenziamento individuale, mentre nel caso della discriminazione-molestia è lo scopo o l'effetto di ledere la dignità della persona che connota in senso discriminatorio l'atto.

Con ciò non si vuol dire che non si possano adottare provvedimenti che si traducano in uno svantaggio per soggetti che possiedono determinate caratteristiche soggettive. Ciò significherebbe che il datore di lavoro, in presenza di cause di giustificazione tipizzate (g.c., g.m.), dovrebbe esentare i soggetti tutelati dai divieti espressi a preferenza di altri lavoratori di cui condividono le condizioni. Si vuol dire, piuttosto, che *quelle caratteristiche* non possono costituire la base, il fondamento del trattamento. Anche tali ragioni tipiche, dunque, andranno valutate in una prospettiva di comparazione, e comunque andrà verificato perché riguardano uno o più appartenenti alle categorie sospette e non altre. Dovrà cioè verificarsi se non assolvano altro che una funzione strumentale rispetto alla funzione finale (discriminatoria e lesiva della dignità) dell'atto. E tale verifica andrà compiuta alla luce del carattere *sospetto* che assume la presenza di fattori tipici di discriminazione.

È questa la contro obiezione che può essere mossa a una recente pronuncia della Cassazione, nella quale i giudici osservano che «per l'accertamento degli estremi del licenziamento intimato per motivi politici, sindacali o religiosi [...] non è sufficiente la sola appartenenza del lavoratore a un partito politico, a un movimento religioso o a un sindacato, ovvero la sua semplice partecipazione alle correlative attività, dato che su questi elementi, peraltro valutabili in senso indiziario, la legge non fonda alcuna presunzione né assoluta né relativa di licenziamento discriminatorio» (52). La legge, in realtà, è tutt'altro che indifferente rispetto al ricorrere di tali elementi: se essi sono valutabili in senso indiziario secondo meccanismi probatori diversi dalle ordinarie presunzioni è proprio perché, come si è già osservato, l'appartenenza a un gruppo tipicamente soggetto a discriminazioni rende verosimile che lo svantaggio subito sia dovuto all'identità di gruppo più che a caratteristiche individuali.

8. — *Un caso di vera interpretazione estensiva: il licenziamento per rappresaglia o ritorsione dovuto a motivi atipici come ipotesi di discriminazio-*

cembre 1985, n. 6401, in *Mass. giur. lav.*, 1986, pp. 241 ss. Un caso in cui il giudice ha effettuato un controllo di non discriminazione sulla base di un'indagine di tipo oggettivo sulla funzione finale dell'atto è quello deciso da Trib. Voghera 21 settembre 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, pp. 768 ss., con nota di A. Guariso.

(52) Cass. 23 gennaio 2012, n. 854, in *Mass. giust. civ.*, 2012, 1, n. 59.

ne-molestia — Mentre nel caso di discriminazione fondata su motivi espressamente vietati l'esito interpretativo che porta a configurare il licenziamento ritorsivo come discriminatorio è un esito necessario, strettamente vincolato alla nozione legale di discriminazione, che dire degli altri casi di licenziamento ritorsivo ove il fattore di discriminazione non è tipizzato? Si consideri la seguente massima, tratta da una recente sentenza della Corte di Cassazione:

«Non può invero dubitarsi che il licenziamento discriminatorio, sancito dalla legge n. 604 del 1966, art. 4, dalla legge n. 300 del 1970, art. 15, e dalla legge n. 108 del 1990, art. 3, è suscettibile di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, attuati a seguito di comportamenti risultati sgraditi all'imprenditore, che costituisce cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa (Cass. 18 marzo 2011, n. 6282). A ciò si è pervenuto sia attraverso un'estensione dell'area dei singoli motivi vietati dalla citata legge n. 604 del 1966, art. 4, sia consentendo la verifica del motivo illecito, che abbia avuto efficacia esclusiva nella determinazione della volontà del recedente (Cass. 3 maggio 1997, n. 3837)» (53).

Dunque, il licenziamento di rappresaglia sarebbe illecito in quanto, in conseguenza dell'interpretazione estensiva della figura del licenziamento discriminatorio, i motivi vietati comprenderebbero anche tale motivo, e perché si verificherebbe la sussistenza di un motivo illecito.

Per valutare la correttezza dell'*iter* argomentativo seguito dai giudici della Corte, mi pare che occorra ragionare sul tipo d'interpretazione cui, in effetti, essi stanno ricorrendo.

Anzitutto bisognerebbe dire che l'interpretazione estensiva di cui si parla riguarda, in realtà, un atto e non i suoi motivi: il licenziamento per rappresaglia non è un motivo: è un atto, valutabile complessivamente anche in termini di condotta.

In secondo luogo, bisognerebbe chiarire se si tratta davvero, come la Corte afferma, di un'interpretazione estensiva, nel qual caso si dovrebbe pervenire a ridurre l'indeterminatezza – la «zona di penombra» – delle norme citate, estendendone il campo di applicazione anche ai casi dubbi, o se, come a me sembra, si tratta più di un'applicazione di tipo analogico, nel qual caso la Corte dovrebbe produrre una norma nuova sulla

(53) Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, II, pp. 362 ss., con nota di C. Pederzoli.

base dell'asserita somiglianza fra le due specie alla luce di una supposta *ratio legis* (54).

Ebbene, né nell'uno né nell'altro caso, il risultato può essere quello di una (dis)torsione del concetto legale di discriminazione.

Nel primo caso – quello dell'interpretazione estensiva –, perché non mi pare vi sia spazio per la creazione di una norma nuova, risultante dalla somma delle fattispecie «licenziamento discriminatorio» più «motivo illecito». L'interpretazione estensiva, infatti, altro non è che è un tipo d'interpretazione in concreto, in cui i giudici applicano ai casi dubbi una norma previamente identificata e dal contenuto espresso.

Gli enunciati normativi indicati dalla Cassazione hanno un contenuto espresso, delineando una fattispecie tipica (la discriminazione per fattori di carattere soggettivo espressi) in cui non vi è traccia dell'ulteriore elemento richiesto dai giudici (il motivo illecito determinante ed esclusivo).

Se invece si ritenesse che la Corte sia ricorsa, in effetti, a un'interpretazione analogica – nella quale l'interprete muove da una lacuna della legge per costruire una norma inespressa, che riconduce la fattispecie non considerata alla norma che include fattispecie sostanzialmente simili –, nuovamente questo non può comportare una riformulazione dei divieti di discriminazione tipizzati.

O la Corte ritiene che i fattori di distinzione inclusi e quelli omessi siano sostanzialmente simili alla luce della *ratio legis*, e allora non si vede perché trattarli diversamente, oppure non li ritiene tali, ma allora non si capisce perché abbia fatto ricorso all'analogia. Né il richiamo alla figura del motivo illecito si salva ricordando che, in altre occasioni, i giudici ricorrono alla combinazione di più norme per riformularne una nuova: motivo illecito e discriminazione sono alternativi, come conferma anche il nuovo testo dell'art 18.

La conclusione potrebbe essere che la Corte forse non si è ancora interrogata a sufficienza su quale sia la *ratio* propria dei divieti di discriminazione, che tuttavia è la condizione alla quale è giustificabile il ricorso sia all'interpretazione estensiva che a quella analogica; operazioni che richiedono di valutare quale sia l'esigenza normativa soddisfatta mediante quella norma, nonché di valutare se il caso incluso e il caso omissio siano ragionevolmente configurabili come casi simili alla luce della *ratio legis*.

(54) Così R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 282 ss., a proposito, rispettivamente, dell'interpretazione estensiva e di quella analogica, che tuttavia conclude che «la sedicente interpretazione estensiva non costituisce vera interpretazione, ma creazione (mascherata) di una norma nuova inespressa».

Se guardiamo alla *ratio* della tutela antidiscriminatoria si può osservare, sinteticamente, come essa rinvi, da un lato, all'appartenenza del soggetto passivo della condotta a un gruppo naturale o sociale svantaggiato (le donne, i neri ecc., le cui caratteristiche si definiscono *in relazione a quelle di altri gruppi che tali non sono*) e, dall'altro, alla protezione della dignità umana e alla tutela della persona da atti emulativi, vendicativi, intimidatori, umilianti, offensivi atti a violarla (posizioni, queste, che *si definiscono in sé e non in relazione ad altri*).

Se è così, l'ipotesi interpretativa a cui lavorare al fine di estendere la nozione di licenziamento discriminatorio ai casi di licenziamento ritorsivo finora esclusi, attraverso un processo interpretativo controllato, che non perda di vista la *ratio* della normativa discriminatoria, è quella di includerlo nella fattispecie della discriminazione-molestia. Gli atti, le condotte, le finalità e gli effetti che essa include sono ragionevolmente configurabili come simili a quelli che si riscontrano nei casi di discriminazione per rappresaglia e ritorsione e non presuppongono necessariamente una comparazione. E simili sono anche alla luce della *ratio legis*, che è quella di colpire provvedimenti che abbiano lo scopo o l'effetto di intimidire, umiliare, offendere, degradare la persona, ledendone la dignità.

Si prospetta così la possibilità di configurare un tipo generale di discriminazione vietata sganciata dalla necessità di un termine di comparazione cui, anche attraverso il collegamento con l'art. 2087 cod. civ., andrebbe ricondotto anche il licenziamento per rappresaglia o ritorsione (55).

(55) Si v., in questo senso, anche L. Nogler, *op. ult. cit.*, p. 611; R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 219. La valorizzazione del collegamento tra normativa antidiscriminatoria e art. 2087 attraverso tutto il volume di A. Lassandari dedicato al licenziamento discriminatorio (A. Lassandari, *Il licenziamento discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2007).

ABSTRACT

L'articolo esamina la disciplina del licenziamento discriminatorio alla luce delle modifiche apportate recentemente all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ragionando dapprima sulla tendenza a trasformare la tutela antidiscriminatoria nella sola forma di tutela assoluta del diritto al mantenimento del posto di lavoro. L'articolo si sofferma poi sulla specificità della tutela discriminatoria, in particolare sulla sua funzione di diagnosi di fenomeni di disegualianza sociale. Successivamente, attraverso l'analisi delle differenze fra il giudizio sulla giustificazione del recesso e il giudizio di discriminazione, e del relativo onere della prova, viene evidenziato il diverso test di controllo utilizzato nei due casi. Infine, a partire dalla critica della tesi per cui un licenziamento adottato per giusta causa o giustificato motivo non può essere, al tempo stesso, discriminatorio, l'articolo esamina il caso del licenziamento per rappresaglia. La tesi sostenuta è che il licenziamento ritorsivo dovuto a uno dei fattori vietati debba essere considerato come un'ipotesi tipica di discriminazione, mentre un'interpretazione estensiva, di tipo funzionalista, dei divieti di discriminazione potrebbe ricondurre quello ritorsivo per motivi non nominati a un'ipotesi atipica di discriminazione-molestia.

THE DISMISSAL IN LIGHT OF THE ANTI-DISCRIMINATION LAW

The article examines the discipline of discriminatory dismissal in the light of the changes recently made to art. 18 of the Workers' Statute. The article first reflects on the tendency to turn anti-discrimination protection into the only form of absolute protection of the right to maintain one's job. It then focuses on the specificity of anti-discrimination protection, particularly on its diagnostic role of social inequality. Subsequently, through the analysis of the differences between judicial scrutiny of the reasons for dismissal and that of suspect discrimination, and the respective burden of proof regimes, it highlights the different tests used in the two types of judgments. Finally, starting from a critical analysis of the thesis according to which a dismissal for justified reasons cannot be considered, at the same time, discriminatory, the paper examines the case of retaliatory dismissal. It is argued that a retaliatory dismissal due to one of the prohibited factors must be considered a typical case of discrimination, while a broad, functionalist interpretation of the prohibition of discrimination could allow a retaliatory dismissal grounded on an unnamed factor to be read as an atypical case of harassment.

Lorenzo Maria Dentici (*)

TUTELA E SICUREZZA DEL LAVORO TRA CENTRO
E PERIFERIA: LA SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO (**)

SOMMARIO: 1. Il quadro delle competenze statali e regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. — 2. L'endiadi «tutela e sicurezza del lavoro» e la sua portata con riferimento alla sicurezza nei luoghi di lavoro. — 3. La vicenda del *mobbing*. — 4. Il T.U. in materia di sicurezza e il problematico confine mobile tra centro e periferia: genesi e caratteri. — 5. Prevalenza dell'approccio statocentrico e spazi di intervento del legislatore regionale: le questioni aperte.

1. — *Il quadro delle competenze statali e regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione* — Il periodo trascorso dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3/2001 è un lasso di tempo sufficientemente congruo per operare un bilancio sull'assetto delle fonti del diritto del lavoro dopo la riforma in senso federalista dello Stato. Qui l'analisi verrà condotta muovendo dal quadro generale, per poi verificare, più da vicino, un settore attraversato da una pluralità di competenze, distribuite su più livelli, ossia quello della sicurezza sui luoghi di lavoro (1).

Come è noto, infatti, con quella che alcuni commentatori hanno definito una rivoluzione copernicana nel rapporto tra Stato e Regioni, la legge costituzionale ora citata ha ridisegnato il riparto di competenze tra centro e periferia secondo una triplice articolazione (potestà legislativa esclusiva

(*) Professore aggregato di Diritto del lavoro presso l'Università di Palermo.

(**) Il testo è una rielaborazione, con aggiornamenti e approfondimenti, della relazione tenuta nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Milano, il 9 maggio 2011, nell'ambito del ciclo di incontri su «La sicurezza del lavoro», in memoria di Mario Grandi, coordinato dal prof. Mario Napoli. A quest'ultimo va il mio più sentito ringraziamento.

(1) Come osserva P. Pascucci, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *W.P. Csdle «M. D'Antona»*, n. 73/2008, p. 13: «la questione della pluralità delle fonti era già presente prima della riforma costituzionale, sol che si pensi alla importanza in materia non solo delle convenzioni internazionali, ma soprattutto delle direttive comunitarie, le quali, fin dagli anni ottanta, stanno sensibilmente influenzando l'ordinamento nazionale sia qualitativamente sia quantitativamente».

dello Stato; potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni; potestà legislativa residuale delle Regioni). L'art. 117, comma 2, Cost. riserva allo Stato una serie di materie come l'ordinamento civile, la tutela della concorrenza, la previdenza sociale e una cd. materia non materia, in quanto riconducibile trasversalmente a una pluralità (o a fasci) di rapporti. Si tratta della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Si stabilisce, inoltre (art. 117, comma 3), che sono materie di legislazione concorrente la tutela e sicurezza del lavoro, le professioni, la previdenza complementare e integrativa. In tali ambiti assegnati alla competenza delle Regioni a Statuto ordinario, lo Stato mantiene, comunque, un ampio margine di intervento, dovendo fissare i cosiddetti «principi fondamentali». Il quadro è completato dalla formula di chiusura, secondo cui le Regioni hanno competenza esclusiva nelle materie non espressamente riservate alla legislazione dello Stato (art. 117, comma 4).

Lo scenario normativo, appena descritto, per l'ampiezza delle formule prescelte da legislatore si è prestato a letture financo antitetiche: da un lato, i fautori di una visione conservatrice (o, in altri termini, più rassicurante del nuovo Testo costituzionale); dall'altro, i sostenitori di una deriva centrifuga, potenzialmente idonea a determinare una polverizzazione dei dogmi classici del diritto del lavoro in una pluralità di diritti del lavoro regionali.

La *querelle* ha però avuto quegli spazi di libertà ermeneutica (anche attraverso la preconizzazione di effetti catastrofici sul diritto del lavoro) fino a quando la Corte Costituzionale non ha ripristinato un equilibrio complessivo, ritagliando con particolare cautela gli spazi della competenza concorrente delle Regioni, immolandoli sull'altare della prevalenza della regolazione statale e (in ultima analisi) del principio di eguaglianza.

La potestà legislativa concorrente delle Regioni, come accennato, è ricondotta prevalentemente all'espressione «tutela e sicurezza del lavoro» di cui all'art. 117, comma 3, Cost.

La latitudine di tale endiadi (per molti versi criptica) (2) va letta, oggi, con particolare cautela, soprattutto dopo le recenti posizioni assunte dal

(2) Cfr. R. Del Punta, *Tutela e sicurezza del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2001, pp. 434-435; M. Persiani, *Devolution e diritto del lavoro, governo regionale e locale*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 19 ss.; M. Luciani, *Regioni e diritto del lavoro. Note preliminari*, *ivi*, 2002, pp. 57 ss.; R. Pessi, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, *ivi*, 2002, pp. 75 ss.; P. Tosi, *I nuovi rapporti tra Stato e Regioni*, *ivi*, 2002, pp. 599 ss.; M. Magnani, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, *ivi*, 2002, pp. 645 ss.; F. Carinci, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, pp. 243 ss.; A. Garilli,

giudice delle leggi a partire dalla sentenza n. 50/2005 (3). Da questa pronuncia (e dal filone che ne scaturisce) emerge l'adesione della Corte alla tesi «continuista pura», che reinterpreta l'espressione «ordinamento civile» (in relazione alla competenza concorrente in materia di «tutela e sicurezza del lavoro») alla luce del vecchio limite del diritto privato, valorizzando la vocazione esclusivamente amministrativa della legislazione regionale (4), sicché anche una minima intrusione della legislazione regionale nell'autonomia privata – sia pure con il limite della ragionevolezza – diventa inammissibile alla luce dell'attuale quadro costituzionale. Tale posizione smentisce le diverse tesi che ammettono un intervento delle Regioni al di là del «nucleo essenziale del diritto privato» (5), ma pur sempre nella materia contratto/rapporto di lavoro. Questa lettura sfrutta appieno le potenzialità della nozione «ordinamento civile», come limite rigido per regolare i confini tra competenze statali e regionali.

L'attuale impostazione del giudice delle leggi è conforme alle indicazioni di quella dottrina per la quale il diritto del lavoro (in particolare la disciplina del contratto di lavoro e il diritto sindacale) è compreso nell'ordinamento civile e oggetto della legislazione esclusiva dello Stato (6), di mo-

Diritto del lavoro e nuovo assetto dello Stato, in q. *Riv.*, 2004, I, pp. 342 ss.; R. Salomone, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, 2005, pp. 77 ss.; G. Ciocca, *Devoluzione e diritto del lavoro*, Milano, 2008; M. Pallini, *La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in q. *Riv.*, 2002, I, pp. 21 ss.; cfr., inoltre, il numero monografico di *Lav. dir.*, 2001, n. 3, *Federalismo e diritti del lavoro* e i contributi ivi ospitati. V., inoltre, Cnel, *La riforma del Titolo V della Costituzione*, parere n. 17, Roma, 24 gennaio 2002.

(3) Corte Cost. 13 gennaio 2005, n. 50, in q. *Riv.*, 2005, p. 417, con nota di A. Garilli, *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*. Sia inoltre consentito il rinvio a L.M. Dentici, *La tenuta costituzionale della riforma del mercato del lavoro*, in *Nuove autonomie*, 2005, pp. 407 ss.; in materia vedi anche Corte Cost. 26 giugno 2002, n. 282; Corte Cost. 26 luglio 2002, n. 407; Corte Cost. 7 ottobre 2003, n. 307; Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 14; Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 279; Corte Cost. 14 ottobre 2005, n. 384; Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378; Corte Cost. 18 aprile 2008, n. 104; Corte Cost. 1° agosto 2008, n. 326, tutte reperibili sul sito www.cortecostituzionale.it.

(4) E. Lamarque, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, p. 276.

(5) G. Alpa, *Ordinamento civile e principi fondamentali nella recente giurisprudenza costituzionale sulla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, in *Rass. forense*, 2004, pp. 20-21.

(6) Fra le ragioni di tale opzione ermeneutica figura anche il legame tra diritto del lavoro e Stato-nazione, su cui v. M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità*, in q. *Riv.*, 1998, p. 313. Per una valorizzazione delle esigenze di regolazione unitaria del diritto del lavoro insuscettibile di differenziazioni regionali per tutelare il principio di eguaglianza cfr. M. Persiani, *Devolution e diritto del lavoro*, cit., pp. 28

do che l'espressione «tutela e sicurezza del lavoro» contenuta nell'art. 117, comma 3, Cost. affiderebbe alle Regioni, prevalentemente, competenze in materia di intervento pubblico nel mercato del lavoro e politiche del lavoro, ritagliando a queste ultime la sola funzione di regolare, in particolare, il rapporto tra cittadino e poteri della pubblica amministrazione (7). La tesi è chiaramente nel segno della conservazione (8), atteso che la preclusione relativa alla regolazione da parte delle Regioni di aspetti del contratto/rapporto di lavoro – come accennato – era stata, prima della modifica del Titolo V della Costituzione, ricondotta dalla Corte al limite del diritto privato (9).

ss. Fanno invece leva sulla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni sociali M. Rusciano, *Il diritto del lavoro italiano nel federalismo*, in *Lav. dir.*, 2001, pp. 494 ss., ed E. Ales, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del «livello essenziale di prestazione»*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, I, pp. 9 ss.

(7) Cfr. M. Napoli, *Tutela e sicurezza del lavoro nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in Idem, *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi*, Torino, 2006, pp. 107 ss. V. Angiolini, *Ordinamento civile e competenza regionale*, in *q. Riv.*, I, 2004, pp. 26-27.

(8) *Contra*, ad esempio, L. Mariucci, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, ed. agg., Torino, 2003, p. 229, che fa leva sulla competenza regionale concorrente in materia di tutela e sicurezza del lavoro; L. Zoppoli, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i «pezzi» di un difficile puzzle?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, suppl. al n. 1, p. 156, che sembra profilare un intervento del legislatore regionale su alcuni istituti del rapporto di lavoro; A. Garilli, *Diritto del lavoro e nuovo assetto dello Stato*, cit., pp. 342 ss., incline ad ammettere limitati sconfinamenti delle potestà regionali nel diritto privato attesa la «mobilità» e la «fisionomia incerta» del confine tra competenza statale e competenze regionali; R. Del Punta, *Tutela e sicurezza del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2001, pp. 434 ss.

(9) Sull'individuazione del limite del diritto privato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale v. M. Luciani, *Regioni e diritto del lavoro. Note preliminari*, in *Le Regioni*, 2002, pp. 57 ss.; P. Vitucci, *Il diritto privato e la competenza legislativa delle Regioni in alcune sentenze della Corte Costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, pp. 1711 ss.; F. Dettori, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla potestà legislativa regionale relativa ai rapporti tra privati*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 2331 ss. Invero le maggiori aperture a un possibile intervento della Regione su istituti del contratto di lavoro, sia pure fortemente circoscritti, sono rinvenibili nelle pronunce della Corte sull'art. 17, lett. f, dello Statuto della Regione siciliana. La disposizione consente all'assemblea regionale siciliana di emanare leggi in materia di «legislazione sociale, rapporti di lavoro, previdenza e assistenza sociale, entro i limiti previsti dalle leggi dello Stato». Sul punto, anche per i riferimenti giurisprudenziali, cfr. M. De Luca, *Il lavoro nel diritto regionale tra Statuto della Regione siciliana e recenti modifiche del Titolo V della Parte seconda della Costituzione (note minime)*, in *Foro it.*, 2002, cc. 265 ss., e M. Marinelli, *Federalismo e diritto del lavoro: il caso della Sicilia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, pp. 395 ss.

La dottrina ha osservato che il modello delineato dal nuovo Titolo V può funzionare solo attraverso il funzionamento di alcuni collanti: il *principio di leale collaborazione* (10) e quello di *prevalenza*. Quest'ultimo sembra avere come fulcro la materia statale esclusiva dell'ordinamento civile, che – nel caso di concorrenza di competenze – esercita una particolare *vis attractiva*, sì da assorbire (*recte*, escludere) l'eventuale competenza regionale concorrente.

Più complicato appare invece il ruolo del principio di leale collaborazione, che viene sfruttato ogni volta che l'argomento tratto dalla materia «ordinamento civile» (quale giustificazione forte) non offra appigli pienamente convincenti per giustificare la prevalenza della competenza statale. Può dirsi pertanto che l'attuazione della leale collaborazione (quale giustificazione debole) diventa una sorta di *second best* nel *legal reasoning* del giudice delle leggi per pervenire alla soluzione di possibili interferenze tra competenze centrali e periferiche.

Il principio di leale collaborazione – associato a quello di sussidiarietà – si accredita, oggi, come uno dei principali criteri di raccordo fra Stato e Regioni; e ciò appare innegabile, soprattutto dopo le pronunce della Corte Costituzionale (11) che ne hanno rimarcato la portata, facendone un cardine o, meglio, un principio di sistema, nel nuovo modello di pluralismo ordinamentale (12), venutosi a delineare attraverso la riforma del Titolo V della Costituzione. Anzi, lo strumento diventa un canale per veicolare quell'interesse nazionale che, scomparso dal testo della Costituzione, riaffiora fra le pieghe del Titolo V, passando ora attraverso il prisma di alcune competenze esclusive dello Stato (fra cui la concorrenza e i livelli essenziali di prestazione), ora attraverso i nuovi principi di raccordo fra enti.

Se si volesse guardare al diritto del lavoro nel nuovo Titolo V come a una tela d'artista, si potrebbe dire che i toni dello sfondo hanno condizionato inevitabilmente l'interpretazione dei particolari. Sembra, pertanto,

(10) Sul tema, da ultimo, cfr. S. Agosta, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008.

(11) Corte Cost. 6-8 giugno 2005, n. 219, ma già prima Corte Cost. 25 settembre 2003-1° ottobre 2003, n. 303, in www.cortecostituzionale.it.

(12) P. Veronesi, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 1042 ss.; R. Bin, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, pp. 3 ss.; v. inoltre D. Galliani, *Riflessioni sul principio e sugli strumenti della collaborazione (costituzionale) tra Stato e Regioni*, in *Quaderni regionali*, 2005, pp. 89 ss.; sul modello pluralistico, inoltre, cfr. S. Gambino, *L'ordinamento repubblicano: fra principi costituzionali e nuovo assetto territoriale dei poteri*, in S. Gambino (a cura di), *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2009, pp. 3 ss.

cogliere nel segno quella dottrina che, di recente, ha osservato che il sostenere «con notevole forza evocativa [...] il progressivo ritrarsi, o almeno l'artramento, dell'intervento legislativo dello Stato in materia di lavoro, oggi suggerisce un po' l'immagine d'una fuga in avanti» (13).

Il risultato del processo interpretativo – i cui esiti iniziali apparivano certamente più eretici di quel che poi si sono rivelati – ci consegna un modello di regolazione (o, meglio, un assetto delle fonti) in cui la centralità dello Stato è confermata nei suoi caratteri fondamentali. Attraverso la pluralità di materie (e materie non materie: ossia la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) assegnate al centro, si finisce, infatti, per ridurre (*recte*, soverchiare) gli spazi della periferia.

A ciò aggiungasi che, in un sistema ordinamentale composito in cui un principio di gerarchia delle fonti si innerva sottile in un modello di distribuzione pluralistica delle competenze legislative, un ruolo primario è giocato dai cd. «principi fondamentali», che costituendo, in ultima analisi, il *limes* tra centro e periferia (ossia tra fonti statali e regionali) (14), senza possedere caratteri di rigidità, consentono allo Stato di modulare in modo variabile il confine mobile tra gli spazi operativi delle Regioni e l'intervento statale.

Che il legislatore e l'interprete abbiano, per così dire, scongiurato una deriva centrifuga del diritto del lavoro è, dunque, affermazione calzante sulla base di una mera analisi del quadro legale. Resta da chiedersi in che misura la spinta verso la regolazione periferica sia il portato dell'andamento dell'economia, spesso ingovernabile da parte del fenomeno giuridico e creatore, esso stesso, di un nuovo ordine giuridico (15). Quest'ultima appare sempre più incompatibile con modelli regolativi unitari e incline ad assecondare forme di regolazione differenziate in ragione della peculiarità dei contesti territoriali. Il fatto che questo fenomeno appaia tanto arginabile (o regolabile) nell'ordinamento statuale, quanto sfuggente (e talora ingovernabile) sul piano del diritto intersindacale nel quale la spinta verso la periferia (con un'ipervalorizzazione della dimensione aziendale della con-

(13) P. Tullini, *Le competenze legislative in materia di sicurezza sul lavoro: i nodi irrisolti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, suppl. al n. 1, p. 15.

(14) Cfr. P. Tullini, *op. ult. cit.*, pp. 17-18.

(15) Cfr. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, ult. ed., Bari, 2003, p. 4, secondo il quale «nessuno dubita che il mercato sia un *ordine*: taluni lo dichiarano esplicitamente; altri lo presuppongono o lo lasciano argomentare. Ordine, nel senso di *regolarità* e *prevedibilità dell'agire*: chi entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole, e dunque che, entro la misura definita da codeste regole, i comportamenti sono prevedibili».

trattazione collettiva) è ormai uno dei *leitmotiv* della storia recente del diritto del lavoro, fino a ieri caratterizzata da una vocazione nazionale imperniata sulla funzione del contratto collettivo nazionale di lavoro, quale baluardo, in ultima analisi, del principio di uguaglianza.

2. — *L'endiadi «tutela e sicurezza del lavoro» e la sua portata con riferimento alla sicurezza nei luoghi di lavoro* — Nonostante la controversa endiadi attorno alla quale si struttura larga parte delle competenze assegnate alle Regioni contenga lessicalmente l'espressione «sicurezza del lavoro», sia la giurisprudenza, sia la dottrina – con una sorta di strabismo interpretativo – hanno incentrato le loro riflessioni su settori dell'ordinamento che poco hanno a che vedere con la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, *stricto sensu* intesa (16).

È stato il tema del mercato del lavoro (e della sua regolazione) il reale protagonista della giurisprudenza costituzionale e, in questo caso, la battaglia di retroguardia condotta dalle Regioni (attraverso i numerosi ricorsi in via principale proposti innanzi al giudice delle leggi) ha avuto l'esito a tutti noto: lo Stato centrale mantiene il timone della regolazione del

(16) Per L. Zoppoli, *Introduzione a Il «sistema» federalista della sicurezza sul lavoro dopo il d.lgs. n. 81/2008*, in P. Pascucci (a cura di), *Il d.lgs. n. 81/2008 due anni dopo. I «sistemi» del diritto della sicurezza sul lavoro*, in *Quaderni Olympus*, 2, p. 72: «la sicurezza del lavoro costituisce soltanto un tassello del mosaico politico-istituzionale assai più vasto e complesso che dovrebbe dare forma e sostanza al riassetto federalista di tutto il nostro apparato politico e amministrativo». Poche sono, infatti, le pronunce del giudice delle leggi sul tema della sicurezza in senso stretto: Corte Cost. 14 ottobre 2005, n. 384, in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, con nota di L. Nogler, *Divide et impera: sull'irrealistico riparto di competenze Stato-Regioni proposto dalla Corte in tema di vigilanza in materia di lavoro*, in *Le Regioni*, 2006, pp. 488 ss. In tale sentenza, la Corte muove dall'assunto che l'attività di vigilanza postula anche l'individuazione della materia cui essa si riferisce e, inerendo per lo più al rispetto della disciplina inderogabile in materia civilistica e previdenziale, attiene alla competenza statale e in particolare «alle materie di cui all'art. 117, comma 2, lettere l e o, Cost., nonché, con riguardo all'esigenza unitaria implicita nelle finalità anzidette, alla lettera m dello stesso comma». Vengono però formulate importanti considerazioni per motivare l'illegittimità di alcune norme scrutinate. Il giudice delle leggi osserva che si tratta di ambiti in cui si realizza un incrocio di competenze tra Stato e Regioni. In questo senso vengono mosse censure alla legge statale sul rilievo che è stato violato il *principio di leale collaborazione*, attraverso la mancata previsione del coinvolgimento delle Regioni. Sul tema, per ulteriori approfondimenti, cfr. O. Bonardi, *Il Testo Unico in materia di sicurezza e il sistema delle fonti*, in L. Guaglianone, F. Malzani, *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Milano, 2007, pp. 347 ss. Cfr., inoltre, Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, in www.cortecostituzionale.it, e quelle del filone sul fenomeno del *mobbing*, su cui v. *ultra*.

mercato del lavoro attraverso le materie della tutela della concorrenza e, soprattutto, quella dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (tra cui rientra per l'appunto il diritto al lavoro, di cui all'art. 4 Cost.).

Quanto alla materia di competenza concorrente delle Regioni, ricondotta alla formula – per molti versi impalpabile – «tutela e sicurezza del lavoro», la dottrina ha, da sempre, ritenuto di ricomprendervi la disciplina prevenzionistica nei luoghi di lavoro. Questa competenza concorrente, però, si interseca a filo doppio con alcune competenze statali (in particolare i cd. Lep), con evidente creazione di innumerevoli punti di contatto tra gli spazi della legislazione regionale e quelli di fonte statale (17). La formula citata va poi letta in filigrana, in relazione al tema che ci occupa, con l'altra rilevante competenza concorrente affidata dalle Regioni dall'art. 117, comma 3, ossia la «tutela della salute» (18). Le due materie si sovrappongono (o, meglio, si fondono) finendo per tutelare, nell'insieme, il benessere

(17) Risultano quanto mai pertinenti le osservazioni del giudice delle leggi, laddove afferma (Corte Cost. 16 giugno 2007, n. 231, in www.cortecostituzionale.it): «la complessità della realtà sociale da regolare comporta che di frequente le discipline legislative non possano essere attribuite nel loro insieme a un'unica materia, perché concernono posizioni non omogenee ricomprese in materie diverse sotto il profilo della competenza legislativa (materie di competenza esclusiva statale e materie di competenza residuale regionale, materie di competenza esclusiva statale e materie di competenza concorrente)».

(18) Il diritto alla salute costituisce uno dei diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuto dalla Costituzione (art. 32) (sui diritti inviolabili cfr. A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, pp. 25 ss.). Esso rileva in una molteplicità di dimensioni: individuale, collettiva e teleologica. La sua latitudine abbraccia, pertanto, sia una dimensione difensiva (*recte*, protettiva), sia una dimensione promozionale. Per un quadro d'insieme cfr. L. Montuschi, *Commento sub art. 32, comma 1*, in M. Bessone e altri, *Rapporti etico-sociali (artt. 29-34)*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, pp. 146 ss.; R. Balduzzi, voce *Salute (diritto alla)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, VI, pp. 5393 s.; P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 1023 ss.; C. Panzera, *Legislatore, giudici e Corte Costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito «circuito» di produzione normativa?)*, in *Diritto e società*, 2004, pp. 309 ss. A un medesimo inquadramento può essere ricondotto, in un doveroso parallelismo, anche il diritto alla sicurezza sul lavoro, che rileva, al contempo, in una dimensione individuale, in una collettiva e in una teleologica, come fine dello Stato. Sul punto, cfr. A. Morrone, *Commento sub art. 1*, in C. Zoli (a cura di), *Principi comuni*, vol. I, in L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2011, p. 28. Per alcune interessanti considerazioni sul rilievo sistematico del diritto alla salute sulla disciplina prevenzionistica cfr. A. Trojsi, *La potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, in L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010, p. 17.

re sul luogo di lavoro, o quello che, con un'espressione sintetica di matrice comunitaria e internazionale, viene definito *decent work*.

Qui l'approccio del legislatore deve necessariamente muoversi su due piani (la cui individuazione, come si vedrà, ha non poco rilievo sulla distribuzione delle competenze tra centro e periferia): da un lato, la predisposizione dell'apparato repressivo e, dunque, sia l'individuazione dei comportamenti obbligatori e dei divieti che delle relative sanzioni; dall'altro, l'adozione di misure promozionali della sicurezza, tra cui rientrano anche l'informazione, la formazione e la ricerca scientifica, che non si arrestano alla diffusione della mera cultura della sicurezza e della prevenzione. L'intervento promozionale, infatti, assume connotazioni più ampie, in quanto abbraccia iniziative volte, attraverso la definizione di obiettivi generali o specifici, a perseguire l'accrescimento del livello di condivisione e fiducia da parte delle imprese e delle istituzioni, con la creazione di un circuito virtuoso cui partecipino attivamente più soggetti, più livelli istituzionali e le parti sociali. La «cultura della prevenzione», che, da un lato, «è sottesa all'art. 32 Cost.», non «può [...] prescindere dalla costruzione di una seria e moderna "cultura di impresa", così come emerge nel comma 2 dell'art. 41 Cost. e nella dimensione comunitaria» (19).

Solo l'affermazione del principio per il quale la riduzione del numero degli infortuni e la lotta all'economia sommersa possono conseguirsi con una sinergia complessiva degli attori coinvolti è in grado di aggredire, in una sinergia multilivello tra operatori economici, soggetti istituzionali e sindacato, il problema della sicurezza sui luoghi di lavoro, in un'equilibrata miscela di sensibilizzazione, informazione, prevenzione, da un lato, e repressione, dall'altro. Tale profilo – tra l'altro – mostra la parzialità e insufficienza dell'approccio risarcitorio (20).

Era pertanto prevedibile che, anche *in subiecta materia*, si determinassero punti di attrito tra la regolamentazione centrale e quella periferica, che non poco peso hanno avuto sull'emanazione del T.U. sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. n. 81/2008) (21). Questa situazione

(19) P. Pascucci, *Brevi note sulla competenza delle Regioni in tema di disciplina della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori*, in *Working Papers di Olympus*, n. 13/2012, p. 10.

(20) P. Albi, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in F.D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2008, pp. 3 ss.

(21) Nella nuova regolazione che prende le mosse dalla legge delega n. 123/2007, come osserva L. Montuschi, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in C. Zoli (a cura di), cit., p. 2, «è prevalsa la preoccupazione di "garantire l'uniformità della tutela dei lavoratori sul territorio nazionale", considerato che la legislazione regionale

si complica ove si consideri che nell'intreccio tra fonti nazionali e regionali rimane a monte la supremazia gerarchica del diritto comunitario (anche autoapplicativo, se contenuto in fonti incondizionate e sufficientemente precise) e a valle il ruolo della contrattazione collettiva (22), anche aziendale, che, pur avendo avuto un ruolo fino a ora marginale, può sviluppare ampie potenzialità, come peraltro nel disegno del legislatore delegante (vedi, in tal senso, l'art. 1, comma 2, lett. l, della legge n. 123/2007). Rilievo sul piano sistematico possono inoltre assumere le fonti integrative dei contenuti del d.lgs. n. 81/2008, che in più punti rinvia all'emanazione di decreti successivi da emanarsi previo parere della conferenza Stato-Regioni. A mente dell'art. 117, comma 6, Cost., la potestà regolamentare dello Stato si esplica solo nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni, cui compete in ogni altra materia, anche di legislazione concorrente.

Non va poi dimenticato il rilievo dei codici etici, di condotta e delle buone prassi, che elaborate e raccolte da Ispels, Inail e da appositi organismi paritetici dovrebbero costituire la bussola di un comportamento virtuoso dei datori di lavoro in materia di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, secondo una tecnica basata più che su meccanismi classici di tipo sanzionatorio, sulla volontarietà di comportamenti, secondo uno schema proprio dei sistemi di *common law*. In questi contesti i temi della volontarietà e della responsabilità sociale dell'impresa sembrano aver avuto sviluppi più fecondi che ora possono essere importati in ordinamenti, come quello italiano, che hanno tradizionalmente sposato tecniche regolative classiche secondo modelli di *civil law* (basati sul dualismo norma primaria/norma secondaria di carattere sanzionatorio). Può, in definitiva, discutersi di un sistema *multilevel* (23), in cui la concorrenza tra fonti e la soluzione di eventuali conflitti appaiono densi di questioni problematiche. Il sistema normativo sembra, allora, assumere – come opportunamente osservato a ridosso della modifica del Titolo V – più la forma di una rete che

concorrente potrebbe destrutturare il sistema prevenzionale e incrinare la compattezza, anche quando, come pure s'è auspicato, dovesse migliorare la disciplina statale in funzione incrementale delle tutele».

(22) Secondo M. Tiraboschi, *La tutela dalla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro alla prova del «Testo Unico»*, in Idem (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2008, p. 7, la valorizzazione delle parti sociali è diretta a sostituire a una nocività conflittuale un nuovo modello di sicurezza partecipata. In argomento, v., inoltre, C. Zoli, *Sicurezza del lavoro: contrattazione e partecipazione*, in q. *Riv.*, 2000, II, pp. 613 ss.

(23) Analogamente, L. Zoppoli, *Introduzione*, cit., p. 73.

quella di una piramide, e ciò, in maniera ineluttabile, valorizza oltremodo ruolo e funzione dell'interprete (24).

Tale doverosa premessa, consente adesso di scendere *in medias res*, ossia nell'inquadramento sistematico del T.U. contenuto nel d.lgs. n. 81/2008, che doveva rispondere alle preoccupazioni di chi ipotizzava che l'intera materia della sicurezza sarebbe stata risucchiata dalla competenza statale esclusiva in materia di ordinamento civile (25). Tale provvedimento, nel dare attuazione alla delega contenuta nella legge n. 123/2007, tra le finalità, all'art. 1, si propone «l'uniforme tutela delle lavoratrici e dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche con riguardo alle differenze di genere, di età e alla condizione delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati», collocando, immediatamente, la materia della tutela e della sicurezza sui luoghi di lavoro nel crocevia tra valori costituzionali fondamentali, primi fra tutti il diritto alla salute e il principio di uguaglianza, che si inverano nella regolazione di dettaglio attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni.

In questo quadro di sistema, la delega è esercitata «nel rispetto delle normative comunitarie e delle convenzioni internazionali, nonché in conformità all'art. 117 Cost. e agli Statuti delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano» (26). Nell'inquadrarsi nel conte-

(24) Appaiono oggi assai lungimiranti le valutazioni d'insieme di M. Napoli, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 91, secondo il quale: «occorre abbandonare il condizionamento della visione piramidale delle fonti, tipica della tradizione giuridica, e ispirarsi a un modello a rete, in base al quale i precetti si integrano nel delineare la disciplina dei rapporti di lavoro e del mercato del lavoro».

(25) La dottrina aveva segnalato l'opportunità di «non ripetere l'errore» (commesso in passato) «evitando di attrarre la materia della sicurezza nella competenza esclusiva della legislazione statale [...] in quanto da ricomprendere nel concetto di ordinamento civile (cfr. art. 117, comma 2, lett. l, Cost.), attraverso la mediazione dell'art. 2087 cod. civ. e la contrattualizzazione dell'obbligo di protezione». Così L. Montuschi, *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 27.

(26) Come osserva A. Morrone, *op. cit.*, p. 46, pur menzionando la disposizione solamente le «convenzioni», si potrebbe ritenere, in ogni caso, che il principio sia esteso a ogni obbligo internazionale di fonte pattizia, aprendo la strada – in assenza dell'obbligo di disapplicazione previsto solo nel caso di contrasto con il diritto comunitario – a possibili questioni di legittimità costituzionale che sfruttino la norma di diritto internazionale violata come parametro interposto al fine di inferirne l'illegittimità costituzionale ex 117 Cost. Sulla rilevanza degli obblighi internazionali come parametro interposto e per l'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia cfr. L. Condorelli, *La Corte Costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Cedu o a qualsiasi obbligo internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp.

sto dei principi sopra richiamati, il d.lgs. n. 81/2008 ha la pretesa di accreditarsi come una disciplina generale o, per usare la medesima espressione del legislatore delegato, come un «unico testo» (cfr. art. 1, comma 1), che però non esaurisce la materia e rimane suscettibile di modifiche e aggiornamento continui, secondo un modello di fonti plurale e multilivello (comunitario, nazionale, regionale, contrattual-collettivo), accreditandosi, in ultima analisi, come un insieme di norme quadro.

Pur non potendo il Testo Unico aspirare a esaurire l'intera disciplina della sicurezza nei luoghi di lavoro, trattandosi peraltro di un insieme di disposizioni di rango ordinario, «esso può riuscire a sprigionare sul piano istituzionale la sua forza dinamica, perché al suo interno è possibile rinvenire una "visione" funzionale e in movimento dei rapporti interistituzionali, grazie alla quale viene predisposta una serie di snodi e di accorgimenti tecnici per colmare lacune normative e incognite gestionali del complesso apparato regolativo» (27). In questo, come in altri settori dell'ordinamento, in cui la competenza si distribuisce su assi verticali e assi orizzontali, risulterà quanto mai opportuna la prospettiva della *law in action*, in chiave dinamica, rispetto a quella della *law in the code*, statica e basata su una fotografia del quadro normativo esistente. Fino a questo momento, la dimensione del divenire nella materia in esame può disvelare solo chiavi di lettura o costanti, che consentiranno all'interprete di cogliere le linee di sviluppo e di prevedere gli assetti futuri del sistema normativo.

3. — *La vicenda del mobbing* — L'emanazione del provvedimento, qui oggetto di più attenta analisi (ossia il d.lgs. n. 81/2008), ha un suo determinante antecedente nel tentativo di regolazione a livello regionale del fenomeno del *mobbing* nei luoghi di lavoro e delle misure di contrasto: sicuramente la misura più significativa sul piano dell'impatto sistematico nel contesto delle legislazioni periferiche emanate prima dell'entrata in vigore del T.U. (28).

301 ss.; F. Angelini, *L'incidenza della Cedu nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte Costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, pp. 487 ss.; N. Napoletano, *Rango ed efficacia delle norme della Cedu nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pp. 194 ss.

(27) Così L. Zoppoli, *Introduzione*, cit., p. 74.

(28) Il riferimento va a: legge Regione Basilicata 18 ottobre 2007, n. 27; legge Regione Liguria 13 agosto 2007, n. 30, legge Regione Lombardia 28 settembre 2006, n. 22; legge Regione Toscana 13 luglio 2007, n. 38, modificata con legge regionale 28 febbraio 2008, n. 13; legge Regione Toscana 27 ottobre 2008, n. 57; legge Regione Umbria 21 febbraio 2008, n. 1; legge Regione Friuli-Venezia Giulia 9 ago-

La vicenda, come è noto, prende le mosse dall'emanazione della legge Regione Lazio 11 luglio 2002, n. 16 («Disposizioni per prevenire e contrastare il fenomeno del *mobbing* nei luoghi di lavoro»). Al citato intervento sono seguite discipline aventi a oggetto la stessa materia in altre regioni. Si tratta della legge Regione Abruzzo 11 agosto 2004, n. 26 («Intervento della Regione Abruzzo per contrastare e prevenire il fenomeno *mobbing* e lo stress psico-sociale sui luoghi di lavoro»), della legge Regione Umbria 28 febbraio 2005, n. 18 («Tutela della salute psico-fisica della persona sul luogo di lavoro e contrasto dei fenomeni di *mobbing*»), della legge Regione Friuli-Venezia Giulia 8 aprile 2004, n. 7 («Interventi regionali per l'informazione, la prevenzione e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori dalle molestie morali e psico-fisiche nell'ambiente di lavoro»).

Dall'esame del quadro normativo regionale e della giurisprudenza della Consulta, che – con le opportune distinzioni – hanno condotto a esiti diversi, emerge una distribuzione di competenze tra centro e periferia abbastanza complessa e composita.

In questo conflitto/sovrapposizione tra fonti statali e regionali, si possono, comunque, individuare alcune costanti.

Premesso che la disciplina della tutela dai rischi derivanti da comportamenti che creano un disagio psico-sociale sui luoghi di lavoro annette un contenuto definitorio, rilevante ai fini delle conseguenze civili (in particolare risarcitorie) sul rapporto di lavoro, non è revocabile in dubbio che – pena una lesione della competenza statale in materia di ordinamento civile – la definizione del fenomeno del *mobbing* debba essere affidata alla regolazione centrale. Ciò è vieppiù evidente, ove si consideri che in questo campo «sono coinvolti i diritti fondamentali della persona – in particolare, la dignità personale e professionale del lavoratore – che reclamano necessariamente una regolamentazione di livello nazionale» (29).

La centralità della funzione definitoria affidata al legislatore statale non preclude però alle Regioni di sfruttare appieno le potenzialità della competenza concorrente in materia di tutela e sicurezza del lavoro, che – secondo le indicazioni della Corte – deve dirigersi verso lo studio del fenomeno e l'eliminazione delle sue conseguenze sociali. In questo senso è legittimo l'intervento periferico diretto al monitoraggio e all'analisi casistica, all'informazione e alla formazione in materia, al sostegno psicologico

sto 2005, n. 18; leggi Provincia di Trento 16 giugno 1983, n. 19, e 8 febbraio 2007, n. 3, e, in qualche misura, anche legge Regione Lazio 18 settembre 2007, n. 16.

(29) Cfr. P. Tullini, *op. ult. cit.*, p. 20.

e terapeutico dei lavoratori oggetto del fenomeno, alla ridefinizione e all'arricchimento delle funzioni ispettive affidato ai dipartimenti delle Asl.

Proprio lungo questa scia si è mosso l'intervento delle Regioni Abruzzo, Umbria e Friuli-Venezia Giulia che, nel privilegiare l'intervento al livello amministrativo nel sostegno alle vittime del fenomeno, sono sfuggite alle «forche caudine» della Consulta, evitando che si ripettesse quanto accaduto in occasione della prima pronuncia in materia relativa alla legge emanata dalla Regione Lazio (30).

La Consulta ha pertanto ritenuto legittimi questi interventi normativi (31), in quanto l'invasione della competenza statale si determina laddove le Regioni aspirino a creare una nozione giuridica (il *mobbing*) che, peraltro, non esiste neppure a livello nazionale, ma costituisce il risultato di analisi sociologiche e psicologiche, in relazione alle quali si è registrato un costante sforzo di dottrina e giurisprudenza, teso all'individuazione dei principi normativi idonei a inquadrare (sia pure in parte) il complesso fenomeno (violazione dell'obbligo di sicurezza, demansionamento, trasferimento illegittimo, molestie sui luoghi di lavoro).

Alle Regioni è pertanto preclusa l'individuazione di autonome nozioni giuridiche di *mobbing*. Infatti, l'autonoma iniziativa regionale invaderebbe la competenza statale esclusiva in materia di ordinamento civile alimentando incontrollabili tensioni centrifughe (32), potenzialmente idonee a costituire un grave *vulnus* al principio di eguaglianza fra cittadini.

Negli spazi sinora delineati, le Regioni possono, invece, esercitare la potestà concorrente, in quanto i principi fondamentali, pur non fissati *ad hoc* dal legislatore, sono comunque desumibili dalla cornice ordinamentale (33).

4. — *Il T.U. in materia di sicurezza e il problematico confine mobile tra centro e periferia: genesi e caratteri* — Banco di prova delle tensioni fin qui

(30) Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 239, con nota di N. Ghiardi, *La Corte Costituzionale interviene sulla competenza legislativa regionale in materia di lavoro*.

(31) Corte Cost. 27 gennaio 2006, n. 22, e Corte Cost. 22 giugno 2006, n. 238, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 501, con nota di P. Tullini, *Nuovi interventi della Corte Costituzionale sulla legislazione regionale in materia di mobbing*.

(32) Vedi B. Caruso, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 863.

(33) Come chiarito da Corte Cost. 13 gennaio 2005, n. 50, cit., con riferimento alla nozione di principio fondamentale, «è il legislatore che opera le scelte che ritiene opportune, regolando ciascuna materia sulla base di criteri normativi essenziali che l'interprete deve valutare nella loro obiettività, senza essere condizionato in modo decisivo da eventuali autoqualificazioni».

esposte è stata la vicenda che ha condotto al Testo Unico (d.lgs. n. 81/2008) (34). Il processo normativo, sfociato nel provvedimento ora citato, è stato caratterizzato da numerose incertezze riconducibili, in larga misura, proprio al controverso confine tra potestà legislativa statale e regionale.

Un significativo antefatto è costituito, in ragione dei rilievi della Conferenza Stato-Regioni e del parere negativo del Consiglio di Stato, dal ritiro della bozza predisposta in base all'art. 3, legge delega n. 229/2003 (35).

Le critiche si incentrarono sulla complessiva impostazione del provvedimento, attratto per contenuti nella competenza esclusiva statale sulla base del rilievo che la disciplina in esso contenuta dovesse essere ricondotta alla materia dell'ordinamento civile e, per quel che riguarda l'apparato sanzionatorio, a quello penale.

Dal canto suo, il Consiglio di Stato – con una posizione per certi versi sorprendente – ha ritenuto che il legislatore nazionale deve ritenersi in linea di massima abilitato a dettare solo principi fondamentali.

Sebbene la dottrina, concentratasi in verità sull'analisi dei testi normativi, si sia limitata a una lettura in termini generali del documento, a un'analisi più minuziosa emergono talune questioni problematiche. Pur ritenendo pacificamente che la materia della sicurezza sul lavoro abbracci trasversalmente le materie di competenza esclusiva statale e quelle di competenza concorrente delle Regioni, il Consiglio di Stato si esprime nel senso che la competenza statale deve estrinsecarsi nella fissazione dei principi fondamentali, che non possono possedere «caratteri di rigidità e di universalità, perché le “materie” hanno diversi livelli di definizione che possono mutare nel tempo». In questo senso, lo Stato «è titolare del potere legislativo esclusivo nelle sole materie enumerate nel comma 2 dell'art. 117, mentre, nelle ulteriori materie indicate nel comma 3, è riservata a esso so-

(34) Sul T.U., cfr., in generale, O. Bonardi, *Ante litteram. Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega per l'emanazione di un Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in *q. Riv.*, 2007, p. 2, suppl.; F. Carinci, *Habemus il Testo Unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010, p. XXXV; Idem, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza: la nuova delega con qualche succosa anticipazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, pp. 2 ss.

(35) Cons. Stato, ad. gen., 7 aprile 2005, reperibile in <http://olympus.uniurb.it>. Cfr., sul tema, L. Montuschi, *Aspettando la riforma: riflessioni sulla legge n. 229 del 2003 per il riassetto in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, pp. 749 ss.; L. Fantini, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla salute e sicurezza nell'attuale assetto costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, pp. 3 ss.

lo la determinazione dei princìpi fondamentali, restando affidata alle Regioni la disciplina di dettaglio».

Nelle materie di legislazione concorrente si registra, invece, una sovrapposizione di competenze, che appare limitata in negativo per il legislatore nazionale (quest'ultimo deve prevedere solo norme di principio) e in positivo per la legge regionale (che deve attenersi alle norme di principio della legislazione dello Stato).

Ancorché composito, il quadro appena descritto postula – nella ricostruzione dell'organo di giustizia amministrativa – la presenza di un ambito riservato alla legge statale (cd. norme di principio) che avrebbe dovuto, per ragioni di equilibrio sistematico e per evitare una sorta di Babele delle fonti, essere indicato in modo chiaro.

Tale indicazione limpida dovrebbe, altresì, concernere la demarcazione delle norme statali di dettaglio, connotate dal carattere della cedevolezza, e delle norme di dettaglio precedenti di valore meramente ricognitivo.

La questione è di non poco rilievo, in quanto, ove lo Stato ponesse una disciplina di dettaglio in materie di legislazione concorrente, opererebbe senza «titolo di legittimazione», «anche qualificando la stessa come cedevole rispetto alla sopravveniente disciplina regionale».

In questo senso, il Consiglio di Stato esprime un'indicazione chiara nel senso della necessità di una definizione tanto netta, quanto precisa delle materie di competenza statale. Se è vero che al legislatore nazionale non è precluso del tutto un intervento di dettaglio, questo dovrebbe essere assai limitato e, peraltro, entro confini rigorosi (36) e solo a seguito di gravosi oneri procedurali. Questi sarebbero espressione del principio di leale collaborazione (37), che potrebbe – al limite – proteggere la disciplina prodotta da censure di costituzionalità.

Si tratterebbe, comunque, di un'ipotesi limite, posto che il Consiglio, nel trarre le conclusioni definitive, pone alcuni paletti ben precisi: a) la fissazione da parte del legislatore statale dei soli princìpi fondamentali e non anche di disposizioni di dettaglio, anche se cedevoli; b) il carattere cedevole di disposizioni di dettaglio previgenti; c) la possibilità per lo Stato di effettuare una mera ricognizione di tali disposizioni, fermo restando il carattere cedevole delle stesse.

(36) Cfr. Corte Cost. 19 giugno 2002, n. 282, in *www.cortecostituzionale.it*, ove si afferma che la «nuova formulazione dell'art. 117, comma 3, rispetto a quella previgente dell'art. 117, comma 1, esprime l'intento di una più netta distinzione fra la competenza regionale a legiferare in queste materie e la competenza statale, limitata alla determinazione dei princìpi fondamentali della disciplina».

(37) Cfr. Corte Cost., 25 settembre 2003, n. 303, in *www.cortecostituzionale.it*.

La vicenda dell'attuazione dell'art. 3 della legge delega n. 229/2003 si è, dunque, spenta sulla base dei numerosi punti di conflitto e delle visioni, a tratti antitetiche, emerse nella fase preparatoria.

Una nuova occasione per mettere mano alla riforma della materia della sicurezza è stata offerta, alcuni anni dopo, dalla legge delega n. 123/2007, che ha previsto, tra i principi e i criteri direttivi, una rigorosa osservanza dell'art. 117 Cost., oltre che degli Statuti e delle norme di attuazione stabilite dalle Regioni a Statuto speciale e dalle Province autonome di Trento e Bolzano.

Perno dell'intervento dello Stato, secondo il legislatore delegante, è la competenza trasversale dell'art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost., tenuto conto dell'esigenza di garantire «l'uniformità della tutela dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 1, comma 1, legge n. 123/2007). Ribadisce il medesimo principio l'art. 1 del d.lgs. n. 81/2008, che, nell'attuare la legge da ultimo citata, sul punto, si limita a riprodurre la previsione della delega.

L'esame del nuovo quadro normativo, sulla base del rilievo che l'intervento centralistico pare assumere caratteri di pervasività, ha indotto la dottrina a chiedersi se lo Stato possa «riformare, aggiornare, semplificare le regole sulle quali le Regioni hanno titolo a intervenire autonomamente vantando una competenza legislativa concorrente» (38).

5. — *Prevalenza dell'approccio statocentrico e spazi di intervento del legislatore regionale: le questioni aperte* — Lo zoccolo duro della competenza statale è rappresentato, allora, non tanto dall'«ordinamento civile e penale» (39), che non è richiamato dalla legge delega, all'art. 1, quanto, piuttosto, dalla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali al lavoro e alla salute.

Questa è la base su cui si innesta un'ulteriore possibilità di intervento da parte del legislatore statale, tale da consentire a quest'ultimo di appropriarsi di spazi su cui sussiste la competenza concorrente del legislatore regionale (40).

(38) P. Tullini, *Le competenze legislative in materia di sicurezza sul lavoro*, cit., p. 25.

(39) Il che consente allo Stato, come osserva A. Trojsi, *La potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, cit., p. 17, di ricondurre a questo certamente la disciplina dei rapporti intersoggettivi tra datore di lavoro e lavoratore e l'individuazione di fattispecie penalmente rilevanti.

(40) Sull'argomento v., da ultimo, P. Campanella, *Sicurezza sul lavoro e competenze legislative delle Regioni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 415 ss.

Tuttavia, a presidio dell'intervento periferico la legge pone – secondo una tecnica ampiamente sperimentata dopo la novella del Titolo V della Costituzione – la clausola di cedevolezza (41).

Le previsioni del Testo Unico che si collocano in spazi riservati alla competenza delle Regioni e delle Province autonome hanno, infatti, carattere cedevole rispetto alla successiva regolamentazione proveniente dalla periferia: le disposizioni statali sono infatti «applicabili ove non sia stata ancora adottata la pertinente normativa regionale e provinciale (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 81/2008). Nella medesima sfera concorrente non

(41) Il più noto uso, da parte della Corte Costituzionale, del principio di cedevolezza nel diritto del lavoro, è contenuto nella già citata sentenza n. 50/2005. In quell'occasione il giudice delle leggi dovette affrontare la questione della legittimità dell'art. 1, comma 2, lettera e, della legge delega n. 30/2003. Tale disposizione prevede il «mantenimento da parte delle Province delle funzioni amministrative, attribuite dal decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469». La questione è per molti versi analoga a quella già decisa dalla Corte. Cost. 19-23 marzo 2001, n. 74, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 230, con nota di M. Tiraboschi, *Il conferimento alle Regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro tra decentramento amministrativo e federalismo*, su cui cfr. pure P. Lambertucci, *Organizzazione amministrativa del mercato del lavoro e funzioni delle Regioni e delle Province: l'intervento della Corte Costituzionale*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, pp. 668 ss. A mutare però, rispetto a quell'occasione, è il parametro costituzionale di riferimento, essendosi realizzati, per effetto della modifica del Titolo V della Costituzione, il passaggio dal federalismo amministrativo al federalismo istituzionale in materia di mercato del lavoro. V., sul punto, A. Alaimo, *I servizi per l'impiego e l'art. 4 della Costituzione dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, pp. 270 ss.

Secondo la Regione ricorrente, la disposizione impugnata determinava una palese violazione della competenza regionale ex art. 117, comma 6, Cost. «in quanto non spetta allo Stato l'attribuzione delle funzioni amministrative nelle materie di competenza concorrente».

La Corte supera l'obiezione, senza smontare, comunque, nel merito la fondatezza delle osservazioni formulate dalla ricorrente, proprio attraverso il ricorso alla categoria delle cd. norme cedevoli. Posto che «l'allocazione delle funzioni amministrative nelle materie, come quella di cui si tratta (tutela e sicurezza del lavoro), di competenza concorrente, non spetta, in linea di principio, allo Stato», vi sono casi in cui funzioni e servizi pubblici «non possono subire interruzioni se non a costo di incidere su diritti che non possono essere sacrificati» (Così Corte Cost. 18 dicembre 2003-13 gennaio 2004, n. 13, in *Giur. cost.*, 2004, p. 218), sicché si rende necessaria una regolazione provvisoria della materia, pena un vuoto normativo. Di qui l'adesione a quella dottrina che salva la costituzionalità della disposizione, argomentando sulla base della provvisorietà della regolazione statale, per cui le Regioni man-

va neppure trascurato che il legislatore statale è comunque legittimato a fissare i “principi fondamentali” della complessiva disciplina di tutela, guadagnando così un’altra consistente porzione del settore della sicurezza sul lavoro» (42).

Il legislatore ha preferito, pertanto, non suddividere attraverso una precisa *actio finium regundorum* le materie affidate allo Stato da quelle riservate alle Regioni, dimostrando, in ultima analisi, una preferenza per la già menzionata visione dinamica della regolazione in tale settore del diritto del lavoro.

Da un esame complessivo del Testo Unico si può agevolmente notare che il ruolo delle Regioni pare adeguatamente valorizzato attraverso i costanti riferimenti a queste ultime contenuti nel Titolo I e, in particolare, nelle disposizioni relative al sistema istituzionale. La restante parte del provvedimento è invece povera di richiami alla regolazione periferica. Tuttavia, v’è da interrogarsi sul rilievo sistematico di questo insieme normativo, per verificare dove, in definitiva, si colloca il baricentro di quest’ultimo.

Appare, a tal fine, utile un’indicazione delle funzioni riservate agli enti territoriali dal d.lgs. n. 81/2008.

Alle Regioni sono infatti ascrivibili compiti di vario genere, che vanno da quelli istituzionali, di coordinamento e indirizzo (43), a quelli di tipo organizzativo (44). Accanto a questi se ne collocano altri di natura

tengono il potere di dettare una differente disciplina in materia di allocazione di compiti e funzioni di cui al d.lgs. n. 469/1997; sul punto, cfr., per tutti, P. Tullini, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro*, in *q. Riv.*, 2003, I, p. 422.

(42) Così P. Tullini, *Le competenze legislative*, cit., p. 25.

(43) Le Regioni, all’art. 2, comma 1, lett. z, del T.U., sono inserite tra i soggetti che insieme a Ministeri, Ispels, Inail, con la successiva approvazione della Commissione consultiva permanente di cui all’art. 6 (composta anche da rappresentanti regionali), hanno il compito di elaborare linee guida in materia. Inoltre l’art. 5 prevede che componenti di nomina regionale facciano parte del Comitato per l’indirizzo e la valutazione delle politiche attive e coordinamento nazionale delle attività di vigilanza; all’art. 6 si stabilisce la partecipazione delle Regioni alla Commissione consultiva permanente per la salute sul lavoro, con il compito di validare le cd. buone prassi e stabilire modelli di gestione della sicurezza e di prevenzione dello stress sui luoghi di lavoro. Le Regioni svolgono funzioni di indirizzo e coordinamento attraverso i Comitati regionali di coordinamento (art. 8) e partecipano inoltre al Sistema informativo nazionale per la prevenzione (art. 7).

(44) Le Regioni curano, a tal fine, tra l’altro, l’organizzazione di corsi di formazione per responsabili e addetti ai servizi di prevenzione (art. 32).

consulenziale e informativa (45), promozionale (46), regolativa (47) e di vigilanza (48).

Il quadro composito di funzioni attraverso le quali l'attore regionale può esprimere inedite potenzialità è, comunque, incanalato entro binari abbastanza definiti (con adeguate valvole di sicurezza); il che sembra scongiurare il rischio di una deriva centrifuga della materia della sicurezza in una miriade multiforme e differenziata di diritti regionali della sicurezza del lavoro. In altri termini, la solidità della regolazione centrale e l'efficacia dei suoi collanti riescono (e, presumibilmente, riusciranno) a preservare l'unitarietà del sistema, evitando il pericolo di una polverizzazione dei sistemi prevenzionistici.

A ben vedere, il T.U. del 2008 riesce, infatti, a risucchiare nella competenza statale pressoché l'intera disciplina della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Quest'ultima ha però carattere recessivo rispetto alla disciplina che le Regioni possono, comunque, emanare e la cui operatività è presidiata – per l'appunto – dal carattere di cedevolezza.

Secondo la ricostruzione più accreditata – e anche la più condivisibile –, le discipline delle Regioni e delle Province autonome dovranno però li-

(45) Tali compiti a livello regionale sono esercitati dalle aziende sanitarie; inoltre, le Regioni partecipano alla Commissione per gli interpellati istituita presso il ministero del Lavoro al fine di fornire risposte ai quesiti in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

(46) In tal senso, v. le previsioni dell'art. 11 in materia di attività promozionali. In particolare, il comma 3-bis stabilisce: «le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nel rispetto delle proprie competenze e con l'utilizzo appropriato di risorse già disponibili, finanziano progetti diretti a favorire la diffusione di soluzioni tecnologiche od organizzative avanzate in materia di salute e sicurezza sul lavoro, sulla base di specifici protocolli di intesa tra le parti sociali, o gli enti bilaterali, e l'Inail...».

(47) L'art. 13, comma 2, lett. c, stabilisce che l'individuazione di ulteriori attività lavorative comportanti rischi particolarmente elevati in relazione all'attività di vigilanza deve essere effettuata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano. In termini analoghi, l'art. 232 prevede la partecipazione delle Regioni per eventuali adeguamenti in materia di rischi biologici.

(48) Le Regioni hanno competenza in materia di vigilanza attraverso l'attività delle aziende sanitarie locali. L'art. 13, comma 1, a tal fine prevede che «la vigilanza sull'applicazione della legislazione in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro è svolta dalla azienda sanitaria locale competente per territorio...». Sulle specifiche funzioni regionali in materia, cfr., *amplius*, G. Natullo, *Dopo il Testo Unico: ruolo e competenza delle Regioni nella normativa nazionale e regionale*, in P. Pascucci (a cura di), *Il d.lgs. n. 81/2008 due anni dopo. I «sistemi» del diritto della sicurezza sul lavoro*, in *Quaderni Olympus*, 2, pp. 108 ss.

mitarsi a «interventi di carattere organizzativo, al sostegno del sistema prevenzionistico e alle azioni promozionali di livelli più elevati di tutela» (49). Come dire: lo zoccolo duro della sicurezza sui luoghi di lavoro rimane saldamente ancorato alla regolazione centrale, ma le Regioni potranno innalzare lo standard entro margini che, comunque, scongiurano una differenziazione irragionevole e preservano la tenuta complessiva degli assi portanti del sistema (50).

L'altro principio cardine desumibile da un'analisi complessiva del sistema delle fonti in materia di sicurezza sul lavoro è, dunque, quello della derogabilità *in melius* (e dell'inderogabilità *in peius*) da parte della regolamentazione regionale rispetto a quella statale (51), posto che quest'ultima fissa il livello essenziale delle prestazioni concernenti, come si è detto, i diritti sociali al lavoro e alla salute. Nel solco di questa scia si pongono, peraltro, le indicazioni contenute nell'art. 8 della legge 6 febbraio 2007, n. 13 (cd. legge comunitaria per il 2006), il cui art. 8 esplicita i principi fondamentali della legislazione concorrente, indicando, appunto, in modo chiaro il canone della derogabilità in senso migliorativo degli standard della legge statale da parte di quella regionale (52).

Alle Regioni e alle Province autonome sarà pertanto consentito di innalzare il livello della soglia di protezione, rispetto a quella individuata dal T.U., giammai abbassarlo pena una lesione della competenza statale esclusiva di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*. In questa scia si collocano, ad esempio, la legge Regione Emilia Romagna 2 marzo 2009, n. 2, intitolata «Tutela e sicurezza del lavoro nei cantieri edili e di ingegneria civile», e la legge Regione Marche 18 novembre, 2008, n. 33, intitolata «Norme in materia di costi per la prevenzione degli infortuni e la tutela

(49) Così P. Tullini, *Le competenze legislative*, cit., pp. 26-27.

(50) Cfr. P. Pascucci, *Brevi note sulle competenze*, cit., p. 4.

(51) Per P. Pascucci, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, cit., p. 17, dovrebbe aversi una «una funzione incrementale della legislazione regionale più nel senso del “completamento” della normativa statale che in quello del suo appesantimento».

(52) Secondo la disposizione richiamata è prevista la possibilità per le Regioni e le Province autonome «di introdurre, laddove la situazione lo renda necessario, nell'ambito degli atti di recepimento di norme comunitarie incidenti sulla materia “tutela e sicurezza del lavoro” e per i singoli settori di intervento interessati, limiti e prescrizioni ulteriori rispetto a quelli fissati dallo Stato, con contestuale salvaguardia degli obiettivi di protezione perseguiti nella medesima tutela dalla legislazione statale». Parimenti si stabilisce, quanto alla tutela della salute, un analogo spazio di intervento in senso migliorativo, che si estrinseca in «limiti e prescrizioni più severi di quelli fissati dallo Stato, con contestuale salvaguardia degli obiettivi di protezione della salute perseguiti dalla legislazione statale».

della salute nei cantieri temporanei o mobili», che – seppur con riguardo a settori specifici – elevano la soglia di tutela prevista dal T.U. (53).

La questione non è però, in verità, del tutto lineare. Alla derogabilità *in melius* della legislazione statale osterebbe un'altra materia di competenza statale, ossia la tutela della concorrenza. Una differenziazione territoriale del costo della sicurezza sarebbe, infatti, potenzialmente idonea ad alterare le logiche concorrenziali (54).

Tuttavia, richiamando le osservazioni della dottrina più autorevole circa la materia dell'igiene e della sicurezza del lavoro, si può affermare che, pur rimanendo un dato ineludibile «il fatto che la sicurezza sia oggetto di una obbligazione contrattuale del datore di lavoro (art. 2087 cod. civ.)», è altrettanto vero che questa materia «va ben oltre la regolazione dei rapporti fra parti private, non solo per la sua rilevanza costituzionale, ma per le connessioni con strumenti e istituzioni pubbliche preposte alla tutela di valori costituzionali, che considerano l'intera dimensione dell'ambiente e del territorio in cui opera l'impresa, anche oltre lo stretto profilo del posto di lavoro. In tal senso, la regolazione si è sviluppata, nei decenni, secondo standard non solo nazionali ma europei». Su queste basi si reputa che «la materia possa ricevere una regolazione diversificata in funzione delle specifiche situazioni ambien-

(53) In altri casi, invece, la legislazione regionale si limita a prescrizioni specifiche attuative della stessa legislazione nazionale: in tal senso l'art. 56 della legge Regione Veneto 13 marzo 2009, n. 3; l'art. 6 della legge Regione Valle d'Aosta 21 luglio 2009, n. 21, e la legge Regione Sardegna 30 maggio 2008, n. 8. Disposizioni in materia di sicurezza sono poi inserite in provvedimenti legislativi regionali di portata più ampia, che abbracciano anche il mercato del lavoro e la promozione dell'occupazione, come la legge Regione Campania 18 novembre 2009, n. 14, e la legge Regione Piemonte 22 dicembre 2008, n. 34. Manca, invece, in una regione ad alto rischio come la Sicilia, un testo organico, se si eccettua una sporadica previsione nella legge regionale 3 agosto 2010, n. 16, in materia di appalti, il cui art. 7 promuove la stipula di appositi protocolli di legalità finalizzati alla realizzazione di ulteriori misure per garantire la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori. In questo, come in altri contesti economicamente depressi e permeabili alle infiltrazioni criminali, la promozione della sicurezza si salda a filo doppio con il contrasto alla criminalità organizzata nella gestione delle attività economiche. Sul tema delle interconnessioni tra diritto del lavoro ed economia criminale cfr., per tutti, A. Garilli, *Il lavoro nel Sud*, Torino, 1997.

(54) Cfr. A. Trojsi, *La potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, cit., pp. 15 ss. In tal senso anche P. Pascucci, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, cit., p. 16, il quale osserva che «la presenza di standard di tutela più o meno onerosi a seconda del territorio finirebbe, da un lato, per alterare indirettamente la concorrenzialità tra le imprese [...] e, dall'altro, per diversificare ingiustificatamente l'ampiezza di precetti presidiati per lo più da sanzioni penali».

li che nel singolo territorio possono mettere a repentaglio la salute dei lavoratori» (55).

A detta di molti, però, l'esercizio della potestà regionale nel campo della sicurezza sul lavoro potrebbe produrre una dannosa differenziazione (56), cui, però, è possibile porre rimedio attraverso uno dei meccanismi di raccordo tra centro e periferia valorizzati nel nuovo Titolo V, ossia il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni (57). È certamente questa la logica del nuovo T.U., che consente di limitare possibili conflitti tra attori sul piano delle competenze. È questo il senso, appunto, della previsione di «una fitta rete di organismi, a composizione mista e/o paritetica, finalizzata a predisporre una molteplicità di sedi di cooperazione (e di compensazione) per il governo delle regole in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (cfr. Titolo I, Capo II)» (58).

Dovrebbe, in questa chiave, prevalere «un criterio funzionalistico di ripartizione dei poteri normativi, destinato a incidere trasversalmente proprio sull'ambito della competenza regionale in modo da assicurare, pure all'interno di quest'area, uno spazio di intervento esclusivo dello Stato in corrispondenza con la necessità di fissazione di standard essenziali e omogenei volti alla tutela dei diritti civili e sociali» (59).

A questo punto, nel fitto panorama di organismi che caratterizzano il sistema istituzionale configurato dal T.U., è possibile, attraverso il prisma

(55) Così T. Treu, *Diritto del lavoro e federalismo*, in <http://www.astrid-online.it/il-lavoro/Studi-ric/10-Treu-Dir-del-lavoro-e-federalismo.pdf>, p. 7.

(56) Come nota P. Campanella, *Finalità della riforma*, in F. Carinci, E. Gragnoli, *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, p. 66: «deve esser stato, evidentemente, proprio questo timore, di una frammentazione localistica della disciplina lavoristica, suscettibile di pericolose ricadute in termini di *dumping* sociale e di accentuata conflittualità tra poteri normativi, a suggerire una lettura dell'art. 117 Cost. il più possibile continuista rispetto al passato, con il nucleo essenziale del diritto del lavoro – *alias* regolamentazione del rapporto e diritto sindacale – attratto nell'alveo dell'«ordinamento civile» e per questa via ricondotto alla competenza esclusiva della legislazione statale (comma 2, lett. l)».

(57) Cfr., per un quadro di insieme sulle tecniche di rafforzamento del principio in questione in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, A. Trojsi, *La potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, cit., pp. 26-33.

(58) Così P. Tullini, *Le competenze legislative*, cit., p. 28. Per un'analisi dettagliata dell'apparato istituzionale si rinvia agli specifici contributi in F. Carinci, E. Gragnoli (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010; in L. Galantino (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, 2009; in L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010.

(59) Così P. Campanella, *Finalità della riforma*, cit., p. 68; cfr., inoltre, M. Magnani, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 3.

del nuovo Titolo V, comprendere che è il *principio di leale collaborazione* (60) il reale collante della disciplina in esame anche in chiave prospettica (61). Vale a dire: «sia della individuazione dei compiti, sia, soprattutto, della composizione dei diversi organismi costitutivi il sistema istituzionale a tutela della salute e della sicurezza» (62). Tuttavia v'è chi non manca di osservare che, pur nello sforzo di risistemazione della materia, il sistema disegnato dal legislatore statale, «nonostante le indubbie potenzialità, si presenta complesso e sovraffollato, e dunque di difficile gestibilità» (63), anche se ciò in radice non preclude la possibilità di una *governance* multilivello della sicurezza sul lavoro.

Il punto critico, in definitiva – ma al riguardo non si possono effettuare valutazioni connotate da una affidabile margine di certezza –, è che in questa giungla delle fonti la leale collaborazione, più volte invocata dal giudice delle leggi, può scongiurare il possibile conflitto *a monte*, ma non può fungere da criterio per escluderlo *a valle* sempre e comunque (64). Infatti, l'ampiezza del criterio, che attiene più a un *modus procedendi* che a un sostrato di disciplina, postulerebbe la sua applicazione in uno o più rigorosi criteri per la ripartizione degli ambiti di intervento riservati al centro e al-

(60) Sul rilievo del principio di leale collaborazione nell'impianto del T.U. cfr., per tutti, P. Pascucci, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, cit., p. 19, il quale osserva che il T.U. tiene conto di alcune osservazioni formulate dalla dottrina, mediante il coinvolgimento delle Regioni attraverso l'organismo della Conferenza Stato-Regioni. Del resto, secondo lo stesso Autore: «l'esperienza del lavoro tecnico di predisposizione dello schema di decreto conferma che quest'ultimo costituisce indubbiamente il frutto di “un serrato e costante confronto” tra Ministeri e Regioni, come d'altronde testualmente afferma la relazione tecnico-normativa del decreto legislativo, la quale proprio su questo dato pare fondare la piena compatibilità del decreto con l'assetto delle competenze legislative Stato-Regioni di cui all'art. 117 Cost.».

(61) Ciò, infatti, si nota anche con riferimento alla stessa potestà regolamentare. Infatti, «il frequente coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni» può essere considerato «un sintomo rivelatore di quell'incertezza sul reale assetto delle competenze, fermo restando tuttavia che, ove mai si trattasse di materie di legislazione concorrente, tale coinvolgimento non sarebbe comunque sufficiente a escludere l'illegittimità (o, meglio, l'incompetenza) dei decreti ministeriali». Così P. Pascucci, *op. ult. cit.*, p. 22.

(62) F. Carinci, *Habemus il Testo Unico*, cit., p. 980; M. Masi, *Le competenze delle Regioni*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2008, pp. 303 ss.

(63) P. Campanella, *Sicurezza sul lavoro e competenze legislative*, cit., p. 448.

(64) Secondo P. Pascucci, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, cit., p. 20: «sebbene la leale collaborazione tra Stato e Regioni sembra aver consentito, nella fase *de iure condendo*, di superare l'intricata selva di ostacoli posti dall'incerta previsione costituzionale, *de iure condito* i problemi non sono del tutto esauriti».

la periferia. Ciò dovrebbe avvenire muovendo proprio – ove venga in considerazione la competenza concorrente delle Regioni – da una più attenta verifica del rispetto da parte delle norme in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro di fonte regionale dei principi fondamentali fissati dal legislatore statale. Questi, alla luce delle argomentazioni del Consiglio di Stato, devono essere determinati in modo chiaro. Se è pur vero che il canone della cedevolezza aiuta a risolvere molti dei conflitti, è altrettanto auspicabile che – in ossequio al canone della certezza del diritto – si giunga a uno sforzo sinergico per l'individuazione sempre più precisa delle discipline devolute a ciascun livello di regolazione. Infatti, è evidente che il principio di leale collaborazione non concerne il contenuto del prodotto legislativo, se non nel senso del condizionamento dell'*iter* procedimentale sull'*an* della regolazione. È indubbio che tale principio mira a pervenire il conflitto, ma non può fornire certezze sul fatto che il prodotto legislativo sia adottato nell'osservanza sostanziale di criteri di riparto delle competenze. In altre parole, la leale collaborazione – che, lo si ribadisce, è ad avviso di chi scrive l'argomento debole nel ragionamento della Corte Costituzionale –, dovrebbe essere superata da una più rigorosa riconduzione delle discipline alle competenze centrali o periferiche. Ciò non è avvenuto in termini assoluti nel d.lgs. n. 81/2008, nel quale la previsione di una clausola generale di cedevolezza si configura come soluzione transitoria, lasciando ancora ampi spazi all'interprete per la soluzione di conflitti. Per le ragioni che si sono espresse, non sempre il principio di leale collaborazione potrà aiutare a risolvere questi ultimi con chiarezza, né tantomeno può farsi affidamento sull'idea che le Regioni – sulla base di una sorta di *bon ton* interistituzionale – continuino a mantenere quell'atteggiamento di *self-restraint* che ha finora caratterizzato la produzione normativa periferica dopo l'emanazione del d.lgs. n. 81/2008 (65) sulla scorta di quella che, con una felice espressione, è stata definita la «cooperazione simultanea» tra Stato e Regioni (66).

Se è ormai passato un tempo ragionevole per metabolizzare alcune delle più significative innovazioni sull'assetto delle fonti del diritto del lavoro

(65) Cfr. A. Poggia, *La potestà legislativa regionale in materia di sicurezza* (relazione tenuta al seminario «Il nuovo Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: novità e problemi applicativi», Perugia, 10 ottobre 2008, in <http://olympus.uniurb.it>. Secondo P. Pascucci, *op. ult. cit.*, p. 20: «si ha la sensazione che l'assetto costituzionale "formale" delle fonti, almeno come sembra delineato nell'art. 117 Cost., sia stato soppiantato da un assetto "materiale": così come hanno lealmente collaborato nella fase di costruzione delle regole, Stato e Regioni sembrano intenzionati a fare altrettanto anche nella fase di implementazione delle stesse regole».

(66) P. Pascucci, *Brevi note sulle competenze*, cit., p. 5.

dopo la riforma in senso federalista dello Stato del 2001, il triennio trascorso dall'emanazione del T.U. – anche avuto riguardo all'intervento correttivo del 2009 (67) – è periodo ancora troppo esiguo per comprendere appieno quali spazi, ferma restando la pervasività della regolamentazione statale nella materia della sicurezza, possono essere con certezza recuperati dalla periferia, in quadro costituzionale – e ciò può affermarsi senza tema di smentita – che ha rimescolato le competenze in modo assai approssimativo con l'uso di formulazioni a-tecniche o criptiche. Queste incertezze nella tecnica legislativa hanno assorbito in larga misura l'attività della Corte Costituzionale, chiamata a dirimere un numero rilevante di questioni attinenti al nuovo Titolo V della Costituzione. Con riferimento alla materia della sicurezza sui luoghi di lavoro è possibile affermare che – pur nel compimento dei passi più significativi di un processo di riforma auspicato già dalla fine degli anni settanta con la riforma sanitaria (legge 23 dicembre 1978, n. 833) – si è ancora di fronte a un «cantiere aperto», posto che «quel percorso a tutt'oggi non può dirsi del tutto concluso per la perdurante assenza di alcune fonti regolamentari o di altra natura necessarie per il compiuto decollo della nuova disciplina» (68).

(67) Cfr. M. Lai, *Correttivo sicurezza: prime considerazioni*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, p. 35.

(68) P. Pascucci, *Brevi note sulle competenze*, cit., p. 1.

ABSTRACT

Il saggio prende in esame la complessa questione del riparto di competenze tra Stato e Regioni alla luce del Titolo V della Costituzione in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Il riparto di competenze tra centro e periferia è stato oggetto di una limitata analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza, che si sono concentrate in particolare sulla disciplina del mercato del lavoro. L'Autore descrive un sistema multilivello, caratterizzato dalla compresenza di fonti nazionali e regionali, della contrattazione collettiva, nonché di codici di condotta. Sulla scorta di una ricostruzione del quadro normativo e dei percorsi della giurisprudenza, il saggio propone una lettura dinamica di rapporti tra centro e periferia, in cui l'asse del sistema rimane, comunque, ancorato alla competenza statale, con spazi regolativi comunque importanti la legislazione regionale.

PROTECTION AND SAFETY OF LABOR BETWEEN CENTER AND PERIPHERY:
SAFETY IN THE WORKPLACE

The essay examines the complex issue of the division of powers between the State and the Regions according to Title V of the Constitution, concerning health and safety at workplace. This division between the center and the periphery has been subject to a limited review by doctrine and jurisprudence, especially focusing on the regulation of labour market. The Author describes a multilevel system, characterized by the presence of national and regional sources, collective bargaining and codes of conduct. On the basis of a reconstruction of the regulatory framework and the judicial statements, the paper proposes a dynamic reading of the relationship between center and periphery, in which the axis of the system remains, however, anchored to the national jurisdiction, along with important regulatory issues left to the regional legislation.

Angelo Delogu (*)

L'ACCORDO QUADRO SUGLI ASSETTI CONTRATTUALI NEL SETTORE BANCARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Gli assetti della contrattazione collettiva: il sistema delle deleghe e delle deroghe. — 3. Misurazione della rappresentatività: ammissione alle trattative e stipulazione del contratto. — 4. I contratti di primo e secondo livello: la disciplina dei rinnovi, della durata e della scadenza. — 5. Clausole di tregua e raffreddamento dei conflitti. — 6. Calcolo della rivalutazione dei trattamenti retributivi e premi di produttività. — 7. Le rappresentanze sindacali aziendali. — 8. Bilateralità e risoluzione delle controversie. — 9. Conclusioni.

1. — *Premessa* — Il 2011 verrà probabilmente ricordato come uno degli anni che hanno segnato più profondamente il diritto sindacale e il quadro delle relazioni industriali nel nostro paese. È noto come, all'esito di tensioni che da tempo agitavano il sistema, due eventi cruciali hanno catalizzato l'attenzione dei commentatori: l'Accordo interconfederale (di seguito: A.I.) del 28 giugno 2011 e l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011 (1). Forse anche per questo motivo un altro avvenimento accaduto immediatamente dopo – ossia la stipulazione dell'Accordo quadro

(*) Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) Sul punto si è accumulata una bibliografia sterminata. Senza pretesa di completezza, mi limito a rimandare a F. Carinci, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 3, pp. 457 ss.; G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. con modifiche legge n. 148/2011: molte divergenze poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, pp. 1224 ss.; M. Persiani, *Osservazioni estemporanee sull'Accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 3, pp. 451 ss.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 133/2011, pp. 1 ss.; P. Alleva, *Ragioni politico-giuridiche del superamento del sistema sindacale di fatto*, in *q. Riv.*, 2011, 4, pp. 727 ss.; A. Perulli, V. Speciale, *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»*, n. 2011, p. 132; A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgetola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 10, pp. 682 ss.

sugli assetti contrattuali (2) tra l'Abi e le Oo.Ss. di settore (3), del 24 ottobre 2011 – è passato quasi sotto silenzio.

Si tratta di un accordo nazionale destinato a regolare gli assetti contrattuali e la rappresentatività dei sindacati nel settore creditizio e a imporsi come disciplina esclusiva della materia (4). Le parti, in considerazione delle peculiarità del settore (5), hanno deciso di dotarsi di una specifica regolamentazione, sia per i rinnovi del Ccnl, sia allo scopo di favorire «lo sviluppo della contrattazione collettiva di secondo livello».

Successivamente, tali regole hanno trovato una puntuale attuazione nell'Accordo di rinnovo del Ccnl del 19 gennaio 2012 (6); che, tuttavia, non esaurisce l'intera disciplina del settore cui è riferito l'Accordo quadro (7).

2. — *Gli assetti della contrattazione collettiva: il sistema delle deleghe e delle deroghe* — L'Accordo quadro conferma un assetto della contrattazione articolato su due livelli: un primo livello rappresentato dal contratto collettivo nazionale di categoria e un secondo livello costituito dal contratto azien-

(2) L'Accordo è rinvenibile in *www.abi.it*.

(3) Si tratta della Dircredito-Fd, della Fiba-Cisl, della Fisac-Cgil, della Sinfub, della Ugl Credito e della Uilca. Il medesimo Accordo è stato sottoscritto in separata sede anche dai sindacati autonomi riuniti in Unità Sindacale Falcri Silcea, i quali, pur con numerose riserve, hanno comunque proceduto alla sottoscrizione, al solo fine di essere ammessi alla trattativa per il rinnovo del Ccnl. Cfr. la lettera inviata all'Abi e agli altri sindacati, in *www.unisin.it*.

(4) Andrà a sostituire, infatti, non solo le regole sugli assetti contrattuali contenute nel Protocollo del 23 luglio 1993, ma anche tutte le altre norme in contrasto. Nella «Premessa», infatti, si citano alcune disposizioni, ma si tratta di un'elencazione esemplificativa e non esaustiva, poiché attraverso una clausola generale si stabilisce anche la sostituzione di «quant'altro comunque incompatibile con quanto contenuto nel presente Accordo».

(5) L'Intesa in commento, del resto, si pone sulla scia di una serie di atti negoziali che da tempo aveva disegnato un particolare modello di relazioni sindacali fortemente concertativo, che ha consentito di affrontare i processi di modernizzazione, riorganizzazione e ristrutturazione, contenendo anche le tensioni occupazionali che hanno attraversato il settore. Di tutto ciò le parti si danno atto nella premessa all'Accordo.

(6) Cfr., in particolare, gli artt. 5, 6, 7, 8 e 9. Il testo dell'«Accordo di rinnovo del Ccnl 8 dicembre 2007 per i quadri direttivi e le aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali» è rinvenibile in *www.cnel.it*. L'Ipotesi di accordo è stata sottoposta alla valutazione delle assemblee dei lavoratori, che si sono espresse con voto certificato ai sensi dell'Accordo del 24 ottobre (cfr. *infra*, par. 4). Tale iter si è concluso il 17 aprile 2012. Cfr. comunicato congiunto dei sindacati in *www.uilca.it*.

(7) Resta ancora da rinnovare, infatti, il Ccnl per i dirigenti delle imprese creditizie, finanziarie e strumentali del 1° gennaio 2008, rinvenibile in *www.abi.it*.

dale o di gruppo (8). Inoltre si ribadisce – con una formula che ricalca quella contenuta nell’A.I. del 28 giugno (9) – che il contratto nazionale di categoria assolve alla funzione di «garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale».

La contrattazione di secondo livello, invece, deve svolgersi entro un contesto fortemente gerarchizzato e controllato dal Ccnl e dalle parti sociali stipulanti. Il contratto aziendale o di gruppo, infatti, potrà intervenire, alle condizioni convenute dalle stesse parti, «nelle materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo o dalla legge» (10), ma sempre «secondo le modalità e gli ambiti di applicazione» definiti dal Ccnl stesso.

Fin qui si è analizzato brevemente il sistema delle deleghe. A esso si aggiunge la possibilità di sottoscrivere a livello decentrato intese in «deroga» rispetto al contratto di categoria. I contratti di secondo livello, infatti, possono prevedere «norme e/o articolazioni contrattuali volte ad assicurare l’adattabilità delle normative vigenti agli specifici contesti produttivi». A tale scopo possono definire, anche in via solamente sperimentale e temporanea, «specifiche intese modificative» del Ccnl, ma sempre «secondo le modalità e gli ambiti disciplinati» da quest’ultimo contratto. A tal proposito, l’Accordo di rinnovo del 19 gennaio 2012 fa riferimento «alle materie della prestazione lavorativa, degli orari e dell’organizzazione del lavoro» (11). Queste deroghe sono ammissibili in quanto perseguono una serie di finalità specificamente elencate, ossia «favorire lo sviluppo economico e occupazionale, contenere gli effetti economici e occupazionali derivanti da situazioni di crisi aziendale o di gruppo o da rilevanti ristrutturazioni e/o riorganizzazioni» (12).

3. — *Misurazione della rappresentatività: ammissione alle trattative e stipulazione del contratto* — L’Intesa in commento prevede un particolare sistema di misurazione della rappresentatività che contribuisce a individuare i soggetti ammessi alle trattative, e di conseguenza abilitati a stipulare il contratto, sia di livello nazionale, che aziendale.

(8) Art. 1, comma 1.

(9) La formula è identica a quella contenuta nella clausola 2.

(10) Anche qui la formulazione letterale ricalca quella della clausola 3 dell’A.I.

(11) Art. 5, comma 2.

(12) Tale finalizzazione marca una differenza rilevante con la clausola 7 dell’A.I., in cui il perseguimento di specifiche finalità è richiesto per la disciplina transitoria, ma non per le deroghe a «regime».

Contratto nazionale. Sono ammesse alla contrattazione collettiva nazionale solo quelle Oo.Ss. già firmatarie dell'Accordo del 24 ottobre, secondo i modi e nei termini previsti dai Ccnl (13). Si tratta, però, di un regime transitorio, che dovrebbe trovare applicazione fin quando non verranno definiti appositi criteri di rappresentatività per l'ammissione al tavolo delle trattative (14). Tuttavia, il sistema, originariamente concepito come provvisorio, tende ora a stabilizzarsi, giacché il rinnovo contrattuale del 19 gennaio 2012 lo conferma *in toto*. A oggi, quindi, l'essere vincolato all'Accordo quadro e al suo sistema di regole, dovrebbe garantire al sindacato un vero e proprio diritto alla negoziazione, cui corrisponderebbe un obbligo di convocazione in capo alla controparte datoriale.

Se per l'ammissione alle negoziazioni non si prevede ancora alcun criterio di misurazione della rappresentatività, un'apposita soglia percentuale viene fissata, invece, ai fini della valida stipulazione del contratto nazionale, il cui raggiungimento rende il prodotto dell'attività negoziale vincolante per tutti i sindacati, anche se dissenzienti. Tutti i firmatari dell'Accordo, infatti, «si impegnano al rispetto, a ogni livello, del contratto collettivo nazionale di lavoro, qualora il relativo accordo di rinnovo sia sottoscritto da organizzazioni sindacali che rappresentano il 55% dei lavoratori iscritti, destinatari del Ccnl» (15).

Su questo punto sussiste una netta differenza con l'A.I., in cui com'è noto si prevede una soglia di rappresentatività per l'ammissione alle trattative (16), ma non si stabilisce alcun criterio ai fini della valida stipulazione del contratto.

Contratto di secondo livello. Per quanto riguarda i soggetti abilitati alla stipula del contratto aziendale o di gruppo, ci si limita a ribadire la competenza della delegazione sindacale unitaria costituita *ad hoc*, già regolata nell'Accordo del 7 luglio 2010, il quale prevede un particolare sistema per la sua formazione e composizione, che tiene conto della consistenza numerica dei vari sindacati (17).

(13) L'Accordo quadro fa riferimento al contratto dell'8 dicembre 2007 e a quello del 10 gennaio 2008, che, però, a ben vedere non prevedevano nulla di specifico sul punto. Del resto, il contratto del 2007 è stato modificato e integrato con l'Accordo del 19 gennaio 2012.

(14) Art. 1, comma 2.

(15) Art. 4, comma 7.

(16) La clausola 1 prevede una soglia del 5%.

(17) Il realtà l'art. 25 dell'Accordo del 7 luglio 2010 si limita a regolare la composizione della rappresentanza solo a livello di gruppo bancario, e quindi per la stipulazione del relativo contratto di gruppo. A livello aziendale, invece, l'Accordo del 7 luglio 2010 richiamava, seppur integrandola, la disciplina contenuta nel contratto col-

Questi contratti esplicano efficacia nei confronti di tutto il personale dipendente dalle aziende interessate e vincolano tutte le Oo.Ss., a ogni livello, qualora i soggetti «che li sottoscrivono rappresentano la maggioranza dei lavoratori» (18). Il rispetto di questo criterio di maggioranza, quindi, conduce a un'efficacia «generalizzata» derivante da una fonte negoziale, simile a quella prevista nell'A.I. (19). Il contratto così siglato, infatti, esplicherà i suoi effetti anche nei confronti dei lavoratori iscritti al sindacato dissenziente, ma che abbia partecipato alle trattative, in quanto aderente all'Accordo quadro (20). Non si tratta, però, dell'efficacia generale di fonte legale introdotta dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011, in quanto resterà sempre aperto il problema dei lavoratori non sindacalizzati, o aderenti a un sindacato esterno al sistema.

Quanto al criterio di misurazione della rappresentatività di ciascun sindacato, questo si determina, in entrambi i casi, considerando il numero dei lavoratori iscritti (21). La rilevazione di questo dato avverrà, ogni qual volta occorra, facendo riferimento al numero complessivo delle deleghe per l'esazione dei contributi sindacali (22) che risultino rilasciate, presso le singole imprese, in favore del sindacato al 31 maggio di ogni anno (23).

4. — *I contratti di primo e secondo livello: la disciplina dei rinnovi, della durata e della scadenza* — Stabilite le funzioni dei due contratti all'interno del sistema di contrattazione e i soggetti abilitati a stipularli, ven-

lettivo. Sul punto del resto è intervenuto, anche con integrazioni della disciplina, il recente Accordo di rinnovo del Ccnl del 19 gennaio 2012, che all'art. 8 regola la materia riscrivendo l'art. 26 dell'Accordo dell'8 dicembre 2007.

(18) L'art. 5, comma 3.

(19) Cfr. clausole 4 e 5.

(20) A inizio paragrafo, infatti, abbiamo chiarito che per partecipare alle trattative occorre aver sottoscritto l'Accordo quadro e, di conseguenza, essere vincolato alle sue regole in materia di stipulazione ed efficacia del contratto.

(21) Artt. 4, comma 8, e 5, comma 4. Chiaro che nel caso del Ccnl si farà riferimento al numero dei lavoratori iscritti nell'intero settore, mentre nel caso del contratto aziendale o territoriale si farà riferimento al numero dei lavoratori iscritti presso la/le azienda/e interessata/e.

(22) Le deleghe rilasciate da lavoratori a orario inferiore a quello intero vengono computate in proporzione al minor orario dagli stessi prestato rispetto a quello dei lavoratori con pari inquadramento a orario intero.

(23) Resta, comunque, fermo che il numero complessivo delle deleghe utile agli effetti di cui sopra non può superare del 5% la rispettiva media dei quattro mesi immediatamente precedenti al fine di evitare lievitazioni anomale del tesseramento preordinate ad acquisire un peso maggiore all'interno dell'azienda. Cfr. art. 4 dell'Accordo 7 luglio 2010.

gono disciplinati anche i modi e i tempi dei rinnovi contrattuali e la durata dei contratti.

Ai fini della stipulazione del Ccnl, i sindacati si impegnano a presentare una piattaforma rivendicativa 6 mesi prima della scadenza del contratto, per consentire il regolare svolgimento delle trattative ed evitare vuoti contrattuali (24). Per sollecitare il rinnovo e non imporre eccessivi sacrifici ai lavoratori, viene contemplata un'indennità di vacanza contrattuale pari al 30% del tasso d'inflazione previsto. Essa verrà calcolata, nel caso in cui il mancato accordo si protragga oltre 3 mesi dalla scadenza contrattuale, sulla voce «stipendio» e cesserà di essere erogata dalla decorrenza del rinnovo (25).

Per i rinnovi dei contratti di secondo livello, invece, le richieste di apertura delle trattative devono essere presentate 2 mesi prima della scadenza contrattuale (26).

Se dopo 5 mesi dalla scadenza o dalla presentazione delle piattaforme rivendicative il contratto non sia stato ancora rinnovato, è previsto un intervento delle strutture nazionali interessate (27), che, attraverso un incontro con i soggetti di livello aziendale, cercheranno di trovare soluzioni condivise (28).

Inoltre, il primo livello di contrattazione può prevedere un importo di garanzia retributiva a favore dei dipendenti di aziende prive di contrattazione di secondo livello, a patto che non percepiscano altri trattamenti economici collettivi, oltre a quanto loro spettante ai sensi del Ccnl (29). La clausola appare più una dichiarazione d'intenti, in quanto il Ccnl avrebbe potuto, e può in ogni caso, intervenire sulla materia, in questo o in altro senso.

Vi sono poi aspetti che vengono disciplinati allo stesso modo per il contratto sia di primo che di secondo livello. In tema di procedura per il rinnovo, ad esempio, le associazioni sindacali realizzano una timida apertura a strumenti di democrazia diretta, impegnandosi a «sottoporre a un percorso di assemblee dei lavoratori, chiamate a esprimersi con voto certificato, le ipotesi di piattaforma» rivendicativa e l'accordo finale (30).

(24) È evidente che lo scopo sia – come avverte l'art. 4, comma 1 – quello di «consentire l'apertura delle trattative» in tempo utile; «evitare situazioni di eccessivo prolungamento delle trattative di rinnovo» e «favorire, tramite il rispetto delle regole, la “saldata” tra un Ccnl in scadenza e quello successivo».

(25) Art. 4, commi 4 e 5.

(26) Art. 5, comma 5.

(27) Ossia l'Abi e le Segreterie nazionali dei sindacati interessati.

(28) Art. 5, comma 7.

(29) Art. 5, ultimo comma.

(30) Artt. 4, ultimo comma, e 5, comma 2. In realtà sembra esserci una differenza, almeno terminologica, perché l'art. 4 parla di «ipotesi di accordo» per il Ccnl, men-

Non è specificato in che cosa consista questo «voto certificato» cui fa riferimento la norma.

Inoltre, entrambi i contratti hanno durata triennale, senza più differenziazioni tra parte economica e normativa (31).

In tema di rinnovo, invece, la disciplina torna a essere sensibilmente differente. Per il Ccnl vi è, in assenza di disdetta intimata 6 mesi prima della scadenza, una clausola di rinnovo automatico per un ulteriore triennio (32). Per il contratto aziendale o di gruppo, invece, non si prevede alcuna disciplina vincolante, ma ci si limita a dettare alcuni principi (33), lasciando in sostanza la materia all'autonoma determinazione delle parti stipulanti il singolo atto negoziale.

5. — *Clausole di tregua e raffreddamento dei conflitti* — Vi è anche una specifica disciplina negoziale della gestione dei conflitti collettivi. In specie, per quanto riguarda il Ccnl viene stabilito che «durante i sei mesi antecedenti e nel mese successivo alla scadenza» del contratto, e «comunque per un periodo complessivamente pari a sette mesi dalla data di presentazione delle proposte di rinnovo, le parti non assumeranno iniziative unilaterali né procederanno ad azioni dirette» (34).

In caso di mancato rispetto della tregua è previsto, anzitutto, il «diritto di chiedere la revoca o la sospensione dell'azione messa in atto» (35); e questa disposizione si applica a entrambe le parti contraenti. Qualora, invece, l'inadempienza in discorso provenga da un'associazione dei lavoratori, il mancato rispetto degli impegni determinerà, a carico del sindacato responsabile (36) della violazione, l'applicazione delle sanzioni previste in materia

tre l'art. 5 parla di «contratto» per quello di secondo livello. La diversità di termini indurrebbe a pensare che nel primo caso i lavoratori vengano consultati su qualcosa che ancora non è stato definitivamente approvato, trattandosi di un'ipotesi di accordo, mentre nel secondo vengano, interpellati su un testo che ha già esaurito l'intero *iter* negoziale. Ma se così fosse, non si capisce che senso avrebbe la successiva consultazione dei lavoratori su una questione già decisa. Non è chiaro poi in che cosa consista questo «voto certificato» cui fa riferimento la norma.

(31) Artt. 1, comma 1, e 5, comma 1.

(32) Art. 1, comma 2.

(33) L'art. 5, comma 1, infatti, dispone che i contratti di secondo livello sono rinnovabili nel rispetto del principio dell'autonomia dei cicli negoziali, per evitare sovrapposizioni con i tempi di rinnovo del Ccnl, e devono osservare inoltre le eventuali disposizioni contrattuali e di legge in materia.

(34) Art. 4, comma 2.

(35) Art. 4, comma 3.

(36) In questa evenienza sarà in verità necessaria anche una «previa disamina della situazione tra le parti nazionali», evidentemente funzionale alla ricerca di un accordo per scongiurare la sanzione.

di contributi sindacali dalla legge che disciplina lo sciopero nei servizi pubblici essenziali; ossia la trattenuta di una loro parte a titolo di multa e il versamento a una particolare gestione dell'Inps (37). Si tratta di una sanzione assai incisiva e anche abbastanza insolita nel quadro delle discipline collettive della materia. Anche nel recente Accordo del gruppo Fiat, ad esempio, si stabilisce, in caso di violazione delle clausole di tregua, la sospensione dei diritti sindacali, anche relativi ai permessi, previsti dal contratto collettivo. In questo caso, tuttavia, è contemplata una conseguenza diversa: si arriva all'applicazione diretta di una sanzione pecuniaria, con distrazione di una parte dei contributi al fondo Inps (38).

Per il contratto di secondo livello, è stabilito che «le parti non assumeranno iniziative unilaterali né procederanno ad azioni dirette», nei seguenti periodi: «durante 2 mesi dalla data di presentazione della piattaforma»; «per il mese successivo alla scadenza» e, «comunque, per un periodo complessivamente pari a 3 mesi dalla data di presentazione delle richieste di rinnovo» (39). A differenza dell'ipotesi esaminata in relazione al Ccnl, alla violazione di questa clausola non è collegata alcuna sanzione esplicita, e in particolare non viene richiamata quella relativa ai contributi sindacali. Di conseguenza deve ritenersi che si tornerà ai rimedi di diritto comune.

Nel complesso – seppur con qualche ambiguità, derivante dal silenzio in relazione al contratto di secondo livello – l'Accordo quadro sembra ribadire il principio espresso dalla clausola 6 dell'A.I. del 28 giugno, secondo cui le clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti hanno efficacia vincolante solo per i soggetti sindacali stipulanti e non per i singoli lavoratori.

(37) Art. 4, comma 4, che fa riferimento esplicito all'art. 4, comma 2, della legge n. 146/1990, ai sensi del quale «nei confronti delle organizzazioni dei lavoratori che proclamano uno sciopero, o a esso aderiscono in violazione delle disposizioni di cui all'articolo 2, sono sospesi i permessi sindacali retribuiti ovvero i contributi sindacali comunque trattenuti dalla retribuzione, ovvero entrambi, per la durata dell'astensione stessa e comunque per un ammontare economico complessivo non inferiore a lire 5.000.000 e non superiore a lire 50.000.000 tenuto conto della consistenza associativa, della gravità della violazione e della eventuale recidiva, nonché della gravità degli effetti dello sciopero». «I contributi sindacali trattenuti sulla retribuzione sono devoluti all'Istituto nazionale della previdenza sociale, gestione dell'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria».

(38) In tema, si v. L. Corazza, *Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, pp. 617 ss.; P. Chieco, *Accordi Fiat, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 117/2011.

(39) Art. 5, comma 6.

6. — *Calcolo della rivalutazione dei trattamenti retributivi e premi di produttività* — Le parti intendono dotarsi di un indice inflattivo che mira a governare la dinamica degli effetti economici del Ccnl. In realtà, si stabilisce solo l'adozione dell'indice previsionale sull'andamento dei prezzi al consumo utilizzato di volta in volta nella maggioranza dei settori che avranno rinnovato il Ccnl (40), senza peraltro chiarire a quali settori si faccia riferimento. Allo stesso modo non è predefinita, ma dovrà essere stabilita tempo per tempo, la base di calcolo per l'adeguamento delle retribuzioni all'inflazione (41). Al termine di ogni triennio, infine, verrà effettuata una verifica degli scostamenti tra l'inflazione prevista e quella effettivamente osservata (42).

Viene confermata, altresì, una delle funzioni tipiche della contrattazione di secondo livello: adottare premi e incentivi alla produzione, quali elementi variabili della retribuzione che mirano ad accrescere i risultati produttivi a livello aziendale (43). A questo scopo viene assunto l'impegno a confermare «l'adozione di premi aziendali di produttività effettivamente correlati ai risultati dell'impresa» e alla produttività aziendale (44).

7. — *Le rappresentanze sindacali aziendali* — Una disposizione conclusiva integra l'Accordo del 7 luglio 2010 (45), che già disciplinava la

(40) Art. 2, comma 1.

(41) Le parti, infatti, si riservano di determinarla tenendo conto degli «specifici andamenti del settore, sia quando espansivi, sia quando caratterizzati da difficoltà produttive e reddituali».

(42) Nel caso in cui si registri uno scostamento valutato significativo, vi potrà essere un recupero, a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello di scadenza del Ccnl (art. 2, commi 2 e 3).

(43) Del resto, anche la clausola 8 dell'A.I. del 28 giugno interviene in maniera sostanzialmente analoga sulla materia.

(44) Correlazione che, anzi, dovrebbe essere ulteriormente promossa e rafforzata, e che va stabilita «in termini di reali incrementi di produttività e/o redditività, risultato, efficienza; qualità riscontrabili oggettivamente sulla base di risultanze di bilancio e/o organizzative» (art. 5, commi 10 e 11). Al medesimo scopo, le parti, inoltre, sollecitano il «Governo a incrementare, rendere strutturali, certe e facilmente accessibili tutte le misure volte a incentivare, in termini di riduzione di tasse e contributi, la contrattazione di secondo livello che collega aumenti di retribuzione al raggiungimento di obiettivi di produttività, redditività, qualità, efficienza, efficacia e altri elementi rilevanti ai fini del miglioramento della competitività nonché ai risultati legati all'andamento economico delle imprese» (art. 5, comma 13). In particolare, l'art. 5, ultimo comma, esprime l'auspicio che «sia data pronta attuazione all'art. 26 del d.l. n. 98/2011»: norma che stabilisce, infatti, una tassazione agevolata del reddito e sgravi contributivi per i premi di produttività e competitività stabiliti nel settore privato dai contratti aziendali. La loro determinazione effettiva, però, è rimessa all'iniziativa del Governo.

(45) In particolare l'art. 15.

costituzione delle Rsa, nelle aziende con più di 15 dipendenti, da parte di almeno 8 lavoratori iscritti al medesimo sindacato. Rispetto alla previgente disciplina, in cui non vi erano termini di durata, le Rsa ora dureranno «in carica il tempo previsto dagli Statuti delle rispettive Organizzazioni sindacali – e comunque per un massimo di quattro anni». Trascorso tale periodo dovrà in ogni caso essere rinnovata, per il tramite dell'O.S. di appartenenza, la comunicazione alla direzione aziendale competente mediante lettera raccomandata dell'avvenuta costituzione della rappresentanza, dei nominativi dei suoi componenti e degli eventuali organi di coordinamento. Organi, quest'ultimi, che si possono costituire in ipotesi di compresenza di più Rsa nel medesimo contesto aziendale.

8. — *Bilateralità e risoluzione delle controversie* — Per completezza, meritano un ultimo cenno altre due discipline: in tema di bilateralità e di risoluzione delle controversie.

Sul primo argomento, le parti stipulanti, oltre a darsi atto delle diverse forme di bilateralità già definite e regolate dal Ccnl o da accordi specifici (46), si limitano a ribadire la necessità del loro rilancio e del miglioramento della loro efficacia (47).

Per quanto attiene al secondo tema – in aggiunta all'impegno a rispettare e a far rispettare a ogni livello le regole collettive vigenti –, si stabilisce che saranno riesaminate le procedure sindacali, nonché le previsioni contrattuali in tema di controversie collettive aziendali derivanti da questioni interpretative o da lamentate violazioni di norme contrattuali, allo scopo di rafforzare il ruolo conciliativo delle parti nazionali (48).

9. — *Conclusioni* — In conclusione, si può affermare che l'Accordo quadro in analisi, oltre a una serie di norme di natura sostanzialmente programmatica – come quelle in tema di premi, rivalutazione dei trattamenti retributivi e bilateralità –, contiene anche delle norme di rilevante

(46) Disciplina che ha anche lo scopo di favorire l'assicurazione di benefici fiscali o contributivi e l'incentivazione del funzionamento di servizi integrativi di *welfare* (assistenza sanitaria e previdenza complementare).

(47) Art. 6, commi 1 e 2. Vengono confermati, e si punta al loro miglioramento, gli organismi già esistenti, vale a dire l'Osservatorio nazionale sull'andamento del sistema, l'Osservatorio sulla Csr, l'Enbicredito, la Cassa nazionale di assistenza sanitaria per il personale dipendente del settore del credito (Casdic), la Commissione nazionale pari opportunità e la Fondazione Prosolidar.

(48) Art. 7, commi 1, 2 e 3.

valenza precettiva, che disciplinano l'assetto della contrattazione collettiva, i soggetti abilitati alla stipulazione e la loro rappresentatività, i rapporti tra contratti collettivi e le clausole di tregua.

In questo senso è interessante il parallelo con la disciplina del settore industriale dettata dall'A.I. del 28 giugno, attraverso il quale possono rilevarsi una serie di conferme, ma anche delle sensibili differenze.

Certo, si ribadisce il doppio livello di contrattazione e la funzione centrale del contratto nazionale, che tiene in mano le redini del «gioco» negoziale attraverso uno specifico sistema di deleghe. Vi è, inoltre, un'apertura alla flessibilità del sistema, attivando le potenzialità derogatorie del contratto di secondo livello; sebbene ciò avvenga con maggior cautela rispetto all'A.I., poiché il controllo esercitato dal Ccnl sembra essere più stringente e ancorato a specifiche finalità. È vero che in sostanza il sistema delle deroghe, al di là di alcune differenze, è ricalcato su quello della clausola 7 dell'A.I., nel senso che è totalmente governato dal primo livello contrattuale. Tuttavia, in questo caso il controllo esercitato dal Ccnl è totale, essendo l'unico strumento abilitato ad attribuire competenze al secondo livello di contrattazione (49); mentre nel caso dell'A.I. c'è una via di fuga rappresentata dalla cd. disciplina transitoria che opera in assenza di previsione e in attesa dei rinnovi contrattuali.

Tuttavia, non si può non rilevare come anche questo sistema, strutturato secondo un principio di gerarchia verticale, dovrà comunque confrontarsi con la disciplina dettata dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011, il quale attribuisce *ex lege* ampie potenzialità derogatorie al contratto di prossimità, in parte ribaltando i rapporti di forza tra i contratti collettivi di diverso livello stabiliti per via negoziale.

Un'altra divergenza di rilievo sta nell'individuazione dei soggetti abilitati alla stipulazione e nell'ammissione alle trattative; temi rispetto ai quali l'Intesa in esame, rimandando al futuro, non detta una disciplina così chiara come quella contenuta nell'A.I.

Anche sui criteri di misurazione della rappresentatività vi sono delle differenze: l'A.I. è più macchinoso, col suo sistema di certificazione della rappresentatività, mentre l'Accordo in esame è più lineare, non essendovi alcun dato elettorale (50) e nessuna necessità di media con il dato associativo.

(49) Cfr. *supra*, par. 2.

(50) In ambito bancario, infatti, non vi è applicazione del sistema elettivo delle Rsu e ciascun sindacato costituisce autonomamente, attraverso i lavoratori aderenti, la propria Rsa, ai sensi dell'art. 19 e della disciplina collettiva in materia. Cfr. *supra*, par. 7.

Ma il vero punto di scostamento tra le due discipline è la previsione, nell'Accordo in commento, di una precisa soglia di rappresentatività ai fini della valida stipulazione del contratto, che, sterilizzando il dissenso, rende il contratto vincolante anche per coloro che non lo hanno sottoscritto (51).

Infine, in tema di clausole di tregua l'Accordo quadro prevede un sistema sanzionatorio sensibilmente più rigido, pur confermando che le uniche sanzioni si applicano alle associazioni sindacali e non ai lavoratori.

(51) Cfr. *supra*, par. 3.

Luisa Monterossi ()*

**LE PRIME IPOTESI APPLICATIVE DELLA CLAUSOLA 7
DELL'ACCORDO INTERCONFEDERALE 28 GIUGNO 2011
E DELL'ART. 8 DELLA LEGGE N. 148/2011**

SOMMARIO: 1. Le deroghe «a regime» ai sensi dell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 in sede di rinnovo dei Ccnl. — 1.1. Il Ccnl del settore autostrade e trafori. — 1.2. Il Ccnl del settore dell'industria cine-audiovisiva. — 1.3. Il Ccnl della mobilità – Area contrattuale attività ferroviarie. — 1.4. Il Ccnl del settore dell'industria chimica, chimico-farmaceutica e affini. — 2. I primi profili applicativi dell'art. 8, comma 2-*bis*, legge n. 148/2011. — 2.1. Accordo sottoscritto dalla Banca Popolare di Bari in tema di impianti di videosorveglianza. — 2.2. Accordo sottoscritto dalla Trelleborg Wheel System Spa in tema di classificazione dei lavoratori. — 2.3. Accordo sottoscritto dalla Golden Lady Company Spa in tema di associazione in partecipazione. — 3. Brevi conclusioni.

1. — *Le deroghe «a regime» ai sensi dell'Accordo interconfederale 28 giugno in sede di rinnovo dei Ccnl* — In una situazione di crisi economica e del mercato del lavoro, hanno trovato terreno fertile le istanze di rinnovamento del sistema della contrattazione collettiva, che – negli ultimi tempi – si è allontanato dagli assetti introdotti dal Protocollo del 23 luglio 1993, considerati ormai obsoleti e inadeguati.

L'Accordo interconfederale (di seguito A.I.) 28 giugno 2011 prima (1), e l'art. 8, legge n. 148/2011 poi, hanno ridisegnato – sia pure con modalità ed effetti differenti – il rapporto tra i vari livelli contrattuali, nell'ottica di una valorizzazione della contrattazione collettiva decentrata (2).

(*) Dottoranda di ricerca di Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) L'A.I. 28 giugno 2011 sviluppa lo schema già inaugurato dall'A.I. del 15 aprile 2009, che prevede la possibilità di sottoscrivere intese modificative della disciplina contenuta nei Ccnl, attribuendo, però, la possibilità di stipularle solo a livello territoriale. Cfr., per un'interessante analisi sull'attuazione dell'A.I. del 2009, D. Pace, *Relazioni sindacali e contrattazione di II livello: un'analisi a due anni dall'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009*, in *q. Riv.*, 2011, 3, pp. 715 ss.

(2) Per un attento esame della disciplina contenuta nell'A.I. 28 giugno 2011 e nell'art. 8, legge n. 148/2011, cfr. G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. con modifiche in legge n. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, pp. 1224 ss.

Senza soffermarsi su questioni già ampiamente affrontate in dottrina (3), sarà analizzato in che termini e in quale misura l'A.I. 28 giugno 2011 e l'art. 8, legge n. 148/2011, abbiano trovato attuazione, l'uno in sede di rinnovo dei Ccnl, l'altro in sede di contrattazione collettiva di prossimità.

L'A.I. 28 giugno 2011 (clausola 7) prevede la possibilità di stipulare contratti collettivi aziendali che definiscano specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei Ccnl, rimettendo a quest'ultimi l'individuazione delle procedure e dei limiti da rispettare ai fini della valida stipulazione di tali intese (cd. disciplina «a regime»).

Inoltre, «ove non previste e in attesa che i rinnovi definiscano la materia» (4), detta una disciplina transitoria che riconosce legittimazione a stipulare le intese modificative alle rappresentanze sindacali operanti in azienda, d'intesa con le Oo.Ss. territoriali di categoria espressioni delle confederazioni sindacali stipulanti l'A.I. 28 giugno 2011, circoscrivendo l'ambito delle materie in cui tali intese possono intervenire e individuando le finalità cui devono essere preordinate.

Tra i Ccnl rinnovati negli ultimi tempi, mentre alcuni si limitano a rimandare, in via generale, al sistema contrattuale inaugurato dal citato A.I. (5), altri contengono richiami più specifici e al contempo stabiliscono un'autonoma regolamentazione per la stipulazione delle intese modificative.

(3) Cfr. Aa.Vv., *Contrattazione di prossimità e art. 8 della legge n. 148/2011*, in *q. Riv.*, 2012, 3, pp. 453 ss.; Aa.Vv., *La contrattazione collettiva di prossimità. Un confronto a più voci sull'art. 8 della manovra 2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, pp. 1 ss.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, 2011, pp. 1 ss.; A. Garilli, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, pp. 31 ss.; A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti collettivi aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 10, pp. 682 ss.; L. Galantino, *Contrattazione di secondo livello: efficacia e requisiti*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 1, pp. 14 ss.; G. Vidiri, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, pp. 109 ss.

(4) Sulla duplice interpretazione di tale espressione cfr. G. Santoro Passarelli, *op. cit.* p. 1240.

(5) Ciò si verifica, ad esempio, nel Ccnl per i dipendenti di imprese e società private esercenti servizi ambientali, sottoscritto in via definitiva il 3 maggio 2012, e nel Ccnl del settore dei servizi postali in appalto stipulato in via definitiva il 31 luglio dello stesso anno. Anche nell'Ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl del settore dell'industria metalmeccanica del 5 dicembre 2012 (non sottoscritta dalla Cgil) le parti si limitano a richiamare l'A.I. del 28 giugno 2011, impegnandosi a recepirlo. Del resto, già il Ccnl (anch'esso separato) del 15 ottobre 2009 – integrato dall'Accordo del 29 settembre 2010 – prevedeva un sistema di deroghe al Ccnl, sul modello di quello introdotto dall'A.I. del 15 aprile 2009.

1.1. — *Il Ccnl del settore autostrade e trafori* — Uno dei primi Ccnl che ha richiamato la nuova disciplina interconfederale è il Ccnl che si applica al personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori, stipulato in data 4 agosto 2011.

Più precisamente, l'art. 9 opera un espresso riferimento alla clausola 7 dell'A.I. 28 giugno 2011, prevedendo la possibilità di stabilire, a livello aziendale, diverse modalità di effettuazione della prestazione, anche ai fini di una differente disciplina dell'orario di lavoro, scostandosi da quella prevista nello stesso articolo 9.

L'assenza di una simile regolamentazione su altri aspetti del rapporto di lavoro indurrebbe a ritenere che tali intese modificative siano abilitate dalla contrattazione collettiva nazionale solo in materia di orario di lavoro e nei limiti precisati dalle parti stipulanti.

Inoltre, il Ccnl non individua alcuna specifica procedura per l'attuazione di tali «deroghe». Pertanto, potrebbe considerarsi operante il regime transitorio regolato dalla richiamata clausola interconfederale (che, dunque, acquisterebbe dignità di disciplina definitiva nel settore di riferimento); oppure il silenzio delle parti potrebbe essere interpretato come volontà delle stesse di estendere all'ipotesi in esame le regole fissate – in via generale – in tema di legittimazione negoziale a livello aziendale (6).

1.2. — *Il Ccnl del settore dell'industria cine-audiovisiva* — Una più dettagliata disciplina è contenuta nel Ccnl del settore dell'industria cine-audiovisiva (rinnovato, in via definitiva, il 19 gennaio 2012).

Più precisamente, le parti ammettono la stipulazione di specifiche intese modificative per il perseguimento delle medesime finalità indicate nell'A.I. 28 giugno 2011. Tali intese devono essere stipulate tra «l'azienda e le Rsu/Rsa con l'assistenza delle associazioni industriali territoriali e delle strutture territoriali delle Oo.Ss. stipulanti il Ccnl, che le sottoscrivono in quanto coerenti con le previsioni dei due commi precedenti».

Il Ccnl in esame si discosta dalla disciplina transitoria dettata dalla clausola 7 del citato A.I., che impone «l'intesa» tra le rappresentanze sindacali operanti in azienda e le organizzazioni territoriali (7).

(6) Ai sensi dell'art. 46, comma 7, «la titolarità della contrattazione aziendale fa capo alle rappresentanze sindacali unitarie d'intesa con le strutture territoriali/regionali in caso di coincidenza tra unità produttiva e Azienda ai sensi dell'art. 57». Inoltre, la titolarità negoziale a livello aziendale è attribuita «alle Segreterie nazionali d'intesa con le rappresentanze sindacali unitarie per la Società Autostrade per l'Italia».

(7) È bene sottolineare che l'A.I. del 2011 rimette totalmente al Ccnl l'individuazione di limiti e procedure per la stipulazione delle intese modificative, senza vincolarlo in alcun modo a quanto previsto dallo stesso A.I. in via transitoria.

Non è chiaro se tale differenza rimanga circoscritta a un piano meramente letterale o se, invece, «l'assistenza» richiesta dal Ccnl in esame abbia una portata diversa rispetto alla «intesa». Potrebbe, ad esempio, sostenersi che mentre la prima implica la necessità di un consenso (unanime o a maggioranza) delle organizzazioni territoriali, la seconda ha una valenza più limitata, non conferendo alle stesse poteri vincolanti o di veto. Tuttavia, quest'ultima interpretazione sembra ostacolata dall'espressa previsione della sottoscrizione dell'intesa da parte delle associazioni industriali territoriali e delle strutture territoriali delle Oo.Ss. stipulanti il Ccnl. La loro approvazione appare, pertanto, decisiva.

Per quanto concerne l'ambito di operatività delle intese modificative, il Ccnl indica che esse possono riguardare «uno o più istituti», individuando, in chiusura, le materie sottratte alla capacità derogatoria delle intese sottoscritte a livello aziendale («minimi tabellari, aumenti periodici di anzianità ed Elemento di garanzia retributiva, oltre che i diritti individuali dei lavoratori derivanti da norme inderogabili di legge») (8). Sicché, si presume che rispetto agli altri aspetti del rapporto di lavoro non richiamati non operino preclusioni.

1.3. — *Il Ccnl della mobilità – Area contrattuale attività ferroviarie* — Il 20 luglio 2012 è stata sottoscritta l'Ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl della mobilità – Area contrattuale attività ferroviarie.

L'art. 2-*bis*, al comma 4, riproduce in parte la disciplina transitoria prevista dalla clausola 7 dell'A.I. del 2011, discostandosene sotto alcuni profili. Esso, da un lato, delimitando l'ambito delle materie che possono essere oggetto delle intese modificative, indica le stesse già individuate a livello interconfederale (prestazione lavorativa, orari e organizzazione del lavoro); dall'altro, alle finalità elencate alla citata clausola 7, aggiunge «la presenza di procedure di affidamento di servizi in esclusiva o a evidenza pubblica».

(8) La disciplina transitoria di cui all'A.I. 28 giugno 2011 individua le materie che possono essere oggetto di modifica, restando implicitamente esclusi tutti gli altri aspetti del rapporto di lavoro. Tuttavia, esso richiama l'orario, la prestazione di lavoro e l'organizzazione del lavoro; espressione, quest'ultima, che si presta facilmente a interpretazioni estensive, tali da abbracciare quasi l'intera disciplina del rapporto di lavoro.

Inoltre, le intese modificative disciplinate dal Ccnl del settore dell'industria cine-audiovisiva dovranno indicare «gli obiettivi che si intendono conseguire, la durata, i riferimenti puntuali agli articoli del Ccnl oggetto di modifica, le pattuizioni a garanzia dell'esigibilità dell'accordo con provvedimenti a carico degli inadempimenti di entrambe le parti».

Inoltre, è regolata in modo differente la legittimazione negoziale: nella clausola 7 dell'A.I. del 2011, le intese modificative sono oggetto di una specifica disciplina (transitoria), diversa dal regime ordinario, regolato alle clausole 4 e 5. Nel Ccnl in esame, invece, la sottoscrizione di tali intese segue espressamente le regole di stipulazione dei contratti collettivi aziendali fissate in via generale al precedente comma 3 (9).

1.4. — *Il Ccnl del settore dell'industria chimica, chimico-farmaceutica e affini* — Il 22 settembre 2012 è stata siglata l'Ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl per i dipendenti dell'industria chimica, chimico-farmaceutica, delle fibre chimiche e dei settori abrasivi, lubrificanti e Gpl (10).

Nel testo, le parti, oltre a fare più volte espresso rinvio all'A.I. 28 giugno 2011, attribuiscono esplicitamente alla contrattazione di livello aziendale la facoltà di stipulare specifiche intese temporanee (11) modificative — *in peius* — delle regolamentazioni contenute nel Ccnl.

È bene precisare che già il Ccnl del 18 dicembre 2009 (12) contemplava un sistema di deroghe peggiorative a livello aziendale, nel perseguimento delle medesime finalità indicate nel Ccnl del 2012 (cioè per favorire la competitività e l'occupazione in situazioni di congiuntura particolari). Tuttavia, la nuova disciplina collettiva individua precise modalità di stipulazione delle intese modificative, che devono essere sottoscritte dalle parti aziendali «con l'eventuale assistenza» delle strutture territoriali imprenditoriali e sindacali firmatarie del Ccnl (13) oppure direttamente con queste ultime, in assenza di Rsa/Rsu.

(9) Una situazione analoga si verifica nella recente Ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl nel settore dell'industria alimentare del 27 ottobre 2012, che riproduce, in sostanza, la disciplina transitoria indicata alla clausola 7 dell'A.I. 2011, rimettendo, tuttavia, la stipulazione delle intese modificative ai soggetti titolari, in via generale, della legittimazione sindacale a livello aziendale.

(10) Il 23 gennaio 2013, le parti hanno provveduto alla stesura definitiva del testo, integrandolo, peraltro, nella parte relativa alla stipulazione delle intese modificative.

(11) Le intese modificative, legate a esigenze congiunturali, non potranno avere durata superiore a un triennio (mentre la disciplina del 2009 indicava come termine massimo quattro anni), salvo eventuali proroghe.

(12) Cfr. S. Cairoli, *Il Ccnl 2010-2012 del settore industrie chimiche, chimico-farmaceutiche e affini del 18 dicembre 2009*, in q. *Riv.*, 2011, 1, pp. 283 ss., che ricorda come la previsione di tali intese modificative a livello aziendale fosse stata però introdotta già dal precedente Ccnl del 10 maggio 2006, come «contratto pioniere» sul tema.

(13) La disciplina transitoria dell'A.I. 28 giugno 2011 prevede, invece, la necessaria intesa, e non la mera assistenza, persino eventuale, delle strutture territoriali.

Al fine di regolare la stipulazione delle intese modificative, le parti si impegnano a concordare specifiche linee guida in tema di orari, prestazione lavorativa e organizzazione del lavoro, a integrazione di quelle già fissate dall'Accordo del 29 giugno 2007 (aggiornate e riportate nel testo del Ccnl del 2012). Le intese possono avere a oggetto gli istituti retributivi e normativi, senza però incidere su diritti individuali irrinunciabili e minimi contrattuali.

In relazione a questi ultimi, la nuova regolamentazione collettiva prevede, in via d'eccezione, un'importante novità: nel caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato di giovani non assumibili con contratto di apprendistato, le intese aziendali potranno agire in deroga ai minimi contrattuali, fermo restando l'impegno formativo e, in ogni caso, nel rispetto di precisi limiti indicati nello stesso Ccnl del 2012. Evidentemente si tratta di una previsione che mira a incoraggiare una stabile occupazione giovanile.

2. — *I primi profili applicativi dell'art. 8, comma 2-bis, legge n. 148/2011* — A differenza di quanto previsto nell'A.I. 28 giugno 2011, l'art. 8, legge n. 148/2011, introduce, al comma 2-*bis*, un sistema di deroghe dirompente, ammettendo che i contratti collettivi di prossimità contengano delle «specifiche intese» che – se stipulate in presenza dei requisiti essenziali indicati nello stesso art. 8 (14) – sono legittimate ad agire in deroga non solo alle «relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali», ma anche alla legge, ancorché nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali.

Tale norma ha scatenato accesi dibattiti in dottrina per la sua formulazione tutt'altro che chiara e, ancor di più, per il suo contenuto che si pone al limite (o, secondo molti, al di là) della legittimità costituzionale.

In merito a tali profili, si è recentemente pronunciata la Corte Costituzionale, che, con sentenza del 4 ottobre 2012, n. 221, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, legge n. 148/2011, commi 1, 2 e 2-*bis*, sollevata dalla Regione Toscana per contrasto con gli artt. 39, 117, comma 3, e 118 della Costituzione, nonché con il principio di leale collaborazione.

Il giudice delle leggi ha escluso che la disposizione *de qua* possa ledere la competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di tutela del

(14) Le specifiche intese modificative possono essere stipulate soltanto dai soggetti indicati al comma 1 della stessa norma, nel perseguimento di determinate finalità, e possono avere a oggetto esclusivamente le materie elencate al comma 2 dell'art. 8.

lavoro, atteso che essa può intervenire soltanto su «aspetti della disciplina sindacale e intersoggettiva del rapporto di lavoro, riconducibili tutti alla materia dell'ordinamento civile», rientranti dunque nella competenza legislativa esclusiva dello Stato. Inoltre – ha precisato la Corte –, l'elenco di materie indicato al comma 2 dell'art. 8 è tassativo, né la norma può applicarsi «oltre i casi e i tempi» espressamente previsti, avendo carattere «chiaramente eccezionale».

Infine, il 22 gennaio 2013 è stato emanato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 66, che prevede sgravi fiscali sul salario di produttività. Tale provvedimento accoglie in gran parte, nell'ambito della nozione di retribuzione di produttività, la clausola 7 dell'Accordo separato (non sottoscritto dalla Cgil) stipulato il 21 novembre 2012 (15). Anche se non menziona espressamente l'art. 8, legge n. 148/2011, il predetto decreto potrebbe rappresentare un incentivo alla contrattazione collettiva di secondo livello in deroga (16).

Scarse sono fino a oggi le ipotesi di attuazione concreta dell'art. 8, comma 2-*bis* (o, quantomeno, molto ridotto è il numero di accordi pubblicamente disponibili), e, laddove stipulate, tali intese non sono sempre pienamente conformi ai requisiti essenziali indicati dalla norma.

2.1. — *Accordo sottoscritto dalla Banca Popolare di Bari in tema di impianti di videosorveglianza* — L'Accordo aziendale sottoscritto in data 2

(15) La clausola 7 dell'Accordo prevede che «la contrattazione collettiva si eserciti, con piena autonomia, su materie oggi regolate in maniera prevalente o esclusiva dalla legge che, direttamente o indirettamente, incidono sul tema della produttività del lavoro», individuando gli istituti delle mansioni, dell'orario di lavoro, nonché dei controlli a distanza (materie, peraltro, indicate anche al comma 2 dell'art. 8, legge n. 148/2011). All'elenco contenuto nell'Accordo, il provvedimento ministeriale aggiunge l'istituto delle ferie e specifica che saranno considerate retribuzione di produttività (oltre alle voci retributive erogate, in esecuzione di contratti collettivi di secondo livello, con espresso riferimento a indicatori quantitativi di produttività) quelle voci retributive erogate in esecuzione di contratti, di livello aziendale o territoriale, che adottino almeno una misura in almeno tre delle aree di intervento indicate.

(16) Inoltre, sul piano della contrattazione collettiva, occorre segnalare l'ipotesi di accordo del 27 ottobre 2012 per il rinnovo del Ccnl dell'industria alimentare, in cui è prevista l'eliminazione degli intervalli temporali nel caso di assunzioni a termine giustificate da ragioni sostitutive, da realizzarsi con specifiche intese al secondo livello di contrattazione, su richiesta di una delle parti. Queste intese saranno sottoscritte ai sensi dell'art. 8, legge n. 148/2011 (pur non espressamente richiamato nel Ccnl), considerando che le norme vigenti in materia di contratto a tempo determinato consentono di concordare, a livello sindacale, soltanto una riduzione degli intervalli minimi, e non anche una loro completa assenza.

febbraio 2012 tra la Banca Popolare di Bari e la delegazione sindacale formata dagli organi di coordinamento prevede l'utilizzo di impianti di videosorveglianza – materia regolata dall'art. 4, legge n. 300/1970 – preordinati alla «deterrenza nei confronti di eventi criminosi ovvero, nel caso in cui questi siano comunque avvenuti», di «ausilio alle Forze dell'ordine o dell'autorità giudiziaria per l'identificazione dei responsabili».

Le parti richiamano l'art. 8, legge n. 148/2011, specificando che l'accordo è stato sottoscritto ai sensi di tale norma e opera in deroga all'art. 4 dello Stat. lav., laddove impone che gli impianti audiovisivi possono essere installati soltanto previo accordo con le Rsa (o con la commissione interna) e che, in difetto di accordo, si può ottenere l'autorizzazione del Servizio ispettivo della Direzione territoriale del lavoro.

Invero, l'intesa in esame sembra presentare ogni condizione prescritta dalla norma statutaria ai fini della installazione e dell'utilizzo di apparecchiature audiovisive: si tratta, infatti, di un accordo aziendale che persegue finalità cd. difensive, rientranti nelle clausole individuate dal comma 2 dell'art. 4 Stat. lav. e legittimanti la deroga al divieto di cui al comma 1 (17).

Tuttavia, essa si allontana dal dettato normativo per quanto concerne i soggetti abilitati dall'art. 4, comma 2, Stat. lav. a sottoscrivere l'accordo in deroga. È intervenuto sul punto il ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che – nella risposta del 5 dicembre 2005 all'interpello presentato dall'Abi – ha richiamato la sentenza della Corte di Cassazione del 16 settembre 1997, n. 9211. In tale pronuncia, il giudice di legittimità ha indicato una lettura piuttosto restrittiva della citata norma statutaria, riconoscendo la legittimazione a stipulare accordi in deroga ai sensi del comma 2 dell'art. 4 Stat. lav. solo alle Rsa o, in mancanza, alle commissioni interne, e non anche agli organi di coordinamento di varie unità produttive (18).

Alla luce di tali osservazioni, la specifica intesa in esame si discosterebbe, sotto questo profilo, dal richiamato art. 4, comma 2, Stat. lav. (19).

(17) In materia di controlli cd. difensivi, la giurisprudenza di legittimità ha speso, nel tempo, orientamenti divergenti, affermando inizialmente l'estraneità dei cd. controlli difensivi al campo di applicazione dell'art. 4 Stat. lav. (cfr. Cass. 3 aprile 2002, n. 4476, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 10, p. 644); tuttavia, si ravvisano pronunce di segno contrario (cfr., sul punto, Cass. 1° ottobre 2012, n. 16622, in *Diritto e giustizia*, 2012, e Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in q. *Riv.*, 2010, 3, pp. 462 ss).

(18) L'eventuale accordo stipulato con gli organi di coordinamento – secondo l'orientamento giurisprudenziale richiamato – sarebbe illegittimo e costituirebbe condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 Stat. lav.

(19) È bene precisare che nel settore bancario vige una particolare disciplina che affida la legittimazione negoziale a livello aziendale a una «delegazione sindacale uni-

Occorre però sottolineare che, nonostante siano rispettati i limiti contenutistici – la materia degli impianti audiovisivi è compresa tra quelle elencate al comma 2 dell'art. 8 – e sia esplicitato il rispetto del criterio maggioritario, l'accordo difetterebbe del requisito finalistico, posto che lo scopo di prevenire eventi criminosi non sembra corrispondere – a stretto rigore – a nessuna delle pur ampie finalità di cui al comma 1 dell'art. 8. Dunque, a dispetto di quanto affermato dalle stesse parti stipulanti, esse non sarebbero legittimate ad agire in deroga alla legge.

2.2. — *Accordo sottoscritto dalla Trelleborg Wheel System Spa in tema di classificazione dei lavoratori* — Sussistono invece tutti i requisiti indicati dall'art. 8 legge n. 148/2011 nell'Intesa sottoscritta dalla Trelleborg Wheel System Spa con le Rsu dello stabilimento di Tivoli, in data 5 dicembre 2011. Tale accordo presenta le finalità prescritte dalla norma (20) e interviene su una materia che può essere oggetto di deroga ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. *b*.

In particolare, «visti e considerati l'art. 4 del Ccnl gomma 18 marzo 2010, l'allegato 2 del Ccnl gomma 18 marzo 2010 (21), il paragrafo 7 dell'Accordo interconfederale fra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del 28 giugno 2011, nonché l'attuale normativa vigente in materia di contrattazione collettiva aziendale» (con evidente riferimento all'art. 8, legge n. 148/2011), l'accordo incide sulla classificazione dei lavoratori, introducendo due nuove posizioni professionali.

A ben vedere, questa intesa, sottoscritta ai sensi del citato art. 8, mira a introdurre una deroga non alla legge, bensì alla disciplina contenuta nel Ccnl; risultato, invero, raggiungibile anche prima dell'entrata in vigore della norma sugli accordi di prossimità (22).

taria costituita *ad hoc*». Cfr., sul punto, A. Delogu, *L'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore bancario*, in questo numero di *q. Riv.*, pp. 199 ss.

(20) Si tratta, in particolare, di finalità legate alla presenza di investimenti, nonché a incrementi di competitività.

(21) L'art. 4 del Ccnl gomma-plastica del 18 marzo 2010 è dedicato alla classificazione del personale, mentre l'allegato 2 indica le declaratorie e le posizioni professionali.

(22) Tuttavia, se non v'è dubbio che la principale innovazione introdotta dall'art. 8, legge n. 148/2011, sia la derogabilità della legge da parte di intese contenute in contratti collettivi, persino decentrati, d'altra parte, l'attribuzione *ex lege* della capacità di tali intese di operare in deroga anche alle relative regolamentazioni contenute nel Ccnl presenta alcuni elementi di novità. Infatti, la prevalenza delle specifiche intese sottoscritte ai sensi dell'art. 8 rispetto alla disciplina collettiva di livello nazionale derogata ha, in tali casi, fonte legale, e le deroghe al Ccnl da esse introdotte non dovreb-

2.3. — *Accordo sottoscritto dalla Golden Lady Company Spa in tema di associazione in partecipazione* — Il 16 luglio 2012 è stato sottoscritto un Contratto collettivo aziendale tra la Golden Lady Company Spa e Femca-Cisl, Filctem-Cgil e Uila-Uil.

Questa intesa è volta a procrastinare di un anno l'entrata in vigore delle novità introdotte in materia di associazione in partecipazione dalla legge n. 92 del 28 giugno 2012 (23), che limita – con finalità antielusive – il ricorso a tale tipologia contrattuale.

L'accordo – espressamente sottoscritto «ai sensi e per gli effetti dell'art. 8» della legge n. 148/2011 –, pur rispettando i requisiti indicati dalla norma sia sotto il profilo dei soggetti stipulanti che sotto quello finalistico (24), desta alcune perplessità in merito alla capacità dell'art. 8 di abilitare deroghe a una legge a esso successiva (25), nonché per quel che concerne la materia oggetto dell'intesa. L'associazione in partecipazione, infatti, non è espressamente ricompresa nell'elenco indicato al comma 2 dell'art. 8 (26), salvo ritenere che possa rientrare tra le «modalità di assunzione». Tuttavia, un'interpretazione restrittiva sembra essere imposta dalla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 221 del 4 ottobre 2012 (27), che ha limitato l'effetto derogatorio alle sole materie richiamate, attribuendo alla norma *de qua* «carattere chiaramente eccezionale».

3. — *Brevi conclusioni* — Alla luce dell'analisi sopra condotta, emerge che i Ccnl, in sede di rinnovo, richiamano e, solo alcune volte, regolano autonomamente il sistema della «derogabilità» previsto dall'A.I. 28 giugno

bero vincolare solo per le parti stipulanti l'accordo *ex art. 8*, in quanto dotate di efficacia *erga omnes*.

(23) Tale posticipazione – secondo il testo dell'accordo aziendale in esame – è necessaria per valutare adeguatamente le modalità di assunzione dei circa 1200 lavoratori assunti dall'azienda con contratto di associazione in partecipazione.

(24) Esso è volto a «garantire una maggiore occupazione a livello nazionale evitando nel contempo una crisi occupazionale».

(25) Cfr., sul punto, M. Tiraboschi, *L'associazione in partecipazione tra le rigidità della riforma Fornero e le dubbie deroghe ex art. 8, decreto legge n. 138/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 3, pp. 878 ss.; *contra*, A. Asnaghi, M. Mazzon, *Associazione in partecipazione: stabilizzazione con contratto di prossimità in Golden Lady*, in *www.bollettinoadapt.it*, 15 ottobre 2012, p. 7.

(26) Cfr. M. Tiraboschi, *op. cit.*, pp. 880-881, il quale, attenendosi a un'interpretazione strettamente letterale della norma, esclude che l'associazione in partecipazione possa rientrare tra le materie elencate al comma 2 dell'art. 8, legge n. 148/2011; *contra*, A. Asnaghi, M. Mazzon, *op. cit.*, p. 7, che considerano il detto art. 8 applicabile anche all'associazione in partecipazione per analogia.

(27) Cfr. *supra*, par. 2.

2011. In ogni caso, il riferimento all'A.I. o l'individuazione di una disciplina «a regime» non implicano necessariamente che i soggetti legittimati opereranno per la stipulazione delle intese modificative regolate a livello interconfederale o nazionale e non ricorreranno, invece, agli strumenti messi a disposizione dall'art. 8, legge n. 148/2011. Tuttavia, i pochissimi esempi di accordi aziendali sottoscritti ai sensi della norma testé citata denotano incertezza in merito alla corretta applicazione del dettato legislativo, che presenta – ancora – molti dubbi interpretativi e non incontra il consenso di tutte le parti sociali.

