

La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*

Luisa Corazza

1. Il cammino delle regole del decentramento produttivo: l'impresa "smaterializzata" 122
2. *Segue*: la legalizzazione della fornitura di manodopera e l'imporsi del fenomeno delle esternalizzazioni. 123
3. Siamo di fronte ad una nuova nozione di appalto? Rivoluzioni e conservazioni della nuova disciplina. 125
4. La svolta rimediale della riforma del 2003: dalla ricerca del "vero" datore di lavoro alla condivisione delle responsabilità datoriali. 129
5. L'intervento delle Sezioni Unite del 2006: una battuta di arresto per la prospettiva delle responsabilità congiunte? 131
6. L'impatto sistematico della nuova disciplina dell'appalto: verso un diverso concetto di datore di lavoro. 133

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 93/2009

1. Il cammino delle regole del decentramento produttivo: l'impresa "smaterializzata"³⁴⁹

Nel tentativo di inseguire le vorticosi trasformazioni del tessuto produttivo, l'ordinamento giuridico appare scosso da veri e propri movimenti tellurici. Nell'ultimo venti anni, infatti, la disciplina del decentramento della produzione è stata teatro di incisive riforme che hanno riscritto l'apparato di regole applicabili all'utilizzo del lavoro nelle ipotesi di segmentazione delle attività imprenditoriali.

Le prime scosse sismiche si sono registrate all'inizio degli anni '90 ad opera del formante giurisprudenziale. È del 19 ottobre 1990 la sentenza con cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno ridisegnato i confini dell'appalto di mano d'opera, riconoscendo l'equivalenza di beni materiali e immateriali ai fini della sussistenza della presunzione di cui all'art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960³⁵⁰. Con questa importante pronuncia la Cassazione prende atto della diversa strutturazione degli appalti alla luce delle novità introdotte dalla terziarizzazione dell'economia, nonché della possibilità che il valore aggiunto apportato dall'appaltatore sia costituito anche solo dal *know how* d'impresa, a prescindere dalla quantità di beni materiali (capitali, macchine, attrezzature) messi in campo per l'esecuzione dell'opera o del servizio³⁵¹.

Sancita, così, la rilevanza patrimoniale dei capitali immateriali di un'impresa, l'applicazione del divieto di interposizione ha seguito, nel settore dei servizi di nuova generazione, schemi interpretativi differenti da quelli che avevano guidato, nei trent'anni addietro, le operazioni di decentramento produttivo.

A partire dall'inizio degli anni novanta, infatti, la giurisprudenza inizia ad attribuire rilievo al mutato contesto economico, assai trasformato rispetto a quello che aveva fatto da sfondo alla riforma del 1960, ed inizia, di conseguenza, una progressiva opera di aggiornamento del dato normativo. Le norme sul decentramento produttivo vengono applicate utilizzando interpretazioni differenziate e modulate sulle caratteristiche del settore produttivo di riferimento³⁵²: come i beni immateriali entrano a pieno titolo a comporre il complesso di capitali utilizzati dall'impresa nell'esecuzione dell'appalto, così nei settori del terziario dove l'appalto si presenta ad alta intensità di lavoro, i confini dell'appalto genuino vengono riformulati, tanto che l'organizzazione di mezzi che si richiede all'appaltatore finisce per identificarsi con una mera organizzazione del lavoro³⁵³.

Con queste operazioni di *maquillage*, la giurisprudenza dello scorso decennio ha sostanzialmente

³⁴⁹ Il testo prende spunto dall'intervento svolto al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007, di cui costituisce una rielaborazione aggiornata; è in corso di pubblicazione su "Università degli Studi del Molise, Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione, Annali 10/2008", Arti Grafiche La Regione, Campobasso, 2009.

³⁵⁰ Cfr. Cass. SS. UU., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro it.*, 1992, I, 524, con nota di F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante "obiter dictum" della Cassazione sul ruolo del "know-how" d'impresa*.

³⁵¹ In senso critico sull'allargamento del concetto di *know how* d'impresa cfr. M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 100 ss.; ha incentrato, invece, proprio sul concetto di *know how* d'impresa la proposta di riformulare i confini tra interposizione e appalto P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, relazione al convegno AIDLASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo", Trento 4-5 giugno 1999, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 251 ss.

³⁵² Non è mancato, infatti, chi ha parlato di una vera e propria "chiusura d'occhi selettiva" da parte della giurisprudenza, cfr. P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 506 ss.

³⁵³ Per la ricostruzione della giurisprudenza sul punto si rinvia a M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, p. 86 ss.

riscritto i confini dell'appalto lecito ai sensi della l. n. 1369/1960 ed ha così definito i connotati essenziali della nozione di appalto, o meglio, della linea di distinzione tra l'appalto e l'interposizione nelle prestazioni di lavoro³⁵⁴. Alla luce di queste interpretazioni, la nozione di appalto "lecito" poteva essere riassunta negli elementi distintivi che seguono: 1) l'appaltatore genuino era colui che, per l'esecuzione dell'opera o del servizio dedotti nel contratto, impiegava una propria organizzazione di mezzi e assumeva il rischio d'impresa; 2) in alcuni settori dove l'appalto si connotava per un'alta intensità di lavoro (contrapposta a una bassa intensità organizzativa), il requisito dell'organizzazione di mezzi poteva essere valutato anche solo alla luce dell'organizzazione del lavoro impiegata dall'appaltatore, vale a dire che si riteneva sussistente il requisito organizzativo anche laddove l'appaltatore si limitava ad esercitare i poteri direttivi ed organizzativi, a prescindere dai mezzi materiali impiegati nell'appalto; 3) per delimitare l'operatività della presunzione di cui al comma 3 dell'art. 1, l. n. 1369/1960, era possibile valutare anche l'impiego, da parte dell'appaltatore, dei soli beni immateriali, in grado da soli di escludere l'operatività del meccanismo presuntivo.

Al di fuori di queste regole, l'impiego di lavoratori in un appalto, o in un altro tipo di contratto, si qualificava come fornitura di mere prestazioni di lavoro, ed era soggetto alla sanzione civilistica dell'imputazione del rapporto in capo al soggetto che effettivamente risultasse avere utilizzato le prestazioni lavorative (art. 1, comma 5, l. n. 1369/1960).

2. Segue: la legalizzazione della fornitura di manodopera e l'imporsi del fenomeno delle esternalizzazioni.

Un siffatto assetto di regole non è stato scalfito neppure dalla prima significativa deroga che il legislatore ha apposto al divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, vale a dire la legittimazione della fornitura di lavoro temporaneo introdotta con la l. n. 196/1997.

Questa legge ha autorizzato, entro determinati limiti e nel rispetto di regole rigidamente individuate dal legislatore, il ricorso all'utilizzazione indiretta di prestazioni lavorative, ma solo per far fronte ad esigenze temporanee dell'impresa. Non viene invero messo in discussione il carattere di regola generale del divieto di interposizione nelle prestazioni lavorative.

Al contrario, la regola generale può dirsi riconfermata. E ciò non solo per il fatto che, nel disegno tracciato dal legislatore del 1997, la sanzione dell'imputazione del rapporto all'utilizzatore della prestazione di lavoro rientra in gioco ogni qualvolta si ricorra alla fornitura di lavoro fuori dalle regole individuate dalla legge, ma anche perché l'elemento della temporaneità assurge a cartina di tornasole del legittimo impiego della fornitura di lavoro: è solo l'esigenza temporanea che giustifica la deroga alla regola che vieta la fornitura di mere prestazioni di lavoro. Inoltre, la valenza

³⁵⁴ In proposito non si condivide la prospettiva di chi individua una differenza di natura quasi "ontologica" tra appalto e somministrazione. Cfr. in questo senso 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 ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *Arg. Dir. Lav.*, p. 1031, secondo la quale l'appalto avrebbe ad oggetto un *fare*, mentre la somministrazione avrebbe ad oggetto un *dare*. Dalle vicende normative che hanno attraversato la linea distintiva tra appalto e interposizione sembra trarsi, al contrario, l'indicazione dell'inesistenza di una distinzione sul piano ontologico, a favore di un'oscillazione del *discrimen* che divide l'appalto dalla somministrazione a seconda degli obiettivi di tutela del lavoro perseguiti dall'ordinamento.

del principio che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro può desumersi anche dall'assenza di ogni variazione – ad opera della l. n. 196/1997 – nella nozione di appalto: la linea di demarcazione dell'appalto lecito resta ancorata ai principi di matrice giurisprudenziale enunciati nel precedente paragrafo³⁵⁵.

Si può convenire, pertanto, con chi ha affermato che, proprio nel momento in cui l'ordinamento ha legittimato una forma di utilizzazione indiretta del lavoro, la vigenza della regola generale secondo la quale datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale devono coincidere è sembrata addirittura confermata³⁵⁶.

Negli anni successivi, tuttavia, le nuove forme del decentramento produttivo sono entrate prepotentemente nelle aule di giustizia e hanno posto le Corti italiane di fronte a nuove questioni interpretative.

Risalgono alla fine degli anni '90, infatti, alcune controverse vicende giudiziarie riguardanti massicce operazioni di decentramento produttivo ad opera di grandi aziende italiane. In questi casi, accanto al problema della legittimità degli appalti, i giudici hanno dovuto affrontare la questione di quali fossero gli strumenti normativi più idonei a disciplinare il momento della trasformazione dell'assetto organizzativo dell'impresa: la disciplina dell'appalto e quella del trasferimento d'azienda si sono mostrate come due lati della stessa medaglia, correlate alla fase statica e a quella dinamica delle operazioni di decentramento delle attività imprenditoriali³⁵⁷.

Al fervore del dibattito giurisprudenziale si è aggiunto l'intervento del legislatore che ha provveduto, con il d. lgs. n. 18 del 2001 che interviene sull'art. 2112 c.c.³⁵⁸, a definire il concetto di trasferimento d'azienda e, con il d. lgs. n. 276/2003, a cristallizzare, nell'ambito di una più profonda riforma del decentramento produttivo, la linea di demarcazione tra appalto e somministrazione di lavoro³⁵⁹.

L'art. 29, primo comma, del d. lgs. n. 276/2003 propone, infatti, una "nuova" nozione di appalto, alla luce della quale il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per la

³⁵⁵ Per la ricostruzione del dibattito circa la portata della deroga al divieto di interposizione dalla disciplina del lavoro temporaneo si rinvia a M. T. CARINCI, *la fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 32 ss. Si ricorda, tra chi ha prospettato, ad opera della riforma introdotta con il "pacchetto Treu", uno scardinamento dei principi posti dalla legge del '60, soprattutto la posizione di A. MARESCA, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Torino, 1997, p. 180 ss.

³⁵⁶ Secondo ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, cit., p. 506 ss., la riforma del 1997 avrebbe addirittura rafforzato l'operatività del divieto di interposizione.

³⁵⁷ Si v., tra le tante, le vicende giudiziarie dei gruppi Ansaldo (Pret. Milano 16 settembre 1998 e Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 417 ss.; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105 in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 149 ss.) e Alcatel (Cass. 23 luglio 2002, n. 10761 e Cass. 23 luglio 2002, n. 10701, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 532 ss.) su cui v. per due letture contrapposte F. SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 351 s.; e S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 392.

³⁵⁸ Su cui v. tra i tanti R. ROMEI, *Impresa, azienda, trasferimento*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2003, p. 49 ss.; A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 596; M. MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 612; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d. lgs. 18/2001*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, Esi, Napoli, 2002, p. 95 ss.

³⁵⁹ Cfr. P. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, Commentario coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 261 ss.

“organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché dall'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa”³⁶⁰.

Sul piano del formante legislativo, si può dire che le riforme del nuovo secolo hanno stravolto i meccanismi normativi che regolavano il decentramento assai più di quanto non avessero fatto gli interventi normativi precedenti. E ciò non tanto perché la riforma del mercato del lavoro del 2003 ha proceduto ad abrogare la legge n. 1369/1960, quanto, piuttosto, per la completa riscrittura della disciplina della somministrazione di lavoro - che nel 2003 viene autorizzata anche nella formula a tempo indeterminato – e per la profonda modifica che ha interessato l'apparato sanzionatorio.

La recente odissea normativa del decentramento produttivo non è tuttavia ancora terminata, visto che nel biennio 2006-2008 il legislatore è nuovamente intervenuto apportando modifiche di non poco rilievo, sia rispetto alla disciplina degli appalti, sia quanto alla disciplina della somministrazione di lavoro, spingendosi fino all'abolizione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato³⁶¹.

Considerati i sommovimenti che ancora investono la materia e considerato, soprattutto, il cammino che ha condotto all'attuale assetto normativo, è opportuno chiedersi se la definizione di appalto introdotta dal d. lgs. n. 276/2003 costituisca un'effettiva novità: esiste una nuova nozione di appalto, o siamo di fronte, più semplicemente, alla cristallizzazione di principi già introdotti nell'ordinamento da formanti diversi da quello legislativo?

3. Siamo di fronte ad una nuova nozione di appalto? Rivoluzioni e conservazioni della nuova disciplina.

La risposta al quesito se esista, a seguito della riforma introdotta nel 2003, una nuova nozione di appalto, risulta inevitabilmente connessa alla questione della portata del cambiamento prodotto dalle recenti riforme.

In proposito, sembra esservi un generale consenso presso la dottrina per un ridimensionamento dell'impatto innovativo della definizione di appalto contenuta nell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, che sarebbe il segno, secondo i più, di un mero adeguamento del legislatore al diritto vivente³⁶². Infatti, gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza a partire dall'inizio degli anni '90 e tratteggiati nel precedente paragrafo contenevano già gli elementi di sintesi della nozione di appalto codificata all'art. 29: la giurisprudenza aveva riformulato i confini dell'appalto lecito in senso “leggero”, ovvero riducendo la portata della presunzione contenuta nell'art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960, ora definitivamente abrogata; nell'ambito di alcuni settori, dove l'appalto si caratterizza per l'alta intensità di lavoro (c.d. appalti *labour intensive*), i giudici avevano riconosciuto la possibilità di

³⁶⁰ Su cui v. tra i tanti F. SCARPELLI, *Art. 29. Appalto*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di E. Gagnoli, A. Perulli, Padova, 2004, p. 438 ss.

³⁶¹ Per un esauriente riepilogo delle riforme più recenti cfr. I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2007, p. 507 ss; D. IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 439 ss.

³⁶² V. per tutti O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 225 ss.

ridurre l'impatto dei beni materiali componenti il capitale organizzativo dell'impresa, e di valorizzare l'organizzazione "leggera" data anche solo dall'esercizio, da parte dell'appaltatore, dei poteri direttivi ed organizzativi; con questi due correttivi, la giurisprudenza aveva identificato l'appalto genuino in quell'appalto che, ai sensi dell'art. 1655 c.c., fosse eseguito con impiego di mezzi organizzativi da parte dell'appaltatore e con l'assunzione da parte di quest'ultimo del rischio d'impresa.

Si deve, perciò escludere, che con l'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 il legislatore abbia introdotto una *definizione* di appalto di nuovo conio.

Ma la vera questione è quella – connessa in via speculare al quesito circa la portata innovativa della recente definizione di appalto – che attiene alla sopravvivenza o meno nel nostro ordinamento di un principio generale che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro

Sul punto, invece, la dottrina è divisa. Da un lato vi è chi attribuisce alla riforma la forza di un cambiamento radicale, per cui l'apparato sanzionatorio introdotto con la riforma del 2003 avrebbe ridisegnato i tratti distintivi della disciplina del decentramento produttivo, ridimensionando anche la portata del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, che non assurgerebbe più, nel nuovo assetto normativo, al rango di principio generale.

Questa impostazione è stata sostenuta, in un caso, sottolineando la diversità dell'apparato sanzionatorio, che non è più, almeno dopo le modifiche introdotte al d. lgs. n. 276/2003 dal decreto correttivo (d. lgs. n. 251/2004) ancorato ad un generale divieto di interposizione, ma appare frammentato in tanti diversi apparati sanzionatori quante sono le forme di decentramento produttivo illegittime (la somministrazione irregolare, sanzionata all'art. 27 comma 1, d. lgs. n. 276/2003; l'appalto illecito, sanzionato all'art. 29, comma 3 bis, d. lgs. n. 276/2003; il comando illegittimo, sanzionato all'art. 30, d. lgs. n. 276/2003). La frammentazione delle sanzioni per le diverse figure illecite escluderebbe la permanenza nell'ordinamento di un divieto generale di interposizione nelle prestazioni di lavoro³⁶³.

Secondo altri è in base ad un ragionamento sistematico che deve escludersi la sopravvivenza del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro. La nuova disciplina ha infatti modificato il rapporto tra appalto e divieto di interposizione mediante una serie di interventi capaci di scardinare il contesto normativo: è stata abrogata la legge 1369 del 1960; è stata disciplinata la somministrazione a tempo indeterminato (recidendo il nesso tra contratto di lavoro e utilizzazione delle prestazioni); è stata, poi, disciplinata la figura del distacco ed è stata, infine, introdotta una nuova disciplina per l'appalto. Nel nuovo contesto normativo non avrebbe senso, secondo questa impostazione, affermare la permanenza in vita del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro³⁶⁴.

³⁶³ Cfr. A. MARESCA, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007.

³⁶⁴ Cfr. R. Romei, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007; ma anche R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2006, p. 403 ss.; R. ROMEI, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, p. 726 ss.

A questa lettura si contrappone chi afferma la sopravvivenza del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, nonostante la riforma del mercato del lavoro abbia abrogato la legge n. 1369 del 1960³⁶⁵.

Nell'ambito di questa corrente di pensiero, che è finora apparsa dominante presso la dottrina, si possono ricordare due diverse impostazioni.

Secondo una prima tesi, il d. lgs. n. 276/2003 ha dato, sì, luogo ad una riforma radicale degli assetti della materia, ma, contestualmente, ha proposto per la nuova disciplina un apparato sanzionatorio i cui effetti sostanziali riconducono al sistema precedente³⁶⁶. Di conseguenza, non può negarsi la permanenza di un principio che vieta l'utilizzazione indiretta del lavoro.

Vi è invece chi ridimensiona l'impatto della riforma del 2003 ricollegandosi alla teoria della subordinazione³⁶⁷. Partendo dall'elaborazione teorica del divieto di interposizione proposta da Oronzo Mazzotta³⁶⁸, che ha costituito uno dei capisaldi dell'apparato interpretativo della legge n. 1369 del 1960, si riafferma l'autosufficienza dell'art. 2094 c.c. nel governare anche le ipotesi di appalto illecito. Sarebbe, in sintesi, la stessa nozione di subordinazione a precludere l'abrogazione del divieto di interposizione.

Da queste ultime considerazioni si può partire per valutare l'impatto della riforma e rispondere al quesito della portata sistematica della nuova nozione di appalto.

A ben vedere, l'art. 2094 c.c. non pare incompatibile con l'esecuzione della prestazione di lavoro a favore di un terzo. I principi della subordinazione sono funzionali all'inquadramento del rapporto di lavoro nell'area della subordinazione o dell'autonomia, ma non attengono alla determinazione dei criteri necessari all'imputazione del rapporto a un datore di lavoro o ad un altro, che sono regolati, ora, dall'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 ed erano regolati, prima, dall'art. 1, l. n. 1369/1960³⁶⁹. Se, infatti, l'art. 2094 c.c. costituisse lo schema di valutazione delle situazioni in cui la titolarità del contratto di lavoro si dissocia dall'effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative, allora la somministrazione di lavoro si collocherebbe fuori dall'area della subordinazione. Ma

³⁶⁵ È questa l'opinione che fin dai primi commenti della riforma è prevalsa in dottrina. Cfr. tra i tanti M. T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, vol. II "Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda" a cura di M. T. Carinci, C. Cester, Milano, 2004, p. 13 ss.; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in *Come cambia il mercato del lavoro*, AA. VV., *Commentario al d. lgs. n. 276/2003*, Milano, 2004, p. 162 ss.; P. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, Commentario coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 261 ss. il quale osserva, tuttavia, la rottura sul piano teorico della nuova regola, F. SCARPELLI, *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, *Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di E. Gragnoli, A. Perulli, Padova, 2004, p. 409 ss.

³⁶⁶ V. F. SCARPELLI, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto", Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007; ma anche F. SCARPELLI, *Articoli 27-28. Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 152.

³⁶⁷ Cfr. R. DEL PUNTA, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007; ma anche R. DEL PUNTA, *Il "nuovo" divieto di appalto di manodopera*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, 1953 ss.

³⁶⁸ Cfr. O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 91 ss.; e, di recente, O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità dei rapporti di interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 265 ss.

³⁶⁹ Sul punto v. anche efficacemente P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 125 ss.

non sembra si possa negare natura subordinata al contratto di lavoro disciplinato agli artt. 20 e ss. D. lgs. n. 276/2003 (peraltro confermata dallo stesso decreto n. 276 all'art. 22)³⁷⁰.

Del resto, neppure le sentenze della Corte costituzionale dei primi anni '90³⁷¹, da cui alcuni hanno ritenuto di dedurre un principio costituzionale che nega la disponibilità del tipo lavoro subordinato, sembrano fornire indicazioni preclusive circa la compatibilità con principi costituzionali in materia di lavoro subordinato di una prestazione di lavoro basata sulla dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione³⁷². L'art. 2094 c.c. non assurge al rango di norma costituzionale, né vi sono indicazioni nella Carta costituzionale circa il modello di lavoro subordinato cui il legislatore sarebbe chiamato ad ispirarsi³⁷³.

Al contrario, la moltiplicazione delle forme di lavoro ad opera del legislatore dell'ultimo decennio ha prodotto il risultato di stemperare la centralità dell'art. 2094 c.c., che delinea, oggi, soltanto una delle modalità di utilizzazione del lavoro: a partire dal 1997, ma ancora più dopo il 2003 è possibile per un'impresa procacciarsi la forza lavoro non solo attraverso un contratto di lavoro ma anche mediante un contratto di somministrazione³⁷⁴. Ciò significa che l'art. 2094 c.c. è una delle alternative per procurarsi il lavoro, ma non l'unica³⁷⁵.

Ed è proprio sotto questo profilo che la riforma del 2003 sembrava aver scardinato alcuni capisaldi della disciplina del decentramento produttivo. E ciò non tanto a seguito della formale abrogazione della legge del '60 (è stato infatti correttamente messo in luce come il nuovo apparato sanzionatorio conduce a risultati nella sostanza identici a quelli cui si giungeva in base al sistema precedente), quanto piuttosto, a seguito dell'introduzione della somministrazione a tempo indeterminato, che autorizzava la stipulazione di un contratto di lavoro da utilizzarsi stabilmente nell'organizzazione di chi non era titolare del contratto.

Oggi, però, la legge 247/2007 ha nuovamente dichiarato l'illegittimità della somministrazione a tempo indeterminato (art. 1, comma 46, l. 24 dicembre 2007, n. 247). L'ordinamento è, dunque, tornato ad un assetto regolativo simile a quello precedente alla riforma del 2003, dove l'operatività del divieto di fornitura di manodopera oltre i casi autorizzati dalla legge non poteva essere revocato in dubbio.

³⁷⁰ In proposito V. SPEZIALE, *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del lgs. n. 276/2003*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gagnoli, A. Perulli, Cedam, Padova, 2004, p. 287, secondo il quale la somministrazione di lavoro costituisce un nuovo tipo legale, in cui la natura subordinata o meno del rapporto di lavoro tra lavoratore e agenzia deve essere risolta in base all'art. 2094 c.c.

³⁷¹ Cfr. Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432 ss; Corte Cost. 23-31 marzo 1994, n. 115, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 297 ss.

³⁷² Cfr. in questo senso, Cfr. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, relazione al convegno AIDLASS "Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro", (Salerno, 22-23 maggio 1998), in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 547 ss.

³⁷³ Su questo dibattito cfr. soprattutto L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 21 ss.; M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 63 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, p. 95 ss.

³⁷⁴ In questo senso anche A. MARESCA, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto", Milano, Università Bocconi, 15 ottobre 2007.

³⁷⁵ Per una sintesi sul dibattito sull'articolazione della fattispecie lavoro subordinato cfr. di recente V. SPEZIALE, *L'articolazione della fattispecie*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, Tomo II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento* (coordinato da A. Perulli), p. 115 ss.

4. La svolta rimediale della riforma del 2003: dalla ricerca del “vero” datore di lavoro alla condivisione delle responsabilità datoriali.

Di fronte ad una fattispecie di somministrazione che appare ancora percossa da scosse di assestamento non sembra possibile pervenire a valutazioni stabili sulla permanenza nell'ordinamento di un principio generale che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro. È preferibile, allora, valutare la portata della nuova nozione di appalto sul piano delle tecniche di tutela messe in campo dal legislatore.

Il quadro di riferimento delle tecniche di tutela in vigore prima della riforma del 2003 era incentrato sulla connessione tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva. Infatti, il cuore dell'apparato rimediale della legge del 1960 era costituito dal combinato disposto dei commi 3 e 5 dell'art. 1, e consisteva nella saldatura del rapporto di lavoro all'organizzazione dei mezzi produttivi. Il lavoratore veniva tutelato dai rischi insiti nelle operazioni di decentramento produttivo grazie al principio che identificava il datore di lavoro in chi presentava la maggiore affidabilità economica: colui che, secondo i modelli produttivi dell'epoca, aveva la proprietà dei mezzi di produzione³⁷⁶.

Infatti, nel sistema economico che faceva da sfondo alla legislazione del '60, la capacità produttiva di un'impresa era garantita dagli strumenti e dalle attrezzature di cui l'imprenditore era dotato: di conseguenza, erano questi i dati che consentivano di apprezzare la soglia di imprenditorialità dell'interposto.

Ampie e complesse sono le ragioni che hanno determinato il declino di effettività di questo sistema rimediale, la cui trasformazione è stata sancita dall'evoluzione giurisprudenziale, prima, e, poi, dall'intervento del legislatore. Il concetto di organizzazione determinante la soglia di imprenditorialità dell'interposto è stato progressivamente riformulato e “alleggerito” del riferimento ai capitali materiali. Contestualmente, il meccanismo presuntivo che valorizzava la proprietà dei capitali, delle macchine e delle attrezzature impiegate nell'appalto è stato svuotato di contenuto, inizialmente con l'intervento delle Sezioni Unite del '90, poi con il d. lgs. n. 276/2003, che non ha riprodotto, tra i principi della legge abrogata, questa presunzione.

Ma il legislatore del 2003 non si è limitato a riformulare le precedenti tecniche di tutela in chiave “leggera”, valorizzando, cioè, gli aspetti immateriali del capitale dell'impresa. La riforma del 2003 ha anche messo in campo un nuovo sistema di rimedi, incentrato non più sulla saldatura tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva, quanto piuttosto sull'affiancamento di entrambi gli imprenditori coinvolti nel decentramento rispetto ad obblighi e responsabilità del datore di lavoro. Da un modello di tutela “accentrato” sull'impresa che risultava essere la *vera* datrice di lavoro si è passati ad un modello di tutela basato sulle responsabilità congiunte di più imprese.

Il d. lgs. n. 276/2003 ha incentrato le tutele del lavoratore negli appalti sulla tecnica della responsabilità solidale, prevista in capo ad appaltatore e committente per i trattamenti retributivi e contributivi (art. 29, 2° comma d. lgs. n. 276/2003, che nella formulazione originaria limitava la tutela

³⁷⁶ Sul punto sia consentito rinviare a L. CORAZZA, “Contractual integration” e rapporti di lavoro, Padova, 2004, p. 51 ss.

nel tempo ad un anno dalla cessazione dell'appalto, limite che è stato esteso a due anni dalla legge finanziaria per il 2007, l. 27 dicembre 2007, n. 296, art. 1, comma 911).

Rispetto all'apparato rimediabile contenuto nell'art. 3 l. n. 1369/1960, che, com'è noto, prevedeva, per gli appalti da eseguirsi all'interno delle aziende la regola della responsabilità solidale affiancata dalla parità di trattamento³⁷⁷, l'opzione del legislatore del 2003 risulta più ristretta quanto al contenuto delle tutele, più ampia quanto al campo di applicazione delle stesse. Non è più previsto, per gli appalti, alcun obbligo di parificazione dei trattamenti tra dipendenti dell'appaltatore e del committente, il che significa che l'appaltatore può applicare il contratto collettivo del proprio settore economico, senza confrontarsi con la contrattazione collettiva applicabile all'impresa committente. Ma la nuova disciplina si differenzia dalla precedente anche per il contenuto dell'obbligazione solidale: mentre ai sensi dell'art. 3 l. n. 1369/1960, l'obbligazione solidale si estendeva anche al trattamento normativo, nella disciplina introdotta all'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, l'obbligazione solidale si limita ai trattamenti retributivi e contributivi³⁷⁸. Ciò non significa, tuttavia, che la tutela accordata dall'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 si riduca ad una semplice azione diretta, che, peraltro, nei limiti dell'ammontare del debito del committente, è già prevista in via generale dall'art. 1676 c.c. In proposito, si può anche ricordare che sulla prima versione dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003 è intervenuto il decreto legislativo correttivo n. 251/2004, eliminando alcune incongruenze del sistema, come la distinzione tra appalti di opere e di servizi, e la limitazione della responsabilità solidale al solo ambito dell'azione diretta ex art. 1676 c.c. nei casi di contratto di appalto preceduto da un trasferimento di ramo d'azienda.

Ma il cambiamento più significativo riguarda i destinatari della tutela. Dopo l'intervento del decreto correttivo del 2004, il campo di applicazione dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, si estende a tutti gli appalti, di opere o servizi, senza distinzione circa il carattere di introaziendalità dell'appalto.

La regola della responsabilità solidale diviene dunque il paradigma generale per tutelare il lavoratore coinvolto nelle operazioni di decentramento produttivo.

La generalizzazione del modello basato sulla responsabilità solidale appare, poi, ulteriormente confermata dalle più recenti riforme sul punto, intervenute negli anni 2006 e 2007.

Sotto un primo profilo, il regime delle responsabilità solidali che circondano l'appalto è stato rafforzato mediante l'intervento sulla norma che sancisce la solidarietà per i crediti retributivi e contributivi: con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 la responsabilità solidale è stata estesa all'effettuazione e al versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente, anche per le ipotesi di subappalto. La legge 27 dicembre 2007, n. 296, invece, oltre ad avere esteso, come si è detto, a due anni il limite temporale della responsabilità solidale prevista dall'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, ha eliminato la possibilità di derogarvi tramite la contrattazione collettiva ed ha equiparato del tutto l'appalto al subappalto.

Sotto un secondo profilo, l'ambito delle responsabilità congiunte dei due imprenditori coinvolti negli appalti è stato notevolmente rafforzato sul versante della sicurezza sul lavoro. In proposito,

³⁷⁷ Su cui cfr. per tutti L. GUAGLIONE, *La disciplina degli appalti "introaziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in MAZZOTTA (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, p. 121 ss.

³⁷⁸ Cfr. F. SCARPELLI, *Art. 29. Appalto*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, a cura di E. GRAGNOLI, A. PERULLI, Padova, 2004, p. 438.

si è finalmente preso atto della necessità di modificare le tutele prevenzionistiche, spostando il sistema normativo da una prospettiva strettamente sanzionatoria - repressiva ad una prospettiva "incentivante". La legge n. 296/2006 e la legge n. 3 agosto 2007, n. 123 hanno infatti ampliato gli obblighi di prevenzione del committente che all'interno della propria azienda abbia affidato lavori in appalto, coinvolgendo quest'ultimo nel sistema di responsabilità, secondo lo schema che oggi è riassunto dall'art. 26 d. lgs. n. 81/2008 (il c.d. Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro)³⁷⁹.

Anche se, successivamente, il d. l. 3 giugno 2008, n. 97 ha introdotto alcune abrogazioni e semplificazioni, l'assetto delle tecniche di tutela che circondano il "nuovo" appalto appare radicalmente cambiato: sono diversi gli strumenti predisposti dal legislatore di fronte al rischio che all'appalto consegua una situazione di sottotutela dei lavoratori coinvolti.

Nel "vecchio" apparato rimediale, la garanzia per il lavoratore avverso questo tipo di rischio era rappresentata dal meccanismo che consentiva di "ricucire" il rapporto di lavoro con quell'imprenditore che appariva dotato della maggiore consistenza economica, perché era in possesso dei mezzi di produzione necessari alla realizzazione dell'attività economica (industriale). Il "nuovo" sistema incentra invece il proprio potenziale di efficacia sulla sanzione indiretta della responsabilità solidale: il vincolo di solidarietà condurrà l'impresa a scegliere, nella ricerca dei soggetti cui affidare i lavori in appalto, interlocutori economicamente affidabili. È verosimile, infatti, che il committente responsabile in solido cerchi partners contrattuali dotati di una certa solidità e che offrono sufficienti garanzie rispetto all'adempimento degli obblighi retributivi e contributivi a loro carico³⁸⁰.

La tecnica di tutela messa in campo dal legislatore sembra, dunque, operare sul piano degli incentivi: essa non preclude ex ante una data situazione di fatto, ma agisce ex post ed orienta così le scelte imprenditoriali³⁸¹.

5. L'intervento delle Sezioni Unite del 2006: una battuta di arresto per la prospettiva delle responsabilità congiunte?

È a fronte di un cambiamento di tale portata dell'assetto normativo che deve essere collocato – e ridimensionato – il recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul tema della distribuzione delle responsabilità tra committente e interposto in caso di violazione dell'art. 1, l. n. 1369/1960³⁸².

La Corte di Cassazione ha di recente risolto la questione delle responsabilità che, in caso di appalto

³⁷⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *La legge delega sul Testo Unico sulla sicurezza del lavoro e le altre disposizioni in materia*, in A. Perulli, (a cura di), *Le riforme del lavoro. Dalla legge finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, Halley editrice, 2007, p. 175 ss. P. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, p. 890 ss.; V. PASQUARELLA, *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Riv. gir. Lav.*, 2007, supplemento al n. 2, p. 87 ss.

³⁸⁰ Per maggiori approfondimenti su questa prospettiva si rinvia a CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, cit., p. 217 ss.; sul punto v. anche R. DEL PUNTA, *Le nuove regole dell'outsourcing*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, p.; V. SPEZIALE, *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, p. 3 ss.

³⁸¹ Cfr. O. WILLIAMSON, *I meccanismi del governo*, Milano, 1995.

³⁸² Cfr. Cass. SS.UU. 26 ottobre, 2006, n. 22910, in *ADL*, 2007, p. 1011, con nota di M.T. Carinci.

di mera manodopera, gravano sull'interposto. La legge n. 1369/1960 nulla diceva, invero, sul coinvolgimento dell'interposto nelle responsabilità datoriali, che venivano, dall'art. 1, comma 5, espressamente poste a carico del committente. Orbene, con questo intervento a Sezioni Unite, la Corte scioglie ogni dubbio sulla permanenza di eventuali obblighi a carico dell'appaltatore-interposto, che risulta, a questo punto, liberato da ogni eventuale responsabilità concorrente³⁸³.

Il ragionamento della Cassazione si basa, oltre che sul tenore letterale della norma – che nulla dice rispetto al coinvolgimento dell'interposto negli obblighi datoriali – su considerazioni di carattere sistematico. Si afferma, in primo luogo, che con la sanzione prevista al comma 5 dell'art. 1, l. n. 1369/1960 il legislatore ha voluto dar seguito a quella corrente di pensiero che svaluta il ruolo del contratto individuale di lavoro – o meglio del documento contrattuale – a favore di ciò che si è effettivamente prodotto nella realtà, l'effettiva utilizzazione della prestazione da parte del committente. A ciò consegue l'attribuzione di tutti gli obblighi e responsabilità a carico del datore di lavoro.

A questo principio fa da corollario l'oggettività del divieto di interposizione, che opera a prescindere da qualsiasi indagine sull'intento fraudolento delle parti, nonchè la permanenza nel tempo del divieto, a prescindere dal momento in cui si verifica dell'effettiva utilizzazione (la sanzione prevista per l'interposizione scatta, infatti, anche se il divieto risulta violato in un momento successivo all'instaurarsi, ad esempio, di un'ipotesi di distacco).

Con diversi argomenti, poi, la Cassazione rigetta ogni ragione addotta in precedenza da giurisprudenza e dottrina per affermare una responsabilità solidale tra interponente e interposto. E riafferma la regola per cui il datore di lavoro è, ed è solo, colui che utilizza le prestazioni impiegando una propria organizzazione di mezzi nell'appalto ed assumendosi per far ciò il rischio economico d'impresa.

Quale significato deve attribuirsi a tale decisione ai fini del nostro quesito? Il principio affermato dalla Corte concorre a determinare la nuova nozione di appalto?

Anzitutto, è bene chiarire che il ragionamento delle Sezioni Unite si dipana sulla matassa del complesso normativo forgiato dalla l. n. 1369/1960. Sono, infatti, le prestazioni di lavoro cui si riferiscono i primi tre commi dell'art. 1, l. n. 1369/1960 ad essere oggetto del giudizio di Cassazione. Ciò non significa che i principi di diritto affermati nella sentenza non debbano valere anche per disciplinare le situazioni di appalto illecito o somministrazione irregolare oggi disciplinati dal d. lgs n. 1369/1960 – rispetto alle quali, peraltro, il problema non dovrebbe porsi in virtù dell'art. 27, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 –, irrilevanza che viene espressamente esclusa dalla Cassazione stessa. Ma la genesi del percorso argomentativo della Corte deve mettere in guardia dall'utilizzare l'intervento nomofilattico compiuto con la sentenza n. 22910/2006 quale chiave di lettura dell'intero apparato rimediale del decentramento produttivo o quale regola generale di un presunto ordinamento giuslavoristico³⁸⁴.

³⁸³ La dottrina maggioritaria negava la permanenza di una responsabilità in capo all'interposto, v. per tutti M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 148 ss. Merita segnalazione quella dottrina che ha ritenuto configurabile una responsabilità extracontrattuale del committente per lesione del credito, cfr. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., p. 355 ss.; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti lavoro*, Milano, 1995, p. 108 ss.

³⁸⁴ In questo senso cfr. M. T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro*, cit., p. 1019 ss.

La sentenza della Cassazione non fa altro che chiarire il meccanismo fondante della tecnica di tutela su cui si era incentrato l'intero apparato rimediare della l. n. 1369/1960: la saldatura tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva. Tale tecnica, la cui prospettiva teleologica è stata illustrata nelle pagine che precedono, ruotava tutta attorno all'accentrimento di obblighi e responsabilità in capo al vero datore di lavoro. Era, e resta, a parere della Corte, irrilevante, in un tale meccanismo, coinvolgere l'interposto nel sistema di distribuzione delle responsabilità: in un contesto di decentramento patologico, dall'interposto non ci aspettava – e non ci si aspetta – alcun surplus di garanzia.

Ora, è vero che, come afferma espressamente la Cassazione in questa sentenza, una tale tecnica di tutela resta pienamente in vigore a sanzione delle ipotesi di somministrazione di lavoro irregolare. Tuttavia, questa tecnica non assume più il ruolo centrale che aveva nell'apparato normativo del 1960. E ciò non solo perché il legislatore del 2003 ha regolato l'impiego del lavoro in appalto non più con il vecchio art. 3, l. n. 1369/1960 – che era risultato, in pratica, inapplicabile –, ma con il più snello e chiaro principio di responsabilità solidale previsto dall'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 e di recente ulteriormente rafforzato. Ma, soprattutto perché, alla luce della nuova definizione dell'appalto, e della riformulazione dei confini tra appalto e interposizione, il concetto di organizzazione da impiegare nel contratto, e qualificante, in sintesi, la genuinità dell'imprenditore interposto, risulta totalmente alleggerito da ogni riferimento ai beni materiale. Da un tale alleggerimento deriverà, perciò, la qualificazione nell'ambito degli appalti genuini di molte fattispecie concrete in cui l'appaltatore avrà impiegato, per l'esecuzione dell'opera o del servizio, solamente l'esercizio dei poteri datoriali, dei poteri che consentono, cioè, di organizzare e dirigere le prestazioni di lavoro³⁸⁵.

È possibile allora comprendere appieno l'impatto sistematico del nuovo sistema rimediare: la tecnica della responsabilità solidale, quale tecnica regolativa degli appalti genuini, si applica, alla luce della nuova nozione di appalto, a numerosi appalti di servizi nei quali sarà, di fatto, privo di rilievo accertare la consistenza organizzativa dell'interposto.

Nulla di nuovo, dunque, sul fronte della tecnica prevista per la somministrazione irregolare, la cui essenza può cogliersi nell'accentramento delle responsabilità datoriali in capo al committente. Profondamente modificati appaiono, invece, gli equilibri del sistema rimediare concepito per il decentramento produttivo.

6. L'impatto sistematico della nuova disciplina dell'appalto: verso un diverso concetto di datore di lavoro.

Giunti a questo punto, chiedersi se il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro costituisca ancora regola generale dell'ordinamento perde di significato. Non vi è dubbio che la tecnica dell'imputazione del rapporto di lavoro a chi ne ha effettivamente utilizzato le prestazioni è sopravvissuta alla riforma del 2003, e si applica nelle ipotesi in cui si ponga in essere una somministrazione di lavoro al di fuori delle regole indicate agli artt. 20 e ss. d. lgs. n. 276/2003. Questo sistema è però profondamente cambiato, e alla tecnica di tutela che si riassume nel divieto di interposizione si aggiunge oggi un variegato sistema di rimedi, in cui appaltatore e committente

³⁸⁵ Della progressiva perdita di peso della tecnica in questione è un segno il rilievo che una certa dottrina ha ritenuto di attribuire al potere direttivo, v. R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 467 ss.

si affiancano per garantire il lavoratore di fronte ai rischi di sottotutela rappresentati dalla frammentazione delle attività imprenditoriali.

Il quesito allora non è più tanto se sia rinvenibile, nel nuovo panorama normativo, una diversa nozione di appalto, quanto, piuttosto, se la riforma della disciplina del decentramento produttivo non abbia prodotto un più profondo impatto sistematico, incidendo sullo stesso concetto di datore di lavoro³⁸⁶.

A fronte dello slittamento dell'apparato rimediale da un sistema imperniato sull'accentramento delle responsabilità in capo al vero datore di lavoro ad un sistema incentrato sulla responsabilità solidale delle imprese coinvolte nell'operazione di decentramento, anche gli elementi fondanti il concetto di datore di lavoro, in gran parte tributari dell'elaborazione teorica sorta intorno al primo dei sistemi di tutela menzionati³⁸⁷, richiedono un ripensamento. La nozione di datore di lavoro che si riteneva acquisita al patrimonio teorico del giuslavorista veniva ricostruita, in assenza di chiare indicazioni normative, attorno al principio per cui l'imputazione del rapporto di lavoro seguiva l'effettiva utilizzazione della prestazione: il rimedio risultante dal combinato disposto dei commi 1 e 5 dell'art. 1, l. n. 1369/1960 consentiva all'interprete di riempire di "contenuto sostanziale" il concetto di datore di lavoro che la titolarità del contratto definiva su di un piano meramente formale³⁸⁸.

Nella nuova disciplina del decentramento produttivo, il principio della necessaria coincidenza tra titolarità formale e titolarità sostanziale del rapporto di lavoro sembra svaporare, a favore di un principio che afferma la distribuzione delle responsabilità tra i diversi attori dell'operazione di decentramento. Un tale slittamento non consegue, però, all'abrogazione del divieto di interposizione, che, come risulta efficacemente riaffermato dalla Corte di Cassazione, sopravvive alla riforma introdotta con il d. lgs n. 276/2003³⁸⁹. Esso risulta, piuttosto, dal diverso equilibrio tra le tecniche di tutela messe in campo dal legislatore: se la tecnica di tutela fondata sull'accentramento delle responsabilità in capo al committente viene a svolgere un ruolo residuale del sistema rimediale del decentramento produttivo, sarà parimenti arduo trarne indicazioni di carattere sistematico sul concetto di datore di lavoro accolto dall'ordinamento³⁹⁰.

Negli anni 2006 e 2007 sono state apportate, poi, una serie di riforme da cui risulta un ulteriore ampliamento dell'area della responsabilità solidale, anche se l'effetto delle stesse è stato in parte ridimensionato dal successivo d.l. 3 giugno 2008, n. 97³⁹¹. Il risultato di questa recente fase di riforme è ricostruibile in base alla regola introdotta dalla legge 27 dicembre 2007, n. 296, che, oltre ad avere esteso a due anni il limite temporale della responsabilità solidale prevista dall'art.

³⁸⁶ Alla figura del datore di lavoro è stato dedicato il convegno Aidlass "In ricordo di Massimo D'Antona. Dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – articolazione e trasformazioni", Catania, 21-23 maggio 2009. Sull'impatto della nuova disciplina del decentramento produttivo sul concetto di datore di lavoro cfr. soprattutto le relazioni di V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata* e M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*.

³⁸⁷ Per questa prospettiva cfr. soprattutto M. GRANDI, voce *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 4.

³⁸⁸ In questa linea teorica si può collocare anche la prospettiva di MAZZOTTA, *rapporti interpositivi e contratto di lavoro*, cit.

³⁸⁹ Cfr. per tutte Cass. SS.UU. 26 ottobre, 2006, n. 22910, cit.

³⁹⁰ Sembra di tutt'altro avviso M. T. CARINCI, *Unicità del datore di lavoro*, cit.

³⁹¹ Cfr. I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., p. 507 ss.; D. IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti*, cit., p. 439 ss.

29, d.lgs. n. 276/2003, ha eliminato la possibilità di derogarvi tramite la contrattazione collettiva ed ha equiparato l'appalto al subappalto. È sopravvissuto, poi, il comma 28, art. 35 l. n. 248/2006 che afferma che "l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore".

Di grande rilievo sono, poi, le novità introdotte nel senso di una distribuzione delle responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro confluite ora nell'art. 26, d. lgs. n. 81/2008³⁹².

Anzitutto, la legge Finanziaria 2007 ha esteso l'operatività dell'art. 7, d. lgs. n. 626/1994 agli appalti che afferiscono al ciclo produttivo del committente (si affianca, così, al criterio topografico di identificazione degli appalti interessati dalla tutela, un criterio di tipo funzionale). Ma, ed è questa la novità più significativa, la nuova norma sancisce la responsabilità in solido dell'imprenditore committente per i danni subiti dal lavoratore (sia dipendente dell'appaltatore che del subappaltatore) quando i detti danni non risultino indennizzati dall'Inail. Il c.d. danno differenziale risulta, pertanto, oggetto di responsabilità solidale.

Nella medesima linea si colloca l'obbligo del committente di predisporre un unico documento di valutazione dei rischi, che tenga conto delle interferenze causate dall'interazione dei due complessi organizzativi e l'obbligo di indicare, nei contratti di appalto, subappalto e somministrazione, i costi relativi alla sicurezza sul lavoro.

L'espansione del ruolo del committente rispetto alle responsabilità per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori dell'appaltatore ha indotto il legislatore, nell'elaborare il Testo unico sulla sicurezza sul lavoro, a dedicare agli obblighi del datore di lavoro connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione un apposito articolo (art. 26, d. lgs. n. 81/2008).

Alla luce delle più recenti riforme, si può dire, allora, con più decisione che nella determinazione del concetto di datore di lavoro l'enfasi si sposta dalla centralità dell'utilizzazione del lavoro alla valorizzazione della condivisione delle responsabilità: alla luce delle riforme dell'ultimo biennio, infatti, l'ordinamento sembra avviato in via definitiva verso questa nuova prospettiva.

È possibile, caso mai, rilevare alcune lacune che il nuovo sistema non pare avere ancora colmato.

Anzitutto, la scelta compiuta a partire dal 2003 appare quella di potenziale la tutela dei lavoratori coinvolti negli appalti a prescindere dal grado di integrazione contrattuale tra le imprese protagoniste dell'operazione di decentramento produttivo. Questa opzione, che con ogni probabilità trova la sua spiegazione nelle difficoltà applicative incontrate in precedenza dall'art. 3, l. n. 1369/1960, che limitava la tutela ai soli appalti interni all'azienda³⁹³, non consente tuttavia di graduare le tutele in relazione agli effettivi pregiudizi che possano riversarsi sul rapporto di lavoro. Non vi è dubbio che dall'applicazione generalizzata del principio di responsabilità solidale deriva il vantaggio di una diffusione del meccanismo di incentivo sotteso alla tecnica in questione: il che dovrebbe comportare un mutamento "culturale" nei rapporti tra le imprese, finalmente respon-

³⁹² Su cui v. per tutti SPEZIALE, *La legge delega sul Testo Unico*, cit., p. 175 ss.

³⁹³ Per maggiori approfondimenti sul dibattito si rinvia a L. CORAZZA, *Appalti «interni» all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 848 ss.

sabibilizzate reciprocamente rispetto a buone pratiche di tutela del lavoro. Una tale generalizzazione non consente, tuttavia, di imporre tutele più stringenti per quelle situazioni in cui tra le imprese protagoniste del decentramento si creino situazioni al limite della fisiologia (si pensi, a solo titolo di esempio, al caso di imprese appaltatrici che operino in regime di monocommittenza, o al caso, che si è affacciato anche nelle aule di giustizia, di imprese costituite appositamente al seguito di un'operazione di esternalizzazione, il cui capitale umano risulta dal passaggio di dipendenti, ai sensi dell'art. 2112 c.c., dal committente, al futuro appaltatore).

Un secondo limite che può individuarsi nella recente linea di riforma attiene all'obliterazione del profilo collettivo quale prospettiva di tutela degli appalti³⁹⁴.

Le difficoltà incontrate dalla contrattazione collettiva nella disciplina delle nuove forme del decentramento produttivo sono note³⁹⁵. A parte l'esperienza della costruzione di un'area contrattuale comune, che tuttavia a quanto pare fatica a diffondersi in settori merceologici diversi da quello bancario, le tecniche di controllo del decentramento produttivo di matrice contrattuale sono risultate, per lo più, inefficaci.

Le nuove forme di decentramento produttivo riproducono, anche sul versante collettivo, un gioco di specchi³⁹⁶, che rende difficilissimo esercitare l'attività sindacale nei luoghi di lavoro e mette in crisi alcune nozioni tipiche delle relazioni industriali, come il concetto di categoria merceologica, su cui si è sviluppata storicamente la nostra contrattazione collettiva di livello nazionale. È probabile che un effettivo ruolo della contrattazione collettiva nel governo del decentramento produttivo possa giocarsi solo una volta individuate nuove forme di partecipazione sindacale. Ma la concreta individuazione di tali forme nuove, nonostante la generalizzazione degli obblighi di informazione e consultazione sindacale compiuta dal d. lgs. n. 25/2007 per le ipotesi di mutamenti degli assetti organizzativi dell'impresa³⁹⁷, appare affidata, per ora, al futuro delle relazioni industriali.

³⁹⁴ V. anche SCARPELLI, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto", Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007.

³⁹⁵ Cfr. P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, relazione al convegno AILASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo" (Trento, 4-5 giugno 1999), in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 298 ss.; F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 213 ss.

³⁹⁶ Sul punto cfr. l'acutissima analisi di G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica. Sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, p. 203 ss.

³⁹⁷ Il d. lgs. n. 25/2007, nel dare attuazione alla direttiva quadro in tema di informazione e consultazione dei lavoratori (Direttiva 2002/74/CE), introduce senza dubbio una interessante prospettiva di partecipazione dei lavoratori, se pure nella forma debole, rispetto alle decisioni imprenditoriali che possono incidere sull'organizzazione d'impresa, ivi incluse le operazioni di esternalizzazione. Tuttavia, la debolezza del sistema rimediale che assiste gli obblighi in questione rende deboli le prospettive di efficacia del sistema. Per maggiori approfondimenti su questa prospettiva si rinvia a L. CORAZZA, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella governance dell'impresa e i nuovi diritti di informazione e consultazione sindacale. Prime note sul d. lgs. n. 25 del 2007*, in *Annali del Dipartimento di scienze giuridico sociali e dell'amministrazione, Università degli studi del Molise*, n. 9/2007, 249-266.