

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E DELLA INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
Sezione giuridica

MARINA NICOLOSI

IL LAVORO ESTERNALIZZATO



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E DELLA INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Sezione giuridica

MARINA NICOLOSI

IL LAVORO ESTERNALIZZATO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>
ISBN/EAN 978-88-348-2898-4

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Studi Europei e della Integrazione Internazionale dell'Università degli Studi di Palermo.

L'inserimento di questo volume tra le pubblicazioni della presente Collana è stato deliberato a seguito di parere favorevole offerto da due revisori anonimi, Professori ordinari del SSD IUS/07, secondo i criteri del peer-review.

Stampa: Officine Grafiche Riunite - Palermo

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

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

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Capitolo I</i>	
<i>Esternalizzazioni delle relazioni di lavoro e tecniche di tutela</i>	
1. La scomposizione dell'unicità della figura datoriale nella riforma del mercato del lavoro (d.lgs. n. 276/2003).	9
2. Le esternalizzazioni delle relazioni di lavoro: definizione e delimitazione dell'indagine.	14
3. Esternalizzazioni delle relazioni di lavoro e politiche di valorizzazione del capitale umano nella cosiddetta riforma Biagi.	17
4. Le posizioni della dottrina.	20
5. La valorizzazione del capitale umano in Europa: il Libro Verde del 2001.	23
6. Principio di stabilità e «responsabilità interpositorie» nella prospettiva europea.	31
7. Esternalizzazioni delle relazioni di lavoro e modificazioni soggettive del rapporto di lavoro.	36
8. Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro nel d.lgs. n. 276/2003.	39
9. Selezione e mantenimento della controparte negoziale nel diritto civile: cessione del contratto; cessione d'azienda; trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda.	43
10. Pluralità di datori di lavoro e tecniche di tutela: la “codatorialità”.	51
11. Esternalizzazioni e codatorialità.	55
12. Segue: codatorialità e subordinazione nella giurisprudenza nazionale e comunitaria.	58

	<i>pag.</i>
13. Gli strumenti di tutela nella normativa del 2003: il mantenimento della dimensione contrattuale e bilaterale del rapporto di lavoro.	63
14. Contrattazione collettiva e decentramento produttivo.	69
15. Interessi individuali e interesse collettivo nella disciplina pattizia delle esternalizzazioni.	74
16. Segue: il caso Fiat.	77
17. Azione sindacale e lavoro esternalizzato.	83

Capitolo II
Controllo giudiziale della fattispecie e frode alla legge
nelle esternalizzazioni di attività produttive

1. Premessa: esternalizzazioni e decentramento produttivo.	93
2. Le esternalizzazioni produttive: trasferimento di ramo d'azienda e appalto.	98
3. La nozione di ramo d'azienda: il campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. prima del d.lgs. n. 18/2001.	100
4. L'autonomia funzionale, la preesistenza e la conservazione dell'identità del ramo nel d.lgs. n. 18/2001.	103
5. La nozione di ramo d'azienda dopo l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003.	108
6. Il ruolo dell'autonomia individuale: il significato dell'inciso «identificata come tale dal cedente e dal cessionario».	114
7. Le interpretazioni sistematiche: l'organizzazione e l'autonomia funzionale.	117
8. Il criterio dell'imputazione dei lavoratori al ramo ceduto.	122
9. La conservazione dell'identità.	125
10. I profili di contrasto con la normativa comunitaria.	128

	<i>pag.</i>
11. Trasferimento di ramo d'azienda e frode alla legge.	130
12. L'interesse ad agire nel trasferimento di ramo d'azienda.	135
13. Diritto di opposizione e rilevanza del consenso del lavoratore ceduto.	142
14. Le critiche alla teoria del consenso.	147
15. Le dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro.	150
16. Trasferimento di attività e passaggio di personale <i>ex art. 31, d.lgs. n. 165/2001.</i>	153
17. Affidamento di servizi pubblici a soggetti privati o partecipati: società <i>in house</i> ed appalti delle pubbliche amministrazioni.	161

Capitolo III

Lavoro esternalizzato e appalto

1. La fase della internalizzazione.	167
2. Internalizzazione e divieto di somministrazione di manodopera.	169
3. Le tutele dei lavoratori negli appalti cosiddetti endoaziendali: l'art. 3 della l. n. 1369/1960.	173
4. L'abrogazione della l. n. 1369/1960 e la nuova disciplina degli appalti.	179
5. La tutela dei lavoratori negli appalti di opere e servizi e nelle esternalizzazioni.	184
6. La responsabilità solidale come unico strumento di tutela del lavoro esternalizzato.	189

*Capitolo IV**Distacco del lavoratore, gruppi di imprese e tecniche di tutela*

1. Il distacco come fenomeno interpositorio.	195
2. La disciplina giurisprudenziale del distacco.	199
3. Origine dell'istituto ed evoluzione della disciplina legale: dall'art. 2139 c.c. al d.lgs. n. 276/2003.	201
4. Distacco e figure affini: delimitazione dell'istituto.	207
5. La struttura del distacco: i soggetti.	210
6. I requisiti costitutivi della fattispecie: l'interesse del distaccante.	211
7. L'interesse al distacco nei gruppi di imprese.	218
8. La temporaneità del distacco.	221
9. L'esecuzione di una determinata attività lavorativa.	223
10. Il consenso nel caso del mutamento di mansioni.	226
11. Mutamento di mansioni e art. 2103 c.c.	229
12. Distacco e trasferimento oltre i 50 km.	234
13. Il distacco collettivo.	237
14. La disciplina del rapporto di lavoro distaccato.	240
15. Le conseguenze del distacco illecito.	245
16. Comando o distacco e assegnazione temporanea nel settore pubblico.	252

Capitolo I

*Esternalizzazioni delle relazioni di lavoro
e tecniche di tutela*

SOMMARIO: 1. La scomposizione dell'unicità della figura datoriale nella riforma del mercato del lavoro (d.lgs. n. 276/2003). – 2. Le esternalizzazioni delle relazioni di lavoro: definizione e delimitazione dell'indagine. – 3. Esternalizzazioni delle relazioni di lavoro e politiche di valorizzazione del capitale umano nella cosiddetta riforma Biagi. – 4. Le posizioni della dottrina. – 5. La valorizzazione del capitale umano in Europa: il Libro Verde del 2001. – 6. Principio di stabilità e «responsabilità interpositorie» nella prospettiva europea. – 7. Esternalizzazioni delle relazioni di lavoro e modificazioni soggettive del rapporto di lavoro. – 8. Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro nel d.lgs. n. 276/2003. – 9. Selezione e mantenimento della controparte negoziale nel diritto civile: cessione del contratto; cessione d'azienda; trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda. – 10. Pluralità di datori di lavoro e tecniche di tutela: la “codatorialità”. – 11. Esternalizzazioni e codatorialità. – 12. Segue: codatorialità e subordinazione nella giurisprudenza nazionale e comunitaria. – 13. Gli strumenti di tutela nella normativa del 2003: il mantenimento della dimensione contrattuale e bilaterale del rapporto di lavoro. – 14. Contrattazione collettiva e decentramento produttivo. – 15. Interessi individuali e interesse collettivo nella disciplina pattizia delle esternalizzazioni. – 16. Segue: il caso Fiat. – 17. Azione sindacale e lavoro esternalizzato.

1. *La scomposizione dell'unicità della figura datoriale nella riforma del mercato del lavoro (d.lgs. n. 276/2003)*

Considerato come una delle molteplici implicazioni della celebre formula «il lavoro non è una merce», il principio che attribuisce al lavoratore subordinato il diritto di selezionare la propria controparte contrattuale e «di non essere obbligato a lavorare per un datore di lavoro che egli non ha scelto liberamente» ha origini molto risalenti¹.

¹ In questi termini si è espressa molti anni dopo la Corte di Giustizia europea, nella sentenza *Katsikas* (su cui *infra*, cap. II, § 13), ma una delle prime formulazioni della frase «il lavoro non è una merce» va attribuita all'economista irlandese John Kells Ingram, in un discor-

La tenuta di tale principio è stata sottoposta ad una serie di tensioni, e il tema della scomposizione dell'unicità della figura del datore di lavoro, dovuta alla diffusione di ipotesi di compresenza di più figure creditorie della prestazione di lavoro subordinato, ha assunto negli ultimi anni una posizione centrale nel dibattito dottrinale.

Le ragioni di questa attenzione sono da attribuire, in estrema sintesi, a due diversi fattori. L'evoluzione del dato socio economico nella direzione della incessante modernizzazione del lavoro nella fabbrica industriale² e la contestuale evoluzione del dato normativo, storicamente proiettato in una dimensione «lavoristica»³ ma, da un certo momento in poi, inclinato a funzioni di sostegno delle più «variegate» strategie aziendali⁴.

Il tema, tuttavia, ha radici lontanissime, coeve alle origini del diritto del lavoro. Queste vicende, infatti, presentano punti di contatto con il fenomeno interpositorio che, a ben vedere, ha rappresentato una delle prime occasioni di intervento del neonato diritto del lavoro italiano⁵.

Si è trattato di un'azione di contrasto a forme di fraudolenta sovrapposizione di centri di imputazione delle posizioni giuridiche attive e passive derivanti dal contratto di lavoro subordinato, inteso quest'ultimo come

so tenuto al congresso dei sindacati inglesi che si svolse a Dublino nel 1880. Com'è noto, essa ha costituito il primo dei principi della Dichiarazione di Filadelfia in cui, nel 1944, sono stati espressi gli scopi e gli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del lavoro, su cui, in generale, R. BLANPAIN-M. COLUCCI, *L'Organizzazione internazionale del lavoro*, Jovene, Napoli, 2007. Per la ricostruzione storica delle diverse accezioni in cui è stato declinato il divieto di mercificazione del lavoro, P. O'HIGGINS, «*Il lavoro non è una merce*». *Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1996, p. 294 ss.

² Usa questa espressione, che pare ad oggi quella che più efficacemente riesce a sintetizzare un fenomeno dalle molteplici sfaccettature, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2004, p. 1 ss.

³ O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1991, p. 489 ss. Mette in discussione l'idea generalmente condivisa che la prima legislazione lavoristica abbia inteso perseguire un obiettivo esclusivamente protettivo, L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994.

⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 467 ss., spec. p. 486; ID., *I processi di terziarizzazione intra moenia, ovvero la fabbrica «multisocietaria»*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 49 ss. V. anche M. BARBERA, *I classici del diritto del lavoro tra cronaca e storia*, in *Lavoro e dir.*, 2000, p. 115 ss.; ID., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, p. 203 ss., spec. p. 216.

⁵ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2008, spec. p. 2.

modello ricostruttivo a livello sistematico progressivamente dominante⁶. Complici una dottrina pressoché unanime ed una giurisprudenza tendenzialmente ostile alla diffusione di modelli alternativi a quello contrattuale, che tanto faticosamente era riuscito a prevalere su ricostruzioni acontrattualistiche del rapporto di lavoro, percepite come il retaggio di un'ideologia ormai definitivamente tramontata⁷.

I due versanti, quello socioeconomico e quello normativo, ad un certo punto, hanno cominciato a convergere. Dopo decenni di resistenza nei confronti dei processi scompositivi della figura datoriale, manifestata da tutti i formanti del diritto, l'apparato legale, sostenuto da una parte della dottrina, si è piegato alle ragioni dell'economia ed ha proposto una serie di opzioni che hanno reso molto più praticabile la disarticolazione del contratto di lavoro, sino ad allora concepito come relazione stabile tra due sole controparti negoziali⁸.

Secondo un'opinione, infatti, già dopo la l. n. 196/1997, e quindi con l'introduzione del lavoro interinale, la giurisprudenza, che ha interpretato il "Pacchetto Treu" come il simbolo di una «tendenza alla trasformazione del diritto del lavoro», ha applicato quelle disposizioni come «norme di principio sulla *flessibilità* del lavoro, valide come riferimento interpretativo per tutta la materia»⁹.

Tuttavia, è con la l. n. 30/2003 che, almeno sul piano del diritto positivo, si è avviato quel percorso di sostanziale destrutturazione di molti degli istituti portanti dell'impianto tradizionale del diritto del lavoro¹⁰.

⁶ Sin dalla Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta del 1957, Presidente l'on. Rubinacci, in *Le condizioni dei lavoratori in Italia. IV. Il lavoro in appalto*, in *Rass. lav.*, 1958, p. I, si mettono chiaramente in evidenza quegli aspetti per così dire patologici del decentramento produttivo, da sempre presente nel sistema economico italiano, in cui l'impresa, invece di ricorrere all'interposizione per razionali scelte organizzative, si mostra sempre più animata da finalità di riduzione del costo del lavoro.

⁷ M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1991, p. 455 ss., spec. p. 465; M. MAGNANI, *Contratti di lavoro e organizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 121 ss.

⁸ A. SALENTO, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2006, p. 441 ss., spec. pp. 445-465; R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 59 ss.

⁹ A. SALENTO, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, cit., pp. 464 e 465.

¹⁰ P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 887.

Tra questi, una posizione centrale ha assunto la risposta che l'ordinamento giuridico ha inteso fornire alle profonde trasformazioni del mondo della produzione¹¹.

Ed è un dato indiscutibile che la definitiva tipizzazione legale degli strumenti più ricorrenti di decentramento produttivo e, segnatamente, del distacco, del lavoro prestato all'interno dei gruppi di impresa, del trasferimento di ramo d'azienda e dell'appalto, per la prima volta collegati secondo lo schema più diffuso delle esternalizzazioni produttive, abbia contribuito a picconare il "dogma" della unicità del datore di lavoro.

Invero, la legittimazione della tendenza ad affidare a terzi singoli segmenti della produzione, sì da alleggerire e specializzare il processo produttivo (art. 32, d.lgs. n. 276/2003), e della possibilità di utilizzare e dirigere nella propria organizzazione lavoratori da altri dipendenti, dei quali l'impresa non detiene la responsabilità giuridica (artt. 20-28 e 30, d.lgs. n. 276/2003), ha rappresentato «una novità sistematica di notevole impatto» che ha prodotto un duplice ordine di conseguenze¹².

Da un lato, sono stati messi in discussione alcuni assiomi caratterizzanti gli istituti fondamentali del diritto del lavoro classico, relativi, essenzialmente, ai requisiti di liceità di operazioni di acquisizione di beni e servizi, o di fattispecie circolatorie dell'azienda o di sue singole parti¹³.

¹¹ Leggono la riforma del 2003 in termini di adeguamento della disciplina lavoristica «alle nuove realtà economiche dell'organizzazione "modulare" dell'impresa (o...ai "nuovi confini" di quest'ultima)», C. CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Quaderni dir. lav. e rel. ind.*, 2004, p. 27 ss., spec. p. 48 ss. Sul punto anche C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2004, p. 359 ss., spec. p. 394. Definisce un «*revirement* normativo» il visibile mutamento di segno dell'approccio di politica del diritto del legislatore italiano con il d.lgs. n. 276/2003, rispetto alla storica diffidenza nei confronti dei fenomeni di segmentazione del ciclo produttivo espressa dalla l. n. 1369/1960, R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, cit., pp. 60 e 61; v. anche M. RICCI, *Tutele collettive e diritti sindacali nell'esternalizzazione*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, p. 131 ss.

¹² R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, cit., pp. 64 e 65; nello stesso senso, P.A. REBAUDENGO, *La separazione del lavoro dall'impresa: alcune significative novità*, in *Lavoro e dir.*, 2004, p. 172; M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 379.

¹³ A. PESSI, *Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro: dalla riforma Biagi alla "legge sul welfare"*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 403 ss.

Dall'altro, più in generale, sembra essersi incrinato il criterio centrale di individuazione della fattispecie descritta dall'art. 2094 c.c., secondo cui, storicamente, è datore di lavoro colui che dirige, coordina e controlla la prestazione lavorativa¹⁴. Accanto alla secolare rappresentazione del contratto di lavoro subordinato quale strumento esclusivo, o comunque prevalente, di integrazione del lavoro nel processo produttivo, è emersa una serie di forme giuridiche alternative: dal lavoro subordinato (nelle sue molteplici varianti: a tempo determinato, parziale, a chiamata, ripartito) al lavoro somministrato, distaccato, in appalto, a progetto¹⁵.

Al di là di giudizi più o meno severi in merito alla capacità della riforma del 2003 di destrutturare il diritto del lavoro classico¹⁶, è evidente che il filo rosso che lega la gran parte delle novità introdotte dalla cosiddetta riforma Biagi va individuato nella attribuzione di un'accresciuta quota di libertà di scelta delle imprese nel governo del fattore lavoro, attraverso il potenziamento della facoltà di ricorrere a strumenti diversi dal contratto di lavoro classico, tra cui la somministrazione, l'appalto, il trasferimento di ramo d'azienda ed il distacco¹⁷.

Questo nuovo assetto, peraltro, genera un rinnovato collegamento tra la maggiore elasticità dell'organico aziendale e, «quanto meno indirettamente», una maggiore libertà nelle riduzioni di personale¹⁸.

¹⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, cit., p. 66. Già prima della riforma del 2003, P. TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 85 ss., spec. p. 91, secondo cui sarebbe venuto meno il dogma della titolarità del potere direttivo «come elemento tipizzante, ineliminabile, del rapporto di lavoro subordinato».

¹⁵ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 216, secondo cui alcune scelte del legislatore avrebbero realizzato un'enfaticizzazione dell'autonomia negoziale del datore di lavoro, consentendogli di approvvigionarsi sul mercato del lavoro della manodopera, attraverso fonti negoziali diverse da quella tipica e di scegliere le regole che disciplinano il rapporto. Il che renderebbe il diritto del lavoro una tecnica di regolazione della competitività.

¹⁶ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 91 ss.

¹⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 521 ss.

¹⁸ C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 402. Allo spostamento delle tutele dal rapporto al mercato era destinata quell'altra anima del Libro Bianco (su cui diffusamente F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in M.

2. Le esternalizzazioni delle relazioni di lavoro: definizione e delimitazione dell'indagine

In questo quadro, uno degli aspetti più significativi del d.lgs. n. 276/2003 è stato univocamente individuato nella disciplina della cosiddetta esternalizzazione del lavoro¹⁹.

Sorvolando sulle tappe dell'ampio (quanto a volte abusato)²⁰ dibattito sulle conseguenze proiettate dall'innovazione tecnologica e dalla globalizzazione²¹ sul diritto del lavoro²², che si è trovato spiazzato e soffre, tuttora, di una considerevole incapacità di adattamento al mutato contesto socio economico che ne è risultato²³, sembra opportuno svolgere alcune premesse di carattere terminologico.

Tecnicamente il termine esternalizzazione rappresenta la versione italiana dell'inglese *outsourcing*, letteralmente traducibile come "approvvigionamen-

Miscione-M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, I, Ipsoa, Milano, 2004, p. XXIX ss.) e che, al momento, è rimasta «uno slogan privo di concreti contenuti».

¹⁹ S. MAGRINI-P. PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in G. Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 189 ss.

²⁰ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, p. 1 ss.

²¹ Definite come «le due grandi trasformazioni che hanno avuto luogo nella seconda parte del secolo scorso». L'espressione è di M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 204; ma sul tema, in generale, F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, in *Atti A.i.d.la.s.s., Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Napoli, 12-14 aprile 1985, Giuffrè, Milano, 1986, p. 5.

²² Tra gli studi sociologici ed economici, si segnalano F. BUTERA, *Il castello e la rete. Impresa, organizzazioni e professioni nell'Europa degli anni '90*, Franco Angeli, Milano, 1992; A. BONOMI, *Il capitalismo molecolare. La società al lavoro nel Nord Italia*, Einaudi, Torino, 1997; M. REVELLI, *La sinistra sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997; L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007. Le riflessioni giuslavoristiche sono particolarmente corpose. Senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 237 ss.; R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 49 ss.; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002; M.L. VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., Aggiornamento*, Utet, Torino, 2002, p. 722 ss.; U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., p. 75 ss.; L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004.

²³ F. SCARPELLI, «Esternalizzazioni» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 351 ss.; U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 91 ss.

to esterno”²⁴. Nelle scienze economiche, anche se il suo significato non è univoco, esso allude all’insieme delle pratiche adottate dalle imprese di ricorrere ad altre imprese per lo svolgimento di alcune fasi del processo produttivo²⁵. Il concetto, che presuppone tendenzialmente il ritorno delle fasi del processo produttivo all’interno dell’azienda (*insourcing*, in inglese, traducibile in via approssimativa con il termine internalizzazione), è stato ampiamente indagato nei diversi settori dell’economia, della sociologia, del diritto.

In questa sede il concetto di esternalizzazione è adottato in termini molto ampi, con l’intenzione di raggruppare le molteplici varianti che può assumere la consapevole scelta dell’impresa di dismettere la gestione diretta dei rapporti di lavoro, affidandone ad altro soggetto la responsabilità, pur mantenendo, nelle diverse forme che saranno esaminate nel prosieguo, un meccanismo di controllo nei confronti di lavoratori originariamente alle proprie esclusive dipendenze²⁶.

Tale affidamento può assumere connotati meramente formali, nel senso che la titolarità del contratto dal punto di vista giuridico viene trasferita ad un terzo. Non è detto, però, che tale trasferimento investa la disponibilità sostanziale del lavoratore, il quale rimane coinvolto nel ciclo produttivo e nell’organizzazione dell’impresa esternalizzante (è il caso del trasferimento del ramo d’azienda seguito da un appalto). Al contrario, l’affidamento del rapporto di lavoro al terzo può assumere valore sostanziale, nel senso che il lavoratore viene inserito in un altro contesto organizzativo e produttivo, ma la titolarità formale del rapporto rimane in capo all’impresa che realizza l’esternalizzazione (è il caso dell’appalto o del distacco)²⁷.

²⁴ Cfr., F. MORONI, *Il mercato dell’Outsourcing*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 7 ss.; A.M. ARCARI, *L’outsourcing: una possibile modalità di organizzazione delle attività di servizi*, in *Economia e management*, 1996, p. 7 ss.

²⁵ J.A. VAN MIEGHEM, *Coordinating Investment, Production and Subcontracting*, in *Management Science*, 1999, 45, p. 954; G. GROSSMAN-E. HELPMAN, *Outsourcing in a Global Economy*, in *Review of Economic Studies*, 2005, 72, p. 135; M.P. LEIMBACH, *Invited Reaction: Outsourcing Relationship between Firms and their Training Providers: The Role of Trust*, in *Human Resource Development Quarterly*, 2005, 16, p. 27; D. MARSDEN, *“The Network Economy” and Models of the Employment Contract*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2004, 42, pp. 659 ss.; S. RICHBELL, *Trends and Emerging Values in Human Resource Management*, in *International Journal of Manpower*, 2001, 22, pp. 261 ss.

²⁶ R. DEL PUNTA, *Statuto dei lavori ed esternalizzazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, p. 218 ss., spec. p. 221.

²⁷ Va segnalato che nel caso del distacco, ad esempio, i termini “esternalizzazione delle relazioni di lavoro” ed “esternalizzazione produttiva” possono divergere, in quanto nel caso appena analizzato è il distaccante che assume il ruolo di impresa esternalizzan-

Sotto il profilo strutturale, nel rapporto di lavoro, la principale conseguenza di tale scelta consiste in una sorta di scomposizione della figura datoriale che, nella percezione del lavoratore, viene o sdoppiata oppure sostituita con un'altra, che si aggiunge o si sovrappone alla precedente²⁸.

Il più delle volte questa "frammentazione" della controparte del lavoratore in più soggetti è collegata a profondi cambiamenti dell'organizzazione produttiva. Quando l'esternalizzazione è «virtuosa» essa mira alla semplice concentrazione delle risorse umane ed economiche sulla realizzazione della attività specialistica dell'impresa, ed al ricorso a competenze esterne per l'acquisizione di servizi accessori (anche strategici)²⁹.

Le modifiche della struttura dell'impresa o della sua organizzazione, tuttavia, possono essere anche apparenti e non reali, spesso finalizzate ad eludere quei vincoli giuridici che discendono dalla concentrazione dell'organizzazione in un'unica struttura produttiva, la cui entità superi le soglie alle quali l'ordinamento collega particolari forme di tutele per il lavoratore subordinato. Altre volte, poi, la scomposizione della struttura produttiva e la connessa distribuzione delle funzioni imprenditoriali è tesa a realizzare una riduzione dei costi di impresa e, tra quelli da ridimensionare, viene compreso anche il costo del lavoro.

In ogni caso, però, l'esito è sempre lo stesso: la possibilità di ricorrere alla forza lavoro in maniera indiretta, attraverso la sostituzione del contratto di lavoro subordinato con contratti commerciali o societari con altre imprese, comporta la fuoriuscita dei lavoratori dal contesto organizzativo e produttivo dell'impresa. Ne consegue la deresponsabilizzazione del

te, mentre nella concezione tratta dalle scienze economiche, è esternalizzante il distaccatario, che si rivolge all'esterno (e quindi al lavoratore distaccato), per affidargli una quota del proprio processo produttivo.

²⁸ Con riferimento a tali fenomeni, in dottrina esistono diverse classificazioni. Si distingue ad esempio tra utilizzazione indiretta del lavoro, nel caso della somministrazione e del distacco, in cui l'utilizzatore, pur senza essere datore di lavoro, diviene titolare di alcuni tipici poteri datoriali, o dell'appalto in cui l'appaltante beneficia di fatto dell'attività resa da lavoratori che non sono alle sue dipendenze; e acquisizione indiretta di lavoro, che si realizza tutte le volte in cui un soggetto diventa datore di lavoro di lavoratori, non perché li abbia assunti direttamente, ma perché è diventato titolare del complesso organizzato in cui essi sono inseriti, come nel caso del trasferimento d'azienda o del ramo d'azienda. Così, M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, cit., p. 1.

²⁹ V. SPEZIALE, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 3 ss.; ID., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 5 s.

datore di lavoro originario verso il personale esternalizzato, nei confronti del quale egli, tendenzialmente, rinuncia all'esercizio diretto dei poteri organizzativi e direttivi. Ciò provoca un'interruzione del contatto giuridico ed umano tra l'impresa ed i singoli individui e tra questi e le organizzazioni sindacali che li rappresentano: tale contatto, però, costituisce quella relazione diretta con il datore di lavoro che ha rappresentato il presupposto logico dell'impianto complessivo delle norme lavoristiche a tutela del prestatore di lavoro subordinato.

3. *Esternezzazioni e politiche di valorizzazione del capitale umano nella cosiddetta riforma Biagi*

Secondo l'opinione più diffusa, l'assetto normativo derivante dalla riforma del 2003, nel legalizzare le tecniche di impiego del lavoro altrui, ha particolarmente favorito i processi di esternalizzazione delle relazioni di lavoro, agevolando la già diffusa tendenza delle imprese alla deresponsabilizzazione nella gestione del personale³⁰.

E' noto che le scelte di politica del diritto adottate dalla cosiddetta riforma Biagi sono state animate da una «esigenza di razionalizzazione di una realtà socio economica» rispetto alla quale l'impostazione tradizionale del diritto del lavoro è stata giudicata, ad un certo punto, inadeguata a gestire l'organizzazione della forza lavoro³¹. L'obiettivo, quindi, è stato quello di rimediare a tale inadeguatezza, al fine di contrastare il ricorso a forme di lavoro irregolare e sommerso, ovvero l'uso improprio di istituti già esistenti nell'ordinamento giuridico, ma sostanzialmente obsoleti rispetto ad una realtà produttiva profondamente mutata³².

Da questo punto di vista la riforma è apparsa come un momento di svolta necessario, perché necessaria è sembrata l'assunzione della prospettiva delle imprese come chiave di volta per una rilettura aggiornata di un diritto del lavoro più moderno e più rispondente alle nuove istanze del mondo della

³⁰ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 6; A. SALENTO, *Somministrazione, appalto, organizzazione*, cit., p. 489.

³¹ A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 261.

³² M. TIRABOSCHI, *Il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in Id. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro – Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 3 ss.

produzione. Emblematico di questo orientamento è stato l'approccio di una parte della dottrina ai processi di *outsourcing*, segnalati come l'esempio delle «difficoltà ad aggiornarsi» del diritto del lavoro³³. In questa tendenza, già allora, era possibile rintracciare una vera e propria inversione di rotta, in cui il diritto del lavoro, trasformatosi in rischio di ordine legale, e quindi in un ostacolo, si è mostrato capace di fare vacillare la valenza strategica dell'*outsourcing*, fino a metterne in discussione la stessa convenienza. E' in questo capovolgimento di prospettiva che la nuova stagione della disciplina abbandona la sua "missione" genetica di diritto di protezione del contraente debole, e assume come punto di partenza e come meta «la necessità di un ripensamento della legislazione del lavoro dipendente, al fine di porla in consonanza con le mutate politiche aziendali, mirando a non penalizzare la posizione delle aziende italiane nel confronto globalizzato»³⁴. L'interesse delle imprese a realizzare «forme di superamento del tradizionale rapporto di lavoro dipendente all'interno della medesima struttura aziendale», con l'evidente obiettivo di esternalizzare i rischi e le responsabilità connesse all'utilizzo di forza-lavoro subordinata, ha costituito così l'assioma indiscutibile da cui dedurre quel livello di obsolescenza del quadro normativo, colpevole di trasformare le tecniche di *outsourcing* da «opportunità in un rischio e quindi in un vincolo»³⁵.

E' emerso un sistema in cui la segmentazione del lavoro e il mutamento tecnologico individuano nel valore specialistico della prestazione lavorativa l'elemento cardine della competitività dell'impresa. Da ciò, l'attuazione della necessità di un intervento legislativo a tutela della continuità dei singoli rapporti di lavoro, mentre la funzione principale di protezione del lavoratore subordinato si è spostata sul potenziamento delle competenze e delle professionalità³⁶.

Ecco come, almeno stando alle dichiarazioni di principio, nella "riforma Biagi" la valorizzazione del capitale umano ha assunto il ruolo di pietra angolare del necessario equilibrio tra le istanze di tutela del lavoro e le

³³ M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in L. Montuschi-M. Tiraboschi-T. Treu (a cura di), *Marco Biagi, un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 271 ss. Lo scritto ripropone un articolo apparso, in versione ridotta, in *Guida al lavoro*, 1997, pp. 10-14.

³⁴ M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., p. 272.

³⁵ M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., p. 272.

³⁶ A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, cit., p. 7, secondo cui, al contrario, in un sistema di stampo fordista-tayloristico, basato sulla standardizzazione e sulla fungibilità delle prestazioni, la tutela della professionalità del lavoratore assume, di regola, un ruolo non necessario ai fini della stabilità del rapporto.

esigenze di competitività ed efficienza delle imprese³⁷, occupando buona parte del consistente manifesto ideologico che ha accompagnato la l. n. 30 e il d.lgs. n. 276 del 2003.

L'esaltazione delle capacità benefiche della riforma del 2003 di incidere sulle dinamiche occupazionali e di riconversione professionale, si è basata, per lo più, su corpose ricerche di carattere empirico³⁸. Il metodo è stato quello di superare ricostruzioni basate sul binomio inscindibile contratto di lavoro subordinato *ex art.* 2094 c.c. – investimento sullo sviluppo professionale.

Perfino l'ipotesi più macroscopica di dissociazione tra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale, la somministrazione, è stata presentata come un servizio professionale altamente qualificato, particolarmente importante per la riattivazione del mercato. Tale servizio, attraverso la creazione di occasioni aggiuntive di lavoro regolare e di qualità, si rivela utile anche per i lavoratori, i quali, al termine della missione, «vedono aumentare sensibilmente le opportunità di inserimento stabile nel mondo del lavoro». La funzione di selezione del personale, nell'ottica dell'investimento in capitale umano, caratterizzerebbe invece l'attività dell'agenzia di somministrazione. A tale funzione corrisponde quell'utile che l'agenzia ricava in ragione di ogni missione, da interpretarsi, non come lucro parasitario determinato dalla mercificazione del lavoro (e cioè dalla mera differenza tra quanto percepito dall'impresa cliente per il costo del lavoro e quanto corrisposto al lavoratore), bensì come profitto in ragione dell'assunzione di un rischio tipico d'impresa, connesso al servizio di ricerca, selezione, formazione del lavoratore e di gestione del rapporto di lavoro che l'agenzia, soggetto altamente qualificato secondo parametri legali, offre nel mercato. Il lavoro tramite agenzia, pertanto, è stato inquadrato tra le strategie indicate per un migliore sviluppo dei sistemi produttivi, in quanto «agevolare chi affida l'innovazione della propria azienda a grandi gruppi professionisti nel campo delle risorse umane (...) non significa impoverire la dotazione di capitale umano delle nostre imprese e optare per una via bassa dello sviluppo»³⁹.

³⁷ A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, cit., p. 208.

³⁸ A. ICHINO-F. MEALLI-T. NANNICINI (a cura di), *Il lavoro interinale in Italia – Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Edizioni Plus, Pisa, 2004, p. 57 ss.

³⁹ M. TIRABOSCHI, *Esterneizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit., pp. 387 e 393.

Considerazioni analoghe sono state svolte per le esternalizzazioni di relazioni di lavoro realizzate mediante il trasferimento di un ramo d'azienda. Qui il trasferimento del rapporto di lavoro presso aziende cessionarie che forniscono servizi specialistici viene qualificato come occasione per migliorare le carriere dei soggetti interessati. A tali lavoratori viene offerta un'opportunità di riqualificazione professionale, nonché la garanzia di un'occupazione più soddisfacente di quella che essi avrebbero svolto nell'impresa d'origine. Da altro punto di vista, questa forma di esternalizzazione svolge un ruolo importante anche nella salvaguardia dei livelli occupazionali e nella qualità del lavoro. Comportando un alleggerimento dell'organico per l'impresa cedente, essa ne favorisce l'efficienza e la competitività, con il risultato di consolidare le posizioni lavorative di quanti ne sono rimasti alle dipendenze. E perfino il caso in cui l'esternalizzazione presupponga la costituzione *ad hoc* di una nuova società, che presenti margini più ampi di flessibilità nella gestione del personale, viene qualificato come importante strumento di salvataggio di posizioni lavorative a rischio⁴⁰.

Per l'ipotesi del distacco, le considerazioni appena svolte si coniugano, peraltro, con reali esigenze di imprenditorialità che, soprattutto all'interno dei gruppi di impresa, mirano a «razionalizzare, equilibrando, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo»⁴¹.

4. Le posizioni della dottrina

Proprio la contrapposizione tra le strategie di esternalizzazione delle relazioni di lavoro e le più classiche politiche di valorizzazione del capitale umano ha costituito, di contro, il tema centrale delle critiche più radicali all'impostazione appena esaminata⁴². Secondo l'opinione prevalente, la disciplina dei fenomeni interpositori e delle esternalizzazioni delle

⁴⁰ M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., p. 271.

⁴¹ M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit., p. 394. Sulle strategie normalmente perseguite dai gruppi di imprese, da ultimo, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, spec. p. 257. Ma sul punto, più diffusamente, *infra*, cap. IV.

⁴² A. DE PAOLIS, *Outsourcing e valorizzazione delle competenze*, Franco Angeli, Milano, 2000, spec. p. 37 ss.; S. VICARI, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, p. 71 ss.

relazioni di lavoro introdotta dalla riforma del 2003, nel medio – lungo periodo ha provocato un impoverimento reciproco dei prestatori di lavoro e delle stesse imprese. Quella sovrapposizione tra relazioni giuridiche commerciali con altre imprese ed il tradizionale contratto di lavoro dipendente di cui all'art. 2094 c.c., che il d.lgs. n. 276/2003 ha legalizzato, induce l'imprenditore che si avvale di lavoratori altrui a non investire sullo sviluppo professionale di dipendenti che non gli appartengono. Egli si manifesta indifferente di fronte all'individuazione di adeguati percorsi di carriera, di opportuni itinerari formativi, di ponderati spostamenti per arricchirne le competenze. In linea generale, la sostituzione del contratto di lavoro subordinato con rapporti societari e contratti commerciali rende i lavoratori estranei al contesto dell'impresa e, pertanto, svilisce quella «responsabilità personale» che normalmente l'imprenditore assume nei loro confronti e che scaturisce dal dovere/potere di organizzarli direttamente, oltre che dal contatto diuturno con le singole persone e con le organizzazioni sindacali che le rappresentano⁴³. Ciò spiega l'affievolimento della concezione del lavoro in termini personalistici che sta alla base di ogni investimento in termini di relazioni collaborative e perfino conflittuali e che giustifica, di norma, l'impiego di energie organizzative ed economiche in questa direzione⁴⁴. La concezione del lavoro nella sua dimensione esclusiva di fattore della produzione, sempre meno espressione di una individualità, rende l'impresa progressivamente più impermeabile alle proiezioni delle proprie scelte organizzative sui destini dei lavoratori e, conseguentemente, agevola strategie aziendali sempre più indifferenti alla salvaguardia dei posti di lavoro.

Da parte del lavoratore, il depotenziamento della sua partecipazione ai processi di cambiamento oppure ai sistemi di qualità aziendale inciderà su quei meccanismi gestionali e motivazionali che, secondo i più recenti

⁴³ L'espressione è di V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 6.

⁴⁴ Per un'analisi dei fattori che incidono sul clima organizzativo aziendale, G.P. QUAGLINO-M. MANDER, *I climi organizzativi*, Bologna, 1987; R. LEVERNING, *Un gran bel posto dove lavorare*, Sperling&Kupfer, Milano, 2002; V. MAJER-A. MARCATO-A. D'AMATO (a cura di), *La dimensione psicosociale del clima organizzativo*, Franco Angeli, Milano, 2003; G. SARCHIELLI, *Psicologia del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2003; E.H. SCHEIN, *Culture d'Impresa*, Raffaello Cortina, Milano, 1999; A. DELLE FAVE (a cura di), *La condivisione del benessere*, Franco Angeli, Milano, 2007; M. DEPOLO, *Psicologia delle organizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 1998. Per una rappresentazione dualistica del clima aziendale che distingue tra clima sociale e clima professionale, A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, cit., p. 211.

studi sociologici sull'argomento, si rivelano ancora oggi i soli strumenti per stimolare il senso di appartenenza, la cultura di impresa, la partecipazione⁴⁵.

Di contro la mancanza di senso di appartenenza verso l'impresa può comportare un difetto di produttività nel lavoratore, in quanto incide sull'impegno lavorativo che egli manifesta nei confronti di un'impresa che non gli appartiene e che non costituisce alcuna fonte di garanzia della sua stabilità economica ed occupazionale⁴⁶.

Inoltre, la struttura unitaria dell'impresa, anche solo sotto il profilo spaziale, ha storicamente giustificato quella comunanza di interessi e situazioni che ha poi animato il fenomeno dell'azione sindacale e della tutela di interessi collettivi. E' evidente, pertanto, che la destrutturazione del contesto lavorativo interrompe la condivisione delle stesse condizioni di lavoro, mettendo in discussione il meccanismo base della rappresentanza sindacale, che la legge collega al numero dei dipendenti, per l'esercizio di molti diritti collettivi⁴⁷.

Sotto il profilo delle tutele, è stato osservato che le esternalizzazioni delle relazioni di lavoro, realizzate per il tramite del decentramento, sono spesso accompagnate da riduzioni significative dei livelli di protezione standard, sia dal punto di vista salariale, sia dal punto di vista sindacale.

Sul primo versante, i livelli salariali vengono spesso diminuiti o come conseguenza dell'applicazione di diversi contratti collettivi, nonché a seguito della fuga dalle clausole collettive, *tout court*, attraverso vari ed inediti marchingegni, oppure per via della mancanza della parità di trattamento, come criterio generale della disciplina delle esternalizzazioni. Quest'ultimo aspetto svolge un ruolo incentivante nella direzione della sostit-

⁴⁵ P.A. REBAUDENGO, *La separazione del lavoro dall'impresa: alcune significative novità*, cit., p. 172; A. MARCHETTI, *I limiti della flessibilità*, in R. Pedersini (a cura di), *Oltre la flessibilità – Impresa e lavoro fra nuovi mercati e trasformazioni sociali*, Edizioni Lavoro, Roma, 2004, p. 183; V. SPEZIALE, *Somministrazione di lavoro*, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 277. Per la tesi parzialmente diversa, secondo la quale il legame stretto e duraturo tra l'impresa e il lavoratore, pur costituendo un fattore importante dell'organizzazione, riguarda solo alcune parti del tessuto produttivo, P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., p. 271. Secondo l'A. nelle nuove realtà produttive vi sono modelli d'impresa in cui i lavoratori possono essere interessati a non investire la propria professionalità in un solo contesto organizzativo.

⁴⁶ V. SPEZIALE, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, cit., spec. p. 28.

⁴⁷ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 7.

tuzione del contratto di lavoro subordinato con quello commerciale di acquisizione del servizio precedentemente gestito in proprio, in quanto, pur garantendo la stessa sinergia organizzativa che prima discendeva dalla concentrazione dei fattori della produzione in un'unica struttura, sottrae all'impresa madre i costi della subordinazione⁴⁸. Nell'impresa tradizionale, infatti, la relazione diretta con l'imprenditore assicura al dipendente una serie di diritti individuali e collettivi che si disperdono nel passaggio all'impresa orizzontale organizzata con contratti commerciali. Qui entrano in gioco diversi fattori, alcuni connessi alla debolezza economica dell'impresa con cui si stipula il contratto commerciale, altri collegati alle sue dimensioni occupazionali che incidono su aspetti cruciali delle discipline individuali (il licenziamento) e collettive (i diritti sindacali).

Il rischio di una riduzione di tutele è comprovato sia dall'esplosione di molteplici vertenze in occasione di significativi fenomeni di esternalizzazione di attività produttive, ovvero dall'attuazione di elaborate strategie all'interno di gruppi d'impresa, sia dallo sforzo di una certa letteratura di giustificare tali operazioni sulla base di una sorta di "stato di necessità", obliterando proprio l'aspetto della garanzia dei diritti del lavoratore.

E' a questo punto che in dottrina si ribadisce come lo scopo del diritto del lavoro sia quello di tutelare la persona del lavoratore, per evitare che la gestione del rapporto, quale fattore della produzione, possa comportare la lesione dei suoi diritti fondamentali. Diventa allora prioritario evitare che prerogative organizzative delle imprese (anche genuine) ostacolino la tutela di quelle posizioni che riceverebbero un trattamento migliore se direttamente imputabili ad un unico datore di lavoro⁴⁹.

5. La valorizzazione del capitale umano in Europa: il Libro Verde del 2001

E' noto che la gran parte delle scelte sottese alle politiche sociali perseguite nel corso della XIV legislatura è stata presentata anche come at-

⁴⁸ P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., p. 237 ss.; M. RICCI, *Tutele collettive e diritti sindacali nell'esternalizzazione*, cit., p. 135, che parla di una «promozione della "volatilità" (talora invisibilità) del personale occupato (sommministrazione, appalto, distacco, trasferimento), con il rischio che il risparmio dei costi sia ottenibile dal peggior trattamento e dalla minore tutela dei lavoratori, in assenza di una clausola generalizzata di parità di trattamento retributivo e normativo tra i differenti gruppi di lavoratori».

⁴⁹ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 43.

tuazione di norme comunitarie e, comunque, come risposta necessaria alle sollecitazioni provenienti dall'Europa⁵⁰.

La dimensione etica dell'ambiente di lavoro e la valorizzazione del capitale umano rappresentano in effetti alcune delle componenti del modello di responsabilità sociale delle imprese⁵¹.

La tematica della *corporate social responsibility*, nella descrizione offerta dalla Commissione Europea nel *Libro Verde* del luglio 2001⁵², si concreta «nell'integrazione volontaria da parte delle imprese delle preoccupazioni sociali ed ecologiche nelle loro operazioni commerciali»⁵³. Essa va inquadrata all'interno dell'obiettivo strategico, delineato al Consiglio di Lisbona del marzo 2000, della valorizzazione dell'economia della conoscenza «capace di una crescita economica sostenibile accompagnata da un miglioramento quantitativo e qualitativo dell'occupazione e da una maggiore coesione sociale»⁵⁴.

Il *Green Paper*, nell'ottica della dimensione interna, afferma la prevalenza di fattori collegati all'investimento sul capitale umano, sulla salute e sicurezza dei lavoratori e sulla gestione dei cambiamenti. Detti fattori vanno coordinati attraverso meccanismi di dialogo sociale con i rappresentanti del personale, cui viene attribuito un ruolo cruciale nel più ampio quadro dell'adozione di prassi socialmente responsabili⁵⁵.

Anche questa tematica, in Italia, è stata affrontata dal Libro Bianco sul Mercato del lavoro dell'ottobre 2001. Secondo il manifesto ideologico che

⁵⁰ M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *Lavoro e dir.*, 2004, p. 43 ss., spec. p. 44; V. PINTO-R. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 453 ss.

⁵¹ S. SCARPONI, *Globalizzazione e responsabilità sociale delle imprese*, in *Lavoro e dir.*, 2006, p. 151; A. LEPORE, *Le delocalizzazioni aziendali tra ragioni dell'economia e tutela dei lavoratori*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 42.

⁵² *Libro Verde* sulla responsabilità sociale del 2001, COM(2001), p. 366.

⁵³ S. SCARPONI, *Globalizzazione e responsabilità sociale delle imprese*, cit., p. 151; A. LEPORE, *Le delocalizzazioni aziendali tra ragioni dell'economia e tutela dei lavoratori*, cit., p. 42.

⁵⁴ Sulla Strategia Europea in tema di *corporate social responsibility*, v. anche le Comunicazioni della Commissione relative a: *Politiche sociali e del mercato del lavoro: una strategia di investimento nella qualità*, COM (2001); *Promozione delle norme fondamentali del lavoro e miglioramento della governance sociale nel quadro della globalizzazione*, COM (2001); *Corporate Social Responsibility: a business contribution to Sustainable Development*, COM (2002).

⁵⁵ Su cui, diffusamente, A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, cit., p. 219.

l'ha accompagnata⁵⁶, essa avrebbe guidato la “riforma Biagi” nei suoi profili di promozione della flessibilità occupazionale e di trasparenza del mercato, in una prospettiva di sviluppo sostenibile della qualità del lavoro⁵⁷.

L'assunto di quest'altra anima della riforma del mercato del lavoro è risaputo: l'assenza, nella tradizionale concezione di diritto del lavoro, di una reale volontà di contemperamento degli interessi dell'impresa e dei lavoratori, unitamente al costante sviluppo di rapporti tra datori di lavoro e lavoratori subordinati su base vincolistica (imposta dalla regolamentazione legale e contrattuale), sarebbero i fattori principali del ritardo del dibattito scientifico in tema di responsabilità sociale delle imprese⁵⁸.

In quest'ottica, l'obbiettivo è stato quello di superare la logica tradizionale del conflitto tra contraente forte e contraente debole, attraverso una regolamentazione dei rapporti tra datore di lavoro e lavoratori dipendenti, sulla base di una condivisione culturale e strategica degli obbiettivi aziendali, in luogo di un compromesso tra posizioni in conflitto⁵⁹.

Secondo questa impostazione, infatti, il diritto del lavoro italiano, sviluppato per regolare un mercato nazionale, si è rivelato inadatto ad operare efficacemente in un contesto in cui il mercato ha assunto dimensioni continentali e globali.

Argomentazioni analoghe sono emerse con riferimento al *Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro* del 2006⁶⁰, interpretato come

⁵⁶ Individua nel d.lgs. n. 276/2003 «il punto “alto”, se così si può dire, di questo asserito rapporto di fedeltà delle politiche nazionali a quelle europee», M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, cit., spec. p. 44.

⁵⁷ M. TIRABOSCHI, *Riforma Biagi e Strategia Europea per la occupazione*, in Id. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., p. 40 ss.

⁵⁸ A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, cit., p. 223.

⁵⁹ Dal punto di vista giuridico, sulla gestione strategica delle risorse umane, L. CASTELVETRI, *Contratto di lavoro e qualità totale*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 430 ss.; nonché, i numerosi interventi nel volume collettivo L. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1997.

⁶⁰ *Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo* (COM(2006)708 definitivo), cui è dedicato il numero 4/XVII del 2007 di *Dir. rel. ind.*, nonché i *Dossier Adapt/Centro Studi Internazionali e comparati Marco Biagi*, numeri 9-10/2007, 14/2007, 32/2007 e 33/2007. L'intervento comunitario ha sollevato critiche molto accese in dottrina e, per certi aspetti, atteggiamenti nostalgici rispetto a documenti precedenti «ben più sofisticati» come il Libro Bianco di Delors o il Rapporto Supiot del 1999. In questo senso, G. FERRARO, *Prospettive di attuazione del Libro Verde della Commissione Europea: il caso italiano*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 1013 ss. In generale,

un'occasione («l'ennesima») perduta, per un complessivo ripensamento delle tradizionali categorie di regolazione del lavoro⁶¹. Secondo l'interpretazione più diffusa, in quella sede la Commissione aveva esteso il *focus* della sua azione da specifici aspetti tecnici e settoriali alla *ratio* stessa della disciplina del diritto del lavoro, nel suo complesso, stimolando un dibattito internazionale sulle nuove tecniche di disciplina del lavoro, quale unico percorso per rispondere alle sfide della globalizzazione dei mercati.

Da qui il noto progetto politico secondo cui, in linea di continuità con la “riforma Biagi”, «da mera tecnica unilaterale di protezione dei lavoratori dipendenti, il diritto del lavoro deve diventare la chiave, attraverso l'adattamento reciproco dei lavoratori e delle imprese, per la competizione e lo sviluppo». Il tema della modernizzazione del diritto del lavoro, pertanto, anche dopo la “riforma Biagi”, è stato costantemente declinato come necessità di un progetto complessivo di riforma, in assenza del quale interventi micro settoriali avrebbero rischiato di agevolare fenomeni di deregolamentazione che finirebbero per alimentare il lavoro nero e irregolare.

Secondo questo progetto, quindi, oltre all'introduzione di norme innovative e più rispondenti alle esigenze degli operatori economici e dei lavoratori, sarebbe necessario anche fronteggiare gli elevati tassi di «evasione ed aggiramento della normativa astratta di legge», nonché l'obsolescenza delle discipline pattizie, di ispirazione fordista ed industrialista, sui tempi di lavoro, sugli inquadramenti, sulle forme di internalizzazione ed esternalizzazione del lavoro⁶².

Tuttavia, anche nel dibattito comunitario, il nesso tra la competitività dell'impresa a livello globale e la deresponsabilizzazione nei confronti della forza lavoro non è emerso in modo definito e, in Italia, esso è stato messo in discussione dalla dottrina prevalente⁶³.

sul rapporto tra il Libro Verde e la riforma del mercato del lavoro del 2003, «(il Libro Verde come una proiezione europea del Libro Bianco del Governo Berlusconi, basato su presupposti fortemente liberisti)», L. ZOPPOLI-M. DELFINO, *Introduzione*, in Eid. (a cura di), *Flexicurity e tutele*, Ediesse, Roma, 2008, p. 9 ss.

⁶¹ M. TIRABOSCHI, *Il libro verde e il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 951 ss.

⁶² M. TIRABOSCHI, *Il libro verde e il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, cit., p. 951 ss.

⁶³ Tra cui anche M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 213, secondo la quale appartiene ad una certa impostazione liberale la spiegazione del mercato del lavoro per cui vi è disoccupazione e precarietà perché vi è troppa tutela degli occupati. Per l'A. questo tipo di argomento

Perfino l'argomento comunitario e comparato, in quanto tale, che secondo un'ormai consolidata impostazione⁶⁴ ha costituito l'alibi per la destrutturazione di alcuni degli istituti portanti del diritto del lavoro⁶⁵, è stato confutato: al giurista del lavoro non compete valutare e giudicare il livello di miglioramento della produttività dell'impresa ottenuto dai processi di scomposizione, disaggregazione e, sovente, di riaccorpamento delle strutture produttive, nell'incessante ricerca di elevati standard di efficienza, economicità e flessibilità. Il mercato nazionale, comunitario o globale, non può costituire l'unico punto di vista dal quale muovere per progettare un ripensamento complessivo del diritto del lavoro. Compito del giuslavorista è semmai un altro: individuare il punto di equilibrio in cui la libertà di iniziativa economica privata (art. 41, comma 1, Cost.) riesca a raccordarsi con le garanzie da riconoscere ai lavoratori che dalle strategie imprenditoriali vengano coinvolte (art. 41, comma 2, Cost.)⁶⁶.

Da questa prospettiva, pertanto, anche l'argomento comunitario va puntualizzato.

Che il modello europeo imponga una incondizionata direzione di riforma in senso deregolativo è stato ampiamente smentito da quella cospicua parte della dottrina secondo cui l'occupazione promossa dalle istituzioni comunitarie non può prescindere da essenziali standard qualitativi:

si è spinto ormai fino «al cuore della teoria del contratto di lavoro», per sostenere la necessità di espungervi qualsiasi meccanismo di controllo degli squilibri contrattuali legati a dinamiche di mercato e di conservazione della relazione contrattuale. Per alcune riflessioni sulle capacità del d.lgs. n. 276/2003 di incrementare la qualità e la quantità dell'occupazione, dal punto di vista economico, G. RODANO, *Aspetti problematici del d.lgs. n. 276/2003: il punto di vista della teoria economica*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2004, p. 419 ss.; P. SESTITO, *Riforma del mercato del lavoro e compatibilità economica*, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., p. 436 ss., nonché, M. SIGNORELLI, *L'impatto della riforma Biagi: una prospettiva economica*, *ivi*, p. 403 ss. Da ultimo, A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 agosto 2011, n. 148 e la "rivoluzione di agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 132/2011.

⁶⁴ M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 151.

⁶⁵ M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, cit., p. 52.

⁶⁶ A. MARESCA, *Trasferimento d'azienda e gruppi d'impresa*, in G. Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, cit., p. 201 ss.; M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, cit., p. 52, secondo cui nel passaggio dai principi alle regole «occorre sempre verificare ove sia stato collocato il punto di bilanciamento fra i diversi interessi delle imprese e dei lavoratori».

l'adattabilità richiesta ai lavoratori «non comporta il sacrificio di beni fondamentali»⁶⁷. E se è vero che è possibile registrare, a livello europeo, una crescente attenzione nei confronti dell'esigenza di riformare i mercati del lavoro, coniugando flessibilità e sicurezza (cosiddetta flessicurezza)⁶⁸, con un sensibile spostamento di accento sul versante della flessibilità, è altrettanto pressante l'esigenza, ribadita con costanza da Consiglio e Commissione, che la promozione della flessicurezza interna (cioè interna all'impresa) vada affiancata da un adeguato livello di flessicurezza esterna (da un'impresa all'altra). «Una sufficiente libertà di assumere e licenziare deve essere accompagnata da transizioni sicure da un lavoro all'altro»⁶⁹.

In Italia, il rilievo giuridico da attribuire all'attuazione della Strategia europea per l'occupazione ha generato, a partire dal 2001, un'enfatizzazione della flessibilità nei suoi vari aspetti. E questo spiega, nel dibattito sulle diverse misure riconducibili ai pilastri dell'occupabilità e dell'adattabilità, «le accese discussioni e l'aspra conflittualità sociale ingenerate

⁶⁷ Proprio con riferimento alla Strategia europea per l'occupazione ed in particolare in merito al controverso terzo pilastro della «adattabilità» di imprese e lavoratori, M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2009, p. 178; nonché B. CARUSO, *Alla ricerca della «flessibilità mite»: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, p. 141 ss.

⁶⁸ Secondo la definizione contenuta nel Libro Verde, la flessicurezza può essere considerata una «strategia integrata volta a promuovere contemporaneamente la flessibilità e la sicurezza sul mercato del lavoro». La flessibilità ha a che fare con i momenti di passaggio (cosiddette transizioni) che caratterizzano la vita di ogni individuo e, tra le varie implicazioni che essa comporta, figurano anche «organizzazioni del lavoro flessibili, capaci di rispondere con efficacia ai nuovi bisogni e alle nuove competenze richieste dalla produzione». La sicurezza, d'altro canto, non attiene soltanto alla semplice sicurezza di mantenere il proprio posto di lavoro, ma significa dotare le persone delle competenze necessarie per il progresso nel corso della vita lavorativa e per trovare nuovi posti di lavoro; essa comporta, inoltre, indennità di disoccupazione ed opportunità di formazione per agevolare le transizioni. Sulle ulteriori implicazioni del termine flessicurezza, B. CARUSO-C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 457 ss. Per una critica al trade-off flessibilità/sicurezza, M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 239, secondo cui sarebbe già solo concettualmente impossibile scambiare i due termini, che risultano collegati a valori protetti dall'ordinamento di rango non omogeneo e che, pertanto, si pongono su un piano diverso, tale da rendere improbabile una loro collocazione lungo una curva di indifferenza.

⁶⁹ M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 183, nonché M. ROCCELLA, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2007, p. 187 ss., e L. ZOPPOLI, *Flessibilità e licenziabilità: dove va l'Europa?*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 499 ss. In generale, sulla flessicurezza, D. GOT-TARDI, *La flexicurity al vaglio del Parlamento europeo*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 477 ss.

dalla questione della precarizzazione dei rapporti di lavoro, da più parti attribuita alle scelte normative più recenti»⁷⁰.

E' un dato indiscutibile che nel Libro Verde del 2006 sia rintracciabile un linea di tendenza che mira a favorire uno spostamento del *focus* del diritto del lavoro dalle politiche della flessibilità concentrate sulle tipologie contrattuali in entrata a quelle che, invece, introducano una maggiore elasticità organizzativa e che favoriscano processi di espulsione della manodopera durante le fasi più critiche del ciclo economico⁷¹.

In questo quadro, non si nega l'importanza di una dimensione del diritto del lavoro che non ostacoli ma, anzi, contribuisca all'espansione dell'occupazione. E', però, il legame tra l'esistenza di norme protettive inderogabili e l'occupazione come assunto dal quale muovere per ripensare il diritto del lavoro che viene messo in discussione. Nella prospettiva europea e nelle interpretazioni proposte da una parte della dottrina, infatti, è palese una critica nei confronti del diritto del lavoro sin troppo severa e non del tutto condivisibile, che lo individua come "fattore ostativo" dei necessari processi di trasformazione e devoluzione produttiva, nonché delle esigenze di mobilità della manodopera⁷². In questa direzione, ricorrente è stata l'osservazione secondo cui l'esistenza di vincoli e divieti insostenibili finisce per alimentare pratiche *contra legem*, mentre solo il governo dei processi normativi reali garantisce concretamente «la qualità del lavoro e l'investimento nella persona come fattore competitivo e dunque capitale dell'impresa»⁷³. Che però il livello di qualità di un sistema legale

⁷⁰ Così, M. ROCCELLA, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, cit., p. 200, con esplicito riferimento alle politiche del lavoro della XIV legislatura.

⁷¹ G. FERRARO, *Prospettive di attuazione del Libro Verde della Commissione Europea: il caso italiano*, cit., p. 1016.

⁷² G. FERRARO, *Prospettive di attuazione del Libro Verde della Commissione Europea: il caso italiano*, cit., p. 1016; nella stessa prospettiva, e con la convinzione che, in Italia, il bilancio fallimentare della riforma del mercato del lavoro del 2003, dimostrato dai dati statistici, sia dovuto ad un errore nella diagnosi e non alla tipologia dei rimedi introdotti, L. ZOPPOLI, *Flessibilità e licenziabilità: dove va l'Europa?*, cit., p. 3 ss. e E. REYNERI, *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 1 ss., secondo cui l'assunto per il quale il mercato del lavoro italiano sarebbe caratterizzato da un alto tasso di rigidità rispetto a quello di altri paesi è il frutto di un errore di valutazione nelle analisi dell'Ocse. Mentre, secondo questa ricostruzione, ciò che realmente determina l'insoddisfazione delle dinamiche occupazionali è da attribuire al «naufragio» delle imprese italiane, principali responsabili della difettosa qualità del lavoro.

⁷³ M. TIRABOSCHI, *Esternezzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit., p. 407.

vada valutato (solo) sulla base del gradimento dei suoi destinatari e sulla loro tendenza ad evadere i vincoli dettati dal diritto positivo costituisce una prospettiva molto discutibile. Aderendovi, si rischia di smantellare l'intero complesso di tutele a favore del prestatore di lavoro subordinato, concepito da sempre come limite all'esercizio delle prerogative dell'imprenditore – datore di lavoro. A nessuno verrebbe mai in mente di rendere più flessibile il sistema tributario o di giudicarlo asfittico, esclusivamente in base al livello di evasione fiscale registrato tra i contribuenti.

Peraltro, nella maggior parte degli ordinamenti europei, la norma lavoristica inderogabile trova la sua giustificazione in esigenze politiche di giustizia sociale e produce quella convenienza economica di correggere le asimmetrie della concorrenza del lato dell'offerta, con la conseguenza di colmare quel *deficit* di potere che qualifica la posizione del lavoratore⁷⁴. E' in questa prospettiva che va riconosciuto il merito della impostazione comunitaria di collocare il lavoratore in primo piano, unitamente all'obiettivo di rafforzare il sistema delle transizioni da uno stato occupazionale all'altro. La difficoltà, e la vera sfida, consiste semmai nell'individuare le giuste misure e le tecniche di tutela più adeguate a valorizzare il lavoro «come “ciclo di vita” sul piano esistenziale e, sul piano giuridico, come *status* sociale e professionale della persona»⁷⁵. Sotto questo profilo, la strada maestra indicata dal Libro Verde è apprezzabile: lavoratore non è più (soltanto) il soggetto occupato alle dipendenze altrui, ovvero (ma in alternativa) il disoccupato. E' lavoratore colui il quale si propone volontariamente in una posizione di “attività”, intesa come attitudine al lavoro e, al tempo stesso, come bisogno di autorealizzazione e non più solo come mezzo di sussistenza. Ma, l'individuazione delle misure più opportune per seguire questo tragitto è ancora tutta da sperimentare.

Nel sistema di transizione da un'occupazione all'altra rientra anche il tema del lavoro esternalizzato, ovvero della rinuncia alla gestione diretta della forza lavoro alle proprie dipendenze, quando questa scelta, nelle imprese, non comporti anche la dismissione definitiva del rapporto con il personale esternalizzato.

⁷⁴ E. GHERA, *Alcune osservazioni sul Libro Verde*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 1006 ss.

⁷⁵ E. GHERA, *Alcune osservazioni sul Libro Verde*, cit., p. 1008, con riferimento ad un altro contributo europeo di importanza fondamentale: A. SUPLOT (a cura di), *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Parigi, 1999. Sul punto, anche A. ZOPPOLI, *La soggettività economico-professionale del lavoratore nelle politiche di flexicurity*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 535 ss.

Invero, dalla documentazione europea dell'ultimo periodo risalta una visione della Commissione in cui compito del lavoratore «(non a caso considerato alla stregua di capitale umano)» è quello di adattarsi attivamente, ma secondo percorsi eterodiretti, alle esigenze dell'impresa, concepita come l'unico soggetto realmente innovatore e capace di progettare e realizzare il cambiamento e la modernizzazione⁷⁶.

Qui però emerge il punto debole della ricostruzione europea o della lettura che ne è stata fornita, che svela una concezione della persona del lavoratore e delle sue capacità di assecondare i percorsi trasformativi dell'impresa, difficilmente conciliabile con la seconda anima del progetto europeo, che consiste nella valorizzazione del capitale umano⁷⁷.

La logica di adattamento, così interpretata, si rivela assolutamente unilaterale e monodirezionale⁷⁸, smentendo la reciprocità del fenomeno dell'adattamento, propagandata dalle posizioni più sensibili all'argomento europeo.

6. *Principio di stabilità e «responsabilità imprenditoriali interpositorie» nella prospettiva europea*

Da un'attenta analisi del quadro europeo nel suo complesso emerge un modello sociale molto più articolato e complesso rispetto a quello dedotto dalla isolata lettura del Libro Verde, e di cui uno dei cardini fondamentali è (ancora) costituito dal principio di stabilità, riconosciuto anche nell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Una rilettura della persistente attualità e dell'immanenza del principio di stabilità nel modello sociale europeo viene costantemente proposta dal Parlamento europeo nella Risoluzione sul Libro Verde del luglio del 2007, in cui si ribadisce che il contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato costituisce la forma comune del rapporto di lavoro⁷⁹. Ma anche nella Ri-

⁷⁶ B. CARUSO-C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, cit., p. 457 ss.

⁷⁷ Critica l'immagine del lavoratore come «imprenditore di se stesso», ovvero portatore di un approccio di tipo imprenditoriale al lavoro, da intendere come opportunità da sfruttare sul mercato, anziché come occasione attraverso cui trovare stabilità, M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 210.

⁷⁸ B. CARUSO-C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, cit., p. 467.

⁷⁹ Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro Verde, luglio 2007.

soluzione sulla *flexicurity* del novembre 2007, l'occupazione a lungo termine e una forza di lavoro altamente qualificata e motivata vengono concepite come presupposto per un'economia di punta, innovativa e basata sulla competitività. La promozione dei rapporti di lavoro stabili, quindi, viene inserita come primo tra i principi, unitamente alla necessità di una relazione equilibrata e biunivoca tra flessibilità e sicurezza⁸⁰. Centrale, quindi, anche in questi documenti, rimane la puntualizzazione secondo cui non vi è rapporto di causa – effetto tra legislazione ed aumento dell'occupazione e, soprattutto, tra quest'ultima e l'attenuazione delle rigidità della legislazione del lavoro⁸¹. E si conferma la consapevolezza, ancora attuale, che il diritto del lavoro mantiene, nonostante tutto, la sua missione genetica, fornendo «sicurezza giuridica e tutela a lavoratori e datori di lavoro, mediante la legislazione o gli accordi collettivi, ovvero una loro combinazione». Anche nelle riflessioni del Parlamento europeo, quindi, «i principi basilari del diritto del lavoro sviluppati in ambito europeo restano validi»⁸².

Si tratta di un dato importante, da leggere insieme alla disciplina europea delle conseguenze sociali delle scelte economiche fondamentali relative alla gestione delle aziende⁸³. E' vero che nel quadro comunitario ed in particolare nelle direttive in tema di ristrutturazione e crisi di impresa (segnatamente, quelle sul trasferimento di impresa e sui licenziamenti collettivi), la salvaguardia delle posizioni dei lavoratori mantiene l'originaria missione di evitare il verificarsi di fenomeni di distorsione nella concorrenza fra imprese che operano all'interno del medesimo mercato⁸⁴.

⁸⁰ Risoluzione del Parlamento europeo sulla *flexicurity*, novembre 2007, considerando E e punto 17. Per una puntuale analisi della posizione del Parlamento europeo nei confronti del tema della flessicurezza, D. GOTTARDI, *La flexicurity al vaglio del Parlamento europeo*, cit., p. 477 ss.

⁸¹ Risoluzione del Parlamento europeo sulla *flexicurity*, novembre 2007, considerando O. In dottrina, anche M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 240.

⁸² Risoluzione del Parlamento europeo sulla *flexicurity*, cit., considerando A, come riportati anche da D. GOTTARDI, *La flexicurity al vaglio del Parlamento europeo*, cit., p. 483.

⁸³ M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 382.

⁸⁴ G.F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Riv. dir. eur.*, 1989, p. 31. Sulla differenza esistente tra le tre direttive su trasferimento d'impresa, licenziamenti collettivi e insolvenza del datore di lavoro, per cui quest'ultima, a differenza delle prime due, non sarebbe spiegabile nella medesima chiave di lettura di buon funzionamento del mercato, A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, Parigi, 1993, p. 303.

E' anche vero, però, che nell'interpretazione che ne fornisce la giurisprudenza comunitaria, l'obbiettivo è sempre quello di «impedire che la ristrutturazione nell'ambito del mercato comune si effettui a danno dei lavoratori delle imprese coinvolte»⁸⁵. E' chiaro che, in linea di massima, tale obbiettivo, secondo le disposizioni della direttiva sul trasferimento di impresa, stabilimento, parte di impresa e di stabilimento (n. 01/23/CE, del 12 marzo 2001, che ha abrogato le due precedenti, la n. 77/187/CE del 14 febbraio 1977, ampiamente rivisitata dalla direttiva n. 98/50/CE, del 29 giugno 1998), è da perseguirsi attraverso la garanzia della salvaguardia dei diritti dei lavoratori, durante il cambiamento del datore di lavoro, «consentendo loro di restare alle dipendenze del cessionario nella stessa situazione convenuta con il cedente»⁸⁶. Ciò è confermato da un'attenta analisi dei considerando dell'ultima versione della direttiva, dove si percepisce sì una particolare attenzione per «l'evoluzione economica» che implica, «sul piano nazionale e comunitario, modifiche delle strutture delle imprese effettuate, tra l'altro, con trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti a nuovi imprenditori in seguito a cessioni contrattuali o a fusioni» (considerando n. 2, direttiva n. 01/23/CE). La direttiva, però, va letta nel suo complesso, e nelle interpretazioni che ne ha fornito la Corte di Giustizia⁸⁷.

Infatti, nell'impostazione del preambolo, tale presupposto va coniugato con quello dichiarato nel considerando successivo, il quale precisa che la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adot-

⁸⁵ Corte giust. 7 febbraio 1985, causa C-135/83, *Abels v. Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*, in Racc. 1985, p. 484.

⁸⁶ Corte giust. 11 luglio 1985, causa C-105/84, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Fallimento A/S Danmols Inventar*, in Racc. 1985, p. 2650. Riconosce che l'obbiettivo della legislazione comunitaria e nazionale in tema di trasferimento d'azienda sia quello di «evitare che il trasferimento si trasformi in semplice strumento di sostituzione del datore di lavoro, in una pluralità di rapporti individuali, con altro sul quale i lavoratori possano riporre minore affidamento sul piano sia della solvibilità sia dell'attitudine a proseguire con continuità l'attività produttiva», Cass. 26 gennaio 2012, n. 1085, in *Dir. giust.*, 2012, fasc. 1, p. 126, con nota di L.G. Papaleo.

⁸⁷ Sulla tendenza della giurisprudenza comunitaria ad interpretare le norme tenendo conto, non soltanto della lettera delle stesse, ma anche del loro contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa in cui sono inserite, Corte giust. 18 maggio 2000, causa C-301/98, *KVS International*, in Racc. 2000, p. 3583; Corte giust. 6 luglio 2006, causa C-53/05, *Commissione/Portogallo*, in Racc. 2006, p. 6215; Corte giust. 16 ottobre 2008, causa C-298/07, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, in Racc. 2008, p. 7841.

tata il 9 dicembre 1989 («Carta sociale»), nei punti 7, 17 e 18 dispone, in particolare, che la realizzazione del mercato interno deve portare «ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea» (considerando n. 5). Nello stesso considerando, è previsto che tale miglioramento debba consentire, ove necessario, di sviluppare taluni aspetti della regolamentazione del lavoro, come le procedure per il licenziamento collettivo o quelle concernenti i fallimenti; e che sia necessario sostenere l'informazione, la consultazione e la partecipazione dei lavoratori, secondo modalità adeguate, tenendo conto delle prassi vigenti nei diversi Stati membri. L'informazione, la consultazione e la partecipazione devono essere realizzate tempestivamente, in particolare, in occasione di ristrutturazioni o fusioni di imprese che incidono sull'occupazione dei lavoratori.

Dalla elaborazione giurisprudenziale europea, peraltro, emerge complessivamente una significativa attenzione per il cosiddetto controllo della fattispecie, anche al fine di evitare applicazioni della direttiva in danno dei lavoratori, ovvero in sostituzione di normative inderogabili. Negli ordinamenti dove ciò sia previsto, inoltre, è anche consentito che i lavoratori esercitino una forma di diritto di opposizione alla cessione del contratto di lavoro in capo al cessionario. Il che conferma la centralità delle tutele nei confronti del lavoratore coinvolto da processi di modificazione della struttura delle imprese e smentisce, in una visione d'insieme del diritto comunitario, l'idea di un richiesto asservimento del diritto del lavoro nazionale a mere esigenze economiche, produttive ed organizzative delle imprese, attenuandone o, nei casi estremi, azzerandone il rischio⁸⁸.

A questo punto, l'intreccio elaborato dall'Europa tra modernizzazione, flessicurezza, tutele e valorizzazione del capitale umano assume un assetto più problematico di quanto non si sia voluto fare credere. In primo luogo, la condivisibile prospettiva della valorizzazione del capitale umano rischia di vincolare l'attenzione sulle professionalità più elevate, trascurando la sopravvivenza, ampiamente dimostrata dai dati numerici, di figure professionali ancora legate al modello tradizionale dell'operaio o impiegato della fabbrica fordista, o che di questi riproducono le condizioni di endemica dequalificazione⁸⁹. Sicché, sul piano dei numeri, il ri-

⁸⁸ M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, cit., p. 56.

⁸⁹ P. ICHINO, *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2007, p. 425 ss.

schio che quote elevatissime di lavoratori subordinati soccombano se travolti da fenomeni di esternalizzazione incontrollate, rimane molto alto. Il dato è dimostrato dai repertori giurisprudenziali, dove le esternalizzazioni, nonostante la recente legittimazione sul piano formale (peraltro, spacciata come necessario adeguamento alla normativa comunitaria⁹⁰), continuano a presentare ampi margini di illiceità, costantemente in bilico lungo la linea di confine con il persistente divieto di triangolazione fraudolenta.

Il tema, così impostato, interseca un altro aspetto compiutamente affrontato nei documenti europei, chiaramente orientati verso la predisposizione di «una sorta di statuto delle “responsabilità imprenditoriali interpositorie”»⁹¹. Sul punto il Libro Verde, forse in una prospettiva apparentemente incompleta, si sofferma sul problema dell'utilizzazione di lavoratori dipendenti in contesti di codatorialità ed indica, sia pure limitatamente ai sistemi di garanzie per i lavoratori coinvolti in catene di appalti e subappalti, come criterio orientatore, la fissazione di un «sistema di responsabilità congiunta e solidale dei contraenti principali nei confronti degli obblighi dei loro subappaltatori». Il polo della sicurezza è stato dunque declinato sotto forma di certezza dell'imputazione degli obblighi e degli oneri derivanti dall'utilizzazione della manodopera. E la sua enfaticizzazione a scapito della flessibilità (ampiamente garantita nei rapporti triangolari), è stata interpretata come una forma di sensibilità della Commissione. Questa prospettiva è stata certamente valorizzata dal Parlamento, che, infatti, la riprende nel paragrafo n. 62 della Risoluzione dell'11 luglio 2007, come linea primaria di impegno regolativo⁹². Qui compare un significativo richiamo alla Raccomandazione OIL n. 198 del 15 giugno 2006 sulla «relazione di lavoro», ed alle proposte ivi contenute sulla necessità di rendere più univoco e trasparente l'assetto delle relazioni lavorative. In merito, infatti, alla distinzione tra le possibili tipologie di collaborazione ed all'esigenza di definirne i tratti distintivi, sì da assicurare adeguati standard regolativi, l'OIL vi inserisce (anche) quello connesso all'individuazione di chi sia il responsabile, il garante della protezione e delle tutele,

⁹⁰ M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, cit., p. 47.

⁹¹ M. ESPOSITO, *Somministrazione di lavoro e rapporti interpositori nella nuova stagione comunitaria della flexicurity*, in L. Zoppoli-M. Delfino (a cura di), *Flexicurity e tutele*, cit., p. 113 ss.

⁹² Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro Verde, luglio 2007.

all'interno della relazione lavorativa. Sicché, negli orizzonti tracciati dal Libro Verde e dalla Risoluzione del Parlamento europeo, sia attraverso i richiami alle pratiche di decentramento, sia attraverso il riferimento alla fissazione di un quadro di responsabilità e garanzie chiaro ed uniforme, sembra possibile individuare una prospettiva antifraudolenta, come possibile direttrice di marcia del nuovo progetto riformista della Comunità Europea⁹³. La strada per prevenire l'abuso e la frode però è spesso tortuosa, perché presuppone sempre «una chiara identità dei principi di fondo». Nel diritto del lavoro italiano la recente legittimazione formale degli strumenti di dismissione della gestione diretta di quote di personale, che però permangono nel ciclo produttivo dell'impresa esternalizzante, impone oggi un maggiore livello di attenzione nella definizione di quel «quadro chiaro ed uniforme di responsabilità e garanzie»⁹⁴.

7. Esternalizzazioni delle relazioni di lavoro e modificazioni soggettive del rapporto di lavoro

L'indagine sui percorsi adottati dalle imprese per “esternalizzare” le relazioni di lavoro si è concentrata essenzialmente sul trasferimento di ramo d'azienda, seguito anche da un contratto di appalto, sul distacco e, conseguentemente, sul lavoro prestato all'interno dei gruppi d'impresa: quindi sulle esternalizzazioni attuate mediante il decentramento produttivo⁹⁵. La recente codificazione di questi istituti ne ha sollecitato l'analisi, anche in chiave storico-evolutiva. Nell'impostazione tradizionale del diritto del lavoro, i fenomeni di dismissione della gestione diretta del rapporto di lavoro subordinato e della sua circolazione sono stati analizzati dalla dottrina come forme di sostituzione del datore di lavoro, tradizionalmente inquadrate tra le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro, cioè delle vicende modificative che interessano i soggetti del rapporto⁹⁶.

⁹³ M. ESPOSITO, *Somministrazione di lavoro e rapporti interpositori nella nuova stagione comunitaria della flexicurity*, cit., p. 118.

⁹⁴ M. ESPOSITO, *Somministrazione di lavoro e rapporti interpositori nella nuova stagione comunitaria della flexicurity*, cit., p. 121.

⁹⁵ M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., p. 271 ss.

⁹⁶ M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, vol. I, *Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1972; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

Secondo una classificazione che va ancora apprezzata per la sua persistente attualità, la modificazione soggettiva comporta la mutazione dell'elemento soggettivo del rapporto giuridico, senza che questo sia alterato nei suoi elementi oggettivi.

Nel rapporto di lavoro, infatti, la rilevanza del soggetto si traduce, normalmente, in una particolare considerazione normativa della persona che conclude il contratto o che esegue la prestazione. Tale considerazione normativa, nei cosiddetti contratti *intuitus personae*, comporta l'elevazione della persona ad elemento essenziale del rapporto⁹⁷: in linea puramente teorica è possibile affermare che, quando la persona assume il ruolo di elemento essenziale del rapporto, l'esistenza e l'attuazione dello stesso non sono compatibili con modificazioni dell'elemento soggettivo considerato.

Com'è noto, l'*intuitus personae* è stato tipizzato e, secondo alcune ricostruzioni, vi sarebbero figure contrattuali nelle quali la speciale considerazione della persona di uno dei contraenti si sarebbe infiltrata nella struttura tipica del contratto. Tra queste figure contrattuali compare anche il contratto di lavoro subordinato.

Tradizionalmente, però, l'*intuitus personae* nel contratto di lavoro subordinato è stato coniugato *ex latere lavoratoris*⁹⁸. Mentre, l'individuazione soggettiva della figura del creditore di lavoro ha risentito di quel processo evolutivo del contratto di lavoro, dall'originario schema locativo all'autonomia di quel tipo contrattuale, storicamente collegato, almeno nell'impianto codicistico, allo statuto personale dell'imprenditore⁹⁹.

⁹⁷ Con il termine *intuitus personae*, infatti, si indica quella particolare considerazione in cui uno dei contraenti abbia tenuto la persona dell'altro. Tale considerazione, normalmente, è presente in ogni stipulazione contrattuale, quale motivo di generico affidamento; essa, tuttavia, approda al piano della rilevanza giuridica quando sia stata tale da avere determinato la volizione negoziale delle parti, o di una soltanto di esse, a tal punto che la sua mancanza avrebbe escluso il consenso delle stesse nella fase della conclusione del contratto. Si fa riferimento anche al contratto di agenzia, di mandato, di appalto, di comodato, di locazione, ecc. Sui contratti *intuitus personae*, in generale, A. CATAUDELLE, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Scritti per Santoro - Passarelli*, I, Jovene, Napoli, 1972, ora in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1991, p. 170 ss.; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Jovene, Napoli, 1974.

⁹⁸ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, cit., p. 86 ss. In giurisprudenza, infatti, hanno negato la possibilità che il lavoratore ceda il contratto di lavoro, Cass. 6 luglio 1982, n. 4017, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 924; Cass. 11 novembre 1983, n. 6701, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 2550; Cass. 24 novembre 1989, n. 5062, in *Notiziario giur. lav.*, 1990, p. 36.

⁹⁹ M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 159.

Una volta sostituito, dal punto di vista terminologico, il termine “imprenditore” con l’espressione “datore di lavoro” (la cui nozione si è sviluppata con l’affermazione dogmatica del contratto di lavoro subordinato, come autonomo tipo negoziale), la posizione soggettiva del creditore di lavoro subordinato è stata caratterizzata dall’esercizio di un’attività produttiva organizzata, nella quale un ruolo essenziale è stato attribuito all’impiego di prestazioni di lavoro subordinato.

Dietro la nozione di creditore di lavoro subordinato è così affiorata la rilevanza dell’impresa¹⁰⁰, e la posizione soggettiva del creditore di lavoro è stata qualificata in funzione dell’organismo produttivo, all’interno del quale si svolge il rapporto di lavoro. E’ importante precisare che la qualità di imprenditore designa la condizione professionale del soggetto con riferimento allo svolgimento di una determinata attività professionale, mentre la qualifica di datore di lavoro implica la titolarità di un complesso di situazioni giuridiche soggettive in relazione al rapporto di lavoro¹⁰¹.

Sicché, secondo un’impostazione ormai consolidata, «l’operazione di identificazione del datore di lavoro va compiuta sul terreno degli effetti tipici, connessi con il contratto, e riferita al momento del collegamento soggettivo delle situazioni giuridiche attive e passive, in cui si concretizzano gli effetti stessi». Pertanto, «la qualifica di datore di lavoro non è che un’espressione terminologica con cui si designa la titolarità di questo complesso di effetti». Sulla base di tali considerazioni, si è concluso che, poiché l’effetto tipico fondamentale del contratto di lavoro coincide con la costituzione del rapporto obbligatorio, dove si intrecciano le posizioni di debito e di credito nei confronti della prestazione, sarà datore di lavoro «il soggetto legittimato nella posizione di creditore, ed in tutte le altre situazioni giuridiche, attive e passive, che si dispongono funzionalmente intorno alla pretesa creditoria»¹⁰².

¹⁰⁰ M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 171, con i riferimenti alle ragioni politiche e giuridiche di questo processo di emersione dell’elemento organizzativo; sul punto, anche M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966; A. MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, in *Scritti giuridici in onore di Scialoja*, IV, Zanichelli, Bologna, 1953; L. RIVA SAN SEVERINO, *Il lavoro nell’impresa*, Utet, Torino, 1973; G. D’EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Giuffrè, Milano, 1958; G. MAZZONI, *L’azione sindacale e lo «statuto dei lavoratori»*, Giuffrè, Milano, 1974.

¹⁰¹ S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1943, pp. 217 e 255. Sulla nozione di imprenditore, in generale, G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989.

¹⁰² Le ultime tre frasi virgolettate sono di M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 200.

8. *Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro nel d.lgs. n. 276/2003*

E' osservazione comune, però, che l'individuazione soggettiva del datore di lavoro sulla base degli effetti giuridici che qualificano la posizione di creditore della prestazione lavorativa è entrata in crisi in una serie di situazioni di fatto in cui si verifica la dissociazione tra il soggetto creditore della prestazione e il soggetto beneficiario della stessa¹⁰³. Nel quadro di queste situazioni di fatto, il classico terreno elettivo della dissociazione tra creditore e beneficiario della prestazione di lavoro è stato riconosciuto nell'ambito del collegamento di società¹⁰⁴, dove il prestatore di lavoro, assunto da una società del gruppo, viene destinato a prestare la propria attività presso un'altra società collegata. In questa ipotesi, il distacco del lavoratore dà luogo ad una situazione di «divorzio (temporaneo) tra il soggetto datore di lavoro e quello che utilizza la prestazione», ed il suo spostamento da un'impresa ad un'altra comporta, normalmente, anche la modificazione del luogo di esecuzione della prestazione di lavoro, e l'attività esecutiva della prestazione è destinata a svolgersi fuori dai confini dell'organizzazione aziendale della società datrice di lavoro. A causa della natura temporanea del distacco, tendenzialmente richiesta dalla giurisprudenza ai fini della sua legittimità, l'impiego di un lavoratore si realizza presso un'impresa diversa da quella cui compete la qualifica di datore di lavoro: il che, formalmente, non incide sui termini soggettivi del rapporto e non determina il mutamento del soggetto creditore del lavoro. Il fenomeno in

¹⁰³ M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 200, che osserva come il fenomeno della dissociazione tra imputazione della fattispecie e legittimazione delle conseguenze giuridiche e quello dell'intermediazione abbiano reso insufficiente l'identificazione del datore di lavoro con colui che si contrappone a chi assume l'obbligazione di lavorare, e perfino l'identificazione del datore di lavoro con il soggetto che stipula il contratto, ovvero con colui che riceve semplicemente la prestazione.

¹⁰⁴ Tra gli scritti più risalenti, A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1959; G. BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Giuffrè, Milano, 1965; P. CIPRESSI, *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1967; O. MAZZOTTA, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, in *Lavoro e dir.*, 1988, p. 366 ss.; B. VENEZIANI, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1990, p. 609; L. AZZINI, *I gruppi aziendali*, Giuffrè, Milano, 1975; C. BELFIORE, *Impresa di gruppo e titolarità del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Collegamento di società e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 25 ss.; M.T. MAZZINI, *Rapporti di lavoro nel collegamento societario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, p. 536 ss.; G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1988, p. 203 ss.

questione, quindi, non altera dal punto di vista formale la dinamica originaria del rapporto di lavoro, la cui struttura ed il cui svolgimento, nella sua versione fisiologica, non sono mai apparsi incompatibili con la provvisoria destinazione del lavoratore a svolgere la sua attività in una organizzazione di impresa diversa da quella da cui è stato assunto. Esso, tuttavia, determina dal punto di vista sostanziale, una temporanea sostituzione della figura dell'originario datore di lavoro, con tutta una serie di conseguenze sul piano degli effetti tipici del rapporto di lavoro su cui si avrà modo di ragionare in seguito (*infra*, cap. IV).

Una situazione analoga a quella appena descritta si verifica nel settore degli appalti interni. Anche qui – sia pure in via non definitiva e verosimilmente, come nel caso del distacco, come conseguenza del potere direttivo dell'originario datore di lavoro – il lavoratore subordinato si trova a stretto contatto con un'ulteriore struttura organizzativa, diversa da quella imputabile a colui con cui ha stipulato l'originario rapporto di lavoro. Il fenomeno, a lungo minacciato dal divieto di interposizione di cui alla l. n. 1369/1960, ha assunto un rilievo giuridico autonomo se collegato al trasferimento di ramo d'azienda. Questo negozio va oggi considerato il primo movimento che le esternalizzazioni in senso stretto realizzano, per rinunciare alla gestione in proprio del segmento di attività produttiva che l'impresa intende esternalizzare, e cioè affidare ad altri. Tradizionalmente trattato come aspetto parziale dell'istituto del trasferimento d'azienda, inquadrato quest'ultimo nel fenomeno delle modificazioni soggettive del rapporto di lavoro, l'istituto del trasferimento di ramo d'azienda ha assunto una sua autonoma rilevanza giuridica ed una sua disciplina specifica, dapprima con il d.lgs. n. 18/2001, ed infine con il d.lgs. n. 276/2003. L'uso che di tale strumento è emerso dalle strategie esternalizzanti, soprattutto nel caso delle cosiddette «frammentazioni elusive»¹⁰⁵, ha riproposto il problema della sostituzione della figura del datore di lavoro, soprattutto quando il trasferimento di ramo d'azienda sia seguito dalla riacquisizione del servizio esternalizzato, mediante la stipula di un contratto di appalto con l'impresa cessionaria. Qui il lavoratore, assunto dal datore di lavoro esternalizzante, solo apparentemente assiste alla sostituzione di quest'ultimo a titolo definitivo, attraverso la cessione del contratto di lavoro al cessionario. Durante la fase della cosiddetta internalizzazione, infatti, egli tornerà a prestare la propria attività lavorativa alle dipendenze del cedente,

¹⁰⁵ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 5.

e nella sua organizzazione produttiva, anche se di lui non sarà più formalmente controparte contrattuale.

Tanto il distacco del lavoratore, nonché quello realizzato all'interno di un'impresa di gruppo, quanto il collegamento negoziale oggi descritto dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, rispondono alla medesima logica e costituiscono strumenti legalmente disciplinati per realizzare rinunce alla gestione di rapporti di lavoro dei quali si è stati o si è formalmente titolari. Nel distacco, il datore di lavoro mantiene, dal punto di vista formale, la posizione di controparte negoziale del lavoratore, di cui però dismette la gestione diretta dal punto di vista sostanziale. Con il trasferimento del ramo d'azienda il datore di lavoro cede ad altri la sua posizione di controparte negoziale nei confronti del lavoratore ceduto, per poi riacquisirne la gestione dal punto di vista sostanziale quando, attraverso il contratto di appalto, il lavoratore ritorna ad eseguire la prestazione di lavoro in suo favore.

Le fattispecie appena esaminate, peraltro, presentano tratti di specificità che le allontanano in misura considerevole da altre figure apparentemente affini.

Dal punto di vista giuridico, anche il trasferimento d'azienda comporta una sostituzione del datore di lavoro. Tuttavia, tale sostituzione assume la forma della successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro. È noto, infatti, che il subentro del cessionario dell'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. è stato concepito come (unico) strumento di tutela dell'occupazione. Quest'ultima risulterebbe irrimediabilmente compromessa dalla vicenda circolatoria del complesso aziendale, se l'ordinamento giuridico non avesse concepito la sopravvivenza dei contratti di lavoro tutte le volte in cui al cambiamento della persona del datore di lavoro si affianchi la permanenza del complesso aziendale. Si è correttamente osservato che le due figure del trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda, pur essendo tra di loro in un rapporto di genere a specie, sottendono problematiche profondamente diverse¹⁰⁶. E il meccanismo di sostituzione automatica del datore di lavoro, se nel caso del trasferimento d'azienda riesce perfettamente a soddisfare le esigenze di tutela del lavoratore ceduto unitamente all'intero complesso aziendale (in quanto egli, viceversa, rimarrebbe privo di alternative occupazionali), nel caso del trasferimento di una singola parte dell'azienda si presenta come un'arma a doppio taglio, rivelandosi in

¹⁰⁶ F. SCARPELLI, «Esternezzazioni» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, cit., p. 351 ss.

molti casi come una condanna ad estinguere il rapporto contrattuale con il cedente ed a proseguirlo con il cessionario che, sovente, rappresenta una controparte negoziale dalle caratteristiche dimensionali e occupazionali molto meno affidabili. Qui, alla sostituzione del datore di lavoro originario un'alternativa c'è, e consiste nel mantenimento del legame contrattuale con il datore di lavoro, ora cedente; ma, allo stato attuale, essa non è adeguatamente tutelata¹⁰⁷.

Quanto alla somministrazione di lavoro, il riconoscimento legale della separazione tra datore di lavoro ed effettivo utilizzatore della prestazione ha inibito una sua qualificazione in termini di "vicenda sostitutiva" del datore di lavoro. Sin dal momento dell'assunzione alle dipendenze dell'agenzia fornitrice il prestatore di lavoro è perfettamente consapevole della futura destinazione presso un'altra realtà produttiva e non subisce gli effetti negativi che il tema delle vicende sostitutive determinano sulla questione fondamentale della scelta della controparte contrattuale, o su quella del trattamento economico e normativo derivante dall'inserimento in una realtà produttiva diversa da quella originaria. La compresenza di un altro soggetto creditore della prestazione lavorativa, in altri termini, fa parte della struttura trilaterale del contratto di somministrazione *ab origine* e si presenta quale elemento caratterizzante della fattispecie¹⁰⁸. Peraltro, allo stato attuale, il sistema di tutele predisposto dal d.lgs. n. 276/2003 nei confronti del personale somministrato, pur presentando alcune ombre, nell'imporre una retribuzione non inferiore a quella del lavoratore dipendente dall'impresa utilizzatrice, a parità di qualifica e di posto di lavoro, sembra rispondere al principio di parità di trattamento, interpretato co-

¹⁰⁷ F. SCARPELLI, «Esternalizzazioni» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, cit., p. 351 ss.

¹⁰⁸ Sulla struttura trilaterale del contratto di somministrazione convergono le opinioni della dottrina dominante: tra i primi commenti (alcuni precedenti alla stessa riforma), M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti. Commento all'art. 2127 cod. civ.*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2000; R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 167; M. MISCIONE, *Sub artt. 4 e 5*, in M. Miscione-M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 157 ss.; M. RICCI, *La somministrazione di lavoro dopo la legge 30/2003 e lo schema di decreto legislativo*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppi (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema - Dalla l. 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 103 ss.; P. ICHINO, *Sub artt. 20-29*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro - D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 257.

me punto cardinale della relativa direttiva europea¹⁰⁹. Sicché, sotto lo specifico profilo di interesse affrontato in questa sede, in dottrina sembrano prevalere alcune analisi dell'istituto della somministrazione che, in modo condivisibile, delineano un quadro di garanzie e di tutele sufficientemente chiaro e preciso, accompagnato da una ponderata e definita distribuzione di poteri e doveri tra i soggetti datoriali, tale da sottrarlo al campo della presente indagine¹¹⁰.

9. *Selezione e mantenimento della controparte negoziale nel diritto civile: cessione del contratto; cessione d'azienda; trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*

L'analisi sin qui condotta ha mostrato i due aspetti problematici del lavoro esternalizzato che presentano, tra l'altro, alcuni punti di contatto tra loro. Il primo attiene ad un profilo di trasparenza e di certezza dell'imputazione degli obblighi e degli oneri derivanti dall'utilizzo di manodopera ed all'esigenza, emersa anche a livello comunitario, di rendere univoco e non nebuloso l'assetto delle relazioni di lavoro. Il secondo riguarda non solo l'individuazione del datore di lavoro, ma anche la plausibile aspettativa del lavoratore esternalizzato di mantenere ferma l'identità della propria controparte negoziale, durante il complessivo svolgimento del contratto.

Il tema della selezione e del mantenimento della controparte contrattuale, durante l'esecuzione del contratto, costituisce un aspetto centrale del diritto civile. Interpretata come una delle molteplici sfaccettature dell'autonomia contrattuale¹¹¹, la libertà di scegliere la persona del contraente, in virtù del rinvio generale alla legge *ex art.* 1374 c.c., può subire del-

¹⁰⁹ M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., p. 252. Alla direttiva comunitaria n. 08/104/CE, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, tra l'altro, è stata data recente attuazione con il d.lgs. n. 24/2012.

¹¹⁰ F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», INT. – 72/2009; I. ALVINO, *Profili problematici della distinzione tra appalto e somministrazione nella recente giurisprudenza*, in *Lav. giur.*, *Gli speciali*, 2010, p. 20 ss.

¹¹¹ Sul fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale, e sui limiti che questa incontra rispetto alla solidarietà o alla utilità sociale, M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 33 ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 3; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano,

le limitazioni¹¹². La legge, infatti, sovente interviene non tanto obbligando il soggetto nella scelta se contrarre o meno, quanto obbligandolo, qualora intenda addivenire al contratto, a stipulare con una data persona. E' il caso della prelazione legale (art. 732 c.c., cosiddetto retratto successorio; art. 230-*bis* c.c., in materia di impresa familiare; leggi nn. 590/1965, 817/1971, 2/1979, in tema di prelazione a favore dell'affittuario e del confinante che siano anche coltivatori diretti), nonché quello dell'assicurazione obbligatoria contro i danni da circolazione di autoveicoli o natanti a motore, potendo il loro proprietario contrarre solo con una delle compagnie di assicurazione autorizzate dal Ministero dell'industria (l. n. 990/1969, art. 8)¹¹³.

Costituisce manifestazione dell'autonomia contrattuale anche la cessione del contratto che, ai sensi dell'art. 1406 c.c., è il negozio mediante il quale il titolare di un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive, non ancora eseguite, (cedente) sostituisce a sé un terzo (cessionario), col consenso dell'altra parte¹¹⁴. Tale disciplina si presenta anch'essa fortemente condizionata dalla considerazione che l'ordinamento presta nei confronti della libertà di scegliere la persona del contraente. Invero, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ravvisano nel contratto di cessione un contratto plurilaterale, che si perfeziona con la necessaria partecipazione di tre soggetti: cedente, cessionario e ceduto¹¹⁵. Il consenso del contraente

1975, p. 515. In giurisprudenza, sostiene che l'autonomia contrattuale riceva una tutela costituzionale, in via indiretta, Corte cost. 21 marzo 1969, n. 37, in *Foro it.*, 1969, I, c. 781.

¹¹² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 1996, p. 737 ss.

¹¹³ In tema di prelazione, tali discipline, che trovano applicazione solo nel caso di alienazione a titolo oneroso ed indicano attraverso la legge la persona cui indirizzare la prima proposta di vendita. La libertà di selezione della propria controparte contrattuale torna a riespandersi in caso di mancata accettazione dei titolari del diritto di prelazione. Sul punto, G. BENEDETTI-L.V. MOSCARINI (a cura di), *Prelazione e retratto*, Giuffrè, Milano, 1988; E. PEREGO, *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, p. 158; G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 141. Sull'assicurazione obbligatoria, G. GENTILE (a cura di), *Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile degli autoveicoli e dei natanti*, Giuffrè, Milano, 1971.

¹¹⁴ Sulla cessione del contratto, in generale, A.M. BENEDETTI, *La cessione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1998; F. ANELLI, *La cessione del contratto*, in *Tratt. Contratti Rescigno*, II, in E. Gabrielli (a cura di), *I Contratti in generale*, 2006, Utet, Torino, p. 1309 ss.; G. DE NOVA, *La cessione del contratto*, in G. De Nova-R. Sacco (a cura di), *Il Contratto*, Utet, Torino, 1993, p. 699 ss.; A. FUSARO, *La cessione del contratto*, in M. Costanza (a cura di), *Effetti*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 217 ss.

¹¹⁵ In dottrina, la costruzione in termini di contratto plurilaterale risale a M. ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Cedam, Padova, 1951, p. 52.

ceduto, pertanto, rappresenta un elemento costitutivo della cessione e non una mera adesione all'accordo già perfezionato tra cedente e cessionario. La qualificazione del negozio di cessione in termini di contratto a struttura necessariamente plurilaterale discende dal rilievo secondo cui la cessione del contratto incide sulla posizione del contraente ceduto, il quale non potrebbe essere sottoposto ad una modifica della sua sfera giuridica senza manifestare il suo consenso in ordine ad essa¹¹⁶, atteso che ad essere trasferita è la titolarità della posizione contrattuale del cedente nel suo complesso e non le singole posizioni debitorie o creditorie che da questa derivano. Poiché, dunque, la cessione di un contratto con prestazioni corrispettive modifica anche la persona del debitore, non sarà possibile prescindere dal consenso del creditore ceduto¹¹⁷.

Il fenomeno della cessione del contratto è spesso disciplinato dalla legge speciale. Tuttavia, nel caso della cessione dell'azienda *ex art. 2558 c.c.*, nel caso di locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello abitativo, secondo quanto prescritto dall'art. 36 della l. n. 392/1978, nonché nel caso di successione nel contratto di locazione, prevista dall'art. 6, l. n. 392/1978, la legge prescinde dal consenso del contraente ceduto e la dottrina prevalente tende ad escludere che configuri una vera e propria cessione del contratto, bensì una successione *ex lege*¹¹⁸.

Unitamente ad altre ipotesi di cessione di contratto disciplinate dalla legge, anche nel diritto del lavoro il fenomeno della sostituzione del datore di lavoro derivante da fenomeni circolatori del contratto assume una

¹¹⁶ M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 680. Tale posizione viene condivisa oggi da tutta la manualistica di diritto privato tra cui, da ultimo, L. NIVARRA-V. RICCIUTO-C. SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 187 ss.

¹¹⁷ Ciò, a differenza della cessione del credito che, infatti, ai sensi dell'art. 1260 c.c., prescinde dal consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge. Sulla cessione del credito, in generale, e sulle differenze rispetto alla cessione del contratto, V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 49 ss.; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in A. Scialoja-G. Branca (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1982, p. 153 ss.; A.A. DOLMETTA, voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 323; F. ANELLI, *Cessione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 276; V. CARBONE, *Struttura e funzione del contratto di cessione*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, VI, Giappichelli, Torino, 2000; più recentemente, R. ALESSI-V. MANNINO, *La circolazione del credito*, Cedam, Padova, 2008.

¹¹⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 970, secondo cui, infatti, la disciplina della cessione volontaria non sarà applicabile nemmeno in via analogica alle fattispecie disciplinate dalla legge.

posizione molto complessa, anche per via della previsione legislativa della successione dell'imprenditore disciplinata dall'art. 2112 c.c.

Prima di questa disposizione, e per via della concezione personale del contratto di locazione di opere, la dottrina, in presenza di vendita del fondo o dell'officina, aveva riconosciuto al locatore di opere il diritto di rifiutarsi di prestare il lavoro al nuovo proprietario e di pretendere dal precedente il risarcimento dei danni, per cessata esecuzione del contratto per fatto del conduttore. La prosecuzione del contratto di locazione con il nuovo conduttore si sarebbe verificata o come frutto di un'esplicita patuizione tra il vecchio e il nuovo proprietario del fondo o dell'officina, o nel caso in cui le opere locate fossero state prestate più in favore del fondo o dell'officina che nei confronti della persona del proprietario.

L'assunto dal quale muoveva tale posizione dottrinale risiedeva nella convinzione che il contratto di locazione fosse stato stipulato dal locatore in considerazione delle caratteristiche personali del conduttore, in quanto lo stato di dipendenza che caratterizzava la posizione del locatore di opere rendeva il contratto estremamente sensibile all'evoluzione dell'identità personale del conduttore¹¹⁹.

La regola, poi codificata tra le consuetudini delle Camere di commercio in tema di impiego privato¹²⁰, secondo cui in caso di trasferimento della ditta, il rapporto prosegue, fatta salva l'iniziativa di scioglimento del contratto da parte del cedente, segnerà il definitivo superamento della concezione personale della *locatio operarum*, e della connessa garanzia della libertà individuale del locatore. Contestualmente, essa delineerà la prevalenza dell'interesse alla continuazione del rapporto rispetto all'interesse del lavoratore di fare valere la risoluzione del contratto per fatto volontario del datore di lavoro: il principio della continuità del rapporto di lavoro in caso di mutamento del titolare dell'impresa troverà la sua giustificazione oggettiva nell'esigenza di conservare l'integrità del complesso aziendale, in funzione della prosecuzione del processo produttivo.

¹¹⁹ L'inerenza delle prestazioni oggetto del contratto di locazione all'attività caratteristica del fondo o dell'impresa avrebbe, semmai, comportato un'attenuazione della regola del risarcimento del danno.

¹²⁰ Il principio verrà poi confermato dall'art. 11 della legge sull'impiego privato e dalla dichiarazione XVIII della Carta del lavoro. Sul punto, P. COGLIOLO, *Contratto di impiego privato* (Appendice), in *Scritti vari di dir. priv.*, I, Utet, Torino, 1917, p. 331; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II ed., Giuffrè, Milano, 1915, p. 77. Per l'evoluzione del quadro legale, sotto il profilo storico, che ha condotto alla formulazione dell'art. 2112 c.c., M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 252 ss.

A tale esigenza rispondono entrambe le disposizioni codicistiche in tema di trasferimento dell'azienda. Tanto l'art. 2558 c.c., quanto l'art. 2112 c.c., costituiscono, infatti, espressioni diverse del medesimo principio, in base al quale ogni modificazione soggettiva relativa alla titolarità del complesso aziendale si riflette sul complesso delle relative relazioni contrattuali. Al pari delle altre, i rapporti di lavoro verranno d'ora in poi attratti nell'organizzazione degli altri mezzi di produzione, favorendo quella nozione unitaria, sotto il profilo economico e giuridico, dell'organismo produttivo. Nella concezione corporativa, elementi patrimoniali ed elementi personali sono funzionalmente coordinati e vincolati ad una destinazione comune, in virtù della quale imprenditore e lavoratori subordinati cooperano per una superiore finalità sociale.

Nonostante la comune *ratio*, però, l'art. 2558 c.c. e l'art. 2112 c.c. presentano diversi profili di differenziazione su cui è necessario soffermare l'attenzione. E' vero, infatti, che entrambe le disposizioni prescrivono il subingresso nel rapporto contrattuale. Tuttavia, l'identità del congegno operativo sul piano tecnico non deve essere sopravvalutata, in quanto la diversità del contenuto dispositivo è funzionale alla realizzazione di interessi profondamente diversi ed impedisce una piena configurazione del rapporto di genere a specie tra le due disposizioni¹²¹.

L'analisi delle disposizioni contenute nell'art. 2558 c.c., e del loro rapporto con l'art. 1406 c.c., svela un delicato e complesso assetto di interessi a tutela dei quali sono preposti alcuni limiti all'effetto successorio nei rapporti contrattuali. L'art. 2558 c.c., infatti, costituisce norma dispositiva che determina un effetto successorio nel contratto, in assenza di una diversa volontà delle parti¹²². Alle parti è quindi rimessa la verifica dell'inerenza della successione nei contratti commerciali alla fattispecie costitutiva della cessione dell'azienda, in modo sostanzialmente analogo alla decisione che caratterizza la partecipazione al negozio di cessione del contratto *ex art.* 1406 c.c. Solo che, a differenza di quest'ultimo caso, nel

¹²¹ M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 261.

¹²² Sull'art. 2558 c.c., G.E. COLOMBO, *La cessione di azienda. Lineamenti generali*, in AA.VV., *Cessione ed affitto d'azienda alla luce della più recente normativa*, Giuffrè, Milano, 1995; U. MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2007; G. AULETTA, voce *Azienda. Diritto commerciale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 18; A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 513 ss. In giurisprudenza, Cass. 14 maggio 1997, n. 4242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 309; Cass. 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 774, con nota di F. GATTI, *L'azienda e l'universitas nell'autosilo*.

meccanismo disposto dall'art. 2558 c.c. tale effetto è naturale (non necessario), ed è paralizzabile ad opera dell'autonomia delle due parti della cessione dell'azienda. Sicché, mentre nella cessione del contratto la struttura plurilaterale concede il massimo livello di tutela all'interesse del contraente ceduto, al quale non è possibile imporre modifiche della sua sfera giuridica senza il concorso della sua volontà, la cessione del complesso aziendale prescinde dall'interesse del contraente ceduto. A costui viene concessa la mera facoltà di recesso, che opera come risoluzione del rapporto solo dopo che il subingresso si è verificato, e per giusta causa¹²³. Si tratta dunque di un meccanismo concepito ad esclusivo interesse delle due parti della cessione dell'azienda, con la sola limitazione della loro diversa pattuizione e del carattere personale dei contratti, che consente all'acquirente la possibilità di scegliere se essere o non essere parte di un contratto che per il cedente aveva natura di contratto personale.

Ad un livello diverso si colloca la disposizione lavoristica contenuta nell'art. 2112 c.c., in cui medesimo è l'effetto successorio nei contratti di lavoro subordinato. Tuttavia, qui la totale assenza di limiti, analoghi a quelli previsti nell'art. 2558 c.c., contribuisce a delineare il carattere imperativo della norma e la natura necessaria del subingresso dell'acquirente dell'azienda nella titolarità dei rapporti di lavoro. Il carattere necessario di tale successione, che opera *ope legis*, preclude ogni forma di sindacato ad opera delle parti sull'inerenza dei rapporti di lavoro con l'azienda oggetto della cessione. Tale collegamento tra complesso aziendale e rapporti di lavoro non è rescindibile ad opera delle parti del negozio, perché è stabilito *a priori* dalla legge, come è dimostrato dalla storia e dalla logica dell'art. 2112 c.c. Secondo una tesi ancora attuale, infatti, qualsiasi patto contrario tra le parti della cessione d'azienda che tendesse ad escludere i lavoratori o alcuni di essi dalla successione nei contratti sarebbe nullo perché *contra legem*, ex art. 1418, comma 1, c.c.

Da tale complessivo assetto emerge una posizione del lavoratore nella qualità di contraente ceduto del tutto peculiare. Nell'art. 2558 c.c., l'*intuitus personae* può assumere rilevanza ed integrare gli estremi della giu-

¹²³ Secondo un'interpretazione ormai consolidata e risalente, per giusta causa deve intendersi una modificazione delle condizioni oggettive dell'altra parte, dovuta alla sostituzione del titolare dell'azienda, tale per cui il contratto o non sarebbe stato concluso o lo si sarebbe concluso a condizioni diverse. In questo senso, G. AULETTA, *Dell'azienda*, in A. Scialoja-G. Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, cit., p. 57; ID., voce *Azienda. Diritto Commerciale*, cit.; F. GALGANO, *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1970, p. 85; G. FERRARI, voce *Azienda*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. IV, 1959, p. 680 ss.

sta causa per risolvere unilateralmente il contratto trasferito. Nella disciplina lavoristica del trasferimento d'azienda esso non riceve alcuna considerazione, e sull'interesse del lavoratore, nella qualità di contraente ceduto di un rapporto di natura personale, a risolvere il contratto unilateralmente, quando l'*intuitus personae* costituisca giusta causa di recesso, prevale l'interesse alla conservazione dell'attitudine produttiva del complesso aziendale che impone la continuazione dei contratti di lavoro¹²⁴. Si esclude così, in via definitiva, che la modificazione soggettiva nella titolarità dell'impresa possa incidere sulla prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario. Solo a seguito del d.lgs. n. 18/2001, questa possibilità verrà contemplata espressamente nel comma 4 dell'art. 2112 c.c., ma unicamente nel caso in cui il rapporto subisca delle modifiche sostanziali ed entro i tre mesi successivi al trasferimento dell'azienda¹²⁵.

¹²⁴ Solo nel caso in cui venissero modificate le condizioni della sua collaborazione si è ritenuto che il lavoratore avesse diritto alla risoluzione del contratto di lavoro subordinato, non già per il fatto del cambiamento del titolare dell'impresa, bensì per il fatto oggettivo della modificazione delle coordinate del contratto di lavoro. Tale modificazione prescindeva, però, dal trasferimento dell'azienda, ben potendo intervenire indipendentemente da esso e per altre ragioni, risolvendosi, di fatto, in una modificazione oggettiva del rapporto. Sul punto, L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, p. 443; L. DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, Unione tipografica-editrice torinese, Torino, 1956, p. 637.

¹²⁵ Secondo l'opinione prevalente, l'art. 2112 c.c., quindi, è stato introdotto, almeno per i primi anni successivi al 1942, per realizzare l'interesse del datore di lavoro cessionario a potere usufruire di un complesso di beni e persone compiutamente funzionante. Mentre, l'interesse del lavoratore alla continuazione del suo rapporto di lavoro con il cessionario rimaneva secondario, ben potendo quest'ultimo liberarsi dei lavoratori transitati con l'azienda con il solo onere del preavviso. E' di matrice giurisprudenziale il principio - derivante tra l'altro dall'intersezione della disciplina del trasferimento d'azienda con quella protettiva contro il licenziamento ingiustificato - in base al quale la cessione dell'impresa non può costituire valido motivo di licenziamento. Mentre, di provenienza comunitaria sono i principi che hanno poi consentito l'aggiornamento della disciplina per coniugare gli interessi delle parti del contratto, finalizzato al trasferimento dell'azienda con quelli dei lavoratori in esso coinvolti; e ciò, sia sotto il profilo collettivo (direttiva comunitaria n. 187/77/CE e l. n. 428/1990), sia sotto quello individuale (direttiva n. 98/50/CE e d.lgs. n. 18/2001). Gli ultimi due provvedimenti legislativi ricordati hanno provveduto a codificare principi già da tempo elaborati a livello giurisprudenziale interno e comunitario, per definire una maggiore tutela degli interessi dei lavoratori coinvolti in un trasferimento d'azienda, come si evince anche dalla stessa modifica della rubrica dell'art. 2112 c.c. (dal «trasferimento d'azienda» alla più garantistica formula «mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda»). In questo senso, V. LUCIANI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori nell'evoluzione dell'art. 2112 c.c.*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema - Dalla l. 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, cit., p. 562.

E' noto che, riguardo all'assetto di interessi realizzato dall'art. 2112 c.c., la dottrina ha costantemente messo in evidenza come la disposizione abbia rappresentato un'equilibrata soluzione capace di coniugare l'interesse commerciale all'integrità dell'intero complesso aziendale, completo di tutti i fattori della produzione, forza lavoro compresa, con l'interesse dei lavoratori al mantenimento dell'occupazione presso il nuovo imprenditore¹²⁶.

Tuttavia, l'irrelevanza dell'*intuitus personae* nella disciplina lavoristica delle vicende sostitutive del datore di lavoro costituisce una scelta di politica del diritto ben definita. Essa rappresenta una soluzione normativa espressione di una precisa ideologia, essenzialmente orientata a garantire, durante la circolazione dell'organismo aziendale, il collegamento tra le prestazioni di lavoro e gli altri elementi dell'organizzazione produttiva, sì da assicurarne la funzionalità economica ed il valore di scambio¹²⁷.

Si tratta però di un collegamento che ha trovato la sua ragion d'essere in un preciso momento storico, che ha comunque prodotto un immediato declassamento delle prestazioni di lavoro a semplici fattori della produzione, alla stregua delle altre componenti produttive dell'azienda.

Sicché, malgrado l'equilibrio complessivo di interessi garantito dalla regola codicistica abbia resistito fino a tempi recenti, come si vedrà, le esternalizzazioni delle relazioni di lavoro hanno mostrato la necessità di ripensare al principio dell'insensibilità delle vicende sostitutive del datore di lavoro nei confronti dell'identità, delle condizioni o delle qualità di costui, come controparte negoziale del lavoratore subordinato¹²⁸.

¹²⁶ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 219; L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, cit., p. 51, secondo cui la connessione tra rapporti di lavoro e organizzazione costituisce, nel codice civile, una tecnica dell'ordinamento per proteggere i lavoratori da una vicenda del datore di lavoro (il trasferimento dell'azienda) suscettibile di traslare interamente sul lavoratore i rischi del mercato, rendendo precaria la permanenza del vincolo contrattuale. Tale connessione produce l'effetto di neutralizzare il rapporto di lavoro rispetto alle vicende soggettive del datore di lavoro.

¹²⁷ M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 268 e M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 219, che legge l'art. 2112 c.c. come una norma che contraddice la nozione di datore di lavoro come parte contrattuale risultante dall'art. 2094 c.c., nonché come eccezione alla regola del mutuo consenso. Sul punto, anche A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 473 ss.

¹²⁸ F. SCARPELLI, «Esternalizzazioni» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, cit., p. 351 ss.

10. *Pluralità di datori di lavoro e tecniche di tutela: la “codatorialità”*

La progressiva diffusione di modelli organizzativi aziendali alternativi a quello classico ha fortemente incrementato l'espansione dei fenomeni sostitutivi del creditore della prestazione nel rapporto di lavoro, e ha accentuato l'esigenza di reperire strumenti per correggere la tendenza alla “mercificazione” del lavoratore, e di delineare un sistema di imputazione del rapporto di lavoro e delle connesse tutele quanto più possibile definito, certo e trasparente.

Tradizionalmente, il diritto del lavoro ha operato come diritto diseguale, con l'obbiettivo di proteggere un contraente debole, il prestatore di lavoro subordinato, nei confronti della sua controparte, il datore di lavoro, la cui identità, nella dimensione fisiologica del rapporto di lavoro, era destinata a rimanere tendenzialmente invariata durante l'intera esecuzione del contratto¹²⁹. Il contratto di lavoro, pertanto, nel suo assetto fondamentale, ha avuto carattere bilaterale¹³⁰, con l'obbiettivo principale di inserire la prestazione lavorativa in un contesto unitario, funzionale ad assicurare l'integralità del processo produttivo¹³¹.

Sullo sfondo, il divieto di interposizione di manodopera ha a lungo garantito, attraverso un apparato sanzionatorio particolarmente rigido, la coincidenza tra datore di lavoro formale ed effettivo utilizzatore del lavoro subordinato.

Le forme di sostituzione del datore di lavoro sin qui esaminate (trasferimento d'azienda e distacco, prevalentemente utilizzato nell'ambito del collegamento societario), si sono avvalse di meccanismi di governo dei fenomeni circolatori del rapporto di lavoro di carattere automatico, finalizzati, per lo più, a garantire il mantenimento dell'occupazione. Si è così innescato un processo di svalutazione dell'*intuitus personae* nel rapporto di lavoro, che ha determinato una sorta di scolorimento dell'identità personale del datore di lavoro: sempre meno la pretesa creditoria nei confronti della prestazione lavorativa ha riguardato la persona del creditore e sempre più essa è stata collegata agli interessi propri dell'organizzazione. Permane, cioè, il datore di lavoro nella qualità di parte del contratto, ma costui sempre di più si identifica come imprenditore che agisce sul mercato intrattenendo mol-

¹²⁹ C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 361.

¹³⁰ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 1.

¹³¹ R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 3 ss., spec. p. 4.

teplici transazioni commerciali con altre imprese¹³², e «alla tradizionale bilateralità della relazione di lavoro, si è sostituita una struttura triangolare o multipolare che sdoppia il datore di lavoro in molteplici figure»¹³³.

In questo senso, si è detto, i processi di segmentazione e di frammentazione dei processi produttivi hanno spostato i riflettori del diritto sulla figura del datore di lavoro e sulla sua corretta identificazione¹³⁴: nonostante il diritto del lavoro, storicamente, sia stato coniugato come diritto del lavoratore subordinato, da tempo si è assistito ad un processo di peculiare attenzione per la figura del datore di lavoro¹³⁵.

L'identificazione soggettiva del datore di lavoro è apparsa, quindi, una premessa logica imprescindibile per lo studio e l'approfondimento di quegli strumenti di tutela del lavoratore subordinato coinvolto da processi circolatori del suo rapporto di lavoro.

Il diritto del lavoro, però, salvo alcune eccezioni, non conosce una definizione espressa di datore di lavoro¹³⁶, né a livello nazionale, né a livello comunitario: essa, tradizionalmente, è stata individuata indirettamente, tramite la nozione di lavoro subordinato¹³⁷.

¹³² R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2000, p. 49 ss.

¹³³ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 204. Segnalano come il datore di lavoro si sia "materializzato" in una struttura complessa, frequentemente soggetta a travagliate evoluzioni, anche P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 3 ss.; G. FERRARO, *Il rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 234. Per l'individuazione dell'impresa come realtà dinamica, soggetta a continue evoluzioni, trasformazioni, riorganizzazioni, O. MAZZOTTA, *La dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, in E. Gabrielli-P. Rescigno (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2008, p. 915 ss.; M. GRANDI, *Fusione di società e trasferimento di azienda: problemi (irrisolti) di diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1998, p. 213 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 1 ss.; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 359.

¹³⁴ Sui riflessi delle nuove organizzazioni di impresa sul diritto del lavoro G. GIUGNI, *Una lezione sul diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1994, p. 203, che riferisce di «un vero e proprio processo di diluizione della funzione imprenditoriale».

¹³⁵ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 203.

¹³⁶ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 12.

¹³⁷ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 13; M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit.,

I più recenti studi sull'istituto della subordinazione¹³⁸ e sull'individuazione della figura del datore di lavoro¹³⁹, con riferimento alla riforma del 2003, hanno rilevato l'introduzione di discipline che hanno di fatto mutato la distribuzione dei poteri tipici del datore di lavoro, ovvero hanno esteso obblighi tradizionalmente propri del soggetto attivo del contratto di lavoro. La somministrazione di lavoro, l'appalto, il trasferimento d'azienda, il distacco, unitamente alle disposizioni in tema di salute e sicurezza del lavoro e di tutela antidiscriminatoria dei lavori atipici hanno inciso sulla nozione di datore di lavoro ed hanno rivelato una tendenza dell'ordinamento giuridico lavoristico ad indirizzarsi verso «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»¹⁴⁰. Da qui la nota proposta di introdurre, in alcune specifiche ipotesi, «vere e proprie forme di codatorialità», ovvero la possibile configurazione di più datori di lavoro nei confronti del medesimo lavoratore¹⁴¹.

Tra le linee di tendenza comuni che hanno caratterizzato la disciplina dei processi di decentramento produttivo negli stati europei ed extraeuropei, la “codatorialità” ha assunto un rilievo progressivamente dominante, nelle sue molteplici varianti, negli Stati Uniti, in Australia, in Francia, in Spagna, nel Regno Unito¹⁴².

p. 204; e, anche se secondo un'impostazione rovesciata, M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 374, per cui il datore di lavoro è «un elemento strutturale» della subordinazione.

¹³⁸ Sul tema la bibliografia è sterminata: per i contributi più recenti, si rinvia all'analisi di A. RICCOBONO, *Qualificazione del contratto e controllo della fattispecie nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011.

¹³⁹ Il tema ha costituito oggetto del XVI Congresso nazionale dell'Associazione Italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (A.i.d.l.a.s.s.), svoltosi a Catania dal 21 al 23 maggio 2009, «La figura del datore di lavoro – Articolazione e trasformazioni», in cui sono state presentate le relazioni pubblicate nel *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, di V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 1 ss. e di M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 203 ss.

¹⁴⁰ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., pp. 20-21. L'osservazione è riportata e condivisa da V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 26, ma con riferimento esclusivo alla disciplina in tema di sicurezza sul lavoro; mentre, per quanto riguarda le responsabilità solidali e la disciplina della somministrazione e del distacco, l'A. esclude che possa parlarsi di veri e propri datori di lavoro o di codatorialità.

¹⁴¹ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 27.

¹⁴² Per una puntuale ricostruzione di questa tecnica di tutela in termini comparatistici, si rinvia a V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 7 ss.; R. DE

L'intensità delle tutele può variare, ma in linea di massima essa si risolve in una forma di reazione dell'ordinamento giuridico alla "scomposizione" della figura del datore di lavoro, attraverso l'imputazione in capo a più soggetti del contratto di lavoro, a prescindere dalla titolarità formale dello stesso, a seconda delle caratteristiche concrete in cui esso si svolge nelle varie forme che il contesto multidatoriale può assumere. Ciò richiede almeno due condizioni: che la prestazione soddisfi interessi comuni a più soggetti; che il lavoro si svolga all'interno di organizzazioni integrate, secondo vincoli giuridici rispondenti a principi propri del diritto commerciale¹⁴³.

La "codatorialità" o "pluridatorialità", quindi, intesa come forma di contitolarità del rapporto di lavoro, è stata prospettata come un meccanismo utile ad affrontare alcune delle «complicazioni» del rapporto collegate alla diffusione del modello dell'impresa a rete, per risolvere quei problemi giuridici relativi all'esatta individuazione delle rispettive posizioni debitorie e creditorie causate dalla compresenza di più datori di lavoro¹⁴⁴.

Sicché, il campo elettivo della codatorialità è stato individuato nel collegamento negoziale che caratterizza le organizzazioni produttive o distributive integrate¹⁴⁵. Essa comporterebbe una sorta di compenetrazione tra contratto commerciale e contratti di lavoro, in modo che, pur in presenza di un unico contratto e di un'unica obbligazione lavorativa, ad un solo debitore di lavoro corrispondano più datori di lavoro, creditori della prestazione e debitori della remunerazione e delle obbligazioni ulteriori previste dalla legge o dalle fonti contrattuali. Tra costoro si instaurereb-

LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, cit., p. 3 ss.; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 29 ss., spec. p. 33; L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, cit., p. 57 ss. Al tema della «Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro» è stato dedicato, peraltro, il Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, tenutosi a Parigi, il 5-8 settembre 2006.

¹⁴³ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 13.

¹⁴⁴ In tema di "pluridatorialità", cfr. anche M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di ramo d'azienda*, cit., p. 73.

¹⁴⁵ I processi di integrazione tra imprese vanno ascritti al fenomeno della «disintegrazione verticale» dell'impresa tradizionale, quella, cioè, caratterizzata dalla concentrazione del processo produttivo in un'unica struttura e sostituita, invece, da una rete di imprese, ciascuna delle quali assume il compito di svolgere una fase del ciclo produttivo con lo scopo comune di realizzare un prodotto finito da destinare al mercato. Sul tema, diffusamente, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 32.

be una forma di responsabilità attiva e passiva ed il lavoratore, in base ai principi in tema di solidarietà, potrà pretendere le intere prestazioni nei confronti di ciascun debitore, il quale, dopo avere adempiuto, potrà rivaleersi nei confronti dell'altro¹⁴⁶.

11. Esternezzazioni e codatorialità

L'idea è suggestiva e certamente merita di essere approfondita. Essa, tuttavia, richiede alcune precisazioni.

Si è detto che l'ambito di applicazione della tesi della codatorialità trova il suo terreno elettivo in ipotesi di collegamento negoziale, che spesso costituisce il presupposto giuridico dell'impresa a rete, di quelle forme di organizzazione produttiva, cioè, che rappresentano anche l'*habitat* naturale delle esternezzazioni delle relazioni di lavoro.

Però, l'analisi della giurisprudenza in tema di gruppi di impresa¹⁴⁷ svela scenari non sempre convincenti. Si allude a quell'orientamento giurisprudenziale che, in parziale disapplicazione del consolidato principio dell'irrelevanza giuridica dell'unicità dell'impresa, in presenza di una pluralità di società, formalmente separate sotto il profilo soggettivo, ma facenti parte del medesimo gruppo¹⁴⁸, tende ad affermare l'esistenza del grup-

¹⁴⁶ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 64.

¹⁴⁷ O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, p. 263 ss.

¹⁴⁸ La regola secondo cui nei gruppi di impresa l'eventuale profilarsi di una "unicità di impresa" ha valenza meramente economica e non giuridica, inidonea a scalfire il principio della formale separazione soggettiva fra le società facenti parte del gruppo, ha origine nella dottrina commercialistica, su cui, da ultimo, G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Utet, Torino, 2004, p. 77 ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario. Tomo I. Le nuove società di capitali e cooperative*, Cedam, Padova, 2004. Nel diritto del lavoro essa ha trovato riconoscimento legale nell'art. 31 del d.lgs. n. 276/2003, in cui ai rapporti di collegamento e di controllo societario viene riconosciuta una rilevanza giuridica, al solo scopo di consentire la delega alla società capogruppo degli adempimenti connessi all'amministrazione dei rapporti di lavoro, i quali, però, non rilevano al fine dell'individuazione del soggetto titolare delle obbligazioni contrattuali o legislative in capo alle singole società datrici di lavoro. Sul tema, in generale, V. PINTO, *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Cacucci, Bari, 2005; ma già ID., *Il lavoro nei gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento?*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 456 ss.; F. LUNARDON, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di imprese*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. Carinci (diretta da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, Utet, Torino, 2007, p. 2076 ss.

po alla stregua di un complesso aziendale unico, come centro di imputazione unitario dei rapporti di lavoro. Tale tendenza, originariamente limitata a circoscritte ipotesi, per lo più collegate alla fattispecie della frode alla legge¹⁴⁹, ma progressivamente sempre più svincolate da quest'ultima¹⁵⁰, si è tradotta in un vero e proprio riconoscimento del gruppo di impresa come fenomeno fisiologico cui attribuire rilievo giuridico¹⁵¹, fino ad ammettere che ove la prestazione di lavoro venga utilizzata nell'ambito di un'unitaria struttura imprenditoriale e venga conseguentemente destinata agli scopi comuni del gruppo, essa debba essere imputata al gruppo, inteso come «unico centro di imputazione», o come «datore di lavoro unico»¹⁵².

La conseguenza è sicuramente apprezzabile in quanto, attraverso l'imputazione soggettiva dei rapporti di lavoro al gruppo, queste soluzioni svol-

¹⁴⁹ La rilevanza giuridica dell'impresa unica sottostante al gruppo è stata riconosciuta dalla giurisprudenza in frode alla legge, quando la frammentazione di una stessa attività di impresa fra più società separate sul piano formale fosse stata realizzata al solo scopo di smantellare i presupposti applicativi di tutele di carattere imperativo. «Complessi aziendali unitari», in luogo di singole società appartenenti ad un gruppo, sono stati riconosciuti come «centri unitari di imputazione dei rapporti di lavoro», ai limitati effetti del computo del requisito numerico selettivo della tutela reale del posto di lavoro (Cass. 18 aprile 1986, n. 2756, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1847; Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 740).

¹⁵⁰ Nel caso del licenziamento per motivi oggettivi e dell'obbligo del *repechage* (Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 1001); in caso di distacco del lavoratore nei gruppi di società (Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 860); in caso di cosiddetto prestito del lavoratore (sospensione del rapporto con il primo datore di lavoro e contestuale assunzione temporanea da parte di una consociata, con conseguente distribuzione delle responsabilità per i periodi di riferimento), al quale in presenza di ravvisata «unicità di impresa», viene applicata analogicamente la disciplina del distacco cosiddetto proprio (Cass. 5 settembre 2006, n. 19036, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 663).

¹⁵¹ A prescindere dall'intenzione fraudolenta delle parti, questa giurisprudenza richiede la presenza di alcuni indici rivelatori e, in particolare: l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; un certo livello di integrazione tra le diverse attività rese dalle varie imprese in funzione di un interesse comune; un unico soggetto che orienti le varie attività verso un interesse comune, attraverso un'attività di coordinamento (per lo più gerarchico) di carattere tecnico amministrativo e finanziario; l'utilizzazione delle prestazioni lavorative in via contemporanea da parte delle distinte imprese, nella misura in cui una stessa attività di lavoro venga resa in maniera indifferenziata e contestuale in favore di più imprenditori. Sul punto, più diffusamente, O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, cit., p. 263 ss.

¹⁵² Cass. 14 marzo 2006, n. 5496, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, p. 289; Cass. 15 maggio 2006, n. 11170, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 440; Cass. 14 novembre 2005, n. 22927, in *Mass. Foro it.*, 2005, p. 1953. Nella giurisprudenza di merito, anche Trib. Milano 25 giugno 2005, in *Riv. giur. lav.*, II, 2006, p. 97 e Corte app. Milano 21 giugno 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, p. 549.

gono un'importante azione sul piano della tutela dei lavoratori, sviluppando il più possibile la connessione dei rapporti di lavoro all'organizzazione produttiva, e quindi alla più ampia impresa di gruppo, anziché alla singola impresa titolare dal punto di vista formale del contratto di lavoro. Conseguentemente esse ampliano sensibilmente i confini della garanzia patrimoniale, estendendola alle capacità finanziarie dell'intero gruppo.

Tuttavia, al di là di questo, ogni qualvolta a tale giurisprudenza venga chiesto l'ulteriore sforzo connesso all'individuazione del soggetto al quale imputare la qualifica di datore di lavoro, il più delle volte, salva qualche isolata posizione, essa sorvola, spesso attraverso sovrapposizioni di concetti e nozioni («centro unitario di imputazione dei rapporti di lavoro», «impresa unica», «datore di lavoro unico») che richiederebbero ben altro approfondimento¹⁵³.

Ecco che, ad una più attenta analisi delle predette ricostruzioni giurisprudenziali, si perviene ad un duplice ordine di conclusioni. In primo luogo, nella maggior parte dei casi, la contitolarità del rapporto di lavoro da parte di più imprese coinvolte in un gruppo si risolve nel riconoscimento di una responsabilità solidale, di fatto desumibile altrimenti¹⁵⁴. In secondo luogo, qualsiasi approfondimento dottrinale che prenda le mosse dal citato orientamento sulla contitolarità finisce per concludere che essa non potrà che discendere da specifiche disposizioni di legge¹⁵⁵ o di contrattazione collettiva¹⁵⁶, oppure «utilizzando la tecnica dell'abuso di per-

¹⁵³ O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, cit., p. 279.

¹⁵⁴ Sulla solidarietà, quale principale tecnica di regolazione dei processi di decentramento produttivo, R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, cit., p. 25; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, cit., p. 33; L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, cit., p. 57 ss.; P. ICHINO, *Disciplina della segmentazione dell'impresa e del rapporto di lavoro*, in ID., *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 217 ss.

¹⁵⁵ Un'espressa disposizione di legge potrebbe, ad esempio, introdurre un'ipotesi legale di solidarietà che «consenta di apprezzare alla stregua di un complesso unitario le fattispecie del rapporto di lavoro e del controllo o del collegamento societario che nel mondo dei fatti sono solamente collegate». Così O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, cit., p. 288; sul punto, anche V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 72 ss.

¹⁵⁶ T. TREU, *Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1988, p. 641 ss.; A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano, 2001.

sonalità giuridica, connessa in linea generale alla violazione di presupposti formali»¹⁵⁷.

Non sempre, peraltro, in presenza di cogestione del rapporto di lavoro da parte di due imprese appartenenti allo stesso gruppo, la «imputazione congiunta» del rapporto di lavoro ad entrambe, ed il riconoscimento di una «obbligazione collettiva - con solidarietà passiva» riescono a garantire il medesimo risultato sul piano delle tutele nei confronti del lavoratore¹⁵⁸.

12. *Segue: codatorialità e subordinazione nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*

In ordine, invece, alla compatibilità della codatorialità con l'interpretazione classica dell'art. 2094 c.c., è stato osservato come dal contratto di lavoro discenda una struttura complessa. Il rapporto fondamentale è costituito dalle due principali obbligazioni: quella di lavoro e quella retributiva. A questo nucleo essenziale si aggiunge poi una serie di altre posizioni giuridiche, non riconducibili a quelle principali¹⁵⁹. Sono proprio que-

¹⁵⁷ O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, cit., p. 296. Nella dottrina commercialistica, T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. società*, 1958, p. 1153 ss.; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 553 ss.

¹⁵⁸ S. BRUN, *Sulla (ir)rilevanza del collegamento societario nel giudizio in ordine alla legittimità degli atti di gestione del rapporto di lavoro*, nota a Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 717. Nel caso affrontato dalla sentenza, infatti, solo il riconoscimento dell'imputazione in via esclusiva del rapporto di lavoro in capo alla società titolare formale del rapporto di lavoro poteva portare alla declaratoria dell'illegittimità del licenziamento, perché intimato da soggetto in realtà estraneo al rapporto di lavoro. Sottolinea la tendenza dell'ordinamento giuridico a dare rilevanza al collegamento economico funzionale tra imprese solo nei casi in cui ciò possa produrre un «effetto utile» per il lavoratore, C. ZOLI, *Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, nota a Corte giust. 10 settembre 2009, causa C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 524.

¹⁵⁹ F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957; G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Cedam, Padova, 1982; A. CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano, 1969; G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1982; I. MARIMPIETRI, *La "categoria" giurisprudenziale della fedeltà aziendale*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 992; M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Commento all'art. 2105 cod. civ.*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2000; E. FIATA, voce

ste posizioni, per così dire accessorie, che però impediscono una rappresentazione plurilaterale del rapporto di lavoro. Sarà pur vero, quindi, che la struttura del rapporto non esclude che una medesima attività lavorativa possa soddisfare contemporaneamente gli interessi di due o più datori di lavoro. Tuttavia, non sembra possibile escludere *a priori* che, in determinate situazioni, il rapporto contrattuale con un datore di lavoro prevalga sull'altro rapporto.

Si possono astrattamente ipotizzare, cioè, peculiari situazioni in cui gli interessi dei due datori di lavoro, anche se tendenzialmente coincidenti, possano divergere, esponendo il lavoratore alla scelta su chi tra i due interlocutori prediligere. Si pensi agli obblighi di fedeltà e di obbedienza (artt. 2104 e 2105 c.c.). Ma pure con riferimento all'esercizio dei poteri datoriali tipici, dalla casistica affrontata dalla giurisprudenza emerge che, anche qualora determinate prestazioni di lavoro siano destinate agli scopi comuni del gruppo, il relativo potere conformativo e direttivo non può che essere esercitato singolarmente da una sola delle consociate, sebbene non nel proprio limitato interesse, ma in funzione della strategia e dei risultati produttivi che accomunano le società del gruppo¹⁶⁰.

E' proprio la struttura complessa del rapporto di lavoro subordinato, quindi, che induce, ancora oggi, ad una costruzione binaria dello stesso, come recentemente confermato dalla giurisprudenza di legittimità. Tanto in tema di interposizione vietata *ex l. n. 1369/1960*, quanto in ipotesi di somministrazione irregolare *ex art. 27, d.lgs. n. 276/2003*, sono state escluse forme di responsabilità solidale tra interposto ed interponente nei confronti dei lavoratori, sostanzialmente utilizzati dal secondo, ma formalmente assunti dal primo. «Al fine di evitare ai danni del lavoratore un trattamento (sia sotto il versante economico che sotto quello normativo) ingiusto perché non corrispondente alle prestazioni rese e non parametrato sulla reale inserzione delle sue prestazioni nell'organizzazione produttiva dell'impresa, il legislatore si è attenuto al principio secondo cui il vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro

Fedeltà del lavoratore (obbligo di), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 2002; A. VISCOMI, «Quell'agile ritmo che l'azienda si aspetta»: qualità totale e diligenza del lavoratore, in *Dir. rel. ind.*, 1994, p. 23; M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 725.

¹⁶⁰ O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, cit., p. 296.

(datore di lavoro apparente) e prescindendosi da ogni indagine (che tra l'altro risulterebbe particolarmente difficoltosa) sull'esistenza di accordi fraudolenti (tra interponente e interposto)»¹⁶¹. Si tratta, secondo le Sezioni Unite, di un principio generale dell'ordinamento giuslavoristico, in base al quale «può considerarsi datore di lavoro solo colui su cui in concreto fa carico il rischio economico dell'impresa nonché l'organizzazione produttiva, nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione il lavoratore, e l'interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest'ultimo». In virtù di tale assioma, pare al momento doversi escludere, in relazione ad identiche prestazioni rese in uno stesso periodo di tempo da uno stesso lavoratore, la configurabilità di due diversi datori di lavoro quali controparti contrattuali e quali titolari delle varie posizioni giuridiche implicate dal rapporto di lavoro¹⁶².

Questa stessa impostazione sembra essere condivisa, a livello comunitario, in una recente sentenza della Corte di Giustizia¹⁶³. Il caso riguarda una complessa vicenda di esternalizzazione realizzata da un gruppo di società¹⁶⁴. La Corte esclude che, in un contesto che prevede una pluralità

¹⁶¹ Cass., S.U., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1011, con nota di M.T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, che ha infatti negato che la sanzione prevista per la violazione del divieto di interposizione implichi una concorrente responsabilità dell'interposto – datore di lavoro formale, che si affianchi a quella dell'interponente – datore di lavoro sostanziale per i crediti vantati dai lavoratori e dagli enti previdenziali e assicurativi. Nello stesso senso, già Cass., S.U., 22 ottobre 2002, n. 14897, in *Arch. civ.*, 2003, p. 147.

¹⁶² M.T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, cit., p. 1021; nonché, ID., *Utilizzazione e acquisizione indiretta di manodopera*, cit., p. 14 ss.; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto d'interposizione nel rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, p. 332 ss.

¹⁶³ Corte giust. 21 ottobre 2010, causa C-242/09, *Albron Catering BV c. Bondgenoten – Roest.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 470, con nota di E. AGOSTI, *Le garanzie previste per il trasferimento d'azienda operano anche a favore dei dipendenti stabilmente distaccati presso l'azienda ceduta*. Ma, sulla pronuncia, anche 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?*, *ivi*, p. 1286.

¹⁶⁴ La capogruppo (Heineken Nederlands Beheer BV, la "HNB") aveva distaccato permanentemente alcuni suoi lavoratori presso una delle società del gruppo (Heineken Nederland BV, la "Heineken Nederland"), che gestisce l'attività di ristorazione per il

di datori di lavoro, la direttiva imponga di privilegiare il datore di lavoro formale rispetto a quello che gestisce nei fatti il rapporto contrattuale, pur non disponendo del relativo contratto. Sicché, «se, in seno ad 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 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».

La soluzione evidentemente discende dalla rigorosa applicazione della nozione di «cedente», che nella direttiva viene identificato tramite il mero dato della perdita della qualità di datore di lavoro di lavoratori coinvolti dal trasferimento dell'attività economica. Il problema a questo punto diventa capire chi, in un contesto multidatoriale che sfrutta strutture di lavoro triangolari, come nel caso del distacco, in presenza di un'esternalizzazione di un'attività economica, presenti questo requisito.

E' vero che, come è stato osservato, la Corte prende atto della possibile «coesistenza» di più datori di lavoro nei gruppi di impresa¹⁶⁵, «uno avente rapporti contrattuali con i lavoratori, l'altro avente rapporti non contrattuali con essi»¹⁶⁶. Tuttavia, va posto in evidenza il modo in cui essa supera tale circostanza, attraverso un'attenta analisi della struttura del gruppo, caratterizzato dal permanente distacco di lavoratori formalmente assunti dal «datore di lavoro centrale», ma in realtà stabilmente utilizzati da altro datore di lavoro. In questo contesto, la Corte oltrepassa la apparente multidatorialità e seleziona un solo soggetto cui imputare il rapporto di lavoro. In tale selezione essa trascura la barriera formale del contratto di lavoro e guarda oltre, concentrandosi sulla reale consistenza del rapporto, svoltosi permanentemente alle dipendenze di colui il quale non detiene il relativo contratto. In definitiva, ad identica soluzione si sarebbe pervenuti in Italia, dove l'interprete, accertata l'ille-

personale nei vari siti del gruppo. La Heineken Nederland aveva a sua volta subappaltato le attività di ristorazione ad una società esterna al gruppo (la Albron), che esercita un'attività di fornitura pasti in tutto il territorio olandese, in particolare nelle mense aziendali, sia nel settore pubblico sia in quello privato.

¹⁶⁵ 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?*, cit., p. 1287.

¹⁶⁶ Corte giust. 21 ottobre 2010, cit., p. 31.

gittimità del distacco, posto in essere in violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, che richiede come requisito costitutivo la temporaneità, avrebbe dichiarato la costituzione del rapporto con il distaccatario, il quale trasferendo parte della sua attività economica, sarebbe rientrato nel campo di applicazione dell'art. 2112 c.c., nella qualità di datore di lavoro cedente¹⁶⁷.

Le due sentenze esaminate, lette insieme, confermano una certa corrispondenza tra i due livelli di disciplina delle esternalizzazioni. Sul piano comunitario, la sentenza della Corte di Giustizia conferma l'esigenza di un costante adeguamento ed aggiustamento degli strumenti finalizzati a «proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore», dovuto a modifiche della struttura delle imprese, come si afferma nei considerando della direttiva n. 01/23/CE del 12 marzo 2001¹⁶⁸. Sul piano nazionale, la giurisprudenza sembra offrire una lettura del dato normativo, in cui nonostante la liberalizzazione sul piano giuridico dei processi di esternalizzazione, insieme al superamento della classica ostilità nei confronti dei fenomeni interpositori, emerge anche la volontà del legislatore del 2003 di confermare l'illiceità di processi organizzativi animati (solo) da obiettivi fraudolenti o comunque idonei a turbare la trasparenza nell'imputazione dei rapporti di lavoro¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Così va letta anche Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, cit., dove viene confermata l'illegittimità del licenziamento di un lavoratore intimato dall'impresa indicata come datore di lavoro nel contratto di lavoro, ma di fatto priva della titolarità sostanziale del relativo rapporto, in virtù di un distacco realizzato a favore di altra impresa del gruppo. Ritiene che dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia emergano indicazioni di segno contrario alla considerazione unitaria del fenomeno dei gruppi di impresa, che sta invece «faticosamente» trovando qualche riconoscimento nella giurisprudenza italiana, C. ZOLI, *Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 524. Cfr. anche 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?*, cit., p. 1292, per cui la decisione comunitaria offre interessanti spunti «problematici con i quali un eventuale futuro sviluppo della prospettiva della codatorialità non potrà non misurarsi».

¹⁶⁸ Per il terzo considerando della direttiva n. 01/23/CE «occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurarne il mantenimento dei loro diritti». Sul punto, anche A. MARESCA, *Trasferimento d'azienda e gruppi di impresa*, cit., p. 201.

¹⁶⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 307 ss.

13. *Gli strumenti di tutela nella normativa del 2003: il mantenimento della dimensione contrattuale e bilaterale del rapporto di lavoro*

In realtà, assumere come presupposto «il venir meno del principio dell'unicità del datore di lavoro come regola sovrana di individuazione del datore di lavoro, di imputazione del rapporto e di conseguente allocazione del rischio»¹⁷⁰ e, dunque, scomporre e distribuire tra più parti contrattuali l'unicità della posizione datoriale rischia di essere fuorviante non meno dell'errata individuazione della posizione creditoria in colui che non detiene, di fatto, la titolarità del contratto di lavoro¹⁷¹. Il pericolo, a ben vedere, potrebbe essere quello di piegare gli istituti del diritto del lavoro a strumenti essi stessi di concorrenza e di competitività, promuovendo l'elaborazione di nuovi schemi contrattuali ancora più rispondenti agli interessi economici delle imprese. La configurazione giuridica della scomposizione di una parte del contratto di lavoro, diluendone l'identificazione quale centro autonomo di responsabilità, potrebbe avallare la creazione di nuove immunità dalle regole lavoristiche che, unitamente alla raffigurazione del datore di lavoro come portatore di una debolezza dovuta alla dipendenza economica nei confronti di un soggetto dominante sul piano dei rapporti di mercato, potrebbero proiettare importanti ripercussioni sul diritto del lavoro, svilendone la specialità¹⁷².

Sicché, come è stato osservato, «si può parlare di pluridatorialità o codatorialità solo in senso lato o atecnico», purché si tenga sempre presente che, almeno nell'analisi del dato legale, che peraltro sembra conferma-

¹⁷⁰ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 227.

¹⁷¹ L'opinione risale a G. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in L. Gaeta-A.R. Marchitello-P. Pascucci (a cura di), *Itinerari*, Franco Angeli, Milano, 1989, p. 231 ss.

¹⁷² M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 207. Il rischio è che l'allentamento dei confini del contratto, attraverso la moltiplicazione delle posizioni creditorie, possa esporre i lavoratori coinvolti da tali fenomeni a forme di abuso ulteriori rispetto a quelle sino ad oggi assecondate. Peraltro, poiché nelle fasi di transizione e di crisi, l'interprete si mostra particolarmente attento all'evoluzione dei fenomeni nuovi e delle figure socialmente emergenti, può accadere che egli trascuri la reale incidenza di fenomenologie non ancora del tutto assestate, e la conseguente sopravvivenza, «forse tuttora preponderante sul piano dei numeri», di rapporti di lavoro subordinato appartenenti al modello tradizionale. Segnala il pericolo di apprestare misure legislative «pressapochistiche» che rincorrono la mutevolezza sociale, senza tuttavia comprenderla del tutto, L. CASTELVETRI, *Contratto di lavoro e qualità totale*, cit., p. 432.

to dalla giurisprudenza e dalla sua capacità di elaborare rimedi, il datore di lavoro, nella qualità di creditore della prestazione, rimane uno soltanto, quello originario. A costui, semmai, si affianca un soggetto diverso, che non è creditore della prestazione, al quale sono state riconosciute alcune prerogative datoriali, ma solo nelle circoscritte ipotesi previste dalla legge¹⁷³.

La relazione contrattuale, quindi, rimane con un solo datore di lavoro, e solo sul piano delle tutele è possibile parlare di «tecniche di corresponsabilizzazione»¹⁷⁴.

La precisazione non è superflua, se è vero che, almeno per quanto concerne i fenomeni di esternalizzazione, i dati disponibili segnalano un importante calo del ricorso a forme genuine di *outsourcing*¹⁷⁵, ed anzi dimostrano l'incremento di fenomeni di *reinsourcing*, con il ritorno all'impresa principale di attività esternalizzate, dovuto, verosimilmente, dalle difficoltà organizzative di controllare la rete coordinata dei produttori¹⁷⁶.

Anche nel d.lgs. n. 276/2003¹⁷⁷, nonostante la liberalizzazione sul piano giuridico dei processi di esternalizzazione ed il superamento della tradizio-

¹⁷³ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, cit., p. 15.

¹⁷⁴ Così R. DEL PUNTA, *Le nuove regole dell'outsourcing*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, I, Cedam, Padova, 2005, spec. p. 635.

¹⁷⁵ P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., p. 209; V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, cit., p. 12.

¹⁷⁶ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 2, spec. nota 2, secondo cui la vulgata del definitivo superamento dell'impresa unitaria e concentrata non corrisponde alla situazione reale; nello stesso senso, R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, cit., p. 3 ss. La tendenza delle imprese ad esternalizzare per diminuire gli oneri economici, riconoscendo valore assoluto «alla imperativa 'regola' capitalistica dei costi» (U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., p. 75) è stata messa in discussione perfino dagli economisti, secondo i quali l'efficienza dell'impresa oltre che alla riduzione dei costi economici è collegata anche ad interventi di riqualificazione professionale manageriale tecnologica, nonché a scelte innovative di processo e di prodotto. Per un approfondimento su questa letteratura economica, V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, cit., p. 22.

¹⁷⁷ Rinviene una parallela tendenza dell'ordinamento ad estendere la nozione di datore di lavoro, oltre i limiti della titolarità formale del contratto, attraverso il collegamento che si instaura tra una persona fisica e giuridica e coloro che svolgono un'attività lavorativa a favore di tale organizzazione, nella disciplina specifica che il d.lgs. n. 81/2008 dedica agli appalti o ai contratti d'opera, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 15. E' lo stesso A., tuttavia, che riconosce come il superamento dei con-

nale ostilità nei confronti dei fenomeni interpositori, la struttura bilaterale del contratto di lavoro subordinato è stata confermata ed il riconoscimento legale delle più moderne forme organizzative dell'impresa¹⁷⁸ è stato accompagnato dalla predisposizione di un sistema inderogabile di garanzie a favore dei lavoratori coinvolti in tali fenomeni, che è tutto sommato ancora possibile interpretare in sostanziale linea di continuità con il passato¹⁷⁹.

Sotto questo profilo sembra possibile condividere l'opinione secondo cui nel rapporto tra tecniche di regolamentazione e scelte di politica del diritto l'ordinamento giuridico abbia optato per una risposta alle trasformazioni dell'impresa, non attraverso una riaffermazione delle tutele protettive classiche, ma nemmeno tramite una pura e semplice convalidazione dei nuovi assetti economici e produttivi¹⁸⁰. Certamente, già a partire dalla legge sul lavoro interinale, e poi con il riconoscimento legale della somministrazione, del distacco, delle esternalizzazioni tramite trasferimento di ramo d'azienda ed appalto, si è assistito ad un ripudio per una concezione dell'esternalizzazione e della connessa utilizzazione indiretta del lavoro altrui come disvalore o come rigida eccezione alla regola dell'imputazione del rapporto di lavoro esclusivamente a colui che ne usufruisce¹⁸¹. Tuttavia, la rappresentazione bilaterale del contratto di lavoro su-

fini della subordinazione, e la connessa estensione della responsabilità in capo al titolare di un'organizzazione siano dovuti essenzialmente al rilievo fondamentale che la Costituzione e l'ordinamento comunitario accordano alla tutela della salute e dell'integrità fisica e psichica del lavoratore subordinato.

¹⁷⁸ Si è sicuramente passati da un approccio di «tipizzazione negativa», che vietava qualunque forma di interposizione nelle prestazioni di lavoro ad una «tipizzazione positiva», che pur segnando i confini tra il permesso e il vietato, riconosce esplicitamente la possibilità di impiegare lavoratori assunti da altri, con esclusione della mera interposizione, nonché la facoltà di realizzare forme di parcellizzazione delle imprese. Così, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 237.

¹⁷⁹ A. BELLAVISTA, *Il nuovo testo dell'art. 32, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 276/2003 problemi di conformità alla direttiva comunitaria*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni dir. lav.*, n. 2, *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 183 ss.

¹⁸⁰ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 223.

¹⁸¹ In questo senso vanno letti: la permanenza, affermata dall'opinione dominante, del generale limite esterno del divieto di interposizione (per tutti, O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 274; P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 258; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto d'interposizione*

bordinato ha resistito e, semmai, il legislatore ha provveduto a razionalizzare la dislocazione funzionale dei poteri e delle responsabilità che normalmente risultano connessi in modo unitario presso un solo datore di lavoro¹⁸². La sua identità formale rimane una (nella somministrazione è datore di lavoro il somministratore, nel distacco è il distaccante, nell'appalto che segue un trasferimento di ramo d'azienda è l'appaltatore – cessionario del ramo dell'azienda e nuovo datore di lavoro dei lavoratori ad esso addetti) e non risulta frammentata, mentre i poteri che tipicamente gli si attribuiscono vengono suddivisi secondo canoni funzionalistici: a colui che stabilmente coordina il servizio di fornitura, o che gestisce l'appalto, o che è titolare del contratto di lavoro del distaccato, spetta il potere disciplinare, una quota di quello direttivo, il potere di recesso; a colui che si appropria direttamente della prestazione di lavoro, inserendola nella propria struttura organizzativa, viene riconosciuto il potere di dirigere la prestazione, il controllo sulle fonti di rischio ed il connesso obbligo di predisporre le misure per prevenirlo, nonché per garantire l'esercizio dei diritti collettivi.

Il sistema di tutele si chiude attraverso la predisposizione di meccanismi di responsabilità congiunta in relazione all'adempimento delle obbligazioni retributive e contributive ed in materia di diritti sindacali¹⁸³. Quanto alla parità di trattamento, dove è prevista, secondo l'opinione dominante, questa continua a rispondere al duplice obiettivo di impedire forme

nel rapporto di lavoro, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 129 ss.); la riproposizione di rigorosi requisiti soggettivi ed oggettivi di liceità della somministrazione di lavoro (essenzialmente, M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. Carinci-C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., p. 34; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 92); il mantenimento, nonostante l'evidente dilatazione dell'ambito di applicazione, di requisiti costitutivi da valutare oggettivamente nel trasferimento di parte dell'azienda (R. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2003, p. 63; A. MARESCA, *Commento all'art. 32*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 393).

¹⁸² Esclude che nella disciplina legale della somministrazione e del distacco possa configurarsi la codatorialità, anche V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 58: «in questi casi la legge non solo dice espressamente chi è titolare del contratto ma gli imputa gli effetti della subordinazione, limitandosi ad attribuire ad un altro soggetto alcuni poteri e responsabilità del datore di lavoro».

¹⁸³ Limitatamente a questi aspetti in dottrina si parla di forme di «codatorialità sostanziale»: così, R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, cit., p. 16.

di esternalizzazione legate solo a ragioni di risparmio sul costo del lavoro (e quindi secondo logiche economiche di tutela della concorrenza), e di realizzare in una determinata misura il principio di eguaglianza¹⁸⁴.

Questo assetto normativo ha orientato quel processo che è stato efficacemente definito come un «ritorno dal nesso materiale al nesso contrattuale», giustificando il reperimento di tecniche di tutela che in dottrina ed in giurisprudenza hanno determinato una «ripersonalizzazione» del rapporto, «vale a dire una riconsiderazione del datore di lavoro come parte del contratto, con una contemporanea rivitalizzazione delle tecniche civilistiche della relazione contrattuale»¹⁸⁵.

In quest'ottica sono state analizzate, soprattutto in giurisprudenza, le tecniche di tutela collegate al controllo della fattispecie, al recupero del consenso del contraente ceduto, al recesso dal contratto come reazione ad una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, e ad altre categorie tipiche del diritto dei contratti – come l'abuso del diritto, la frode alla legge, la buona fede – probabilmente in una rinnovata funzione sociale, ma sempre in linea di continuità con la tradizione giuslavoristica di riequilibrio di una situazione di disparità di potere.

Questa valorizzazione delle tecniche civilistiche della relazione contrattuale restituisce al contratto di lavoro subordinato la sua originaria missione, quella di svincolare la relazione di lavoro dal contesto organizzativo, consentendo una rappresentazione giuridica (e quindi dei limiti) dei poteri esercitati di fatto dal datore di lavoro all'interno di quella determinata struttura produttiva¹⁸⁶. A tale funzione oggi se ne aggiunge un'altra, se è vero che, come è stato sostenuto, è il contratto che permette la possibilità giuridica della disarticolazione dei poteri e delle responsabilità da-

¹⁸⁴ V. *infra*, cap. III, §§ 5 e 6.

¹⁸⁵ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 235.

¹⁸⁶ In questo *trend* sembra potersi rintracciare anche un affievolimento del processo di smaterializzazione dell'impresa che si presenta meno netto e definito di quanto possa apparire. Sul punto M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 235. Dall'impresa cioè si risale sempre ad un soggetto giuridico al fine di individuare un centro ultimo e definitivo di imputazione di obblighi e responsabilità, malgrado esso possa ben consistere in una persona fisica, giuridica, individuale o collettiva, come confermato dalla giurisprudenza esaminata in precedenza. Per il mantenimento dell'impresa come luogo di svolgimento del lavoro umano e di formazione dell'identità sociale della persona, oltre che di esercizio dei diritti, non interessata più di tanto, dal processo di smaterializzazione, M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 53 e 54.

toriali derivanti dai processi di decentramento delle attività produttive e di acquisizione indiretta della forza lavoro¹⁸⁷. Qui emerge tutta l'importanza dell'identità personale del titolare dell'organizzazione – controparte del contratto di lavoro subordinato, atteso che dal diritto di conoscere (nonché di scegliere e mantenere) chi sia effettivamente colui verso il quale far valere i diritti di cui si ha titolarità discende l'esercizio di tutti gli altri diritti connessi al rapporto di lavoro subordinato¹⁸⁸.

Tale tendenza, sotto altro profilo, mira a fornire una risposta alla diffusa esigenza, manifestata dal lavoratore subordinato esternalizzato o coinvolto in gruppi di imprese (e quindi distaccato o diversamente esternalizzato al loro interno), di mantenere la relazione contrattuale con un solo datore di lavoro (possibilmente quello originario). Così vanno lette le più recenti interpretazioni dei requisiti costitutivi del distacco, introdotti con la disciplina legale dell'istituto, che ne ha reso molto più rigido l'impiego. Il dato normativo ignora il consenso del lavoratore distaccato, e quindi ha sorretto le tesi sulla natura giuridica dell'istituto, ormai pacificamente ricondotto al potere direttivo del datore di lavoro distaccante (*infra*, cap. IV, § 10); ma ha appesantito con ulteriori e nuovi limiti il ricorso ad una figura tradizionalmente concepita come strumento di utilizzazione di lavoro altrui di dubbia legittimità¹⁸⁹.

Così va inquadrato anche l'ampio dibattito che, a livello dottrinale, ha tentato di introdurre nell'ordinamento giuridico italiano, come già in altri ordinamenti, un diritto di opposizione del lavoratore coinvolto dal trasferimento di ramo d'azienda alla cessione automatica del contratto di lavoro. Con il d.lgs. n. 276/2003 quella proposta non è stata presa in considerazione: il decreto, infatti, ha confermato, senza ampliarla, la mera possibilità di presentare dimissioni per giusta causa nel caso in cui, a causa del trasferimento del rapporto di lavoro al cessionario, il lavoratore subisca delle modifiche sostanziali peggiorative (art. 2112, comma 4, c.c., dopo il d.lgs. n. 18/2001, su cui *infra*, cap. II, §§ 13-15).

Ecco perché è possibile affermare come, allo stato attuale, i meccanismi di resistenza ai processi in esame siano sostanzialmente affidati al con-

¹⁸⁷ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 216.

¹⁸⁸ G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano, 1995.

¹⁸⁹ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 178; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta del lavoratore. Divieto d'interposizione e lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano, 2001.

trollo giudiziale della fattispecie, spesso entro la cornice residuale costituita dalla frode alla legge e, ove presente, alla mediazione sindacale.

14. *Contrattazione collettiva e decentramento produttivo*

Se affrontato dal punto di vista delle tecniche di tutela, il tema del governo sindacale dei processi di disarticolazione aziendale e della connessa deresponsabilizzazione delle imprese nella gestione delle relazioni di lavoro presenta complessità tali da impedirne, ad oggi, una trattazione unitaria sotto il profilo sistematico. Vi è, certamente, la tradizionale dialettica tra la dimensione individuale e quella collettiva della protezione degli interessi dei lavoratori, di cui i processi di ristrutturazione e riorganizzazione dell'impresa hanno rappresentato un osservatorio privilegiato¹⁹⁰. Inoltre, le più recenti forme di regolamentazione contrattuale dei fenomeni in argomento mostrano un'accentuata tendenza allo scollamento tra diritti dei singoli e istanze sindacali. E, dinnanzi alla scontata legittimazione dell'esigenza organizzativa posta alla base della scelta aziendale, l'atteggiamento del sindacato verso «dolorose mediazioni», che inducono a scegliere come male minore la difesa dell'interesse dei più contro quello di tutti¹⁹¹, ha recentemente assunto intensità tali da coinvolgere l'intero assetto delle relazioni industriali in Italia¹⁹².

Con specifico riferimento alle esternalizzazioni delle relazioni di lavoro, non sembra possibile, al momento, individuare una precisa linea di intervento sindacale. Spiccano, al massimo, specifiche vertenze emerse da vicende giudiziarie più o meno note¹⁹³, a volte riscontrabili nei repertori

¹⁹⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi e riorganizzazioni aziendali: interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, in *Lavoro e dir.*, 2008, p. 223 ss.

¹⁹¹ R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi e riorganizzazioni aziendali: interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, cit., p. 224.

¹⁹² Il riferimento è al caso Fiat, di cui si darà sinteticamente conto nelle pagine che seguono. Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, cit., p. 307, che ricollega idealmente alla visita di una delegazione di dirigenti Fiat presso alcune fabbriche automobilistiche giapponesi, l'inizio di «un diffuso processo di "esternalizzazione" di segmenti produttivi che investirà, nei decenni successivi, la grande industria italiana, nel tentativo di quest'ultima di far fronte, anche sul piano dei modelli organizzativi, alle sfide della competizione globale».

¹⁹³ Di recente, una massiccia esternalizzazione dei servizi di rete è stata annunciata dalla Wind, su *Il sole 24 ore*, dell'8 ottobre 2011, nonché da Unicredit, per l'esternalizzazione del ramo d'azienda delle risorse umane del consorzio dei servizi di gruppo, su *Il sole 24 ore*, del 7 aprile 2012.

giurisprudenziali, in cui il sindacato dimostra di avere preso atto, pur sempre in chiave antifraudolenta ed antielusiva della disciplina legale di riferimento, che sottesa ad apparenti ristrutturazioni aziendali vi sia la scelta di rinunciare alla gestione diretta di personale alle dipendenze dell'azienda. Non è, però, ancora emersa una strategia definita di consapevole intervento dinnanzi a scelte che producano forme di deresponsabilizzazione dell'impresa nei confronti dei lavoratori esternalizzati.

Sicché, anche sul versante sindacale, come da parte delle aziende, si assiste ad una parallela sovrapposizione tra strumenti di governo della crisi e della ristrutturazione dell'impresa e controllo ed orientamento dei fenomeni di esternalizzazione delle relazioni di lavoro. Quando cioè l'impresa adotta determinati strumenti giuridici distorcendone la finalità genetica, per realizzare obiettivi strategici diversi da quelli previsti dalla legge, il sindacato si muove lungo quello stesso binario, sfruttando gli spazi di intervento che l'istituto prescelto dall'impresa gli mette a disposizione, ma rimanendone imbrigliato entro i limiti che ne discendono.

Data, tuttavia, la costanza assunta dalle esternalizzazioni delle relazioni di lavoro come specifica strategia di impresa, sia pure nella molteplicità dei percorsi adottati, ed accolta la prospettiva suggerita di una loro ricostruzione unitaria, sembra ragionevole chiedersi se non sia ormai opportuno mirare alla costruzione di un sistema di reazione sindacale a tali strategie, autonomo e predefinito. Un apparato, cioè, che consenta alle parti sociali una visione di insieme del fenomeno, così come calato nello specifico contesto organizzativo e produttivo in cui esso si verifica, per meglio potere valutare l'esistenza di soluzioni alternative, le caratteristiche e le specifiche esigenze di ogni singolo lavoratore coinvolto nonché, soprattutto, la possibilità che la naturale aspirazione del singolo a selezionare o mantenere il proprio interlocutore contrattuale venga quantomeno presa in considerazione¹⁹⁴.

Sotto il profilo storico, costituisce un dato significativo il tradizionale atteggiamento di profonda ostilità manifestato dal soggetto collettivo nei confronti del decentramento produttivo, da sempre percepito e fronteg-

¹⁹⁴ L'indagine sugli ambiti di intervento dell'autonomia collettiva per «controllare» il fenomeno del decentramento produttivo, nonché sulla reale capacità di «aggredire tale fenomeno» per connettervi l'applicabilità delle tutele collettive dei lavoratori, ha tradizionalmente accompagnato lo studio delle strategie esternalizzanti: P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento*, cit., p. 281.

giato in funzione antifraudolenta ed antielusiva rispetto alle discipline di tutela. L'iniziale rifiuto sindacale nei confronti di una logica compromissoria con la controparte datoriale su questioni attinenti all'organizzazione dell'impresa e della sua produzione, evidente espressione di una dimensione fortemente conflittuale, ha dovuto cedere il passo ad una impostazione più partecipativa, descritta come svolta obbligata in ragione della crisi e della innovazione tecnologica della fine degli anni settanta¹⁹⁵. Da qui in poi i diritti di informazione e consultazione, inizialmente ignorati nel sistema legale, costituiranno un decisivo strumento di coinvolgimento del sindacato nelle vicende attinenti all'articolazione ed alla circolazione dell'azienda, fino a rappresentare, nel 1990, pur sempre sotto l'impulso comunitario, uno specifico istituto legale, dotato dell'esplicita sanzione dell'antisindacalità per la violazione degli obblighi di informazione ed esame congiunto in caso trasferimento d'azienda (art. 47, l. n. 428/1990).

Gli interessi di cui si fanno portatori i sindacati di fronte a fenomeni di riorganizzazione aziendale e del personale possono essere i più vari. L'esigenza di contrastare o comunque controllare le strategie di decentramento della produzione e del personale, in linea di massima, va ricollegata alla tutela delle sorti dei lavoratori, colpiti dalle conseguenze economiche delle decisioni aziendali, nonché, in via indiretta, alla protezione della propria posizione, fortemente compromessa dalla dispersione di lavoratori unitamente a quote del processo produttivo¹⁹⁶. E' di tutta evidenza, infatti, come la presenza del sindacato in azienda ed il connesso esercizio dei diritti e delle libertà sindacali siano fortemente collegati a precisi requisiti dimensionali espressi da quelle stesse unità produttive che le strategie aziendali fronteggiate mirano a ridimensionare, spesso con la precisa intenzione di indebolire le prerogative legali che da essi dipendono. Peraltro, ogni scelta che si traduca nell'allontanamento di uno o più lavoratori dall'originario luogo di lavoro finisce per incidere sul legame e sul senso di appartenenza alla sigla sindacale di riferimento, con inevitabili ricadute sul piano della rappresentanza e della rappresentatività sindacale.

¹⁹⁵ F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 213 ss.

¹⁹⁶ P. ZANELLI, voce *Decentramento produttivo*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, p. 227; ID., *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 125; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 27; P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit., p. 292; M. BIAGI, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1978, p. 316.

Più precisamente, la contrattazione collettiva dinnanzi ai fenomeni di esternalizzazioni delle relazioni di lavoro si è mossa lungo quattro diversi binari¹⁹⁷.

Un primo strumento è rappresentato da quelle clausole contrattuali volte a delimitare i confini del decentramento, affiancando ai limiti previsti dalla legge ulteriori vincoli, sotto forma di divieti di affidamento a terzi di specifiche funzioni produttive¹⁹⁸. Su una stessa linea di continuità si collocano quelle disposizioni contrattuali che introducono obblighi di informazione e consultazione a vari livelli, con l'obiettivo di delineare percorsi di governo del decentramento produttivo¹⁹⁹.

¹⁹⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi e riorganizzazioni aziendali: interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, cit., p. 224.

¹⁹⁸ Già nel rinnovo contrattuale del 1973 veniva introdotta nel contratto collettivo per le imprese metalmeccaniche private, una clausola che sanciva il divieto di appalto all'esterno concernente alcune specifiche attività, con l'evidente obiettivo di affidare al sindacato uno strumento di controllo sulle strategie di decentramento, per evitare possibili problemi occupazionali. Sul punto, in generale, F. CARINCI, *Sub art. 28*, in F. Carinci-B. Veneziani (a cura di), *Il contratto collettivo dei metalmeccanici. Commento al contratto collettivo nazionale 1° maggio 1976 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata*, Zanichelli, Bologna, 1978, p. 118. Pur poste nell'interesse dei lavoratori, clausole del genere pongono il problema della reazione delle organizzazioni sindacali dinnanzi all'inadempimento del datore di lavoro che conferisca in appalto fasi del ciclo produttivo, in violazione di suddetti divieti. La prassi ha mostrato tendenzialmente l'uso dei legittimi mezzi di lotta sindacale, e prevalentemente dello sciopero (v., ad esempio, il caso di Italsider, per cui si rinvia a AA.VV., *Sindacato e piccola impresa*, Bari, 1975, pp. 181 e 182). Nessuna obiezione investe invece la possibilità che il sindacato agisca con i normali strumenti protettivi offerti dal diritto civile (eccezione di inadempimento, diffida ad adempiere), sia pure con le difficoltà attinenti all'individuazione del danno effettivamente subito, ed alla sua quantificazione (in giurisprudenza, per il mero risarcimento del danno, Pret. Milano 3 agosto 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1297 e Trib. Milano 18 maggio 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2915). Alcuni dubbi, invece, erano sorti sulla possibilità che l'eventuale violazione di tali norme contrattuali potesse costituire condotta antisindacale, anche se ormai, in giurisprudenza, la tesi favorevole appare dominante: per tutte, Pret. Genova 15 maggio 1996, in *Notiziario giur. lav.*, 1996, p. 180. Va comunque segnalato come il problema dell'inadeguatezza dei rimedi giurisdizionali sia di fatto relativo, in quanto il valore di questi impegni contrattualmente assunti risiede più sulla loro osservanza spontanea, e dunque sui rapporti di forza espressi nel sistema di relazioni industriali, che sulla loro giustiziabilità in sede giurisdizionale. In questo senso, F. SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 112.

¹⁹⁹ Sull'informazione, in generale, A. PERULLI, voce *Informazione (diritti di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VII, Utet, Torino, 1992, p. 362; G.G. BALANDI, *L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 739; L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 254; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 28.

Poi vi sono le cosiddette clausole sociali²⁰⁰, che contengono l'obbligo di inserire nei contratti di appalto espliciti vincoli che fanno carico all'appaltatore di applicare ai propri dipendenti i contratti collettivi della categoria o affini²⁰¹; infine, nel caso di trasferimento d'azienda, le clausole che impongono l'obbligo di raggiungere accordi di armonizzazione²⁰², ovvero che prescrivono al cessionario l'obbligo di garantire il mantenimento dei livelli occupazionali e delle condizioni previste dal contratto collettivo del cedente²⁰³. Il problema di questi percorsi risiede però nella loro scarsa effettività: a monte, essi scontano alcune difficoltà di gestione per via della profonda eterogeneità degli interessi da coniugare, in quanto si assiste ad un forte coinvolgimento dei lavoratori dell'impresa esternalizzante e ad una partecipazione del personale dipendente dell'impresa decentrata molto debole²⁰⁴; a valle, si riscontrano invece significativi punti deboli dovuti alla difficile giustiziabilità delle relative clausole.

²⁰⁰ Su cui, diffusamente, F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, cit., p. 217; P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit., p. 103; P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento*, cit., p. 3 ss.

²⁰¹ Sulla natura delle clausole sociali, sembra prevalere l'opinione secondo cui si tratterebbe di clausole di natura mista, attraverso le quali il sindacato si approprierebbe di un potere di governo sul decentramento realizzato per il tramite dell'appalto. Anche per la violazione di queste clausole il sindacato potrà agire giudizialmente con l'art. 28, l. n. 300/1970, ma solo nell'ipotesi in cui la violazione della clausola direttamente determini una lesione delle prerogative o delle attività sindacali; mentre è pacifico che, ove questo non avvenga, il sindacato possa agire attraverso un giudizio ordinario per lamentare il mancato rispetto della clausola da parte dell'appaltante. La condotta omissiva dell'impresa appaltatrice che non garantisca l'applicazione del contratto collettivo, peraltro, determina la lesione di uno specifico diritto dei suoi dipendenti. Su tali clausole, diffusamente, E. GHERA, *Le cosiddette clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2001, p. 133.

²⁰² Contratti collettivi di armonizzazione che mirano a garantire la continuità dei trattamenti economici e normativi in atto al momento del trasferimento del ramo d'impresa per il personale che continuerà il proprio rapporto di lavoro presso il cessionario, ovvero che prevedono l'obbligo di estendere la disciplina collettiva che interverrà per il gruppo di imprese, hanno affiancato alcuni processi di esternalizzazioni di attività produttive della Fiat, dell'Alcatel Italia, della Canon, del Gruppo Italtel.

²⁰³ Come nel caso della ristrutturazione del Gruppo Standa, per cui, A. MARESCA, *Tutela collettiva e garanzie individuali del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in AA.VV., *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, Bancaria editrice, Roma, 1992, p. 179.

²⁰⁴ F. CARINCI, *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1990, p. 485 e G. GAROFALO, *Decentramento produttivo, impresa-rete e area contrattuale dei bancari*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, I, p. 71, che riferisce di una «mancata saldatura dell'azione sindacale ai due estremi del decentramento».

15. *Interessi individuali e interesse collettivo nella disciplina pattizia delle esternalizzazioni*

La questione più controversa infatti riguarda l'azionabilità di situazioni giuridiche soggettive attive in capo ai singoli lavoratori in caso, ad esempio, di violazione di clausole contrattuali che limitino la scelta datoriale di affidare in appalto o di esternalizzare un determinato segmento dell'attività produttiva. Preso atto dei dubbi sulla reale natura (obbligatoria²⁰⁵ o mista²⁰⁶) di tali clausole, secondo alcune posizioni, la norma contrattuale potrebbe essere interpretata come fonte di un'obbligazione a vantaggio dei lavoratori in ordine all'adozione di una determinata forma organizzativa. Sicché, una volta assunto contrattualmente, tale impegno, per quanto rivolto alla controparte sindacale, se violato, potrebbe inficiare la legittimità dei provvedimenti adottati nei confronti dei lavoratori, a seguito di una determinazione imprenditoriale in violazione della norma collettiva²⁰⁷.

Su un versante diverso si collocano le clausole contrattuali che disciplinano obblighi di informazione e consultazione, aggiuntivi rispetto a quelli già contemplati dalla legge. L'informazione e la consultazione, come si è visto, possono riguardare la decisione datoriale, ovvero gli aspetti attinenti all'attuazione di tale decisione nei limiti delle conseguenze che essa proietta nei confronti dei lavoratori. In entrambi i casi la mancata informazione o consultazione costituisce condotta antisindacale sanzionabile *ex art.* 28, l. n. 300/1970²⁰⁸. Va precisato, però, che il concorrente di-

²⁰⁵ G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Giuffrè, Milano, 1963.

²⁰⁶ Ancora G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, cit., p. 18, cui *adde* L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 284; D. BORGHESI, *Contratto collettivo e processo*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 97.

²⁰⁷ L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 290; A. LO FARO, *Sulla «legittimatio ad causam» delle rappresentanze sindacali aziendali*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2918; G. RIGANO, *La tutela individuale e le clausole collettive contenute nella parte obbligatoria del contratto collettivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 289. Emblematico, in questo senso, il noto caso del C.c.n.l. del settore petrolifero, 12 agosto 1986 e 3 agosto 1990, la cui clausola di limitazione dell'affidamento con appalto di non più del 50% del prodotto è stata interpretata come fonte di uno specifico obbligo nei confronti dei lavoratori in merito all'adozione di un certo assetto organizzativo. Secondo Cass. 5 settembre 2000, n. 11718, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 357, la violazione di detta clausola avrebbe causato l'illegittimità degli atti di gestione assunti in attuazione di tale scelta.

²⁰⁸ Su cui diffusamente, M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 33. Per la difficoltà che incontrerebbe il sindacato ad attivare gli ordinari

ritto del lavoratore singolo a fare valere, in via autonoma rispetto al sindacato le violazioni della procedura di informazione e consultazione di matrice contrattuale, non ha trovato un suo autonomo riconoscimento, in giurisprudenza. Sicché, si ammette un interesse individuale al corretto svolgimento della procedura prescritta dalla l. n. 223/1991²⁰⁹, nonché di quella stabilita per la Cassa integrazione guadagni²¹⁰, mentre si esclude che il singolo lavoratore possa invocare il mancato rispetto dell'informazione prevista da norme di contratto collettivo, per far valere la nullità della successiva attività negoziale del datore di lavoro. Secondo l'opinione

strumenti protettivi forniti dal diritto civile (eccezione di inadempimento, diffida ad adempiere, tutela di tipo risarcitorio), L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 286; C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992, p. 272; F. GUARRIELLO, *Sulla tutela giudiziaria dei diritti di informazione*, cit., p. 734. In senso parzialmente contrario, A. PERULLI, voce *Informazione (diritti di)*, cit., p. 362, secondo cui quando l'informazione presenta contenuti specifici sarebbe possibile azionare una tutela in forma specifica ex artt. 2931 c.c. e 612 c.p.c.

²⁰⁹ L'art. 5 della l. n. 223/1991 prescrive che la violazione della procedura sindacale prevista dall'art. 4 determini conseguenze anche sul piano individuale: il singolo lavoratore è dunque abilitato ad agire in giudizio per fare valere il vizio procedurale, su cui basare la domanda di reintegrazione nel posto di lavoro. Va segnalato che, invece, con specifico riferimento al trasferimento d'azienda la giurisprudenza, in assenza di riferimenti testuali, esclude l'esistenza del diritto dei singoli lavoratori a contestare l'inosservanza degli obblighi previsti dall'art. 47, commi 1 e 2, della l. n. 428/1990. Qui, l'interesse preso in considerazione dalle disposizioni è esclusivamente quello superindividuale di cui è portatore il solo soggetto collettivo. In questo senso, Cass. 22 agosto 2005, n. 17072, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 592.

²¹⁰ Cass., S.U., 11 maggio 2000, n. 302, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, p. 915, con nota di S. Liebman, secondo cui il vizio procedurale, presentando il carattere della plurioffensività, provoca conseguenze anche sulla sfera del singolo lavoratore coinvolto dalla procedura di sospensione, il quale risulta così titolare di un autonomo potere di impugnazione per ottenere la nullità della stessa. Nello stesso senso già Cass. 17 marzo 1998, n. 2882, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 119, con nota di A. PIZZOFERRATO, *Omessa comunicazione sindacale dei criteri di scelta dei lavoratori da porre in Cassa integrazione guadagni straordinaria e conseguenze sul piano dei rapporti di lavoro*. Cfr. anche Cass. 7 febbraio 2006, n. 2555, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 361 ss., con nota di M.T. SALIMBENI, *Ricadute individuali degli accordi sindacali in tema di C.i.g.s., diritto alle differenze retributive e relativa prescrizione*, che ha riconosciuto come destinatari dell'onere informativo sulle modalità attuative della sospensione oltre alle RSA e, in mancanza, le organizzazioni sindacali di categorie più rappresentative, anche i singoli lavoratori interessati. La mancata informazione ai singoli delle condizioni di attuazione della integrazione salariale o delle loro variazioni ha quindi comportato un vizio procedurale oggetto di autonoma impugnativa individuale, nonostante il sindacato fosse stato ritualmente informato. La sentenza è citata da R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi e riorganizzazioni aziendali: interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, cit., pp. 226-227, che assume nei confronti di questa tesi giurisprudenziale un atteggiamento molto critico, ritenendo come così sia stato arbitrariamente esteso il novero dei destinatari dell'informativa.

dominante, infatti, tali diritti di informazione costituiscono forme di contenimento dei poteri datoriali, in cui l'interesse soddisfatto è quello del sindacato ad esercitare attività di controllo preventivo sulle scelte del datore di lavoro che, però, rimane libero di adottarle, con specifico riferimento al loro contenuto²¹¹.

In linea di continuità con le posizioni giurisprudenziali appena esaminate, va inserito quell'orientamento, sostanzialmente prevalente, che tende ad escludere che l'iniziativa individuale possa mettere a repentaglio assetti di interessi faticosamente raggiunti dal sindacato. Riguardo a quest'ultimo profilo si sviluppa uno dei temi più dibattuti del diritto sindacale, massima espressione della dialettica tra individuale e collettivo, di cui le esternalizzazioni dei rapporti di lavoro, costituiscono uno degli angoli di visuale privilegiati.

Il riferimento è chiaramente ai cosiddetti accordi gestionali, in genere presupposti dalla legge, anche in sostituzione o deroga dei precetti legali (accordi di armonizzazione in caso di cessione di aziende *in bonis*; accordi deputati a disciplinare, anche in deroga, il trattamento di lavoratori addetti alle imprese in crisi coinvolte da un trasferimento; accordi per la definizione di criteri da adottare per la scelta di lavoratori da licenziare collettivamente), ed alla possibilità per il singolo che risulti penalizzato dalla scelta sindacale sottesa a tali accordi di dissociarsi.

Anche relativamente a tale tematica, prevale la sensazione che la soluzione ermeneutica prescelta sia fortemente condizionata da una precisa opzione in favore della prevalenza dell'interesse e della valutazione del soggetto collettivo sugli egoismi dei singoli, a meno di non volere mortificare ogni rilievo al ruolo del sindacato nella gestione dei processi di crisi²¹². Di questa tendenza costituiscono espressione entrambi gli orientamenti giurisprudenziali in tema di accordi gestionali: sia quello del cosiddetto «rinvio legislativo», sia quello del vincolo condizionante del potere datoriale²¹³.

²¹¹ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 34. *Contra* A. PERULLI, voce *Informazione (diritti di)*, cit., p. 261, secondo cui l'informazione preventiva costituisce comunque condizione per la legittimità della successiva attività contrattuale del datore di lavoro.

²¹² R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi e riorganizzazioni aziendali: interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, cit., pp. 228-229. Per tutti, L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, ora in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 302; O. KHAN – FREUND, *Labour and the Law*, Steven and Sons, London, 1972, p. 121.

²¹³ In generale, sull'efficacia del contratto collettivo di livello aziendale, da ultimo, F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *Giornale dir. lav. e re-*

16. Segue: il caso Fiat

La questione, peraltro, ha acquisito una rinnovata centralità nel dibattito dottrinale, a causa della nota vicenda Fiat²¹⁴, il cui ultimo atto è rappresentato dalla costituzione di nuove società (“NewCo”), che sono subentrate nella gestione degli stabilimenti di Pomigliano D’Arco e Mirafiori. Tale opzione presenta almeno due elementi di discontinuità rispetto al panorama sin qui delineato.

Da un primo punto vista, è interessante notare come l’operazione realizzata dal gruppo Fiat, da inquadrare, sotto il profilo tecnico, come una forma di esternalizzazione, propone un’insolita inversione di tendenza rispetto alle strategie aziendali perseguite da altre imprese di gruppo.

Invero, con un significativo livello di costanza, nell’esternalizzare quote del processo produttivo, e lavoratori ad esso addetti, l’impresa ha strumentalmente invocato l’art. 2112 c.c., di cui ha solitamente apprezzato l’effetto automatico del passaggio dei lavoratori da trasferire presso un’altra impresa sua controllata, così sottraendosi alla disciplina generale in tema di cessione del contratto, che richiede il consenso del contraente ceduto. Fiat, invece, pur con l’obbiettivo di trasferire la titolarità dei con-

lazioni ind., 2012, p. 1 ss.; P. TOSI, *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 363 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *L’evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, p. 16 ss.; F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, p. 40 ss.; G. PROIA, *Il contratto collettivo “fonte” e le “funzioni” della contrattazione collettiva*, in *A.i.d.l.a.s.s., Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002; ID., *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Giuffrè, Milano, 1994. Sul punto, anche A. LASSANDARI, *La contrattazione e il contratto collettivo*, Ediesse, Roma, 2003; ID., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, cit.; M. CORTI, *Le modifiche in pejus delle condizioni individuali di contratto nelle ristrutturazioni d’impresa in Italia: gli spazi dell’autonomia individuale e di quella collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 413 ss. Dopo l’art. 8 della l. n. 148/2011, A. GARILLI, *L’art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”* - 139/2012, p. 7 ss.

²¹⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 113 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *I contratti collettivi della Fiat di Mirafiori e Pomigliano*, *ivi*, p. 161 ss.; P. TOSI, *Riflessioni su soggetti ed efficacia del contratto collettivo*, *ivi*, p. 189; F. CARINCI, *Se quarant’anni vi sembran pochi: dallo Statuto dei lavoratori all’Accordo di Pomigliano*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”* - 108/2010; A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”* - 124/2011; G.P. CELLA, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e “fallimenti” nelle culture sindacali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2011, p. 103 ss.; nonché, in generale, F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori. La cronaca si fa storia*, Ipsoa, Milano, 2011.

tratti di lavoro in forza presso gli stabilimenti di Pomigliano e Mirafiori, esclude l'applicazione dell'art. 2112 c.c., per eludere un'altra conseguenza di tale disciplina, collegata alla necessaria estensione del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato, sino alla data del trasferimento, presso lo stabilimento cedente.

La conseguenza di tale articolata costruzione è stata duplice. Da un lato, sotto il profilo individuale, la successione nella titolarità dei contratti di lavoro subordinato è stata garantita, tramite la cessione di ogni singolo contratto di lavoro. Il consenso del singolo lavoratore alla cessione del contratto di lavoro *ex art.* 1406 c.c., è stato acquisito in due momenti: dapprima, attraverso il referendum, volto a sondare l'orientamento dei lavoratori «sull'impossibile alternativa investimento/dismissione», la cui natura è stata perfino definita «ricattatoria»²¹⁵; poi, mano a mano che essi saranno chiamati, attraverso l'adesione individuale. Ma anche qui, secondo alcuni, è difficile configurare un consenso libero, dinnanzi ad una scelta obbligata, per via della mancanza di un'alternativa valida alla riassunzione presso la "NewCo". Sul piano individuale, viene così paralizzata l'applicabilità del comma 4 dell'art. 2112 c.c., in quanto si preclude al lavoratore che subisca «una sostanziale modifica» delle condizioni di lavoro il ricorso alle dimissioni di cui all'art. 2119, comma 2, c.c. Si consideri che, secondo una tesi, anche una lettura non approfondita di entrambi gli accordi mostra come l'apparente garanzia retributiva e dell'inquadramento celi, in realtà, significative minacce alla tutela della professionalità²¹⁶.

Dall'altro, sul piano collettivo, l'elusione dell'art. 2112 c.c. ha inibito la possibilità di invocare l'estensione della disciplina collettiva applicata in precedenza nei due stabilimenti, dove è stato stipulato un nuovo contratto (sostanzialmente di secondo livello, ma che le parti definiscono di primo livello), con condizioni nettamente peggiorative. Sotto altro profilo, contratti aziendali, stipulati da tutte le sigle sindacali, ad eccezione della Fiom, hanno prodotto l'effetto di escludere la Cgil, sindacato maggior-

²¹⁵ A.R. TINTI, *Fuga dalle regole: la disciplina dei trasferimenti d'impresa alla prova del caso Fiat*, in *Lavoro e dir.*, 2011, p. 391 ss.; v. anche, P.G. ALLEVA, *Una NewCo per aggirare la Fiom*, in *Il Manifesto*, Supplemento, 28 gennaio 2011.

²¹⁶ M. BROLLO, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 1095. Si legge nell'accordo di Pomigliano che «a fronte di particolari fabbisogni organizzativi, potrà essere richiesta ai lavoratori, compatibilmente con le loro competenze professionali, la successiva assegnazione ad altre posizioni di lavoro». Per le altre criticità, non necessariamente collegate alla professionalità, E. BALLETTI, *La questione "assenteismo" nell'accordo Fiat 15 giugno 2010*, in *Dir. merc. lav.*, 2010, p. 413 ss.

mente rappresentativo del settore, dal godimento di tutti quei vantaggi e prerogative sindacali in azienda, a cominciare dalla possibilità di costituire proprie R.s.a., in forza di quanto disposto dall'attuale versione dell'art. 19, l. n. 300/1970, dopo il Referendum dell'11 giugno del 1995.

E' su questi aspetti che si sono concentrate le osservazioni critiche della dottrina, sin dalle prime letture degli accordi. I rilievi hanno riguardato essenzialmente l'indisponibilità della disciplina contenuta nell'art. 2112 c.c.²¹⁷, nonché l'incerta natura dell'accordo collettivo del 29 dicembre 2010 tra Fiat e Fim, Uilm, Fismic e Ugl, definito dalle parti di I livello, ma di fatto siglato da un solo datore di lavoro, e non da una parte datoriale collettiva, comunque, non destinato a svolgere la funzione classica di contratto collettivo nazionale²¹⁸.

E' attorno a questi due rilievi che la "vertenza" Fiat ha trovato le prime soluzioni giurisprudenziali²¹⁹. E malgrado sia successivamente intervenuto l'art. 8 della l. n. 148/2011²²⁰, si è a lungo dibattuto sulla questio-

²¹⁷ La fattispecie legale disciplinata dall'art. 2112 c.c. opera obbiettivamente al ricorrere dei presupposti descritti dalla disposizione: sarà, dunque, difficile in presenza di una successione nella titolarità di un'attività economica organizzata e dei beni e fattori produttivi ad essa preordinati (ivi compresa la forza lavoro) sostenere che trasferimento d'azienda non vi sia stato. Sul punto, tra i molti, A.R. TINTI, *Fuga dalle regole: la disciplina dei trasferimenti d'impresa alla prova del caso Fiat*, cit., p. 392; G. FERRARO, *Le relazioni industriali dopo Mirafiori*, in *www.cgil.it*, 2011; V. BAVARO, *Dall' "archetipo" al "prototipo" nella vicenda Fiat: nuove questioni giuridico-sindacali*, in *www.cgil.it.*, 2011.

²¹⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *I contratti collettivi della Fiat di Mirafiori e Pomigliano*, cit., p. 162.

²¹⁹ La questione, come è noto, è stata sottoposta al Tribunale di Torino con un'azione di antisindacalità, proposta non *ex art.* 28, l. n. 300/1970, ma in via ordinaria. La tesi della Fiom in merito alla natura antisindacale dell'operazione Fiat attiene all'attuazione di un'operazione di subentro surrettizio tra due società del Gruppo Fiat, una presunta cedente e l'altra presunta cessionaria dello stabilimento G.B. Vico, eludendo i vincoli dell'art. 2112 c.c., con l'obbiettivo antisindacale di sostituire il C.c.n.l. metalmeccanico del 2008, nonché l'Accordo interconfederale del 1993, con i contratti collettivi, di "primo livello" stipulato da Fiat il 29 dicembre 2010, e di "secondo livello" stipulato da Fabbrica Italia Pomigliano il 17 febbraio 2011. Il Tribunale ha però evitato di prendere posizione sulla violazione dell'art. 2112 c.c., in presenza di una classica vicenda di trasferimento di ramo d'azienda, ritenendo la questione irrilevante ai fini del giudizio sulla antisindacalità della condotta, in quanto rilevante solo «sul piano dei diritti dei singoli lavoratori operanti nel sito, ove esclusi dalla nuova società». Così, Trib. Torino 14 settembre 2011, n. 2583, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1360, con nota di R. DEL PUNTA, *Del gioco e delle sue regole. Note sulla «sentenza Fiat»*.

²²⁰ A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit., pp. 7 e 10; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 129/2011, p. 12.

ne della vincolatività²²¹ degli accordi di secondo livello nei confronti di lavoratori iscritti al sindacato dissenziente o non iscritti a quelli firmatari degli accordi medesimi²²². Ancora una volta, quindi, la tradizionale tensione tra interessi collettivi e individuali emergenti dai processi riorganizzati aziendali²²³, pone il problema se, sul piano della politica del diritto, possa avere un senso tentare un parziale recupero della autonomia individuale; se esista, cioè, sul piano delle fonti, uno spazio di governo dei processi di riorganizzazione aziendale, affidato all'autonomia individuale²²⁴.

E' un terreno quest'ultimo su cui tornano a scontrarsi impostazioni le cui distanze appaiono irriducibili. Rimane però significativo che proprio dinnanzi alla dubbia maturità dell'attuale diritto del lavoro a diventare «meno eteronomo e meno collettivo o, se si preferisce, più autonomo e più individuale»²²⁵, la consueta prudenza nella valorizzazione dell'auto-

²²¹ F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – 133/2011; G.P. CELLA, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e "fallimenti" nelle culture sindacali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2011, p. 103 ss.

²²² A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, cit., p. 8 s.; R. DEL PUNTA, *Del gioco e delle sue regole. Note sulla «sentenza Fiat»*, cit., p. 1430; R. DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima ricognizione*, cit., p. 115, che riconosce come l'operazione commerciale realizzata dal gruppo Fiat, ed in particolare la creazione di nuove compagini societarie non aderenti alle associazioni datoriali, sia stata voluta per consentire ai nuovi accordi una efficacia soggettiva generalizzata che risolvesse il problema della inopponibilità delle clausole in deroga ai lavoratori non iscritti ai sindacati non firmatari. Se costoro fossero rimasti alle dipendenze di un'impresa aderente a Federmeccanica avrebbero potuto pretendere l'applicazione del C.c.n.l. del 2008.

²²³ E' evidente che, con l'uscita di Fiat dal sistema contrattuale tradizionale, una volta che l'unica regolamentazione contrattuale disponibile, anche di primo livello, è rimasta quella sottoscritta direttamente dal datore di lavoro con alcune organizzazioni sindacali, l'unica strada percorribile per i lavoratori è quella di accettare quella regolamentazione collettiva, oppure non averne alcuna, con le conseguenze deteriori che si possono immaginare. La questione dell'efficacia soggettiva e della validità delle deroghe aveva trovato alcune sia pure parziali risposte nell'Accordo del 28 giugno 2011, nonché (per quanto discutibili) nell'art. 8 della l. n. 148/2011, su cui A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit., p. 4; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, cit., p. 8; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit., p. 14.

²²⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi e riorganizzazioni aziendali; interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, cit., p. 224.

²²⁵ M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1991, p. 455 ss.

nomia individuale, si trasformi in «marcata diffidenza»²²⁶, quando il singolo venga implicato in processi di moltiplicazione dei centri di imputazione del suo rapporto contrattuale e dei connessi poteri. Qui, la posizione di debolezza del prestatore di lavoro subordinato, storicamente sottesa alla necessità di affidarne la tutela a fonti eteronome in luogo dell'autonomia individuale, si assesta su un livello talmente elevato da condurre l'interprete verso una persistente selezione di fonti e tecniche di tutela di tipo collettivo, perfino nelle posizioni meno garantistiche per i lavoratori.

D'altronde, questa sembra la scelta realizzata anche dal legislatore del 2003. Non v'è dubbio, infatti, che la riforma del mercato del lavoro abbia dato corpo a quella tendenza a rivalutare la libertà contrattuale e il principio consensualistico²²⁷. A tale recupero è sembrata sottesa un'opzione

²²⁶ R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi e riorganizzazioni aziendali: interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, cit., p. 230. Per una critica alla tendenza verso «una vigorosa ripresa dell' "individualismo" anche nel diritto del lavoro», O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1991, p. 489 ss., spec. p. 507.

²²⁷ F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, cit., p. XXIX ss.; M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, cit., p. 43 ss.; A. BELLAVISTA, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, I, p. 189 ss.; L. MARIUCCI, *Mercato del lavoro: alcune risposte a molti interrogativi. I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 2004, p. 7 ss.; M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2004, p. 581 ss.; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2007; P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2008, p. 423 ss.; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2008, p. 341 ss.; A. MARESCA, *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo "L'Autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro")*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, p. 97 ss.; L. MARIUCCI, *Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro - Presentazione: Autonomia individuale e collettiva: l'attualità di un vecchio dilemma*, in *Lavoro e dir.*, 2008, p. 212 ss.; R. DEL PUNTA, *Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro - Individuale e collettivo: una coppia da ripensare?*, *ivi*, p. 305 ss.; M. NAPOLI, *Norma inderogabile e Diritto del lavoro - Introduzione. Interrogativi sull'inderogabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, p. 157 ss.; M. ROCCELLA, "Vorrei ma non posso". *Storia interna della più recente riforma del mercato del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 2008, p. 431 ss.; L. ZOPPOLI, *Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro - Individuale e collettivo nel diritto del lavoro: la persona come radice comune*, *ivi*, p. 355 ss.; L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ondivago*, *ivi*, p. 25 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "Collegato lavoro"*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, p. 139 ss.; A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010, p. 900 ss.; L. CALAFÀ, *A futura memoria: cronistoria del Collegato lavoro rinviato alle Camere*, in *Lavoro e dir.*, 2010, p. 341 ss.; M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 5 ss.; M.

culturale secondo cui un diritto del lavoro meno ispirato dalle tradizionali logiche eteronome e più sensibile all'impianto consensualistico del contratto, avrebbe restituito al lavoratore «una libertà della quale è troppo spesso espropriato dall'eteronomia e dalla collettivizzazione. Una libertà che appare invece insopprimibile quando è in gioco la scelta individuale in ordine al se, al come e al quanto lavorare»²²⁸.

Tuttavia, l'esperienza storica non pare indicare un significativo scollamento da schemi e percorsi tipici del diritto del lavoro più tradizionale, e rimane comunque un dato non trascurabile il fatto che né per il distacco, né per il lavoro prestato all'interno di un gruppo di imprese, ma nemmeno per la fattispecie del trasferimento del ramo d'azienda, come si vedrà, il legislatore del 2003 ha riconosciuto uno spazio di operatività al consenso del lavoratore implicato in un processo di esternalizzazione del suo rapporto di lavoro. E' dunque possibile affermare che, almeno per il lavoro esternalizzato, il quadro legale, nella dialettica individuale/collettivo, ha optato per il mantenimento dell'opzione più tradizionale, affidando la tutela delle posizioni dei singoli alla mediazione sindacale.

Appare, allora, necessario individuare i reali margini di manovra concessi in atto al sindacato per un efficace governo dei processi di esternalizzazione delle relazioni di lavoro²²⁹.

CINELLI, *Dal «Collegato 2010» alle «manovre» dell'estate 2011: quali scenari per la giustizia del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 559 ss.; e, più recentemente, A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema di relazioni sindacali*, cit., p. 5.

²²⁸ M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, cit., p. 457. In questo contesto, andrebbero inquadrare le questioni, emerse dai repertori giurisprudenziali, attinenti all'importanza della scelta individuale in ordine al "con chi" lavorare. Il tema riporta, come già allora era stato sottolineato, al difficile equilibrio tra libertà ed uguaglianza, in cui la massificazione e l'uniformità rigida, dovrebbero essere attenuate per consentire «il pari diritto ad essere diversi, di adattare, nella misura massima possibile, il lavoro al proprio progetto di vita». Prevale però l'impostazione classica, secondo cui «volontà, consenso e libertà» «possono essere valori effettivi, vivi nella società, solo quando sono rivendicati, affermati e protetti oltre l'orizzonte del contratto individuale».

²²⁹ Individua una pluralità di tecniche normative nel «mosaico» rappresentato dall'art. 2112 c.c., risultato dalla stratificazione di diversi interventi normativi, R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, cit., p. 66, secondo cui all'originaria formula codicistica, ispirata al meccanismo della inderogabilità, si è successivamente aggiunto quello della flessibilità assistita dal consenso sindacale (di cui al quinto comma dell'art. 47 della l. n. 428/1990), per poi passare alla più moderna prospettiva della volontà individuale assistita, con riguardo alle procedure conciliative di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c., per liberare il cedente dalle obbligazioni pregresse.

17. Azione sindacale e lavoro esternalizzato

Dinnanzi al silenzio del legislatore, che non contempla alcun coinvolgimento del sindacato per la fattispecie del distacco, nemmeno quando questo istituto assuma valenza collettiva²³⁰, rimane da esaminare il ruolo, peraltro meramente “partecipativo” e proceduralizzato, contemplato nella disciplina del trasferimento d’azienda e di un suo ramo, che il d.lgs. n. 276/2003 non ha alterato²³¹.

E’ noto come tale istituto sia stato introdotto con l’art. 6 della direttiva n. 77/187/CE, ricalcando di fatto una tecnica già presente nell’ordinamento italiano, come metodo di procedimentalizzazione dei poteri dell’imprenditore²³², e quindi con l’art. 47 della l. n. 428/1990²³³. I primi due commi del citato art. 47 prevedono specifiche procedure di informazione e consultazione collettiva da parte di cedente e cessionario.

L’informazione deve svolgersi nel corso delle trattative che potranno condurre alla cessione dell’azienda: è evidente che il legislatore ha ravvi-

²³⁰ Non si sottrae a questa considerazione, come si vedrà nel cap. IV, § 13, nemmeno la figura del distacco disciplinata dall’art. 8 della l. n. 236/1993, dove è previsto che «gli accordi sindacali, al fine di evitare riduzioni di personale, possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dall’impresa ad altra per una durata temporanea». Qui, l’accordo con le parti sociali va interpretato come un’articolazione di quello previsto dalla l. n. 223/1991, in cui è la stessa legge che indica al sindacato una strada percorribile come alternativa al licenziamento collettivo. In questa direzione si muove anche la Circolare del Ministero del lavoro n. 28 del 24 giugno 2005, in *Lav. giur.*, 2005, p. 15, secondo la quale nei gruppi di impresa l’interesse di cui all’art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 può ravvisarsi nel «legittimo interesse di preservare il patrimonio professionale del gruppo stesso, in presenza di difficoltà temporanee in ordine all’occupazione dei lavoratori».

²³¹ Sul ruolo della contrattazione e delle parti sociali all’interno del d.lgs. n. 276/2003, T. TREU, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 27 ss., spec. p. 45. Sulle tutele di carattere collettivo nel trasferimento d’azienda, S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento d’azienda e avvicendamento delle fonti collettive*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 37 ss.

²³² Sulla cui valenza pervasiva nel diritto del lavoro, diffusamente, U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell’art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1048. In realtà, la circostanza per cui forme di partecipazione del sindacato nelle vicende circolatorie dell’azienda fossero già contemplate in alcune leggi speciali ed in diversi contratti collettivi non è stata idonea a risparmiare all’Italia una condanna della Corte di Giustizia per inottemperanza agli obblighi comunitari: Corte giust. 10 luglio 1986, causa C-235/84, *Commissione CE c. Repubblica Italiana*, in *Racc.* 1986, p. 2291.

²³³ L’articolo è stato poi modificato dall’art. 2 del d.lgs. n. 18/2001, sotto l’influsso del legislatore comunitario che, oggi, disciplina il sistema di informazione e consultazione all’art. 7 della direttiva n. 01/23/CE.

sato l'esigenza di garantire la posizione dei lavoratori attraverso l'intervento delle parti sindacali già in una fase preventiva al negozio di cessione. Il comma 1 dell'art. 47, infatti, dispone che la comunicazione debba avvenire almeno venticinque giorni prima della stipula del contratto definitivo o di un'intesa vincolante che, secondo alcuni, può anche coincidere con un contratto preliminare²³⁴. Oltre alla data del trasferimento (introdotta tra gli elementi dell'informazione nel 2001), non sono state inserite ulteriori specificazioni degli elementi della comunicazione, ai fini di un corretto adempimento degli obblighi informativi²³⁵. Sotto questo profilo, la disposizione costituisce una mera trasposizione delle prescrizioni contenute nella direttiva. Nel corso di tale procedura, oggetto del confronto con i sindacati sono i motivi del programmato trasferimento, le conseguenze giuridiche, economiche e sociali che possono ricadere sulle sorti dei lavoratori interessati da tale operazione, nonché le eventuali misure per evitare agli stessi riflessi negativi. Secondo un orientamento, da ciò si dovrebbe desumere che l'informativa debba contenere anche l'indicazione dei suddetti lavoratori, ma va rilevato che la legge non si esprime in termini espliciti sul punto²³⁶. Nell'opinione dominante, la finalità dei primi due commi dell'art. 47 è quella di assegnare agli organismi di rappresentanza sindacale il potere di svolgere una forma di controllo sulle eventuali modifiche organizzative, nonché sul tipo di conseguenze che tale assetto produrrà sui trattamenti economici e normativi dei lavoratori colpiti da tale decisione, ma pur sempre entro i limiti che l'ordinamento assegna al-

²³⁴ R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda. Differenziazione e unità dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1995, p. 79; G. PROIA, *Sull' "intenzione" di trasferire l'azienda nella procedura sindacale prevista dall'art. 47 della legge n. 428 del 1990*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 91; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Cedam, Padova, 1995, p. 69; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 95; *contra*, F. ROTONDI-F. COLLIA, *La comunicazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. e prat. lav.*, 2001, p. 1226.

²³⁵ Per un esame del contenuto dell'obbligo di informazione previsto in altri paesi comunitari, che però presentano sistemi partecipativi diversi da quello italiano, R. SANTIAGATA, *Informazione sindacale e trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 517; P. PASSALACQUA, *Trasferimento d'azienda e ruolo del sindacato*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 531.

²³⁶ Cass. 30 agosto 2000, n. 11422, in *Arg. dir. lav.*, 2000, II, p. 789, con nota di S. PICCININNO, *Trasferimento d'azienda, rapporti di lavoro e autonomia privata* e in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 519 ss., con nota di M. MARINELLI, *Il trasferimento di ramo d'azienda e i suoi effetti sui rapporti di lavoro*. Ai sensi del primo comma del citato art. 47, «L'informazione deve riguardare: a) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; b) le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori; c) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi».

l'autonomia collettiva²³⁷. Per chi aderisce a questa impostazione, una lettura degli elementi oggetto della comunicazione in connessione tra loro dovrebbe indurre a ritenere che vadano comunicate, quanto ai motivi del trasferimento, le sole informazioni necessarie a valutare le conseguenze del trasferimento nei confronti dei lavoratori ed al (limitato) fine di formulare proposte di misure alternative da sottoporre agli interlocutori, nella successiva ed eventuale fase della consultazione. Il che escluderebbe che i soggetti collettivi possano svolgere una sia pur minima forma di sindacato sul merito delle scelte gestionali dell'imprenditore sottese al trasferimento: costui rimarrebbe libero, insomma, di adottare la decisione organizzativa prescelta, in virtù dei precetti contenuti nell'art. 41 Cost. Secondo altra impostazione, invece, l'informazione dei motivi del trasferimento coprirebbe anche gli aspetti economici e finanziari della scelta organizzativa, sì da consentire alle parti sociali un controllo sulle scelte imprenditoriali, al di là delle ricadute sulla sfera giuridica dei lavoratori²³⁸.

Il secondo comma dell'art. 47 disciplina forma, modi e tempi della consultazione. L'esame congiunto deve riguardare soltanto le conseguenze giuridiche ed economiche e sociali e le misure da adottare eventualmente nei confronti dei lavoratori. Prevale l'opinione secondo cui la disposizione introduca un obbligo a trattare, e non la semplice acquisizione di un parere²³⁹: ciò quindi esclude che la procedura debba necessariamente concludersi con un accordo, ma implica che durante la trattativa le parti siano tenute a rispettare i canoni della correttezza e della buona fede²⁴⁰.

²³⁷ S. LIEBMAN, *Garanzie dei diritti individuali e autotutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, p. 158.

²³⁸ G. PERA, *Trasformazioni e fusioni nel sistema creditizio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 441, secondo cui, dal momento che in sede di esame congiunto tutto quanto può essere rimesso in discussione, è evidente che l'accordo eventualmente raggiunto con i sindacati può rimuovere patti già intervenuti tra i due imprenditori cedente e cessionario, senza responsabilità di sorta a carico del cedente che abbia accettato l'imposizione sindacale di non procedere al trasferimento. In altri termini, la procedura descritta dalla disposizione «è inderogabilmente richiesta ai fini del trasferimento». Sul punto, anche L. GUAGLIANO, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, in M. Magnani (a cura di), *Disposizioni in tema di trasferimento d'azienda. Commento all'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, p. 639; A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1992, p. 549; A. CARABELLI-B. VENEZIANI, *Il trasferimento d'azienda in Italia*, in A. Ojeda Avilés-J. Gorelli Hernández-M.J. Rodríguez Ramos (a cura di), *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, 1999, p. 119.

²³⁹ D. IZZI, *La dimensione collettiva della tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 893.

²⁴⁰ C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare: natura e funzioni*, in *Lavoro e dir.*, 1992; ID., *I diritti di informazione e di c.d. consultazione: il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, in *Riv. it. dir.*

Sembra comunque doversi negare che la decisione di procedere al trasferimento dell'azienda o di un suo ramo possa essere censurabile dai sindacati. Ciò non toglie che essi possono utilizzare gli strumenti dell'azione sindacale per orientare la scelta della controparte in una direzione diversa rispetto a quella comunicata. Nell'eventuale sede dell'esame congiunto sarà così possibile raggiungere accordi di modifica del trattamento collettivo a seguito del trasferimento d'azienda, attraverso accordi di armonizzazione, diverse ed alternative modalità di inquadramento presso la nuova realtà produttiva, meccanismi di riassorbimento presso il cedente di lavoratori transitati presso il cessionario, che siano da questi licenziati per ragioni diverse dall'inadempimento e dalla giusta causa²⁴¹.

Il comma 3 dell'art. 47 qualifica il mancato rispetto degli obblighi di cui ai commi 1 e 2 come condotta antisindacale e vi collega, pertanto, il procedimento di cui all'art. 28 della l. n. 300/1970.

E' noto, tuttavia, che diverse sono le tesi in ordine al contenuto dell'ordine di rimozione degli effetti della riconosciuta condotta antisindacale. Secondo alcuni, la rimozione degli effetti non può che realizzarsi attraverso la nullità del trasferimento compiuto in violazione dell'art. 47²⁴². Secondo altri, il mancato adempimento dell'obbligo di informazione e di esame congiunto al sindacato non incide sulla validità del negozio traslativo, atteso che, costituendo condotta sindacale, esso viola esclusivamente l'interesse del soggetto destinatario delle informazioni e non quello dei lavo-

lav., 2008, I, p. 161 ss.; M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 383 ss.; Corte giust. 8 giugno 1994, causa C-382/92, *Commissione Ce c. Gran Bretagna*, in Racc. 1994, p. 2479.

²⁴¹ D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, cit., p. 71.

²⁴² A. ALLAMPRESE, *Il contratto collettivo nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 813 ss., spec. p. 817; A. RAFFI, *L'azione sindacale ex art. 47, l. n. 428/1990 (come modificato dal d.lgs. n. 18/2001) per la tutela del lavoratore - quale "risorsa" e non "merce" - nelle nuove forme organizzative aziendali*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., p. 1420; A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, cit., p. 301; A. DI STASI, *Obblighi di informazione, condotta antisindacale e rimozione degli effetti. Il caso del trasferimento d'azienda*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, p. 718; E. BALLETTI, *La legittimazione passiva nel procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 413. Questa tesi è stata accolta da alcuni giudici di merito: Pret. Milano 2 aprile 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 75; Pret. Pistoia 13 aprile 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 407, con nota di R. COSIO, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda: i primi interventi della giurisprudenza*. Di recente, Trib. Roma 14 gennaio 2010, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, p. 327 ss., con nota di E. RAIMONDI, *Trasferimento d'azienda e art. 28 stat. lav.: un simulacro di tutela?*

ratori²⁴³. L'osservanza delle procedure descritte dall'art. 47 della l. n. 428/1990, pertanto, non costituirebbe un presupposto di legittimità (e quindi un requisito di validità) del negozio di trasferimento d'azienda²⁴⁴. L'individuazione del soggetto sindacale come unico destinatario dell'obbligo di informazione e consultazione, infatti, ha indotto la giurisprudenza a negare la legittimazione ad agire del singolo lavoratore, che intenda contestare la violazione della procedura²⁴⁵. Ciò non toglie, secondo un'opinione, che il singolo lavoratore possa dispiegare un intervento adesivo dipendente nell'ambito delle domande formulate dall'organizzazione sindacale, con l'obiettivo di sostenere le tesi del sindacato con ulteriori argomentazioni a sostegno²⁴⁶. Per quanto non del tutto appagante, la soluzione offerta dalla giurisprudenza è apparsa sostanzialmente conforme anche con la fonte comunitaria, che si limita a disporre che gli Stati membri prevedano un'adeguata tutela giurisdizionale, azionabile in caso di violazione dei diritti rico-

²⁴³ In dottrina, F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, cit., p. 222; G. SANTORO PASSARELLI, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Le opinioni di*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1991, p. 782 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina di trasferimenti d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 191.

²⁴⁴ In questo senso, Cass. 4 gennaio 2000, n. 23, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1260, con nota di R. Cosio, ed in *Mass. Giur. lav.*, 2000, p. 605, con nota di A. MARESCA, «Fruibilità» della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda; Cass. 22 agosto 2005, n. 17072, in *Rep. Foro it.*, 2005, Lavoro (rapporto), n. 1236. Sul punto, anche, L. DE ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 173.

²⁴⁵ Va ricordato che l'opposta soluzione viene sostenuta nel caso di violazione degli obblighi di informazione e consultazione, prescritti dalla l. n. 223/1991, dove il diritto di azione del singolo lavoratore a far valere la violazione della procedura legale, per sostenere l'invalidità di atti adottati nei suoi confronti, si basa su un argomento testuale (art. 5, l. n. 223/1991); nel caso della Cig, invece, tale diritto si ricava dal complesso della disciplina protettiva predisposta dall'ordinamento. Per tutte, Cass., S.U., 11 maggio 2000, n. 302, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, p. 119, con nota di R. MUGGIA-S. VERALDI, *Cassa integrazione guadagni e licenziamenti collettivi al vaglio delle sezioni unite*, e di G. OGRISEG, *Violazione degli obblighi procedurali e illegittimità della Cigs e del licenziamento collettivo*; nonché Cass. 17 marzo 1998, n. 2882, in *Dir. lav.*, 1999, II, p. 561, con nota di E. MANGANIELLO, *Violazione dei criteri di scelta e della rotazione dei lavoratori nella Cassa integrazione guadagni straordinaria*. Ma, in precedenza, cfr. il diverso orientamento espresso da Cass. 8 ottobre 1996, n. 8788, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 328, con nota di A. BELLAVISTA, *Cassa integrazione straordinaria e procedura di partecipazione sindacale*.

²⁴⁶ A. ALLAMPRESE, *Il contratto collettivo nel trasferimento d'azienda*, cit., p. 818, e G. SANTORO PASSARELLI, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Le opinioni di*, cit., p. 779.

nosciuti sia ai lavoratori, sia ai loro rappresentanti (art. 9, direttiva n. 01/23/CE). Secondo l'orientamento prevalente, infatti, anche alla luce del principio di effettività del diritto comunitario, affermato dalla Corte di Giustizia, l'art. 28 della l. n. 300/1970 presenta i requisiti dell'adeguatezza, della proporzionalità, della capacità dissuasiva, e della comparabilità²⁴⁷.

Rimane però la sensazione che tanto il quadro legale, quanto l'applicazione che ne ha fornito la giurisprudenza, non siano del tutto idonei a valorizzare a pieno gli strumenti di intervento del sindacato, dinnanzi alla scelta datoriale di esternalizzare relazioni di lavoro²⁴⁸.

La parte collettiva, infatti, subentra quando la scelta di esternalizzare è già compiuta, peraltro, nella forma giuridica che l'impresa ha selezionato per realizzarla. Il che la condanna a concentrarsi sulle caratteristiche dell'operazione economica, tramite una sorta di controllo sindacale della fattispecie, che di fatto la allontana dalle reali ragioni e dalle modalità concrete con cui l'impresa porta avanti il progetto di dismettere i rapporti di lavoro.

A questo punto il sindacato può muoversi solo entro i limitati spazi che l'istituto legale scelto dall'impresa gli mette a disposizione. La prassi, in caso di esternalizzazione realizzata tramite l'art. 2112 c.c., mostra, ad esempio, lo sforzo di assicurare, nel quadro delle garanzie previste dall'art. 47 della l. n. 428/1990, il mantenimento di trattamenti economici e normativi, oppure il raggiungimento di un certo livello di omogeneizzazione con il contesto produttivo del cessionario. Al più, l'accordo concluso ex art. 47 è arrivato a contemplare il mantenimento di una parte dei lavoratori presso il cedente²⁴⁹.

Si deve però osservare che questo metodo porta le parti collettive a "giocare in difesa", ma non consente loro un reale controllo dell'intero processo decisionale che conduce all'esternalizzazione.

²⁴⁷ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 105. Sul punto, però, anche D. IZZI, *La dimensione collettiva della tutela*, cit., p. 896, e, prima delle modifiche introdotte nel 2001, M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 216.

²⁴⁸ Sottolineano gli aspetti di debolezza della tutela procedurale in caso di trasferimenti di impresa, A.R. TINTI, *Fuga dalle regole: la disciplina dei trasferimenti d'impresa alla prova del caso Fiat*, cit., p. 399; A. LO FARO, *Le Direttive in materia di crisi e ristrutturazioni di impresa*, in S. Sciarra-B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. Ajani-G.A. Benacchio (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, vol. V, Giappichelli, Torino, 2009, p. 391; M.L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, in *Quaderni dir. lav. e rel. ind.*, 2005, p. 320.

²⁴⁹ Cass. 30 agosto 2000, n. 11422, cit.

Invero, l'esigenza che il sindacato venga messo nelle condizioni di intervenire in una fase propedeutica alla formalizzazione della scelta esternalizzante sembra avere trovato qualche timido riconoscimento in alcuni contratti collettivi che già contemplano, sotto forma di informazione periodica sull'andamento delle politiche del personale, percorsi di coinvolgimento delle R.s.a.²⁵⁰.

Sicché, sembra farsi strada l'idea di un'anticipazione del coinvolgimento del sindacato, da estendere, anche solo per via contrattuale, ad istituti dove esso non sia ancora contemplato, come nel caso del distacco²⁵¹, e da potenziare su due diversi livelli.

In primo luogo, andrebbe accresciuto il contenuto dell'informazione. In particolare, è necessario segnalare l'esigenza di comunicare da subito i profili professionali verso cui si è concentrato il progetto di esternalizza-

²⁵⁰ Mediante la contrattazione collettiva di secondo livello, anche se solo con riferimento ai più significativi gruppi industriali, si è assistito alla creazione di solide reti informative tra le parti sociali interessate, tramite la costituzione di commissioni paritetiche, con l'obiettivo di conoscere la quantità e la localizzazione di affidamento del lavoro all'esterno. Tale prassi, tuttavia ha operato a consuntivo e con il limitato scopo di rendere più trasparenti fenomeni di decentramento produttivo, mediante un costante monitoraggio del ricorso ad esso. Ne dà conto P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit., p. 319. Recentemente, una tendenza ad incontri informativi e di esame congiunto periodici con i sindacati è stata registrata nel settore del terziario della distribuzione e dei servizi (C.c.n.l. 18 luglio 2009); nel settore chimico (C.c.n.l. 12 novembre 2008); nel settore delle imprese di pulizia industriali e cooperative (C.c.n.l. 19 dicembre 2007); nel settore dell'energia e del petrolio (Rinnovo del 2010); nel settore metalmeccanico (C.c.n.l. 20 gennaio 2008).

Oggetto dell'informazione e dell'esame congiunto sono, tra l'altro, le conseguenze dei processi di ristrutturazione e innovazione tecnologica, di esternalizzazione, di terziarizzazione sull'occupazione e sulle caratteristiche professionali dei lavoratori interessati.

²⁵¹ Suggerisce di estendere tecniche di tutela già sperimentate con la disciplina patrizia di alcuni istituti (come nel caso dell'appalto, con l'estensione dell'applicabilità del contratto collettivo) anche ad altri strumenti contrattuali, diversi dall'appalto, attraverso i quali si attua il decentramento produttivo, P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit., p. 321; ma già M. NAPOLI, *Rinnovi contrattuali e decentramento produttivo*, in *Prosp. sind.*, 1975, 17, p. 71 ss. Più di recente, V. SPEZIALE, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, cit., p. 63. Va anche ricordato che nel libro Verde del 2001, tra i riflessi che la responsabilità sociale produce all'interno delle imprese, viene anche contemplata la necessità di favorire «un approccio socialmente responsabile alle ristrutturazioni rivolto a equilibrare e prendere in considerazione gli interessi e le preoccupazioni di tutte le parti interessate ai cambiamenti». Così, secondo il libro Verde «è opportuno garantire la partecipazione e il coinvolgimento delle persone interessate attraverso una procedura aperta d'informazione e consultazione». Sul punto, A. LEPORE, *Le delocalizzazioni aziendali tra ragioni dell'economia e tutela dei lavoratori*, cit., p. 48.

zione. La comunicazione di questo dato assicurerebbe la trasparenza dell'operazione e porrebbe il sindacato nelle condizioni di effettuare un'analisi reale delle condizioni personali e professionali dei lavoratori colpiti, sì da ipotizzare concrete soluzioni alternative, calibrate sul singolo e non sull'operazione economica avviata dall'impresa.

Ciò, peraltro, renderebbe il sindacato più attento nella fase immediatamente successiva. Invero, una volta preso atto dell'esigenza dell'impresa di dismettere personale da mantenere nella disponibilità del ciclo produttivo, la parte collettiva potrebbe indicare soluzioni differenziate, orientando l'impresa verso più di una strada da attuare.

L'esame congiunto, contenuto entro limiti temporali, potrebbe mutuarne alcune caratteristiche previste per l'accordo disciplinato dagli artt. 4 e 5 della l. n. 223/1991, attesa la profonda affinità tra l'esternalizzazione e il licenziamento collettivo²⁵².

L'accordo così concluso favorirebbe l'applicazione del quadro legale che presidia i fenomeni di esternalizzazione del lavoro, al netto degli automatismi che lo caratterizzano, attenuando fortemente gli effetti degenerativi che essi hanno prodotto. Il coinvolgimento delle parti sindacali assolverebbe finalmente alla vera missione²⁵³ per cui è stato concepito e costituirebbe un efficace strumento di mediazione²⁵⁴, in sede di esame congiunto, tra la scelta esternalizzante che trova copertura costituzionale nell'art. 41 Cost. e la legittima aspettativa del lavoratore a scegliere il proprio interlocutore contrattuale²⁵⁵.

²⁵² G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda tra diritto al lavoro e libertà di impresa*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni dir. lav.*, n. 2, *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., p. 66.

²⁵³ Sottolinea il ruolo del contratto collettivo, «chiamato talvolta a 'intaccare' e ridefinire la tutela legislativa, creando regole nuove, più flessibili di quelle legali (...) a individuare la 'struttura tipica' dell'azienda del ciclo produttivo (e dell'area contrattuale) e ad estendere o restringere di conseguenza le tutele lavoristiche, come nel caso della disciplina pattizia del decentramento produttivo», M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., p. 205; nonché, L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, cit., p. 237.

²⁵⁴ Rileva la necessità di prendere atto della coesistenza di due valori: quello del lavoro e quello dell'impresa e di salvaguardare il più possibile la loro coesistenza mediante la tecnica del bilanciamento, M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 17.

²⁵⁵ Per un noto caso giurisprudenziale di governo sindacale di esternalizzazione di personale, realizzata tramite l'art. 2112 c.c., Cass. 30 agosto 2000, n. 11422, cit., che ha approvato la legittimità dell'accordo sindacale, intervenuto a seguito di procedura sin-

In un sistema di relazioni industriali, come quello attuale, chiaramente orientato verso la valorizzazione del ruolo del contratto collettivo di secondo livello come espressione di una cultura cooperativa e partecipativa²⁵⁶, vi è motivo di ritenere che questa sia una strada realisticamente percorribile²⁵⁷.

In questa direzione, potrebbe essere sfruttata la normativa di derivazione comunitaria di cui al d.lgs. n. 25/2007²⁵⁸. L'art. 4 di tale decreto attribuisce, tra l'altro, ai rappresentanti dei lavoratori un ampio diritto di informazione su «le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro, anche nelle ipotesi di cui all'art. 7, comma 1».

dacale ex art. 47, l. n. 428/1990, per cui lavoratori addetti all'entità economica ceduta avrebbero continuato il rapporto di lavoro con il cedente. Alle parti sociali è stato così riconosciuto il potere di stabilire con quale dei due soggetti della cessione del ramo d'azienda il rapporto di lavoro dovesse proseguire, fermo restando l'effetto legale della continuazione dell'occupazione e la salvaguardia dei diritti. È stato osservato che, in questo caso, all'accordo concluso in occasione della procedura prescritta dall'art. 47, l. n. 428/1990 viene affidato il medesimo ruolo gestionale che la l. n. 223/1991 attribuisce all'analogo accordo, eventualmente concluso a seguito di informazione sindacale prevista per l'ipotesi di licenziamento per riduzione di personale, con le medesime conseguenze sul piano dell'efficacia vincolante per i singoli lavoratori. In questo senso, S. PICCININO, *Trasferimento d'azienda, rapporti di lavoro e autonomia privata*, cit., p. 672. Valorizza il ruolo dell'autonomia collettiva in tema di trasferimento d'azienda anche G. MANNACIO, *Trasferimento d'azienda e trattamento dei lavoratori*, nota a Cass. 12 maggio 1999, n. 4724, in *Lav. giur.*, 1999, p. 1127 ss.; M. CORTI, *Le modifiche in pejus delle condizioni individuali di contratto nelle ristrutturazioni d'impresa in Italia: gli spazi dell'autonomia individuale e di quella collettiva*, cit., p. 429.

²⁵⁶ G. GHEZZI, *Sub art. 46*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1980.

²⁵⁷ A. PIZZOFERRATO, *Il contratto collettivo di secondo livello come espressione di una cultura cooperativa e partecipativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 434 ss.; A. LASSANDARI, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 296; ID., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, cit., p. 351; P. ICHINO, *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano, 2005; L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, cit., p. 243.

²⁵⁸ Su cui, in generale, L. FICARI (a cura di), *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 2006; A. GABRIELE, *Profili della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: tra ordinamento comunitario e prassi applicative nazionali*, in *Informazione previd.*, 2006, p. 141 ss.; G. VERRECCHIA, *Informazione e consultazione dei lavoratori: i minimi inderogabili nel d.lgs. 25 del 2007*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 339 ss.; E. ALES, *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o dovere del datore di lavoro? Un'analisi comparata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 221 ss.

Tale informazione deve fornire materiale sufficiente a consentire ai rappresentanti dei lavoratori di formulare un apposito parere. Essi hanno diritto a chiedere una successiva fase di consultazione, che deve avvenire «in modo tale da permettere» loro «di incontrare il datore di lavoro e di ottenere una risposta motivata all'eventuale parere espresso».

Vero è che l'attuazione di questo pacchetto di nuovi diritti di informazione e consultazione è demandata alla contrattazione collettiva. Sembra però possibile ritenere che, in caso di mancata risposta da parte dell'autonomia collettiva, i rappresentanti dei lavoratori in azienda possano invocare direttamente il rispetto di queste prerogative²⁵⁹.

Ciò non esclude che, in una prospettiva diversa, si possa cominciare a ragionare sulla creazione *ex lege* di una procedura *ad hoc*, quanto più possibile simile a quella in materia di licenziamenti collettivi, giustificata dalla non eccessiva distanza tra l'esternalizzazione dei lavoratori ed il loro licenziamento²⁶⁰.

Conclusa la fase precedente all'esternalizzazione, dove ha sede il controllo sindacale della fattispecie, per le ipotesi in cui esso trovi riconoscimento legale o contrattuale, le tecniche di tutela del lavoro esternalizzato dipendono dall'impiego di uno degli strumenti che l'impresa adotta per dismettere le relazioni di lavoro. Nella maggior parte dei casi esse si risolvono nel controllo giudiziale della fattispecie e nelle tecniche antifraudolente, su cui nei capitoli seguenti ci si soffermerà in modo più approfondito.

²⁵⁹ M. CORTI, *I diritti di informazione e consultazione in Italia dopo il d.lgs. n. 25 del 2007 tra continuità e innovazione*, in *www.ruct.uva.es*, 2009, p. 39 ss.

²⁶⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 36.

Capitolo II

Controllo giudiziale della fattispecie e frode alla legge nelle esternalizzazioni di attività produttive

SOMMARIO: 1. Premessa: esternalizzazioni e decentramento produttivo. – 2. Le esternalizzazioni produttive: trasferimento di ramo d'azienda e appalto. – 3. La nozione di ramo d'azienda: il campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. prima del d.lgs. n. 18/2001. – 4. L'autonomia funzionale, la preesistenza e la conservazione dell'identità del ramo nel d.lgs. n. 18/2001. – 5. La nozione di ramo d'azienda dopo l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003. – 6. Il ruolo dell'autonomia individuale: il significato dell'inciso «identificata come tale dal cedente e dal cessionario». – 7. Le interpretazioni sistematiche: l'organizzazione e l'autonomia funzionale. – 8. Il criterio dell'imputazione dei lavoratori al ramo ceduto. – 9. La conservazione dell'identità. – 10. I profili di contrasto con la normativa comunitaria. – 11. Trasferimento di ramo d'azienda e frode alla legge. – 12. L'interesse ad agire nel trasferimento di ramo d'azienda. – 13. Diritto di opposizione e rilevanza del consenso del lavoratore ceduto. – 14. Le critiche alla teoria del consenso. – 15. Le dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro. – 16. Trasferimento di attività e passaggio di personale *ex art. 31, d.lgs. n. 165/2001*. – 17. Affidamento di servizi pubblici a soggetti privati o partecipati: società *in house* ed appalti delle pubbliche amministrazioni.

1. *Premessa: esternalizzazioni e decentramento produttivo*

Quando il lavoro viene esternalizzato unitamente ad una funzione produttiva, le tecniche di tutela sono essenzialmente due, entrambe affidate al controllo giudiziale della fattispecie: la prima si basa su una interpretazione restrittiva della normativa in tema di trasferimento di ramo d'azienda; la seconda si fonda sulla tecnica antifraudolenta¹.

¹ L. MENGHINI, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, in *Lav. giur.*, 2005, p. 422 ss., spec. p. 430.

Le esternalizzazioni di attività produttive, infatti, si sono affermate, nell'ambito del più ampio fenomeno del decentramento produttivo², secondo schemi giuridici predefiniti³. Come si è accennato nel cap. I, in senso proprio, o ristretto, il termine esternalizzazione designa l'affidamento a soggetti terzi di un segmento dell'attività produttiva che fino a quel momento l'impresa ha gestito in proprio, attraverso l'impiego di mezzi e di fattori della produzione di cui aveva la diretta disponibilità. La rinuncia alla gestione del frammento produttivo in via diretta implica il trasferimento ad altri soggetti economici di attività e funzioni aziendali, unitamente al complesso di beni e di lavoratori che nell'impresa esternalizzante venivano impiegati per il loro svolgimento⁴.

² In generale, in tema di decentramento produttivo, L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, Franco Angeli, Milano, 1979; F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1985, p. 203; M. BROLLO, *Il lavoro decentrato nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Quaderni dir. lav. e rel. ind.*, 8, 1990, p. 133 ss.; P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 203 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 49 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 281; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002. Al tema «Diritto del lavoro (nei profili individuali e collettivi) e processi di decentramento», inoltre, è stato dedicato il XVIII Congresso mondiale di Diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Parigi, 5-8 settembre 2006), con le relazioni di R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 3 ss. e di A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, *ivi*, p. 29 ss.

³ Sulle esternalizzazioni di impresa la letteratura è molto vasta. L'argomento, peraltro, è stato oggetto delle Giornate di studio A.i.d.l.a.s.s. di Trento, nel 1999, sul tema «Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo»; ai testi delle relazioni di P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, è dedicato il volume del *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999. Si vedano, inoltre, le ricostruzioni di R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002; A. PERULLI, *Esternalizzazione del processo produttivo e nuove forme di lavoro*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 303 ss.; ID., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 473 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 385 ss.; M. MAGNANI-F. SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 485 ss.; S. LEONARDI, *Esternalizzazione e diritto del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 527 ss.; F. SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 353 ss.

⁴ A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., p. 473.

Tra le tecniche volte a realizzare processi di frammentazione dell'impresa, lo schema giuridico adottato ha risposto a precise strategie aziendali, caratterizzate da un capovolgimento della logica di produzione fordista⁵. L'interesse sotteso alle profonde modificazioni dell'assetto produttivo manifestato dalle imprese già negli anni settanta, infatti, è stato descritto nel modo seguente⁶. A fronte di un sistema storicamente orientato verso la inclusione nell'organizzazione aziendale di un ciclo produttivo completo, si è affermata una crescente tendenza delle imprese a realizzare nuovi modelli produttivi, basati sulla sua segmentazione, e rispondenti a spiccate esigenze di funzionalità competitiva⁷. Rispetto, cioè, ad una fabbrica centralizzata e verticalizzata, è prevalso il modello della separazione tra parte peculiare dell'attività di impresa e parte più generica che, contrariamente alla prima – la cui organizzazione richiede specifiche competenze –, può anche essere affidata all'esterno⁸. Le imprese quindi hanno scoperto il vantaggio competitivo di concentrarsi sulle competenze fondamentali che le distinguono dalle altre imprese concorrenti. Dismettono, pertanto, quelle più generiche e non strettamente necessarie né funzionali, in termini di competitività, rispetto agli altri operatori, e predispongono un sistema di relazioni contrattuali che consenta la riacquisizione del servizio o del bene già realizzato all'esterno. L'affidamento di parte della produzione a soggetti terzi, così, consente all'impresa di concentrarsi sul *core business* aziendale, sfruttando peraltro le competenze tecniche e l'elevato livello di specializzazione che garantiscono risultati produttivi maggiori rispetto a quelli ottenuti nell'organizzazione tradizionale. Inoltre, spesso, il soggetto terzo offre la realizzazione del servizio o prodotto ultimato ad un costo inferiore, e quindi più conveniente⁹.

⁵ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 4; S. LEONARDI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro*, cit., p. 527.

⁶ F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, cit., p. 204 ss. Risale ai primi anni ottanta l'emersione di un filone di studio sulla fabbrica cosiddetta post-taylorista e post-fordista nel quale cominciava ad emergere con un' apprezzabile costanza l'attenzione della dottrina giuslavoristica nei confronti di strategie aziendali orientate verso direzioni inverse rispetto a quelle tradizionali. A partire dagli anni settanta, infatti, al mutato rapporto tra grande e medio-piccola realtà produttiva, dovuto ad una diversa relazione tra domanda e offerta di grande serie e domanda ed offerta di medio-piccola serie, comincia a corrispondere la diffusione di modelli di impresa alternativi alla «grande realtà produttiva concentrata».

⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia*, cit., p. 55.

⁸ K. PURCELL-P. PURCELL, *In-sourcing, out-sourcing e lavoro temporaneo*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, p. 351.

⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia*, cit., p. 55.

Sul fronte dell'organizzazione del lavoro, questo sistema produttivo registra una rilevante tendenza a mantenere all'interno dell'impresa una parte ridotta di dipendenti stabili, altamente professionalizzati, con i quali si instaurano rapporti di fiducia e di collaborazione. Ma, oltre questo nucleo essenziale, esiste un insieme crescente lavoratori "periferici", precari o scarsamente professionalizzati, nonché di lavoratori "esterni", alcuni, professionisti qualificati, utilizzati per specifici servizi, altri privi di particolare qualificazione, dipendenti anche da numerosi subfornitori o subappaltatori¹⁰.

Il sistema di impresa a rete, basato non più su un'integrazione verticale tipica dell'organizzazione di fabbrica, ma su un modello organizzativo fondato sulla dislocazione territoriale delle competenze che prima erano specializzazioni interne, ha alterato gli schemi tradizionali del diritto del lavoro.

Alla ricostruzione dei rapporti produttivi in termini di relazioni contrattuali – l'organizzazione si presenta come una rete di contratti commerciali e di lavoro – ha corrisposto l'esigenza di rileggere alcuni istituti di diritto del lavoro, nonché la necessità di predisporre adeguati strumenti di tutela nel caso in cui l'applicazione di fattispecie giuslavoristiche alle nuove realtà produttive realizzi un'inaspettata compressione di diritti dei lavoratori.

Da un punto di vista strettamente giuslavoristico, l'analisi dottrinale ha individuato almeno tre grandi aree di studio del fenomeno.

a) La rinuncia della gestione in proprio del segmento della produzione dismessa dall'impresa esternalizzante si realizza normalmente attraverso un trasferimento di ramo d'azienda. Su questo fronte i processi di esternalizzazione hanno posto interessanti questioni interpretative in ordine alla configurabilità della fattispecie disciplinata dall'art. 2112 c.c. Si consideri, peraltro, che sovente il trasferimento del ramo d'azienda viene selezionato come strumento di dismissione del personale, in luogo di un licenziamento collettivo¹¹. Quando questo avviene, l'alternativa per cui ha

¹⁰ F. SCARPELLI, "Esternalizzazioni" e diritto del lavoro, cit., p. 352; K. PURCELL-P. PURCELL, *In-sourcing, out-sourcing e lavoro temporaneo*, cit., p. 351.

¹¹ Rispetto a tale istituto il trasferimento d'azienda si propone come un equivalente funzionale, a costi ridotti. Si pensi alle regole stringenti ed onerose che la l. n. 223/1991 impone in ordine alla necessità di una ragione giustificativa effettiva, al rispetto delle regole procedurali che dilatano i tempi tra la decisione di licenziare e l'atto di licenziamento che le dà attuazione, al versamento di una somma all'Inps per ciascun lavoratore che ci si propone di licenziare, al rispetto di alcuni criteri di scelta dei lavoratori che si intendano licenziare. Oltre a tutto ciò, la legge presidia tali regole con la sanzione dell'inefficacia e dell'annullabilità dell'atto di recesso (art. 5, l. n. 223/1991). In questo senso, M.T.

optato l'impresa solleva anche problematiche relative alla tutela occupazionale e, come si è visto, al *quantum* di coinvolgimento e di controllo sindacale che le due fattispecie legali, seppure simili, contemplano, nei fatti, in maniera differente (*supra*, cap. I, § 17).

b) Poiché la riacquisizione del servizio esternalizzato comporta una sorta di “delocalizzazione interna” allo stabilimento, che può anche interessare funzioni sempre più vicine al nucleo essenziale della produzione, la cosiddetta terziarizzazione coinvolge anche la tematica delle tutele predisposte nei confronti dei lavoratori interessati da processi di interposizione o somministrazione di lavoro, e ciò sotto due diversi profili: quello della ricerca di indici di genuinità dell'operazione economica, dal momento che lo stretto collegamento con il ciclo produttivo del committente e la localizzazione interna del lavoro sono stati tradizionalmente interpretati come indici di una debole autonomia imprenditoriale dell'appaltatore. Quello, inoltre, connesso alla difficoltà tecnica di distinguere tra ipotesi elusive delle tutele lavoristiche e genuini processi di specializzazione dell'apparato produttivo¹² (*infra*, cap. III, § 5).

c) Un ultimo profilo di analisi ha poi riguardato quel sistema contrattuale che normalmente consente all'impresa di realizzare svariate forme di integrazione funzionale di attività economiche, sia con imprese, sia con altre figure professionali svincolate dal legame della subordinazione. La tematica, quindi, interseca rispettivamente la subfornitura industriale (l. n. 192/1998) e la tutela del lavoro funzionalmente coordinato con l'organizzazione dell'impresa¹³.

CARINCI, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal d.lgs. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *Lav. giur.*, 2005, p. 1113 ss., spec. p. 1116.

¹² A. PERULLI, *Esternalizzazione del processo produttivo e nuove forme di lavoro*, cit., p. 305.

¹³ La letteratura giuslavoristica sul punto è particolarmente ricca. Si vedano G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Ediesse, Roma, 1996; M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1998, p. 509; G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, *ivi*, p. 429; R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro subordinato al lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'antona” - 25/2003. In generale, sulle forme di impresa a rete, da ultimo, A. STANCHI, *Il trasferimento dell'entità economica nell'outsourcing. Arroccamento locale verso globalizzazione. Una chiave di lettura nella giurisprudenza comunitaria*, in *Lav. giur.*, 2010, p. 22 ss.; M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca di problemi*, in *Contratti*, 2009, p. 934; M. MAUGERI, *Reti di imprese e contratto di rete*, *ivi*, p. 957.

2. Le esternalizzazioni produttive: trasferimento di ramo d'azienda e appalto

Secondo lo schema più diffuso, i processi di esternalizzazione produttiva constano di due momenti.

Con un primo movimento l'impresa rinuncia a gestire in proprio un frammento dell'attività produttiva e ne dismette la gestione, affidandola ad altri soggetti¹⁴.

Frequentemente, tuttavia, la scelta espulsiva viene accompagnata, secondo una precisa strategia aziendale, dalla intenzione di riaccogliere all'interno del ciclo produttivo il segmento dismesso. In questi casi, l'affidamento della realizzazione del bene o del servizio ad altri comporta anche l'impiego degli stessi fattori della produzione fino ad allora utilizzati dall'impresa esternalizzante. Lo strumento adottato è allora il trasferimento del ramo d'azienda che consente, attraverso la complessa disciplina dell'art. 2112 c.c., di trasmettere con un solo negozio la disponibilità dei fattori della produzione e la titolarità dei contratti di lavoro, secondo il principio dell'automatico passaggio dei rapporti di lavoro dal cedente al cessionario.

A questo primo momento ne seguirà dunque un secondo, di cosiddetta internalizzazione, in base al quale l'impresa cedente per riacquisire all'interno del proprio ciclo produttivo l'attività esternalizzata, instaura un rapporto negoziale, di natura commerciale, con lo stesso soggetto al quale ha precedentemente trasferito il predetto fascio di rapporti giuridici. Il contratto di appalto è senz'altro quello più diffuso (*infra*, cap. III), ma

¹⁴ Può accadere che in questa fase, cosiddetta espulsiva, l'impresa opti per una riorganizzazione aziendale che non preveda necessariamente la riacquisizione della produzione o del servizio, attraverso gli stessi fattori della produzione precedentemente impiegati. In questo caso, scegliendo di acquistare in un secondo momento il servizio o il prodotto, così come realizzato da altri, si tratta soltanto di chiudere un reparto e di gestire l'eccedenza di personale attraverso licenziamenti individuali o collettivi. In questo senso, R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1998, p. 709 ss., nonché, A. PERULLI, *Tecniche di tutela*, cit., p. 475. La cessazione definitiva di un ramo aziendale comporta il coinvolgimento delle tematiche classiche dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo: conformità della scelta imprenditoriale alle specifiche causali che attengono al licenziamento; entità del controllo giudiziale tendenzialmente orientato verso la verifica della effettività della scelta e del nesso di causalità; controllo collettivo e sua effettività; individuazione delle misure necessarie per la riqualificazione e la conversione di lavoratori coinvolti. Su questi temi, da ultimo, M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005; M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Giappichelli, Torino, 2005.

spesso le imprese si avvalgono di altre figure contrattuali, quali la fornitura, la vendita, la somministrazione, il *franchising*¹⁵.

La tipicità sociale del suddetto schema e la frequenza con cui si è manifestato nella prassi aziendale aveva già indotto la dottrina a riconoscere l'esistenza di una nuova fattispecie, il contratto di esternalizzazione, derivante da una sorta di collegamento negoziale caratterizzato dall'elemento sostanziale dell'unicità degli interessi perseguiti dai contraenti¹⁶.

Come ricordato nel cap. I, il collegamento funzionale tra i due istituti giuridici dell'appalto e del trasferimento d'azienda, infine, ha trovato espresso riconoscimento legislativo con il d.lgs. n. 276/2003, attuativo delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla l. 14 febbraio 2003, n. 30.

Alle esternalizzazioni di impresa è stato dedicato l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 che ha innovato l'art. 2112 c.c. sotto due profili fondamentali. In primo luogo, pur mantenendo invariata sostanzialmente la disciplina del trasferimento dell'intera azienda¹⁷, è stato ridisegnato il campo di applicazione della cessione di ramo d'azienda, alterando in termini significativi la

¹⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 10.

¹⁶ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 20 ss. *Contra* F. MAZZIOTTI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 623 che ritiene piuttosto le due operazioni tra di loro autonome, in quanto coordinate solo dal punto di vista finalistico, ma non da quello strettamente giuridico. In giurisprudenza, Cass. 28 giugno 2001, n. 8844, in *Mass. Foro it.*, 2001, Contratto in genere, p. 239.

¹⁷ In questo senso, R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 579. Il primo comma dell'articolo in questione infatti si limita a specificare le cause in forza delle quali si determina il mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata che dà luogo al trasferimento d'azienda. Viene cioè introdotta un'ampia formula «cessione contrattuale o fusione» che, almeno secondo l'opinione prevalente, non pare modificare il campo di applicazione della norma, così come identificato da ultimo con il d.lgs. n. 18/2001. Altrettanto si è detto con riferimento all'eliminazione della dizione «al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi», considerato che essa rappresenta un «corollario necessario di qualsiasi attività economica organizzata, ai sensi dell'art. 2082 c.c.». Così, A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda. Le novità del d.lgs. 276/2003*, in *www.cgil.it*, 2003, p. 4. Ma, per un approfondimento su quest'ultimo aspetto, anche C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 239.

definizione introdotta, poco tempo prima, dal d.lgs. n. 18/2001. Nell'art. 2112 c.c., è stato poi inserito un ulteriore comma, il sesto, nel quale è stata dettata una specifica disciplina dell'appalto, nel caso in cui questo contratto segua una cessione di ramo d'azienda. Così, nella complessiva riforma del mercato del lavoro, l'esternalizzazione produttiva è stata letta in una prospettiva più ampia, anche con riferimento alla compatibilità dell'uso disinvoltato di forme negoziali ad essa destinate con la disciplina inderogabile posta a tutela dei rapporti di lavoro. Infatti, la rinuncia preventiva alla gestione in proprio di una parte della attività, comporta una dissociazione tra chi è titolare formale del contratto di lavoro e chi di fatto non rinuncia ad una forma di controllo su di esso, per via dell'appropriazione dell'utilità finale della prestazione, senza però assumerne le connesse responsabilità.

Nella struttura del d.lgs. n. 276/2003, sono emersi, dunque, collegamenti tra due aree tematiche che fino ad allora erano stati evidenti solo su di un piano economico¹⁸, considerato che alla ridefinizione della nozione di trasferimento di parte d'azienda si è accompagnata una più penetrante revisione della disciplina degli appalti. L'analisi giuridica, pertanto, si è concentrata su due aspetti centrali e tra loro intimamente connessi: che cosa debba intendersi per esternalizzazione e, segnatamente, che cosa effettivamente possa esternalizzarsi, con specifico riferimento ai limiti attuativi connessi alla natura lecita o illecita dell'oggetto di un trasferimento di ramo d'azienda; se la normativa, modificata dal d.lgs. n. 276/2003, sia ancora in grado di svolgere una funzione regolativa, nella duplice direzione di meccanismo frenante di forme di esternalizzazione fittizie o simulate, e di effettiva tutela dei rapporti di lavoro esternalizzati¹⁹.

3. *La nozione di ramo d'azienda: il campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. prima del d.lgs. n. 18/2001*

L'individuazione del campo di applicazione della disciplina di cui al quinto comma dell'art. 2112 c.c. ha tradizionalmente assolto ad una fun-

¹⁸ R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, cit., p. 49 ss.

¹⁹ Si tratta, in effetti, di un tipo di analisi proposta già con riferimento alla precedente disciplina del trasferimento di ramo d'azienda. In proposito, R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia?*, cit., p. 56. Si consideri, però, che l'ottica adottata dal legislatore della riforma del mercato del lavoro è stata quella di recuperare una equilibrata combinazione tra disciplina lavoristica e nuove organizzazioni dell'impresa, al fine di sfumare quella discrasia che da tempo si registrava tra fenomeni economici e discipline normative (*supra*, cap. I, § 3).

zione antifraudolenta ed antielusiva. Qualsiasi intervento legislativo sulla nozione di trasferimento di ramo d'azienda, ai fini di una delimitazione più o meno rigorosa dell'ambito di operatività dell'art. 2112 c.c., infatti, incide indirettamente anche sul piano delle tutele dei lavoratori. E' facile comprendere come un'interpretazione della definizione del ramo d'azienda in chiave estensiva ed acritica, tale da investire esternalizzazioni non genuine, autorizzi fenomeni espulsivi dei lavoratori, esponendoli al rischio di un licenziamento collettivo mascherato (cioè privo delle garanzie che gli sono tipiche), e quindi al trasferimento automatico dei rapporti di lavoro in capo al cessionario, in assenza cioè del loro consenso (in deroga alla ordinaria disciplina in tema di cessione del contratto *ex art.* 1406 c.c.)²⁰.

Benché una nozione legislativa di ramo d'azienda (unitamente alla disciplina del suo trasferimento) sia stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 18/2001, si riteneva da tempo che la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. trovasse applicazione anche nelle ipotesi in cui fosse stata trasferita non tutta l'azienda, ma solo una sua parte²¹.

Fino all'introduzione della definizione legale, la tutela dei lavoratori di fronte ad esternalizzazioni animate da meri intenti espulsivi di personale in eccedenza è stata condotta per via interpretativa, attraverso una rigorosa delimitazione della nozione di ramo d'azienda, imperniata sul requisito della materialità dell'oggetto del trasferimento. In tali ricostruzioni, infatti, un ruolo fondamentale ha rivestito il collegamento tra l'art. 2112 c.c. («trasferimento dell'azienda») e l'art. 2555 c.c. («nozione di azienda»), per cui si è ritenuto di potere ricondurre nell'ambito della fattispecie *ex art.* 2112 c.c. solo quelle vicende di esternalizzazione che presentassero

²⁰ A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., p. 479; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 24; M.L. VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *Lavoro e dir.*, 2002, p. 638 s.

²¹ Questo anche alla luce dell'art. 47 della l. n. 428/1990 che aveva già fatto riferimento, ai fini della procedura di consultazione sindacale, al trasferimento di una «unità produttiva». Ma già prima di tale legge, in virtù dell'art. 2573 c.c., ora abrogato, secondo cui il diritto all'uso del marchio registrato poteva essere trasferito solo con l'azienda o con un suo ramo. In giurisprudenza, Cass. 17 marzo 1993, n. 3148, in *Mass. Foro it.*, Lavoro rapporto, 1993, p. 1298; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, in *Mass. Giur. lav.*, 1995, p. 731; Cass. 14 dicembre 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 386; Cass. 19 marzo 2001, n. 3911, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, p. 530. In dottrina, G. VILLANI, (voce) *Trasferimento d'azienda*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., Aggiornamento*, Utet, Torino, 2000, p. 99 ss.; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D.Lgs. 18/2001*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, cit., p. 93 ss.

un'adeguata presenza di elementi materiali da trasferire, unitamente ai lavoratori da cedere. Mentre, in assenza di un sostrato materiale dell'azienda (*rectius* del ramo cedendo), nel contratto di lavoro non sarebbe automaticamente succeduto il cessionario, dovendosi acquisire a tale scopo il consenso dei lavoratori ad esso addetti, secondo le regole dell'art. 1406 c.c.

Tale approdo è stato scalzato tanto dalla prassi, che ha favorito l'emersione di nuove realtà produttive caratterizzate da una spiccata "dematerializzazione" (quel che comunemente si definisce processo di alleggerimento della nozione di azienda), quanto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, da tempo impegnata nella ricerca di una nozione di impresa che consentisse una più sicura applicazione della direttiva n. 77/187/CE. Quest'ultima, in estrema sintesi, ha adottato un approccio che privilegia l'analisi complessiva delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione economica esaminata, differenziando le situazioni in relazione al contesto di riferimento²². Così, il tipo di impresa o di stabilimento trasferiti, la cessione del complesso di elementi materiali o di una sua parte, la riasunzione o meno di una quota rilevante di personale, sono stati ritenuti elementi rilevanti, ma nessuno di loro ha assunto un carattere decisivo²³.

Piuttosto, ai fini dell'individuazione dell'oggetto del trasferimento, è stata demandata al giudice nazionale una valutazione complessiva dei suddetti indici, la cui combinazione può assumere un diverso rilievo a seconda del tipo di attività esercitata e delle modalità organizzative della singola impresa. Pertanto, laddove l'attività produttiva sia basata essenzialmente sull'apporto delle attività lavorative, l'elemento personale assumerà un

²² Sull'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di trasferimento di impresa, L. CORAZZA, *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel primo della giurisprudenza europea*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 15 ss.; S. CIUCCIOVINNO, *La nozione di "azienda trasferita" alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 893 ss.; S. GIUBBONI, *L'outsourcing alla luce della direttiva 98/50/CE*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 423 ss.; R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, cit., p. 334 ss.; R. FOGLIA, *Il trasferimento d'azienda nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in G. Santoro Passarelli-R. Foglia (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 27 ss.; ID., *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, p. 177 ss.; R. SANTA-GATA, *Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 607; A. LEPORE, *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, p. 182 ss.

²³ Corte giust. 18 marzo 1986, causa C- 24/85, *Spjikers*, in *Racc.* 1986, p. 1119.

rilievo decisivo ai fini dell'applicazione della direttiva, a differenza di altre ipotesi in cui potrà anche rivestire un'importanza secondaria²⁴. La Corte ha anche precisato che un accertamento sull'oggetto del trasferimento non può prescindere da una valutazione dell'identità dell'entità economica che passi dal cedente al cessionario la quale, a seguito del trasferimento, non deve presentare differenze rilevanti. Essa, peraltro, deve presentarsi come un'entità economica organizzata in modo stabile, da consentire il proseguimento di tutte o di alcune attività del cedente, senza limitarsi all'esecuzione di un'opera determinata²⁵.

Con la direttiva n. 98/50/CE il legislatore comunitario ha introdotto una nozione dell'istituto che costituisce il consolidamento dell'elaborazione interpretativa della Corte di Giustizia²⁶. Secondo la definizione di cui all'art. 1, lett. a) e b), è considerato trasferimento quello di «un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale che accessoria». La disciplina comunitaria, peraltro, si applica, al trasferimento di imprese, di stabilimenti, o di parti di imprese o stabilimenti.

4. *L'autonomia funzionale, la preesistenza e la conservazione dell'identità del ramo nel d.lgs. n. 18/2001*

Il quinto comma dell'art. 2112 c.c., introdotto dal d.lgs. n. 18/2001, attuativo della direttiva n. 98/50/CE, offre per la prima volta una nozione di parte d'azienda intesa come una «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata».

Un primo problema sollevato dalla nuova definizione è stato quello dell'individuazione dell'effettivo grado di compatibilità dell'opzione legislativa per il termine «attività economica organizzata» con l'ordinamento co-

²⁴ Corte giust. 14 aprile 1994, causa C-392/92, *Schmidt*, in Racc. 1994, p. 1311 e Corte giust. 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suez*, in Racc. 1997, p. 1259.

²⁵ Corte giust. 19 settembre 1995, causa C-48/94, *Rygaard*, in Racc. 1995, p. 2745 e in *Notiziario giur. lav.*, 1996, p. 459.

²⁶ M. ROCCELLA, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 33. Ed infatti, secondo l'VIII considerando della direttiva n. 98/50/CE, la necessità di un chiarimento della nozione giuridica di trasferimento non modifica l'ambito di applicazione della disciplina comunitaria, così come individuato dalla Corte di Giustizia. Pertanto, la nuova disposizione dovrà continuare ad essere interpretata in conformità all'evoluzione della giurisprudenza della Corte.

munitario. Se, cioè, con tale locuzione il legislatore italiano abbia voluto consapevolmente allontanarsi dalla normativa comunitaria, la quale fa invece riferimento ad una «entità economica organizzata». Tale difformità è stata letta in modo diametralmente opposto dai due diversi orientamenti in ordine alla “smaterializzazione” o meno della nozione di azienda di cui all’art. 2112 c.c.²⁷. La soluzione intermedia, traendo spunto dall’evoluzione che ha caratterizzato la giurisprudenza comunitaria, ha valorizzato il cosiddetto criterio relativistico: quando, cioè, i mezzi materiali assolvono ad una funzione essenziale ai fini dell’attività produttiva, è ovvio che il trasferimento non potrà compiersi se non attraverso la cessione di beni materiali; quando, tuttavia, un insieme di lavoratori sia destinato alla produzione di un servizio, realizzato prevalentemente o esclusivamente con prestazioni lavorative, senza un decisivo apporto di mezzi materiali, allora il collegamento funzionale tra tali prestazioni ben può costituire quell’attività economica organizzata di cui all’art. 2112 c.c., indipendentemente dal trasferimento di beni strumentali²⁸. E’ il collegamento funzionale tra le suddette attività (e cioè la loro organizzazione) che le dota di quel valore aggiunto che le differenzia dalle singole prestazioni individualmente considerate²⁹.

²⁷ Invero, secondo una prima opinione, la divergenza terminologica delle due normative («attività economica organizzata» di cui all’art. 2112 c.c. ed «entità economica» di cui alla direttiva n. 98/50/CE) avrebbe autorizzato un’interpretazione dell’art. 2112 c.c. decisamente più ampia rispetto a quella comunitaria, nel senso di potervi ricomprendere tutte quelle attività economiche organizzate, comprese attività che siano prive di quell’«insieme di mezzi» che caratterizza un’entità economica. Cfr. A. MARESCA, *Le “novità” del legislatore nazionale in materia di trasferimento d’azienda: la nozione di azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 587. Di contro, secondo altre letture della norma, la nozione del 2001 non avrebbe potuto consentire il trasferimento di una mera attività organizzata (ad esempio un insieme di rapporti di lavoro il cui collegamento sia finalizzato alla realizzazione di un’attività, sia essa principale o accessoria), non potendosi prescindere dal trasferimento di un complesso di beni organizzati. Così, G. SANTORO PASARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 575 ss.

²⁸ R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d’azienda*, cit., p. 581, che mette in evidenza come la Corte di Giustizia, nella sua elaborazione, non ha mai utilizzato un metodo sussuntivo, quanto piuttosto un insieme di «test composti da indici presuntivi ciascuno dei quali di per se non è né sufficiente né necessario».

²⁹ Un «amalgama organizzativo idoneo a trasformare i singoli lavoratori addetti in un insieme capace di sviluppare una autonoma iniziativa imprenditoriale al fine della produzione di un bene o di un servizio». Così F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2003, p. 162; sul punto, anche M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p.

In base al dato testuale, rispetto all'intera azienda esternalizzante, il ramo da cedere doveva essere una «articolazione funzionalmente autonoma». Secondo la giurisprudenza di legittimità, il ramo d'azienda è autonomo funzionalmente quando è «in grado di funzionare in modo autonomo», senza «rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale». Si deve trattare, cioè, di una «piccola azienda», secondo una fortunata definizione suggerita dalla Corte di Cassazione e ripresa molto spesso dalla dottrina³⁰.

Come «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata» la parte dell'azienda avrebbe dovuto essere, «preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità».

I requisiti della preesistenza e della conservazione dell'autonomia funzionale, quindi, hanno riproposto anche per il ramo d'azienda le stesse caratteristiche dell'azienda complessivamente considerata, secondo quanto disposto dalla prima parte dello stesso comma³¹.

Quanto al requisito della «conservazione», si è trattato di un elemento di derivazione comunitaria, che la dottrina ha vincolato al momento del trasferimento («in vista e nel corso del trasferimento») ³², ma non anche al periodo successivo³³. Infatti, non vi è stata unità di vedute riguardo al tipo di intervento che sarebbe stato consentito al cessionario dopo la cessione. Secondo l'opinione prevalente, con la prescrizione del requisito del-

67. Nello stesso senso S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D.Lgs. 18/2001*, cit., p. 94. In giurisprudenza, tra le tante, Cass. 23 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2278, con nota di R. COSIO, *Il trasferimento di impresa dal d.leg. 18/01 al patto per l'Italia*.

³⁰ Si tratta di un orientamento ormai consolidato (per tutte, Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro it.*, I, 2003, c. 110; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, *ivi*, c. 104) che, tuttavia, aveva acquistato una sua rilevanza anche prima della novella del 2001. In questo senso, G. QUADRI, *I limiti all'applicabilità dell'art. 2112 c.c.*, in *Dir. merc. lav.*, 2003, p. 323.

³¹ Per azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., si intendeva «un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità».

³² G. QUADRI, *I limiti all'applicabilità dell'art. 2112 c.c.*, cit., p. 325.

³³ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 31; A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, cit., p. 596; M. MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, cit., p. 612.

la conservazione, collegato anche a quello della preesistenza, il legislatore del 2001 aveva messo in dubbio la sopravvivenza di quell'orientamento giurisprudenziale che considerava sufficiente, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c., che nel complesso dei beni trasferiti permanesse un residuo di organizzazione che ne dimostrasse l'attitudine all'esercizio dell'impresa, anche per via dell'integrazione successiva ad opera del cessionario³⁴. Dopo il d.lgs. n. 18/2001, pertanto, il cessionario acquistava l'organizzazione produttiva così com'era nella struttura del cedente, senza apportarvi modifiche durante il trasferimento, ad eccezione – ma solo in un momento successivo – di quelle necessarie per una sua migliore integrazione nel nuovo complesso aziendale, non potendosi di fatto evincere dal dettato normativo l'esistenza di un vincolo di immutabilità dell'entità ceduta³⁵.

Contrariamente al dato della conservazione, il requisito della preesistenza non è mai stato previsto espressamente dalla direttiva comunitaria. Si tratterebbe, in altri termini, di una caratteristica del ramo d'azienda introdotta per la prima volta dal d.lgs. n. 18/2001³⁶.

In verità, è stato osservato che la necessaria preesistenza dell'organizzazione del ramo ceduto era già insita nell'ordinamento italiano, se interpretato in maniera conforme al diritto comunitario. Invero, «il riferimento nelle fonti comunitarie alla conservazione dell'identità di un'entità eco-

³⁴ In questo senso, S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D.Lgs. 18/2001*, cit., p. 98 con riferimento alla giurisprudenza dalla stessa citata in nota 26.

³⁵ In tale direzione sembrava orientata anche la relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 18/2001 che ammetteva che l'entità economica trasferita potesse essere «fatta oggetto delle modificazioni programmate dal nuovo imprenditore». Eventuali modifiche all'attività trasferita, pertanto, avrebbero potuto essere apportate dal cessionario, nell'esercizio della libertà di iniziativa economica, solo dopo il trasferimento, per inserire il nuovo complesso nella nuova impresa, ed adattarlo ad essa; il ramo così importato, tuttavia, doveva rimanere in condizioni tali da consentire al cessionario di esercitare un'attività economica per il mercato (magari anche per il cedente), senza però alcun ulteriore aggiustamento. E' l'opinione di F. MAZZIOTTI, *Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori*, cit., p. 621. Ma nello stesso senso, S. MAINARDI, «Azienda» e «ramo d'azienda»: *il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, in *Dir. merc. lav.*, 2003, p. 700. Sul punto, anche S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D.Lgs. 18/2001*, cit., p. 99 e G. SANTORO PASSARELLI, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1962, che invece rinveniva un vincolo funzionale del ramo d'azienda trasferito, in base al quale quest'ultimo avrebbe dovuto continuare a svolgere le stesse attività che svolgeva presso la struttura del cedente.

³⁶ G. QUADRI, *I limiti all'applicabilità dell'art. 2112 c.c.*, cit., p. 326; P. PASSALACQUA, *Successione nell'appalto, trasferimento d'azienda e definizione legale della fattispecie*, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, p. 490.

nomica presuppone che questa deve già sussistere come tale prima del trasferimento». Ed infatti, «il concetto di conservazione richiede (...) che l'elemento da conservare esista già, e non sia invece costituito proprio in occasione del trasferimento»³⁷.

Indubbiamente, la previsione del requisito della preesistenza nel quinto comma dell'art. 2112 c.c. ha rappresentato un decisivo momento di svolta nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sorto sotto il vigore della disciplina previgente al d.lgs. n. 18/2001, in ordine ad alcune vicende di esternalizzazione realizzate attraverso il trasferimento di attività accessorie e di servizi³⁸.

Un primo orientamento aveva applicato la disciplina del trasferimento d'azienda, benché le attività cedute, già svolte presso l'impresa cedente, in realtà non fossero mai state rese in favore di terzi, e presentassero, altresì, una spiccata eterogeneità. Ai fini della sussistenza della fattispecie era stata ritenuta sufficiente un'autonomia solo potenziale, ben potendo le parti in occasione della stipulazione del contratto di cessione dare vita ad una nuova e diversa entità economica organizzata, attraverso l'individuazione di attività che fino ad allora non avevano presentato alcun grado di autonomia³⁹.

Secondo un'interpretazione più rigorosa, invece, si sarebbe avuto trasferimento di ramo d'azienda solo in presenza di un complesso di beni produttivi, già organizzati dall'imprenditore per lo svolgimento di un'attività economica, che fosse esistente ed autonoma, in epoca anteriore alla cessione. La finalità antifraudolenta di questa seconda impostazione era evidente, poiché la necessaria sussistenza di un nucleo dotato di autonomia operativa e finanziaria per il buon esito del trasferimento portava con sé la conseguente irrilevanza della volontà definitoria delle parti datoriali⁴⁰. Si è voluto quindi evitare che l'applicazione di una disciplina inderogabile di tutela delle condizioni del lavoratore fosse subordinata alla mera volontà delle parti: altrimenti cedente e cessionario avrebbero potuto,

³⁷ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 71.

³⁸ Pret. Genova 27 giugno 1998, Pret. Genova 12 maggio 1998, Pret. Milano 16 settembre 1998, Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *Arg. dir. lav.*, 1998, rispettivamente, pp. 982, 987, 995, 1006. Per una completa esemplificazione si rinvia a F. SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro*, cit., p. 353.

³⁹ Trib. Milano 11 marzo 2000, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 433.

⁴⁰ Trib. Genova 19 luglio 1999, Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 509. In senso contrario, Pret. Milano 16 settembre 1998, cit., p. 416.

fuori da qualsiasi controllo sindacale o giudiziale, individuare un segmento dell'attività produttiva, in realtà non autonomo dal punto di vista funzionale, determinando l'espulsione dei lavoratori ad esso addetti⁴¹.

L'intervento normativo del 2001 ha tenuto conto di tale dibattito, ed ha chiaramente optato per il riconoscimento delle ragioni del secondo orientamento: ha vincolato il requisito dell'autonomia funzionale ad un momento precedente al trasferimento, e ha richiesto, inoltre, la conservazione nel trasferimento stesso della «propria identità»⁴².

Anche la Corte di Cassazione, pertanto, ha riconosciuto la valenza antielusiva di questa parte della disciplina poiché, attraverso una corretta verifica del requisito della preesistenza, si sarebbe evitata la costituzione da parte dell'imprenditore di rami d'azienda solo in funzione del trasferimento, mediante «un'operazione strumentale indirizzata all'espulsione, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti»⁴³.

5. La nozione di ramo d'azienda dopo l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003

Le novità apportate dal d.lgs. n. 276/2003 alla nozione di ramo d'azienda, sul piano della definizione, si risolvono essenzialmente nella soppressione dei requisiti della preesistenza e della conservazione dell'autonomia funzionale della parte dell'azienda da trasferire. L'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 ha qualificato il ramo d'azienda come «un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento». Rispetto alla nozione precedente, fornita dal d.lgs. n. 18/2001, le modifiche consistono: a) nell'eliminazione dell'inciso «preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità»; b) nel-

⁴¹ Il pericolo, secondo l'opinione prevalente, è sempre stato anche quello di un'alterazione della consistenza dell'articolazione, attraverso aggiunte o sottrazioni (di beni o di capitale umano) ad opera delle parti, che ne stravolgesse l'assetto originario. Con l'accertamento della preesistenza (e della conservazione) dell'autonomia funzionale del ramo cedendo, si è dunque inteso impedire che l'ambito di applicazione della norma inderogabile venisse rimesso alla discrezionalità delle parti datoriali contraenti. E' l'argomento di A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, cit., p. 596. In questo senso, anche G. SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, cit., p. 583.

⁴² S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D.Lgs. 18/2001*, cit., p. 95.

⁴³ Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, cit.; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, cit.

la sostituzione di quest'ultima formula con l'identificazione dell'articolazione funzionalmente autonoma da parte dei due contraenti del negozio di cessione; c) nella limitazione temporale di tale individuazione al momento del trasferimento⁴⁴. Secondo uno dei primi commenti alla norma, cioè, «il dato storico della preesistente autonomia tecnico funzionale del ramo d'azienda viene sostituito dalla rappresentazione soggettiva di una articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, (...) al momento del suo trasferimento»⁴⁵.

E' osservazione comune⁴⁶ che alla base della suddetta modifica vi sia l'accoglimento di un'opinione che *medio tempore* (e cioè nel breve arco di tempo che ha separato il d.lgs. n. 18/2001 dal d.lgs. n. 276/2003) aveva giudicato «la opzione selettiva del legislatore» nei confronti del requisito della preesistenza «incongrua, di problematica applicazione, ma anche poco in linea con le finalità garantistiche alle quali dovrebbe rispondere»⁴⁷.

Invero, più il segmento di attività ceduto si avvicina al *core business* aziendale, più i nessi di interdipendenza con altre attività aziendali rendono praticamente impossibile l'individuazione di una sua compiuta autonomia funzionale. Spesso, peraltro, l'attività ceduta presenta presso il cedente uno stretto legame con una serie di supporti di tipo amministrativo, commerciale e contabile che ne offuscano la natura autosufficiente. Nel caso, poi, di attività particolarmente eterogenee tra loro, non è escluso che in seguito ad un «accorpamento trasversale» in occasione della cessione, esse manifestino una riscoperta unitarietà ed autonomia che nell'organizzazione del cedente non possedevano. Ma anche in ipotesi più tra-

⁴⁴ La nuova versione del 2112 c.c. esclude dalla definizione di ramo d'azienda anche lo scopo produttivo. Si tratta, invero, di una modifica poco valutata dalla dottrina, ma non sono mancate ricostruzioni che hanno tentato di ricavarne un autonomo significato. L'omissione dello scopo produttivo può essere letta in vari modi: da una scelta non precettiva, volta a snellire semplicemente una disposizione che appariva fin troppo appesantita, ad una precisa opzione per il rifiuto di una nozione di autonomia del ramo d'azienda vincolata ad un preciso scopo produttivo, ovvero ancora per l'accoglimento delle teorie della mera potenzialità dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda. Sul punto, più diffusamente, C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., p. 263.

⁴⁵ A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda*, cit., p. 11.

⁴⁶ R. SANTAGATA, *Trasferimento di ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, cit., p. 613. In proposito, anche F.R. GRASSO, *La recente giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di trasferimento di "ramo" di azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 591.

⁴⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 33 ss.

dizionali di attività accessorie o strumentali, la «stretta connessione finalistica o l'inscindibile nesso di complementarità» rispetto al contesto produttivo principale costringe l'interprete ad escludere la preesistenza dell'autonomia funzionale. In tutte queste ipotesi, quindi, l'attenuata o inesistente preesistenza della autonomia funzionale dell'attività da trasferire presso l'impresa cedente escluderebbe dall'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c. tutta una serie di fattispecie circolatorie di rami d'azienda sostanzialmente genuine. Siffatta esclusione, peraltro, non troverebbe neanche giustificazione in una presunta finalità garantistica, giacché il ricorso alla preesistente autonomia funzionale del ramo che si intende cedere non pare idoneo ad attenuare il rischio di un uso distorto dell'istituto. Questo infatti può anche essere perseguito mediante una preconstituita delimitazione della parte da cedere, ovvero attraverso una lenta e progressiva confluenza di personale sgradito nella struttura economica da esternalizzare. Ciò che conta, è stato sostenuto, non è tanto la verifica *ex ante* dell'autonomia funzionale del ramo, quanto l'accertamento, anche in un momento successivo, dell'intento fraudolento dell'operazione complessivamente realizzata, volta a perseguire, ad esempio, un obiettivo interpositorio, attraverso l'espulsione di personale che comunque, di fatto, continua a soggiacere al potere direttivo e di organizzazione del cedente⁴⁸.

Per quanto suggestiva ed attenta al dato empirico, la tesi in argomento si presta ad alcune obiezioni. In primo luogo, tale ricostruzione del fenomeno delle esternalizzazioni realizza uno spostamento delle tutele verso la tecnica antifraudolenta, e quindi su un piano diverso e successivo (quello comunemente definito di internalizzazione). Pare indubbio che l'accertamento della sussistenza di poteri direttivi ed organizzativi del cedente possa rappresentare un utile indice per smascherare la natura fraudolenta dell'intera operazione⁴⁹. Una simile indagine, tuttavia, appare troppo limitativa, lasciando scoperta la fase precedente di esternalizzazione strettamente intesa che, realizzata attraverso il trasferimento d'azienda, necessita comunque di forme di controllo basate (anche) su meccanismi definitori tipologici⁵⁰. Peraltro, l'intento interpositorio non è l'unico

⁴⁸ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 33 ss.

⁴⁹ Ma si vedano, in proposito, le puntualizzazioni di M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 125.

⁵⁰ M.T. CARINCI, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal D.lgs. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *Lav. giur.*, 2005, p. 1113.

rischio al quale i fenomeni di esternalizzazione d'impresa espongono i lavoratori. Costoro reclamano anche diritti connessi alla trasparenza delle operazioni economiche nelle quali vengono coinvolti ed al mantenimento del rapporto contrattuale con il datore di lavoro originario, o comunque effettivo (si pensi, solo per esemplificare, alle problematiche connesse al cosiddetto diritto di opposizione del lavoratore, su cui *infra*, § 13). Anche l'idea che la previsione del requisito della preesistenza di cui al d.lgs. n. 18/2001 possa efficacemente essere sostituita (solo) dalla puntuale previsione di criteri di individuazione dei lavoratori coinvolti dal trasferimento⁵¹ non convince del tutto. La questione normalmente viene affrontata nella fase successiva all'esternalizzazione, quando i lavoratori contestano l'inerenza del rapporto di lavoro con il ramo ceduto, per sottrarsi al passaggio automatico presso il cessionario. Una ricognizione preventiva delle professionalità addette al ramo da trasferire certamente offrirebbe un importante strumento di controllo sindacale della decisione esternalizzante e costituisce un'utile garanzia contro espulsioni arbitrarie, ma non si rivela sufficiente a limitare esternalizzazioni fittizie non sorrette da reali esigenze organizzative.

Le critiche alla ricostruzione in esame quindi non sono mancate⁵² ma, di fatto, a partire dal Libro Bianco, si è assistito ad una progressiva accentuazione dei punti deboli e delle incertezze applicative della nozione di azienda trasferita – ritenuta nella versione del 2001 forse troppo rigida ed appesantita –, in un contesto di politica legislativa molto più incline ad assecondare le istanze di flessibilità delle imprese⁵³.

⁵¹ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 36.

⁵² Ne offre una attenta sintesi C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., p. 576 ss. Ma sul punto anche A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, cit., p. 596, il quale ha osservato che il rigore applicativo del carattere della preesistenza potrebbe risultare attenuato ammettendo che l'autonomia funzionale possa essere valutata sia sul piano produttivo, sia su quello gestionale ed organizzativo.

⁵³ Non sono mancate letture del contesto che ha generato la nuova versione dell'art. 2112 c.c. come forma di reazione all'atteggiamento più rigido adottato dalla Corte di Cassazione con riferimento al caso Ansaldo: in particolare, Cass. 23 ottobre 2002, n. 14961, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 297; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 149; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Lav. giur.*, 2003, p. 429. Si tratta, come noto, di un orientamento giurisprudenziale basato sulla necessità di adottare una nozione più restrittiva di ramo d'azienda che richieda l'esistenza di un'autonomia funzionale preesistente e, dunque, non solo potenziale (come sostenuto dall'Ansaldo).

Il percorso legislativo che ha poi condotto alla modifica del 2003, per quanto breve, è stato altalenante⁵⁴. La storia dell'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 è nota: la versione definitiva della legge delega n. 30/2003 è passata attraverso due differenti proposte. Il d.d.l. n. 848 intendeva abolire totalmente l'intero inciso del requisito della «autonomia funzionale del ramo d'azienda preesistente al trasferimento». Ma quella formula avrebbe esposto il testo definitivo a fondati dubbi di compatibilità con la normativa comunitaria, poiché avrebbe legittimato esternalizzazioni di parti di aziende generiche e non dotate di autonomia funzionale⁵⁵. L'intervento del sindacato ha infine ridimensionato i termini della questione. Il Patto per l'Italia ha infatti limitato temporalmente il requisito dell'autonomia funzionale, che è rimasto fermo, anche se è stato congelato al solo momento del trasferimento.

Tale correttivo è stato interpretato come una formula di compromesso tra le contrapposte esigenze (di flessibilità delle imprese e di tutela dei lavoratori), collocata peraltro lungo un *continuum* con la precedente formula normativa, poiché, al massimo, avrebbe autorizzato esternalizzazioni di articolazioni autonome di impresa sussistenti solo al momento del trasferimento. L'autonomia funzionale, quindi, avrebbe dovuto essere già in vita al momento del trasferimento, ma non successivamente, secondo una prospettiva che in effetti era già stata contemplata nella relazione di accompagnamento del d.lgs. n. 18/2001⁵⁶. Altri invece si sono sofferma-

Nello stesso senso si sono poi pronunciate Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1095; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 653, con nota di A. SITZIA, *Trasferimento di parte d'azienda, smaterializzazione dell'impresa e esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32, d.lgs. n. 276/2003*, che hanno negato l'esistenza dell'autonomia funzionale dei Servizi generali di Ansaldo ceduti al Consorzio Manital. Sul punto si rinvia a L. MENGHINI, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, cit., p. 422 ss.

⁵⁴ Per i commenti sulle modifiche alla disciplina del trasferimento d'azienda nella fase immediatamente precedente al d.lgs. n. 276/2003, cfr. M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro che cambia*, in *Lav. giur.*, 2003, p. 105; T. TREU, *Il Patto per l'Italia: un primo commento*, in *Guida lav.*, 2002, p. 1062 ss.; E. MENEGATTI, *Il difficile ruolo della nozione di trasferimento di ramo d'azienda*, in *Lav. giur.*, 2003, p. 219 ss.; E. NESPOLI, *Le modifiche alla disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Guida lav.*, 2002, p. 62 ss.

⁵⁵ P. PASSALACQUA, *“Patto per l'Italia”: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 220. Ma vedi anche le opinioni sull'originario testo del disegno di legge delega di P.G. ALLEVA, A. ARDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Delega al Governo in materia di mercato del lavoro: un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in www.cgil.it/giuridico.

⁵⁶ P. PASSALACQUA, *“Patto per l'Italia”: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda*, cit., p. 220.

ti sulla sola circostanza della soppressione del requisito della preesistenza, e ne hanno apprezzato favorevolmente la portata, perché in linea con la normativa comunitaria e con i nuovi modelli circolatori delle imprese. Va precisato, però, che in quella fase, non era ancora stato affrontato il tema del requisito della «conservazione dell'identità»⁵⁷.

Il d.lgs. n. 276/2003 attua fedelmente la delega con riferimento al vincolo temporale dell'accertamento dell'autonomia funzionale. Tuttavia, rispetto alla versione della l. n. 30/2003 – che nulla prevedeva al riguardo – sopprime il requisito della conservazione dell'identità nel trasferimento; e specifica che l'articolazione è «identificata come tale dal cedente e dal cessionario» (al momento del trasferimento).

La previsione di uno specifico potere di determinazione del ramo da cedere mediante l'accordo tra le parti, al momento del trasferimento, solleva un problema di conformità dell'attuale previsione di cui al decreto delegato con quella della legge delega. Sicuramente questa era stata predisposta al fine dell'esclusione del requisito della preesistenza dell'autonomia, ma non si era certo spinta fino al punto di dotare le parti contrattuali della possibilità di conferire *ex novo* un'autonomia funzionale, peraltro, non più necessariamente preesistente⁵⁸.

E' pressoché unanime, peraltro, la convinzione che con l'identificazione ad opera delle parti datoriali dell'articolazione funzionalmente auto-

⁵⁷ T. TREU, *Il Patto per l'Italia: un primo commento*, cit., p. 1062, e E. NESPOLI, *Le modifiche alla disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., p. 62 ss.

⁵⁸ F. MAZZIOTTI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori*, cit., p. 622. *Contra* V. NUZZO, *L'oggetto del trasferimento: entità materiale, organizzazione o mera attività?*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 593 ss. Ma un ulteriore profilo di eccesso di delega viene individuato nell'art. 32 anche da C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., p. 239 ss., poiché la l. n. 30/2003 delegava al Governo un «completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria». Si è osservato che sotto questo profilo la delega appare vuota di contenuto, dal momento che la direttiva n. 01/23/CE in nulla (se non per l'eliminazione di alcuni articoli *bis* e per la nuova numerazione) diverge da quella del 1998. In secondo luogo, questa poteva essere un'utile occasione perché il Governo italiano intervenisse su alcuni punti non del tutto definiti né conformi all'ordinamento comunitario (sul punto, più diffusamente, P. PASSALACQUA, *“Patto per l'Italia”: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda*, cit., p. 227 ss., con riferimento al trasferimento dell'impresa in crisi, agli effetti del trasferimento dell'azienda sui rapporti previdenziali, alla disciplina del trasferimento d'azienda nelle pubbliche amministrazioni). Mentre, come si è visto, il decreto delegato è intervenuto solo sulla disciplina del trasferimento di parte dell'azienda e, per l'intera azienda, limitatamente al titolo del trasferimento.

noma si sia voluto (e si corra il rischio, anche in sede applicativa, di) valorizzare l'autonomia individuale nell'individuazione di presupposti, non più oggettivi, dai quali fare discendere l'applicazione di una normativa inderogabile a tutela dei diritti dei lavoratori⁵⁹. Con le intuibili ricadute, sul piano interpretativo relativo alla delimitazione della fattispecie, in ordine alla ricerca di sicuri parametri in base ai quali individuare la nozione di ramo d'azienda di cui al nuovo testo dell'art. 2112 c.c.⁶⁰.

6. *Il ruolo dell'autonomia individuale: il significato dell'inciso «identificata come tale dal cedente e dal cessionario»*

Un primo orientamento, muovendo dal dato testuale, si è principalmente soffermato sulla portata semantica del termine «identificata», nel tentativo di contenerne la valenza innovativa. E' stato infatti precisato che l'uso dell'espressione «identificata come tale» descrive una fase di «mera definizione e delimitazione dell'entità oggetto della cessione». Un'operazione, cioè, che in verità è stata da sempre di competenza del cedente e del cessionario, mentre, non può trascurarsi che l'entità ceduta non potrà mai risultare priva dell'autonomia funzionale e dell'organizzazione di mezzi, che rappresentano ancora oggi requisiti imprescindibili per l'applicabilità del regime circolatorio⁶¹. Ne deriva che per integrare la fattispecie

⁵⁹ S. MAINARDI, "Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, cit., p. 699; R. SANTAGATA, *Trasferimento di ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, cit., p. 614; P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 3 ss.; A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., p. 473; G. SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 189; C. CESTER, *Trasferimento di ramo d'azienda, direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 81; ID., *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in M.T. Carinci-C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 20 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 264.

⁶⁰ P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, cit., p. 900; G. ZILIO GRANDI, *Trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 61 ss.

⁶¹ M. DE FELICE, *Il trasferimento d'azienda e il trasferimento di ramo d'azienda nel Decreto Legislativo attuativo della legge 30/2003*, in *www.cgil.it*, p. 5.

trasferimento di ramo d'azienda, non sarà sufficiente l'individuazione ad opera delle parti di un qualsiasi ramo dell'azienda, ma solo di quello che presenti, al momento della cessione, requisiti tali da mostrarsi, indipendentemente da un potere costitutivo delle parti, come una oggettiva articolazione autonoma, sotto il profilo funzionale, di una organizzazione di mezzi finalizzati all'esercizio di un'attività economica⁶².

In altri termini, secondo una sintetica formula, peraltro ricorrente, «un conto è identificare, altra cosa è costituire»⁶³. Una differenza concettuale di non poco conto, atteso che una ricognizione per via negoziale dell'entità da cedere si traduce al massimo in una «presunzione di prova» che, al pari del *nomen juris* ai fini dell'accertamento della subordinazione, non esclude, comunque, l'ammissibilità della prova contraria, che dimostri l'effettiva insussistenza di una autonomia tecnico funzionale del ramo ceduto⁶⁴.

Un'interpretazione restrittiva del termine «identificata» è sicuramente convincente, anche perché, collegata agli altri requisiti imprescindibili della definizione di ramo d'azienda, ne riesce in qualche modo a ridimensionare la portata costitutiva. Si consideri che l'eliminazione del requisito della preesistenza si traduce, nei fatti, in un ampliamento della sfera di libertà delle imprese nella identificazione del ramo da cedere, poiché rispetto al passato, esse saranno certamente più disinvolve nel «riconoscere» un

⁶² Su questo punto si registra una inattesa uniformità di vedute perfino dal versante dottrinale che aveva posto in evidenza i punti deboli della disciplina del 2001: R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 575; V. NUZZO, *L'oggetto del trasferimento: entità materiale, organizzazione o mera attività*, cit., p. 598.

⁶³ A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda*, cit., p. 14. In giurisprudenza sostiene la valenza ricognitiva di un segmento produttivo già esistente, organizzato e dotato di capacità organizzativa prima del trasferimento, Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, cit.

⁶⁴ A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda*, cit., p. 14. Il parallelismo con la fattispecie della subordinazione è stato proposto anche da V. BAVARO, *Il trasferimento d'azienda*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 185, il quale precisa che in molte altre fattispecie, come anche nel rapporto di lavoro, l'oggetto è pur sempre tipizzato dall'ordinamento, e le parti contrattuali sono costrette a muoversi entro gli ambiti legislativamente imposti. Il «controllo di razionalità giuridica», pertanto, impone comunque di verificare la conformità dell'operazione economica del trasferimento al «canone normativo insito nella fattispecie». Nello stesso senso, A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., p. 479, che evoca in proposito il concetto della «indisponibilità del tipo», nel senso che non potranno mai essere le parti contrattuali a disporre della nozione legale di articolazione funzionalmente autonoma.

collegamento funzionale tra i diversi fattori della produzione del segmento da trasferire⁶⁵.

Sul punto è stato osservato come questa libertà si componga sì di un elemento volontaristico, che però non potrebbe essere totalmente discrezionale⁶⁶. Anche perché la volontà dell'impresa cedente, perfino quella animata da una mera intenzione fraudolenta, deve comunque passare attraverso un momento contrattuale. Il contratto, infatti, comporta sempre una sintesi tra la volontà del cedente e quella del cessionario, e non è affatto detto che quest'ultimo persegua un interesse diverso da quello dei lavoratori all'accertamento della preesistenza e della conservazione dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda⁶⁷. La tesi, tuttavia, non prende in considerazione la possibilità di una collusione fraudolenta tra i due contraenti. Ed in questo trova il suo limite, poiché è proprio nei confronti di quella collusione che si è tradizionalmente sviluppata la funzione antielusiva della nozione giuridica di ramo d'azienda. In quest'ottica, non possono essere trascurate alcune applicazioni giurisprudenziali dell'art. 2112 c.c. novellato, secondo le quali, sebbene il ramo aziendale debba esprimere una sua autonomia funzionale, almeno potenziale (non già, quindi, preesistente, da verificarsi pertanto fino al momento della cessione), è comunque rimessa «alla volontà dell'imprenditore l'unificazione di un complesso di beni, privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica, al fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo d'azienda»⁶⁸.

⁶⁵ Ed infatti, in dottrina, la possibilità che la traslazione possa avere ad oggetto un gruppo di beni e lavoratori che, pur non organizzati in un ramo d'azienda presso il cedente, vengano strutturati, a tal fine, in visione della cessione, purché siano in grado, anche solo in via potenziale, di assolvere un'autonoma funzione produttiva è stata sostenuta da I. ALVINO, *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 275; ritiene che il ramo d'azienda possa essere delineato dalle parti anche al momento del trasferimento, purché sia caratterizzato da un'antecedente autonomia funzionale anche solo potenziale, G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, Jovene, Napoli, 2004, p. 147.

⁶⁶ V. BAVARO, *Il trasferimento d'azienda*, cit., p. 184.

⁶⁷ Così V. BAVARO, *Il trasferimento d'azienda*, cit., p. 184. Potrebbe infatti astrattamente isolarsi uno specifico interesse dell'imprenditore cessionario alla tutela del lavoro attraverso la protezione dell'attività economica in circolazione.

⁶⁸ Trib. Torino 17 dicembre 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1773, con nota di L. Imberti. Va però osservato che il giudice ha, comunque, bilanciato la portata innovativa dell'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, mediante un rafforzamento del potere di controllo sulla fattispecie e quindi sull'effettiva autonomia organizzativa e sulla potenzialità produttiva del ramo d'azienda stesso, al fine di escludere che attraverso il trasferimento di ramo

7. *Le interpretazioni sistematiche: l'organizzazione e l'autonomia funzionale*

Sicché, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la ricerca di una nozione di ramo d'azienda idonea a delimitare il campo di applicazione della normativa codicistica si è svolto assicurandone il carattere inderogabile e la conformità con il diritto europeo⁶⁹. La natura inderogabile della normativa, peraltro, è stata ribadita a più riprese tramite le copiose soluzioni giurisprudenziali basate sul recupero per via interpretativa del requisito della preesistenza⁷⁰.

Ad un'interpretazione sistematica dei diversi elementi richiesti dalla nuova nozione, quindi, si è rivolto un corposo orientamento, che ha inteso delimitare la portata innovativa dell'identificazione soggettiva del ramo d'azienda, valorizzando il significato dei requisiti dell'organizzazione e dell'autonomia, dell'articolazione dell'attività economica da trasferire, ancora insiti nella attuale definizione di ramo d'azienda. E' vero, infatti, che sul piano degli effetti la disciplina del 2003 potrebbe determinare una estensione del principio di insensibilità delle vicende circolatorie rispetto ai rapporti di lavoro, anche ad ipotesi in cui il ramo presenti un'attitudine solo potenziale presso l'organizzazione del cedente. Tuttavia, una più attenta analisi della norma, almeno in linea generale, mostra come anche la nuova

d'azienda si voglia in realtà dismettere personale considerato in esubero. In senso contrario, invece, si sono espressi Trib. Roma 4 maggio 2006 e Trib. Bologna 27 ottobre 2004, inedite a quanto consta, secondo cui la tesi restrittiva della giurisprudenza di legittimità (Cass. 17 ottobre 2005 n. 20012, in *Lav. prev. oggi*, 2006, p. 259), che per l'applicazione dell'art. 2112 c.c. richiede un complesso di beni che oggettivamente si presenti quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica, per evitare che altrimenti sia la volontà dell'imprenditore ad unificare un insieme di beni di per sé privo di preesistente autonomia, va ritenuto ancora come criterio interpretativo generale ed applicabile anche dopo il d.lgs. n. 276/2003. Successivamente, ma nello stesso senso, Trib. Milano 4 maggio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, II, p. 466 e Trib. La Spezia 14 ottobre 2008, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, p. 661, con nota di D. BORDIGONI, *Il ramo d'azienda e gli indici di genuinità del trasferimento*.

⁶⁹ M.L. VALLAURI, *La nozione di ramo d'azienda nella giurisprudenza nazionale più recente*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 32 ss.; A. BELLAVISTA, *Il nuovo testo dell'art. 32, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. 276/2003: problemi di conformità alla direttiva comunitaria*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro. Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, Quaderni dir. lav.*, Utet, Torino, 2005, p. 192.

⁷⁰ Trib. Milano 25 febbraio 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 460 ss., con nota di A. CORRADO, *Ancora sul trasferimento d'azienda in caso di appalti labour intensive*; Trib. La Spezia 14 ottobre 2008, cit.; Trib. Roma 3 marzo 2008 e Trib. Milano 29 febbraio 2008, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 673; Trib. Milano 4 maggio 2007, cit.; Trib. Padova 5 febbraio 2007, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 197; Trib. Milano 30 luglio 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 155.

definizione mantenga al suo interno «gli anticorpi in grado di contrastare operazioni finalizzate all'indiretta espulsione di manodopera eccedente»⁷¹.

Intanto, una «“indiscriminata liberalizzazione” dei processi di esternalizzazione ben potrebbe essere impedita da una più attenta applicazione del persistente requisito dell'organizzazione». Quest'ultimo, infatti, impone sempre che lavoratori e beni aziendali siano «tenuti insieme da un nesso obbiettivo e necessario»⁷².

La giurisprudenza ha così precisato l'esigenza di un collegamento funzionale tra i beni che compongono il ramo d'azienda che sia stabile ed unitario, tale da escludere che essi possano essere destinati all'esecuzione di una sola opera⁷³. Questo collegamento deve essere idoneo a dimostrare la destinazione all'esecuzione di un'unica e autonoma attività produttiva, anche se non necessariamente coincidente con il *core business* dell'impresa cedente⁷⁴. In questo senso sono stati riconosciuti autonomi rami aziendali anche nel caso in cui ad essere trasferite siano state non porzioni del *core business* aziendale, ma meri segmenti destinati alla produzione di un bene o di un servizio strumentali all'attività principale⁷⁵.

Sicché, in linea generale, costituirà mera cessione di rapporti di lavoro, che richiede il consenso dei lavoratori, e non integra gli estremi del trasferimento di un ramo d'azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., il trasferimento ad altra impresa di lavoratori addetti ad una struttura aziendale priva di autonomia organizzativa e caratterizzata dall'estrema eterogeneità delle funzioni degli addetti, insuscettibile di assurgere ad unitaria entità economica⁷⁶. Viene

⁷¹ V. LUCIANI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento di interessi*, cit., p. 567.

⁷² V. LUCIANI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento di interessi*, cit., p. 567.

⁷³ Cass. 13 ottobre 2009, n. 21697, in *Guida dir.*, 2009, p. 46; Cass. 5 marzo 2008, n. 5932, in *Lav. giur.*, 2008, p. 733, con nota di C.A. Giovanardi; Cass. 1 febbraio 2008, n. 2489, in *Lav. giur.*, 2008, p. 624, con nota di G. Treglia; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, cit.

⁷⁴ Così, Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, cit.; nella giurisprudenza di merito, Trib. La Spezia 14 ottobre 2008, cit.; Trib. Padova 5 febbraio 2007, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 197, con nota di E. Barraco.

⁷⁵ Così, d'altronde, si era espressa anche la dottrina, R. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2003, p. 63.

⁷⁶ Cass. 1 dicembre 2005, n. 29196, in *Guida lav.*, 2006, p. 12, con nota di M. Giustiniani-E. Gargale, nonché Cass. 17 ottobre 2005, n. 20012, cit. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Torino 17 dicembre 2005, in *Orient. giur. lav.*, 2005, p. 810; Trib. Roma 3 novembre 2005, in *Dir. e prat. lav.*, 2006, p. 378, con nota di C. Petrucci-S. Taddei; Trib. Milano, 30 luglio 2005, in *Orient. giur. lav.*, 2005, p. 614.

così escluso che l'autonomia funzionale del ramo possa essere solo potenziale presso il cedente, e che il nucleo di beni e di rapporti possa essere solo astrattamente idoneo ad essere organizzato per l'esercizio futuro di un'attività.

Più problematico appare invece il criterio dell'autonomia, sul quale la dottrina, all'indomani della riforma del 2003 aveva espresso due diversi orientamenti. Il primo, sostanzialmente sposato dalla giurisprudenza sul caso Ansaldo⁷⁷, realizza una assimilazione tra azienda e parte di azienda, differenziate solo sotto il profilo quantitativo: non vi sarebbe alcuna differenza qualitativa tra l'azienda ed un suo ramo, in quanto, perché questo sia ceduto sfruttando l'automatismo del passaggio automatico dei lavoratori ad esso addetti *ex art. 2112 c.c.*, dovrebbe riassumere in sé gli stessi requisiti di tipo produttivo, gestionale ed organizzativo che caratterizzano l'intera azienda. Secondo questo orientamento, pertanto, il requisito dell'autonomia funzionale impone che ad essere trasferite possano essere solo vere e proprie unità produttive, le sole articolazioni in grado di funzionare autonomamente come una «piccola azienda».

Secondo altra impostazione, invece, il riferimento all'autonomia funzionale comporta che un ruolo decisivo sia svolto dalla coesione funzionale ed organizzativa. Esso, però, non postula anche una autonomia gestionale o amministrativa, e nemmeno una indipendenza economico-commerciale ovvero un'assoluta autonomia del risultato produttivo. Il dato dell'autonomia riguarderebbe la funzionalità, ma non anche l'aspetto gestionale o amministrativo⁷⁸. L'articolazione aziendale si presenterebbe funzionalmente autonoma quando è capace di sviluppare una autonoma iniziativa imprenditoriale al fine della produzione o dello scambio di un bene o di un servizio, senza la necessità che a tal fine essa presenti anche supporti amministrativi o gestionali.

La questione posta in questi termini ripropone la consueta alternativa tra la configurazione del ramo d'azienda, identificata con la nozione di unità produttiva, coniata dallo Statuto dei lavoratori, ovvero come entità distinta da questa, perché appunto priva di autonomia amministrativa e/o gestionale⁷⁹.

⁷⁷ Emblematica Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, cit.

⁷⁸ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 27.

⁷⁹ Sul rapporto tra la nozione di ramo d'azienda e la nozione di unità produttiva, E. BARRACO, *Un nuovo oggetto di disciplina per l'art. 2112 c.c.: dal ramo d'azienda all'articolazione funzionalmente autonoma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 75 ss., spec. p. 93; nonché, più recentemente, A. RICCOBONO, *Qualificazione del contratto e controllo della fattispecie nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 194 ss.

Depongono per questa seconda opzione, e quindi per un rapporto di infungibilità tra il ramo d'azienda e l'unità produttiva due diversi argomenti. Uno testuale, in quanto il legislatore, che ha utilizzato il concetto di unità produttiva nell'art. 47, comma 5, della l. n. 428/1990, non lo ha poi riproposto nel corpo dell'art. 2112 c.c. L'altro di carattere sistematico, per cui l'equiparazione tra le due nozioni sconfesserebbe l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, sia a livello nazionale sia a livello comunitario, che individua il ramo d'azienda, al ricorrere di altri indici, anche in un gruppo di lavoratori, capaci di svolgere un'attività economica organizzata, al di là della presenza o meno di beni materiali⁸⁰. Si segnala infatti che nella lunga interpretazione giurisprudenziale, l'unità produttiva è sempre stata considerata come un'articolazione munita di autonomia strutturale, finalistica e produttiva, tale da potersi separatamente qualificare come impresa⁸¹. La sovrapposizione tra il ramo d'azienda e l'unità produttiva non sembra coerente neanche con l'orientamento comunitario che applica la direttiva al caso del trasferimento di una funzione ausiliaria, accessoria o di mero supporto interno all'impresa, atteso che al contrario l'interpretazione prevalente della nozione di unità produttiva ha sempre preteso una capacità produttiva esterna, come la completa idoneità ad esaurire, o in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni e servizi dell'impresa, con indipendenza tecnica e amministrativa⁸².

Sul punto, si ritiene preferibile adottare un approccio analogo a quello adottato a livello comunitario. Non è facile infatti propendere aprioristicamente per l'una o per l'altra impostazione. La prassi continua a mostrare realtà profondamente eterogenee tra loro, e ben può accadere che quell'autonomia funzionale richiesta dalla disposizione normativa sia riscontrabile in un caso ma non in un altro. Dinnanzi ad un panorama così articolato, la soluzione più razionale sembra quella di procedere secondo un metodo che privilegia la valutazione complessiva degli elementi rilevanti ai fini della delimitazione della fattispecie, differenziando le soluzio-

⁸⁰ Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in *Lav. giur.*, 2003, I, p. 19 e Corte giust. 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suezem*, cit.

⁸¹ Va notato che il riferimento testuale a «ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo» evoca sempre un'idea di materialità che mal si concilierebbe con la tesi che individua il ramo d'azienda o d'impresa con il solo lavoro organizzato. Così, E. BARRACO, *Un nuovo oggetto di disciplina per l'art. 2112 c.c.: dal ramo d'azienda all'articolazione funzionalmente autonoma*, cit., p. 93. In giurisprudenza Cass., S.U., 7 novembre 1978, n. 5058, in *Giust. civ.*, 1979, p. 487.

⁸² Da ultimo, Cass. 15 maggio 2006, n. 11103, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 237.

ni in relazione al contesto di riferimento. Utili a tal fine gli indici elaborati a livello comunitario: il tipo di impresa, la cessione di elementi materiali significativi, il valore degli elementi immateriali, il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione. Tutti elementi da valutare nel loro complesso, e da non considerare isolatamente, in quanto meri aspetti parziali di una valutazione complessiva⁸³.

In quest'ottica sembra potersi collocare quella tendenza dottrinale ad accertare la consistenza del ramo ceduto, anche in una fase successiva alla cessione, quando cioè l'imprenditore cedente e quello cessionario si accordano sulle modalità di svolgimento del contratto di appalto che abbia ad oggetto il ramo ceduto. Qui, la verifica sul collegamento negoziale volontario tra la cessione del ramo e la conservazione della sua utilità economica può apparire funzionale all'indagine sul requisito dell'autonomia funzionale del ramo⁸⁴, in quanto il contratto d'appalto consente al cessionario di recuperare l'utilità economica della parte di attività trasferita. Il che permette di verificare, in un momento successivo, l'effettiva presenza dei requisiti che la legge impone ai fini di un legittimo trasferimento di ramo d'azienda. In linea di massima, potrebbe sostenersi che quando l'appalto coinvolge il solo ramo che è stato anche oggetto della cessione, le parti abbiano rispettato i requisiti costitutivi prescritti dall'art. 2112 c.c. Tuttavia, non è possibile affermare con esattezza l'opposto: non è detto cioè che quando l'appalto venga eseguito attraverso l'impiego di mezzi e personale ulteriore rispetto a quelli utilizzati nel ramo ceduto, le parti non abbiano inteso realizzare un legittimo trasferimento di ramo d'azienda. Rientra in questo stesso orientamento l'indagine sull'impegno organizzativo del cessionario nei confronti dei lavoratori addetti all'attività ceduta e sull'esercizio da parte dello stesso cessionario dei poteri direttivo e conformativo della prestazione nei confronti di questi ultimi⁸⁵.

Questa impostazione risulta adottata da una recentissima giurisprudenza di merito. Ancora una volta in applicazione di criteri elaborati in sede

⁸³ Corte giust. 18 marzo 1986, causa C-24/85, *Spijkers*, cit.; Corte giust. 25 gennaio 2001, causa C-172/99, *Oy Liikenne Ab*, in Racc. 2001, p. 745, par. 35.

⁸⁴ G. SPINELLI, *Nuove problematiche giurisprudenziali in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 525 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazione*, cit., p. 401.

⁸⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 36.

comunitaria⁸⁶, il giudice ha optato per la sussistenza di una fattispecie di trasferimento di ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2112, comma 5, c.c., malgrado la cessione non avesse contemplato beni materiali, di proprietà del cedente, che ne aveva concesso la disponibilità al cessionario per la durata dell'intero contratto di appalto⁸⁷.

Si tratta però di un criterio discutibile, che rischia di autorizzare esternalizzazioni basate su una forte integrazione anche strumentale tra le due imprese, e la cui legittimità viene misurata in maniera circoscritta al solo lasso temporale durante il quale si svolgerà il contratto commerciale con il cedente⁸⁸. Soprattutto nel caso in cui si tratti di ipotesi di monocommittenza, le sorti dei lavoratori che l'art. 2112 c.c. mira a salvaguardare vengono esposte ad elevatissimi livelli di instabilità, perché affidate al mantenimento del vincolo contrattuale tra le due imprese, e fino al momento del suo compimento.

8. Il criterio dell'imputazione dei lavoratori al ramo ceduto

Conformemente all'orientamento già diffuso prima delle modifiche del 2003, irrilevante appare anche oggi la composizione del ramo ceduto. Pacificamente esso può essere formato anche in misura prevalente, se non perfino in maniera esclusiva, da lavoratori, purché essi non costituiscano un semplice aggregato di manodopera, utilizzabile in modo indifferenziato⁸⁹.

⁸⁶ Corte giust. 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suez*, cit.; Corte giust. 2 dicembre 1999, causa C-234/98, *G.C. Allen*, in Racc. 1999, p. 8664; e, più recentemente, Corte giust. 15 dicembre 2005, cause riunite C-232/04 e 233/04, *Nurten Güneç-Görres*, in Racc. 2005, p. I-11237, secondo cui la direttiva comunitaria si applica ogniqualvolta l'imprenditore metta a disposizione gli elementi materiali indispensabili per l'esercizio dell'attività economica organizzata senza trasferirne la proprietà (si trattava di successione nella titolarità di appalti di servizi non caratterizzati in modo essenziale dall'impiego di manodopera).

⁸⁷ Corte app. Milano 22 marzo 2010, n. 492, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 320, con nota di M.L. VALLAURI, *Autonomia funzionale e integrabilità del ramo da parte del cessionario*, avente ad oggetto un caso di *outsourcing* di *call center*.

⁸⁸ M.L. VALLAURI, *Autonomia funzionale e integrabilità del ramo da parte del cessionario*, cit., p. 342.

⁸⁹ Cass. 17 luglio 2008, n. 19740, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 1166, che ha negato l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. quando le attività dei lavoratori addetti al ramo ceduto si siano presentate talmente eterogenee da escludere la mancanza di una funzione unitaria della struttura trasferita. Tali interpretazioni appaiono peraltro conformi all'orientamento manifestato dalla giurisprudenza comunitaria, per cui da ultimo, Corte giust. 13 settembre 2007, causa C-458/05, *Mohamed Jouini*, in Racc. 2007, p. 7301, relativa al

Deve quindi trattarsi di lavoratori portatori, da singoli, delle conoscenze e delle abilità professionali, necessarie e sufficienti allo svolgimento di un'unica attività economica: si richiede dunque un complessivo e stabile coordinamento, in modo che le loro prestazioni interagiscano sì da tradursi in un risultato economicamente apprezzabile sul mercato dei beni o dei servizi⁹⁰.

Ciò ovviamente comporta la necessità che in fase giudiziale si verifichi la reale sussistenza di un genuino ed effettivo nesso di collegamento tra lavoratore e ramo ceduto⁹¹. Il che naturalmente costituisce un concreto ostacolo a prassi aziendali che si risolvano in una fittizia predisposizione di un ramo, adibendovi *ad hoc* lavoratori sgraditi, ai soli fini di una loro estromissione. Per il lavoratore si tratterà di provare l'inesistenza di un obiettivo collegamento tra la sua prestazione e il ramo ceduto, attraverso l'impugnazione degli atti gestionali assunti *ex art. 2103 c.c.*⁹², precedenti la cessione, che ne hanno determinato l'inclusione nell'articolazione da cedere, dimostrando altresì l'incoerenza e la eterogeneità tra la sua professionalità e l'organizzazione del ramo, nonché la strumentalità di una simile operazione⁹³.

Questo tipo di indagine costituisce una delle molteplici proiezioni dell'autonomia funzionale e dell'organizzazione, in funzione sostitutiva dell'ormai abolito requisito della preesistenza. L'autonomia funzionale, infatti, è un concetto organizzativo prima ancora che giuridico. Sotto que-

trasferimento di un gruppo di lavoratori somministrati, unitamente ad una parte del personale amministrativo dell'agenzia di somministrazione. Nello stesso senso, Corte giust. 15 dicembre 2005, cause riunite C-232/04, 233/04, *Nurten Güney-Görres*, cit., che ribadisce, inoltre, che il trasferimento di mezzi di produzione rappresenta un aspetto solo parziale della valutazione complessiva che il giudice nazionale compie nella verifica della sussistenza di un trasferimento d'impresa, ai sensi della direttiva.

⁹⁰ Cass. 10 luglio 2009, n. 16198, in *Rep. Giust. civ.*, 2009, p. 9 e Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1095, con nota di R. COSIO, *Appalti e trasferimenti di imprese*; nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano 25 febbraio 2009, cit., che ha escluso il trasferimento di un ramo d'azienda in presenza di lavoratori addetti alle pulizie, in quanto non portatori di uno specifico *know how*, sufficiente a configurare un'articolazione funzionalmente autonoma. Nello stesso senso, Trib. Roma 12 marzo 2008, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 660.

⁹¹ Nella giurisprudenza di merito, in questo senso, Trib. Roma 12 settembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 726.

⁹² Su cui, in generale, M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Commento all'art. 2103 cod. civ.*, in P. Schlesinger (diretto da), *Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997, spec. p. 244 ss.

⁹³ V. LUCIANI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento di interessi*, cit., p. 566 s.

sto profilo, pertanto, un sicuro argine contro esternalizzazioni che riguardino non attività, ma gruppi di lavoratori, è rappresentato non tanto dalla preesistenza, quanto dal requisito dell'organizzazione⁹⁴. E cioè dall'esistenza di collegamenti tra beni e lavoratori, o anche tra soli lavoratori, tali da consentire l'esercizio di un'attività economica destinata alla produzione e allo scambio di beni o servizi, indipendentemente dalla circostanza che essi siano stati unificati solo al momento del trasferimento. Così inteso, in effetti, il requisito dell'organizzazione non potrà mai essere il frutto di un'autonoma deliberazione delle parti, ma costituisce sempre un requisito oggettivamente valutabile⁹⁵.

Si tratta di un ulteriore limite di legittimità al trasferimento d'azienda, recentemente ribadito anche dalla giurisprudenza, secondo cui il lavoratore può considerarsi addetto al ramo soltanto quando si riesca a dimostrare che egli svolgeva le relative mansioni in misura almeno prevalente rispetto ad altri compiti di sua pertinenza⁹⁶.

⁹⁴ R. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, cit., p. 56. Il dato della preesistenza del ramo alla vicenda traslativa è stato costantemente interpretato come un predicato aggiuntivo e limitativo del trasferimento. La sua soppressione per via legislativa, pertanto, è stata letta come una pericolosa espansione del rischio di usi fraudolenti dell'istituto traslativo. A conclusioni diametralmente opposte si perverrebbe invece, laddove si considerasse la preesistenza quale «elemento esplicativo di una caratteristica tipica e cioè interna al trasferimento di una attività economica organizzata funzionale alla produzione di beni o servizi». Sotto questo aspetto, dunque, il riconoscimento legislativo del 2001 della preesistenza non avrebbe avuto a suo tempo alcuna portata innovativa, poiché si sarebbe limitato a riconoscere legislativamente qualcosa che già era insito, quale attributo essenziale, nell'essenza del complesso aziendale. Ne è sintomatica la circostanza che il requisito della preesistenza sia stato richiesto in sede giurisprudenziale con riferimento a fattispecie concrete, sottoposte all'esame della Corte di Cassazione in data anteriore al decreto del luglio 2001. Ci si riferisce, ancora una volta a Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, cit.

⁹⁵ R. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, cit., p. 65. Nello stesso senso, R. SANTAGATA, *Trasferimento di ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, cit., p. 614.

⁹⁶ Cass. 1 febbraio 2008, n. 2489, cit.; Cass. 6 dicembre 2005, n. 26668, in *Mass. Giur. it.*, 2005, p. 407. Sul punto non è però da escludersi che, quando il lavoratore operi trasversalmente o in maniera omogenea in diversi settori dell'impresa, il cedente possa optare per l'assegnazione ad uno soltanto di essi, nell'esercizio del proprio potere organizzativo e direttivo, purché entro i limiti del divieto di discriminazione e nel rispetto della correttezza e della buona fede, nonché dei principi di cui all'art. 2103 c.c. In questo senso, A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in AA. VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro. Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 102. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma 12 settembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 726. Per una ricostruzione di carattere generale, cfr. E. BALLETTI, *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 695 ss.

9. La conservazione dell'identità

Rimane il problema dell'eliminazione del criterio della conservazione dell'identità, che rappresenta l'aspetto più controverso, su cui si registrano opinioni discordanti. Intanto, l'esclusione del requisito della conservazione, per il solo ramo d'azienda, mantenuto invece per l'intera azienda, solleva qualche perplessità anche in ordine a possibili conflitti con la legge delega n. 30/2003, nonché con l'art. 3 della Costituzione. E' infatti particolarmente «arduo», dopo avere prescritto che la (intera) attività economica da trasferire debba essere preesistente e conservare in sede di trasferimento la propria identità, escludere siffatti caratteri per il solo ramo d'azienda⁹⁷. Una differenziazione illogica ed arbitraria, come si è condivisibilmente sostenuto, che sembrerebbe causare un'irragionevole disparità di trattamento, atteso che tra le due fattispecie, definite peraltro nella stessa sede normativa, vi può essere al più un rapporto quantitativo: si tratta cioè della versione totale o parziale di un'unica fattispecie normativa⁹⁸.

Più complesso appare il problema della compatibilità con la normativa comunitaria. Vero è che il requisito della conservazione dell'identità potrebbe essere recuperato per via interpretativa, attraverso il potenziamento dei requisiti dell'organizzazione e dell'autonomia funzionale. Per quanto non più preesistenti, essi postulano pur sempre un accertamento obiettivo della loro sussistenza, anche attraverso un controllo *ex post* sull'attività economica svolta, a seguito del trasferimento, dal cessionario. Sebbene sia stato tradizionalmente riconosciuto a quest'ultimo uno spazio operativo minimo di integrazione e coordinazione per la implementazione organizzativa del ramo inserito nella propria struttura produttiva, l'autonomia funzionale ha sempre portato con sé, in sede di verifica giudiziale, la necessità di un riscontro obiettivo nelle successive fasi operative che seguono la cessione. Solo un'indagine presso l'attività del cessionario, è stato precisato, consente di rendere concretamente effettivo il requisito dell'autonomia funzionale, la cui funzione è stata indebolita dalla

⁹⁷ A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda*, cit., p. 14.

⁹⁸ In questo senso, S. MAINARDI, "Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, cit., p. 701; R. SANTAGATA, *Trasferimento di ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, cit., p. 613 e A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda*, cit., p. 14. In giurisprudenza, Cass. 23 ottobre 2002, n. 14961, in *Guida dir.*, 2002, p. 32.

soppressione della preesistenza⁹⁹. Si tratta, però, pur sempre di un criterio ermeneutico, che dovrà confrontarsi con la precisa scelta legislativa di non menzionare il requisito in argomento nell'attuale quinto comma dell'art. 2112 c.c., tanto da indurre parte della dottrina a sostenere una «arbitraria attenuazione degli standard minimi di tutela nei casi in cui venissero trasferite articolazioni prive di un carattere di stabilità»¹⁰⁰. Il che, peraltro, secondo alcuni, potrebbe perfino tradursi in una specifica violazione della clausola di non regresso e di miglior favore di cui alla direttiva n. 01/23/CE¹⁰¹.

Va ricordato, infatti, che secondo la direttiva comunitaria «è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come un insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica sia essa essenziale o accessoria» (art. 1, n. 1, lett. b, direttiva n. 01/23/CE). La formulazione letterale, pertanto, fornisce una definizione ampia, «incentrata tutta sull'idea della conservazione dell'identità dell'attività economica», anche se proprio la centralità del dato della conservazione dell'identità dell'entità economica trasferita ha tradizionalmente assunto un ruolo emblematico dell'ap-proccio flessibile manifestato dalla Corte nei confronti del campo di appli-

⁹⁹ S. MAINARDI, "Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, cit., p. 700.

¹⁰⁰ C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., p. 261; A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda*, cit., p. 14; M. DE FELICE, *Il trasferimento d'azienda e il trasferimento di ramo d'azienda nel Decreto Legislativo attuativo della legge 30/2003*, cit., pp. 6 e 7 che tuttavia escludono il conflitto con il diritto comunitario attraverso un'interpretazione del nuovo testo dell'art. 2112 c.c. che valorizzi i caratteri dell'organizzazione e dell'autonomia funzionale quali condizioni imprescindibili di applicabilità del particolare regime circolatorio.

¹⁰¹ L'art. 8 della direttiva n. 01/23/CE precisa che essa «non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli per i lavoratori». Da tale disposizione è stata desunta, *a contrario*, l'esistenza di un implicito vincolo preclusivo di una normativa interna meno garantistica per i lavoratori. Così, R. SANTAGATA, *Trasferimento di ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, cit., p. 616. Ma, sul punto, cfr. anche C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., p. 261 e, più in generale, S. MAINARDI, "Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, cit., p. 699, che interpreta la norma di cui all'art. 2112 c.c. quale norma «lavoristica inderogabile ed imperativa che deve sempre essere interpretata, per lettera e *ratio*, nella prospettiva del "mantenimento dei diritti dei lavoratori", secondo la dizione ribadita anche nella direttiva n. 23/2001». Recentemente, ha messo in evidenza la distanza tra la definizione nazionale e quella comunitaria di ramo d'azienda M.L. VALLAURI, *La nozione di ramo d'azienda nella giurisprudenza nazionale più recente*, cit., p. 35. *Contra*, B. DE MOZZI, *Sul Trasferimento di ramo d'azienda in frode alla legge*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, II, p. 431.

cazione della direttiva¹⁰². Il problema dei limiti alle modifiche organizzative apportate dal cessionario dopo la cessione del ramo, è stato affrontato da ultimo, nella sentenza *Klaremborg*, relativa ad un caso in cui il ramo d'azienda ceduto era stato assorbito, con significative innovazioni dell'organizzazione originaria, all'interno della struttura organizzativa del cessionario¹⁰³. La Corte conferma l'applicazione della direttiva comunitaria, atteso che il concetto di parte di azienda non richiede il mantenimento della specifica organizzazione imposta dall'imprenditore cedente, ma presuppone il mantenimento di un nesso funzionale tra i fattori di produzione trasferiti, in modo che al cessionario venga consentito di proseguire, attraverso quei fattori, un'attività economica o identica oppure analoga. La sentenza, anche se è stata letta come una conferma della possibilità che la struttura ceduta possa essere dissolta nell'organizzazione produttiva del cessionario, sembra ribadire la necessità che essa comunque mantenga un «nesso funzionale di interdipendenza e complementarietà tra i diversi fattori della produzione». E questo non può che rinforzare quelle interpretazioni che, a livello nazionale, sostengono la persistenza del requisito della preesistenza. Dopo la sentenza *Klaremborg*, invero, sarà difficile teorizzare un'identificazione dell'autonomia del ramo d'azienda che prescindano da nessi funzionali di interdipendenza tra i fattori della produzione, da apprezzare su basi oggettive, nonché già esistenti¹⁰⁴.

Il ricorso ad un'interpretazione che sfrutti il riferimento alla normativa comunitaria, tra più soluzioni possibili, è stato dunque sostenuto da quell'orientamento secondo cui, malgrado l'assenza di un riferimento testuale al requisito della preesistenza, sia necessario prendere atto dell'esistenza di una lacuna normativa, da colmare attraverso il rinvio all'ordina-

¹⁰² L. CORAZZA, *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, cit., p. 15 ss.

¹⁰³ Corte giust. 12 febbraio 2009, causa C-466/07, *Klarenberg*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 212, con nota di C. CESTER, *Due recenti pronunce della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*.

¹⁰⁴ L. CORAZZA, *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, cit., p. 21. Nella giurisprudenza di merito, ha riconosciuto la necessità di un collegamento funzionale di interdipendenza e complementarietà tra i diversi fattori produttivi, Corte app. Milano 18 gennaio 2008, in *Orient. giur. lav.*, 2009, p. 69, secondo cui la cessione di un'attività economica gestita mediante manodopera, purché produttivamente organizzata, integra trasferimento d'azienda.

mento comunitario, per il quale il dato della conservazione dell'identità non può che presupporre la sua preesistenza¹⁰⁵.

Non sono però mancate interpretazioni diverse anche del dato comunitario, che non escluderebbe che le parti possano individuare immediatamente prima dell'operazione economica la struttura economica organizzata da trasferire¹⁰⁶.

10. I profili di contrasto con la normativa comunitaria

Al momento, tuttavia, la dottrina appare cauta, intenta più che altro a proporre interpretazioni del testo normativo che ne escludano profili di contrasto con la normativa comunitaria¹⁰⁷.

Ora, pare indubbio che svolgere per via interpretativa il cosiddetto controllo della fattispecie, attraverso il radicamento oggettivo della attuale nozione di ramo d'azienda, possa attenuare la discrezionalità aziendale nell'individuazione pattizia dell'entità da cedere in vista del trasferimento.

Inoltre, certamente, una attenta analisi dell'autonomia funzionale e dell'attitudine produttiva dell'organizzazione trasferita, realizzata anche mediante il potenziamento del filtro sindacale prima, e del controllo giudiziale dopo, in ordine alla genuinità dell'operazione economica, opererà in funzione antielusiva ed antifraudolenta¹⁰⁸. Si tratta però di criteri ermeneutici, in quanto tali opinabili e, pertanto, non del tutto idonei ad escludere la riemersione di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali più inclini ad una liberalizzazione indiscriminata di ogni tipo di esternalizzazione.

¹⁰⁵ L. MENGHINI, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, cit., p. 435. In giurisprudenza, hanno fatto riferimento al vincolo che incombe sul giudice nazionale di interpretare il diritto interno in conformità con il diritto comunitario, Trib. Milano 8 luglio 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 779 ss.; Trib. Milano 4 maggio 2007, *ivi*, 2007, p. 466; Trib. Milano 12 febbraio 2008, *ivi*, 2008, 590; Trib. Milano 29 febbraio 2008 e Trib. Roma 3 marzo 2008, entrambe in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 673, con nota di L. Raffi.

¹⁰⁶ Corte app. Milano 22 marzo 2010, n. 492, cit.

¹⁰⁷ A. BELLAVISTA, *Il nuovo testo dell'art. 32, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. 276/2003: problemi di conformità alla direttiva comunitaria*, cit., p. 192.

¹⁰⁸ F. MAZZIOTTI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori*, cit., p. 622; R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., p. 567; M. DE FELICE, *Il trasferimento d'azienda e il trasferimento di ramo d'azienda nel Decreto Legislativo attuativo della legge 30/2003*, cit., p. 7 ss.; S. MAINARDI, "Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, cit., p. 701; V. BAVARO, *Il trasferimento d'azienda*, cit., p. 185.

Perfino una equilibrata combinazione tra una interpretazione restrittiva del dato dell'identificazione ed una maggiore valorizzazione dell'autonomia funzionale e dell'organizzazione potrebbe non rivelarsi sufficiente ad evitare possibili usi distorti dell'istituto.

I connotati della preesistenza e della conservazione dell'autonomia funzionale sono scomparsi dal testo di legge in modo da sfumare indiscutibilmente il dato dell'autonomia funzionale, che si basava essenzialmente, se non esclusivamente, su questi due dati. La loro soppressione comporta un passo indietro, verso quel vuoto normativo che prima della novella del 2001 aveva autorizzato interpretazioni estensive dell'art. 2112 c.c., con una possibile compressione dei diritti dei lavoratori.

Se un'applicazione rigida del dato testuale, che non è esclusa né tanto inverosimile, autorizzerà l'individuazione per via negoziale di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro – solo perché suscettibili di una valutazione economica, a prescindere dalla funzione che sino al momento della cessione avevano svolto per l'impresa cedente –, il conflitto con l'ordinamento comunitario sarà evidente. Ed infatti, una simile interpretazione della nozione di ramo d'azienda risulterebbe contraria a quella stabilità strutturale per un tempo apprezzabile voluta a livello comunitario attraverso il connotato della conservazione dell'identità.

Una stabilità strutturale che soprattutto nel caso del ramo d'azienda è difficilmente riscontrabile, prima della cessione, rispetto al corpo dell'intera azienda, giacché è solo attraverso il distacco e, cioè, al momento della individuazione di un suo autonomo valore economico per accordo tra le parti, che questo assume una sua autonomia. La preesistenza serviva a questo, ad evitare che le parti, per il solo fatto di avere attribuito ad un frammento della produzione un valore economico, trasferissero contratti di lavoro asseritamente collegati ad una struttura economica, in realtà mai esistita prima. Sul punto, quindi, vanno sicuramente condivise quelle letture del requisito legislativo della preesistenza in chiave limitativa del campo di applicazione dell'art. 2112 c.c., contro fittizi assemblaggi di segmenti organizzativi tra loro eterogenei, considerati unitariamente al solo scopo del trasferimento¹⁰⁹. Oggi, non soltanto è venuta meno la preesistenza dell'autonomia funzionale, ma è anche stata riconosciuta per via le-

¹⁰⁹ Per tutti, R. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, cit., p. 62; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 30 ss.; M. MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, cit., p. 609.

gislativa la possibilità che le parti identifichino l'entità da cedere, indipendentemente da una sua comprovata attitudine produttiva.

Soprattutto quest'ultimo aspetto ha peraltro realizzato una profonda discrasia, sul piano sistematico, tra i due istituti del trasferimento d'azienda e del trasferimento del ramo d'azienda. Intanto, la difformità definitiva tra le due fattispecie, realizzata nell'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, non è prevista nella normativa comunitaria, atteso che anche l'ultima direttiva n. 01/23/CE estende la disciplina del trasferimento di impresa al trasferimento di «parti di impresa», riproponendo quindi per queste ultime la stessa nozione dell'intera impresa, intesa come entità economica che conserva la propria identità. Ma soprattutto non è voluta nella elaborazione della Corte di Giustizia, dal momento che è sempre rimasto costante quell'orientamento volto ad escludere che l'applicazione di una disciplina inderogabile a tutela dei lavoratori fosse rimessa all'accordo tra cedente e cessionario. E questo è un dato che non può essere trascurato.

Proprio la divergenza delle definizioni dell'intera azienda – che rimane un'attività economica organizzata preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità – e del suo ramo, la cui consistenza è oggi affidata alla “individuazione” delle parti, rappresenta un indiscutibile elemento che rivela una *ratio legis* chiaramente orientata a definire e disciplinare in maniera diversa un aspetto di un istituto che non è più una parte del tutto. E' un'altra cosa: è uno strumento giuridico attraverso il quale si realizzano operazioni economiche che con il trasferimento dell'azienda non presentano più alcun punto di contatto.

Nella stessa sede normativa, l'art. 2112 c.c., oggi vengono disciplinati due diversi istituti: il trasferimento di azienda e le esternalizzazioni di impresa. Il punto è quindi un altro: occorre capire se la nuova fattispecie giuridica – che sul piano della disciplina partecipa di quella originaria del trasferimento dell'intera azienda, ma oggi ne riceve anche una peculiare nella fase di internalizzazione realizzata con un contratto di appalto – appaia ancora idonea a tutelare gli interessi dei lavoratori, o se per caso non richieda, per una migliore garanzia dei contratti di lavoro, i dovuti aggiustamenti.

11. *Trasferimento di ramo d'azienda e frode alla legge*

Dinnanzi alle persistenti incertezze che caratterizzano la definizione del campo di applicazione del quinto comma dell'art. 2112 c.c., l'indisponibilità della fattispecie è stata garantita anche attraverso il limite genera-

le del carattere fraudolento dell'esternalizzazione. In giurisprudenza ha così preso corpo un orientamento secondo il quale il trasferimento del ramo d'azienda è illegittimo quando si dimostri che esso sia stato posto in essere al solo fine di eludere la disciplina protettiva dei lavoratori¹¹⁰.

Si tratta di una tendenza recente, manifestatasi in misura prevalente nella giurisprudenza di merito¹¹¹ e sulla quale, al momento, non è possibile registrare una posizione univoca della Corte di Cassazione che si è espressa, in un numero limitato di casi, ed in maniera ambivalente¹¹².

Tale filone giurisprudenziale, però, attesta l'impegno della magistratura di garantire, come fine ultimo, la tutela del lavoro esternalizzato, anche nel caso in cui vengano rispettate le condizioni legali del trasferimento del ramo d'azienda, rese meno stringenti dall'ultimo intervento normativo, quando tale negozio venga inserito in un'operazione economica più ampia, che riveli il tentativo dell'impresa di aggirare norme inderogabili di legge poste a tutela dei lavoratori subordinati.

Anche nella giurisprudenza lavoristica, la frode alla legge consiste in un oggettivo collegamento strutturale e funzionale, nel quale viene utilizzato un contratto tipico e lecito, per realizzare un risultato vietato dalle norme imperative¹¹³. Il contratto in frode alla legge, quindi, fa leva sulla consapevole divergenza tra la causa tipica del contratto selezionato e la reale intenzione causale della parti che, attraverso l'uso di quella forma negoziale, intendono eludere una norma imperativa¹¹⁴. La causa, pertan-

¹¹⁰ Propone l'impiego, in sede giudiziale, dei generali meccanismi antifrodatori, a fronte della scelta compiuta nel d.lgs. n. 276/2003 di liberalizzare le esternalizzazioni, R. DE LUCA TAMAJO, *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 310; ID., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 35 ss.

¹¹¹ Corte app. Napoli 23 marzo 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 948 ss., con nota di L. VENDITTI, *Cessione d'azienda e frode alla legge*; Trib. Nocera Inferiore 29 maggio 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 1166, con nota di E. MENEGATTI, *La frode alla legge nella cessione di ramo d'azienda*; Trib. Treviso 4 novembre 2003, in *Lav. giur.*, 2004, p. 141, con nota di F. MARCHESAN, *Ancora su trasferimento di ramo d'azienda e frode alla legge*; Trib. Padova 25 maggio 2002, in *Lav. giur.*, 2003, p. 361; Corte app. Salerno 24 aprile 2002, in *Lav. giur.*, 2003, p. 688; Trib. Bologna 27 ottobre 2004, in *Riv. giur. lav. News*, 2004, n. 6, p. 16.

¹¹² Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 554, con nota di E. GRAGNOLI, *Trasferimento d'azienda, elusione dell'operare dell'art. 18 Stat. lav. e frode alla legge*; Cass. 2 maggio 2006, n. 10108, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 663.

¹¹³ Cass. 17 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2418.

¹¹⁴ In generale, sulla frode alla legge, U. MORELLO, voce *Negoziato in frode alla legge*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990; G. GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Utet, Milano, 1969, p. 73; M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuf-

to, è oggettivamente illecita, e determina la nullità del contratto, caratterizzato nel suo complesso da una comune intenzione fraudolenta¹¹⁵.

Nei casi più noti, il contratto lecito, ma denunciato in frode alla legge, è il trasferimento del ramo d'azienda, mentre il referente normativo violato può variare: può trattarsi dell'art. 18 della l. n. 300/1970, dell'art. 24 della l. n. 223/1991, dell'art. 19 della l. n. 300/1970¹¹⁶.

L'orientamento coglie nel segno, e appare perfettamente funzionale all'esigenza, diffusa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, di frenare, smascherandoli, usi capovolti di una normativa, istituzionalmente strumentale alla garanzia del mantenimento dell'occupazione dei lavoratori, ma applicata per la loro programmata e concertata espulsione¹¹⁷. Esso, peraltro, consente di superare l'apparente legittimità formale dei singoli atti posti in essere – trasferimento di ramo d'azienda seguito da licenziamenti individuali ovvero da licenziamenti collettivi –, per mettere a fuoco l'illiceità sostanziale del risultato perseguito attraverso l'operazione complessiva che, viceversa, non potrebbe essere colta¹¹⁸.

Tuttavia, sono noti i limiti del ricorso all'istituto in esame. Sotto il profilo probatorio, infatti, sul lavoratore incombe l'onere di dimostrare tanto il profilo oggettivo della frode, che coincide con l'aggiramento del precetto legale, quanto il suo profilo soggettivo, costituito dall'intento comune ai contraenti di realizzare un'operazione economica che, letta complessivamente, consenta loro di sottrarsi alla normativa inderogabile¹¹⁹. Mal-

frè, Milano, 2000, p. 625; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. Iudica-P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 409; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹¹⁵ Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874, cit.

¹¹⁶ G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 264.

¹¹⁷ Sottolineano, l'ineludibilità di un simile controllo, e dunque del ricorso all'istituto della frode alla legge, dinnanzi alla forte espansione delle nuove forme organizzative dell'impresa ed all'impetuoso sviluppo legislativo in materia di trasferimento d'azienda, M. ESPOSITO-I. SANTARPINO, *La frode alla legge: i limiti dell'autonomia negoziale nel trasferimento del ramo d'azienda*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 641 ss., secondo i quali, peraltro, l'effettiva sussistenza dell'autonomia funzionale della parte di azienda trasferita non può che essere accertata tramite una verifica della coerenza del nuovo assetto aziendale rispetto alla volontà espressa dalle parti all'atto della cessione.

¹¹⁸ E. BARRACO, *Cessione di ramo d'azienda, irrilevanza del consenso dei lavoratori ceduti e frode alla legge sui licenziamenti collettivi*, in *Lav. giur.*, 2003, p. 369.

¹¹⁹ Sulla necessità che l'indagine sull'elemento psicologico coinvolga la «complessa intesa contrattuale», E. BARRACO, *La Cassazione legittima il teorema delle «aziende barate»*, in *Lav. giur.*, 2006, p. 882. Ma per una diversa opinione, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 273, secondo cui per la concezione

grado la giurisprudenza abbia precisato che la prova della frode possa basarsi su elementi indiziari, purché gravi precisi e concordanti¹²⁰, la difficoltà consiste nella dimostrazione dell'elemento soggettivo, sovente di difficile individuazione¹²¹.

Su questo e su altri connessi profili si è espressa la Corte di Cassazione, nelle due sentenze su cui si è concentrata una particolare attenzione.

Nella prima è stata esclusa la frode alla legge con riferimento ad un contratto di cessione d'azienda ad un soggetto che, per sue caratteristiche imprenditoriali e sulla base delle circostanze dell'operazione economica nel suo complesso, mostrava svariati indizi che deponevano a favore dell'imminente cessazione dell'attività produttiva e della conseguente interruzione dei rapporti di lavoro¹²². La sentenza esclude che dal sistema di garanzie apprestate dalla l. n. 223/1991 sia possibile dedurre l'esistenza di un precetto che vieti di cedere l'azienda o che induca a cederla, solo a condizione che emergano elementi tali da rendere inevitabili gli esiti che tale legge governa. I principi generali di tutela della persona e del diritto del lavoro, invero, non comportano anche un diritto al mantenimento di un determinato posto di lavoro. Essi, piuttosto, depongono a favore dell'esistenza di un diritto, che trova anche garanzia costituzionale, a non subire un licenziamento arbitrario¹²³.

oggettiva della frode alla legge, non è necessario un accertamento sull'intento dei contraenti, ma il risultato oggettivo che attraverso l'operazione economica è stato realizzato. Per la contrapposizione tra concezioni oggettiva e soggettiva della frode alla legge, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in A. Scialoja-G. Branca (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1970, p. 340 ss. In linea generale, la concezione oggettiva presuppone una violazione occulta o indiretta della legge, mentre per la concezione soggettiva oltre all'elemento oggettivo deve riscontrarsi l'intenzione delle parti di sfuggire con i mezzi predisposti all'applicazione della norma imperativa.

¹²⁰ Corte app. Napoli 23 marzo 2001, cit.

¹²¹ M.T. CARINCI, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal d.lgs. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, cit., p. 1113.

¹²² Cass. 2 maggio 2006, n. 10108, cit., pubblicata anche in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 882, con nota di E. GRAGNOLI, *Trasferimento d'azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge*, con riferimento al caso di imprenditore cessionario con capitale modesto, che non svolgeva attività e che aveva dato segnali incompatibili con l'intenzione di continuare l'attività rilevata. Questa infatti era cessata, una volta compiutosi l'anno concordato tra cedente e sindacati al fine di garantire il mantenimento dell'occupazione dei lavoratori ceduti; contestualmente l'impresa falliva. Sulla sentenza, anche L. VALENTE, *Frode alla legge e trasferimento d'azienda: il cedente non ha l'onere di verificare la consistenza imprenditoriale del cessionario*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 675.

¹²³ Così, Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 56, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1. Sul punto, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 274.

La soluzione è discutibile¹²⁴, e certamente dimostra le difficoltà applicative dell'art. 1344 c.c., se si aderisce alla tesi che richiede la prova della volontà fraudolenta delle parti, con le intuibili conseguenze che ne discendono sul piano della certezza dei rapporti¹²⁵.

Ma nonostante talune perplessità dal punto di vista applicativo, l'art. 1344 c.c. si rivela una risorsa significativa per il controllo giudiziale del fenomeno delle esternalizzazioni. Presupponendo esse sempre un collegamento negoziale, ovvero un'operazione economica articolata, di cui il trasferimento del ramo d'azienda è solo il frammento iniziale, richiedono necessariamente una verifica che vada oltre la legittimità dei singoli atti, e che consenta di guardare piuttosto alla liceità del loro risultato¹²⁶. La necessità di uno slittamento in avanti che riguardi una fase successiva alla conclusione della sola cessione del ramo d'azienda costituisce allora un momento imprescindibile per accertare l'esistenza di un apprezzabile interesse economico al quale è, tuttora, precluso l'aggiornamento delle norme imperative a tutela dei lavoratori¹²⁷.

In questa direzione si è mossa la seconda sentenza della Corte di Cassazione, che ha riconosciuto la frode alla legge in un affitto di ramo d'azienda, in sé perfettamente legittimo sotto il profilo formale e sostanziale, ma utilizzato per realizzare uno scopo vietato dalla legge (art. 18, l. n. 300/1970), in quanto seguito da una serie di licenziamenti intimati dall'impresa cessionaria¹²⁸. Secondo la Corte, infatti, la frode alla legge si atteggia a clau-

¹²⁴ L. VALENTE, *Frode alla legge e trasferimento d'azienda: il cedente non ha l'onere di verificare la consistenza imprenditoriale del cessionario*, cit., p. 685, che sottolinea come la sentenza dimostri di accettare il collegamento tra trasferimento di ramo d'azienda ed espulsione di quote di personale come un processo legittimo e fisiologico, malgrado il cessionario si riveli in condizioni tali da non potere garantire la tutela dei posti di lavoro.

¹²⁵ G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda tra diritto del lavoro e libertà d'impresa*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro. Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 65.

¹²⁶ G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 275.

¹²⁷ D. VITALE, *Appunti sulla fraus legi nei processi di esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 645, che apprezza come il ricorso alla frode alla legge consenta un intervento che, *ex post*, anche dopo che sia stato superato il «test qualificatorio», conduca alla repressione della esternalizzazione patologica.

¹²⁸ Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874, cit., relativa al caso di una serie di aziende di un gruppo imprenditoriale più ampio. La prima, con oltre 60 dipendenti, aveva stipulato un contratto di affitto di azienda con un'altra impresa del gruppo, con meno di 15 dipendenti. Unitamente al punto vendita trasferito, transitavano presso la cessionaria 6 dipendenti, che venivano licenziate quasi immediatamente. Tanto il Tribunale, quanto la Corte d'Appello dichiaravano il negozio di affitto ed il licenziamento nulli, ed ordinavano la reintegrazione delle lavoratrici, ai sensi dell'art. 18, l. n. 300/1970.

sola generale di tipizzazione delle condotte negoziali. Tramite il combinato disposto dell'art. 1344 c.c., come norma generale, e la norma imperativa speciale, «vengono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti e le violazioni mediate o indirette». Malgrado le parti del negozio del trasferimento di ramo d'azienda non avessero manifestato un'esplicita finalità antiggiuridica, essa è emersa dalla complessiva procedura di trasferimento, e dall'insieme delle condotte negoziali lette nel loro complesso.

Si tratta di un'interessante applicazione del metodo della differenziazione dei criteri di verifica della legittimità delle esternalizzazioni, che variano, inevitabilmente, al mutare delle circostanze di fatto ed in relazione all'attività esercitata, da cui dipendono anche i meccanismi di produzione o di gestione dell'impresa, secondo l'ormai consolidato insegnamento della Corte di Giustizia europea¹²⁹. Che però, nella sua estrema flessibilità, non conduce a soluzioni univoche e, per questo, conferma come lo strumento della frode alla legge debba continuare ad operare come «rimedio ultimo, minimale, estremo, utilizzabile solo dopo ogni altro e solo nel caso in cui tutti i requisiti posti dal d.lgs. n. 276/2003 siano stati puntualmente rispettati»¹³⁰.

12. *L'interesse ad agire nel trasferimento di ramo d'azienda*

Tra i meccanismi di resistenza elaborati dalle imprese avverso impugnazioni di esternalizzazioni realizzate tramite l'art. 2112 c.c., ha recentemente preso corpo la tendenza a negare lo specifico interesse ad agire dei lavoratori ricorrenti.

Si tratta di casi di esternalizzazioni produttive, in cui il lavoratore ha contestato la sussistenza dei requisiti costitutivi del ramo d'azienda, per

¹²⁹ M. ESPOSITO-I. SANTARPINO, *La frode alla legge: i limiti dell'autonomia negoziale nel trasferimento del ramo d'azienda*, cit., p. 651.

¹³⁰ M.T. CARINCI, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal d.lgs. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, cit., p. 1113. Sugli effetti dell'art. 32 della l. n. 183/2010 ("Collegato lavoro 2010"), in tema di impugnazioni relative a cessioni del contratto di lavoro ex art. 2112 c.c., sul controllo sulla frode alla legge nel trasferimento d'azienda, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 278; L. MENGHINI, *Il nuovo regime delle decadenze nel collegato lavoro 2010*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 45; E. GRAGNOLI, *L'impugnazione di atti diversi dal licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 239.

rifiutare l'automaticità del passaggio del contratto di lavoro presso il cessionario, ed ottenere l'applicazione della disciplina della cessione del contratto, che richiede il consenso del contraente ceduto. Le imprese, di contro, hanno denunciato l'insussistenza di un concreto interesse ad agire, quando la cessione del ramo d'azienda e dei contratti di lavoro presenti sufficienti garanzie sulla solidità del cessionario, nonché sul trattamento economico e normativo in godimento presso quest'ultimo¹³¹, ovvero quando non siano stati allegati fatti, volti a dimostrare l'esistenza di un contratto in frode alla legge¹³².

L'esito di tali impugnazioni è stato per lo più negativo¹³³. Nella maggior parte dei casi affrontati dalla giurisprudenza di merito, le istanze dei lavoratori sono state rigettate per carenza di interesse ad agire, o di legittimazione ad agire¹³⁴. Non era stato allegato un effettivo pregiudizio, stan-

¹³¹ Trib. Bologna 2 marzo 2006 e Trib. Roma 17 maggio 2006, in *Dir. merc. lav.*, 2006, p. 670 ss. In virtù del contratto di cessione del ramo aziendale, i lavoratori avevano conservato lo stesso trattamento economico e normativo in atto presso la cedente (assistito, nella controversia di Bologna dal riconoscimento dell'anzianità di servizio e, in quella di Roma, da una garanzia di stabilità assoluta per 24 mesi). Dal momento che nessuno dei ricorrenti aveva potuto dedurre effettivi mutamenti per sé sfavorevoli del rapporto di lavoro in seguito alla cessione, e dunque un pregiudizio, il Tribunale di Bologna dichiarava «la carenza di legittimazione ad agire del ricorrente, ai sensi dell'art. 100 c.p.c.»; mentre il Tribunale di Roma, sia pure dopo una sommaria analisi dei presupposti legali *ex art.* 2112 c.c., escludeva «l'interesse ad agire del medesimo con riguardo alla complessiva domanda in esame».

¹³² Trib. Nola 14 gennaio 2003, n. 103, inedita a quanto consta.

¹³³ Così, ad eccezione di Trib. Roma 4 maggio 2006, cit., Trib. Nola 14 gennaio 2003, n. 103, cit.; Trib. Nola 18 novembre 2003, n. 3184, Trib. Roma 26 giugno 2008, n. 12019, tutte inedite a quanto consta; Trib. Torino 4 novembre 2009, in *Giur. piemontese*, 2009, p. 431; Trib. Torino 8 febbraio 2006, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 289, con nota di P. PAS-SALACQUA, *L'interesse del dipendente nell'azione di accertamento della nullità del trasferimento d'azienda*.

¹³⁴ Si tratta di uno dei punti più critici delle decisioni in esame. Pur sorvolando sull'ampio dibattito dottrinale circa la sovrapposibilità o meno dei concetti di legittimazione ad agire e di interesse ad agire, sembra verosimile che i giudici utilizzino i due termini come sinonimi, intendendo sostanzialmente riferirsi a ciò che tecnicamente appare preferibile indicare come interesse ad agire. L'interesse ad agire è stato tradizionalmente concepito e classificato tra le «condizioni dell'azione». All'interno di questa categoria, esso inizia ad assumere precisi contorni autonomi dall'elemento della legittimazione, diversificandosi altresì dalla diversa classe dei «presupposti processuali», con G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1962. Sul punto, B. SASSANI, voce *Interesse ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, 1989, Roma, p. 1, nonché L. LANFRANCHI, *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1098 ss., spec. p. 1147. Sulla legittimazione ad agire, invece, più diffusamente, G. COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1990, Roma, p. 1.

te l'assenza di mutamenti sfavorevoli del rapporto di lavoro in seguito alla cessione.

Il punto di partenza dal quale muove l'orientamento in parola consiste nel riconoscimento della sussistenza dell'interesse ad agire solo quando l'irregolarità giuridica contro la quale esso è rivolto determina o può determinare un danno¹³⁵.

Secondo la formula più diffusa nella dottrina più recente, l'interesse ad agire è condizione essenziale di qualunque azione (art. 100 c.p.c.) e si definisce come il rapporto di utilità corrente tra la lesione di un diritto (già attuata, ovvero anche solo temuta) che si afferma, e il provvedimento giurisdizionale che si invoca¹³⁶. Esso, quindi, va riconosciuto tutte le volte in cui la sentenza invocata porrà l'attore in una situazione sostanzialmente diversa da quella che egli descrive al momento in cui propone la domanda¹³⁷. La sentenza richiesta, chiaramente, modificherà tutti, o anche soltanto alcuni, dei punti di riferimento della posizione giuridica di partenza dell'attore, indipendentemente dall'essere tali dati, tutti o alcuni soltanto di essi, meno favorevoli¹³⁸. Il vantaggio connesso alla sostanziale modifica della situazione globale di riferimento, fosse anche minimo sotto il profilo economico, sarà sufficiente ad integrare l'interesse¹³⁹.

¹³⁵ Il rilievo secondo cui il significato proprio dell'istituto dell'interesse ad agire va ricercato nell'impossibilità di ovviare alla lesione giuridica altrimenti che con il ricorso al giudice è sostanzialmente condiviso: E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Giuffrè, Milano, 1952, p. 62 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, I, Jovene, Napoli, 1954, p. 278. Non altrettanto uniformità di vedute sussiste quanto all'individuazione della natura del danno che si determinerebbe con il mancato ricorso al giudice: se si tratti di un danno giuridicamente qualificato, e cioè già valutato dalla legge (cosiddetto danno ingiusto o pregiudizio giuridico), oppure di un danno estraneo alla valutazione legislativa e, per ciò, difficilmente distinguibile dal danno economico. Così, C. MANDRIOLI, *Uso e abuso del concetto di interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 344; S. SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 169 ss. In giurisprudenza, Cass. 7 maggio 1979, n. 2613, in *Riv. giur. lav.*, 179, II, p. 921, nonché Cass. 22 aprile 1965, n. 712 e Cass. 16 febbraio 1965, n. 238, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1609 ss. Sulla posizione della giurisprudenza, F. FERRONI, *Accertamento della legittimità del licenziamento ed interesse ad agire*, in *Giust. civ.*, 1988, p. 816, spec. p. 822.

¹³⁶ Per tutti, S. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, IV ed., Giuffrè, Milano, 1984, p. 158 ss.

¹³⁷ B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Esi, Rimini, 1983, e R. LOMBARDI, *Sulla carenza dell'interesse ad agire (impugnare)*, in *Giur. it.*, 1995, c. 671.

¹³⁸ Così, B. SASSANI, *Mero accertamento del rapporto di lavoro, interesse ad agire e art. 34 c.p.c.*, cit., p. 628.

¹³⁹ B. SASSANI, *Mero accertamento del rapporto di lavoro, interesse ad agire e art. 34 c.p.c.*, cit., p. 629, secondo cui già «il semplice assumere due differenti quadri di riferimento per il “prima” e per il “dopo” concretizza invece l'interesse».

Nel diritto del lavoro ciò è reso ancora più evidente, dal momento che in tale settore, più che in altri, un ingente numero di controversie nasce dal bisogno delle parti di chiarire le rispettive posizioni: le liti, infatti, più che dalla reiterata inadempienza dell'obbligato, sono spesso generate dall'incertezza dei diritti e dei doveri reciproci del datore e del prestatore di lavoro¹⁴⁰. Qui il collegamento tra interesse e pregiudizio è stato ampiamente superato, nel momento in cui la dottrina e la giurisprudenza prevalente hanno univocamente riconosciuto l'interesse ad agire anche nella tutela di mero accertamento¹⁴¹. Sul punto la letteratura è molto vasta. La posizione dottrinale dominante, infatti, attribuisce rilevanza, ai fini del riconoscimento dell'interesse ad agire in mero accertamento alla cosiddetta «incertezza obbiettiva» circa l'esistenza (o l'inesistenza) della situazione giuridica dedotta in giudizio¹⁴². Sulla stessa linea argomentativa si col-

¹⁴⁰ Per una ricostruzione dell'interesse ad agire nel processo del lavoro, in generale, G. CASCIARO, *In tema di azione dichiarativa nel processo del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 90. In giurisprudenza, tra le tante, Cass. 30 ottobre 1984, n. 5551, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 90, secondo cui «l'interesse ad agire, consistente nell'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice, può identificarsi rispetto all'azione di accertamento, anche nel superamento di una incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico e sull'esatta portata degli obblighi negoziali, a prescindere dall'attualità della lesione di un diritto».

¹⁴¹ Cass. 26 maggio 1993, n. 5889, in *Foro it.*, 1994, I, c. 507, con nota di I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*. Le fattispecie su cui la giurisprudenza ha discusso di interesse ad agire nel rapporto di lavoro sono molteplici. Le più frequenti attengono all'indennità di anzianità (Cass. 24 maggio 1975, n. 2115, in *Rep. Foro it.*, 1975, Procedimento civile, n. 83); al trattamento di fine rapporto (Cass. 15 dicembre 1990, n. 11945, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1498); alle assunzioni obbligatorie (Corte app. Roma 16 gennaio 1989, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1583; *contra* Corte app. Roma 6 giugno 1988, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1148, con nota di B. Sassani); alla pensione di invalidità civile (Cass. 14 maggio 1983, n. 3338, in *Foro it.*, 1983, I, c. 3039); all'accertamento dell'esistenza o della permanenza del rapporto di lavoro subordinato, o della dipendenza da un determinato datore di lavoro anziché da un altro (Trib. Roma 19 luglio 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 247, con nota di F. Ferroni). Una rassegna completa sul punto è curata da I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, cit., c. 507.

¹⁴² Per tutti A. ATTARDI, voce *Interesse ad agire*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. IX, Utet, Torino, 1993, p. 514 ss. L'incertezza diventa così la fonte stessa del pregiudizio e questo si manifesta nella perdita di valore del diritto di cui il soggetto si affermi titolare. Tale perdita di valore può manifestarsi sia come diminuzione del credito, sia come ostacolo allo svolgimento di rapporti giuridici di cui questo soggetto voglia e possa divenire titolare. «L'incertezza, dunque, turbando il diritto, è già, sia pure in senso lato, lesione di questo». Così F. FERRONI, *Fittizio frazionamento del rapporto di lavoro, accertamento dell'anzianità, interesse ad agire*, in *Giust. civ.*, 1984, p. 2555, spec. p. 2558; nello stesso senso, M. BIANCA, *L'interesse ad agire nell'azione autonoma di accertamento del tratta-*

loca la giurisprudenza, che configura tale incertezza come «lesione potenziale»¹⁴³, o come «pregiudizio concreto ed attuale»¹⁴⁴, oppure la rimozione della stessa come «risultato utile e giuridicamente rilevante non altrimenti conseguibile che con l'intervento del giudice»¹⁴⁵.

Nelle controversie relative al trasferimento di ramo d'azienda, la necessità di rimuovere una situazione di obbiettiva incertezza, che configura l'interesse ad agire, si rinviene nella contestazione relativa alla titolarità di un rapporto di lavoro. Si potrebbe sostenere che quando si contestano i presupposti di cui all'art. 2112 c.c., l'esplicita allegazione del danno è superflua¹⁴⁶. Va osservato, infatti, che la posizione del lavoratore all'interno dell'azienda non si esaurisce nelle prestazioni circoscritte allo svolgimento dell'attività lavorativa ed al pagamento della retribuzione, circostanza che già da sola giustifica il fondamentale diritto del lavoratore di individuare con precisione e permanentemente il destinatario, debitore e creditore, delle reciproche obbligazioni e dei reciproci adempimenti¹⁴⁷. Essa si sostanzia in una situazione ben più complessa, dalla quale scaturisce una serie di rapporti giuridici che vanno ben oltre il semplice scambio delle prestazioni lavorative con la retribuzione. E, come è stato precisato in dottrina, per il lavoratore esternalizzato il solo e semplice inserimento in una organizzazione aziendale piuttosto che

mento di fine rapporto, in *Riv. giur. lav.*, 1990, II, p. 397. Mentre, con riferimento alla problematica nei suoi aspetti più generali, cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 621; L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, I, Giuffrè, Milano, 1969, p. 281; F. TOMMASO, *Appunti di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 167 ss.

¹⁴³ Cass. 27 maggio 1994, n. 5207, in *Rep. Foro it.*, 1994, Procedimento civile, n. 92.

¹⁴⁴ Cass. 13 febbraio 1989, n. 885, in *Rep. Foro it.*, 1989, Procedimento civile, n. 86.

¹⁴⁵ Cass. 28 giugno 1997, n. 5819, in *Foro it.*, 1998, I, c. 901, con nota di E. Fabiani, con riferimento ad una fattispecie simile in cui, pur in assenza di una «lesione in senso stretto» del diritto, sussisterebbe comunque una «lesione in senso lato» dello stesso e dunque un pregiudizio concreto ed attuale, rappresentato da una situazione di incertezza obbiettiva in ordine alla validità ed agli effetti di una transazione, stipulata ai sensi dell'art. 2113 c.c. V., inoltre, Cass. 23 dicembre 1991, n. 13895, in *Rep. Foro it.*, 1991, Procedimento civile, n. 503.

¹⁴⁶ B. SASSANI, *Mero accertamento del rapporto di lavoro, interesse ad agire e art. 34 c.p.c.*, cit., p. 628.

¹⁴⁷ Sul pacifico riconoscimento dell'interesse ad agire del lavoratore per l'accertamento della propria dipendenza da un datore di lavoro, indipendentemente dall'allegazione di uno specifico pregiudizio, esiste copiosa giurisprudenza. Tra le altre, anche Pret. Roma 20 aprile 1983, in *Giust. civ.*, 1984, p. 623, con nota di B. Sassani, nonché la rassegna giurisprudenziale curata da E. FABIANI, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 545 ss.

un'altra, già altera di per sé l'acquisto, il mantenimento e l'esercizio delle prerogative che gli discendono dalla posizione di lavoratore dipendente¹⁴⁸.

Qualora sia contestata la sussistenza dei requisiti costitutivi del trasferimento del ramo d'azienda si realizza, quindi, una situazione di incertezza, che si presenta obbiettiva, cioè non ritenuta dubbia soltanto nella convinzione dei ricorrenti, ed attuale, in quanto già insorta e non soltanto ipotetica. Sicché, legittimamente i lavoratori fanno ricorso al giudice, per procurarsi uno strumento idoneo ad ottenere «l'espressione della volontà concreta della legge» e, quindi, la indicazione della titolarità dei loro comportamenti futuri¹⁴⁹. Né tale obbiettiva incertezza può ritenersi superata dal fatto che comunque al lavoratore sia stato assicurato il trattamento preteso, ovvero quello garantito dalla legge.

E' forse superfluo ricordare che la disciplina del trasferimento d'azienda è una disciplina inderogabile, la cui applicazione è condizionata dal solo ricorrere di determinati requisiti legali. Tale applicazione è sostanzialmente sottratta alla libera discrezionalità delle parti (compresi i lavoratori che sono i principali destinatari della tutela cui tale disciplina è rivolta)¹⁵⁰.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina, qualunque interpretazione della disciplina volta a svincolare la sua applicazione dal radicamento oggettivo della nozione di ramo d'azienda si pone in contrasto col principio di indisponibilità delle qualificazioni giuridiche di determinati atti o fatti, soprattutto quando da tali qualificazioni discendono diritti indisponibili di soggetti terzi¹⁵¹. Sotto questo profilo, la negazione dell'interesse ad agire dei lavoratori esternalizzati, già priva tecnicamente dei presupposti logici e legali, appare profondamente arbitraria per un duplice ordine di ragioni. Per un verso, infatti, essa impedisce il controllo giudiziale sulla effettività dell'articolazione dell'impresa, e dunque sul «radica-

¹⁴⁸ F. SCARPELLI, "Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoro non è una merce, cit., p. 351 ss.; A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., p. 479. Il punto è particolarmente dibattuto in dottrina e sarà ripreso *infra*, § 13.

¹⁴⁹ Pret. Roma 20 aprile 1983, cit.

¹⁵⁰ Su rinunzie tacite e facoltà di opposizione alla prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario, Cass. 28 settembre 2004, n. 19379, in *Dir. merc. lav.*, 2005, p. 763 ss. Altra questione, anch'essa affrontata in giurisprudenza, riguarda la possibilità di configurare il comportamento del lavoratore come manifestazione indiretta della volontà di consentire alla cessione del proprio contratto di lavoro. Sul punto, Trib. Milano 18 settembre 2008, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 253 ss., con nota di I. ALVINO, *Sul consenso del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro per comportamento concludente*.

¹⁵¹ M.T. CARINCI, *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 44/2006, pp. 13-15.

mento oggettivo» della nozione di ramo d'azienda, incidendo e potenziando quella illimitata libertà d'azione delle parti del trasferimento, così sottratta a qualsiasi filtro antielusivo e antifraudolento. Per altro verso, essa paralizza la già precaria posizione dei lavoratori, ai quali viene praticamente precluso l'accesso alle vie giudiziarie, quale ultima istanza per sottrarre la loro posizione contrattuale a logiche economiche governate dalla discrezionalità aziendale, che apparirebbe così sconfinata.

Ecco perché va apprezzata la posizione espressa da una più recente ma, al momento, minoritaria giurisprudenza di merito, secondo cui «l'interesse ad agire del lavoratore al fine di ottenere l'applicazione dell'art. 1406 c.c. in luogo dell'art. 2112 c.c. sussiste, a prescindere dalla prospettazione di vantaggi sostanziali, anche solo per l'interesse relazionale alla conservazione di un certo ambiente di lavoro»¹⁵². La tesi si basa sulla condivisibile considerazione secondo cui va escluso che l'unico bisogno ipotizzabile in capo agli individui trasferiti da un'azienda ad un'altra possa essere solo quello di non perdere l'impiego e dunque la retribuzione¹⁵³. Al contrario, va sostenuto che anche l'eventuale esigenza di conservare il posto di lavoro, divenuto il perno irrinunciabile di una certa organizzazione di vita, deve essere considerato meritevole di tutela, in quanto suscettibile di tradursi in un interesse sostanziale, attesa anche la rilevanza che nell'ordinamento giuridico il posto di lavoro assume, quale una delle possibili formazioni sociali all'interno delle quali si sviluppa la personalità dell'individuo¹⁵⁴.

¹⁵² Trib. Napoli 3 maggio 2011, n. 10892, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1107, con nota di F. FUSCO, *Il trasferimento di ramo d'azienda: interesse ad agire, violazione della procedura sindacale e autonomia del ramo*. Ma in termini analoghi, Trib. Roma 4 maggio 2006, cit., secondo cui «nel caso di trasferimento di parte d'azienda l'interesse del prestatore di lavoro ad essere controparte contrattuale dell'uno o dell'altro datore di lavoro, a prescindere dal pregiudizio patrimoniale diretto o indiretto, configura un interesse giuridicamente apprezzabile e meritevole di tutela e trova il suo fondamento nell'art. 1406 c.c., che impone il consenso del contraente ceduto in caso di sostituzione dell'altro contraente nei contratti a prestazioni corrispettive».

¹⁵³ G. SPINELLI, *Nuove problematiche giurisprudenziali in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 525 ss., spec. p. 534.

¹⁵⁴ F. FUSCO, *Il trasferimento di ramo d'azienda: interesse ad agire, violazione della procedura sindacale e autonomia del ramo*, cit., p. 1108. Per la concezione dell'impresa come «comunità di lavoro», F. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro nell'impresa*, in *Studi in onore di A. Asquini*, IV, Cedam, Padova, 1965, p. 1765; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 128; e, sia pure in senso critico, S. HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968, p. 184; R. SANTUCCI, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 165.

13. *Diritto di opposizione e rilevanza del consenso del lavoratore ceduto*

Il tema, in fin dei conti, ripropone, da un angolo visuale più ristretto, l'ampia tematica dello svilimento della posizione del lavoratore e del suo consenso alla circolazione del rapporto contrattuale nei processi di esternalizzazione. Si è detto prima che tale problematica è stata fortemente condizionata dalla particolare tecnica di tutela adottata dalla disciplina codicistica, che ha mostrato alcuni limiti con l'avvento dei nuovi metodi produttivi e delle nuove strategie di impresa (*supra*, cap. I, § 9)¹⁵⁵.

Le ragioni che inducono normalmente i lavoratori a contestare il passaggio del rapporto di lavoro presso l'impresa del cessionario, e a chiedere di rimanere presso il cedente, mettendo in discussione la sussistenza dei presupposti legali del trasferimento del ramo aziendale, sono state bene illustrate dalla dottrina. Esse emergono, non soltanto nel caso in cui l'esternalizzazione assuma caratteri patologici, ma anche nelle ipotesi fisiologiche, in relazione al tipo di contratto collettivo applicabile al cessionario, alle minori garanzie sul piano della tutela occupazionale, ovvero all'applicazione di discipline di minore tutela, anche sul piano collettivo, collegate a determinate soglie dimensionali e, più in generale, all'affidabilità del nuovo datore di lavoro, il più delle volte titolare di un'impresa di minori dimensioni e dalle prospettive economiche poco certe.

Ciò spiega come il prioritario terreno di tensione applicativa della disciplina in tema di trasferimento d'azienda alle esternalizzazioni di attività produttive sia rappresentato, da sempre, dalla regola di continuità del rapporto di lavoro in capo al cessionario del ramo dell'azienda ceduto. Nella direttiva n. 01/23/CE, tale regola si esprime nella garanzia del trasferimento al cessionario dei «diritti e (de)gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento»; nell'art. 2112 c.c., come si è appena visto, essa viene espres-

¹⁵⁵ Lo strumento del trasferimento del ramo d'azienda è apparso assolutamente funzionale nella prassi per facilitare cure dimagranti dell'impresa che le consentissero, peraltro, di andare sotto la soglia di operatività di quelle disposizioni che rappresentano un costo (la tutela reale, il collocamento obbligatorio, i diritti sindacali), senza tuttavia esporla ai costi sociali ed economici di un licenziamento collettivo. Sul punto C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive è conclusa?*, cit., p. 254; M. MENICUCCI, *Il trasferimento di ramo d'azienda dopo il d.lgs. 276/03*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 53; S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, Napoli, 1999, p. 154 ss.; A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., p. 476. In giurisprudenza, Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207 e Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Foro it.*, 2003, I, c. 103.

sa con maggiore chiarezza, affermandosi direttamente che il rapporto di lavoro «continua con il cessionario»; ciò costituisce il presupposto logico in forza del quale il lavoratore «conserva tutti i diritti che ne derivano».

Si è già detto che il tradizionale nucleo protettivo della regola suddetta – volta a garantire la stabilità occupazionale attraverso la realizzazione di un legame tra il contratto di lavoro e il substrato materiale e organizzativo dell'impresa più che con il titolare di quest'ultima – si è espresso attraverso una sentenza di accertamento della prosecuzione del rapporto in capo al cessionario, nel caso in cui si verificassero operazioni mascherate di cessione dell'azienda, affermando dunque il diritto dei lavoratori a seguire le sorti di quest'ultima, ove il lavoratore fosse stato licenziato dall'originario datore di lavoro. In tal senso, la regola della prosecuzione automatica ha posto un limite agli interessi commerciali degli imprenditori, cedente e cessionario, non più liberi di disporre (come nella versione originaria dell'art. 2112 c.c.) della dimensione di organico del personale da dedurre nell'accordo sul trasferimento. In questo modo l'art. 2112 c.c. ha realizzato una combinazione virtuosa della *ratio* lavoristica e della *ratio* commercialistica, in quanto la tutela dell'occupazione si sposa perfettamente ad una valutazione astratta del legame lavoro-azienda, in virtù dell'idoneità di quest'ultima a costituire un compiuto strumento dell'attività d'impresa¹⁵⁶. Ecco perché il principio della continuazione del rapporto di lavoro è stato tradizionalmente interpretato come imperativo ed inderogabile per i soggetti dell'operazione commerciale, tanto nell'ambito del diritto comunitario¹⁵⁷, quanto pacificamente nell'analisi dell'art. 2112 c.c.¹⁵⁸.

Come si accennava, tuttavia, negli ultimi anni, si è svolto un intenso dibattito sulla questione se tale regola sia cogente anche nei confronti del lavoratore, ovvero se lo stesso possa opporre il proprio dissenso alla sostituzione soggettiva del datore di lavoro, proseguendo così il suo rapporto (salvi i successivi sviluppi, anche eventualmente in termini di licenziamento) in capo al cedente¹⁵⁹.

¹⁵⁶ M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, vol. I, *Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 268; V. LUCIANI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori*, cit., p. 143.

¹⁵⁷ Corte giust. 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 142.

¹⁵⁸ M.V. BALLESTRERO, *Trasferimento d'azienda e trattamento dei lavoratori*, in *Lavoro e dir.*, 2002, p. 201.

¹⁵⁹ F. SCARPELLI, "Esternalizzazioni" e diritto del lavoro, cit., p. 363; M.P. AIMO, *Il trasferimento di azienda tra diritto comunitario e diritto interno. Le garanzie individuali dei*

Il dibattito in questione può facilmente spiegarsi proprio in relazione alle problematiche insorte a seguito di operazioni di separazione ed esternalizzazione di rami d'azienda molto spesso consistenti in attività sempre più vicine al *core business* aziendale che hanno visto organizzazioni sindacali e/o singoli lavoratori contestare la sussistenza di un legittimo trasferimento, opponendo la pretesa di rimanere alle dipendenze del cedente.

Non v'è dubbio che la questione interpretativa vada collegata al sospetto che dietro la cessione dei rapporti di lavoro venga mascherata una illegittima riduzione di personale e, comunque, la sicura compromissione delle prospettive occupazionali o professionali. Essa, peraltro, è stata animata dal coevo tentativo della giurisprudenza e di una parte della dottrina, di indebolire i presupposti della fattispecie del ramo aziendale ancorato (nonostante le forti critiche di altro orientamento) agli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, apparentemente legittimanti nozioni sempre più leggere di azienda o di attività di impresa¹⁶⁰.

Pertanto, una dottrina – che oggi, tuttavia, è rimasta minoritaria – è giunta a sostenere che «se la cessione non interessa l'intera azienda, ma solo una parte di essa (indipendentemente dal fatto che tale parte assurga alla dignità di “ramo” secondo la richiamata tradizione interpretativa), cedente e cessionario non potranno contare sull'obbligo di passaggio dei lavoratori e dovranno invece fare affidamento sull'interesse degli stessi, in relazione alle caratteristiche dell'operazione commerciale, a salvaguardare il proprio futuro professionale passando alle dipendenze del cessionario. Il consenso dei lavoratori potrà considerarsi normalmente implicito, o espresso anche in termini di acquiescenza, ma nel caso venga espresso

lavoratori, cit., p. 839; C. DE MARCHIS, *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 121. Ma, in senso contrario, M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 73 ss. e S. PICCININO, *Trasferimento di azienda, rapporti di lavoro e autonomia privata*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 669. Un diritto di opposizione del lavoratore in caso di trasferimento di parte di azienda è stato riconosciuto in Italia da una giurisprudenza minoritaria: Pret. Milano 14 maggio 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 732, con nota di S. CHIUSOLO, *Trasferimento di ramo d'azienda, art. 2112 c.c. e normativa comunitaria: la cessione del rapporto di lavoro è subordinata al consenso del lavoratore ceduto*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, p. 344, con nota di A. LEPORE, *Trasferimento di ramo di azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione (anche con riferimento al nuovo articolo 2112 cod. civ. in attuazione della direttiva 98/50)*. Sul tema, anche U. RUNGGALDIER, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 523.

¹⁶⁰ F. SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 150.

un dissenso al trasferimento del rapporto di lavoro, il dipendente ha il diritto di rimanere contrattualmente legato all'azienda e all'imprenditore col quale si è creato l'originale vincolo contrattuale»¹⁶¹.

E' noto come questa opinione abbia trovato un importante aggancio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla direttiva comunitaria, che ne ha ripetutamente affermato il carattere imperativo, per quanto attiene al diritto alla prosecuzione del rapporto in capo al cessionario, ma non invece nei confronti del lavoratore¹⁶². Il riferimento è all'ormai nota sentenza *Katsikas*, in cui la Corte ha chiarito che «il disposto di cui all'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 14/2/77, n. 77/187/CEE (...) deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un lavoratore occupato dal cedente alla data del trasferimento dell'impresa, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva, si opponga al trasferimento al cessionario del suo contratto o del suo rapporto di lavoro». Invero, secondo la Corte, se la direttiva venisse interpretata «nel senso che essa obbliga il lavoratore a proseguire il suo rapporto di lavoro con il cessionario», «un obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, il quale dev'essere libero di scegliere il suo datore di lavoro e non può essere obbligato a lavorare per un datore di lavoro che non ha liberamente scelto»¹⁶³.

Pur avendo affermato questo principio generale, la Corte ha però precisato che «la direttiva non obbliga gli Stati membri a stabilire che, qualora il lavoratore decida liberamente di non proseguire il contratto o il rapporto di lavoro col cessionario, il contratto o il rapporto di lavoro sia mantenuto col cedente. Essa neanche vi si oppone. Nella fattispecie di cui trattasi spetta agli Stati membri stabilire la disciplina riservata al contratto o al rapporto di lavoro col cedente»¹⁶⁴.

¹⁶¹ F. SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, cit., p. 502.

¹⁶² Sebbene la direttiva svolga, come qualsiasi operazione di armonizzazione, una funzione di regolazione del mercato e della concorrenza, la finalità immediata ed esclusiva, secondo l'opinione più diffusa, è sicuramente quella della tutela sociale dei lavoratori, rimanendo ad essa estranea l'eventuale funzione di sostegno all'operazione imprenditoriale di circolazione dell'impresa. Sul punto, *supra*, cap. I, § 6.

¹⁶³ Corte giust. 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, 138/91 e 139/91, *Katsikas*, in Racc. 1992, p. 6577.

¹⁶⁴ Corte giust. 16 dicembre 1992, cit., Corte giust. 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e 172/94, *Merck*, in Racc. 1996, p. 1253 e in *Mass. Giur. lav.*, 1996, p. 362, con nota di I. INGLESE, *Sulla necessità di una rigorosa definizione di trasferimento di azienda*, in *Lav. giur.*, 1996, p. 717, con nota di L. CORAZZA, *Il trasferimento di attività costituisce trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 77/187*; Corte giust. 12 novembre

In dottrina, il principio affermato dalla Corte è stato ricondotto a varie fonti: come necessario corollario di uno degli enunciati cardine su cui si basa l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), secondo cui «il lavoro non è una merce»¹⁶⁵. Ma anche come fondamentale diritto di libertà, a sostegno del quale depongono numerosi principi costituzionali: il diritto alla libera scelta dell'attività lavorativa (art. 4, comma 2), la tutela del lavoro (art. 35) e della dignità e della libertà della persona coinvolta negli affari economici (art. 41, comma 2). Si tratta di principi che non possono non comportare la libera scelta della controparte contrattuale. E perfino le regole generali dei contratti, l'art. 1372 c.c. (che sancisce la forza vincolante del consenso del contraente ceduto) e l'art. 2558 c.c. (che sancisce la trasferibilità al cessionario di tutti i contratti stipulati per l'azienda, ma non di quelli a carattere personale), delineano un quadro complessivo coerente con il diritto di scegliere il proprio datore di lavoro¹⁶⁶.

Rimane tuttavia da considerare, in linea con il rinvio operato dalla Corte di Giustizia, che le sorti del contratto di lavoro con il cedente rimangono affidate alla disciplina presente nei singoli Stati membri. Il che, come è stato correttamente osservato, non vuol dire affatto che si renda necessaria una nuova specifica disciplina¹⁶⁷.

1998, causa C-399/960, *Eurpieces*, in Racc. 1998, p. 6976. Più di recente, Corte giust. 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*, cit.

¹⁶⁵ Come ricordato nel cap. I, § 1, tale affermazione è contenuta nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944, nella quale furono espressi principi, scopi ed obbiettivi dell'Organizzazione e che costituisce parte integrante della Costituzione della stessa. Lo Stato italiano ha ratificato la suddetta Costituzione OIL con la l. n. 1622/1947. Esso è pertanto vincolato, in quanto Stato membro, alle previsioni della Dichiarazione di Filadelfia, compresa quella appena ricordata che si manifesta, secondo l'opinione più diffusa, anche nel significato secondo cui «un lavoratore non può essere trasferito da un datore di lavoro ad un altro senza il suo consenso». Sul tema, P. O'HIGGINS, *Il lavoro non è una merce. Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1996, p. 295 ss.

¹⁶⁶ C. FRANCIOSO-L. DE ANDREIS, *Nelle cessioni parziali d'azienda è sempre rilevante il consenso dei singoli lavoratori addetti ai "rami" oggetto di cessione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 557 ss.

¹⁶⁷ C. FRANCIOSO-L. DE ANDREIS, *Nelle cessioni parziali d'azienda è sempre rilevante il consenso*, cit., p. 558. Analoghe considerazioni sono state svolte dalla dottrina in Francia dove, dopo qualche apertura manifestata dalla Corte di Cassazione, (*Voisin, Guermontprey et Maldonado*, rispettivamente Soc. 11 marzo 2003, in *Droit Social*, 2003, p. 482 e Soc. 20 marzo 2002, in *Droit Social*, 2002, p. 516), il dibattito si è più che altro concentrato sul tipo di conseguenze che il riconoscimento di un simile diritto in capo al lavoratore possa determinare nei suoi confronti: G. PIGNARRE, *Licenciements privés d'effet en cas de transfert d'entreprise: la revanche du droit des contrats*, in *Le Dalloz*, 2003, p. 14; P. BAILLY, *Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise?*, in *Droit Social*, 2003,

Nell'ordinamento italiano, pertanto, in mancanza di un'apposita norma, non potrebbero che operare le ordinarie regole che disciplinano la conservazione del posto di lavoro: reimpiego negli altri settori non ceduti, ovvero – in mancanza di tale opportunità – licenziamento per giustificato motivo oggettivo (che, se arriva a coinvolgere più di cinque dipendenti, sfocia nella riduzione di personale *ex l. n. 223/1991*, con le relative procedure sindacali). Quanto alla possibilità di applicare la disciplina delle dimissioni nei confronti del datore di lavoro cedente, si rileva la mancanza di un elemento centrale e cioè la volontà del lavoratore di risolvere il rapporto. Essa tra l'altro nega in radice la sussistenza del diritto di dissentire.

14. *Le critiche alla teoria del consenso*

Nel dibattito dottrinale svoltosi in Italia, la tesi del consenso rilevante del lavoratore ceduto nel trasferimento di ramo d'azienda è rimasta minoritaria. E ciò per molteplici ragioni che pare opportuno sinteticamente analizzare.

In primo luogo essa non ha mai trovato, malgrado le costanti modifiche alla disciplina interna e comunitaria, un riscontro testuale.

Né le direttive europee, né la normativa nazionale richiedono il consenso del dipendente al trasferimento del rapporto di lavoro al cessionario. La direttiva n. 01/23/CE ribadisce l'automaticità del trasferimento, sottolineando che il principio non può essere derogato in senso sfavorevole ai lavoratori¹⁶⁸. Del pari, la normativa interna, anche nell'ultima for-

p. 474; A. MAZEAUD, *Licenciements économiques à l'occasion du transfert d'entreprise: les droits des salariés*, in *Droit Social*, 2003, p. 482. Perfino in Germania l'introduzione del «diritto di resistenza» ha sollevato un dibattito molto acceso. L'orientamento dottrinale favorevole alla sua introduzione legale si è potuto sviluppare in quanto nell'ordinamento tedesco, almeno fino all'introduzione del § 613 nel BGB, non erano previste forme di successione automatica nei contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa. Perché tali contratti siano trasferiti al cessionario è ancora oggi richiesta la stipula di negozi dispositivi, ai quali partecipino, oltre al cessionario stesso, entrambe le parti del contratto. Sul punto U. RUNGALDIER, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, cit., p. 532 e M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 77.

¹⁶⁸ Ulteriori indicazioni sono state tratte dall'art. 3, comma 2, della direttiva n. 01/23/CE che stabilisce che gli Stati membri possono prevedere meccanismi di comunicazione da parte del cedente al cessionario degli obblighi e diritti che gli saranno trasferiti in conseguenza del trasferimento d'azienda. La direttiva puntualizza però che l'omessa comunicazione di tali obblighi e diritti non incide sul trasferimento, che avviene ugualmente. Così A. RONDO, *Nel trasferimento d'azienda la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario non richiede il consenso del lavoratore interessato*, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, p. 775 ss.

mulazione derivante dal d.lgs. n. 276/2003, non contiene alcun appiglio per sostenere la rilevanza del consenso del prestatore alla continuazione del rapporto presso il cessionario, di cui è stato confermato il carattere automatico¹⁶⁹.

Non risolutivo è stato peraltro giudicato il riferimento alla disciplina di cui all'art. 1406 c.c. per la cessione negoziale e volontaria del contratto da applicare anche al trasferimento d'azienda. La tesi si basa sull'assunto che individua un rapporto di specialità tra l'art. 2112 c.c. e l'art. 1406 c.c. Sul punto, però, è stato rilevato come le due disposizioni regolino fenomeni seppure limitrofi, in realtà solo apparentemente accostabili¹⁷⁰. Inoltre, seppure la garanzia della continuità del rapporto di lavoro non deriva dalla sua inerenza con l'azienda trasferita (a differenza di altri beni, il rapporto di lavoro non è soggetto a vincoli di natura reale con quest'ultima), sarebbe comunque da escludere il diritto del prestatore di rifiutare il passaggio presso il cessionario, poiché accordarlo equivarrebbe, per converso, a riconoscere al prestatore stesso un diritto ad essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra. Ed è noto come, nell'ordinamento italiano, un diritto siffatto «non gode di alcuna cittadinanza»¹⁷¹.

Secondo l'opinione prevalente, pertanto, è proprio la necessità di apprestare una tutela forte a favore del lavoratore coinvolto in un trasferimento dell'azienda presso cui è addetto che non consente di lasciargli il margine di decidere se restare o meno alle dipendenze del cedente, come se si versasse in una normale ipotesi di cessione *ex art.* 1406 c.c. Nell'ambito del diritto del lavoro si fa largo uso di tecniche di tutela rigide che sottraggono al campo di disponibilità del lavoratore molte valutazioni ine-

¹⁶⁹ In questo senso, già con riferimento al d.lgs. n. 18/2001, G. DELLA ROCCA, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, p. 591 e U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 51.

¹⁷⁰ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 105.

¹⁷¹ R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, cit., p. 364. *Contra*, F. SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, cit., p. 564, secondo cui la critica non sarebbe centrata, poiché imperniata su una fattispecie – il trasferimento geografico – estranea all'art. 2112 c.c. La considerazione però è rimasta minoritaria. Ammettendo il diritto di opposizione, infatti, comunque si riconoscerebbe il diritto del prestatore a cambiare reparto o settore di adibizione, anche a prescindere dal mutamento della sede di lavoro. Ed un diritto simile non solo non esiste, ma risulta contrario ad una delle manifestazioni più importanti del potere direttivo, concesso al datore di lavoro, e rispetto al quale il lavoratore si trova chiaramente in posizione subordinata.

renti alla sua posizione, per rimetterle alla preventiva determinazione della legge, in virtù della presunta posizione di debolezza che costui riveste nell'ambito del rapporto contrattuale¹⁷². Il ruolo garantistico delle disposizioni in tema di trasferimento d'azienda, che per operare prescindono dal consenso del lavoratore coinvolto, in altri termini, costituisce un punto di partenza obbligato. Ed infatti, se si ammettesse che, versandosi in tale fattispecie, il lavoratore ha diritto di decidere liberamente se accettare la prosecuzione del rapporto di lavoro con il subentrante o no, si indebolirebbe la sua posizione sostanziale. Ciò, in quanto, se egli decidesse di restare alle dipendenze dell'imprenditore cedente, rimarrebbe fortemente esposto al rischio altamente probabile di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, laddove il datore di lavoro, non avendo più a disposizione l'attività a lui prima affidata, per averla ceduta, si trovasse nell'impossibilità di ricollocarlo utilmente all'interno della propria organizzazione. Opererebbe, dunque, in questo caso, l'art. 3 della l. n. 604/1966. E non potrebbe chiedersi l'applicazione dell'art. 2112, comma 4, c.c., circa l'irrelevanza del trasferimento d'azienda come ragione del licenziamento. Il trasferimento, infatti, avrebbe già fatto il suo corso, mentre il recesso troverebbe fondamento in motivazioni ulteriori e complessivamente estranee al trasferimento stesso¹⁷³.

La tesi della rilevanza del consenso del lavoratore ceduto, infine, è stata respinta anche dalla Corte di Cassazione, proprio in virtù del carattere inderogabile dell'art. 2112 c.c. anche nei confronti del lavoratore¹⁷⁴. Ora, che, in astratto, la teoria del consenso possa porsi come correttivo ad una tendenza interpretativa idonea ad alterare gli equilibri sociali e di valori della disciplina del trasferimento d'azienda è chiaramente riconosciuto nella sentenza n. 15105 del 25 ottobre 2002, la quale sembra adottare un

¹⁷² M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 309; O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1991, p. 489 ss. Più in generale, sul punto, L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2000, p. 182 e S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1990, p. 87 ss.; nonché le considerazioni di U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, cit., p. 51.

¹⁷³ In proposito, anche A. RONDO, *Nel trasferimento d'azienda la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario non richiede il consenso del lavoratore interessato*, cit., p. 781.

¹⁷⁴ Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, e Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 150 ss.

atteggiamento «simpatetico» verso di essa¹⁷⁵, nella misura in cui si preoccupa fortemente di ristabilire quell'equilibrio, mediante una definizione più rigorosa della nozione di trasferimento d'azienda. Qualche perplessità invece riguarda l'interpretazione che la Corte offre della disciplina in tema di trasferimento d'azienda, la cui causa introietterebbe l'interesse dell'impresa all'inscindibilità tra rapporto di lavoro e azienda. Secondo la Cassazione, la *ratio* dell'art. 2112 c.c. mira a «coniugare le ragioni dell'economia con quelle della tutela del lavoro».

Su tale ultima considerazione si potrebbe discutere a lungo: ancora una volta, il cuore del dibattito si sposta sulla funzione della disciplina del trasferimento d'azienda¹⁷⁶. Una funzione che nell'attuale quadro legale delle esternalizzazioni appare particolarmente sbilanciata a favore delle imprese e che, pertanto, rende ancora più urgente la ricerca di correttivi che valorizzino la rilevanza della (sola) *ratio* lavoristica della disciplina, come riconosciuta anche a livello comunitario¹⁷⁷.

15. *Le dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro*

Pur non accogliendo la teoria del diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento del proprio contratto di lavoro in ipotesi di cessione parziale di azienda, il d.lgs. n. 18/2001 ha introdotto nell'art. 2112, comma 4, c.c., la possibilità che «il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma».

La disposizione ha dato attuazione all'art. 4, par. 2, della direttiva n. 98/50/CE, che prevede che la risoluzione del rapporto, dovuta al fatto che il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una modifica sostanzia-

¹⁷⁵ L'espressione è di F. SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, cit., p. 150.

¹⁷⁶ M.L. VALLAURI, *La nozione di ramo d'azienda nella giurisprudenza nazionale più recente*, cit., p. 32 ss., che mette in evidenza come, al contrario, l'art. 2112 c.c. non miri a realizzare un contemperamento tra interessi, ma a limitare, attraverso la tecnica della norma inderogabile, l'esercizio della libertà di iniziativa economica che si esprima in un trasferimento d'azienda o di un suo ramo, imponendo il mantenimento dei livelli occupazionali e dei diritti.

¹⁷⁷ F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *Quaderni dir. lav. e rel. ind.*, 2004, p. 15 ss.

le delle condizioni di lavoro, «è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro».

E' stato correttamente osservato che in Italia la trasposizione della norma comunitaria è avvenuta senza porsi adeguatamente il problema del coerente inserimento nella sistematica interna di un principio che la direttiva esprime in termini necessariamente molto generici. Da un lato, si è messo in evidenza che il precetto italiano si limita a riportare senza alcuna specificazione un concetto – quello della sostanziale modifica delle condizioni di lavoro – assente nell'ordinamento interno. Dall'altro, sul fronte della disciplina applicabile, la disposizione opera un rinvio all'istituto delle dimissioni per giusta causa che solleva non pochi dubbi applicativi¹⁷⁸.

Per quanto concerne il primo aspetto, la dottrina tende a sostenere che il concetto di modifica delle condizioni di lavoro è tipico dell'ordinamento comunitario. Il suo approfondimento, quindi, non può prescindere dalla ricerca di indicazioni orientative nel tessuto del medesimo diritto europeo, stante l'assenza di ogni precisazione nel dato positivo italiano.

L'opinione più convincente ha quindi assunto come prioritario punto di riferimento la direttiva n. 91/533/CE, concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle «condizioni» applicabili al contratto o al rapporto di lavoro e delle loro successive modifiche. Tale riferimento, del resto, offre un parametro sistematico anche nell'ambito dell'ordinamento italiano, dal momento che la citata direttiva ha ricevuto attuazione con il d.lgs. n. 152/1997¹⁷⁹.

Nel catalogo individuato dall'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 vengono in rilievo il luogo di lavoro, l'inquadramento del lavoratore e le caratteristiche del lavoro svolto, la retribuzione, le ferie, l'orario di lavoro, il preavviso di recesso, ecc. E' con riferimento a questi istituti che può quindi iniziare a definirsi, secondo l'opinione più diffusa, l'ambito di operatività della disposizione in esame, rendendo concreto il riferimento a «tutti gli elementi che definiscono comprensivamente il modo di essere del lavoratore in una certa struttura produttiva»¹⁸⁰.

¹⁷⁸ F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 17.

¹⁷⁹ Sul punto, più diffusamente, A. RIVARA, *La direttiva sull'informazione: problemi di effettività dei diritti*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 134; F. SCARPELLI, *Diritti di informazione individuali e collettivi: l'incidenza sulla configurazione del contratto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 271.

¹⁸⁰ C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, cit., p. 513.

Sotto questo profilo, qualche dubbio potrebbe essere avanzato con riguardo alle modifiche di trattamento che derivano dal mutamento delle regole legali applicabili al rapporto di lavoro (ad esempio nel caso del passaggio ad un regime di stabilità obbligatoria, in considerazione del minor numero di dipendenti presso l'impresa cessionaria), che in qualche caso potrà investirne l'intero statuto giuridico (il riferimento, a titolo esemplificativo, potrebbe essere all'ipotesi in cui si abbia il trasferimento di un'attività da un datore di lavoro di natura pubblica ad un'impresa privata).

Secondo il dato legale, la modifica delle condizioni di lavoro, per legittimare le dimissioni, deve avere natura sostanziale. La genericità dell'espressione adottata non può che essere interpretata come un rinvio all'apprezzamento concreto affidato all'interprete. E' da ritenersi, pertanto, che l'incertezza della formula sia destinata ad essere attenuata nel tempo ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale, che dovrà farsi carico di apprezzare, caso per caso, la rilevanza della modifica del contesto lavorativo sia nei suoi profili oggettivi, sia in quelli soggettivi. Ne consegue che la lista delle ipotesi legittimanti il recesso del lavoratore potrebbe essere infinita, comprendendo il mutamento delle aspettative di guadagno connesse alle caratteristiche del lavoro, il mutamento della sede di lavoro, il mutamento dei tempi e degli orari di lavoro, destinato ad incidere in maniera consistente sull'organizzazione personale, e via dicendo.

Per quanto, invece, attiene agli effetti delle dimissioni *ex art. 2112*, comma 4, c.c. si è già detto che la direttiva si riferisce alla imputabilità delle medesime «alla responsabilità del datore di lavoro». In Italia, il riferimento in questione si è risolto nel rinvio all'art. 2119, comma 1, c.c. Inteso letteralmente, tale rinvio è apparso anch'esso generico e lacunoso: la norma richiamata nell'art. 2112 c.c., infatti, definisce la (più ampia) fattispecie del recesso per giusta causa, e quindi, si è fatto notare, il quarto comma dell'art. 2112 c.c. deve riguardare un'ipotesi di recesso ulteriore e diversa¹⁸¹. Tende, però, a prevalere l'idea che, in presenza di un peggioramento delle condizioni di lavoro, il lavoratore abbia diritto ad esercitare la facoltà di recesso senza preavviso e con diritto alla relativa indennità¹⁸², in virtù di una sostanziale equiparazione alla giusta causa di recesso *ex art. 2119* c.c., malgrado l'assenza di un rinvio diretto all'art. 2118, comma 2, c.c.

¹⁸¹ S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, cit., p. 113.

¹⁸² G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, cit., p. 178.

Infine, va segnalato che la normativa italiana ha espressamente disciplinato le dimissioni per mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro nei confronti del solo cessionario, ma non regola le dimissioni nei confronti del cedente. Sul punto, la direttiva è apparsa asettica. Anzi, si è fatto notare che la disposizione è collocata non nell'art. 3 della direttiva, che si occupa dei diritti del lavoratore successivamente al trasferimento, ma nell'art. 4, dedicato al licenziamento: essa, pertanto, nell'attribuire la risoluzione del contratto per modifica delle condizioni alla responsabilità del datore di lavoro, non fa riferimento specifico né al cedente né al cessionario. Se ne è dedotto che, aderendo all'orientamento maggioritario che nega l'esistenza nell'ordinamento italiano di un diritto di opposizione del lavoratore, potrebbe ben ritenersi che, in via di interpretazione analogica e per obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario, ove la modifica delle condizioni di lavoro sia evidente già al momento della cessione, il lavoratore possa dimettersi per tale ragione anche nei confronti del cedente; pure in questo caso, inoltre, con applicazione degli effetti delle dimissioni per giusta causa¹⁸³.

16. *Trasferimento di attività e passaggio di personale ex art. 31, d.lgs. n. 165/2001*

Quando l'esternalizzazione riguarda il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni presenta questioni interpretative sostanzialmente diverse da quelle emerse nel settore privato. Ciò è dovuto ad una molteplicità di fattori, generalmente riconducibili alla natura pubblica del datore di lavoro, che agiscono su un duplice livello. Da un primo punto di vista, il fenomeno include un'ampia gamma di istituti, che va dalle riorganizzazioni di apparati burocratici, comprese le privatizzazioni di strutture produttive, al fenomeno delle esternalizzazioni di funzioni amministrative¹⁸⁴. Il d.lgs. n. 165/2001 dedica un'apposita disciplina ai passaggi di

¹⁸³ F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 21.

¹⁸⁴ Va segnalato che i termini esternalizzazione e *outsourcing* sono entrati a far parte del patrimonio lessicale del legislatore, proprio con riferimento al pubblico impiego, già dalla legge finanziaria 2002 (art. 24, comma 8, l. n. 448/2001, su cui *infra*). Per una definizione di esternalizzazione nelle pubbliche amministrazioni, intesa come «trasferimento, che avviene in base a contratti, della produzione di servizi e attività strumentali di pubbliche amministrazioni ad imprese private, pur continuando le stesse amministrazio-

personale per effetto di trasferimenti di attività da parte delle pubbliche amministrazioni (art. 31, d.lgs. n. 165/2001).

Ma l'esternalizzazione, intesa come dismissione della gestione diretta di personale alle proprie dipendenze, al fine di affidarla ad altro soggetto, può anche prescindere dal trasferimento di una funzione, e riguardare il solo personale. A tale fenomeno è dedicata la disciplina dei comandi e delle assegnazioni temporanee di personale pubblico (su cui, *infra*, cap. IV, § 16).

Sotto altro profilo, la natura pubblica del soggetto datore di lavoro si proietta sul rapporto di lavoro, tradizionalmente caratterizzato da una significativa stabilità, e depura l'esternalizzazione del lavoro pubblico dalla maggior parte delle conseguenze negative che essa incontra quando viene realizzata dal datore di lavoro privato. Nel settore pubblico, infatti, tranne qualche rara eccezione, non emergono le stesse esigenze di trasparenza nell'imputazione del rapporto di lavoro o di mantenimento della controparte contrattuale che si riscontrano nel privato¹⁸⁵. La tendenziale affidabilità del nuovo datore di lavoro, quando sia anch'esso pubblico, può al massimo incidere sul tipo di trattamento economico e normativo

ni a finanziare l'attività e ad assumersi la responsabilità del soddisfacimento del bisogno pubblico», si consulti, a cura del Dipartimento della Funzione pubblica, la «Guida all'esternalizzazione di servizi e attività strumentali nella pubblica amministrazione», Roma, 2004, in www.innovazionepa.gov.it. In generale, sulle esternalizzazioni nel settore pubblico, P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutele dei lavoratori*, in M.T. Carinci-U. Carabelli (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p. 265 ss.; G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 963; F. BASENGHI, *Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2004, p. 229. Per le specificità del settore dei servizi pubblici locali, M. NOVELLA, *Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Problemi giuslavoristici*, in *Lavoro e dir.*, 2002, p. 159 ss.; L. NOGLER, *Trasformazione del gestore del servizio pubblico locale e rapporti di lavoro nella regione Trentino Alto Adige – Sudtirolo. Il caso del passaggio dal servizio in economia alla società per azioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, II, p. 645 ss.; R. SALOMONE-M. TIRABOSCHI, *Enti locali, dismissioni di attività pubbliche e rapporto di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, I, p. 1035.

¹⁸⁵ Sottolinea la tendenza a considerare le diverse pubbliche amministrazioni come «un unico grande datore di lavoro, con lo scopo di gestire al meglio contemporanee carenze ed eccedenze di personale in settori diversi», D. CASALE, *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestioni delle eccedenze*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, I, p. 945, spec. p. 953, ma già S. MAINARDI-M. MISCIONE, *La mobilità*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 571 e A. MANNA, *La mobilità nel pubblico impiego: ammortizzatore sociale e strumento di razionalizzazione nelle risorse umane*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 311.

applicato nell'amministrazione di destinazione, ma non necessariamente pone un problema di mantenimento dell'occupazione¹⁸⁶. E' raro, in altri termini, che il lavoro pubblico esternalizzato sollevi questioni che evochino il rischio del licenziamento¹⁸⁷. Questo rischio, nel privato, è connesso alle caratteristiche imprenditoriali del nuovo datore di lavoro, mentre nel pubblico impiego, di solito si assiste a problematiche inverse, considerato che i reiterati blocchi delle assunzioni attenuano possibili esigenze di riduzione di personale e generano, semmai, questioni opposte, connesse alla scoperta di posizioni nelle dotazioni organiche, ovvero di più efficiente impiego del personale a disposizione¹⁸⁸. L'esigenza di liberare risorse da funzioni meno rilevanti, concentrandole su attività ritenute strategiche, ed il bisogno di ovviare alla carenza di determinate professionalità provocano il necessario ridimensionamento della pretesa del dipendente pubblico a mantenere l'originario datore di lavoro. Tale ridimensionamento trova una giustificazione costituzionale nei principi di buon andamento ed imparzialità che, di norma, orientano la riorganizzazione dell'apparato burocratico.

Il rischio prima accennato può però verificarsi quando il passaggio delle funzioni interessi un soggetto privato. Tuttavia, poiché anche tale pas-

¹⁸⁶ F. PANTANO, *Contrattazione collettiva e retribuzione nel trasferimento di attività tra differenti amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, II, p. 186. Sulla complessa questione del trattamento economico del personale Ata, transitato dal comparto enti locali al comparto scuola, Cedu 7 giugno 2011, ricorsi nn. 43549/08, 5087/09, 6107/09, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 491, con nota di G. Bronzini; Corte giust. 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 491, con nota di G. Bronzini e Cass. 9 novembre 2010, n. 22751, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 1422. In giurisprudenza, sul trattamento economico conseguente a trasferimento di attività e passaggio di personale ex art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, Cass. 21 aprile 2012, n. 9430, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, II, p. 419; Cass. 13 aprile 2006, n. 8693, in *Dir. giust.*, 2006, p. 40; Cass. 16 giugno 2005, n. 12956, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 6.

¹⁸⁷ Vanno conseguentemente esclusi dall'oggetto della presente indagine gli istituti della mobilità volontaria e della gestione delle eccedenze, su cui, in generale, S. MAINARDI, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, in F. Carinci-L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2004, p. 709 ss.; G. LEONE, *La mobilità individuale e collettiva*, in M.T. Carinci-U. Carabelli (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 239 ss.; C. DE MARCO, *Il licenziamento del dipendente pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 71 ss.

¹⁸⁸ D. MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112 c.c.*, in *Lav. giur.*, *Gli speciali*, 2010, p. 59 ss.

saggio è sorretto, normalmente, da esigenze riorganizzative di ammodernamento, privatizzazione, snellimento delle strutture pubbliche, il consenso del dipendente pubblico al trasferimento del rapporto di lavoro non trova riconoscimento legale.

Sotto questo profilo, sembra possibile affermare come, anche nel pubblico, il contemperamento tra i contrapposti interessi (della amministrazione e del proprio personale coinvolto da una riorganizzazione dell'apparato burocratico) trovi la sua espressione, al pari del settore privato, nella garanzia del mantenimento dell'occupazione dei dipendenti addetti all'attività trasferita¹⁸⁹.

Alla disciplina applicabile ai passaggi di personale per effetto di trasferimenti di attività è dedicato l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 che risponde all'esigenza di regolare il generale processo di *downsizing* del settore pubblico, dovuto alla scelta consapevole dell'amministrazione di ridurre il proprio ambito di competenze e di gestione diretta dei servizi, riservandosi il ruolo più importante di programmazione e regolamentazione delle funzioni, rispondenti al rinnovato indirizzo del *core business* dell'amministrazione¹⁹⁰. Qui però le forme che l'esternalizzazione delle funzioni da dismettere può assumere sono diverse: può trattarsi della privatizzazione della intera struttura, con la conseguente creazione di agenzie, società per azioni o enti pubblici economici; può avvenire con la cessione del ramo d'azienda ad altro soggetto pubblico, partecipato o privato; può tradursi in uno *spin off*, con la trasformazione del ramo d'azienda che diventa soggetto privato; può consistere nella scelta di affidare in appalto, ad altro soggetto, la gestione o l'esecuzione di un servizio¹⁹¹.

¹⁸⁹ Come già ricordato *supra*, § 14, in questo senso si sono espresse Cass. 10 luglio 2009, n. 16198, cit., e Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, cit., secondo cui la *ratio* dell'art. 2112 c.c. consiste in un equilibrato bilanciamento tra contrapposti interessi a copertura costituzionale: la libertà di iniziativa economica e il diritto dei lavoratori al mantenimento dell'occupazione. Su tale assunto, però, in senso critico, M.L. VALLAURI, *La nozione di ramo d'azienda nella giurisprudenza nazionale più recente*, cit., p. 32.

¹⁹⁰ Cfr. F. VERBARO, *Esternalizzazioni e percorsi di riforma nelle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 361 ss., con riferimento al processo degli anni novanta di ripensamento del ruolo e del concetto di "pubblico" nella società e nell'economia, nel quale va collocata la stessa contrattualizzazione del pubblico impiego.

¹⁹¹ P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutele dei lavoratori*, cit., p. 265 ss. che vede tra questi fenomeni così eterogenei tra loro un *continuum*, rispondente ad un'unica strategia, sviluppatasi a partire dagli anni '90 sotto l'influsso del *new public management*, che mira al progressivo arretramento delle pubbliche amministrazioni dall'esercizio diretto di determinate attività e servizi, affidati alle cure di aziende specializzate ed

La forma di esternalizzazione più classica è certamente quella attuata tramite il trasferimento del ramo d'azienda, che consente al soggetto pubblico, tra l'altro, il trasferimento dei rapporti di lavoro, in modo da realizzare contestualmente forme di razionale ed efficace utilizzo del personale, fino a quel momento impiegato nelle funzioni da affidare all'esterno. Qualora, invece, a seguito del trasferimento delle funzioni, si accertasse un'eccedenza di personale, si applicherebbero gli artt. 33, 34 e 34-bis del d.lgs. n. 165/2001, con l'obbiettivo, invero raramente perseguito, di ricollocare efficacemente tale personale presso altre amministrazioni, anche al fine di evitare un'irrazionale duplicazione di costi. Sempre allo scopo di garantire l'occupazione del personale impiegato nelle funzioni trasferite, anche nel settore pubblico, il ramo d'azienda può risultare titolare di un contratto di appalto con l'amministrazione cedente, secondo lo schema descritto dall'art. 2112, ultimo comma, c.c.

L'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, con una formula quanto mai sintetica, dispone: «fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applica l'art. 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e consultazione di cui all'art. 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428»¹⁹². Si tratta dunque di un rinvio secco alla disciplina privatistica del trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda, che però, a causa della laconicità della disposizione, ha sollevato non pochi problemi interpretativi.

Le incertezze hanno riguardato, prima di tutto, il campo di applicazione dell'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001. In primo luogo, l'ampio presupposto, costituito dalla locuzione «trasferimento o conferimento di attività»,

imprese. Sotto questo profilo, esternalizzazioni e privatizzazioni poco divergono tra loro, in quanto si tratta in entrambi i casi di "depubblicizzare" le regole di *governance* e di azione, che passano dal diritto amministrativo al diritto privato. Solo che, nel caso della privatizzazione viene mutata la natura giuridica, da pubblica a privata, del gestore; nel caso dell'esternalizzazione si ha solo l'affidamento dell'attività prodotta dall'amministrazione al terzo, attraverso appalto o concessione, e dietro corrispettivo.

¹⁹² Per l'analisi delle versioni precedenti dell'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, nelle varie fasi della privatizzazione e, segnatamente, dell'art. 34, d.lgs. n. 29/1993, poi novellato dall'art. 19, d.lgs. n. 80/1998, S. MAINARDI, *Trasferimento di funzioni e passaggio di dipendenti a soggetti pubblici o privati*, in F. Carinci-M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.lgs. n. 29/1993 ai D.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 967.

sembra rispondere all'intento di garantire la massima espansione della disciplina cui la disposizione rinvia¹⁹³. E perfino il riferimento al concetto di «attività» pare alludere all'interpretazione estensiva della direttiva n. 01/23/CE in tema di trasferimento di impresa, fornita dalla Corte di Giustizia, a livello comunitario¹⁹⁴. Analogamente, l'assenza di ogni riferimento alla natura dell'ente che può diventare cessionario, sia dell'attività, sia dei dipendenti, tende ad escludere dal campo di applicazione della disposizione il solo caso del passaggio inverso rispetto a quello considerato dal dettato normativo, cioè il caso del passaggio di personale da soggetto privato a soggetto pubblico, nonostante a livello comunitario la Corte di Giustizia si sia espressa in senso contrario¹⁹⁵.

¹⁹³ Trib. Parma 19 maggio 2005, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, II, p. 625, con nota di M. FERRETTI, *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali*. Per un approfondimento sulla fonte della vicenda traslativa, F. BASENGHI, *Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività*, cit., p. 229.

¹⁹⁴ S. MAINARDI-D. CASALE, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggi di personale*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro. Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 192. In giurisprudenza, Cass. 10 marzo 2009, n. 5709, in *Rep. Foro it.*, 2009, Lavoro (rapporto), n. 1364; Trib. Venezia 5 gennaio 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 214, con nota di S. Russi. Sottolinea le differenze tra la nozione di attività oggetto di trasferimento ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 e quella di trasferimento di azienda, adottata dall'art. 2112 c.c., intesa come attività economica organizzata, Trib. Parma 19 maggio 2005, cit. In senso restrittivo, negando che si possa trattare di passaggio di solo personale, Cass. 16 gennaio 2008, n. 677, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 213, con nota di S. Russi.

¹⁹⁵ L'art. 1, comma 1, lett. c) della direttiva n. 01/23/CE, che estende l'applicazione della direttiva alle imprese pubbliche o private che esercitano un'attività economica, che perseguano o meno uno scopo di lucro, esclude che costituisca trasferimento di impresa «una riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici». Tuttavia, per l'applicazione della direttiva comunitaria n. 01/23/CE al caso di un dipendente di un'associazione privata senza scopo di lucro, che aveva svolto attività di promozione dei servizi offerti dal Comune, Corte giust. 26 settembre 2000, C-175/1999, *Mayeur*, in Racc. 2000, p. 7755. A seguito dello scioglimento di tale associazione, il dipendente chiedeva un'indennità per licenziamento illegittimo e, atteso che l'associazione non aveva svolto una funzione di interesse generale connessa all'esercizio di pubblici poteri, e che tale attività avrebbe mantenuto la propria identità, la Corte ha affermato che la persona giuridica o fisica che subentra nella responsabilità per la gestione dell'impresa così trasferita assume, in tale occasione, gli obblighi di datore di lavoro. Per l'applicazione della direttiva comunitaria a particolari ipotesi di «riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici» o di «trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici», Corte giust. 15 ottobre 1996, C-298/94, *Henke*, in Racc. 1996, p. 4989; Corte giust. 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96, *Hidalgo*, in Racc. 1998,

Va però precisato che l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 fa «salve le disposizioni speciali», sicché in dottrina si ritiene che la disciplina generale abbia carattere residuale, come tutela di base da applicare qualora non sussistano normative speciali di miglior favore¹⁹⁶. Sul termine «disposizioni speciali», si sono concentrate le letture della norma che sostengono come la deroga alla disciplina generale dettata dall'art. 31, d.lgs. n. 165/2001 possa discendere da leggi e da fonti di rango secondario, con la sola eccezione degli atti di natura regolamentare¹⁹⁷.

Secondo l'opinione prevalente, il rinvio alla disciplina codicistica del trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda riguarda le conseguenze del passaggio del personale: in particolare, la continuità dell'occupazione presso il nuovo soggetto cessionario e la connessa limitazione della facoltà di recesso da parte del nuovo datore di lavoro per il solo motivo del trasferimento; la conservazione dei diritti maturati presso l'amministrazione cedente¹⁹⁸; la solidarietà passiva per i crediti da lavoro tra amministrazione cedente e soggetto cessionario; la successione tra contratti collettivi del

p. 8237; Corte giust. 14 settembre 2000, C- 343/1998, *Collino*, in *Racc.* 2000, p. 6659; Corte giust. 4 giugno 2002, C-164/00, *Beckmann*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 951. In dottrina, G. BOLEGO, "Privatizzazioni" e ambito di applicazione della direttiva comunitaria sul trasferimento di impresa, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, II, p. 1114; M. MARINELLI, *La tutela dei lavoratori pubblici nel trasferimento di attività*, in *www.giureta.unipa.it.*, 2008.

¹⁹⁶ Si vedano, tra le discipline speciali, l'art. 44 della l. n. 449/1997 sulle dimissioni di attività non essenziali da parte di Regioni o Enti locali; le normative settoriali di disciplina delle grandi privatizzazioni di poste, servizi telefonici o creditizi, e ferrovie; alcune leggi regionali, come quelle di attuazione della l. n. 36/1992 ("legge Galli"), sulla gestione del servizio idrico integrato. Individua un rapporto di specialità tra la l. n. 124/1999 (che ha disposto il passaggio del personale amministrativo, tecnico e ausiliario dal comparto enti locali al comparto scuola) e gli artt. 31, d.lgs. n. 165/2001 e 2112 c.c., Cass. 18 febbraio 2005, n. 3356, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 201, con nota di R. MARTIGNONI, «Trasferimento di personale» e «Trasferimento di attività» tra pubbliche amministrazioni ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c. Sulla specifica questione del personale Ata, oltre alla giurisprudenza citata *supra*, tra le altre sentenze di merito, anche Trib. Milano 23 aprile 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 629.

¹⁹⁷ S. MAINARDI-D. CASALE, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggi di personale*, cit., p. 173. Estende la nozione di «disposizioni», fino a ricomprendere anche eventuali clausole di contratti collettivi, D. MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112 c.c.*, cit., p. 66.

¹⁹⁸ Esclude che il passaggio possa comportare la parificazione con i dipendenti già in servizio presso il datore di lavoro di destinazione, Cass. 3 agosto 2007, n. 17081, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2289.

medesimo livello¹⁹⁹. Il primo di questi effetti riguarda la continuazione del rapporto di lavoro con il nuovo datore di lavoro che, secondo alcuni, ha carattere automatico²⁰⁰, dovendosi altrimenti sostenere la necessità di un provvedimento che disponga espressamente il passaggio di ogni dipendente così, volta per volta, individuato²⁰¹. Tale diversa opzione lascerebbe peraltro aperto il problema dell'esistenza di un diritto del dipendente pubblico ad esprimere il proprio consenso²⁰². L'ipotesi, però, è da escludere, sia per simmetria con il settore privato²⁰³, sia per motivi di gestibilità delle riorganizzazioni amministrative²⁰⁴. Al lavoratore che si rifiuti di transitare ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, spetterà il diritto al recesso ai sensi dell'art. 2112, comma 4, c.c. ove ne ricorrano le condizioni, oppure la possibilità di richiedere un passaggio diretto alla stregua dell'art. 30 del d.lgs. n.

¹⁹⁹ M.V. BALLESTRERO, *Servizi pubblici e trasferimento d'azienda*, in *Lavoro e dir.*, 2001, p. 286.

²⁰⁰ G. PELLACANI, *Trasferimento di attività e servizi pubblici a società miste ex art. 22, l. n. 142/1990 ed effetti sui rapporti di lavoro*, nota a Pret. Bergamo 24 giugno 1999, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, II, p. 1296; S. MAINARDI, *Trasferimento di funzioni e passaggio di dipendenti a soggetti pubblici o privati*, cit., p. 981; ma, in proposito, anche P. SORDI, *Sub art. 19*, in M. Dell'Olio-B. Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai D.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 135, spec. p. 138.

²⁰¹ In questo senso, in giurisprudenza, Trib. Siena, ordinanza 6 maggio 2003, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, II, p. 945. Sul punto, anche D. MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112 c.c.*, cit., p. 63.

²⁰² Trib. Siena 21 maggio 2003, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, II, p. 938. Tale isolata interpretazione giurisprudenziale si basa sul tenore letterale dell'art. 31, d.lgs. n. 165/2001 che rinvia all'art. 2112 c.c., per il (solo) «personale che passa» alle dipendenze del cessionario.

²⁰³ D. MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112 c.c.*, cit., p. 65, secondo cui il riconoscimento di un diritto di opposizione doterebbe il pubblico dipendente di un regime di miglior favore, ingiustificabile rispetto al lavoratore subordinato del settore privato.

²⁰⁴ S. MAINARDI-D. CASALE, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggi di personale*, cit., p. 174. Sostiene che anche per via della sua collocazione, nel titolo II dedicato all'«organizzazione» e non nel titolo III dedicato al rapporto di lavoro, l'art. 31 prende in considerazione un interesse prettamente organizzativo della P.A., lasciando sullo sfondo il rapporto di lavoro, D. MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112 c.c.*, cit., p. 60. In giurisprudenza afferma l'automaticità del passaggio dei dipendenti come conseguenza del passaggio delle funzioni, riconducendola all'esigenza di evitare eccedenze di personale, altrimenti non assorbibili in pianta organica, Trib. Parma 19 maggio 2005, cit.; Trib. Catanzaro 27 novembre 2002, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, II, p. 944; Trib. Siena, ordinanze 6 maggio 2003 e 21 maggio 2003, cit.; Pret. Bergamo 24 giugno 1999, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, II, p. 1292.

165/2001. Ciò però non toglie che l'amministrazione cedente possa trattenerne parte del personale addetto alla funzione trasferita²⁰⁵. Disposizioni speciali con l'evidente scopo di evitare duplicazioni di assunzione di personale hanno espressamente sancito l'inderogabilità del passaggio²⁰⁶.

17. Affidamento di servizi pubblici a soggetti privati o partecipati: società in house ed appalti delle pubbliche amministrazioni

Il trasferimento di attività ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 assume aspetti più complessi quando il cessionario sia un soggetto imprenditoriale privato, ovvero una società partecipata dallo Stato o da un ente territoriale²⁰⁷.

Sotto questo profilo, l'iniziale spinta verso le esternalizzazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, avviata con l'art. 24, comma 8, della l. n. 448/2001 (legge finanziaria per il 2002)²⁰⁸, e che ha raggiunto il suo

²⁰⁵ D. CASALE, *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestioni delle eccedenze*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, II, p. 945, ma in senso contrario, M. MARINELLI, *La tutela dei lavoratori pubblici nel trasferimento di attività*, cit., p. 4. Sulla scelta dei lavoratori da trasferire, e/o da trattenere, anche G. DE SIMONE, *Privatizzazioni e nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Lavoro e dir.*, 2002, p. 186.

²⁰⁶ L. r. Calabria 12 agosto 2002, n. 34.

²⁰⁷ La tendenza verso la collaborazione tra pubblico e privato nella gestione delle funzioni pubbliche ha trovato riconoscimento costituzionale nell'art. 118, comma 4, Cost., con il principio di sussidiarietà orizzontale per lo svolgimento di attività di interesse generale. Ed ha ricevuto l'esplicito avallo della Corte costituzionale (Corte cost., ord. 21 maggio 2001, n. 157, in *www.giurcost.org* e Corte cost. 28 luglio 2005, n. 277, in *www.giurcost.org*), che ha riconosciuto l'esistenza di un principio di discrezionalità del legislatore le cui scelte vanno sindacate solo alla luce dell'ordinario criterio di ragionevolezza. Va detto che, con riferimento agli enti locali, già l'art. 112, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000 (t.u. degli Enti locali), aveva riconosciuto la possibilità di esternalizzare servizi pubblici locali che avessero rilevanza economica. Con l'espressione «servizi pubblici locali», tra l'altro, lo stesso comma aveva adottato una formula estremamente ampia, intendendo, per tali, servizi che hanno ad oggetto «la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Gli artt. 113 e 113-bis del d.lgs. n. 267/2000 contemplano due diversi strumenti di esternalizzazione: il conferimento *in house*, attraverso la costituzione di una società pubblica o a partecipazione prevalentemente pubblica; l'affidamento ad un soggetto privato, tramite le procedure ad evidenza pubblica, con il rispetto delle regole imposte dal codice dei contratti pubblici.

²⁰⁸ Con tale legge gli enti pubblici locali e le loro aziende diventano titolari del dovere di «promuovere opportune azioni dirette ad attuare l'esternalizzazione dei servizi al fine di realizzare economie di spesa e migliorare l'efficienza gestionale». La stessa formula, nella direzione del riconoscimento di un ampio spazio di esternalizzazione, si riscontra nell'art. 112, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000.

apice con l'art. 36, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001 (introdotto dalla l. n. 80/2006)²⁰⁹, sta subendo un profondo ripensamento ed un ritorno a regole più stringenti, evidentemente orientate ad abbattere la mera convenienza economica dell'esternalizzazione, che possa anche tradursi in un aggrimento dei limiti imposti all'azione pubblica, ovvero in un arretramento delle condizioni di lavoro dei soggetti coinvolti in tali operazioni²¹⁰.

Di questo mutato indirizzo, espressione di un maggiore rigore verso le esternalizzazioni, sono emblematici la nuova versione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, modificato dall'art. 49 della l. n. 133/2008, che ha espunto il riferimento al preventivo e necessario ricorso alle esternalizzazioni²¹¹, e l'art. 6-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 2 della l. n. 69/2009, che stabilisce che le pubbliche amministrazioni sono autorizzate ad «acquistare sul mercato i servizi originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale e di dotazione organica»²¹².

²⁰⁹ Su cui, in generale, A. GARILLI, *Flessibili e precari nelle pubbliche amministrazioni*, in A. Bellavista-A. Garilli-M. Marinelli (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 111 ss. e S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, I, p. 12. L'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, che disciplina i contratti di lavoro flessibile, dopo la l. n. 80/2006, aveva ammesso la possibilità delle amministrazioni di avvalersi di contratti di somministrazione a tempo determinato, di esternalizzazione, di appalto di servizi, subordinandone il ricorso ad una preventiva valutazione di opportunità e con la possibilità di discostarsene previa adeguata motivazione. Questa versione dell'art. 36 aveva cioè indicato l'esternalizzazione quale strada preferenziale della flessibilità, sollevando, tra l'altro, qualche dubbio di illegittimità costituzionale. Sul punto, P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutele dei lavoratori*, cit., p. 267.

²¹⁰ P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutele dei lavoratori*, cit., p. 266.

²¹¹ Vanno, altresì, ricordati l'art. 13 della l. n. 248/2006 ("legge Bersani"), che ha fortemente limitato l'azione delle società costituite o partecipate dalle pubbliche amministrazioni regionali o locali per la produzione di beni o servizi strumentali alla loro attività, o per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative; l'art. 23-*bis* della l. n. 133/2008, successivamente modificato dall'art. 15 della l. n. 166/2009, che ha posto significativi limiti al ricorso alle esternalizzazioni realizzate mediante affidamenti diretti a società *in house*. La materia, peraltro, è in attesa di una complessiva risistemazione per effetto dell'imminente riforma in materia di liberalizzazioni. Cfr. S. CELLINO, *Il decreto Monti per le liberalizzazioni e la crescita*, in *Consulenza*, 2012, p. 38 ss.

²¹² La disposizione, così formulata, sembra fissare un doppio limite al ricorso alle esternalizzazioni: uno rivolto a garantire principi di concorrenza e trasparenza; l'altro, che va oltre la valutazione del mero vantaggio economico, e riguarda l'obbligo di adottare misure necessarie in materia di personale e dotazione organica, con ulteriori conseguenze sul piano della contrattazione collettiva (art. 6-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

Il nuovo *trend* legislativo è stato quindi interpretato come una forma di reazione a talune esperienze, rivelatesi un espediente per eludere norme pubblicistiche in materia di contabilità, di contratti e di reclutamento del personale, più che strumenti per conseguire vantaggi di spesa²¹³.

Sicché, regole progressivamente più severe sono state dettate per il personale coinvolto negli affidamenti *in house*. Vanno segnalati l'art. 3, comma 30, della l. n. 244/2007, e l'art. 18 della l. n. 133/2008. Il primo ha stabilito che le amministrazioni che costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento, adottano, sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esercitate mediante i soggetti di cui al medesimo comma, e provvedono alle corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica. Secondo l'art. 18 della l. n. 133/2008, le «società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica» e le «altre» società a partecipazione pubblica o di controllo (escluse quelle quotate su mercati regolamentati) sono tenute ad adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, le prime, «di cui al c. 3 dell'art. 35 del d.l.vo n. 165/2001» (art. 18, comma 1) e, le seconde, nel rispetto dei principi, «anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità» (art. 18, comma 2). Ulteriori limiti sono poi stati introdotti, per quanto concerne il personale, dalla l. n. 122/2010 che, da ultimo, ha sottoposto i soggetti partecipati al patto di stabilità, dalla l. n. 148/2011, dalla l. n. 27/2012.

Per il personale già dipendente pubblico, transitato presso un soggetto *in house*, che l'ente pubblico intenda reintegrare, a seguito della scelta di liquidare la società controllata e di riassumere il servizio che le aveva esternalizzato, si è espressa più volte la Corte dei conti²¹⁴. Secondo un indirizzo ormai consolidato, la reimmissione in ruolo di personale già tra-

²¹³ P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutele dei lavoratori*, cit., p. 266.

²¹⁴ Corte conti, sez. controllo, Piemonte, 19 gennaio 2012, n. 3, in www.corteconti.it. La Corte ha altresì richiesto la verifica sulla rilevanza economica del servizio gestito dalla società *in house*, da condursi ai sensi della l. n. 183/2011 sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Sulla possibilità di affidare incarichi relativi alla società *in house* a dipendenti dell'ente locale controllante, Corte conti, sez. controllo, Lombardia, 14 febbraio 2011, n. 78, in www.corteconti.it.

sferito a società partecipate è possibile, purché siano rispettate alcune condizioni: la persistenza di una carenza nei ruoli e per le funzioni del personale trasferito; la disponibilità delle risorse economiche necessarie a sostenere il reinquadramento; l'espressa volontà dell'amministrazione di procedere in tal senso; l'inquadramento nella medesima posizione giuridico-economica rivestita anteriormente al trasferimento presso la cessionaria²¹⁵. Solo recentemente è stato richiesto anche che tale eventualità sia già stata prevista al momento della costituzione della società o dell'affidamento diretto del servizio, a norma di statuto, regolamento di servizio o protocollo con le organizzazioni sindacale di settore²¹⁶.

Questa possibilità viene riconosciuta solo per il personale già dipendente pubblico, in quanto il reinquadramento avverrebbe senza lesione del principio di concorsualità. La regola dell'accesso ad un pubblico impiego solo tramite concorso sarebbe violata nell'altra ipotesi: va quindi escluso che, in caso di trasferimento di attività ad uno dei soggetti di cui all'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, a seguito di successivo scioglimento di quest'ultimo, cui segua la riassunzione delle attività trasferite, il personale alle dipendenze del cessionario possa vantare un diritto all'assunzione nei confronti della pubblica amministrazione prima cedente²¹⁷.

Al personale non pubblico sono riservate specifiche forme di tutela quando esso sia coinvolto negli affidamenti all'esterno di attività delle pubbliche amministrazioni, mediante contratti di appalto o concessioni, su cui è intervenuto il «Codice dei contratti pubblici relativi a lavoro, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», emanato con il d.lgs. n. 163/2006²¹⁸, ora modificato dal d.l. n. 5/2012, co-

²¹⁵ Corte conti, sez. riunite, 15 aprile 2010, n. 8, in *www.corteconti.it*. Sulla possibilità di inquadrare le vicende di successione nell'affidamento del servizio e delle conseguenze di tale successione sui rapporti di lavoro nell'ambito della fattispecie del trasferimento d'azienda, S. BELLOMO, *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 52 ss.

²¹⁶ Corte conti, sez. controllo, Lombardia, 30 novembre 2010, n. 1014; Corte conti, sez. controllo, Lazio, 2 novembre 2011, n. 67, entrambe in *www.corteconti.it*.

²¹⁷ Corte conti, sez. controllo, Lombardia, 18 settembre 2008, n. 68, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, II, p. 660, con nota di M.G. MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite?* Per quanto condivisibile, tale orientamento dovrebbe essere sottoposto ad un'attenta verifica di compatibilità con l'opposta tesi sostenuta in analoga fattispecie da Corte giust. 26 settembre 2000, C- 175/1999, *Mayeur*, cit.

²¹⁸ Su cui F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 753; I. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori*, in M.T.

ordinato con la legge di conversione n. 35/2012, recante «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo».

Si tratta di forme di tutela che mirano a garantire il rispetto dei livelli di tutela del lavoro, degli *standard* economici e normativi di trattamento, delle discipline prevenzionistiche a tutela della salute e sicurezza del lavoro, come condizione per l'accesso al mercato degli appalti pubblici²¹⁹. Tali regole hanno lo scopo di evitare che la concorrenza tra imprenditori aspiranti all'aggiudicazione dell'appalto si fondi sulla riduzione dei trattamenti economici e normativi spettanti ai lavoratori. Durante lo svolgimento del contratto, il mancato rispetto di tale trattamento minimo costituisce causa di decadenza dall'incarico conferito. In questa prima tipologia di tutele, quindi, vanno collocate le clausole sociali, nonché le disposizioni che impongono criteri specifici per la scelta dell'appaltatore tramite procedure ad evidenza pubblica, cui vanno aggiunte le regole contenute nel d.lgs. n. 81/2008 per l'attuazione della sicurezza negli appalti pubblici²²⁰.

Specifiche forme di cooperazione, peraltro, sono imposte alle pubbliche amministrazioni sia per l'attuazione di strumenti di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori impiegati negli appalti, sia per la soddisfazione delle pretese economiche vantate da questi ultimi nei confronti dell'appaltatore-datore di lavoro: questa seconda forma di tutele, quindi, è comune agli appalti privati (art. 1676 c.c. e art. 29 del d.lgs. n. 276/2003). Va precisato che la possibilità di riconoscere ai lavoratori coinvolti in un

Carinci-U. Carabelli (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 277; ID., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2007, p. 507; L. IMBERTI, *Responsabilità solidale negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in *Lav. giur.*, 2008, p. 659; S. VARVA, *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. Il caso degli appalti pubblici*, *ivi*, p. 45; P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della "dignità umana"*, in *Foro amm.*, TAR, 2010, p. 1875.

²¹⁹ F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, cit., p. 753, secondo cui la regolazione sociale degli appalti pubblici può avvenire anche su un secondo terreno, che vede l'appalto come occasione e strumento per l'attuazione di politiche sociali che vadano oltre la garanzia e la legalità lavoristica, con obiettivi più ampi di elevazione della professionalità dei lavoratori coinvolti, di tutela dell'occupazione di soggetti più svantaggiati, di promozione di azioni positive e di pari opportunità.

²²⁰ Su cui, in generale, M.T. CARINCI-C. CESTER-M.G. MATTAROLO-F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 2011, p. 3 ss.

appalto pubblico il diritto di invocare l'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, in tema di responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore, è apparsa controversa. Infatti, l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 stabilisce la non applicazione del decreto alle pubbliche amministrazioni e al loro personale²²¹. Nessun dubbio, invece, sul fatto che sia da escludersi l'applicazione delle sanzioni previste dagli artt. 27 e 29, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 276/2003 in ipotesi di somministrazione irregolare e appalto illecito, attraverso la costituzione di un rapporto di lavoro con l'effettivo utilizzatore della prestazione, in quanto in contrasto con il principio della consorsualità degli accessi nelle pubbliche amministrazioni.

Trattandosi di tutele predisposte per lavoratori dipendenti dell'appaltatore, le problematiche sono analoghe a quelle emerse per gli appalti privati, che saranno illustrate nel capitolo successivo.

²²¹ I. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori*, cit., p. 285. In giurisprudenza, tale possibilità è stata riconosciuta dall'orientamento maggioritario: Trib. Milano 18 novembre 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 226; Trib. Milano 27 maggio 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 483; Trib. Pavia 29 aprile 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 539, con nota di F. Capurro. Ma, in senso contrario si è espressa Corte app. Torino 26 settembre 2011, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, II, p. 536, con nota di G. CENTAMORE, *L'obbligazione solidale del committente negli appalti con la pubblica amministrazione*.

Capitolo III

Lavoro esternalizzato e appalto

SOMMARIO: 1. La fase della internalizzazione. – 2. Internalizzazione e divieto di somministrazione di manodopera. – 3. Le tutele dei lavoratori negli appalti cosiddetti endoaziendali: l'art. 3 della l. n. 1369/1960. – 4. L'abrogazione della l. n. 1369/1960 e la nuova disciplina degli appalti. – 5. La tutela dei lavoratori negli appalti di opere e servizi e nelle esternalizzazioni. – 6. La responsabilità solidale come unico strumento di tutela del lavoro esternalizzato.

1. *La fase della internalizzazione*

Con l'internalizzazione si realizza la fase, conclusiva del processo di esternalizzazione produttiva, che mira a riportare all'interno dell'impresa quanto è stato in precedenza esternalizzato. Normalmente, questo «contromovimento» comporta la creazione di un vincolo contrattuale con l'impresa che, nella fase precedente, ha ricevuto la disponibilità dei fattori della produzione del segmento esternalizzato¹. Mediante la stipulazione di questo secondo vincolo contrattuale, la cessionaria si obbliga quindi a fornire all'esternalizzante i servizi o i prodotti che prima erano gestiti direttamente da quest'ultima². Come ricordato nel cap. I, il contratto di appalto è senz'altro quello più diffuso, ma spesso le imprese si avvalgono di altre figure contrattuali, quali la fornitura, la vendita, la somministrazione.

¹ R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 49. Questa fase è emblematica della complessità semantica del termine esternalizzazione, che non implica soltanto uno spostamento all'esterno, ma anche, e contemporaneamente, «un mantenimento, una perdurante appartenenza» con l'oggetto dell'esternalizzazione.

² S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, Napoli, 1999, p. 139.

ne, il *franchising*³. La dottrina si esprime, in generale, in termini di «rapporti di fornitura», alludendo al fenomeno in cui le imprese tendono a specializzarsi in precise attività di trasformazione di beni e servizi forniti da altre imprese⁴.

Sotto il profilo lavoristico gli aspetti più interessanti sono emersi quando il vincolo contrattuale tra le due imprese realizza una forte integrazione tra i cicli produttivi, e riguarda attività che, pur gestite direttamente dalla seconda impresa, in realtà continuano ad essere svolte all'interno di quella che le ha esternalizzate. Tale schema ha mostrato subito una significativa interrelazione tra le due tematiche del trasferimento di ramo d'azienda e dell'interposizione. Attività che prima venivano realizzate direttamente dall'impresa esternalizzante, con la fase della esternalizzazione vengono affidate a soggetti specializzati, i quali acquistano anche la disponibilità dei fattori della produzione *ex art.* 2112 c.c., compresi i rapporti di lavoro afferenti alle funzioni dismesse. Attraverso il contratto commerciale, e segnatamente l'appalto, i dipendenti dell'appaltatore, acquisiti da quest'ultimo unitamente al ramo ceduto, continuano ad operare in favo-

³ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in ID. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, p. 1 ss., spec. p. 10. A fronte dell'estrema varietà delle tipologie contrattuali adottate, alcuni aspetti emersi nella prassi commerciale hanno anche trovato una disciplina legislativa, come nel caso del contratto di subfornitura: la l. n. 192/1998 definisce, infatti, la subfornitura come quel contratto in base al quale un'impresa si obbliga ad effettuare, per conto dell'impresa committente, lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime fornite dalla committente, ovvero a fornire prodotti o servizi destinati ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività produttiva della committente, in conformità a progetti o a conoscenze esecutive e tecnologiche o modelli e prototipi forniti dalla stessa. Sulla subfornitura, in generale, V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, Napoli, 1998; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Giuffrè, Milano, 1999; G. ALPA-A. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura*, Giuffrè, Milano, 1999; R. LECCESE, voce *Subfornitura*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., Aggiornamento*, Utet, Torino, 2000, p. 744; M. SALA CHIRI, *Subfornitura ed appalto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 219 ss. Ma si vedano anche i più recenti interventi legislativi in tema di distretti produttivi (la cui disciplina è stata modificata dalla l. n. 133/2008) e di contratto di rete (l. n. 33/2009), su cui, in generale, A. STANCHI, *Il trasferimento dell'entità economica nell'outsourcing. Arroccamento locale verso globalizzazione. Una chiave di lettura nella giurisprudenza comunitaria*, in *Lav. giur.*, 2010, p. 22 ss.; M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca di problemi*, in *Contratti*, 2009, p. 934; M. MAUGERI, *Reti di imprese e contratto di rete*, *ivi*, p. 957.

⁴ R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, cit., p. 49; L. CORAZZA, «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004.

re del datore di lavoro originario, spesso all'interno dei suoi locali, in stretta connessione, non soltanto spaziale, con le altre attività e con i dipendenti ad esse addetti. In queste ipotesi, di cosiddette esternalizzazioni *intra moenia*⁵, il lavoratore si ritrova di nuovo coinvolto nel ciclo produttivo dell'appaltante, a svolgere la stessa attività che prima eseguiva direttamente a suo favore, perfino nello stesso ambiente di lavoro, a stretto contatto con i precedenti colleghi.

Su questo versante si intersecano due delle conseguenze di maggiore impatto derivanti dalla riforma del mercato del lavoro del 2003. Il d.lgs. n. 276/2003, per un verso, ha riconosciuto nell'art. 32 il collegamento negoziale tra trasferimento di ramo d'azienda ed appalto, oggi contenuto nel comma 6 dell'art. 2112 c.c.; per l'altro, ha operato una complessiva riforma dell'interposizione, tramite l'integrale abrogazione della l. n. 1369/1960, nonché attraverso una profonda revisione della disciplina degli appalti.

2. Internalizzazione e divieto di somministrazione di manodopera

La normativa lavoristica si è tradizionalmente interessata della fase della internalizzazione con due obiettivi di massima⁶. In primo luogo, per definire, riguardo all'oggetto, i confini della internalizzazione lecita, attraverso una verifica della regolarità giuridica del contratto di appalto tra i due imprenditori, al fine di reprimere forme illecite di interposizione, consistenti nell'effettiva e diretta utilizzazione da parte dell'appaltante delle prestazioni di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore. In seconda battuta, per garantire idonei strumenti di tutela nei confronti di lavoratori che l'impresa esternalizzante ha dismesso, pur continuando ad avvalersi della loro collaborazione, mantenendone, sebbene in via mediata, il controllo sotto il profilo giuridico e spesso economico⁷.

⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 12.

⁶ O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 488.

⁷ Le sorti dei rapporti di lavoro transitati presso il cessionario-appaltatore possono risultare intimamente collegate allo svolgimento del contratto di appalto, soprattutto in regimi di monocommittenza, quando conclusosi il rapporto commerciale tra le imprese, i lavoratori addetti al ramo impiegato nell'appalto vengono licenziati, per ragioni atinenti al mancato rinnovo del contratto.

Il limite più forte alla stipulazione di contratti per l'affidamento a soggetti terzi di un'attività connessa alla produzione principale dell'impresa è consistito nel divieto di stipulare contratti di mera somministrazione di manodopera, contenuto nell'art. 1 della l. n. 1369/1960.

La disposizione vietava di affidare in appalto o in subappalto, o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro, mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario; nonché di assegnare ad intermediari, dipendenti, terzi o società lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori assunti e retribuiti da tali intermediari. Si considerava appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per l'esecuzione di opere o servizi, ove l'appaltatore impiegasse capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, anche se per tale impiego venisse corrisposto un compenso all'interponente (art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960).

La disciplina dunque colpiva un risultato, indipendentemente dalla forma negoziale assunta⁸ e rispondeva ad una generale esigenza di trasparenza nella titolarità del rapporto di lavoro, per evitare che chi usufruiva dell'utilità connessa all'uso di forza lavoro si sottraesse alle responsabilità connesse all'instaurazione di un rapporto di lavoro⁹. La violazione del divieto, peraltro, era punita oltre che con sanzioni di tipo penale, anche attraverso la costituzione del rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'effettivo utilizzatore¹⁰. Ciò spiega le ragioni che hanno portato la dottrina a ricercare, per tutta la vigenza della l. n. 1369/1960, criteri interpretativi che conducessero all'individuazione dell'esatto ambito di applicazione del divieto.

⁸ O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratti di lavoro*, cit., p. 310; S. SPANO, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 66.

⁹ G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano 1995, pp. 23 e 173; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1995, p. 626; P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 125 ss., spec. p. 160.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 5, comma 1, della l. n. 1369/1960, «i prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo sono considerati a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni». Sulla sorte del contratto di lavoro con l'interposto, sulle modalità operative della sanzione, e sul meccanismo formativo del rapporto con l'utilizzatore, O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratti di lavoro*, cit., p. 6 ss.; nonché, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti. Commento all'art. 2127 cod. civ.*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 126.

E' noto che, secondo l'orientamento prevalente, la fattispecie vietata veniva individuata mediante una lettura *a contrario* della norma, rispetto alla nozione di appalto di cui all'art. 1655 c.c.¹¹. La dottrina e la giurisprudenza, pertanto, avevano ritenuto che si realizzasse una fornitura di mere prestazioni di lavoro tutte le volte in cui si fosse accertata nell'interposto la carenza di una organizzazione aziendale, e di una gestione a proprio rischio¹². Nel caso di appalti con un ridotto apporto di mezzi materiali e capitali, quando l'organizzazione aziendale si risolve nell'organizzazione del lavoro, l'analisi si è più che altro concentrata sulla carenza nell'interposto di quel rischio di impresa, quale indice della mancanza di qualità di imprenditore nell'appaltatore¹³. L'orientamento è stato progressivamente perfezionato, e si è infine pervenuti alla soluzione, sostanzialmente univoca, per cui la natura realmente imprenditoriale dell'appaltatore rappresentava sicuramente un indice di valutazione nel giudizio sull'inesistenza di una fattispecie interpositoria¹⁴. Essa, però, non si è rivelata sempre decisiva: pertanto, sono stati considerati genuini appalti in cui, nel rapporto con il committente, l'appaltatore si sia comportato come un vero imprenditore, impiegando la propria organizzazione nell'adempimento di quel determinato appalto, e non limitandosi a svolgere il ruolo di mero fornitore di manodopera¹⁵. Analogamen-

¹¹ Per tutti, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 81; in giurisprudenza, Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 254, con nota di P. ALBI, *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari*.

¹² P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1997, p. 503; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 45. Per la sufficiente autonomia organizzativa e gestionale, consistente in una propria organizzazione di uomini e di mezzi e nell'assunzione del rischio di non coprire con i ricavi i costi dell'attività intrapresa, Cass. 23 aprile 1999, n. 4046, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, p. 247 e Cass. 13 luglio 1998, n. 6860, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 259. Insiste sull'assunzione del rischio L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 173. In giurisprudenza, Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337, cit., Cass. 19 dicembre 2002, n. 18098, in *Rep. Foro it.*, 2002, Lavoro (rapporto), n. 648. Per la presunzione assoluta prevista dall'art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960, quando capitali, macchine e attrezzature fossero di proprietà del committente, Cass. 16 settembre 1987, n. 7259, in *Foro it.*, 1988, I, c. 827. Ma, più recentemente, Cass. 13 febbraio 2004, n. 2852, in *Dir. giust.*, 2004, p. 110.

¹³ In giurisprudenza, Cass. 13 settembre 1997, n. 9144, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3223, con nota di A. BELLAVISTA, *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*.

¹⁴ Cass. 25 luglio 2003, n. 11545, in *Rep. foro it.*, 2003, Lavoro (rapporto), n. 849.

¹⁵ R. ROMEL, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2000, p. 368; P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi*, cit., p. 513. Esclude la legittimità di un contratto di appalto, risoltosi nella sostanziale intermediazione di manodopera, pur essendo l'appaltatore un imprenditore genuino, Cass. 29 agosto 2003, n. 12664, in *Dir. giust.*, 2003, p. 45.

te, si è ritenuto che l'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore, pur non avendo carattere decisivo, costituisca un elemento di fatto, per l'individuazione della natura imprenditoriale della prestazione¹⁶.

Era stato altresì escluso che l'affidamento a soggetti terzi di tutta o di una parte delle attività rivolte alla produzione dei beni o all'offerta dei servizi oggetto dell'attività imprenditoriale rientrasse di per sé nel divieto di cui all'art. 1 della l. n. 1369/1960¹⁷. Non, infatti, quando l'esternalizzazione preveda una collocazione di tali attività all'interno dello stabilimento dell'impresa esternalizzante, con una spiccata inerenza alla attività produttiva principale, considerato che l'art. 1 della l. n. 1369/1960 non ha mai articolato il divieto, sulla base della collocazione spaziale¹⁸ o della natura dell'attività¹⁹. Nello stesso senso si è concluso nel caso di un impiego continuativo del contratto d'appalto nell'organizzazione imprenditoriale, atteso che appalti continuativi o durevoli erano previsti dall'art. 5 della l. n. 1369/1960²⁰. Altrettanto si è detto nell'ipotesi in cui i dipendenti dell'appaltatore fossero intervenuti su prodotti già ultimati dall'impresa appaltante, poiché la presunzione di cui all'art. 1, comma 3, si riferiva ai mezzi produttivi, e non a beni di proprietà dell'appaltante²¹. Il di-

¹⁶ Optavano per il valore meramente indiziario dell'esercizio del potere direttivo R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 294; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 494; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 84. In giurisprudenza, Cass. 25 giugno 2001, n. 8643, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3109, con nota di A. M. PERRINO, *Trasferimento d'azienda e appalto di servizi: linee di un progressivo avvicinamento*. Ritene che si tratti invece del criterio ultimo per distinguere tra appalto ed interposizione, R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 47.

¹⁷ Si vedano sul punto le considerazioni di M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 24.

¹⁸ Pret. Torino 17 gennaio 1994, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 62, con nota di O. BONARDI, *Sui labili confini del divieto d'interposizione nelle prestazioni di lavoro*.

¹⁹ E. LORIGA, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 64; mentre, in giurisprudenza, Cass. 13 luglio 1998, n. 6860, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 259; Pret. Milano 29 dicembre 1998, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 499, con nota di O. BONARDI, *L'insofferenza dei giudici nei confronti del divieto d'interposizione: un caso in materia di cooperative di facchinaggio*; ma, sul punto, anche P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi*, cit., p. 515; F. SCARPELLI, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 43.

²⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia, ovvero la fabbrica «multisocietaria»*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 49 ss., spec. p. 63.

²¹ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 25.

vieto non colpiva, peraltro, né la predeterminazione delle caratteristiche del prodotto da parte del committente (l'autonomia imprenditoriale andava, infatti, accertata in relazione alla conduzione aziendale, all'organizzazione del lavoro, alla direzione del personale), né la quantificazione del corrispettivo in base alle ore lavorate o alla quantità di lavoro impiegato (si tratta in questo caso di una semplice modalità di determinazione del compenso che, solo se valutata unitamente ad altri indici, può deporre nel senso di un giudizio di illiceità)²². Al contrario, il divieto di cui all'art. 1 della l. n. 1369/1960 avrebbe colpito l'affidamento all'esterno di un'attività produttiva, qualora l'appaltatore, fosse o meno dotato di una sua organizzazione produttiva, non avesse agito nel contratto come un reale imprenditore, senza impegnare la propria struttura imprenditoriale e senza assumere il rischio di impresa, limitandosi a svolgere un mero ruolo di fornitore di manodopera²³.

Secondo le interpretazioni prevalenti, si sarebbe incorso nel divieto tutte le volte in cui il committente avesse escluso la libertà di gestione dell'appaltatore, ingerendosi nelle attività delegate, al punto di limitare l'attività di quest'ultimo ad una mera trasmissione di direttive altrui; ovvero nel caso in cui le interferenze nella gestione del personale si fossero spinte oltre una armonizzazione delle attività dell'impresa appaltante con quella appaltatrice, organizzando e dirigendo direttamente le prestazioni dei suoi dipendenti²⁴.

3. *Le tutele dei lavoratori negli appalti cosiddetti endoaziendali: l'art. 3 della l. n. 1369/1960*

Sotto il profilo delle tutele, in presenza di un genuino contratto di appalto, da svolgersi all'interno delle aziende, l'art. 3 della l. n. 1369/1960 garantiva ai dipendenti dell'appaltatore trattamenti almeno equivalenti a

²² Per l'irrelevanza di tale criterio, G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 55; in giurisprudenza, Cass., S.U., 21 marzo 1997, n. 2517, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3318; Cass. 9 agosto 1991, n. 8706, in *Notiziario giur. lav.*, 1992, p. 36.

²³ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 26. In giurisprudenza, Cass. 22 aprile 1997, n. 3456, in *Orient. giur. lav.*, 1997, p. 709 e Cass. 4 luglio 1996, n. 6092, in *Lav. giur.*, 1997, p. 75.

²⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia*, cit., p. 64 e R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 625, nonché i riferimenti giurisprudenziali da entrambi riportati.

quelli in uso presso l'appaltante, indipendentemente dall'attività dedotta nel contratto commerciale²⁵. Secondo un'opinione, l'appalto disciplinato dall'art. 3 della l. n. 1369/1960 costituiva una forma di appalto «regolato», in posizione intermedia tra gli appalti vietati (cioè i non appalti, aventi ad oggetto mere prestazioni di lavoro) e quelli «esterni», ai quali si applicava la sola disciplina codicistica²⁶. Fermo restando che, sotto il profilo strutturale, la fattispecie disciplinata dall'art. 3 presentava tutti gli elementi del contratto di appalto, è vero che la disposizione le aveva accordato una disciplina ulteriore e rafforzata rispetto a quella contenuta nel codice civile. Il legislatore del 1960, lungi dal censurare la peculiare forma organizzativa realizzata in questa tipologia di appalti, aveva però scelto di orientarla, imponendo un obbligo solidale e la parità di trattamen-

²⁵ Sulla disciplina contenuta nell'art. 3 della l. n. 1369/1960, D. NAPOLETANO, *Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti e nei servizi*, in *Riv. giur. lav.*, 1961, I, p. 22; ID., *Appalti di opere e di servizi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 855; A. CESSARI, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1961, I, p. 128; M. RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e di servizi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 855; S. SPANO, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 66; P. GENOVIVA, *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, in *Riv. giur. lav.*, 1978, I, p. 465; E. LORIGA, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., p. 131; P. CHIECO, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Utet, Torino, 1996, p. 307; P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 203; ID., *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 502.

²⁶ La disposizione ha dunque ampliato l'originario nucleo di tutele dei diritti dei lavoratori impiegati nello svolgimento di un appalto, contenuto nell'art. 1676 c.c., che attribuisce un'azione diretta ai dipendenti dell'appaltatore nei confronti del committente, con riferimento ai crediti vantati verso il proprio datore di lavoro, limitatamente alla minore somma fra quanto dovuto dal committente al momento della richiesta ed il credito retributivo da loro vantato verso l'appaltatore datore di lavoro. L'art. 1676 c.c., peraltro, contempla una specifica forma di tutela, già prevista nell'art. 1645 del codice del 1865, su cui F. BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 624; L. BARASSI, *Natura dell'azione contro il committente concessa dall'art. 1645 c.c.*, in *Foro it.*, 1913, I, c. 118. Essa però opera al di fuori del contratto di lavoro tra l'appaltatore e i suoi dipendenti. Sull'art. 1676 c.c., M. STOLFI, voce *Appalto*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 646; D. RUBINO-G. IUDICA, *Dell'appalto. Artt. 1655-1677*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1992, p. 496; D. RUBINO, *L'appalto*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, IV ed., Utet, Torino, 1980, p. 77; M. SANDULLI, *Sui diritti degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente*, in *Riv. giur. edilizia*, 1969, p. 22. In giurisprudenza, affrontano questioni centrali sui problemi applicativi sollevati dalla disposizione codicistica, Cass. 24 maggio 1978, n. 2580, in *Giur. it.*, 1979, I, c. 658; Cass. 10 luglio 1984, n. 4051, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1744; Cass. 19 ottobre 1954, n. 3870, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 388.

to, con l'evidente obbiettivo di condizionarne la convenienza economica. La tutela del lavoro quindi veniva indirettamente garantita, non attraverso la predisposizione di un divieto, ma tramite un appesantimento dei costi di un istituto considerato di per sé lecito²⁷. Il risultato perseguito era quello annullare il vantaggio economico del ricorso ad uno strumento utilizzato per realizzare processi di frammentazione del ciclo produttivo, volti al solo risparmio dei costi di produzione, attraverso l'impiego di forza lavoro sottratta al regime di tutele imposto per i dipendenti dell'impresa appaltante²⁸. Da altro punto di vista, il particolare regime contenuto nell'art. 3 della l. n. 1369/1960 aveva anche la finalità di predisporre un'adeguata forma di tutela per lavoratori che si trovavano ad eseguire l'oggetto dell'obbligazione all'interno di un'organizzazione produttiva appartenente non al proprio datore di lavoro, ma al committente. La responsabilità solidale e la parità di trattamento, allora, avrebbero trovato la loro spiegazione anche nella stretta integrazione del lavoratore dell'appalto con l'organizzazione dell'appaltante che si avvale delle sue prestazioni, e che non può che essere percepito come il datore di lavoro effettivo. Alla base della previsione si potrebbe, quindi, riscontrare un principio di carattere etico che ha spinto per l'opportunità che delle obbligazioni discendenti dall'impiego della forza lavoro rispondesse anche l'effettivo destinatario delle prestazioni, e che il dipendente dell'appaltatore godesse del medesimo trattamento spettante ai dipendenti del committente, in quanto parte integrante della stessa comunità di lavoro²⁹.

²⁷ G. GUAGLIANONE, *La disciplina degli appalti «introaziendali» ed il contenuto dell'obbligazione solidale*, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, cit., p. 125.

²⁸ M. DELL'OLIO, voce *Lavoro (intermediazione ed interposizione nel)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1992, p. 169. Sul punto, anche F. SCARPELLI, "Esterneizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 353 ss., spec. p. 366, secondo cui la *ratio legis* è stata quella di regolare rapporti tra imprese il cui ridotto tasso di autonomia sul mercato avrebbe prodotto effetti di sottotutela per i lavoratori.

²⁹ G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, Jovene, Napoli, 2004, p. 248 s. Per la concezione dell'impresa come «comunità di lavoro», F. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro nell'impresa*, in *Studi in onore di A. Asquini*, IV, Cedam, Padova, 1965, p. 1765; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 128; e, sia pure in senso critico, S. HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968, p. 184; R. SANTUCCI, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 165. L'aspetto "etico" della parità di trattamento è emerso anche durante il dibattito parlamentare che ha condotto alla emanazione della l. n. 1369/1960. Con riferimento agli esiti dei lavori della Commissione parlamentare di inchiesta, diffusamente, G. DE BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1512.

L'aspetto più discusso ha riguardato però l'individuazione della nozione di «interno delle aziende». Superata la concezione cosiddetta topografica³⁰, è prevalsa una lettura funzionale della locuzione, intesa come sinonimo di «appartenente al ciclo produttivo». La tesi, che è stata successivamente fatta propria dalla giurisprudenza³¹, è apparsa conforme all'obiettivo del legislatore del 1960 di proteggere i lavoratori soltanto da processi di segmentazione della struttura normale dell'impresa, che mirassero a scorporare funzioni appartenenti al suo normale ciclo produttivo, solitamente coincidenti con quelle svolte all'interno dello stabilimento o agli stabilimenti che fanno capo all'impresa³². L'appalto interno – cioè, «appartenente al ciclo produttivo» – doveva presupporre un inserimento continuo e duraturo del lavoratore nel complesso imprenditoriale di colui che si avvantaggiava concretamente delle sue prestazioni di lavoro³³. Tale la-

³⁰ E. LORIGA, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., p. 132.

³¹ All'indomani dell'approvazione della legge avevano sostenuto una lettura funzionale dell'art. 3, interpretato, peraltro, sistematicamente insieme all'art. 5 della l. n. 1369/1960, E. LORIGA, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., p. 152; M. RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e di servizi*, cit., p. 832; L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, cit., p. 180. Successivamente, anche M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 500 e P. CHIECO, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, cit., p. 367.

³² P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. I, in *Tratt. dir. civ. Cicu e Messineo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 505. In giurisprudenza, Corte cost. 9 luglio 1963, n. 120, in *Mass. Giur. lav.*, 1963, p. 276, con nota di E. LORIGA, *In tema di costituzionalità della nuova disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti di servizi*; Cass. 7 ottobre 1971, n. 2751, in *Mass. Giur. lav.*, 1972, p. 391, con nota di G. NICOLINI, *Ciclo produttivo dell'impresa e applicazione dell'art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369*. Ma già Cass. 3 ottobre 1970, n. 1790, in *Mass. Giur. lav.*, 1970, p. 471. Più recentemente Cass., S.U., 20 gennaio 1996, n. 446, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 705, con nota di D. CAGETTI, *Un problema in materia di appalto sempre più difficile da risolvere: che cosa è interno e che cosa è esterno all'impresa?*; Cass. 23 febbraio 1998, n. 1924, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 2677, con nota di P. CAMPANELLA, *Appalto lecito di opere e servizi ed eccezioni al regime della solidarietà: il caso degli appalti per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti*.

³³ Il criterio dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione del committente, conseguentemente, portava ad escludere dalla disciplina dell'appalto interno il lavoratore che esercitasse la propria attività a favore di più committenti. Tale conclusione trovava conferma nell'art. 5 della l. n. 1369/1960. Le ipotesi di esclusione dalla disciplina degli appalti interni, infatti, presentavano la caratteristica comune della mancanza dell'elemento dell'integrazione del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale del committente. Sul punto, anche L. CORAZZA, *Appalti "interni" all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, nota a Cass. 26 giugno 1998, n. 6347, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, p. 848, e F. SCARPELLI, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit., p. 92.

voratore si sarebbe infatti ritrovato in una posizione del tutto peculiare, in quanto inserito, contemporaneamente, in due distinte strutture imprenditoriali: quella dell'appaltatore, cui risultava legato dal vincolo della subordinazione e quella del committente, in via indiretta, perché coinvolto nel processo volto alla realizzazione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto, pur non intrattenendo con quest'ultimo alcuna relazione contrattuale diretta³⁴. Questa circostanza avrebbe giustificato la particolare e rafforzata tutela prevista dall'art. 3 della l. n. 1369/1960.

Venivano sottratti al predetto regime gli appalti relativi alle attività contemplate nell'art. 5 della legge medesima, sottoposte al trattamento di minore favore disciplinato dall'art. 1676 c.c.³⁵.

Ad eccezione di alcuni aspetti collegati alla natura della responsabilità solidale prescritta dall'art. 3, la cui qualificazione non è stata particolarmente problematica³⁶, molto più complessa si è rivelata l'individuazione del suo contenuto.

La disposizione riconosceva, ai soli lavoratori dell'appaltatore coinvolti nell'appalto, il diritto ad un trattamento minimo inderogabile di natura retributiva, ed un trattamento normativo, in ogni caso non inferiore a quelli spettanti ai dipendenti dell'appaltante. In giurisprudenza, dopo l'in-

³⁴ G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, cit., p. 260, secondo cui, in ultima istanza, era questo il criterio idoneo a distinguere tra le fattispecie descritte dagli artt. 1 e 3 della l. n. 1369/1960. Nella prima, infatti, il prestatore di lavoro dipende solo formalmente dall'interposto e risulta inserito esclusivamente nell'organizzazione dell'interponente, verso cui manifesta una situazione di debolezza e soggezione. Questa situazione stava alla base del principale effetto della disposizione e, cioè, la dichiarazione di un rapporto di lavoro in capo all'effettivo utilizzatore della prestazione. Nella seconda, la semplice integrazione nella struttura organizzativa del committente avrebbe giustificato, invece, il diverso regime della responsabilità solidale e della parità di trattamento.

³⁵ Su cui, A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *Mass. Giur. lav.*, 1962, p. 278, spec. p. 281; P. CHIECO, *Potere dell'imprenditore e decentramento produttivo*, cit., p. 367; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 500. In giurisprudenza, sull'ambito di applicazione di tale ultima disposizione, Cass. 8 febbraio 1993, n. 1520, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 101, con nota di L. CALAFÀ, *Contrasto in Cassazione sulla nozione di manutenzione straordinaria e installazione di impianti e macchinari nel campo della telefonia*; Cass. 12 marzo 1986, n. 1684, in *Foro it.*, 1987, I, c. 896.

³⁶ Secondo alcuni, da qualificarsi come una forma di accollo *ex lege*: A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro*, cit., p. 281; *contra* L. GUAGLIONE, *La disciplina degli appalti «introaziendali»*, cit., p. 139. Secondo altri, come obbligazione solidale ad interesse unisoggettivo: M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 532; M. RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e servizi*, cit., p. 871.

tervento della Corte Costituzionale³⁷, è prevalsa la tesi per cui per il trattamento che la legge estende ai dipendenti dell'appaltatore è irrilevante la fonte, che può essere sia legale, sia contrattuale. Sicché, in dottrina, si è discusso sull'esatta interpretazione del riferimento al trattamento economico e normativo. Secondo un'opinione, sarebbe stato possibile adottare una nozione onnicomprensiva dell'intero statuto di cui godono i dipendenti dell'appaltante, ivi compresa la disciplina contro il licenziamento illegittimo, a prescindere dal requisito dimensionale dell'impresa appaltatrice³⁸, e quella in tema di diritti sindacali³⁹. Con specifico riferimento al trattamento economico, l'art. 3, l. n. 1369/1960 prescriveva che i dipendenti dell'appaltatore non potessero ricevere un trattamento inferiore a quello di cui godono i dipendenti dell'appaltante. Qui il problema ha riguardato la similitudine delle mansioni o dei profili professionali, come condizione di operatività del precetto⁴⁰.

Il terzo comma dell'art. 3 della l. n. 1369/1960, infine, disponeva che appaltante e appaltatore fossero tenuti all'adempimento degli obblighi derivanti dalla legge di previdenza e assistenza⁴¹. Mentre l'obbligazione di sicurezza per i lavoratori implicati in un appalto è stata disciplinata dall'art. 7 del d.lgs. n. 626/1994⁴², oggi sostituito dal d.lgs. n. 81/2008⁴³.

Quindi, nel quadro legale antecedente alla riforma del 2003, ai lavoratori addetti al ramo ceduto *ex art.* 2112 c.c., coinvolti nel successivo appalto per l'esecuzione di un'opera o di un servizio da svolgere a favore ed al-

³⁷ Corte cost., 9 luglio 1963, n. 120, cit.

³⁸ L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, cit., p. 179. Di diverso avviso, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 526 e G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 146.

³⁹ G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 146; per l'esercizio del diritto di assemblea nei locali dell'appaltante, Pret. Milano 26 aprile 1973, in *Foro it.*, 1973, I, c. 2625; Trib. Milano 4 aprile 1974, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3541.

⁴⁰ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 527. Sul punto, anche M. MARIANELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., pp. 182 e 183.

⁴¹ Con riferimento al termine di decadenza entro cui l'ente di previdenza e i lavoratori potevano pretendere il pagamento della contribuzione, A. SGROI, *Appalto di opere e servizi, riscossione dei contributi previdenziali e applicazione del termine annuale di decadenza*, in *Informazione prev.*, 2001, p. 653.

⁴² F. FOCARETA, *Responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *Quaderni dir. lav. e rel. ind.*, 1994, p. 139; L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997; A. TAMPIERI, *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, Giappichelli, Torino, 1999.

⁴³ Cfr. P. PASCUCCI, *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Aras Edizioni, Pesaro Urbino, 2011.

l'interno dell'impresa esternalizzante, sarebbe stata applicata la disciplina contenuta nell'art. 3 della l. n. 1369/1960, con il riconoscimento della duplice garanzia della responsabilità solidale e della parità di trattamento.

4. *L'abrogazione della l. n. 1369/1960 e la nuova disciplina degli appalti*

Rimasta in vigore per più di quarant'anni, la l. n. 1369/1960, infine, è stata sottoposta ad una radicale revisione, con l'obiettivo, manifestato da una parte della dottrina sensibile alle esigenze delle imprese, di ridimensionare la portata dei divieti collegati ad una disciplina che, interpretata rigidamente, si era mostrata obsoleta rispetto ad un contesto economico di cui si erano evoluti gli elementi portanti⁴⁴. Il metodo prescelto è stato quello di introdurre elementi di flessibilità nella gestione del rapporto di lavoro, fino al superamento della valutazione negativa della somministrazione, nel quadro di un generale ripensamento del più tradizionale modello di tutela del lavoro fino a quel momento adottato⁴⁵.

Le ragioni che stanno alla base dell'introduzione di un nuovo regime in tema di appalto di servizi e di somministrazione di lavoro sono illustrate nella relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 276/2003. Il riferimento è ai rilevanti processi di riorganizzazione aziendale e di ristrutturazione, alla luce dei quali le imprese italiane devono potere competere con le imprese di altri paesi sulla base di normative analoghe. Fermo restando, pertanto, il rispetto dei diritti dei lavoratori, si è inteso incidere sulla «soppressione di tutte quelle norme obsolete, proprie di un sistema di produzione e organizzazione del lavoro oggi superato, finalizzate esclusivamente all'obbiettivo di irrigidire in sé e per sé l'uso della manodopera, anche laddove non esistano istanze di tutela del lavoro».

Le più fondate critiche a tale impostazione hanno riguardato la superfluità dell'intervento legislativo, nella direzione appena accennata, a causa dell'esistenza di correttivi della l. n. 1369/1960 che, già elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, si erano rivelati idonei ad aggiornare il di-

⁴⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 15; P. TOSI, *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1991, p. 662.

⁴⁵ P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., p. 270; R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia, ovvero la fabbrica «multisocietaria»*, cit., p. 59.

vieto d'interposizione, rendendolo compatibile con schemi organizzativi e produttivi più moderni⁴⁶.

Il legislatore, quindi, nell'abrogazione della l. n. 1369/1960, non avrebbe tenuto conto del fatto che le normative coinvolte dai nuovi processi di frammentazione del ciclo produttivo avevano subito evoluzioni interpretative che ne avevano consentito applicazioni più flessibili, nei confronti di forme di organizzazione della produzione e del lavoro attuali⁴⁷.

Tanto la giurisprudenza comunitaria quanto quella nazionale in tema di appalti interni di servizi – così come in tema di trasferimento d'azienda, come si è visto nel cap. II – avevano da tempo ammesso una nozione dematerializzata di azienda in modo da autorizzare trasferimenti di imprese leggere, ed appalti interni di servizi con solo apporto di personale⁴⁸.

La giurisprudenza nazionale, quindi, era giunta a ritenere leciti appalti a bassa densità di capitale e, perfino, appalti di sola manodopera, sulla base dell'esistenza di un'attività di coordinamento organizzativo da parte dell'appaltatore, con gestione a proprio rischio⁴⁹.

Anche in dottrina era stato osservato che il comma 3 dell'art. 1 della l. n. 1369/1960 non poneva ostacoli testuali ad una applicazione estensiva nei confronti di appalti dematerializzati. La disposizione, pur escludendo la liceità di casi in cui l'appaltatore avesse utilizzato capitali, attrezzature o impianti di proprietà dell'appaltante, nulla specificava in merito all'ipotesi diversa in cui l'appaltatore non avesse impiegato alcuno strumento di produzione proprio ed avesse esaurito il proprio contributo imprenditoriale nell'organizzazione di beni immateriali e del fattore umano⁵⁰.

⁴⁶ I. ALVINO, *Profili problematici della distinzione tra appalto e somministrazione nella recente giurisprudenza*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 20 ss., con specifico riferimento alle applicazioni giurisprudenziali in tema di servizi connessi all'informatica e, segnatamente, alle *software houses*.

⁴⁷ A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti d'azienda*, in *www.cgil.it*, 2003, p. 2.

⁴⁸ Si veda per tutte Corte giust. 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suez*, in *Racc.* 1997, p. 1259 e, nella giurisprudenza nazionale, Cass. 20 agosto 1992, n. 9706, in *Notiziario giur. lav.*, 1992, p. 856, nonché Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2278.

⁴⁹ Cass., S.U., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro it.*, 1992, I, c. 523, con nota di F. SCARPELLI, *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante «obiter dictum» della Cassazione sul ruolo del «know-how» di impresa*; in senso conforme, Cass. 31 dicembre 1993, n. 13015, in *Dir. e prat. lav.*, 1994, p. 814. Nel caso in cui le prestazioni lavorative offerte non fossero particolarmente qualificate, allora sarebbe stato necessario e sufficiente verificare l'esistenza di un risultato utile, aggiuntivo rispetto all'attività in sé. In questo senso, Trib. Roma 12 dicembre 1997, in *Lav. giur.*, 1997, p. 210.

⁵⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 167.

Secondo l'orientamento più recente, quindi, la dizione «con organizzazione dei mezzi necessari [per] il compimento di un servizio» di cui all'art. 1655 c.c. non avrebbe comportato più l'esistenza necessaria, in capo, all'appaltatore, di macchine e attrezzature, richieste invece nella precedente lettura dell'art. 1 della l. n. 1369/1960. Sarebbero, cioè, bastate le sole componenti immateriali, qualora l'oggetto dell'appalto si fosse limitato, in ragione delle sue caratteristiche e alla tecnologia corrente, alle medesime⁵¹.

Sicché, se la giurisprudenza della Cassazione aveva già affermato la liceità di appalti di opere e di servizi che, pur espletabili con mere prestazioni di manodopera, costituiscono un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore⁵², la ridefinizione normativa dell'appalto non ha arrecato innovazioni sostanziali, rispetto ad una definizione giurisprudenziale, invero, da tempo ritenuta prevalente⁵³.

Il dibattito successivo al d.lgs. n. 276/2003, pertanto, si è orientato verso la valutazione dell'idoneità degli strumenti che, nel nuovo quadro legale, presidiano le tutele del lavoro somministrato⁵⁴. In linea di massima,

⁵¹ A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda*, cit., p. 7. Si è trattato, quindi, di una evoluzione analoga a quella che ha riguardato l'art. 2112 c.c. (su cui, *supra*, cap. II), reso anch'esso adattabile alle nuove frontiere del terziario e dell'impresa frammentata. Va ricordato che nelle applicazioni più recenti, l'articolo ha consentito «lo scorporo dell'originaria azienda e la filiazione di un ramo immateriale, che per essere connotato dalla tecnicità delle maestranze addette consentiva, nella nuova veste distaccata, una allocazione più efficiente delle risorse, in termini di riorganizzazione del lavoro, di resa produttiva e di ampliamento della gamma della committenza».

⁵² Cfr., per tutte, Cass. 21 maggio 1998, n. 5087, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 252 ss., con nota di M.T. CARINCI, *La distinzione fra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedano una rilevante strumentazione materiale*. Da ultimo, anche Cass. 29 agosto 2003, n. 12664 e Cass. 22 agosto 2003, n. 12363, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 48 ss., con nota di L. CALCATERA, *Interposizione e appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma*.

⁵³ A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda*, cit., p. 7.

⁵⁴ Su cui oggi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2008/104/CE, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, è intervenuto il d.lgs. n. 24/2012. In tema di somministrazione, soprattutto all'indomani della riforma del mercato del lavoro, l'intervento della dottrina è stato molto intenso. Senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano M.T. CARINCI, *La tutela dei lavoratori negli appalti di servizi*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 198; L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, in WP. C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» - 12/2004; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti, dopo il decreto legislativo*

tende a prevalere l'idea che il sistema legale preveda ancora una contrapposizione tra interposizione illecita, da una parte, e somministrazione, appalto e distacco, dall'altra, e che persista anche nel mutato contesto normativo un generale divieto di interposizione nel rapporto di lavoro subordinato⁵⁵.

Secondo l'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, «il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la 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 per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa»⁵⁶.

Pertanto, in base ad una prima lettura della disposizione, normalmente occorrono i «mezzi», e cioè le macchine e le attrezzature di proprietà

276/2003, Cacucci, Bari, 2004, p. 146 ss.; O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, p. 113; M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 103 ss.; F. BASENGHI, *La somministrazione irregolare e fraudolenta. Commento agli artt. 27 e 28*, in L. Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro (Artt. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 301; F. SANTONI, *Nuovi lavori e tipo contrattuale*, in *Dir. merc. lav.*, 2004, p. 51 ss.; M. RICCI, *La somministrazione di lavoro dopo la riforma*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 607; F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 411; L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 93/2009*.

⁵⁵ L'opinione è sostanzialmente unanime: ma, in particolare, O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 274, e, da ultimo, M.T. CARINCI, *Il concetto di appalto rilevante ai fini delle tutele giuslavoristiche e la distinzione da fattispecie limitrofe*, in M.T. Carinci-C. Cester-M.G. Mattarolo-F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 2011, p. 3 ss. In giurisprudenza, per tutte, Cass., S.U., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1011, con nota di M.T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, poteri, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*.

⁵⁶ Sulla distinzione fra appalto e somministrazione di lavoro è intervenuta la Circolare del Ministero del lavoro, n. 5 dell'11 febbraio 2011, che ribadisce principi ormai consolidati in dottrina e giurisprudenza, su cui P. RAUSEI, *Il lavoro negli appalti: linee guida ministeriali*, in *Dir. e prat. lav.*, *Inserito*, 2011.

dell'appaltatore⁵⁷ mentre, in via eventuale, con riferimento allo specifico servizio dedotto nel contratto, questi possono essere sostituiti dall'esercizio di un potere organizzativo e direttivo⁵⁸.

Un ruolo fondamentale nell'indagine per la sussistenza di un reale contratto di appalto sarà svolto, quindi, dall'elemento organizzativo, che può consistere anche in una combinazione di beni immateriali, come ad esempio un particolare complesso di conoscenze tecniche specialistiche, e di persone. Il che sarà certo più riscontrabile negli appalti di attività che richiedano conoscenze tecniche complesse; ma anche in quelli che si basino su attività più semplici, occorrerà che l'appaltatore svolga l'attività mediante un'organizzazione produttiva, anche semplice, attraverso la quale l'attività dei lavoratori non si esaurisca nelle mansioni svolte, ma fornisca un valore produttivo maggiore all'impresa committente⁵⁹. Naturalmente in questi casi l'indagine sull'esistenza di un rapporto di subordinazione diretta tra committente e lavoratori assunti dall'interposto potrebbe acquisire un peso decisivo⁶⁰. Poiché, infatti, qui l'impresa consiste, prevalentemente, se non esclusivamente, nell'organizzazione di lavoro altrui, occorre accertare chi abbia concretamente esercitato l'attività di direzione, di programmazione e di coordinamento, attraverso quegli stessi indici impiegati per la sussistenza della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.⁶¹.

⁵⁷ Per la possibilità che i «mezzi» siano anche forniti dall'appaltante, purché la responsabilità rimanga in capo all'appaltatore e purché tale circostanza non determini un'inversione del rischio di impresa, TAR Lombardia 13 novembre 2008, n. 1627, in *Forum amm.*, TAR, 2008, p. 2984.

⁵⁸ P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 3 ss., per il quale, tuttavia, tale potere organizzativo e direttivo deve prevedere anche un supporto scientifico e tecnologico. Un potere organizzativo di tipo elementare, invero, non potrebbe essere un idoneo surrogato dei «mezzi» richiesti dalla prima parte della disposizione normativa.

⁵⁹ L. CALCATERRA, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, cit., p. 127; A. MARESCA-I. ALVINO, *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, in V. Cufaro (a cura di), *Il contratto di appalto privato*, in E. Gabrielli-P. Rescigno (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2011, p. 405 ss. In giurisprudenza, Cass. 28 marzo 2011, n. 7034, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 475 e Cass. 19 marzo 2010, n. 6726, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 400.

⁶⁰ M.T. CARINCI, *La distinzione fra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedano una rilevante strumentazione materiale*, cit., p. 254.

⁶¹ In questo senso già R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 625.

5. La tutela dei lavoratori negli appalti di opere e servizi e nelle esternalizzazioni

Se, come s'è visto, il legislatore del 2003 si è soltanto limitato a recepire, sul piano definitorio, la nozione di appalto di servizi alla quale si era comunque pervenuti per via interpretativa, la vera novità introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 non sta tanto nella definizione dell'istituto, quanto nella disciplina dei suoi effetti.

Sul punto, la relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 276/2003 aveva manifestato l'obbiettivo di «modernizzare il quadro degli strumenti giuridici che presidiano il governo dei processi di *outsourcing*, incentivando forme di innovazione e di riorganizzazione delle imprese capaci di provocare ricadute sul piano della competitività e, di conseguenza, anche sul piano occupazionale». Con l'abrogazione della l. n. 1369/1960 (art. 80, d.lgs. n. 276/2003), è conseguentemente venuto meno, per i dipendenti dell'appaltatore, il diritto ad «un trattamento non inferiore a quello spettante ai lavoratori dipendenti» dall'imprenditore appaltante, per tutti gli appalti «da eseguirsi nell'interno delle aziende». Per costoro, quindi, ai sensi del comma 2 dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, opera il solo regime di responsabilità solidale tra committente e appaltatore, per i trattamenti retributivi e contributivi dovuti (su cui, *infra*, § 6), entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto⁶². Tale regime era stato inizialmente previsto per le sole ipotesi di «appalto di servizi». Dopo il d.lgs. n. 251/2004, esso è stato esteso anche ai casi di appalti di opere. L'art. 1, comma 911, della l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007), ha previsto la responsabilità solidale anche in ipotesi di eventuali subappalti⁶³.

L'eliminazione della parità di trattamento è stata fortemente criticata in dottrina poiché, dietro la pretesa modernizzazione degli strumenti giuridici che presidiano i fenomeni di esternalizzazione, si sarebbe celato l'unico obiettivo di ridurre i costi di produzione.

L'applicazione di tale principio – unitamente alla solidarietà passiva che legava appaltante ed appaltatore ai fini della corresponsione delle retri-

⁶² L'originario limite di un anno è stato portato a due dalla l. n. 296/2006. Su tale termine Trib. Milano 22 dicembre 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 211.

⁶³ M.T. CARINCI, *Appalti pubblici e privati: modelli organizzativi e di tutela*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 6 ss., secondo cui la previsione avrebbe ampliato notevolmente la platea dei soggetti responsabili, rafforzando significativamente la posizione del lavoratore che vede accrescere le probabilità di avere soddisfatto il proprio credito.

buzioni ai dipendenti coinvolti da un appalto interno – aveva rappresentato una indiscutibile garanzia di invarianza del costo del lavoro. Ed aveva agito quale meccanismo frenante di esternalizzazioni, operate sotto forma di trasferimenti di ramo d'azienda meramente fittizi o di comodo, seguiti da contratti di appalto in esclusiva. Dopo il 2003, la frammentazione del ciclo produttivo ed il connesso ricorso a fornitori esterni, possibilmente svincolati dall'obbligo di applicazione dei contratti collettivi ai propri dipendenti, offrono finalmente costi del lavoro più convenienti rispetto a quelli di una gestione diretta.

All'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, infatti, rinvia l'ultimo comma dell'art. 2112 c.c., introdotto dall'art. 32 del medesimo decreto: «nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art. 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276»⁶⁴.

Non v'è dubbio, pertanto, che tutte le volte in cui il cessionario non applichi il contratto collettivo del cedente e presenti, come spesso accade, una soglia dimensionale inferiore ai limiti legali per l'applicazione di discipline più garantistiche, inevitabilmente la doppia operazione negoziale avrà realizzato un'indiscutibile riduzione del costo del lavoro. Non

⁶⁴ Va ricordato che l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 aveva originariamente disposto l'applicazione del regime di solidarietà tra appaltante (alienante) e appaltatore (acquirente), nei confronti dei dipendenti di quest'ultimo, entro i ristretti limiti di cui all'art. 1676 c.c. La primissima versione dell'art. 32, quindi, era stata interpretata come una ridefinizione al ribasso del regime della solidarietà. Il d.lgs. n. 251/2004 ha successivamente corretto il rinvio all'art. 1676 c.c., sostituendolo con il rinvio all'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003. E' stata così sostanzialmente abolita la differenza di trattamento tra gli appalti successivi ad un trasferimento di ramo d'azienda e gli altri appalti. Sul punto va anche segnalata, in giurisprudenza, Trib. Salerno 21 gennaio 2012, inedita a quanto consta, che ha sollevato la questione di illegittimità dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, per violazione dell'art. 76 Cost., in quanto «esorbitante la delega», contenuta nel punto p), n. 3 della l. n. 30/2003 (che aveva limitato il particolare regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore nei casi di appalto connesso a cessione di ramo d'azienda, a quello di cui all'art. 1676 c.c.). Per le interpretazioni dell'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 251/2004, P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 147; C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., p. 271; A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti di azienda*, cit., p. 17; S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., p. 703; C. CHISARI, *Cessione di ramo d'azienda, appalto, solidarietà*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 589; M.T. SALIMBENI, *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori*, *ivi*, p. 605.

sarà facile, pertanto, contestare applicazioni della disposizione che favoriscano o legittimino operazioni riorganizzative poste in essere con il solo scopo di conservare il medesimo risultato produttivo, ma a costi inferiori, e a scaricare i rischi e le responsabilità connessi alla titolarità dei rapporti di lavoro su soggetti imprenditoriali meno forti⁶⁵.

Sotto questo profilo, operazioni del genere avevano trovato meccanismi frenanti più rigidi nella l. n. 1369/1960. Si consideri quell'orientamento che ritiene applicabile l'art. 2112 c.c. anche al caso di cessione di un complesso di beni, non attualmente impiegati per l'esercizio di un'impresa, ma individuati come ramo d'azienda solo al momento del trasferimento (*supra*, cap. II, § 7). Per i lavoratori coinvolti nell'esternalizzazione, poi tornati a lavorare nell'impresa cedente per svolgervi un appalto, la l. n. 1369/1960 avrebbe svolto una duplice funzione. Intanto, avrebbe inciso sul controllo della fattispecie di cui all'art. 2112 c.c., in quanto il giudizio sulla liceità della esternalizzazione, globalmente considerata, sarebbe passato anche attraverso il filtro di cui all'art. 1 della l. n. 1369/1960⁶⁶. La stipulazione di un contratto di appalto a seguito di una cessione di ramo d'azienda avrebbe cioè rappresentato un «criterio ermeneutico» per l'interpretazione complessiva della legittimità dell'operazione economica realizzata dall'esternalizzazione⁶⁷. Qualora il cessionario-appaltatore avesse stipulato un contratto di appalto col cedente, avrebbe dimostrato di esercitare un'attività di impresa, proprio attraverso l'uso di quel complesso di beni fino ad allora solo potenzialmente idoneo all'esercizio di un'attività economica. Nel caso in cui quel complesso di beni non si fosse rivelato appagante sotto il profilo organizzativo, sarebbe scattato il regime sanzio-

⁶⁵ C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., p. 268 e P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 146 ss.

⁶⁶ R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, cit., p. 364; S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, cit., p. 401; sul punto, anche P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., p. 232.

⁶⁷ Anche la presunzione di interposizione contenuta nell'art. 1 della l. n. 1369/1960 agiva come limite legale alle esternalizzazioni, in quanto il divieto posto al committente di fornire all'appaltatore capitali, macchine ed attrezzature, nonostante i temperamenti adottati dalla giurisprudenza, consentiva che il committente cedesse previamente a titolo definitivo i beni all'appaltatore, ma escludeva che tali beni o l'intero ramo aziendale potessero essere forniti anche solo a titolo meramente obbligatorio, ancorché oneroso. Sul punto O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 82; A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 488; A. BENAGLIO, *La cessione di parte di azienda come "esternalizzazione"*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, p. 7 ss.

natorio di cui all'ultimo comma dell'art. 1 della l. n. 1369/1960, che avrebbe vanificato gli effetti dell'esternalizzazione⁶⁸.

In secondo luogo, qualora l'appalto fosse stato giudicato lecito, i lavoratori esternalizzati, comunque, avrebbero avuto diritto ad un trattamento analogo a quello dei dipendenti dell'impresa esternalizzante, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 1369/1960.

Prima del 2003 operava, quindi, una sorta di doppio filtro: l'esternalizzazione sarebbe stata lecita, se riguardante un'autonoma funzione aziendale, preesistente al trasferimento, ai sensi della versione precedente dell'art. 2112 c.c.; e se fosse stata propedeutica ad un appalto interno genuino, in quanto svolto con un adeguato apporto organizzativo, ai sensi della l. n. 1369/1960.

Il primo filtro sembra indiscutibilmente indebolito dalla nuova definizione di ramo d'azienda e, segnatamente, dalla soppressione del requisito della preesistenza. Il secondo rimane consegnato esclusivamente alla sopravvivenza del dato organizzativo, come requisito della liceità dell'appalto. Secondo l'opinione dominante, infatti, «l'incontrollata espulsione di frazioni di reparti o uffici tra loro non coordinati»⁶⁹ incontra un significativo ostacolo, per la fase dell'internalizzazione, nella nuova distinzione tra appalto e somministrazione illecita di lavoro, che l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 (ancora) individua nell'organizzazione di mezzi⁷⁰ e nel rischio

⁶⁸ Anche sotto il vigore del d.lgs. n. 18/2001, con il riconoscimento legale del requisito della preesistenza, era stata riconosciuta piena validità alla prima parte della ricostruzione. In effetti, l'art. 1 della l. n. 1369/1960 rappresentava ancora un utile strumento per operare una corretta valutazione del fenomeno esternalizzante, nel corso dello svolgimento dell'appalto, legittimo solo in presenza di una valida organizzazione, intesa quale combinazione di mezzi e persone (o anche di sole persone), e di una gestione di tale organizzazione a proprio rischio. Sul punto, R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, cit., p. 368, nonché le considerazioni di M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 131.

⁶⁹ L'espressione è di C. CESTER, *Trasferimento d'azienda, direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 88.

⁷⁰ O. MAZZOTTA, voce *Lavoro (intermediazione e interposizione)*, in *Dig. disc. privat., sez. comm., Aggiornamento*, Utet, Torino, 2009, p. 374; A. PERULLI, voce *Somministrazione e interposizione di manodopera*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 2008; P. BELLOCCHI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in *Dir. lav.*, 2005, I, p. 35; A. SALENTO, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2006, p. 441 ss.; I. ALVINO, *Profili problematici della distinzione fra appalto e somministrazione nella recente giurisprudenza*, cit., p. 22, che parla di «organizzazione de-materializzata». In giurisprudenza, per tutte, Cass., S.U., 26 ottobre 2006, n. 22910, cit.

di impresa⁷¹. Sicché, il “rientro” di mezzi e lavoratori privi di una vera identità economico-organizzativa tornerà ad essere sanzionato come mera somministrazione di lavoro, in quanto privo di una reale organizzazione imprenditoriale⁷². Va detto, però, che il criterio dell’organizzazione non sempre risulta dirimente, sia ove lo si identifichi con l’eterodirezione⁷³, sia se coincidente con la consistenza imprenditoriale dell’appaltatore⁷⁴. Tale circostanza è confermata anche dalla giurisprudenza più recente che, infatti, adotta criteri “sintomatici”⁷⁵, che conducono sovente a soluzioni altalenanti⁷⁶.

⁷¹ Con particolare riferimento alle attività *labour intensive* (marketing, pubblicità, ricerche di mercato, informatica), G. BURRAGATO, *Appalti, esternalizzazioni, trasferimenti di azienda: tendenze di inizio millennio*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 17, il quale però non esclude che siano state facilitate frammentazioni della componente personale del ciclo produttivo anche in relazione ad attività di contenuto professionale modesto (facchinaggio, guardiania ed attività operaie specializzate in vari settori, come ad esempio la carpenteria nell’edilizia).

⁷² P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 147, che infatti riconosce come oggi, «in termini espressi e più chiari di ieri», non sia più sufficiente solo dubitare dell’esistenza di un potere direttivo dell’imprenditore-appaltatore nei confronti dei suoi lavoratori, in quanto la sorte e la titolarità del rapporto di lavoro sono legate ad ulteriori valutazioni che attengono alla sfera dei rapporti commerciali, investendo il concreto coordinamento delle due organizzazioni a confronto.

⁷³ I limiti di tale criterio di distinzione tra appalto e somministrazione rinviano, in senso ampio, alla crisi del potere direttivo come criterio volto ad accertare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Tanto nel caso di attività che contemplino mansioni elementari, quanto nel caso in cui le attività si fondino su elevate professionalità, l’esercizio del potere direttivo incontra il limite dell’auto-organizzazione che inibisce costanti e penetranti poteri di direzione. Si veda, in giurisprudenza, Trib. Roma 7 marzo 2007, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 182, con nota di L. Valente, che ha negato la legittimità dell’appalto in una fattispecie in cui il ruolo dell’appaltatore si limitava ad organizzare i turni di lavoro; Trib. Pisa 10 luglio 2009, n. 268, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 3; Trib. Milano 5 febbraio 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 809, con nota di F. Chiantera.

⁷⁴ Come spia della liceità dell’appalto, l’esistenza di una struttura organizzata in forma di impresa facente capo all’appaltatore incontra anch’essa limiti consistenti quando si risolve in una struttura organizzativa di soli lavoratori che, tanto nel caso di attività elementari, quanto in quello di elevati livelli di professionalità richiesti dall’esecuzione dell’appalto, possono presentare un altissimo livello di auto-organizzazione.

⁷⁵ Su cui, diffusamente, I. ALVINO, *Profili problematici della distinzione fra appalto e somministrazione nella recente giurisprudenza*, cit., p. 23 e F. PIRELLI, *Appalto genuino e indici rivelatori*, in *Dir. e prat. lav., Inserto*, 2010, p. II. Tra gli altri, si considerano indici della natura illecita dell’appalto: la carenza di esperienza professionale dell’appaltatore nel settore dell’appalto, l’inesistenza di personale qualificato nell’organigramma dell’appaltatore, la similitudine di orario di lavoro fra dipendenti dell’appaltante e dell’appaltatore, la tendenza diffusa nella prassi a commisurare il prezzo dell’appalto al costo del lavoro sostenuto dall’appaltatore.

⁷⁶ I. ALVINO, *Profili problematici della distinzione fra appalto e somministrazione nella recente giurisprudenza*, cit., p. 23, che riporta il caso di una stessa fattispecie di appal-

In caso di appalto non genuino sono previste sanzioni civili e penali. La sanzione penale è stabilita dall'art. 18, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 276/2003. Per quanto riguarda la sanzione civile, ai sensi del comma 3-*bis* dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, «il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 c.p.c., notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo»⁷⁷. Il meccanismo è dunque analogo – almeno sotto il profilo degli effetti – a quello precedentemente disposto dall'art. 1, comma 5, della l. n. 1369/1960: nonostante la nullità del contratto di appalto, il contratto di lavoro rimane valido ed efficace, ma viene imputato all'utilizzatore. La sua disciplina subirà, quindi, le variazioni collegate alle caratteristiche del mutato datore di lavoro, quando queste operino come presupposti richiesti per l'applicazione della legge o del contratto collettivo.

6. *La responsabilità solidale come unico strumento di tutela del lavoro esternalizzato*

Superato positivamente il giudizio sulla liceità dell'operazione economica realizzata dalle imprese⁷⁸, con l'abrogazione della parità di trattamento, la tutela del lavoro esternalizzato rimane affidata al solo regime della responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore. Anche su questa forma di tutela, però, si registrano opinioni contrastanti.

Come esplicitato dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 276/2003, la previsione di tale regime avrebbe anche lo scopo di indurre

to affidato a società di *call center*, risolta in maniera diametralmente opposta dai giudici di uno stesso foro: Trib. Roma 7 marzo 2007, cit. e Trib Roma 16 dicembre 2008, inedita a quanto consta.

⁷⁷ Con riferimento al regime delle decadenze introdotto dalla l. n. 183/2010, F. SCARPELLI, *Il nuovo regime delle decadenze*, in O. Mazzotta (a cura di), *Il diritto del lavoro dopo il "Collegato"*, JurisMaster, Montecastrilli, 2010, p. 53; M. LAMBERTI, *La somministrazione di manodopera dopo il collegato lavoro: spunti di riflessione*, in *Mass. Giur. lav.*, 2011, p. 118.

⁷⁸ Per l'applicabilità del divieto di frode alla legge al tema degli appalti, in relazione all'attuale quadro legislativo, in cui manca un espresso divieto di interposizione, ed alla sua rinnovata rilevanza pratica, come tecnica di controllo delle scelte organizzative dell'imprenditore, che non possono essere più parametrate ad un esplicito divieto di legge, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, p. 252.

gli operatori economici a scegliere partner commerciali affidabili, per evitare di incorrere nella responsabilità solidale⁷⁹. Si tratta di una forma di responsabilità oggettiva e questo, secondo alcuni, potrebbe, al contrario, spingere l'appaltante a preventivare tale costo, risparmiandolo *ab origine*, con la scelta di appaltatori, magari meno rispettosi delle regole, ma che offrano prezzi più competitivi. Tuttavia, sul ruolo di meccanismi di esonero da responsabilità, derivanti dall'introduzione di forme di responsabilità per colpa *in eligendo* o *in vigilando*, la dottrina non è concorde⁸⁰. Si segnala come controlli sul rispetto delle regole sarebbero assolti solo da imprese di grandi dimensioni, risolvendosi, negli altri casi, in un inutile adempimento burocratico, insufficiente, peraltro, per gli appalti esterni, svolti in luoghi di esclusiva pertinenza dell'appaltatore⁸¹.

Quanto al contenuto della responsabilità solidale, va detto che essa riguarda i soli crediti retributivi e contributivi. L'art. 21 del d.l. n. 5/2012, nel testo coordinato con la legge di conversione n. 35/2012, recante «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo», ha peraltro modificato l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, precisando che nel trattamento retributivo devono essere comprese le quote di trattamento di fine rapporto; che, oltre ai contributi previdenziali, vanno corrisposti i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione dell'appalto; che, invece, rimane escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili, per cui risponde il solo responsabile dell'inadempimento⁸².

E' vero che il sistema ha registrato una tendenza ad una maggiore corresponsabilizzazione delle imprese che facciano parte del medesimo ciclo

⁷⁹ Sostiene la funzione moralizzatrice del regime di responsabilità solidale, M.T. CARINCI, *Appalti pubblici e privati: modelli organizzativi e di tutela*, cit., p. 9.

⁸⁰ In questa direzione erano orientate alcune norme della l. n. 248/2006 (cosiddetto Decreto Bersani), ora abrogate dalla l. n. 129/2008, che consentivano l'esonero dalla responsabilità solidale dell'imprenditore diligente nel verificare l'esatta esecuzione da parte del subappaltatore di un complesso di adempimenti di natura fiscale, previdenziale e assicurativa. Rileva come la disciplina giuslavoristica degli appalti sia fortemente condizionata dalla valutazione politica del decentramento produttivo espressa dalle diverse maggioranze parlamentari che si sono avvicendate, a partire dal d.lgs. n. 276/2003, e che per questo essa è stata oggetto di ripetuti interventi di riforma e di continui aggiustamenti, L. IMBERTI, *Il trattamento economico e normativo*, in M.T. Carinci-C. Cester-M.G. Matarolo-F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, cit., p. 63.

⁸¹ M.T. CARINCI, *Appalti pubblici e privati: modelli organizzativi e di tutela*, cit., p. 9.

⁸² E. MASSI, *Semplificazioni: le novità in materia di lavoro*, in *Dir. e prat. lav.*, 2012, p. 535 ss.; M.R. GHEIDO-A. CASOTTI, *Semplificazioni in materia di lavoro*, *ivi*, 2012, p. 603 ss.

produttivo⁸³ e che questa tendenza legislativa è stata percepita come un contrappeso all'accrescimento delle possibilità di frammentare l'impresa e di dissociare la titolarità del rapporto di lavoro dalla titolarità dei beni e dei capitali impiegati nel ciclo produttivo⁸⁴. Si tratta però di una responsabilità che può essere fatta valere solo per gli aspetti economici e che non investe anche gli aspetti normativi del lavoro esternalizzato⁸⁵. Il committente e i sub-committenti infatti non rispondono del licenziamento ingiustificato intimato dall'appaltatore o dal sub-appaltatore. Soprattutto, essi non possono essere considerati, in presenza di un appalto, come segmenti di un'unica struttura imprenditoriale, su cui calcolare la soglia dimensionale per le tutele legali, oppure per far valere l'obbligo di *repechage*, in caso di licenziamento per ragioni organizzative⁸⁶.

Il quadro si è ulteriormente complicato, dopo che l'art. 8 della l. n. 148/2011 ha previsto che «specifiche intese», realizzate dai contratti collettivi aziendali o territoriali, possono introdurre una regolazione di una pluralità di materie, tra cui «il regime della solidarietà negli appalti», «anche in deroga alle disposizioni di legge» che le disciplinano, nonché alle «relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di

⁸³ Riferisce di un medesimo «teatro lavorativo» in cui operano più imprese e più lavoratori, nel modello produttivo post – fordista, Cass. 7 gennaio 2009, n. 45, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, p. 342, con nota di S. VARVA, *Sull'obbligo di sicurezza in caso di esternalizzazioni*. Sul tema delle catene di appalti e della correlativa giungla, in generale, G. RICORDY, *Senza diritti*, Feltrinelli, Milano, 1990, p. 105 ss.

⁸⁴ L'art. 26, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008 prevede un regime di responsabilità solidale per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dell'appaltatore o del sub-appaltatore, non risulti indennizzato dai preposti enti previdenziali. Su tale regime, in generale, P. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, I, p. 895; L. IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: stato dell'arte, profili critici e proposte di riforma*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 28 ss.; G. LUDOVICO, *La responsabilità solidale dell'appaltante per i danni non indennizzati derivanti da infortunio e malattia professionale*, *ivi*, p. 35 ss.; D. IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti*, in *Lavoro e dir.*, 2008, p. 439 ss.; M. LAI, *Esternalizzazioni e sicurezza: l'appalto*, in *Dir. e prat. lav.*, 2007, p. 1991 ss.; I. MARIMPIETRI, *Appalto e sicurezza: le criticità del nuovo regime introdotto dal d.lgs. n. 106/2009*, in *Guida lav.*, 2009, p. 26 ss.

⁸⁵ La solidarietà riguarda tutto il credito retributivo (Trib. Milano 27 ottobre 2009, cit.) e contributivo (Trib. Venezia 21 gennaio 2010, inedita a quanto consta), ma è incerto in giurisprudenza se essa possa riguardare anche le somme dovute per il licenziamento illegittimo o per illegittima apposizione del termine. Esprimono soluzioni tra loro contrastanti Trib. Bologna 19 marzo 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2008, II, p. 516 e Trib. Venezia 21 gennaio 2010, cit.

⁸⁶ G. BURRAGATO, *Appalti, esternalizzazioni, trasferimenti di azienda: tendenze di inizio millennio*, cit., p. 19.

lavoro». Tale possibilità, anche se riferita a previsioni di contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni di datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, era stata contemplata nella originaria versione dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, ma era stata successivamente abrogata dall'art. 1, comma 911, della l. n. 296/2006. Si tratta di uno dei molteplici aspetti critici che investono l'art. 8 della l. n. 148/2011. Essi vanno ben oltre i dubbi che la dottrina aveva già manifestato nei confronti della facoltà derogatoria ad opera della contrattazione collettiva, prevista dalla precedente versione dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003⁸⁷, e che avevano indotto il legislatore a fare un passo indietro⁸⁸. La questione quindi va trattata come un aspetto del più ampio tema della compatibilità dell'art. 8, l. n. 148/2011 con il quadro normativo costituzionale e, talvolta, anche comunitario⁸⁹.

Altra questione investe invece l'ambito di applicazione oggettivo della responsabilità solidale. E' stato osservato come, tra le diverse forme giuridiche possibili che possa assumere l'integrazione tra le imprese, l'ordinamento giuridico abbia scelto di regolare il solo caso dell'appalto, tagliando fuori dal sistema delle tutele prescritte dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/03, tutta una serie di altre ipotesi tramite le quali, normalmente, l'impresa interagisce con altri attori economici⁹⁰. A queste differenti tipologie negoziali non sarebbe possibile estendere il regime di responsabilità soli-

⁸⁷ M.T. CARINCI-L. IMBERTI, *La tutela dei lavoratori negli appalti dopo il d.lgs. n. 251/2004*, in AA.VV., *"Il correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 90.

⁸⁸ In generale, sull'art. 8, l. n. 148/2011, F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 133/2011; A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 139/2012, p. 7 ss.; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 129/2011; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 132/2011. Con specifico riferimento alla responsabilità solidale negli appalti, P. ALBI, *La deroga al regime di solidarietà negli appalti*, Relazione tenuta al seminario di Bertinoro "All'inseguimento di un 'Sistema stabile ed effettivo': dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 della legge di conversione del D.L. n. 138/2011", Bologna, 26-27 ottobre 2011.

⁸⁹ P. ALBI, *La deroga al regime di solidarietà negli appalti*, cit.

⁹⁰ L. IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: stato dell'arte, profili critici e proposte di riforma*, cit., p. 30, con riferimento al franchising, alla fornitura, alla subfornitura, all'*engineering*, al noleggio, al trasporto, al *catering*, al rapporto di agenzia e, per altri profili, al lavoro prestato nei gruppi di impresa.

dale prescritto per il solo appalto, per via della riconosciuta natura eccezionale del principio, che non ne consente un'interpretazione estensiva⁹¹.

Alcuni correttivi alla tesi suddetta sono stati adottati dalla giurisprudenza di cui si segnala qualche pronuncia di merito che ha esteso la responsabilità solidale ad ipotesi limitrofe al contratto di appalto⁹². Si tratta di contratti commerciali differenti, riqualificati come appalti, in quanto consistenti nella fornitura o nel noleggio di materiale, cui erano state affiancate altre attività (di assistenza, consegna, detersione e riconsegna), ritenute prevalenti rispetto alle obbligazioni di dare, formalmente dedotte nel contratto commerciale⁹³.

Il tema, però, era già stato affrontato dalla dottrina, sotto il vigore della l. n. 1369/1960, con riferimento all'ambito di applicazione dell'art. 3, e le soluzioni erano state diverse. La tesi negativa si era basata sulla natura eccezionale della disposizione rispetto alla disciplina generale dell'appalto; essa pertanto non si sarebbe potuta estendere oltre gli ambiti della fat-

⁹¹ Trib. Venezia 30 novembre 1962, in *Dir. lav.*, 1963, II, p. 186; Trib. Pisa 7 luglio 1963, in *Dir. lav.*, 1964, II, p. 344.

⁹² A questa tendenza della giurisprudenza di merito si affianca anche l'attività di qualificazione svolta dai servizi ispettivi degli enti previdenziali, in cui si registra un particolare inasprimento dei criteri di riqualificazione come contratti di appalto di contratti commerciali diversamente nominati dalle parti, anche al fine di ottenere dal committente il pagamento dei contributi previdenziali. Ne dà conto L. IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: stato dell'arte, profili critici e proposte di riforma*, cit., p. 31.

⁹³ Trib. Milano 29 novembre 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 262. In senso analogo, Trib. Milano 27 ottobre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 1019, con nota di F. CAPURRO, *Sulla vis espansiva della nozione di appalto ai fini giuslavoristici* e Corte app. Milano 16 ottobre 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 212, con nota di A. PREMOLI, *Responsabilità solidale negli appalti e nei subappalti: evoluzione normativa e riflessi sui rapporti in essere*. In dottrina, rileva la necessità *de iure condendo* che si estendano regimi di responsabilità solidale a lavoratori coinvolti in altre tipologie negoziali diverse dall'appalto, M.T. CARINCI, *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, p. 161. Quanto al problema dell'estensione delle tutele previste per l'appalto, sotto il profilo soggettivo, ad altre tipologie di lavoratori, coinvolti in appalti e subappalti che non possano vantare un contratto di lavoro subordinato, esulando il tema dal presente lavoro, si rinvia a L. IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: stato dell'arte, profili critici e proposte di riforma*, cit., p. 31 e I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2007, p. 523 ss.

⁹⁴ A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro*, cit., p. 283; S. SPANO, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., p. 66. In giurisprudenza, Trib. Pisa 7 luglio 1963, in *Dir. lav.*, 1964, II, p. 344.

tispecie espressamente regolata⁹⁴. Secondo altri, la regola della responsabilità solidale si sarebbe potuta applicare anche ad altre ipotesi, sulla base di un principio di parità di trattamento a parità di mansioni⁹⁵, che però nel sistema privatistico è ritenuto non esistente, considerato che la Costituzione lo riconosce solo per il caso del lavoro dei minori e delle donne⁹⁶. Sicché, anche con riferimento alla nuova disciplina degli appalti, sembrerebbe preferibile optare per una soluzione intermedia. Qualora, cioè, le parti adottino schemi contrattuali atipici o misti, che contengono elementi derivanti dal contratto di appalto, si può dar luogo ad un'applicazione estensiva della regola della responsabilità solidale. Si fa l'esempio del contratto di *catering*⁹⁷, ma analogo discorso può riguardare altre fattispecie innominate o miste che dell'appalto ripetano le caratteristiche essenziali⁹⁸. La questione però potrebbe trovare altre soluzioni, ove si ritenesse che sia venuta meno la natura eccezionale della responsabilità solidale, come limite ad interpretazioni estensive o analogiche, dopo che l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 ha esteso tale regola ad ogni tipologia di appalto⁹⁹.

⁹⁵ L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985; P. GENOVIVA, *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., p. 478.

⁹⁶ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 155.

⁹⁷ Sulla cui natura mista, tra appalto e somministrazione, in giurisprudenza, Trib. Venezia 12 aprile 1994, in *Dir. trasporti*, 1996, p. 241, con nota di E. FOGLIANI, «*Catering e lavoro a bordo*».

⁹⁸ Sulla eventualità che le parti possano «mettersi al riparo» da una possibile riqualificazione del contratto stipulato, rafforzando l'assetto di interessi prescelto, attraverso l'istituto della certificazione, ex art. 75 ss. del d.lgs. n. 276/2003, M.T. CARINCI, *Il concetto di appalto rilevante ai fini delle tutele giuslavoristiche e la distinzione da fattispecie limitrofe*, cit., p. 21 s.

⁹⁹ Quanto alla possibilità che possa affacciarsi l'idea che le regole a tutela del credito dei lavoratori impiegati nell'appalto possano configurarsi come regole generali, dettate dall'ordinamento, per tutte le ipotesi di utilizzazione indiretta del lavoro, attraverso un'infinita serie di contratti commerciali, M.T. CARINCI, *Il concetto di appalto rilevante ai fini delle tutele giuslavoristiche e la distinzione da fattispecie limitrofe*, cit., p. 27.

Capitolo IV

Distacco del lavoratore, gruppi di imprese e tecniche di tutela

SOMMARIO: 1. Il distacco come fenomeno interpositorio. – 2. La disciplina giurisprudenziale del distacco. – 3. Origine dell'istituto ed evoluzione della disciplina legale: dall'art. 2139 c.c. al d.lgs. n. 276/2003. – 4. Distacco e figure affini: delimitazione dell'istituto. – 5. La struttura del distacco: i soggetti. – 6. I requisiti costitutivi della fattispecie: l'interesse del distaccante. – 7. L'interesse al distacco nei gruppi di imprese. – 8. La temporaneità del distacco. – 9. L'esecuzione di una determinata attività lavorativa. – 10. Il consenso nel caso del mutamento di mansioni. – 11. Mutamento di mansioni e art. 2103 c.c. – 12. Distacco e trasferimento oltre i 50 km. – 13. Il distacco collettivo. – 14. La disciplina del rapporto di lavoro distaccato. – 15. Le conseguenze del distacco illecito. – 16. Comando o distacco e assegnazione temporanea nel settore pubblico.

1. *Il distacco come fenomeno interpositorio*

Il d.lgs. n. 276/2003 ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento giuridico una definizione legale di distacco. Ai sensi dell'art. 30, «l'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa».

La disposizione rappresenta una novità assoluta, in quanto, fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, non esisteva nessuna definizione, né tanto meno una disciplina legislativa dell'istituto.

La figura del distacco, tuttavia, era già emersa nella prassi, soprattutto nell'ambito del lavoro prestato all'interno di un'impresa di gruppo¹, ed

¹ Su cui, in generale, G. BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Giuffrè, Milano, 1965; O. MAZZOTTA, *Rapporto di lavoro, società collegate e statuto dei lavo-*

era stata qualificata, secondo la definizione più ricorrente, come fenomeno interpositorio lecito², «che comporta un cambio nell'esercizio del potere direttivo ed eventualmente disciplinare, per cui il dipendente di un datore» di lavoro (cosiddetto distaccante) «viene dislocato presso un al-

ratori, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 751; A. VALLEBONA, *Problemi del rapporto di lavoro nei gruppi di società*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1982, p. 673; L. PELAGGI, *Società collegate e problemi riguardanti la disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, p. 269; più recentemente, F. LUNARDON, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di imprese*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, Utet, Torino, 2007, p. 2076 ss. Per la dottrina che, anche in passato, ha trattato l'istituto del distacco, concentrandosi sul problema dei gruppi, tra gli altri, A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1959; G. BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*, cit.; P. CIPRESSI, *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1967; L. AZZINI, *I gruppi aziendali*, Giuffrè, Milano, 1975; P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in A. Pavone-A. La Rosa (a cura di), *I gruppi di società*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 106 ss.; O. MAZZOTTA, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, in *Lavoro e dir.*, 1988, p. 366 ss.; G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1988, p. 203 ss.; C. BELFIORE, *Impresa di gruppo e titolarità del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Collegamento di società e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 25 ss.; B. VENEZIANI, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1990, p. 609; M.G. MATTAROLO, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, p. 95 ss.; E. CALABRÒ, *Lavoro, imprese di gruppo, effettività della tutela*, Giuffrè, Milano, 1991; U. CARABELLI, *Impresa di gruppo e diritto del lavoro*, in P. Zanelli (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, Franco Angeli, Milano, 1991, p. 191 ss.; G. MELIADÒ, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa*, Giuffrè, Milano, 1991; L. NOGLER, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1992, p. 291; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano, 1995, p. 278 ss. Recentemente, anche G. ORLANDINI, *Diritto del lavoro e regolazione delle reti*, in F. Caffaggi (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 312; V. PINTO, *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Cacucci, Bari, 2005, ma già ID., *Il lavoro nei gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento?*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 456 ss.; G. MELIADÒ, *Esternalizzazione dei processi produttivi e imprese a struttura complessa*, in *Lav. giur., Gli speciali*, 2010, p. 11 ss.

² Gli studi sull'argomento nell'ottica della dissociazione soggettiva tra il datore di lavoro e l'utilizzatore della prestazione sono numerosi. Tra i più risalenti si vedano S. HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968, p. 57 ss.; G. CARNELUTTI, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 503 ss.; M. RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti d'opere e di servizi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 382 ss.; G. BENEDETTI, *Profilo civilistico dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1492 ss.; M.N. BETTINI, *Alcune osservazioni sul comando o distacco del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, II, p. 76 ss.; C. DE MARCHIS, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, II, p. 257 ss.

tro, con contestuale assoggettamento al comando ed al controllo di quest'ultimo. Il datore-distaccante, tuttavia, continua ad essere il titolare del rapporto di lavoro e soprattutto dell'obbligo retributivo e contributivo»³. In assenza di una definizione legale, il distacco era stato delineato dalla giurisprudenza nei tratti caratteristici, nella regolamentazione e nell'individuazione dei requisiti costitutivi della fattispecie.

A tutela di lavoratori coinvolti in processi di mobilità individuale nell'ambito di gruppi societari, e nella oggettiva difficoltà di ricostruire il gruppo come soggetto giuridico, l'intento era stato quello di assicurare maggiori garanzie a dipendenti che, assunti da una società del gruppo, a causa di particolari competenze e professionalità, venissero utilizzati per un determinato periodo da un'altra società dello stesso gruppo. Classico l'esempio del dirigente inviato a compiere trasformazioni o ristrutturazioni di una società controllata. E' chiaro che in questa, come in altre ipotesi affini, l'assunto era che la struttura del distacco, la quale presuppone la continuazione del rapporto di lavoro originario, risultava certamente più funzionale a garantire la posizione del lavoratore rispetto ad altre soluzioni alternative⁴. In caso di interruzione del rapporto, attraverso un licenziamento seguito da una nuova assunzione presso la seconda società, ovvero in ipotesi di sospensione dello stesso, con contemporanea costituzione di un successivo rapporto a termine con l'altra impresa, non avrebbero trovato applicazione istituti come la promozione automatica per l'esercizio di mansioni superiori *ex art.* 2103 c.c., ovvero le maggiorazioni retributive connesse all'anzianità di servizio⁵. Il distaccato, inoltre, sarebbe stato sottoposto, anche dal punto di vista sindacale, al regime giuridico applicato presso la società distaccataria, le cui dimensioni avrebbero potuto essere inferiori e quindi meno garantistiche rispetto alla società distaccante.

³ F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 1999, p. 162; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti. Commento all'art. 2127 cod. civ.*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 175 ss. In giurisprudenza, con riferimento alla nozione giurisprudenziale di distacco anteriore al d.lgs. n. 276/2003, Cass. 21 febbraio 2007, n. 4003, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 2.

⁴ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 179.

⁵ Per questa seconda ipotesi, nota come prestito di manodopera, in giurisprudenza, Cass. 8 ottobre 1991, n. 10556, in *Mass. Giur. lav.*, 1991, p. 48; Cass. 6 settembre 1991, n. 9401, in *Notiziario giur. lav.*, 1992, p. 31; Cass. 9 aprile 1992, n. 4339, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, p. 9.

Per altro verso, la prassi ha mostrato usi distorti dell'istituto⁶: numerosi interventi giurisprudenziali ed esperienze sindacali concrete hanno infatti attestato, proprio nelle relazioni interne a gruppi di imprese, frequenti assunzioni di lavoratori da parte di piccole società del gruppo, con successivo distacco in via permanente presso la società capogruppo o presso altra società partecipata «di più spiccata operatività». I distaccati sarebbero stati penalizzati perché (solo) formalmente dipendenti di piccoli datori di lavoro con meno di sedici addetti, privi di contratto collettivo aziendale, facilmente assoggettabili a liquidazione, ecc. In queste ipotesi, cioè, la regolamentazione solo giurisprudenziale dell'istituto aveva pacificamente ammesso che un lavoratore prestasse servizio, per la maggior parte della sua carriera, presso un'impresa di grandi dimensioni, senza però godere del relativo regime di stabilità *ex art.* 18, l. n. 300/1970, o di migliori trattamenti economici e normativi previsti dalla contrattazione collettiva aziendale per coloro che «fattualmente» erano suoi colleghi. Sarebbero prevalse le ragioni dell'assunzione formale, realizzata molti anni prima da una società collegata, sebbene il dipendente fosse stato distaccato, immediatamente, magari all'indomani dell'assunzione, presso altra impresa, dove avrebbe svolto in via abituale ed esclusiva la propria attività di lavoro. Secondo i parametri giurisprudenziali correnti, tale lavoratore non avrebbe potuto attivare le proprie pretese in giudizio, attesa la natura solo economica e non giuridica del fenomeno del gruppo di impresa, malgrado, molto spesso, proprio il gruppo abbia costituito la ragione prevalente, se non esclusiva, per «fondare un legittimo "interesse" dei datori di lavoro distaccanti ad effettuare il distacco»⁷.

In epoca più recente, con la progressiva emersione e diffusione dei fenomeni di esternalizzazione di attività produttive, di cui la figura del distacco (lecito) è certamente una significativa espressione⁸, la sostanziale

⁶ Riconosce che il distacco, frequentemente utilizzato per «sostanziare relazioni di collegamento, talora formalizzate a livello di compagini societarie, fra imprese del tutto genuine», possa anche essere finalizzato a coprire operazioni surrettizie di «frazionamento imprenditoriale» anche R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1993, p. 645.

⁷ P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione, Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 177, spec. p. 179, che riporta anche casi di «utilizzo dell'istituto a fini di rappresaglia, di discriminazione, di sradicamento del lavoratore, di punizione e di pressione per indurlo alle dimissioni».

⁸ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, p. 564 ss., spec. p. 567.

simmetria del fenomeno con le dinamiche interpositorie ha favorito un ulteriore effetto degenerativo. Secondo un'opinione, il meccanismo sanzionatorio della nullità assoluta del distacco illecito, con imputazione *ex lege* del rapporto di lavoro all'utilizzatore, predisposto dalla l. n. 1369/1960, avrebbe agevolato l'espulsione di quote di personale in esubero, senza necessariamente ricorrere alle procedure di riduzione di personale, con il semplice distacco di lavoratori in eccedenza verso altre imprese controllate⁹.

2. La disciplina giurisprudenziale del distacco

L'analisi del fenomeno, tradizionalmente concepito come un'importante «zona franca» all'interno dell'area dell'interposizione¹⁰, si è così prevalentemente orientata verso la delimitazione di equilibrati confini di liceità con l'allora vigente divieto espresso d'interposizione (art. 1, l. n. 1369/1960). Con riferimento, quindi, all'inquadramento sistematico generale, il distacco veniva individuato come una situazione lecita di dissociazione tra il datore di lavoro e il soggetto che beneficia della prestazione, tale da escludere l'operatività del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, *ex l. n. 1369/1960*, rispetto al quale esso si presentava in posizione di tendenziale incompatibilità¹¹.

Lo sforzo interpretativo volto a superare tale latente contraddizione si è sostanzialmente concentrato nella configurazione del distacco non come una mera fornitura di manodopera ma come un «atto di gestione imprenditoriale»¹². La ricerca degli elementi differenziali, così, si è costantemente proiettata sulla figura del distaccante, dotato, in linea con il più tradizionale approccio giurisprudenziale alla l. n. 1369/1960, di autonomi requisiti di imprenditorialità¹³.

Secondo una massima ricorrente, quindi, il distacco o comando di un lavoratore disposto dal datore di lavoro presso altro soggetto, destinata-

⁹ R. COSIO, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, in *Dir. e prat. lav.*, 2004, p. 1222 ss., spec. p. 1224.

¹⁰ R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 645.

¹¹ S. MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2003, pp. 1887 e 1888.

¹² R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 646.

¹³ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. I, in *Tratt. dir. civ. Cicu e Messineo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 404.

rio delle prestazioni lavorative, si sarebbe configurato in presenza: della natura imprenditoriale del datore di lavoro distaccante; del suo interesse a che il lavoratore presti la propria opera presso il soggetto distaccatario; della temporaneità del distacco, intesa non come brevità, ma come non definitività; della permanenza, in capo al datore di lavoro distaccante, sia del potere direttivo, eventualmente delegabile al distaccatario, sia del potere di determinare la cessazione del distacco¹⁴.

La legittimità dell'istituto, invece, non sarebbe stata subordinata né alla preesistenza di una previsione contrattuale che lo avesse autorizzato, né al consenso preventivo del lavoratore interessato. Egli avrebbe dovuto eseguire la prestazione presso altro datore di lavoro, in osservanza del dovere di obbedienza di cui all'art. 2104 c.c.¹⁵, atteso che, quanto all'inquadramento teorico dell'istituto, ormai con una certa costanza, la giurisprudenza aveva costruito il distacco come un esercizio «normale, fisiologico e non fraudolento» del potere direttivo, proprio in funzione della sussistenza di uno specifico interesse oggettivo del datore di lavoro distaccante¹⁶.

Il ruolo decisivo nella delimitazione del distacco dall'area dell'interposizione illecita è stato dunque affidato alla nozione di interesse. «E' solamente dalla combinazione fra il possesso a monte della qualità di imprenditore e la presenza di un suo concreto interesse al distacco che si può ricondurre questo atto gestionale nell'ambito del potere organizzatorio, e quindi delle vicende interne del contratto»¹⁷.

Le applicazioni giurisprudenziali del concetto di interesse sono state tuttavia profondamente condizionate dalla varietà delle situazioni emerse dalla casistica; e perfino la giurisprudenza ha sovente rinunciato a darne una definizione compiuta che fosse idonea ad andare oltre la fattispecie concreta. Ne è derivato un sistema di sostanziale liceità del distacco, basato su interpretazioni della nozione di interesse troppo elastiche, per

¹⁴ Per tutte, Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 968; Cass. 7 giugno 2000, n. 7743, in *Notiziario giur. lav.*, 2000, p. 769; Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, in *Orient. giur. lav.*, 1998, p. 584. Tali soluzioni giurisprudenziali erano state recepite, peraltro, anche nella prassi amministrativa: la nota del Ministero del Lavoro del 11 aprile 2001 (n. 5/26183/70VA) aveva infatti sostanzialmente ribadito i requisiti costitutivi dell'istituto, così come delineati dalla giurisprudenza.

¹⁵ Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, cit., p. 968.

¹⁶ S. MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., p. 1888, e G. NICOLINI, *Interposizioni in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1980. In giurisprudenza, Cass. 23 maggio 1984, n. 3159, in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 240.

¹⁷ R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 646.

effetto delle quali spesso «una situazione di fatto che sarebbe di manifesta subordinazione» è rimasta «consegnata ad un diverso schema giuridico, grazie ad un elemento dallo spessore incerto come quello dell'interesse del distaccante»¹⁸. L'unico temperamento ad un controllo giudiziale piuttosto aperto è stato assicurato quando si palesavano intenti fraudolenti o elusivi di norme poste a tutela dei lavoratori subordinati¹⁹.

Quindi, il metodo adottato dalla giurisprudenza, il cui ruolo senz'altro è stato trainante nella ricostruzione dei presupposti dell'istituto²⁰, è stato in parte criticato dalla dottrina che ne ha reclamato lo sviluppo e la modernizzazione sotto il profilo dogmatico e sistematico²¹. Eppure, perfino la dottrina più sensibile alla soluzione di tali nodi problematici, nonché alle questioni connesse all'inquadramento del fenomeno, ha sovente limitato l'analisi alle problematiche emerse dalla casistica giurisprudenziale.

Scarso, se non nullo, è stato poi l'apporto fornito dalla contrattazione collettiva²².

3. *Origine dell'istituto ed evoluzione della disciplina legale: dall'art. 2139 c.c. al d.lgs. n. 276/2003*

L'istituto trae origine e ricava la sua denominazione, secondo l'affermazione più ricorrente, dalla disciplina del fenomeno in sede amministrativa, nell'ambito dell'impiego statale (*infra*, § 16). La giurisprudenza ha adattato tale disciplina al rapporto di lavoro privato tendenzialmente per far fronte alla complessità di alcuni rapporti di lavoro, prestati soprattutto in strutture societarie complesse²³. Come si vedrà, in entrambi i settori, sia pure con le dovute differenze, l'ipotesi del distacco realizza nel suo

¹⁸ R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 651.

¹⁹ G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, p. 200; G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 275; C. ZOLI, *Commento all'art. 30, Distacco*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 330 ss. In giurisprudenza, Cass. 5 settembre 2006, n. 19036, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 663, con nota di M. ROSANO, *Ancora sulla rilevanza del collegamento societario al fine della imputabilità del rapporto di lavoro*.

²⁰ C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, in *Dir. lav.*, 2003, I, p. 937.

²¹ M. ESPOSITO, *La mobilità a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, p. 70.

²² Per un quadro delle soluzioni fornite dalla contrattazione collettiva, M. ESPOSITO, *La mobilità a favore del terzo*, cit., p. 71 ss.

²³ C. DE MARCHIS, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, cit., p. 266; M. GENGHINI, *Il distacco o comando del lavoratore*, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, p. 420 ss.

nucleo concettuale una forma di «dissociazione fra soggetto titolare del rapporto e soggetto utilizzatore della prestazione»²⁴.

Secondo un'opinione, però, una primissima regolamentazione del fenomeno del distacco nel settore privato era già contenuta nel codice civile²⁵. Con esclusivo riferimento al settore dell'agricoltura, infatti, l'art. 2139 c.c., sotto la rubrica «Scambio di mano d'opera o di servizi», ancora oggi dispone che «Tra piccoli imprenditori agricoli è ammesso lo scambio di mano d'opera o di servizi secondo gli usi»²⁶. E, poiché la prima disciplina legale rilevante ai fini del distacco ed immediatamente successiva al codice civile è stata la l. n. 1369/1960, che ha sancito il divieto di «impiego di manodopera assunta e retribuita da terzi» (art. 1, comma 1), l'interesse dottrinale nei confronti della disposizione codicistica si è sostanzialmente limitato all'approfondimento dei rapporti tra quest'ultima e il divieto di dissociazione tra datore di lavoro formale e l'utilizzatore delle prestazioni di lavoro, senza però raggiungere conclusioni univoche²⁷.

L'attenzione verso l'istituto è andata scemando nel tempo. Per alcuni la disposizione rappresenta una sorta di riconoscimento legislativo di un livello sia pur minimo e settoriale di «solidarietà imprenditoriale», come caratteristica ricorrente anche in contesti economici più avanzati e progrediti, oltre che più estesi, rispetto a quelli tradizionali dell'economia ru-

²⁴ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., pp. 175 e 178.

²⁵ M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., p. 53 ss.; C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 935 ss.

²⁶ Sul tema, in generale, R. ALESSI, *L'impresa agricola. Commento agli artt. 2135-2140 cod. civ.*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 266 ss.; P. MAGNO, voce *Scambio di manodopera e di servizi in agricoltura*, in *Noviss. dig.*, App., vol. VI, Unione tipografica-editrice torinese, Torino, 1986, p. 997.

²⁷ La norma, invero, si presta a letture contrapposte in quanto, a seconda dell'impostazione teorica di fondo, essa può rappresentare tanto la conferma di una regola generale di compatibilità del rapporto interpositorio con il tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa, quanto, all'inverso, un'eccezione ad una regola altrettanto generale, ma di contenuto opposto. In questo senso, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 404, e C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 935 ss., spec. nota 2. L'opinione tradizionale comunque opta per la soluzione secondo cui l'invio di dipendenti del piccolo imprenditore agricolo configura un'ipotesi di comando proprio, e quindi di interposizione. L'art. 2139 c.c., pertanto, rappresenterebbe una deroga assolutamente eccezionale al generale divieto di interposizione. Così R. ALESSI, *L'impresa agricola*, cit., p. 268 e P. MAGNO, *Scambio di manodopera e di servizi in agricoltura*, cit., p. 997. Ciò nonostante, o probabilmente proprio sulla base di tale circostanza, la dottrina ha ritenuto di potere ricondurre la fattispecie codicistica al genere del distacco, sia pure con alcune importanti deviazioni rispetto allo schema dell'istituto in generale (soprattutto per quanto concerne l'interesse del distaccante su cui, *infra*, § 6).

rale²⁸; altri mirano a ridimensionarne la portata, in quanto norma abrogata dal generale divieto di interposizione, e comunque destinata ad avere scarse ripercussioni nella pratica, a causa della declinante incidenza del fenomeno dello scambio di manodopera²⁹.

Dopo il generale divieto di interposizione nei rapporti di lavoro, introdotto dalla l. n. 1369/1960, diversi interventi normativi settoriali avevano previsto il distacco. L'art. 8 della l. n. 236/1993, di conversione del d.l. n. 148/1993, aveva ammesso il distacco di lavoratori al fine di evitare i licenziamenti collettivi. La disposizione è stata fatta salva dall'art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 (su cui *infra*, § 13). L'art. 16, comma 10, del d.l. n. 299/1994, convertito in l. n. 451/1994, nell'ambito dei contratti di formazione e lavoro, aveva consentito ai progetti di disporre che l'esecuzione del contratto si svolgesse in posizione di comando presso altre imprese, nel caso in cui ciò fosse necessario per il raggiungimento degli obiettivi formativi. Tale previsione non è ormai più contemplata negli artt. 54 e ss. del d.lgs. n. 276/2003, che hanno introdotto e disciplinato il nuovo istituto del contratto di inserimento³⁰.

²⁸ M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., p. 56.

²⁹ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 124.

³⁰ Su cui, diffusamente, L. MENGHINI, *Il contratto di inserimento*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, cit., p. 289 ss. Vanno anche ricordate, in quanto vagamente riconducibili allo schema del distacco, altre figure, disciplinate dall'art. 2 della l. n. 482/1993 (comando di dipendenti privati presso gruppi parlamentari); dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 297/1999 (distacco di ricercatori dipendenti da enti di ricerca presso soggetti industriali o assimilati); dall'art. 12 della l. n. 68/1999 (inserimento temporaneo di lavoratori disabili presso soggetti terzi). Con il d.lgs. n. 72/2000, infine, è stata data attuazione alla direttiva n. 96/71/CEE che disciplina il distacco realizzato nell'ambito di una prestazione di servizi di lavoratori dipendenti da imprese operanti in uno Stato membro della CEE. Sul tema, in generale, A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 73 ss.; U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 33 ss.; M.T. CARINCI, *Le delocalizzazioni produttive in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 44/2006; M. ESPOSITO, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 571 ss.; A. ALLAMPRESE, *Distacco di lavoratori stranieri in Italia nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi: profili previdenziali*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2006, p. 1 ss.; R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, p. 806 ss.; G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 465 ss.

Tuttavia è solo nell'ambito del complessivo, quanto ambizioso, progetto di riforma in materia di occupazione e mercato del lavoro, che la l. n. 30/2003, accogliendo le sollecitazioni di una parte della dottrina³¹, opta per l'abrogazione della l. n. 1369/1960 e per la sua sostituzione con una disciplina basata su alcuni principi direttivi. Tra i quali, all'art. 1, comma 2, lett. m), il "mandato" con il quale il legislatore delegato viene incaricato di chiarire i criteri di distinzione tra appalto e interposizione illecita «ri-definendo contestualmente i casi di comando e di distacco»³².

³¹ P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro. Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate A.i.d.l.a.s.s., Trento, 5-6 giugno 1999, Giuffrè, Milano, p. 3 ss.

³² Sull'art. 1, comma 2, lett. m), R. DEL PUNTA, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 74, e P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti, dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 91 ss., spec. p. 110. La delega non rappresenta in assoluto il primo tentativo di definizione legale dell'istituto del distacco, poiché già con il d.l. n. 1/1993 (art. 13, ultimo comma), il legislatore aveva tentato di delineare caratteristiche dell'istituto (temporaneità ed interesse del distaccante) che lo tenessero distinto dall'istituendo rapporto di lavoro interinale. Il d.l. non fu però mai convertito in legge, ed il rapporto di lavoro interinale è stato poi istituito tre anni più tardi. Sul punto M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in M.T. Carinci-C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 204 ss., spec. p. 211. Va ricordata anche la proposta di legge n. 2324, dell'11 febbraio 1988, avanzata durante la decima legislatura, tra gli altri, da G. Ghezzi, («Norme sulla tutela dei lavoratori della piccola impresa, sulla cassa integrazione guadagni e sui licenziamenti»), con il più ampio obiettivo di fronteggiare i due diversi fenomeni della scissione, sia giuridica sia di fatto, in diverse imprese di un'iniziativa economica unitaria riducibile ad un solo *dominus*, e del predominio di un'impresa (committente) sull'altra (commissionaria), pur in presenza di una effettiva estraneità tra i titolari delle singole imprese, su cui, in generale, G. GHEZZI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettive di evoluzione*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 201, spec. p. 212. L'art. 8 (interposizione e comando) prevedeva che «ferme restando le previsioni di cui agli articoli 1 e 2 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, il comando o distacco del prestatore di lavoro presso altro imprenditore è consentito su accordo delle parti, risultante da atto scritto e con l'eventuale assistenza delle organizzazioni sindacali, solo per comprovate ragioni tecniche organizzative e produttive di natura transitoria e per periodi temporali predeterminati. Il lavoratore conserva ogni diritto discendente dal contratto di lavoro nei confronti dell'imprenditore che ha proposto il comando o distacco, salva la responsabilità solidale dell'imprenditore che ha fruito delle sue prestazioni per i trattamenti economici e normativi ad esse corrispondenti e per l'adempimento degli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza. In caso di comando o distacco disposto in violazione delle disposizioni previste nel comma 1 si applicano le sanzioni di cui all'art. 2 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369; l'ammenda prevista dallo stesso articolo è elevata a lire 100.000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione».

La formulazione letterale della disposizione aveva fatto intendere che l'intervento normativo avrebbe riguardato anche il comando, nonché gli elementi idonei a distinguerlo dal distacco, e che si sarebbe proceduto all'individuazione casistica delle diverse ipotesi sia di comando, sia di distacco³³.

In realtà il d.lgs. n. 276/2003 si è mosso in tutt'altra direzione, dedicando al tema un unico articolo nel quale si racchiude la definizione del solo distacco, ed una stringata disciplina del rapporto di lavoro da esso coinvolto.

L'ampia delega concessa con l'art. 1, comma 2, lett. m) della l. n. 30/2003, peraltro, non forniva alcun elemento in grado di stabilire quali dovessero essere i requisiti costitutivi della fattispecie, lasciando un vasto margine di discrezionalità nella scelta tra il recepimento delle indicazioni di matrice giurisprudenziale e l'individuazione *ex novo* dei caratteri dell'istituto³⁴.

Il legislatore delegato ha optato per la prima strada, limitandosi a «codificare» i punti fermi della precedente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale³⁵.

A seguito del d.lgs. n. 276/2003, però, il quadro legale è risultato profondamente modificato³⁶, poiché il decreto, nel suo assetto complessivo, oltre ad introdurre una definizione legale di distacco, ha interamente abrogato la l. n. 1369/1960, ed ha conseguentemente ridisegnato i confini del generale divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro entro cui si è sempre mossa la disciplina giurisprudenziale del distacco³⁷. D'altra parte, il decreto ha anche introdotto e disciplinato il contratto di somministrazione (artt. 20-28), di cui il distacco ripete alcune delle caratteristiche essenziali. Secondo l'opinione più diffusa, infatti, «somministrazione e distacco costituiscono entrambe ipotesi di sostituzione di un terzo nell'attività giuridica del creditore della prestazione di lavoro subordinato e, cioè, del titolare formale e sostanziale del contratto»³⁸.

³³ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 110.

³⁴ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 210.

³⁵ Così M. TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 234.

³⁶ F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, in *Giur. piemontese*, 2006, p. 177 ss., spec. p. 181.

³⁷ Sulla persistenza del divieto d'interposizione anche a seguito dell'abrogazione della l. n. 1369/1960, di cui somministrazione e distacco costituiscono eccezioni, R. DEL PUNTA, *Il "nuovo" divieto di appalto di manodopera*, in *Dir. e prat. lav.*, 2005, p. 1953 ss.; A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 410. In giurisprudenza, Cass., S.U., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Lav. giur.*, 2007, p. 271, con nota di L. Ratti.

³⁸ M. MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del la-*

La figura del distacco pertanto solleva nuove questioni interpretative, ponendosi al rinnovato «confine dell'interposizione illecita e/o somministrazione irregolare»³⁹. E, malgrado la definizione legale abbia riproposto le principali coordinate dell'istituto tradizionalmente elaborate dalla giurisprudenza⁴⁰, in realtà la liceità del distacco è oggi affidata ad un insieme di requisiti costitutivi della fattispecie molto più articolato del passato. Essi, letti in maniera sistematica tra loro, possono contribuire a suggerire applicazioni molto rigorose dell'istituto rispetto a quelle adottate dalla giurisprudenza precedente⁴¹. Anche nel caso del distacco, quindi, in assenza di un vaglio preventivo da parte del sindacato, la tutela del lavoro esternalizzato è sostanzialmente affidata alle tecniche giudiziali del controllo della fattispecie e dell'interpretazione antifraudolenta. E' in quest'ottica, che la dottrina tende ad indagare sulla persistente attualità di alcune soluzioni fornite dalla giurisprudenza precedente, filtrandone la validità alla luce delle condizioni legali poste dall'attuale quadro normativo.

voro, in *Dir. lav.*, 2003, I, p. 439 ss., spec. p. 451; L. ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, in L. Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 339 ss., spec. p. 341; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 110, secondo cui «l'ancoraggio normativo di questa fattispecie generale di deviazione funzionale del contratto di lavoro a favore del terzo è il precipitato logico – giuridico della tipizzazione nell'ordinamento della somministrazione di lavoro», rispetto alla quale il distacco si presenta come una sovrapposizione, di difficile differenziazione.

³⁹ F. SCARPELLI, *Distacco*, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Commentario sistematico al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, p. 440 ss., spec. p. 441.

⁴⁰ C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 935 ss.

⁴¹ Esprime una valutazione positiva dell'intervento normativo, che ritiene idoneo ad offrire maggiori garanzie per il lavoratore, C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 943, secondo cui l'aggiunzione di alcuni requisiti costitutivi della fattispecie, assenti nella precedente elaborazione giurisprudenziale, ha contribuito a rendere meno agevole l'uso dell'istituto a scopi fraudolenti, e a scoraggiarne quello genuino. Tuttavia, le opinioni circa l'opportunità di regolare legislativamente una figura emersa dalla prassi e che aveva già trovato un equilibrio complessivo tutto sommato accettabile non sono concordanti. Sul punto, S. MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., p. 1888, secondo cui «quando il legislatore interviene a regolare un istituto che già “funziona” bene – il rischio è che si alterino gli equilibri raggiunti (a volte faticosamente) sino a quel momento: insomma, che il legislatore, mettendo le mani su di uno strumento giuridico collaudato e funzionale, possa fare solo danni. Ed è quanto, a mio avviso, è accaduto nel caso». Contro l'iniziativa legislativa del 2003, di cui si contesta anche la tecnica normativa, si sono espressi chiaramente P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., p. 178; F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 441; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 109 ss.; F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 178.

4. Distacco e figure affini: delimitazione dell'istituto

Di fronte alla definizione legale del distacco, i confini della fattispecie rispetto ad altre figure affini risultano più netti rispetto al passato.

In primo luogo, va detto che qualunque posizione dottrinale volta a rintracciare una differenziazione tra comando e distacco deve oggi ritenersi superata, sul piano del diritto positivo⁴².

L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, peraltro, appare inequivocabilmente rivolto alla disciplina del fenomeno del cosiddetto distacco proprio.

Rimangono quindi sullo sfondo le questioni connesse alla disciplina del cosiddetto distacco improprio e della sospensione consensuale del rapporto, con stipulazione di altro contratto di lavoro con diversa impresa (cosiddetto prestito di manodopera).

La prima ipotesi, del cosiddetto comando o distacco improprio, si realizza quando il terzo, pur risultando beneficiario dell'attività lavorativa, non ha tuttavia la possibilità di disporre della stessa⁴³. Nel comando o distacco improprio, infatti, il lavoratore rimane sottoposto ai poteri direttivo, di controllo e disciplinare del proprio datore di lavoro e, pertanto, la posizione di colui che beneficia del risultato della prestazione «assume una rilevanza di mero fatto rispetto al contratto ed al rapporto di lavoro, non influenzandone in alcun modo né la struttura, né il regime giuridi-

⁴² M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 205. Si è già messo in evidenza, infatti, come il legislatore delegato del 2003 non abbia accolto l'indicazione contenuta nella delega di cui alla l. n. 30/2003, che sembrava alludere alla necessità di disciplinare anche il comando, nonché gli elementi idonei a distinguerlo dal distacco, anche attraverso l'individuazione casistica delle diverse ipotesi sia di comando, sia di distacco. Così anche P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 110. Va tenuto presente però che, prima della definizione legale, anche nel settore privato, una parte della dottrina aveva tentato una differenziazione delle due figure che, invece, l'opinione prevalente ha tendenzialmente utilizzato come sinonimi. Per un approfondimento di tali caratteri distintivi, M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., pp. 76 e 77.

⁴³ La distinzione tra comando o distacco proprio o improprio è stata ampiamente seguita dalla dottrina: S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1985, p. 53; ID., *Distacco del dipendente ed intermediazione nelle prestazioni di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1982, p. 75; P. MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1976, p. 205; M. GRANDI, voce *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, p. 5; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 285; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 179 ss.; A. VALLEBONA, voce *Società, V) Lavoro nelle società collegate*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIX, Roma, 1993, p. 4.

co»⁴⁴. In sostanza, dunque, si è ritenuto che il comando o distacco improprio altro non fosse che un appalto genuino «in adempimento del quale l'appaltante, nell'esercizio del suo potere direttivo, dispone che il lavoratore esegua la propria prestazione a beneficio del terzo. Non si pone, di conseguenza, alcun problema di compatibilità con il divieto di interposizione»⁴⁵.

Nel secondo caso, del cosiddetto prestito di manodopera, a seguito della sospensione consensuale del rapporto di lavoro principale, la prestazione viene svolta alle dipendenze e sotto le direttive di un altro imprenditore⁴⁶. A differenza del distacco, quindi, il nuovo rapporto trova titolo in un diverso contratto di lavoro stipulato tra il lavoratore e il nuovo imprenditore⁴⁷. Semmai, il problema dovrebbe porsi circa la individuazione di una reale volontà delle parti, quanto alla sospensione concordata del rapporto di lavoro precedente, dovendosi senz'altro optare per l'invalidità della stessa, qualora essa sia diretta a perseguire un risultato vietato dalla legge o sia stata posta in essere solo fittiziamente⁴⁸. Sotto il profilo anzidetto non sempre la giurisprudenza ha adottato criteri interpretativi sufficientemente rigidi⁴⁹.

In entrambi i casi quindi la separazione tra utilizzatore delle prestazioni e titolare del rapporto di lavoro, tipica del distacco, non appare idonea a sezionare le posizioni giuridiche riconducibili al primo contratto di lavoro. Nel caso del distacco o comando improprio, perché l'esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro non viene delegato al beneficiario della prestazione. Nel caso del prestito di manodopera, non soltanto i poteri

⁴⁴ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, cit., p. 55. Ma anche P. MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 205; M. GRANDI, voce *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, cit., p. 5; in giurisprudenza, Cass. 3 dicembre 1986, n. 7161, in *Mass. Giur. lav.*, 1987, p. 344.

⁴⁵ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 180.

⁴⁶ A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore «distaccante» e consenso del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 433 ss.

⁴⁷ Cass. 10 agosto 1999, n. 8567, in *Notiziario giur. lav.*, 1999, p. 569; Cass. 5 settembre 2006, n. 19036, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 9.

⁴⁸ Cass. 8 ottobre 1991, n. 10556, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 936, con nota di L. Nogler. Sulla previsione contrattuale della sospensione del rapporto di lavoro con prestito del lavoratore ad altra società collegata, anche Cass. 23 aprile 1992, n. 4851, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 428, con nota di A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore «distaccante» e consenso del lavoratore*. Più recentemente, Cass. 24 novembre 2000, n. 1761, in *www.inps.it*.

⁴⁹ L'opinione è di O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., p. 116, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali.

del datore di lavoro, ma l'intera posizione soggettiva del contratto a quest'ultimo spettante viene traslata sul nuovo imprenditore attraverso la stipula di un nuovo contratto.

A causa della non inclusione nell'ambito di applicazione della disposizione, entrambe le figure rimarrebbero, pertanto, misure legittime, salvo che, naturalmente, non sia dissimulata una diversa, illegittima soluzione⁵⁰.

Più complessa appare la distinzione tra distacco e trasferimento il quale, nella precedente elaborazione dottrinale, si sarebbe distinto dal primo per la definitività della dislocazione del lavoratore presso altra sede o unità produttiva⁵¹. I due fenomeni erano peraltro disciplinati in maniera sostanzialmente diversa e tale circostanza aveva indotto la dottrina più critica a denunciare le potenzialità lesive del distacco che presentava, già prima del 2003, la stessa efficacia di un trasferimento, «ma con possibilità e facilità di utilizzo assai maggiori perché, per trasferire un lavoratore, occorre avere, anzitutto, una unità produttiva autonoma della stessa impresa, e, in secondo luogo, ragioni organizzative e produttive da dimostrare, mentre per il distacco è sufficiente poter contare sulla collaborazione di un soggetto futuro distaccatario»⁵². Nonostante l'infelice accostamento tra distacco e trasferimento realizzato dall'art. 30, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003 (su cui *infra*, § 12), tende a prevalere l'idea che le due figure mantengano ancora oggi fisionomie profondamente diverse e che quindi esse vadano disciplinate in maniera differenziata. E' dunque preferibile concludere che il legislatore abbia utilizzato il termine «trasferimento» in modo atecnico, qui come sinonimo di «spostamento».

⁵⁰ C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 943.

⁵¹ F. CAPURRO, *Il distacco*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 260 ss., spec. p. 262. Ma, sul punto, più diffusamente, M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Commento all'art. 2103 cod. civ.*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 1997, spec. p. 244 ss.

⁵² P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., p. 179, con particolare riferimento al trasferimento e al distacco a fini discriminatori disciplinari e di rappresaglia, e G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 565 che sottolinea come le problematiche sollevate dal trasferimento siano in realtà profondamente diverse in quanto, rispetto al distacco, questo non ha mai comportato una dissociazione fra soggetto che ha proceduto all'assunzione ed effettivo beneficiario della prestazione lavorativa. Sul punto anche P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 404. In giurisprudenza, Cass. 20 marzo 2000, n. 3287, in *Giust. civ.*, 2001, p. 1073; Trib. Milano 23 dicembre 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 430; Trib. Roma 26 marzo 2003, in *Lav. giur.*, 2003, p. 892.

5. La struttura del distacco: i soggetti

Sotto il profilo soggettivo, la fattispecie oggi descritta dall'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 è in linea con quella già ricavata dalla precedente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Lo schema del distacco, pertanto, comprende tre parti: il datore di lavoro distaccante, il lavoratore dipendente di questi e un soggetto terzo che utilizza la prestazione del lavoratore dipendente dal distaccante.

Riguardo al primo, tuttavia, la disposizione sembra avere introdotto alcune novità. Un elemento innovativo è stato ritenuto il riferimento alla natura non imprenditoriale del datore di lavoro distaccante. Il che induce a concludere che, a differenza del passato⁵³, il distacco possa essere disposto anche da datori di lavoro non imprenditori. Viene dunque a cadere uno degli elementi in base ai quali la giurisprudenza aveva giudicato in passato la liceità del distacco rispetto al divieto posto dall'art. 1 della l. n. 1369/1960⁵⁴, atteso che la riconduzione del distacco nell'ambito del potere organizzativo, e quindi delle vicende interne del contratto, si è basata essenzialmente sulla combinazione fra il possesso a monte della qualità di imprenditore e la presenza di un suo concreto interesse a questo particolare tipo di atto gestionale⁵⁵. L'eliminazione del requisito della natura imprenditoriale del distaccante è stata peraltro calata lungo una linea di sostanziale continuità con il «diffuso fenomeno di assottigliamento giurisprudenziale (di massima appoggiato dalla dottrina) del concetto di organizzazione di impresa»⁵⁶.

La dottrina prevalente tende però a ridimensionare la valenza del dettato normativo, richiedendo che il distaccante, anche se non necessariamente imprenditore, appaia dotato pur sempre di un'autonoma struttura organizzativa⁵⁷.

⁵³ Cass. 9 agosto 1978, n. 388, cit.

⁵⁴ Per tutte Cass., S.U., 13 aprile 1989, n. 1751, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2496.

⁵⁵ R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 646.

⁵⁶ Così, M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 211; R. DEL PUNTA, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o. Appalto, divieto d'interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, cit., p. 69, con riferimento, segnatamente, a Cass. 25 giugno 2001, n. 8643, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3109, con nota di A.M. Perrino.

⁵⁷ C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 944; nonché, anche prima del 2003, G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 299 e M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 182, secondo cui la circostanza che il distaccante «sia dotato di una organizzazione è, tuttavia, soddisfatta dal fatto che costui si comporti da vero imprenditore, ovvero che diriga la prestazione e la coordini nell'ambito della propria organizzazione, fornendo al terzo non prestazioni di lavoro, ma un'opera o un servizio».

La definizione legale del distacco prevede, inoltre, che anche il destinatario del distacco possa essere un «soggetto», indipendentemente dalla sua qualificazione come imprenditore⁵⁸.

6. I requisiti costitutivi della fattispecie: l'interesse del distaccante

Esclusa la natura imprenditoriale del distaccante e del distaccatario, i requisiti oggi richiesti per la legittimità del distacco sono l'interesse del distaccante, la temporaneità e, sia pure con qualche oscillazione in dottrina, la (pre)determinazione dell'attività lavorativa da eseguire⁵⁹.

Lungo una linea di sostanziale continuità con il passato si colloca il requisito dell'interesse del distaccante. Secondo l'opinione assolutamente prevalente, infatti, l'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 non sembra aggiungere alcuna novità di rilievo. Ed anzi, l'estrema vaghezza della formula adoperata dal legislatore «per soddisfare un proprio interesse» costringe l'interprete a rivolgersi all'elaborazione giurisprudenziale precedente che nel tempo ha contribuito a definirne i tratti caratterizzanti⁶⁰.

Se non che, da questo punto di vista, le soluzioni giurisprudenziali sono apparse non del tutto soddisfacenti. Anche per ciò che attiene all'esatta individuazione della nozione di interesse, la giurisprudenza si è mossa al di fuori di un compiuto sistema teorico di riferimento, in quanto pre-

⁵⁸ Rimane, invece, isolata quella posizione dottrinale secondo la quale dal nuovo disposto normativo è possibile dedurre la possibilità che distaccante e distaccatario possano anche coincidere: F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 265. L'opinione si basa sulla discutibile formulazione del comma 3 dell'art. 30, il quale fa riferimento al trasferimento presso una «sede produttiva», sita ad una certa distanza dall'ordinario luogo di prestazione dell'attività professionale del distaccato. Come già messo in evidenza, e come si vedrà *infra*, § 12, proprio questo comma ha sollevato diverse questioni interpretative, alcune delle quali sono state risolte mettendo in rilievo l'uso tecnicamente non perfetto, da parte del legislatore, di alcuni concetti giuridici, tra i quali si potrebbe includere anche il riferimento alla nozione di sede produttiva.

⁵⁹ Sulla necessità che il distacco sia disposto per lo svolgimento di una determinata attività lavorativa, quale requisito costitutivo dell'istituto, non vi è in realtà univocità di opinioni. Optano per questa soluzione anche M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 203 ss., spec. p. 217; P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., p. 181. Tendono, invece, a svalutare la portata dell'indicazione testuale G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 569, e F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 188.

⁶⁰ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 213.

valentemente concentrata sull'analisi delle fattispecie concrete, al fine di giudicarne la compatibilità con il divieto d'interposizione. Soltanto la sussistenza di un interesse del datore di lavoro che dispone il distacco avrebbe potuto consentire che continuasse ad «operare, sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante»⁶¹, e che il lavoratore, pur essendo tecnicamente a disposizione del distaccatario, in realtà continuava ad essere “utilizzato” dal proprio datore di lavoro⁶².

La tesi giurisprudenziale più diffusa, quindi, aveva identificato il requisito in questione in primo luogo in un interesse di «natura oggettiva», e «rilevante»⁶³, volto a soddisfare esigenze produttive o organizzative dell'impresa distaccante⁶⁴. L'interesse doveva essere inerente all'esercizio dell'attività imprenditoriale istituzionalmente propria del distaccante; doveva, pertanto, coincidere con una «qualsiasi motivazione tecnica, produttiva ed organizzativa del distaccante, purché effettivamente esistente, lecita e rilevante»⁶⁵. Di fatto le applicazioni di tale principio sono state molto flessibili e raramente hanno condotto a pronunce di illegittimità del distacco, basate sulla carenza di interesse del distaccante⁶⁶. Anche perché, secondo una massima ricorrente in giurisprudenza, il riscontro dello specifico interesse di cui deve essere portatore il datore di lavoro distaccante costituisce un'indagine di merito, non censurabile in Cassazione⁶⁷, che deve limitar-

⁶¹ Così, Cass. 7 giugno 2000, n. 7743, in *Notiziario giur. lav.*, 2000, p. 769. In dottrina, R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 646.

⁶² F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 442 e, nello stesso senso, M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 218.

⁶³ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 569.

⁶⁴ M. TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 235. In giurisprudenza, sulla rilevanza dell'interesse del distaccante, Cass. 10 giugno 1999, n. 5721, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 36, con nota di M. Caro; Cass., S.U., 13 aprile 1989, n. 1751, cit.; Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, cit.

⁶⁵ Così, M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 213. E, in giurisprudenza, ancora Cass. 10 giugno 1999, n. 5721, cit.

⁶⁶ Cass. 26 febbraio 1982, n. 1264, in *Giust. civ.*, 1982, p. 1549, in cui la deviazione della prestazione realizzata con il distacco aveva integrato soltanto in parte ed «in misura esigua» l'interesse del distaccante, che si presentava come «un interesse mediato e come tale non rilevante»; Cass., sez. penale, 12 novembre 1980, n. 11895, in *Mass. Giur. lav.*, 1981, p. 206, in cui un semplice collegamento finanziario non è stato ritenuto idoneo a provare la sussistenza dell'interesse al distacco, per la sola circostanza che il capitale sociale proveniva da un unico finanziatore; nonché, più recentemente, Cass. 10 giugno 1999, n. 5721, cit.

⁶⁷ Cass. 4 giugno 1992, n. 6807, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, p. 6. Sul punto anche C. DE MARCHIS, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, cit., p. 267.

si a verificare l'esistenza e la liceità dell'interesse, nonché l'esistenza di un nesso eziologico tra tale interesse ed il provvedimento che dispone il distacco⁶⁸. L'accertamento non può spingersi oltre, atteso che, come è stato correttamente osservato, viceversa il giudice si sostituirebbe all'imprenditore nella valutazione e nella gestione degli interessi aziendali⁶⁹.

Il collegamento tra esigenze produttive ed organizzative dell'impresa ed interesse del distaccante è stato pertanto riproposto anche con riferimento alla definizione legale del distacco.

In una direzione analoga a quella della precedente giurisprudenza si è mossa una parte della dottrina, adottando un'interpretazione sistematica dei commi 1 e 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, in cui si fa riferimento rispettivamente all'«esecuzione di una determinata attività lavorativa» e a «comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive». Entrambi i riferimenti, infatti, inducono a dedurre dal disposto normativo un collegamento tra il distacco ed elementi attinenti alla generale organizzazione aziendale. Ciò porta a ritenere che l'interesse del distaccante vada ravvisato in una «convenienza di carattere funzionale (...) perché attinente all'aspetto organizzativo dell'impresa»⁷⁰.

La tesi solo in parte coglie nel segno, perché, in applicazione di tale corretta deduzione, perviene a risultati non sempre del tutto condivisibili: l'aspetto organizzativo dell'impresa, infatti, viene interpretato in senso non soltanto statico ma anche dinamico, fino a ricomprendere nell'ambito applicativo dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 anche «quei distacchi giustificati da situazioni fattuali suscettibili di arrecare futuri vantaggi all'impresa distaccante»⁷¹.

L'interpretazione autorizza e ripropone, pertanto, letture particolarmente ampie del requisito dell'interesse, dove, come in passato, rimangono incerte alcune ipotesi di dubbia legittimità.

⁶⁸ Cass. 26 aprile 2006, n. 9557, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 882.

⁶⁹ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 214, secondo cui comunque rimane impregiudicata l'ipotesi in cui l'interprete accerti che il provvedimento, adottato per ragioni formalmente ineccepibili, sia in realtà rivolto a realizzare finalità illecite in danno del lavoratore.

⁷⁰ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., pp. 569 e 570. Per alcune puntuali esemplificazioni si rinvia a F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 443, e a M. TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 235.

⁷¹ Esclude che possa trattarsi di un interesse motivato da una mera difficoltà economica che induca il distaccante a collocare presso una società collegata parte del personale, Cass. 23 aprile 2009, n. 9694, in *Lav. giur.*, 2010, p. 42, con nota di F. LATTANZIO, *L'interesse datoriale nel distacco di manodopera*.

Si tratta, ad esempio, del caso in cui l'interesse del distaccante si presenti come un interesse "indiretto", quando il distaccante, cioè, intenda soddisfare esigenze di altra impresa, facente parte dello stesso gruppo o con la quale abbia instaurato una collaborazione antica e perdurante. In passato l'ipotesi non era stata accolta dalla giurisprudenza, la quale contestava la non sporadicità e la prevalenza dell'interesse del distaccatario in un caso di collaborazione tra imprese che operavano in settori affini, accordandosi di aiutarsi in situazioni di emergenza⁷².

Contigua all'ipotesi in argomento appare quella individuata nelle cosiddette relazioni *after sale* in cui l'impresa, nella speranza di acquisire definitivamente un cliente, accetti di distaccarvi per un tempo determinato un proprio tecnico specializzato per una migliore allocazione della merce acquistata. Anche qui, si è detto, l'interesse sarebbe indiretto, non immediato e funzionale ad un risultato futuro⁷³.

Più pacifica appariva, invece, prima del 2003, la possibilità che l'interesse del distaccante potesse fare riferimento non solo all'attività principale dell'impresa ma anche a quella accessoria, ad una complementare e perfino ad un'attività svolta in via straordinaria⁷⁴.

Qualche dubbio era stato sollevato, inoltre, circa la possibilità di configurare un interesse di natura non economica, ad esempio "morale o solidale". Mentre la circostanza appariva pacifica in giurisprudenza⁷⁵ la dottrina manifestava opinioni contrapposte⁷⁶.

Si tratta di ipotesi nebuloze, ancora oggi; rispetto al passato, però, è possibile adottare interpretazioni più rigorose del requisito dell'interesse, considerato che sulla consistenza dell'interesse del distaccante risiede, non soltanto il confine con l'interposizione vietata, ma anche la linea di demarcazione tra il distacco e la somministrazione di lavoro. Secondo l'opinione dominante, infatti, una mera attinenza dell'interesse agli scopi sociali dell'impresa non sarebbe da sola sufficiente per la validità del distacco.

⁷² Cass. 2 novembre 1999, n. 12224, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, p. 1373.

⁷³ Opta per la compatibilità di tale ipotesi con l'attuale assetto normativo, G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 570; sul punto, anche M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 213.

⁷⁴ Concordano nel senso anzidetto sia G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 570, sia M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 213.

⁷⁵ Cass. 17 gennaio 2000, n. 594, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 407, con nota di M.T. Carinci.

⁷⁶ In senso favorevole, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 149; *contra*, G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 570, F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 262.

Il riferimento testuale all'«interesse proprio» del datore di lavoro, di cui all'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, deve quindi essere «adeguatamente approfondito in quanto capovolge il punto di vista dal quale muove la nozione di somministrazione di lavoro»⁷⁷.

Nella somministrazione di lavoro autorizzata, infatti, a differenza del distacco, «il lavoratore è giuridicamente e tipicamente utilizzato dal soggetto denominato (appunto) utilizzatore, del quale è a disposizione entro limiti tendenzialmente più ampi, coincidenti con qualunque interesse produttivo e organizzativo coerente alle ragioni o attività per le quali è stato legittimamente stipulato il contratto di somministrazione»⁷⁸. Pertanto, se nella somministrazione, al pari di qualsiasi altro contratto commerciale, il perno regolativo della fattispecie è calibrato sulle esigenze dell'utilizzatore, da soddisfare con la fornitura di manodopera, nella nozione di distacco, al contrario, il punto di vista che emerge è rappresentato dall'interesse del soggetto che dispone l'esecuzione della prestazione di lavoro a favore del terzo beneficiario⁷⁹.

Qui l'interesse del distaccante svolge un ruolo cardine, e deve presentarsi come un interesse caratterizzato da ulteriori elementi che non coincidano con quelli che contrassegnano quello professionale della agenzia somministratrice.

Un'importante indicazione proviene dall'orientamento espresso in sede amministrativa. La Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3 del 15 gennaio 2004 chiarisce, infatti, che il distacco possa essere legittimato da «qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello della mera somministrazione di lavoro altrui»⁸⁰.

L'indicazione appare preziosa e per nulla pleonastica. Essa, naturalmente, esclude che possa trattarsi di un interesse di mero lucro, giustificato dalla sola circostanza di percepire un corrispettivo per avere posto a disposizione del distaccatario il lavoratore. In questo caso, infatti, il di-

⁷⁷ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 111. Concepisce l'interesse del distaccante quale limite e metro di controllo della messa a disposizione tecnica del lavoratore distaccato, oltre il quale si cade nell'area dell'illiceità, con l'operare delle sanzioni dell'interposizione e dunque della somministrazione irregolare anche F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 442.

⁷⁸ F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 442.

⁷⁹ Così P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 111.

⁸⁰ Trib. Roma 21 novembre 2007, in *Lav. giur.*, 2008, p. 934, con nota di P. DUI, *Lavoro a termine, comando o distacco e interposizione di manodopera*.

stacco costituirebbe una forma illecita, in quanto non autorizzata, di somministrazione di lavoro, in cui unico interesse dell'impresa somministratrice è quello, professionale, al pagamento del compenso da parte dell'impresa utilizzatrice⁸¹.

In quest'ottica si muove la dottrina quando individua nel compenso specifico per il distacco che ecceda il mero rimborso del costo aziendale lordo sopportato dal distaccante un indice della non configurabilità del distacco, e quindi della illiceità del medesimo⁸². L'opinione trova puntuale riscontro nella Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3 del 15 gennaio 2004 che espressamente esclude che l'eventuale rimborso corrisposto dal distaccatario al distaccante dei costi afferenti al lavoratore possa superare «quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante»⁸³.

Ciò però non basta, in quanto non vi si rinviene ancora quel *quid pluris* idoneo ad arricchire ciò che per lungo tempo è stato giudicato sufficiente a giustificare l'interesse al distacco, e cioè il generico collegamento con gli scopi organizzativi o produttivi dell'impresa distaccante.

E' stata così correttamente affermata la necessità che l'interesse del datore di lavoro si trovi ad essere, attraverso il distacco del lavoratore, immediatamente e direttamente soddisfatto dall'esecuzione della prestazione presso il terzo che, infatti, deve oggi essere «determinata». Il cuore della fattispecie di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, allora, riposa in quell'interesse «proprio» del distaccante che, nella varietà delle situazioni che possono concretarlo, si contraddistingue per «la sua attitudine ad esaurire l'aspettativa creditoria del datore di lavoro e solo mediamente a favorire l'interesse dell'impresa datoriale»⁸⁴. Si è così conclusivamente affermato che l'interesse è «non al distacco», ma «al contratto con il lavoratore, ovvero – per essere ancora più precisi – al mantenimento del relativo

⁸¹ Sul punto sembra esservi uniformità di opinioni in dottrina: in questo senso P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 498; G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 569; M. TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 234 ss., spec. p. 235; nonché M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Id. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 205 ss., spec. p. 227.

⁸² M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., pp. 213 e 214; F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 442.

⁸³ In questo senso anche F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 264.

⁸⁴ Così P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 112.

rapporto»⁸⁵. La precisazione appare significativa, dal momento che «una cosa è l'interesse alla base del distacco, che può essere di vario genere purché lecito, altra cosa è la permanenza dell'interesse alla disponibilità, idealmente illimitata, della prestazione lavorativa»⁸⁶.

Rispetto alla somministrazione di lavoro, tale caratteristica forma di interesse realizza la differenza tra distaccante e somministratore, la cui attività infatti viene regolata legalmente perché, a causa del relativo contratto commerciale, l'utilizzatore, durante la missione, finisce per essere l'effettivo e sostanziale *dominus* del rapporto di lavoro. L'interesse al mantenimento del rapporto con il distaccato spezza, dunque, ogni circuito di effettiva e definitiva utilizzazione del rapporto di lavoro da parte del terzo, a causa della persistenza di un profondo legame con il datore di lavoro distaccante, che non si esaurisce sul solo piano formale, dal momento che presto o tardi esso è destinato ad essere ripristinato anche nei fatti.

Il che sembra peraltro confermato dall'introduzione, nella definizione legale di distacco, degli ulteriori requisiti costitutivi della fattispecie: la temporaneità, in passato trascurata dalla giurisprudenza perché collegata e letta in funzione dell'interesse datoriale e, soprattutto la predeterminazione dell'attività lavorativa⁸⁷. Entrambi gli elementi, come si vedrà, vanno interpretati in maniera coordinata tra loro e con riferimento al primo requisito, quello dell'interesse, del quale contribuiscono così a precisarne meglio e renderne più attuale il contenuto⁸⁸.

⁸⁵ M. ESPOSITO, *La mobilità a favore del terzo*, cit., p. 178. Ma in questo senso già S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva*, cit., p. 59, secondo cui «nel comando, la destinazione della prestazione al terzo è per definizione un modo di realizzazione dell'interesse contrattuale del datore di lavoro a disporre organizzativamente del comportamento del lavoratore, nell'intermediazione illecita la destinazione della prestazione all'imprenditore committente non soddisfa altro interesse dell'intermediario al corrispettivo»; più recentemente, O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., p. 111, secondo cui «lo svolgimento della prestazione a favore di un terzo è legittimo nella misura in cui esso consenta la realizzazione della causa dell'originario contratto di lavoro stipulato tra il distaccante e il lavoratore. Solo in presenza di tale circostanza si può infatti affermare che, nonostante l'inserimento del lavoratore in una diversa organizzazione di impresa, la prestazione è comunque utilizzata dal titolare del rapporto di lavoro e non dal terzo che la riceve». In giurisprudenza, Cass. 23 aprile 2009, n. 9694, cit.

⁸⁶ M. ESPOSITO, *La mobilità a favore del terzo*, cit., p. 178.

⁸⁷ Corte app. Torino 21 luglio 2009, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, p. 287, con nota di L. VALENTE, *Distacco e appalto di servizi*.

⁸⁸ Insiste sulla necessità di indagare sull'interesse del distaccante che, se meritevole di tutela, agisce come sintomo della liceità dell'operazione realizzata, nel giudizio antifraudolento sul distacco, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge*, cit., p. 206.

7. L'interesse al distacco nei gruppi di imprese

Lungo tale percorso, all'interprete è richiesto il massimo della prudenza con riferimento al terreno elettivo in cui il distacco ha trovato applicazione presso imprese facenti parte di gruppi operanti in settori affini o interdipendenti. Va premesso che con le due diverse formule di «impresa di gruppo»⁸⁹ e di «gruppo di imprese»⁹⁰, tendenzialmente, si allude ad un fenomeno omogeneo in cui, dal punto di vista economico, più imprese, pur mantenendo soggettività giuridica diversa, generano una struttura unitaria caratterizzata, dal punto di vista gestionale, da un'unica attività, svolta da soggetti fra di loro collegati. Dal punto di vista giuridico, però, ciascuna impresa appare separata dall'altra, tramite lo schermo della personalità giuridica, che impedisce la configurazione di un unico ed autonomo soggetto di diritto⁹¹. Ciascuna impresa, pertanto, rimane l'unico datore di lavoro del personale che viene impiegato nell'attività produttiva da ognuna di esse esercitata. Non appare idoneo ad intaccare tale assunto nemmeno l'art. 31 del d.lgs. n. 276/2003 che, nel riconoscere ai gruppi di impresa la possibilità di delegare gli adempimenti in materia di lavoro e previdenza alla società capogruppo, conferma che la titolarità dei rapporti di lavoro permane sulle singole società controllate⁹².

Qualora tale interesse si rivelasse pretestuoso o di mera facciata potrà trovare applicazione il divieto di frode alla legge che, sanzionando con la nullità il negozio, consentirà di applicare nei suoi confronti le norme imperative che si è tentato di eludere.

⁸⁹ G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati e imprese di gruppo e relazioni industriali*, cit., p. 212, che con questa terminologia mira a mettere in evidenza la concezione unificante dell'attività economica svolta dall'insieme delle società collegate.

⁹⁰ T. TREU, *Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1988, p. 641, che utilizza la locuzione con l'intenzione di sottolineare la situazione di pluralità e distinzione tra i soggetti societari. Rileva come il fronteggiarsi di nozioni diverse sottintenda differenti modi di avvicinarsi al fenomeno, e che la contrapposizione mette in luce la differenza tra dimensione economica e giuridica del fenomeno, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge*, cit., p. 255.

⁹¹ Per l'impossibilità di concepire il gruppo come soggetto unitario cui imputare l'attività svolta da più imprese collegate, F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 57; U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 91; O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, p. 263 ss.

⁹² V. PINTO, *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Cacucci, Bari, 2005; ma già ID., *Il lavoro nei gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento?*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 456 ss.; F. LUNARDON, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di imprese*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in

Normalmente la scelta economico organizzativa sottesa alla creazione del gruppo mira a perseguire obiettivi di efficienza, produttività, specializzazione o coordinamento delle attività svolte dalle consociate. Altre volte, tuttavia, il gruppo può risultare funzionale alla realizzazione di strategie elusive di normative poste a tutela del lavoro subordinato⁹³. In ogni caso, esso offre uno scenario non sempre limpido, sede privilegiata di fenomeni circolatori dei rapporti di lavoro dove, conseguentemente, si pone un problema di trasparenza, collegato all'esigenza di individuare chi sia l'effettivo datore di lavoro⁹⁴.

In quest'ambito la valutazione dell'interesse al distacco dovrà essere, quindi, particolarmente rigorosa, per evitare che dell'istituto venga fatto un uso distorto, funzionale al solo scopo di sottrarre il dipendente distaccato alla gran parte delle garanzie che gli spetterebbero per avere esercitato un'attività lavorativa alle effettive dipendenze della società distaccataria, tramite distacchi fittizi e fraudolenti.

F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, Utet, Torino, 2007, p. 2076 ss. In giurisprudenza, sembra rispondere all'esigenza di riconoscere una certa rilevanza al gruppo di impresa, al limitato scopo di riconoscere alcuni diritti collettivi di informazione e consultazione, Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 724, con nota di M. MOCELLA, *Licenziamenti collettivi, collegamento societario e limiti dimensionali ex art. 24, l. 223/1991*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 740, con nota di S. PASSE-RINI, *Gruppo di società e obbligazioni collettive nel rapporto di lavoro*. Dal punto di vista sindacale, è emblematica della tendenza a individuare nel gruppo di imprese il luogo naturale in cui favorire le istanze di partecipazione dei lavoratori alle decisioni delle imprese la direttiva n. 94/45/CE ed il d.lgs. n. 74/2002 che vi ha dato attuazione; nonché l'art. 4, comma 15-bis, della l. n. 223/1991 e l'art. 47, comma 4, della l. n. 428/1990, sul riconoscimento del diritto delle organizzazioni sindacali ad essere informate delle ragioni del progettato licenziamento collettivo o trasferimento d'azienda, anche se la decisione è maturata presso la controllante.

⁹³ Sottrarre lavoratori effettivamente impiegati al computo nella pianta organica della controllante, per orientare il requisito dimensionale dell'impresa, creare forme di interposizione, sottrarre al lavoratore la titolarità di determinati diritti sindacali, frazionare il rapporto di lavoro in modo da frammentare il diritto ad istituti connessi all'anzianità di servizio. Il che spiega il frequente ricorso, anche con riferimento al gruppo di imprese, al divieto di frode alla legge: Cass. 15 maggio 2006, n. 11107, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, p. 457; Corte app. Milano 21 giugno 2006, in *Lav. giur.*, 2007, p. 526; Trib. Roma 23 maggio 2011, n. 9642, in *Guida lav.*, 2011, p. 20.

⁹⁴ Su cui, più diffusamente, *supra*, cap. 1, §§ 8 e 12. In giurisprudenza, 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*; Cass. 1 aprile 1999, n. 3136, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, p. 467; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, in *Notiziario giur. lav.*, 1995, p. 286; Cass. 5 aprile 1990, n. 2831, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 183.

Si dovranno pertanto distinguere i casi in cui il distacco sia stato utilizzato per mascherare decentramenti non genuini del ciclo produttivo, con l'intento quindi di sfruttare manodopera a basso costo, da quelli in cui tale strumento sia stato impiegato anche per realizzare, e spesso mantenere, genuine relazioni di collegamento fra imprese. E' indiscutibile, come è stato precisato, che il distacco abbia acquisito rilevanza socialmente tipica soprattutto con riferimento ai gruppi di impresa, dove tale tecnica ha spesso rappresentato un efficace strumento delle più moderne evoluzioni delle strutture dell'organizzazione produttiva⁹⁵. E' altrettanto evidente che l'esistenza di una relazione di collegamento, di controllo o comunque di appartenenza al medesimo gruppo può rendere più frequente, più immediato, e più evidente l'interesse al distacco di un dipendente da una società ad un'altra. E' il caso, molto diffuso nei repertori di giurisprudenza, in cui all'interno di un gruppo societario, la società capogruppo avverta la necessità di elaborare una strategia comune per tutte le imprese collegate, in modo che «le prestazioni del lavoratore, pur inserite in un diverso contesto aziendale, corrispondano alle esigenze produttive e/o organizzative del distaccante e comunque giovino allo stesso»⁹⁶. Ciò però non può costituire l'occasione per eludere una verifica oggettiva del requisito dell'interesse datoriale al distacco che sia effettivo e specifico, o della sua temporaneità. Si autorizzerebbe altrimenti una legittimazione automatica di tale misura organizzativa, sino a quando permanga il dato oggettivo del collegamento di gruppo⁹⁷.

In quest'ottica va dunque apprezzato quell'indirizzo giurisprudenziale, di persistente attualità, che ha disconosciuto la presunzione di liceità del distacco operato nei gruppi di impresa⁹⁸. La giurisprudenza ha cioè escluso che la situazione di collegamento economico possa integrare una presunzione di interesse al distacco.

⁹⁵ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 112; A. PIZZOFRERATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore «distaccante» e consenso del lavoratore*, cit., p. 433 ss.; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 645.

⁹⁶ M. TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 235.

⁹⁷ In questo senso anche F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 445.

⁹⁸ Cass. 3 giugno 2000, n. 7450, cit., ma, nello stesso senso, già Cass. 26 giugno 1993, n. 5907, cit. e Cass. 12 novembre 1984, n. 5708, in *Dir. lav.*, 1985, II, p. 173.

8. La temporaneità del distacco

Quanto alla temporaneità del distacco, va detto che in passato tale requisito aveva rivestito una posizione ancillare rispetto al ruolo principale svolto dall'interesse del distaccante, in funzione strumentale alla sua natura transeunte, affinché la dissociazione tra titolare del rapporto e utilizzatore delle prestazioni lavorative non risultasse idonea a mortificare a titolo definitivo la persistenza del rapporto di lavoro originario. Sotto questo profilo la temporaneità del distacco è stata tradizionalmente concepita come un corollario della necessaria permanenza del vincolo contrattuale in capo all'originario titolare⁹⁹.

Tuttavia, è stato affermato che temporaneità non sta tanto per brevità, quanto per non definitività¹⁰⁰. La realizzazione dell'interesse datoriale, soprattutto se collegata all'esecuzione di progetti particolarmente impegnativi o di ampio respiro, può richiedere una tempistica particolarmente lunga, tanto da coincidere con l'intera durata del rapporto di lavoro¹⁰¹. La puntualizzazione mirava a confermare l'assunto precedente, ma ne svalutava di fatto la portata, finendo per vincolare la legittimità del distacco alla sola liceità dell'interesse del distaccante. Qualora, per ipotesi, esso si fosse protratto illimitatamente nel tempo, il distacco sarebbe stato lecito, anche se non temporaneo¹⁰². Soprattutto nei gruppi di impresa in cui il collegamento societario giustificava automaticamente e presuntivamente

⁹⁹ C. DE MARCHIS, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, cit., p. 268. In giurisprudenza, sul collegamento tra la temporaneità e la permanenza del vincolo contrattuale con il datore di lavoro originario, Cass., S.U., 13 aprile 1989, n. 1751, cit., Cass., S.U., 20 aprile 1985, n. 1499, in *Riv. giur. lav.*, 1985, II, p. 75, con nota di M.N. Bettini. Da ultimo, Trib. Genova 5 dicembre 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 250.

¹⁰⁰ Cass. 23 maggio 1984, n. 3159, in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 240 e Cass. 7 agosto 1982, n. 4435, in *Foro it.*, 1983, I, c. 399.

¹⁰¹ Cass. 8 febbraio 1985, n. 1013, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 153. Per fattispecie in cui la giurisprudenza aveva ammesso la legittimità di distacchi concepiti sin dal momento dell'assunzione, Cass. 20 gennaio 1984, n. 1048, in *Rep. Foro it.*, 1984, Lavoro (rapporto), p. 1048.

¹⁰² Sulla coincidenza tra interesse al distacco e durata predeterminata dello stesso, Cass. 7 giugno 2000, n. 7743, in *Notiziario giur. lav.*, 2000, p. 769; Cass. 20 marzo 2000, n. 3287, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1073. Si tratta di soluzioni giurisprudenziali molto elastiche che hanno finito per ammettere misure organizzative destinate a perdurare persino per molti anni: Cass. 17 maggio 1998, n. 2880, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3582; Cass. 8 febbraio 1985, n. 1013, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 153; *contra*, Cass., S.U., 20 febbraio 1985, n. 1499, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 151.

l'interesse del datore di lavoro, si finiva per legittimare anche distacchi di durata illimitata¹⁰³.

Oggi, a seguito della autonoma rilevanza della temporaneità del distacco che l'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 ha avuto cura di menzionare separatamente dall'interesse del distaccante, tende ad affermarsi l'idea che il distacco debba avere durata limitata nel tempo anche «qualora l'interesse al distacco possa rivelarsi definitivo o di lungo periodo»¹⁰⁴.

La portata innovativa della disposizione va dunque valutata positivamente: probabilmente essa non comporterà che il distacco debba avere necessariamente una breve durata, tuttavia ha il pregio di ridimensionare fortemente il rischio di allontanamenti *sine die* del lavoratore dalla comunità di lavoro di appartenenza, con conseguente alienazione rispetto al suo ambiente di lavoro, al collegamento (anche sul piano dell'azione sindacale) con gli altri lavoratori dell'impresa, alla conoscenza delle dinamiche professionali interne all'impresa ed ai percorsi di carriera¹⁰⁵.

Un sensibile ridimensionamento dell'elemento della temporaneità proviene, però, dalla Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3 del 15 gennaio 2004, dove si precisa che il concetto di temporaneità coincide con quello di non definitività, a prescindere dall'entità della durata del distacco, purché quest'ultima sia comunque funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante.

Sicché tesi estremamente riduttive hanno distinto tra durata del distacco, che può anche non essere predeterminata, nel senso di richiedere *ab origine* un termine finale, e temporaneità dello stesso, che è una precisa e «necessaria implicazione della non definitività dell'interesse del distaccante»¹⁰⁶. Secondo questa logica, la necessità della temporaneità dell'interesse sarebbe, pertanto, funzionale ad estendere l'ambito di applicazione della normativa, giacché in presenza di un interesse non temporaneo e quindi definitivo del distaccante si ricadrebbe in un altro istituto di diversa natura: o la cessione del contratto, che per la sua validità richiederebbe comunque il

¹⁰³ F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 445 e M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 219.

¹⁰⁴ C. ZOLI, *Commento all'art. 30*, cit., p. 341. *Contra*, F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 185, secondo cui «la temporaneità del distacco è funzione dell'interesse, e non vale di per sé come requisito autonomo di legittimità del distacco».

¹⁰⁵ In questo senso, F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 445.

¹⁰⁶ F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 265, ed in giurisprudenza, sia pure con riferimento ad una fattispecie sottratta *ratione temporis* all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, Cass. 2 settembre 2004, n. 17748, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 9.

consenso del lavoratore; oppure, nel caso in cui distaccante e distaccatario coincidano nello stesso datore di lavoro (*supra*, § 4), il trasferimento del lavoratore, purché siano rispettati i limiti disposti dall'art. 2103 c.c.¹⁰⁷.

La tesi in argomento esclude quindi la predeterminazione del distacco sotto il profilo temporale, nel senso che non sarebbe richiesta la fissazione di un termine finale nel provvedimento che dispone il distacco. L'opinione convince poco in quanto, oltre a svalutare la portata innovativa del dato testuale, finisce per riproporre quel collegamento strutturale tra temporaneità ed interesse, operato dalla giurisprudenza anteriormente al 2003, sottraendo al lavoratore un'importante garanzia collegata alla certezza di un termine entro cui rientrare in azienda. E' dunque preferibile optare per la necessità di un accertamento del carattere della temporaneità del distacco, sulla base di un giudizio prognostico che sia coevo al provvedimento che lo dispone. Al momento del distacco deve pertanto potersi prevedere, in relazione alle caratteristiche dell'attività da svolgere, ed all'interesse al distacco stesso, l'esaurirsi della prestazione entro un periodo limitato nel tempo¹⁰⁸.

La tesi della predeterminazione della durata del distacco, peraltro, troverebbe indiretta conferma nell'ultimo presupposto costitutivo di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, nella necessità, cioè, che questo sia riferibile allo svolgimento di un'attività determinata. In assenza, però, di una esplicita indicazione testuale in tal senso, sarebbe opportuno che a tale conclusione si pervenisse o per via contrattuale o in via interpretativa tramite un rinvio analogico alla disciplina del contratto a termine e di somministrazione di lavoro a tempo determinato¹⁰⁹.

9. L'esecuzione di una determinata attività lavorativa

Il distacco, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, deve avere luogo «per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa». Si tratta di un requisito aggiunto nella definizione legislativa, assente nella elaborazione giurisprudenziale precedente al 2003: solo raramente era sta-

¹⁰⁷ F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 265.

¹⁰⁸ Così, F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 444, che limita la legittimità del distacco, ad esempio, all'esaurimento di una specifica fase di sviluppo imprenditoriale, nel caso di un progetto di collaborazione tra imprese o di invio di un proprio dipendente presso la società controllata da parte della controllante, nonché alla fase di *start up*, nel caso di interesse della società scorporante a controllare la qualità dei processi produttivi della scorporata.

¹⁰⁹ C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 944.

ta sottolineata la necessità di valutare l'interesse del datore di lavoro distaccante «con riferimento al concreto espletamento dell'attività del lavoratore»¹¹⁰. In questo orientamento, esisteva già l'idea che l'individuazione della attività da svolgere durante il distacco ben avrebbe potuto fornire elementi presuntivi utili ai fini della verifica, in concreto, dell'esistenza di un effettivo interesse del distaccante¹¹¹.

La nuova previsione della necessità che il distacco venga disposto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa si colloca lungo questo stesso solco e rafforza la tesi della sussistenza di uno specifico interesse del distaccante al mantenimento del rapporto di lavoro con il distaccato. Il nuovo requisito, in altri termini, contribuisce ad arricchire la nozione di interesse «proprio» del distaccante, in quanto impone che esso risieda nell'esecuzione di una specifica prestazione lavorativa, «evitandosi che (...) possa essere genericamente determinato sulla base della mera attinenza agli scopi sociali dell'impresa»¹¹².

Secondo altri, poi, l'obbligatorietà dell'individuazione dell'attività che il distaccato svolgerà durante il distacco mira solo a rafforzare il suo carattere necessariamente temporaneo¹¹³. La tesi, però, trascura che, contrariamente a quanto è emerso dalla elaborazione giurisprudenziale anteriore al 2003, il distacco va oggi concepito, all'interno del più duraturo rapporto lavorativo tra il distaccante ed il proprio dipendente, come una «mera parentesi, destinata a durare sino a quando non sia venuta meno ogni ragione per la continuazione di quella specifica prestazione, che per costituire oggetto del distacco, va predeterminata almeno nei suoi tratti essenziali»¹¹⁴.

¹¹⁰ Cass. 2 novembre 1999, n. 12224, in *Notiziario giur. lav.*, 2000, p. 39; Cass. 23 aprile 1992, n. 4851, cit.

¹¹¹ Così M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 220.

¹¹² C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 944.

¹¹³ F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 188, secondo cui la previsione relativa alla determinata attività è nulla più che uno «spezzone descrittivo» della temporaneità del distacco.

¹¹⁴ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 570. Secondo P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., p. 181, la combinazione tra le due diverse locuzioni «messa a disposizione» e «per l'esecuzione di una determinata attività» contribuisce a sostenere letture estremamente restrittive della disposizione che non potrebbe più autorizzare un «semplice e libero "prestito di manodopera" al distaccatario (seppur all'insegna di un generico interesse del distaccante)» ma piuttosto «una specifica "missione" che viene affidata al lavoratore, circoscritta nei suoi contenuti di rapporto lavorativo, e, dunque, intuitibilmente negli obbiettivi da realizzare».

Non sarebbe pertanto ammissibile un distacco nel quale la determinazione dell'attività da svolgere presso il terzo non riveli uno specifico collegamento con l'interesse che il distaccante intenda perseguire mediante l'invio del proprio lavoratore presso il terzo. Ne consegue che dovrà guardarsi con forte sospetto a forme di distacco indeterminate, vagamente collegate a più o meno evanescenti interessi dell'impresa distaccante, e prive di adeguate modalità di individuazione dell'attività lavorativa da svolgere presso il terzo.

Sotto altro profilo, poi, secondo un'opinione, la determinazione dell'attività lavorativa oggetto del distacco lascia intendere che alla base del provvedimento debba necessariamente sussistere un'intesa tra distaccante e distaccatario che, «nel silenzio del legislatore (...) non deve essere necessariamente formalizzata per iscritto»¹¹⁵.

Così interpretata, infatti, la disposizione assolverebbe ad un altro importante compito, in quanto vincolerebbe, indirettamente, anche la posizione del distaccatario, il quale non potrà pretendere dal distaccato un'attività diversa da quella concordata con il distaccante, se non previo accordo con lui e successiva nuova comunicazione, sempre preferibilmente per iscritto, al distaccato¹¹⁶. L'intesa tra i due datori di lavoro, così, potrebbe «formare oggetto di un accordo novativo che, fermo restando il permanere dell'interesse dell'impresa distaccante, sia volto a rideterminare l'attività oggetto della messa a disposizione della prestazione lavorativa»¹¹⁷.

La necessaria e preventiva individuazione dell'attività lavorativa distaccata, attraverso un'intesa preliminare tra distaccante e distaccatario, dovrebbe, conseguentemente essere comunicata al lavoratore. Ma questo ulteriore passaggio avrebbe in realtà richiesto una più esplicita indicazione nel testo normativo. Va precisato che, in ordine alla forma del provvedimento che dispone il distacco, l'art. 30, d.lgs. n. 276/2003 è rimasto silente e, in applicazione del più generale principio di libertà della forma, non prevede espressamente la forma scritta ai fini della validità del distacco. Secondo un'opinione, che appare condivisibile, a tale soluzione dovrebbe però pervenirsi in via interpretativa, per garantire la massima certezza alle coordinate essenziali del distacco¹¹⁸.

¹¹⁵ C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 944.

¹¹⁶ M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 221.

¹¹⁷ C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 944.

¹¹⁸ M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 220 e M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 220. La forma scritta e la

10. *Il consenso nel caso del mutamento di mansioni*

Con una formula discutibile e di difficile lettura, il comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 dispone che quando al distacco si accompagna un «mutamento di mansioni», esso deve avvenire con il «consenso del lavoratore interessato». Lo stesso comma aggiunge, inoltre, che «quando comporti un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito, il distacco può avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive».

Si tratta di due novità particolarmente rilevanti che la dottrina considera ipotesi speciali, e cioè fattispecie nelle quali, oltre alle condizioni generali di legittimità del distacco, si richiedono ulteriori condizioni aggiuntive. Trattandosi di eccezioni alla disciplina base, i requisiti prescritti nel comma 3 dell'art. 30, non sarebbero applicabili alle altre ipotesi di distacco, che non siano specificamente descritte dal comma in esame¹¹⁹.

Quanto al consenso del lavoratore nel caso in cui il distacco comporti un «mutamento di mansioni» sono stati svolti diversi rilievi, dal momento che su tale terreno si è sviluppato il dibattito sul controverso inquadramento teorico e sistematico dell'istituto e sulla rilevanza del consenso del lavoratore distaccato come requisito per la sua legittimità.

I due aspetti, peraltro, si sono presentati intimamente connessi. Il comma 3 dell'art. 30, che ha ommesso il riferimento al consenso tra i requisiti costitutivi del distacco ha impresso una svolta significativa nel dibattito sull'inquadramento teorico dell'istituto¹²⁰. E le più tradizionali analisi del

preventiva intesa tra distaccante e distaccatario erano previste, ad esempio, dall'art. 8 della proposta di legge n. 2324 dell'11 febbraio 1988, richiamata nella nota 32.

¹¹⁹ S. MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., p. 1890; G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 571; M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 217, secondo cui al comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 sono state prese in considerazione alcune ipotesi particolari che, pur dando luogo ad altre fattispecie normative, non sembrano rappresentare ulteriori articolazioni della fattispecie: «si tratta, semmai, di particolari requisiti di disciplina che valgono non in presenza di qualunque forma di distacco, bensì di alcune specifiche ipotesi». Così anche F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 189, per cui il comma 3 dell'art. 30 descrive due «sotto-fattispecie».

¹²⁰ Ritiene che «il fenomeno, nella sua peculiare configurazione fattuale, è risultato del tutto impermeabile (...) ad ogni tentativo, effettuato dalla dottrina, di adattarlo a schemi civilistici» A. PIZZOFRERATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore «distaccante» e consenso del lavoratore*, cit., p. 433 ss. spec. p. 437, e O. MAZZOTTA, *Rapporto di lavoro, società collegate e statuto dei lavoratori*, cit., p. 777. Per valutazioni critiche su formalistiche equiparazioni tra il debito lavorativo (il cui assolvimento nel rapporto di lavoro su-

fondamento tecnico-giuridico, basate su soluzioni civilistiche, ovvero di matrice più spiccatamente lavoristica, si sono rivelate, infine, «stiracchiate giustificazioni teoriche» il cui risultato è stato quello di negare che per il distacco occorresse l'assenso del lavoratore¹²¹.

Il riferimento è, in primo luogo, a quelle teorie che hanno operato un rinvio alla cessione del credito (art. 1260 c.c.)¹²², alla promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.)¹²³, al contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.)¹²⁴, all'adempimento nei confronti del terzo (art. 1188, comma 1, c.c.)¹²⁵. Modelli interpretativi, tutti, apertamente rifiutati dalla giurisprudenza, la quale ha tradizionalmente optato per l'inclusione del distacco nel potere del datore di lavoro di specificare il comportamento concretamente dovuto dal lavoratore, classificando l'istituto come mera modificazione delle modalità di attuazione della prestazione, con conseguente e necessaria influenza del consenso del lavoratore ai fini della sua validità ed efficacia¹²⁶.

Ora, secondo l'opinione prevalente, la definizione legislativa di cui al comma 1 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, letta unitamente alla prima parte del comma 3, si basa, lungo il percorso giurisprudenziale tradizio-

bordinato implica l'impegno della persona del lavoratore) ed altre tipologie di debito (di consegnare ad es. una somma di denaro o una cosa determinata) sottese all'importazione di figure giuridiche quali la cessione del credito o del contratto, P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., p. 180. Per una compiuta ricostruzione delle posizioni dottrinali espresse sull'inquadramento teorico e sistematico del distacco, prima del 2003, M. ESPOSITO, *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1996, p. 119 ss.

¹²¹ Così, in senso particolarmente critico, P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., pp. 179 e 180, che precisa come il lavoratore sia «sempre un debitore molto particolare per il quale non è affatto indifferente assolvere il suo debito (lavorativo) nei confronti e presso l'impresa di Tizio o di Caio (distaccatario e cessionario del "credito") per mille e uno motivi, tutti riconducibili al fatto che l'assolvimento del debito implica l'impegno della sua persona, nel senso più ampio».

¹²² P. MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 207.

¹²³ R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, II, Unione tipografica-editrice torinese, Torino, 1965, p. 432.

¹²⁴ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Giuffrè, Milano, 1915, p. 59 ss. e successivamente M. ESPOSITO, *La mobilità a favore del terzo*, cit., p. 95.

¹²⁵ Per cui ancora P. MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 218.

¹²⁶ Tra le più risalenti, Cass. 8 agosto 1987, n. 6814, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, p. 1968. Successivamente, Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, in *Orient. giur. lav.*, 1998, p. 584; Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 968; Cass. 8 giugno 2005, n. 11952, in *Dir. giust.*, 2005, p. 22, con nota di M. Caroppoli; Cass. 22 marzo 2007, n. 7049, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 3. *Contra*, sulla necessità del consenso, Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 848, ma solo con riferimento a prestazioni particolarmente qualificate.

nale, sulla costruzione del distacco come esercizio del potere direttivo del datore di lavoro distaccante¹²⁷.

Il fatto che solo in caso di mutamento di mansioni sia richiesto che il distacco avvenga con il consenso del lavoratore interessato permette di dedurre *a contrario* che tale limite non sia applicabile all'ipotesi generale ed ordinaria, sulla base dell'assunto che normalmente il distacco non comporti (o non dovrebbe comportare) un significativo mutamento delle mansioni originariamente concordate¹²⁸.

Sul punto, tuttavia, la dottrina continua ad esprimersi in maniera fortemente critica. Il distacco, al pari di altri istituti lavoristici, determina una fondamentale modifica dell'identità del datore di lavoro e l'assenza del consenso tra i requisiti costitutivi della fattispecie finisce con il mortificare la posizione del lavoratore subordinato all'interno della relazione contrattuale con il proprio datore di lavoro. Nell'assetto di interessi che il contratto di lavoro mira a realizzare, infatti, il distacco si presenta come una modifica rilevante delle coordinate essenziali del rapporto, che incide sul ruolo che elementi come «distanza dall'abitazione, orari di lavoro, qualità dell'ambiente lavorativo e dei rapporti di colleganza, organizzazione concreta del lavoro, attività sindacali» normalmente svolgono nella scelta di farsi assumere da una certa impresa e di restarvi in servizio¹²⁹.

¹²⁷ S. MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., p. 1889. Prima del 2003, A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 320; M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, vol. I, *Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 218, secondo cui il distacco rappresenta un'espressione dei tipici poteri di gestione del rapporto di lavoro, comportando una semplice modifica delle modalità oggettive di svolgimento del rapporto medesimo. Mentre, in senso contrario, su quest'ultimo aspetto, M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., p. 21 e G. DE SIMONE, *Titolarietà dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 284 che esclude che si tratti di una mera modifica delle condizioni oggettive dell'esecuzione della prestazione, rilevando come il distacco investa, invece, un importante aspetto della relazione contrattuale, legato all'identità della persona del datore di lavoro.

¹²⁸ L'opinione è ampiamente diffusa: in particolare, M. DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007, p. 424 ss., nonché F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 189. Conseguentemente, l'esclusione del consenso dall'insieme dei requisiti costitutivi del distacco di cui al comma 1 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, conferma altresì la tesi giurisprudenziale dominante, secondo cui «alla vicenda rimane del tutto estranea la volontà negoziale del lavoratore che esegue la prestazione altrove, in osservanza del dovere di obbedienza imposto dall'art. 2104, secondo comma, c.c.»». In questi termini, Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, in *Orient. giur. lav.*, 1998, p. 584.

¹²⁹ P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., p. 180; per la rilevanza di tali variabili all'interno del rapporto di lavoro, in giurisprudenza, Pret. Roma 22 ottobre 1993, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1994, p. 913.

11. *Mutamento di mansioni e art. 2103 c.c.*

Controversa è stata l'individuazione dell'esatto ambito di applicazione della disposizione. L'opinione del tutto prevalente ritiene che si sia inteso fare riferimento ad un mutamento di mansioni «di carattere sostanziale»¹³⁰, tale da richiedere un irrigidimento della disciplina del distacco. Se, normalmente, il distacco discende dall'esercizio del potere direttivo unilaterale del datore di lavoro, qui la fattispecie richiede anche il consenso del lavoratore distaccando¹³¹.

Letta in questi termini, la disposizione sembra allinearsi ad un'isolata posizione della giurisprudenza che, prima del 2003, aveva ritenuto necessario il consenso del lavoratore, come condizione posta a tutela della sua professionalità, sia pure con riferimento a prestazioni qualificate («ad es. direttive»), funzionale anche a tutelare l'interesse del datore di lavoro «ad utilizzare le energie secondo la massima produttività che certo non si avrebbe in caso di distacco non gradito»¹³². Il comma 3 dell'art. 30 potrebbe perseguire, allora, l'analogo intento protettivo della professionalità del lavoratore, da interpretarsi però, non soltanto in senso statico, ma anche in senso dinamico. Infatti, in quell'isolata giurisprudenza era stata ricono-

¹³⁰ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 218; F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 265. Secondo S. MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., p. 1890, deve trattarsi di un mutamento di mansioni ordinario, cioè collegato al fisiologico svolgimento di questo particolare tipo di distacco. Qualunque distacco, che implichi anche uno spostamento del lavoratore, comporta sempre una modifica materiale delle mansioni, anche solo da un punto di vista meramente logistico. Se così non fosse, d'altronde, occorrerebbe credere che non è l'ipotesi speciale, ma quella generale, a rientrare sotto la disciplina di cui al comma 3 dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003: verrebbe cioè altrimenti meno l'eccezionalità della fattispecie, nonché la necessità di disciplinarla separatamente.

¹³¹ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 571. Sui rapporti tra art. 30, d.lgs. n. 276/2003 e art. 2103 c.c., anche P. TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 234 ss., spec. p. 237, secondo cui una lettura dell'art. 30, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, in termini di disciplina speciale della variabilità delle mansioni, in deroga a quella generale contenuta nell'art. 2103 c.c., non sarebbe ammissibile. Per l'art. 2103 c.c., infatti, l'ambito della variabilità, sia unilaterale sia consensuale, delle mansioni è segnato dall'equivalenza. Un'interpretazione dell'art. 30 che andasse oltre tale limite assegnerebbe alla disposizione una portata restrittiva rispetto alla prassi giurisprudenziale precedente, che nell'area della variabilità di cui all'art. 2103 c.c. non richiedeva il consenso del distaccato o, al massimo, lo richiedeva solo nel caso di mansioni di apprezzabile livello professionale (Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, cit.).

¹³² Così, Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, cit., sulla quale, diffusamente, M. DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, cit., p. 430.

sciuta la necessità del consenso nel limitato caso delle elevate professionalità, frutto di una visione statica della professionalità del lavoratore, imperniata sulla conservazione di una condizione già acquisita. La *ratio* della disposizione legale andrebbe rinvenuta, invece, in una visione più dinamica, «che guarda al passaggio verso il nuovo come processo da assecondare pur nel rispetto delle esigenze del lavoratore»¹³³, a prescindere dal tipo di mansioni richieste.

Ne discende che l'indagine circa la natura sostanziale del mutamento di mansioni, cui l'art. 30, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 sembra riferirsi, deve necessariamente superare il filtro dell'art. 2103 c.c.¹³⁴. Deve cioè trattarsi di una modifica legittima, ai sensi del predetto articolo, e cioè di una modifica che si muova entro i limiti generali posti all'esercizio dello *ius variandi*.

Il che porta ad escludere che il comma in questione possa trovare applicazione nel caso in cui il lavoratore, a seguito del distacco, subisca una variazione peggiorativa delle mansioni cui originariamente era stato adde- detto presso l'impresa distaccante, a meno di non volere riconoscere, in palese violazione dei limiti imperativi fissati dall'art. 2103 c.c., la legittimità di tipologie di distacco che, intervenendo sulle mansioni del lavoratore, determinino un demansionamento del medesimo, in evidente contrasto con i limiti di cui all'art. 2103 c.c.¹³⁵.

Si dovrebbe altrimenti dedurre che il comma 3 dell'art. 30 abbia inteso introdurre un'ulteriore deroga legale all'art. 2103 c.c., al pari di quelle espressamente disposte in caso di crisi aziendale (art. 4, comma 11, l. n. 223/1991), o di lavoratrice madre (art. 7, comma 5, d.lgs. n. 151/2001), di impossibilità sopravvenuta (come riconosciuta dalla giurisprudenza ormai costante)¹³⁶, o di aggravamento delle condizioni di salute in caso di disabilità (art. 4, comma 4, l. n. 68/1999). Sono questi casi in cui effettivamente l'ordinamento (giurisprudenza compresa) consente di modifica-

¹³³ M. DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, cit., p. 430.

¹³⁴ In senso estremamente critico nei confronti della disposizione, dove il legislatore delegato ha operato una commistione tra la disciplina delle mansioni e quella del trasferimento, con una soluzione che non ha risolto le varie questioni esaminate in dottrina e in giurisprudenza nella previgente disciplina, L. ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 344, che giudica questa prima parte del comma 3 dell'art. 30 «una regola di cui non è facile comprendere la *ratio* o, quantomeno, della quale è disagevole comprendere l'utilità».

¹³⁵ F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 446; F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 265; G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 572.

¹³⁶ Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 1029.

re *in pejus* le mansioni del lavoratore, ma sempre in presenza di ragioni che attengono all'interesse del lavoratore (l'interesse a conservare il posto di lavoro, a tutelare la propria salute, a preservare quella del figlio, anche nascituro, ecc.)¹³⁷. Diversa sarebbe invece la nuova fattispecie delineata dal comma 3 dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, giacché in tal caso ad essere tutelato sarebbe, per la prima volta, l'interesse del datore di lavoro a procedere al distacco, con modifica peggiorativa delle mansioni attribuite al lavoratore. Sarebbe cioè un caso di anomala deroga legale all'art. 2103 c.c., nel solo interesse del datore di lavoro e a danno del lavoratore¹³⁸. Una deroga, peraltro, che, non soltanto avrebbe dovuto essere espressa, ma avrebbe certamente ecceduto i limiti della delega legislativa¹³⁹.

Questa opzione peraltro lascia aperto il problema della validità di un patto di distacco che comporti una variazione peggiorativa delle mansioni, nel caso in cui il lavoratore manifesti l'interesse al distacco medesimo, malgrado la dequalificazione¹⁴⁰. La questione evoca le riflessioni della dottrina sulla corretta interpretazione ed applicazione della statuizione di nullità dei patti contrari di cui all'ultimo comma dell'art. 2103 c.c., tenuto conto che recentemente parte della giurisprudenza si è manifestata disponibile a riconoscere come la *ratio* protettiva dell'art. 2103 c.c. ne escluda la violazione quando sussista un serio e comprovato interesse del lavoratore¹⁴¹.

Sembrerebbe allora più plausibile la tesi secondo la quale con il comma 3 dell'art. 30 il legislatore abbia voluto definitivamente regolare il caso in cui il lavoratore distaccato si trovi a svolgere presso l'impresa distaccataria mansioni superiori. L'ipotesi è stata in passato assai frequente, ed ha rappresentato l'occasione statisticamente più rilevante delle pronunce

¹³⁷ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 259 ss.; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, cit., p. 357 ss.; e, da ultimo, A. BELLAVISTA, *L'oggetto dell'obbligazione lavorativa*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 8 ss.

¹³⁸ F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 265; G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 572.

¹³⁹ F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 447; ma nello stesso senso anche F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 265.

¹⁴⁰ P. TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, cit., p. 237.

¹⁴¹ Da ultimo, Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 43 ss., con nota di F. Fabbri.

¹⁴² Cass. 20 giugno 1990, n. 6181, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3157; Corte app. Milano 4 maggio 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2001, p. 329.

giurisprudenziali in tema di distacco¹⁴². La maggior parte delle quali ha riconosciuto il diritto del lavoratore all'inquadramento superiore, da esercitare nei confronti del datore di lavoro distaccante¹⁴³. Il distacco, infatti, rappresenta comunque una forma di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, che lascia impregiudicata l'obbligazione fondamentale del lavoratore di prestare la sua opera: di tale obbligazione il distacco costituisce una mera modificazione delle modalità di esecuzione. Sicché, il distaccante sarebbe stato responsabile del trattamento economico relativo alle mansioni superiori e del riconoscimento del grado e della qualifica superiore, non potendo sostenere la sua estraneità al conferimento delle mansioni superiori, necessariamente collegate al provvedimento di distacco¹⁴⁴. A tali conclusioni si può oggi pervenire direttamente, in virtù di quanto espressamente disposto dal comma 2 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, che stabilisce la responsabilità del datore di lavoro sia per il trattamento economico, sia per quello normativo. La stessa giurisprudenza aveva però escluso la legittimità del distacco nel caso in cui fosse stato riscontrato un accordo tra lavoratore e distaccatario, precostituito al solo scopo di avvantaggiare il lavoratore, impegnando indirettamente il datore di lavoro distaccante, a sua insaputa, a realizzare in futuro una migliore collocazione lavorativa¹⁴⁵.

Rimane dunque da considerare l'ipotesi dell'assegnazione di mansioni equivalenti: qui la dottrina è divisa tra chi nega che la fattispecie rientri nel capo di applicazione dell'art. 30, comma 3, dal momento che in questo caso non si realizza alcuna modificazione dell'oggetto dell'obbligazione, ma

¹⁴³ Cass. 16 aprile 1984, n. 2471, in *Giur. it.*, 1985, I, c. 802, che precisa come, altrimenti, il lavoratore subirebbe un ingiusto pregiudizio: egli non potrebbe far valere i diritti *ex art.* 2103 c.c. nei confronti del terzo beneficiario della prestazione, in quanto persona estranea al rapporto di lavoro, né potrebbe farli valere nei confronti del distaccante che potrebbe dimostrare come l'assegnazione delle mansioni superiori sia avvenuta al di fuori del suo controllo.

¹⁴⁴ Cass. 16 aprile 1984, n. 2471, in *Giust. civ.*, 1985, p. 142, con nota di P. Ghinoy.

¹⁴⁵ Cass. 20 giugno 1990, n. 6181, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3157 e, più recentemente, Corte app. Milano 4 maggio 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2001, p. 329. Sul punto anche, L. ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., pp. 342 e 343.

¹⁴⁶ M. MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, cit., p. 447; C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 945. P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., p. 181 e L. ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 345, auspicano invece che ad una generalizzazione della necessità del consenso da parte del lavoratore si pervenga in via di contrattazione collettiva, tutte le volte in cui le mansioni rimangano qualitativamente immutate e non comportino in termini quantitativi sforzi aggiuntivi rispetto a quelle precedenti.

solo una sua specificazione¹⁴⁶; e chi invece ritiene necessario il consenso del lavoratore, allorquando, pur nel rispetto dell'inquadramento e del livello allo stesso riconosciuti, egli debba mutare i compiti precedenti, ampliare l'ambito delle mansioni, a seguito di attività ulteriori rispetto a quelle svolte in precedenza, assumere mansioni plurime o promiscue, svolgere mansioni che, anche se equivalenti per le modalità di svolgimento o per altre ragioni, determinino un non marginale aggravio dell'impegno lavorativo¹⁴⁷.

Al riguardo, di nessuna utilità risultano le precisazioni provenienti dalla sede amministrativa. La Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3 del 15 gennaio 2004 appare decisamente fuorviante quando precisa che nell'ipotesi disciplinata dall'art. 30, comma 3, il consenso del lavoratore vale a ratificare l'equivalenza delle mansioni, laddove il loro mutamento, «pur non comportando un demansionamento, implichi una riduzione e/o specializzazione dell'attività effettivamente svolta». Su quest'ultimo inciso riposa un'evidente contraddizione, perché è chiaro che o vi è un problema di demansionamento o vi è un problema di equivalenza¹⁴⁸.

E' stato però osservato che una lettura restrittiva della norma, che escluda dal relativo campo di applicazione l'adibizione a mansioni equivalenti, non tiene nel debito conto come proprio questo sia il caso, al confine con un possibile mutamento *in pejus*, in cui il lavoratore normalmente ha «maggior bisogno della tutela affidata al suo legittimo "dissenso"». Il che rischia di disattendere la *ratio* della disposizione che presumibilmente andrebbe rinvenuta nell'intenzione di «apprestare una maggior tutela del lavoratore in una occasione in cui viene messo "a disposizione" di un terzo estraneo al rapporto di lavoro originario nel cui ambito continua ad essere responsabile, anche sul piano disciplinare, della prestazione dovuta e di ogni connesso adempimento»¹⁴⁹.

Tuttavia, quanto all'individuazione di un mutamento di mansioni rile-

¹⁴⁷ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 571.

¹⁴⁸ Così, in senso critico, F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 447; nello stesso senso, F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 264, secondo i quali si tratterebbe dell'ennesima lettura del d.lgs. n. 276/2003 volta a «limitare indebitamente gli spazi del sindacato giudiziario nella verifica del rispetto dei diritti dei lavoratori».

¹⁴⁹ M. DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, cit., p. 431, al quale si allinea anche G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 571, che nell'art. 30, comma 3, rinviene una specifica *ratio* volta a «non aggravare il dipendente – nel momento in cui si allontana dall'iniziale luogo di lavoro e dall'ambiente in cui ha spiegato la propria attività – di ulteriori difficoltà o disagi indubbiamente riscontrabili ogniquale volta si affronti un lavoro anche parzialmente diverso».

vante a tal fine, appare preferibile optare per la tesi secondo la quale la disposizione troverebbe applicazione in presenza, non di una mera variazione delle modalità esecutive delle mansioni, ma solo di modifiche che incidano sul contenuto delle stesse¹⁵⁰.

12. *Distacco e trasferimento oltre i 50 km*

Il consenso non è richiesto, inaspettatamente, per i distacchi che comportino anche un trasferimento ad unità produttive site «a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito».

Qui, come si accennava, il legislatore si è limitato a disporre che il distacco possa avvenire «soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive», sollevando alcuni dubbi sul versante costituzionale: vuoi per la mancata previsione del consenso, nonostante «la vicenda modificativa del rapporto si presenti per quest'ultimo di maggiore penosità rispetto al mero mutamento di mansioni»¹⁵¹; vuoi per l'infelice accostamento del distacco al trasferimento, che sembrerebbe alludere, a prima vista, alla possibilità di disciplinare allo stesso modo questa forma di distacco ed il caso del trasferimento da un'unità produttiva ad un'altra della stessa impresa, ai sensi dell'art. 2103, comma 1, ultimo periodo, c.c. Se così fosse, però, la disciplina del trasferimento sarebbe ben più rigorosa, in definitiva, di quella del distacco, in quanto, a differenza di quest'ultima, richiede sempre la giustificazione oggettiva, a prescindere dall'enti-

¹⁵⁰ M. DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, cit., p. 432, secondo cui devono riscontrarsi modifiche di carattere contenutistico, consistenti in «attribuzioni di ulteriori compiti e responsabilità, purché si tratti di variazione apprezzabile, anche alla stregua delle classificazioni contrattuali, sul piano dell'equivalenza con le precedenti mansioni o nella prospettiva di una eventuale promozione automatica».

¹⁵¹ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 573. Nello stesso senso, anche P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 113. Secondo M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 219, comunque, il distacco che oltre a comportare una variazione delle mansioni implichi anche un trasferimento dovrebbe altresì essere sorretto dal consenso del distaccato.

¹⁵² A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, p. 110. In generale, sul trasferimento del lavoratore e sui limiti dettati dall'art. 2103 c.c., F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., p. 259 ss.; E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti all'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. Giur. lav.*, 1984, p. 392 ss.; A. VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, p. 78 ss.; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, cit., p. 357 ss.

tà della distanza¹⁵². Sul punto va ricordata la tesi che, già prima del 2003, aveva delimitato il confine tra distacco e trasferimento, insistendo sulla natura temporanea del primo e su quella tendenzialmente definitiva del secondo¹⁵³. La Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3 del 15 gennaio 2004 ha precisato che «non si applica in caso di distacco, per sua natura temporaneo, la disciplina del trasferimento».

Sotto altro profilo, la formula utilizzata nella disposizione desta altre perplessità, in quanto anziché ripetere le ragioni indicate dall'art. 2103 c.c., essa richiama pedissequamente quelle già adottate nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, in relazione al contratto a termine. Il che, secondo alcuni, sarebbe attribuibile ad un «recente innamoramento del legislatore per la formula introdotta nel 2001 (fra l'altro, non un esempio preclaro di eleganza linguistica) in materia di contratto a termine»¹⁵⁴. Secondo altri, invece, si tratterebbe di una scelta consapevole volta a rimarcare che l'istituto del distacco, al pari del contratto a termine, deve assolvere ad esigenze aziendali di carattere temporaneo¹⁵⁵.

Prevale quindi una lettura dell'ultima parte del comma 3 dell'art. 30 in chiave garantistica nei confronti del lavoratore. Le comprovate ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo costituiscono un limite per i distacchi geograficamente più rilevanti, altrimenti assente¹⁵⁶. Pertanto, quando il distacco comporta un sacrificio qualificato, come nel caso del trasferimento ad una più lontana sede di lavoro, allora il legislatore pretende che il potere unilaterale del datore di lavoro subisca un ulteriore limite rappresentato dalla sussistenza di «una sorta di giustificato

¹⁵³ Così, in via definitiva, S. MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., p. 1891. Di comune avviso anche F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 264, che infatti privilegia l'ipotesi che il termine trasferimento sia stato qui usato impropriamente quale sinonimo di «spostamento». Prima del 2003, G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 313 ss.

¹⁵⁴ S. MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., p. 1891.

¹⁵⁵ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 573, secondo cui infatti occorrerebbe rinviare al dibattito dottrinale circa la temporaneità delle esigenze sottese all'apposizione del termine nel contratto di lavoro subordinato su cui, in generale, V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2001, p. 379; A. GARILLI-M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003; A. BELLAVISTA-A. GARILLI-M. MARINELLI, *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, Torino, 2009. Di recente, sul punto, G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2011.

¹⁵⁶ F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 447.

¹⁵⁷ C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., p. 945.

motivo»¹⁵⁷.

Letta in questi termini, però, la disposizione richiederebbe un opportuno, ma non facile, coordinamento con le condizioni generali di legittimità del distacco di cui al primo comma. Sorge cioè la difficoltà di distinguere gli elementi oggettivi sottesi all'interesse, nonché alla temporaneità, che giustificano un ordinario provvedimento di distacco e quelli che invece possono autorizzare un distacco che implichi uno spostamento presso l'unità produttiva del distaccatario, oltre i 50 km dal luogo di abituale svolgimento della prestazione¹⁵⁸.

Appare quindi preferibile concentrarsi sulla nozione di «comprovate», per il cui approfondimento potrebbe essere utile il rinvio alla giurisprudenza assestata sulla analoga nozione utilizzata nell'art. 2103 c.c.¹⁵⁹.

Un'attenzione particolare occorre infine dedicare alle ragioni sostitutive, formula anche questa discutibile, che normalmente sottende esigenze dell'unità di destinazione, piuttosto che di quella di provenienza¹⁶⁰, e che incontrerebbe un limite nel più tradizionale orientamento giurisprudenziale che nega la legittimità del distacco nel caso in cui si ravvisi una prevalenza dell'interesse del distaccatario rispetto a quello del distaccante¹⁶¹. Una lettura della formula idonea a salvarne l'operatività, pertanto, limita il riferimento alla mera sostituzione di altro lavoratore già distacca-

¹⁵⁸ Così F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 448. Nello stesso senso, anche S. MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., p. 1891, secondo cui il requisito, introducendo un forte irrigidimento dell'istituto, finirebbe per limitare o perfino precluderne l'applicazione nei casi in cui l'impresa di destinazione sia collocata oltre i 50 km dall'impresa distaccante.

¹⁵⁹ In questo senso M. MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato*, cit., p. 447 e M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 225, con i riferimenti giurisprudenziali nella nota n. 88, tra i quali si segnala, in particolare, Cass. 29 aprile 2004, n. 8268, in *Rep. Foro it.*, 2004, Lavoro (rapporto), n. 247. Sul punto, anche R. COSIO, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, in *Dir. e prat. lav.*, 2004, p. 1224.

¹⁶⁰ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 219.

¹⁶¹ Cass. 12 novembre 1999, n. 12224, cit. Secondo G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 573, la disposizione si riferisce all'ipotesi, molto frequente, in cui tra imprese appartenenti allo stesso gruppo, attraverso il reciproco scambio di lavoratori, si realizzino peculiari forme di esternalizzazione di lavoro, volte alla acquisizione di migliori, reciproche conoscenze ed esperienze, «sicuramente utili per quanti, per la comunanza di interessi economici, operano negli stessi (o in affini) settori della produzione».

¹⁶² F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., p. 446; M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 225.

to, per soddisfare il medesimo interesse del datore di lavoro che aveva disposto il primo distacco¹⁶².

Tenuto conto del generale principio di libertà della forma, tanto per il distacco, quanto, del resto, per il trasferimento, non occorre che le ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive siano indicate nel provvedimento di distacco. Malgrado qualche recente oscillazione in sede giurisprudenziale, infatti, tende ancora a prevalere la tesi che sostiene la necessità della comunicazione dei motivi del trasferimento solo nel caso in cui il lavoratore lo richieda, in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 2, comma 2, della l. n. 604/1966, in materia di licenziamento individuale¹⁶³.

13. Il distacco collettivo

L'art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 ha fatto salva la disciplina relativa al distacco di cui all'art. 8, comma 3, della l. n. 236/1993. Come già ricordato (*supra*, § 3), tale disposizione rappresenta uno dei primi segnali di attenzione del fenomeno del distacco nel settore privato: con l'introduzione del cosiddetto distacco collettivo, essa aveva previsto che «gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dell'impresa ad altra per una durata temporanea»¹⁶⁴.

Oggi questa peculiare forma di distacco va armonizzata con la normativa legale del distacco ordinario di cui, verosimilmente, essa rappresenta un'ipotesi speciale¹⁶⁵, dal momento che, ai sensi del comma 1 dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, il datore di lavoro che dispone il distacco può porre a disposizione di altro soggetto «uno o più lavoratori». Il legislatore del 2003, pertanto, ha contemplato anche la fattispecie di un distacco collettivo, per così dire ordinario, che si distinguerebbe dall'ipotesi di cui all'art. 8, comma 3, della l. n. 236/1993, sotto diversi aspetti.

¹⁶³ Sul punto, G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 573 e M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 226 e, in generale, sulla tempestività della comunicazione e motivazione del trasferimento, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 341 e 342. In giurisprudenza, per l'orientamento prevalente, tra le tante, Cass. 25 maggio 1996, n. 4823, in *Giust. civ.*, 1996, p. 2919, con nota di E. Gragnoli; *contra*, Trib. Milano 28 novembre 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 136 ss.

¹⁶⁴ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 186.

¹⁶⁵ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 574.

Una prima differenza attiene alla causa delle due tipologie di distacco. Riconducibile, nel primo caso, all'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, attraverso il suo interesse allo svolgimento della prestazione lavorativa presso il terzo; mentre, nel secondo, alla finalità di assicurare l'occupazione ai dipendenti di imprese in crisi.

Qui, le peculiarità della causa del distacco collettivo *ex art. 8, l. n. 236/1993* provocano significativi discostamenti rispetto all'ipotesi ordinaria definita dall'art. 30, d.lgs. n. 276/2003.

Una evidente deviazione rispetto ai requisiti costitutivi della fattispecie ordinaria riguarda l'interesse del datore di lavoro, rispetto al quale sembra difficile richiamare l'elaborazione giurisprudenziale precedente al 2003¹⁶⁶, dal momento che l'interesse sotteso al distacco cosiddetto collettivo *ex art. 8, l. n. 236/1993* non potrà semplicemente coincidere ed esaurirsi nel mero interesse proprio del distaccante, rispetto al quale presenterà, invece, una fisionomia profondamente diversa, sdoppiandosi nei due distinti interessi del lavoratore all'occupabilità, e dell'impresa alla flessibilità¹⁶⁷.

A diverse conclusioni, invece, si perviene con riferimento al requisito costitutivo della temporaneità, per il quale il rinvio all'elaborazione giurisprudenziale sulla temporaneità del distacco ordinario può risultare soddisfacente¹⁶⁸. Il distacco disciplinato dall'art. 8 della l. n. 236/1993 è per sua stessa natura temporaneo. La temporaneità qui rappresenta una necessaria implicazione dell'istituto, strettamente collegata alla sua *ratio*, quale strumento definito nel tempo, alternativo rispetto alla prospettiva della cessazione definitiva dei rapporti di lavoro coinvolti dal distacco.

Qualche difficoltà interpretativa potrebbe invece riscontrarsi nell'applicazione dell'art. 30, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, circa la possibilità che gli accordi sindacali dispongano il distacco con variazione di mansioni, in-

¹⁶⁶ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 215, secondo cui la fattispecie legale allora rappresenterebbe una «tipizzazione legislativa di un'ipotesi di interesse, integrante gli estremi del distacco».

¹⁶⁷ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 186; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1994, p. 287; M. BROLO, *La mobilità interna del lavoratore*, cit., p. 475; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 647; S. VERGARI, *Licenziamenti collettivi: le nuove norme*, in *Dir. e prat. lav.*, 1993, p. 996, spec. p. 998.

¹⁶⁸ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 215, con particolare riferimento al concetto di temporaneità, intesa come non definitività.

¹⁶⁹ Sul punto, anche G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 574.

dipendentemente dal consenso dei lavoratori da distaccare¹⁶⁹. La soluzione affermativa potrebbe basarsi su una lettura teleologica della disposizione, la cui finalità di assicurare l'occupazione a dipendenti di imprese in crisi replica la medesima *ratio* che all'interno della l. n. 223/1991 consente agli accordi sindacali una modifica *in pejus* delle mansioni¹⁷⁰.

In virtù delle stesse argomentazioni si è conseguentemente sostenuta la possibilità che il distacco collettivo comporti legittimamente uno spostamento dei dipendenti interessati oltre i 50 km, senza la necessità di indicare per ogni lavoratore le ragioni giustificatrici previste dalla seconda parte del comma 3 dell'art. 30. Queste però dovranno risultare dall'accordo che è la fonte legittimante il distacco¹⁷¹.

Nell'intento di fronteggiare una crisi occupazionale, quindi, questa specifica fattispecie legale di distacco autorizza una «sorta di ampliamento del potere direttivo del datore di lavoro, disposto dalla legge in considerazione della situazione di crisi aziendale, ma condizionato al consenso delle organizzazioni sindacali, che funge così da “filtro” delle esigenze aziendali obbiettive e al tempo stesso da garanzia di equo temperamento fra queste e gli interessi dei lavoratori»¹⁷². E' dunque nei confronti di tale accordo che l'interprete dovrà svolgere il controllo sulla liceità del distacco. Ne consegue che, se lo scopo della norma è quello di consentire temporaneamente «l'alleggerimento del bilancio dell'impresa in situazione di crisi», si dovrebbe giudicare con minore rigore la possibilità che in questo caso il “prestito” di manodopera venga concepito a titolo oneroso, attraverso apposita pattuizione tra le due imprese¹⁷³. D'altronde è difficile comprendere in che modo l'impresa distaccante, che già versa in una situazione di crisi aziendale, possa far fronte al mantenimento legale dell'obbligo retributivo, *ex art.* 30, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, nei confronti dei lavoratori distaccati presso il terzo¹⁷⁴.

In linea generale, va considerato come il distacco collettivo metta in luce i limiti della disciplina generale del distacco, nella misura in cui essa non prende in considerazione il coinvolgimento del sindacato in un fenomeno che presenta molti punti di contatto con altre forme di esternaliz-

¹⁷⁰ P. TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, cit., p. 236.

¹⁷¹ L. ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 348.

¹⁷² Così, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 145.

¹⁷³ Così, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 145.

¹⁷⁴ R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 647.

zazione del lavoro, per le quali invece sia prescritta una disciplina legale partecipativa. In quest'ottica si era mossa la proposta di legge n. 2324 dell'11 febbraio 1988, («Norme sulla tutela dei lavoratori della piccola impresa, sulla cassa integrazione guadagni e sui licenziamenti»), che infatti aveva contemplato «l'eventuale assistenza delle organizzazioni sindacali».

Soprattutto quando il distacco si verifichi all'interno dell'impresa di gruppo, la prassi sembra confermare la necessità di un confronto con il sindacato, che agisca da argine rispetto ad un fenomeno che nella disciplina legale è orientato a comprendere pure manifestazioni collettive. Anche questa forma di distacco, che ha un impatto certamente più significativo, non può che essere concepita come espressione del potere direttivo. Il che però equivale a sottrarre il fenomeno ai limiti fisiologici che le altre forme di lavoro esternalizzato normalmente incontrano.

14. *La disciplina del rapporto di lavoro distaccato*

Malgrado la regolamentazione legale dell'istituto, dal testo provengono ben poche indicazioni per disciplinare in concreto il rapporto di lavoro nella fattispecie trilaterale del distacco. L'art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, infatti, si limita a precisare che «in caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo in favore del lavoratore». Interpretata letteralmente, la disposizione costituisce logica conseguenza dei principi che in generale governano il rapporto di lavoro subordinato, i quali non possono subire deroghe in relazione alla vicenda del distacco¹⁷⁵.

Così, mentre il riferimento al «trattamento normativo» va interpretato come trattamento spettante al dipendente sulla base di quanto previsto dalla contrattazione collettiva e dal contratto individuale di lavoro, quanto al «trattamento economico», sotto il profilo retributivo, è indiscusso che se il distacco è legittimo, il solo datore di lavoro obbligato nei confronti del lavoratore interessato è quello distaccante. L'utilizzatore, infatti, non avrà alcun obbligo nei confronti del distaccato, ma esclusivamente nei confronti del distaccante, al quale corrisponderà il «costo» del distacco. Riguardo alla prassi generalmente invalsa in passato di corrispondere, il distaccatario al distaccante, un rimborso collegato agli oneri da

¹⁷⁵ L. ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 342.

questi sostenuti con riferimento al trattamento economico in favore del lavoratore, la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3 del 15 gennaio 2004 ha precisato che, dal momento che il distaccato esegue la prestazione non solo nell'interesse del distaccante ma anche del distaccatario, il rimborso potrebbe contribuire a rendere più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi effettivamente sostenuti dalle singole società.

Vanno qui richiamate le osservazioni già svolte sulla necessità che il rimborso non possa superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal distaccante. E' evidente, infatti, che in tal caso scatterebbe la presunzione di onerosità del distacco, che lo proietterebbe di conseguenza nell'area della somministrazione irregolare¹⁷⁶.

Quanto al «trattamento contributivo», che l'art. 30, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 fa ricadere interamente sul distaccante, la Circolare n. 3 del 15 gennaio 2004 ha precisato che questo sia adempiuto in relazione all'inquadramento ed ai parametri dell'impresa distaccante, mentre per ciò che attiene all'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali, per quanto il relativo onere ricada sul distaccante, il calcolo del relativo premio va effettuato sulla base dei premi e delle tariffe imposti al distaccatario.

Si tratta di un necessario corollario del principio per cui il rischio per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali è direttamente condizionato dal concreto svolgimento dell'attività lavorativa oltre che dalla organizzazione produttiva e dalla natura dell'impresa¹⁷⁷. Ai sensi dell'art. 10, comma 3, del d.p.r. n. 1124/1965, infine, è il distaccante che rimane responsabile in caso di rivalsa dell'istituto in occasione di infortunio sul lavoro incorso al lavoratore presso il distaccatario ove sia integrata un'ipotesi di reato.

Per tutti gli altri aspetti della disciplina del rapporto di lavoro coinvolto da un distacco, di fronte al silenzio del legislatore, è da escludersi il riferimento alla lunga elaborazione giurisprudenziale in materia, che rischia di trascurare gli effetti prodotti dalla regolamentazione legale dell'istituto, nonché quelli del più ampio intervento legislativo in cui essa è stata in-

¹⁷⁶ In giurisprudenza, sulla legittimità del rimborso, Cass. 13 aprile 1989, n. 1751, in *Dir. e prat. lav.*, 1989, p. 1510, con nota di E. D'Avossa e, più recentemente, Cass. 10 giugno 1999, n. 5721, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 36, con nota di M. Caro.

¹⁷⁷ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 575.

¹⁷⁸ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 113.

serita¹⁷⁸. La dottrina suggerisce, allora, di assumere la somministrazione di lavoro, introdotta e regolata dallo stesso d.lgs. n. 276/2003, a parametro legale di riferimento della dissociazione autorizzata tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione lavorativa; e di rinviare a tale disciplina per colmare le diverse lacune che l'intervento normativo ha mantenuto scoperte¹⁷⁹. Invero, la particolare struttura del distacco implica quella dissociazione fra titolarità del rapporto di lavoro in capo al distaccante e destinazione della prestazione lavorativa a beneficio del distaccatario, e presenta alcune specificità di non facile soluzione, se non attraverso rinvii analogici alla disciplina della somministrazione¹⁸⁰, sia pure con alcune attenuazioni.

Così, con riferimento al profilo critico relativo all'esercizio dei poteri direttivo e disciplinare, la dottrina ha proposto di ricorrere alla medesima ripartizione dei diritti e degli obblighi tra titolare del rapporto e beneficiario della prestazione, effettuata dal legislatore in relazione alla somministrazione. Pertanto, nessun dubbio che, a causa della persistenza della relazione contrattuale tra distaccato e datore di lavoro distaccante, su quest'ultimo continui a gravare la titolarità del potere direttivo. Va precisato, però, che quanto all'esercizio in concreto di tale potere, attesa la difficoltà tecnica di concepire una prestazione lavorativa a favore di un terzo, senza che gli venga delegata anche una quota del potere direttivo, il distaccatario sarà investito di quella parte del potere direttivo che riguarda i profili esecutivi della prestazione, nonché tutti quei poteri funzionali all'inserimento del lavoratore distaccato nella propria struttura organizzativa¹⁸¹.

¹⁷⁹ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 496 e 497.

¹⁸⁰ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 219. A conclusioni analoghe era giunta la dottrina, già prima del d.lgs. n. 276/2003, con riferimento alle forme di distacco legale, art. 2139 c.c. e art. 8 della l. n. 236/1993, le quali presentavano rilevanti analogie strutturali rispetto al lavoro temporaneo tramite agenzia (l. n. 196/1997). Si riteneva, pertanto, ragionevole «per quanto opinabile» applicare in entrambi i casi, in via analogica, la disciplina dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti del rapporto trilatero, disposta dalla legge del 1997. Così, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 145 e 146.

¹⁸¹ L'attuale definizione legale dell'istituto che espressamente configura il distacco nell'ipotesi in cui il datore di lavoro «pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto», rinvia chiaramente a quella nozione di *disponibilità* che, già prima del 2003, aveva indotto la dottrina a teorizzare come l'acquisto della disponibilità del lavoratore distaccato da parte dell'utilizzatore, in virtù del distacco, non possa che attribuirgli anche la possibilità di esercitare nei suoi confronti il potere direttivo. Sul punto, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 180; ma anche G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 281.

¹⁸² F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 265; M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 220.

Egli, peraltro, sarà anche destinatario degli obblighi di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. e alle altre norme in materia¹⁸².

Rimangono, quindi, sullo sfondo le questioni che in passato hanno riguardato l'individuazione del meccanismo giuridico che determina l'acquisizione da parte del terzo della titolarità del potere direttivo. In proposito erano state elaborate diverse soluzioni. La prima rintracciava nel distacco la costituzione di due obbligazioni collaterali: accanto a quella che il lavoratore contrae con il datore di lavoro distaccante, se ne sarebbe creata con il terzo un'altra parallela, che presentava un contenuto più ridotto rispetto alla prima, nei cui confronti essa si poneva in funzione strumentale¹⁸³.

Secondo altri, invece, il distacco avrebbe ripetuto lo schema del contratto a favore del terzo, di cui all'art. 1411 c.c.¹⁸⁴, ma tale ricostruzione era stata respinta dalla dottrina dominante che aveva ammesso il ricorso alla figura codicistica solo in presenza di apposita clausola contrattuale in tal senso¹⁸⁵.

L'attuale assetto normativo sembra invece autorizzare interpretazioni già avanzate in dottrina, secondo cui il potere direttivo, inscindibilmente legato alla titolarità del rapporto di lavoro, rimane in capo all'originario ed unico datore di lavoro, che ne delega al terzo la parte collegata alla quotidianità dell'esercizio della prestazione presso di lui¹⁸⁶.

Al distaccante rimane anche la titolarità del potere disciplinare il cui esercizio sarà condizionato dall'impulso nonché dalla consultazione con il distaccatario¹⁸⁷.

Al distaccante viene altresì riservata la titolarità del potere di assumere tutti quegli atti di gestione formale del rapporto di lavoro, suscettibi-

¹⁸³ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, cit., p. 64.

¹⁸⁴ M. ESPOSITO, *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., p. 134 ss.

¹⁸⁵ O. MAZZOTTA, *Rapporto di lavoro, società collegate e statuto dei lavoratori*, cit., p. 780; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, cit., p. 48; M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 232 ss. che invece nega radicalmente la possibilità di invocare il contratto a favore del terzo.

¹⁸⁶ G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 281 e M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 180.

¹⁸⁷ Così, G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 575, secondo cui è il distaccatario che deve portare il distaccante a conoscenza degli addebiti destinato a costituire oggetto della contestazione ex art. 7, l. n. 300/1970. Quanto alla consultazione del distaccatario, invece, si tratterebbe di un «parere qualificato», come sostiene M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 219.

li di modificarne in modo permanente l'assetto, tra i quali va sicuramente menzionato anche il potere di licenziare, atteso che, malgrado l'inserimento presso un'altra azienda, tra distaccante e distaccato persistono quei vincoli obbligatori e di potere-soggezione, tipici della subordinazione¹⁸⁸.

L'applicazione analogica della disciplina prevista per il rapporto di lavoro nell'ambito di un contratto di somministrazione incontra il limite della responsabilità solidale per gli obblighi retributivi che, espressamente prevista nel caso della somministrazione dall'art. 23 del d.lgs. n. 276/2003, non può riguardare anche il distacco¹⁸⁹. Già in virtù di un orientamento giurisprudenziale consolidato sul punto, ed oggi, ai sensi del comma 2 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, il distaccante è l'unico responsabile per i trattamenti retributivi e contributivi, mentre il distaccatario sarà responsabile per eventuali trattamenti retributivi e normativi che dovesse applicare al lavoratore nella fase del distacco, purché il relativo obbligo sia stato assunto in base a «pattuizioni nuove», rispetto alle quali il distaccante rimarrebbe del tutto estraneo¹⁹⁰. In tal caso, precisava la giurisprudenza, si viene ad instaurare, accanto all'originario nonché unico rapporto di impiego, un ulteriore rapporto «collaterale» ad esso collegato, che trae origine del distacco ma che coinvolge il distaccato ed il terzo, senza che il distaccante, salvo diverso ed espresso accordo, ne sia coinvolto.

L'applicazione analogica della disciplina sulla somministrazione viene invocata anche per l'individuazione di una serie di obblighi secondari: così, in virtù di quanto prescritto dagli artt. 23, 24 e 20 del d.lgs. n. 276/2003, il distaccante è gravato degli analoghi obblighi informativi imposti al somministrante nei confronti dei suoi dipendenti. Sul distaccatario graveranno, invece, quelli propri dell'utilizzatore del lavoro somministrato. Si è visto, inoltre, che il destinatario del distacco dovrà fornire adeguata comunicazione al distaccante della adibizione dei lavoratori distaccati a mansioni diverse da quel-

¹⁸⁸ In giurisprudenza, Cass. 3 agosto 2001, n. 10771, in *Rep. Foro it.*, 2001, Lavoro (rapporto), n. 930.

¹⁸⁹ F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 265 e M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 219.

¹⁹⁰ Cass. 1 febbraio 1988, n. 877, in *Rep. Foro it.*, 1988, Impresa, n. 1997.

¹⁹¹ Per un compiuto esame degli aspetti sindacali del rapporto di lavoro del distaccato si rinvia all'approfondimento di F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 204 ss.

le concordate, e per le quali è stato disposto il distacco; dovrà garantire ai lavoratori distaccati l'esercizio dei diritti sindacali e le garanzie collettive¹⁹¹; dovrà, infine, rivalere i terzi dei danni arrecati dal lavoratore durante l'esercizio delle mansioni del distacco¹⁹².

Qualche osservazione critica proviene dalla dottrina circa il silenzio della disposizione sugli obblighi di forma del provvedimento di distacco. Si sottolinea, infatti, che la forma scritta appare utile non soltanto a giustificare la presenza del lavoratore distaccato presso altra struttura organizzativa, ma anche a fissare le condizioni e le modalità di svolgimento del rapporto e l'esecuzione della (pre) «determinata» attività lavorativa che, oggi, in virtù dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, il distaccato è espressamente chiamato a svolgere¹⁹³.

15. Le conseguenze del distacco illecito

Nella originaria formulazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 non vi era alcuna disposizione sugli effetti da collegare ad un distacco illegittimo.

Nessun dubbio che nel caso in cui il distacco venisse posto in essere con l'intento fraudolento di violare norme inderogabili di legge o di contratto collettivo poste a tutela dei lavoratori, compresa la «disciplina di confine» sulla somministrazione di lavoro, si potesse fare ricorso all'applicazione dell'art. 28 del d.lgs. n. 276/2003 (somministrazione fraudolenta). La natura dell'apparato sanzionatorio disposto da tale articolo, infatti, è apparsa perfettamente compatibile con la fattispecie del distacco, attesa la «in-

¹⁹² G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 575. Riconosce la responsabilità del datore di lavoro ex art. 2049 c.c. per i fatti illeciti determinati dal dipendente distaccato, come logica conseguenza del mantenimento della titolarità del rapporto di lavoro in capo al distaccante, Cass. 11 gennaio 2010, n. 215, in *Giust. civ.*, 2010, p. 851, con nota di F. BUFFA, *In tema di distacco del dipendente e di responsabilità del distaccante*. Per gli obblighi di sicurezza, V. MARTINA, *Obblighi di sicurezza e responsabilità del datore di lavoro distaccante*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 621.

¹⁹³ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 220.

¹⁹⁴ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 222 e G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 575, secondo cui in questa stessa direzione si era mosso il disegno di legge n. 848, contenente la delega al governo in materia di mercato del lavoro, per l'abrogazione della l. n. 1369/1960, di cui si richiedeva la sostituzione con una disciplina basata, tra l'altro, sulla conferma di un regime sanzionatorio civilistico e penalistico «per forme di speculazione fraudolenta sul lavoro altrui». L'art.

tegrale sussumibilità delle condotte del distaccante-somministrante e del distaccatario-utilizzatore nella fattispecie legislativamente tipicizzata»¹⁹⁴.

Invece, sulla possibilità che, al di là della fraudolenta utilizzazione dell'istituto, si potesse estendere l'applicazione dell'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 al caso in cui il lavoratore distaccato avesse reso la sua prestazione in favore di un terzo, in assenza dei requisiti costitutivi della fattispecie legale ex art. 30, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, la dottrina aveva espresso posizioni diverse¹⁹⁵. L'opinione prevalente si è subito mostrata favorevole a questa prima tesi, a causa dell'assimilazione tra distacco privo di requisiti costitutivi e somministrazione irregolare, in linea, del resto, con la precedente soluzione giurisprudenziale della imputazione del rapporto di lavoro del distaccato in capo all'effettivo utilizzatore¹⁹⁶.

Contro l'applicazione dell'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, si era espressa una parte minoritaria della dottrina, secondo cui il distaccato che avesse reso la prestazione in favore del terzo, in assenza dei requisiti costitutivi della fattispecie legale ex art. 30, avrebbe avuto solo diritto al risarcimento del danno¹⁹⁷.

Secondo altri, infine, l'assenza dei requisiti richiesti dall'art. 30, d.lgs.

1, comma 2, lett. h, n. 6 della legge delega n. 30/2003, ha poi modificato tale criterio richiedendo, invece, la «conferma del regime sanzionatorio civilistico e penalistico previsto per i casi di violazione della disciplina della mediazione privata nei rapporti di lavoro...». Sul punto, anche R. DEL PUNTA, *Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, cit., p. 75, che ritiene infatti la disposizione anodina, quando si riferisce alla violazione della disciplina della «mediazione privata», da leggersi come verosimile riferimento all'interposizione.

¹⁹⁵ L'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, nel caso in cui si configuri una somministrazione irregolare, riconosce il diritto del lavoratore a richiedere al giudice la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del soggetto nei confronti del quale la prestazione è stata resa. Sul contratto di somministrazione irregolare e sul relativo apparato sanzionatorio, in generale, P. ICHINO, *Commento agli artt. 20-28*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 317 ss.; M.T. CARINCI, *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., II, p. 156 ss.; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipoa, Milano, 2004, p. 177, spec. p. 195.

¹⁹⁶ Trib. Firenze 2 maggio 1985, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, p. 316, con nota di E. D'Avossa; Cass. 10 giugno 1999, n. 5721, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 36, con nota di M. Caro. Così M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 221 ss.; M. PERSIANI-G. PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2003, p. 94; M. TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, cit., pp. 239 e 240; L. ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 341; C. BIZZARRO-M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, cit., p. 367.

¹⁹⁷ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 574.

n. 276/2003 avrebbe determinato la «nullità del contratto di distacco» *ex* art. 1418 c.c., con il conseguente «concentrarsi, in capo all'impresa distaccante, della titolarità del potere decisionale e della titolarità del rapporto di lavoro»¹⁹⁸.

La questione è stata risolta per via legislativa, dopo che l'art. 7 del d.lgs. n. 251/2004 ha aggiunto all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 il comma 4-*bis*, che prevede espressamente che «quando il distacco avvenga in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo»¹⁹⁹.

La disposizione ripropone, pressoché integralmente, quella dettata dall'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, in materia di somministrazione irregolare. L'intervento correttivo, pertanto, accoglie la tesi della sostanziale simmetria prospettata in dottrina tra distacco e somministrazione e, implicitamente, della sostanziale sopravvivenza, anche nell'attuale contesto normativo delineato dal d.lgs. n. 276/2003, del divieto di somministrazione di mera manodopera, nonché, conseguentemente, del relativo quadro sanzionatorio. Anche nel nuovo assetto legale, allora, il distacco, sino a quando integra i requisiti costitutivi previsti dalla definizione legislativa, costituisce un'ipotesi di somministrazione lecita, qualificata dall'interesse del distaccante. In loro assenza, viene colpito da una sanzione ana-

¹⁹⁸ R. COSIO, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, cit., pp. 1124 e 1125. Ma, nello stesso senso, F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 178.

¹⁹⁹ Sul regime sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 251/2004, M. MISCIONE, *Il «correttivo» 2004 del D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 621 ss. Per la stessa fattispecie, ossia nel caso di «distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30, comma 1», l'art. 4 del d.lgs. n. 251/2004, aggiungendo il comma 5-*bis* nell'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003, ha previsto che «l'utilizzatore e il somministratore», che nel distacco assumono il ruolo di distaccatario e distaccante, «sono puniti con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo». Si tratta della medesima sanzione prescritta per la somministrazione di lavoro resa senza la necessaria autorizzazione. Da ultimo, cfr. il nuovo art. 603-*bis* c.p., contenente il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, su cui R. SCHIAVONE, *Intermediazione illecita: il nuovo reato di caporalato*, in *Guida lav.*, 2011, p. 63.

²⁰⁰ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 222. Così, prima del 2003, O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 118; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 650 e F. SCARPELLI, *Interposizio-*

loga a quella prevista per la somministrazione illecita: imputazione del rapporto in capo all'effettivo utilizzatore²⁰⁰.

La tesi ha peraltro trovato puntuale conferma anche nella prima giurisprudenza successiva al 2003, dove somministrazione e distacco sono stati qualificati come forme lecite di dissociazione tra titolare e utilizzatore del rapporto di lavoro autorizzate dal d.lgs. n. 276/2003, «in una prospettiva di rinnovata rimodulazione delle relazioni industriali e del mercato del lavoro». La indicata disciplina (della somministrazione e del distacco), però, pur presentandosi come un'innovazione – «seppure rilevante per le implicazioni di carattere teorico sulla sistemazione dogmatica del rapporto lavorativo» – «si configura anche nell'attuale assetto normativo come una eccezione». «Sicché allorquando si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore ... si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro come avviene in ipotesi di “somministrazione irregolare” ex art. 27 cit. o di comando disposto in violazione di tutto quanto prescritto dall'art. 30 cit.; fattispecie che, giusta quanto sostenuto in dottrina, continuano ad essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera»²⁰¹.

E' chiaro che anche per il distacco illecito si propone la questione della qualificazione della sanzione civilistica predisposta dall'art. 27, d.lgs. n. 276/2003. Secondo una tesi, con la formulazione letterale dell'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003, interamente riportata nel comma 4-*bis* dell'art. 30 dello stesso decreto, il legislatore del d.lgs. n. 276/2003 e del decreto correttivo avrebbe accolto il modello dell'annullabilità su iniziativa esclusiva del lavoratore²⁰². Il che, da un lato, preclude a soggetti terzi (come istituti previdenziali, associazioni sindacali o altri lavoratori interessati) la possibilità di fare valere la nullità del distacco illegittimo²⁰³. E, dall'altro, smen-

ne e appalto nel settore dei servizi informatici, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti di imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 58 e 59.

²⁰¹ Così, testualmente, Cass., S.U., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Mass. Giur. lav.*, 2007, p. 240, con nota di M. Della Casa.

²⁰² Essenzialmente, relativamente all'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003, P. ICHINO, *Commento agli artt. 20-28*, cit., 321, e con espresso riferimento all'art. 30, comma 4-*bis*, M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 233. Inoltre, sul punto, R. DEL PUNTA, *Il “nuovo” divieto di appalto di manodopera*, cit., p. 1957.

²⁰³ In questo senso, prima del correttivo del 2004, F. SCARPELLI, *Distacco*, cit., pp. 158 e 159.

tisce la tesi della automatica costituzione del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del distaccatario-utilizzatore, come aveva ritenuto la prevalente giurisprudenza prima della disciplina legale²⁰⁴. Ciò porterebbe a ritenere che il distacco illegittimo produrrà i suoi effetti fino a quando il lavoratore, e soltanto egli, non vi si opponga, attraverso un'apposita azione giudiziale costitutiva. Di questa tesi, ma solo relativamente al distacco, a causa delle sue specificità, va apprezzato il tentativo di superare gli effetti degenerativi a danno dei lavoratori provocati dalla soluzione preferita dalla giurisprudenza anteriore al 2003. Invero, come si accennava, nei fenomeni di esternalizzazione l'uso del distacco di più lavoratori consentirebbe di espellere quote consistenti di personale in alternativa alle procedure di riduzione di personale, atteso che sarebbe sufficiente distaccare in maniera illegittima, per ottenere a poco prezzo gli effetti desiderati connessi alla traslazione del rapporto di lavoro presso il datore di lavoro distaccatario²⁰⁵. A fronte, peraltro, di un istituto per sua natura temporaneo, la costituzione automatica per via giudiziale di un rapporto a tempo indeterminato potrebbe esporre il lavoratore a rischi ben più penalizzanti²⁰⁶. Si pensi all'ipotesi, evocata all'inizio del capitolo, del distacco di un dipendente assunto dalla capogruppo, ma inviato a prestare la propria attività presso una collegata di minori dimensioni e di più incerta affidabilità. Qui l'attribuzione della scelta in ordine all'opportunità o meno di convertire il distacco in un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del distaccatario, all'iniziativa del solo lavoratore, e non di terzi, appare più convincente che altrove.

Il legislatore, nel riconoscere la possibilità del lavoratore di proporre il ricorso introduttivo nei confronti del solo distaccatario, conferma poi l'orientamento giurisprudenziale che, già sotto il vigore della l. n. 1369/1960, aveva escluso la necessità di estendere il contraddittorio anche all'appaltatore interposto, ai sensi dell'art. 102 c.p.c., per il lavoratore che intendesse accertare l'intermediazione illecita di manodopera e la conseguente esistenza di un rapporto di lavoro con il committente²⁰⁷.

²⁰⁴ Trib. Firenze 2 maggio 1985, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, p. 316, con nota di E. D'Avossa; Cass. 10 giugno 1999, n. 5721, cit.

²⁰⁵ R. COSIO, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, cit., pp. 1224 e 1225.

²⁰⁶ G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 575.

²⁰⁷ Cass., S.U., 22 ottobre 2002, n. 14897, in *Dir. giust.*, 2002, p. 27; e, in senso conforme, Cass. 17 giugno 2004, n. 11363, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1297. In dottrina, M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 234.

A causa del richiamo al disposto dell'art. 27, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, contenuto nel nuovo comma 4-*bis* dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, anche nel caso del distacco illegittimo, come per la somministrazione irregolare, «tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata». Inoltre, «tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione»²⁰⁸.

La disposizione mira a risolvere una serie di questioni interpretative, sorte sotto il vigore della l. n. 1369/1960, allorché fosse stata accertata la costituzione del rapporto di lavoro con effetto retroattivo in capo all'interponente, relativamente alla validità degli atti compiuti dall'interposto.

Destinatario della tutela è, in primo luogo, il distaccatario. Infatti, attraverso il primo periodo del comma 2 dell'art. 27, oggi esplicitamente richiamato dal comma 4-*bis* dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, al distaccatario saranno imputati tutti i pagamenti effettuati dal distaccante, in modo da tutelarlo di fronte alla richiesta di pagamento di somme da parte del lavoratore che abbia ottenuto in giudizio la costituzione di un rapporto di lavoro alle sue dipendenze. Così, la norma consente di evitare quella illogica soluzione per cui, ad esempio, in passato l'istituto previdenziale restituiva all'interposto i contributi da lui versati, mentre contemporaneamente richiedeva il pagamento delle medesime somme all'interponente, addebitandogli interessi e sanzioni per la pretesa omissione del pagamento²⁰⁹.

Rimarrebbe irrisolta, poiché la disposizione non vi fa riferimento, la questione dei rapporti tra distaccatario e distaccante in merito ai suddet-

²⁰⁸ M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 234, interpreta la disposizione in argomento come una diretta conferma della tesi del distacco come cessione del contratto di lavoro dal distaccante al distaccatario, «con la conseguente applicabilità al rapporto di lavoro ceduto delle regole già stabilite per quello originario».

²⁰⁹ Così P. ICHINO, *Commento agli artt. 20-28*, cit., p. 321. Secondo M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 234, sotto questo profilo, la disposizione appare una concretizzazione del principio generale in materia di adempimento del terzo *ex art.* 1180 c.c. A norma di tale disciplina, infatti, in linea generale, per il creditore è indifferente che l'obbligazione venga adempiuta direttamente dal debitore o, in luogo di questi, da un terzo.

ti pagamenti. Ma, in applicazione dei principi generali, sembra potersi ipotizzare che il distaccante che abbia effettuato i pagamenti possa quantomeno esperire nei confronti del distaccatario la generale azione di indebitto arricchimento *ex art.* 2041 c.c.

Il secondo periodo del comma 2 dell'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003, invece, nel disporre l'imputazione nella sfera giuridica del distaccatario di tutti quegli atti di costituzione e di gestione del rapporto di lavoro che abbia compiuto il distaccante durante il periodo in cui ha avuto luogo il distacco, sembra riferirsi da un lato ad atti che, più che compiuti, siano invece stati ricevuti dal distaccante, come nel caso delle dimissioni del lavoratore e, dall'altro, ad atti che, compiuti dal distaccante, abbiano prodotto conseguenze sul piano della responsabilità civile e amministrativa nei confronti del lavoratore, come nel caso ad esempio di un licenziamento illegittimo²¹⁰.

Distinta dall'ipotesi dell'illegittimità per carenza dei requisiti costitutivi della fattispecie va tenuta quella dell'illegittimità del distacco conseguente alla violazione degli ulteriori limiti contenuti nel comma 3 dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, che il nuovo regime sanzionatorio della violazione della disciplina legale del distacco ha sostanzialmente ignorato. Pertanto, sembra avere trovato accoglimento la tesi che suggeriva una distinzione tra mancata integrazione dei requisiti costitutivi della fattispecie, *ex art.* 30, comma 1, e mancato rispetto dei limiti disposti dal comma 3 dello stesso articolo²¹¹. Qui, non trattandosi di mancanza di requisiti costitutivi, ma di limiti legali posti a tutela del lavoratore in particolari fattispecie di distacco, la dottrina aveva già escluso che si ricadesse nel regime sanzionatorio *ex art.* 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003²¹²: in assenza di un'esplícita indicazione legislativa occorrerà dunque accertare se la mancanza del consenso nell'ipotesi di mutamento delle mansioni o l'insussistenza delle ragioni giustificatrici del trasferimento oltre i 50 km possano invalidare la modifica dell'oggetto o del luogo della prestazione. In caso affermativo,

²¹⁰ P. ICHINO, *Commento agli artt. 20-28*, cit., p. 322 e F. SCARPELLI, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit., pp. 166 e 160.

²¹¹ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 223.

²¹² M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 223; *contra*, G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., p. 575 che, pur escludendo l'applicazione analogica dell'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003, aveva trattato le due ipotesi unitariamente.

²¹³ M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 223; M. DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, cit., p. 424 ss., che qualifica il consenso di cui al comma 3 dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003 come condizione dell'efficacia del distacco, la cui assenza giustifica il rifiuto del lavoratore di eseguire il distacco.

allora, il lavoratore potrà vedersi riconosciuto il diritto a continuare a svolgere la prestazione presso il proprio datore di lavoro²¹³, e ad ottenere, ove dovuto, il risarcimento del danno subito per effetto del distacco illegittimamente disposto²¹⁴.

16. Comando o distacco e assegnazione temporanea nel settore pubblico

Nel settore pubblico, il distacco o comando ha trovato una disciplina legislativa negli artt. 56 e 57 del t.u. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, d.p.r. n. 3/1957²¹⁵. Va ricordato che qui, sovente, il termine distacco è stato utilizzato come sinonimo di comando²¹⁶.

²¹⁴ M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 236.

²¹⁵ Si tratta della normativa base, il cui precedente storico risale all'art. 101 del r.d. n. 2960/1923 che, al fine di contenere i costi delle amministrazioni statali, dopo la prima guerra mondiale, prescriveva il generale divieto di disporre comandi, autorizzando, tuttavia, quelli previsti da leggi speciali. In realtà, successivamente al 1957, molte altre ipotesi più specifiche di comando o distacco sono state disciplinate da diverse normative, per le quali si rinvia a M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 176, nota 2. Anche il nucleo originario della disciplina contenuto negli artt. 56 e 57 del d.p.r. n. 3/1957 ha subito modifiche (art. 34, d.p.r. n. 1077/1970; art. 17, l. n. 127/1997). In generale, sul comando nel pubblico impiego, M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, in F. Carinci-L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, p. 741; ID., *Il «comando» dei pubblici dipendenti tra vecchie e nuove forme di mobilità*, in M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 345; M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, I, p. 845 ss.; S. BATTINI, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 520 ss.; R. ALESSE, voce *Comando (dir. pubbl.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1998.

²¹⁶ Secondo S. MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, I, p. 1091, il termine distacco nel settore pubblico appare come una «variabile semantica» del comando. Il distacco, regolato solo in alcuni interventi settoriali (r.d.l. n. 110/1924), a differenza del comando, non ha mai trovato un'esplicita definizione normativa, ed è sempre stato caratterizzato da una evidente carenza di disciplina giuridica, ponendosi pertanto come una «mera situazione di fatto, concretata dallo svolgimento delle proprie funzioni di istituto presso uffici dipendenti da altra amministrazione». Così M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 268. Come si vedrà, secondo un'isolata posizione, invece, comando e distacco definiscono fattispecie diverse e la differenza riposa nella diversa natura dell'ente presso cui il dipendente è inviato a svolgere il servizio. Pertanto, mentre il comando si svolge tra amministrazioni statali, in tutti gli altri casi si realizzerebbe l'ipotesi del distacco. Così, P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 153.

Malgrado l'esistenza di un nucleo comune ad entrambi gli istituti, dopo la regolamentazione legale del distacco, la dottrina ha messo in evidenza le differenze tra le due tipologie di distacco, a seconda che esso si verifichi nel settore privato o nel settore pubblico, quanto a struttura, disciplina e principi ispiratori.

Nel pubblico impiego, l'istituto era originariamente sorto «per rispondere all'oggettiva rigidità della vecchia disciplina amministrativa in materia di assunzioni, carriere e ruoli organici»²¹⁷. Col tempo, però, esso ha subito una progressiva evoluzione e, oltre che per soddisfare le oggettive esigenze gestionali di una circolazione più efficiente e flessibile delle professionalità all'interno delle amministrazioni pubbliche, è stato anche impiegato per assecondare «le aspirazioni più individualistiche dei lavoratori»²¹⁸.

Secondo la definizione più diffusa, con il comando il lavoratore pubblico è chiamato a svolgere servizio presso un'amministrazione o un ente differenti da quello di appartenenza, per un tempo determinato, in via eccezionale e per riconosciute esigenze di servizio o quando sia richiesta una speciale competenza²¹⁹.

Nel pubblico impiego, il distacco o comando si distingue, pertanto, dal collocamento fuori ruolo (artt. 58 e 59, d.p.r. n. 3/1957).

Il collocamento fuori ruolo ammette lo spostamento temporaneo di personale solo all'interno delle pubbliche amministrazioni o di strutture equiparate, in deroga alla tendenziale inamovibilità del lavoratore pubblico (art. 56, d.p.r. n. 3/1957), ed in caso di disimpegno di funzioni dello Stato o di altri enti pubblici. In questa ipotesi, l'impiegato «non occupa posto nella qualifica del ruolo organico cui appartiene», per cui «nella qualifica iniziale del ruolo stesso è lasciato scoperto un posto per ogni impiegato collocato fuori ruolo» (art. 58, comma 2, d.p.r. n. 3/1957). Il co-

²¹⁷ M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, cit., p. 741.

²¹⁸ M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 845, che osserva come in generale l'articolata e complessa vocazione organizzativa degli istituti di mobilità temporanea si sia prestata nel settore pubblico a forme di incentivo all'utilizzo «ampio (e talora disinvolto) degli stessi».

²¹⁹ M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 864. TAR Sicilia – Palermo, sez. II, 12 giugno 1995, n. 530, in *Foro amm.*, 1996, p. 10057.

²²⁰ TAR Calabria – Reggio Calabria 26 luglio 1983, in *Tar*, 1983, p. 3053; Corte conti, sez. contr., 25 settembre 1980, n. 1099, in *Cons. Stato*, II, 1980, p. 218.

mando, invece, anch'esso in deroga alla tendenziale inamovibilità del lavoratore pubblico²²⁰, ed anche qui per ragioni determinate e specifiche (riconosciute esigenze di servizio o necessità di un specifica competenza), prevede lo spostamento temporaneo di personale ad altra amministrazione o struttura equivalente: in questo caso, tuttavia, il dipendente distaccato rimane in carico nell'organico dell'amministrazione di provenienza alla quale continua ad appartenere.

Così, secondo l'opinione più diffusa, il comando determina una modificazione del rapporto di servizio²²¹: a seguito del comando, infatti, le prestazioni vengono svolte presso altra amministrazione e nell'interesse della stessa, che subentra a quella originaria di appartenenza nell'esercizio del potere gerarchico cui è sottoposto il dipendente. Ne consegue che la nuova destinazione lascia inalterato il rapporto di lavoro originario, ed a questa regolamentazione giuridica il dipendente rimane sottoposto. E' dunque da escludere, come pure è stato sostenuto, la creazione di un distinto rapporto di impiego, o l'affievolimento di quello preesistente²²², nonché la temporanea e parziale novazione soggettiva del rapporto di impiego²²³. Ne deriva che la posizione originaria rimasta scoperta a causa del comando non potrà essere ricoperta per concorso o con qualunque altra forma di mobilità, e il lavoratore comandato continua ad essere computato nelle dotazioni organiche dell'amministrazione di appartenenza²²⁴.

Si è detto che, per l'opinione prevalente distacco e comando nel pubblico impiego sono da intendersi come sinonimi.

Tuttavia, una parte della dottrina ha tentato una ricostruzione autonoma del distacco. Questo orientamento, invero assai risalente, si basa sul mero dato testuale contenuto nell'art. 57 del d.p.r. n. 3/1957, che distin-

²²⁰ M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, cit., p. 746; R. ALESSE, voce *Comando*, cit., p. 2; L. MANTERO, voce *Impiego pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 13; M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 848. In giurisprudenza, tra le tante, Cons. Stato 27 novembre 1996, n. 1637, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1811.

²²² M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, Società editrice libraria, Milano, 1935, p. 330.

²²³ L. MASCI, *Natura e disciplina giuridica del «comando» dei pubblici dipendenti*, in *Corr. amm.*, 1952, p. 803.

²²⁴ M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 849.

²²⁵ P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, cit., p. 338.

gue a seconda che il comando avvenga presso un'amministrazione statale o presso un ente pubblico²²⁵.

La diversa natura del soggetto pubblico, non statale, distaccatario avrebbe determinato anche una differenza strutturale tra le due figure, atteso che solo in caso di distacco, dove l'amministrazione presso la quale il dipendente viene inviato è diversa da quella di provenienza, si realizza quella dissociazione fra soggetto titolare del rapporto e soggetto utilizzatore della prestazione che accomuna la figura pubblicistica del distacco a quella privatistica dello stesso²²⁶. Nel comando, al contrario, tale dissociazione non si verificherebbe, dal momento che il datore di lavoro rimane la medesima amministrazione statale, e il dipendente viene semplicemente inserito in un diverso ufficio e in un differente sistema gerarchico²²⁷. Il distacco si sarebbe caratterizzato, dunque, quale ipotesi residuale di mobilità in favore di un ente pubblico o di altra amministrazione non statale, da rivenirsi tutte le volte in cui non si fosse perfezionata la fattispecie legale del comando²²⁸.

La tesi è però rimasta minoritaria. Per la dottrina prevalente, allorché l'art. 57 del d.p.r. n. 3/1957 distingue a seconda che il comando avvenga presso un'amministrazione statale o presso un ente pubblico, la differenziazione rileva solo per il diverso trattamento economico (alla relativa spesa, cioè, ai sensi dell'art. 57, comma 3, d.p.r. n. 3/1957, provvede direttamente e a proprio carico l'ente distaccatario che è obbligato a versare all'amministrazione di provenienza anche i contributi e le ritenute sul trattamento economico previsto dalla legge). Al pari del comando, anche il distacco non determina la costituzione di un nuovo rapporto di impiego, lasciando inalterato quello originario. Non comporta una vacanza nell'organico dell'amministrazione di provenienza e la posizione continua a rimanere a disposizione del dipendente pubblico distaccato.

Secondo questa tesi, allora, la differenza tra le due figure, comando e distacco, attiene esclusivamente alla carenza di disciplina giuridica del di-

²²⁶ V. anche M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 178, secondo cui invece tale ultima caratteristica, quella della dissociazione tra titolare utilizzatore del rapporto di lavoro, propria del solo distacco pubblico, determinerebbe una sorta di contiguità tra quest'ultima figura e il comando proprio del settore privato. L'opinione è comunque precedente alla formulazione legislativa della nozione del (solo) distacco ex art. 30 d.lgs. n. 276/2003 e si colloca nel solco della tesi (invero maggioritaria) secondo cui distacco e comando nel settore privato sono usati come sinonimi.

²²⁷ M. GRANDI, *Le modificazioni nei rapporti di lavoro*, cit., p. 214.

²²⁸ P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, cit., p. 338; R. ALESSE, voce *Comando*, cit., p. 7.

stacco: mentre il comando può essere utilizzato solo entro i limiti normativi tipizzati, il distacco si atteggia come una situazione di fatto caratterizzata dallo svolgimento delle funzioni istituzionali presso uffici dipendenti da altra amministrazione²²⁹. La relativa disciplina, infatti, in assenza di una regolamentazione organica analoga a quella prevista dagli artt. 56 - 58 del d.p.r. n. 3/1957 per il comando e il collocamento fuori ruolo, è stata prevalentemente ideata dalla prassi amministrativa²³⁰.

Quanto alla disciplina del rapporto di lavoro in caso di comando, è stato sottolineato come il rapporto di servizio prosegue con l'amministrazione di provenienza, senza alcuna soluzione di continuità²³¹. Quest'ultima, pertanto, rimane competente per tutti i provvedimenti che concernono lo stato giuridico del personale comandato, compresa l'applicazione di eventuali sanzioni disciplinari. L'amministrazione di destinazione, invece, sarà competente per i provvedimenti relativi all'esplicazione del servizio²³². Ai sensi dell'art. 57, comma 2, d.p.r. n. 3/1957, la spesa per il personale

²²⁹ M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 268 e, sia pure con qualche ulteriore precisazione, S. TERRANOVA, *Il rapporto di pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 386.

²³⁰ R. ALESSE, voce *Comando*, cit., p. 7, che richiama brevemente la disciplina del distacco, per quanto settoriale, contemplata nel r.d.l. 10 luglio 1924, n. 110 circa la composizione del gabinetto del Ministro e delle segreterie particolari.

²³¹ Per l'opinione giurisprudenziale secondo cui invece il comando realizza una dissociazione tra rapporto organico, che continua ad intercorrere tra il dipendente e l'amministrazione di provenienza, e rapporto di servizio che a seguito del comando subisce una modifica, atteso che il dipendente viene inserito, sotto il profilo organizzativo-funzionale e gerarchico-disciplinare, nell'amministrazione di destinazione, a favore della quale egli presta esclusivamente la sua opera, Cass. 8 settembre 2005, n. 17842, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 220, con nota di E. LAZZATI, *Sul comando del dipendente pubblico*; Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 1996, n. 1637, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1811; Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 1990, n. 308, in *Foro amm.*, 1990, p. 895; Cass., S.U., 20 gennaio 1993, n. 642, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 84. Va segnalato che, tanto l'art. 57 d.p.r. n. 3/1957, quanto la contrattazione collettiva, prevedono espressamente che il dipendente in posizione di comando venga coinvolto in tutte le progressioni economiche e di carriera relative all'amministrazione di appartenenza. In giurisprudenza, Cass., S.U., 14 dicembre 1998, n. 12543, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3501; Cass., S.U., 16 novembre 1992, n. 12262, in *Mass. Giur. it.*, 1992.

²³² P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, cit., p. 337. Spetterebbe allora all'amministrazione utilizzatrice l'interruzione del rapporto di comando. In questo senso, TAR Campania, sez. V, 9 ottobre 2001, n. 4522, in *Foro amm.*, 2001, p. 3006; Trib. Salerno 20 giugno 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 1079; TAR Campania - Napoli, sez. I, 17 luglio 1995, in *Tar*, I, 1995, p. 4320.

²³³ Esclude che gravino sull'amministrazione di appartenenza (Azienda municipalizzata) gli oneri economici direttamente connessi all'attività prestata presso l'amministrazione di destinazione (Commissariato di Governo per il terremoto), fatta salva una diversa ed esplicita previsione di legge che diversamente dispone, Cass. 8 settembre 2005,

distaccato presso altra amministrazione dello Stato resta a carico dell'amministrazione di provenienza²³³.

Oggi, per il pubblico impiego "privatizzato", l'istituto del comando o distacco è disciplinato dal d.lgs. n. 165/2001, il quale all'art. 70, comma 12, dedica una disciplina molto sommaria (e limitata agli aspetti economici del fenomeno nei rapporti tra le amministrazioni in esso coinvolte²³⁴), mentre all'art. 23-*bis* (introdotto dal d.lgs. n. 145/2002 e poi modificato dal d.lgs. n. 150/2009) detta alcune norme in materia di mobilità tra pubblico e privato, mantenendo ferma la disciplina vigente in materia di collocamento fuori ruolo, nei casi consentiti²³⁵.

L'art. 13 della l. n. 183/2010 ("Collegato lavoro"), infine, ha introdotto nell'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 («Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse») il comma 2-*sexies*, secondo cui «le pubbliche amministrazioni, per motivate esigenze organizzative, risultanti dai documenti di programmazione previsti all'articolo 6, possono utilizzare in assegnazione temporanea, con le modalità previste dai rispettivi ordinamenti, personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a tre anni, fermo restando quanto già previsto da norme speciali sulla materia,

n. 17842, cit., con riferimento a somme erogate per straordinario continuativo e a titolo di indennità "fisse".

²³⁴ L'art. 70, comma 12, d.lgs. n. 165/2001, si limita a prescrivere l'obbligo di rimborso per la spesa relativa al trattamento economico fondamentale a carico delle amministrazioni che utilizzino personale di altre amministrazioni, in posizione di comando, di fuori ruolo o altra analoga posizione. Mentre, per la giurisprudenza maggioritaria, grava sull'amministrazione di destinazione la spesa relativa alla retribuzione accessoria, con l'unico limite contenuto nell'art. 3, comma 63, della l. n. 537/1993, che vieta ai dipendenti in posizione di comando di fuori ruolo o in altre analoghe posizioni di cumulare indennità compensi o emolumenti, comunque denominati, anche se pensionabili, corrisposti dall'amministrazione di appartenenza, con altri analoghi trattamenti economici accessori, previsti da specifiche disposizioni di legge a favore del personale dell'amministrazione presso la quale i predetti pubblici dipendenti prestano servizio. In questo senso, Cons. stato, sez. VI, 10 luglio 1997, n. 705, in *Cons. stato*, 1997, I, p. 98; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 1 luglio 1999, n. 303, in *Rass. amm. sic.*, 1999, p. 716. Per il riconoscimento a favore del dipendente comandato del diritto di opzione per il trattamento economico accessorio più favorevole, Cons. Stato, Comm. spec. pubbl. impiego, parere del 9 aprile 2001, n. 4859.

²³⁵ In tema di mobilità, da ultimo, A. RICCOBONO, *Uffici, mobilità, piante organiche e accessi*, in A. Garilli-M. Napoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgie del passato*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2011, p. 1152 ss.

²³⁶ A norma del comma successivo, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della disposizione, le amministrazioni avrebbero potuto rivedere le assegnazioni temporanee in corso. Viceversa, tali rapporti sarebbero stati regolati dalle originarie fonti.

nonché il regime di spesa eventualmente previsto da tali norme e dal presente decreto»²³⁶. Ne consegue che, dopo il “Collegato”, le assegnazioni temporanee saranno ammesse solo per motivate esigenze organizzative, peraltro già prese in considerazione nel documento di programmazione di cui all’art. 6 del d.lgs. n. 165/2001 («Organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni organiche»), e per un periodo di tempo limitato, comunque non superiore a tre anni²³⁷. La disposizione, tuttavia, mantiene ferme le discipline speciali.

Per il personale privatizzato, era stata sollevata la questione della conservazione delle norme del d.p.r. n. 3/1957, in base a quanto disposto dall’art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, che prevede la disapplicazione della normativa previgente relativa al rapporto di lavoro, a seguito della sottoscrizione dei contratti collettivi del quadriennio 1998-2001.

La questione, secondo la tesi più convincente, andava risolta caso per caso, poiché ove i contratti collettivi di comparto avessero disciplinato l’utilizzo temporaneo dei dipendenti pubblici, specie sotto forma della cosiddetta «assegnazione temporanea», la disciplina di riferimento sarebbe stata quella disposta dall’accordo collettivo, benché le caratteristiche del comando fossero rimaste sostanzialmente inalterate²³⁸. Nel caso in cui, invece, la contrattazione collettiva del quadriennio 1998-2001 non avesse dettato una disciplina apposita dell’istituto (o di altri sostanzialmente afferenti alla mobilità temporanea), allora si sarebbe continuata ad applica-

²³⁷ V. LASCA, *Le novità per mobilità e comando*, in *Guida pubbl. imp.*, 2010, p. 25.

²³⁸ Così, M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 852, cui si rinvia per gli approfondimenti sui diversi contratti collettivi di comparto che contemplano una disciplina del comando. La locuzione «assegnazione temporanea» è stata adottata in numerosi contratti collettivi, ma anche in alcune normative, e viene utilizzata come formula riassuntiva di tutte le forme di mobilità temporanea. Vi sono, tuttavia, casi in cui essa indica una particolare forma di mobilità temporanea, come nel caso del citato art. 23-bis del d.lgs. n. 165/2001, in cui la fattispecie regolata sembra discostarsi tanto dal comando, quanto dal collocamento fuori ruolo. Per la possibilità che la contrattazione collettiva favorisca un adattamento del contenuto dell’art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 al settore pubblico, M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, cit., p. 741 ss.

²³⁹ M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, cit., pp. 744 e 745; M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 853. Ritengono invece ormai inapplicabili gli artt. 56 e 57 del t.u. n. 3/1957, a causa dell’esaurimento della fase transitoria connessa alla privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, M. TATARELLI, *Il distacco del lavo-*

re la disciplina pregressa, secondo quanto disposto in via generale dall'art. 71 del d.lgs. n. 165/2001²³⁹.

Sotto il profilo della disciplina, comando o distacco nel settore pubblico e distacco nel settore privato divergono, pertanto, sotto diversi punti di vista. In primo luogo, nel settore pubblico, l'istituto è diretto a fare fronte a specifiche esigenze proprie non dell'amministrazione di appartenenza, ma di quella di destinazione, cui va riferito l'interesse alle esigenze di servizio o a reperire una professionalità non presente nel proprio organico *ex art.* 56, d.p.r. n. 3/1957. Anche per l'assegnazione temporanea *ex art.* 30, comma 2-*sexies*, d.lgs. n. 165/2001 le motivate esigenze organizzative devono riguardare l'amministrazione di destinazione. E' a quest'ultima, pertanto, che va ricondotta la titolarità del potere di avviare, di fronte al verificarsi delle condizioni ipotizzate, la fase dell'iniziativa procedimentale, che si concreta nella richiesta nominativa dell'impiegato prescelto, nonché la titolarità del potere di cessazione della posizione di comando, al venire meno delle specifiche esigenze che abbiano originariamente giustificato il provvedimento²⁴⁰. Ne consegue che nessun rilievo dovrebbe essere accordato al provvedimento di revoca del comando da parte dell'amministrazione di provenienza, o di una manifestazione di dissenso da parte del dipendente distaccato²⁴¹. La temporaneità, quale requisito del comando pubblico, non viene rigidamente predefinita per legge, nel caso previsto dall'art. 56 del d.p.r. n. 3/1957: essa, infatti, è collegata, più che altro – come in passato nel settore privato, del resto –, alla persistenza delle ragioni che hanno provocato il comando²⁴². La posizione di comando discende dunque da un provvedimento non de-

ratore, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, p. 234; M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 206; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 178.

²⁴⁰ L'art. 17, commi 14, 15 e 17, della l. n. 127/1997 (cosiddetta Bassanini *bis*) ha profondamente modificato, semplificandolo, il procedimento che conduce al provvedimento di comando, instaurando una sorta di «doppio binario procedimentale», al fine di neutralizzare l'eventuale ostruzionismo manifestato da parte dell'amministrazione nei cui ruoli è inserito il dipendente da comandare. In questo senso R. ALESSE, voce *Comando*, cit., p. 2, secondo cui la disposizione risponderebbe alla intenzione di trasformare il comando in uno strumento di gestione più flessibile, in relazione alle mutate funzioni della pubblica amministrazione.

²⁴¹ Cons. Stato 8 gennaio 2003, n. 2, in *Foro it.*, 2003, III, c. 138.

²⁴² TAR Lazio – Roma, sez. II *ter*, 11 aprile 2011, n. 3184, inedita a quanto consta; Cass. 23 maggio 1984, n. 3159, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 240; Cass. 7 novembre 1983, n. 6581, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 2266; Cass. 13 maggio 1981, n. 3150, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, p. 928; Cass. 13 maggio 1981, n. 3150, in *Notiziario giur. lav.*, 1982, p. 107.

²⁴³ Trib. Salerno 20 giugno 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 1079.

finitivo, la cui operatività dipende dal venire meno delle specifiche esigenze manifestate dall'amministrazione destinataria che lo ha richiesto²⁴³. La nuova definizione legale del distacco nel settore privato, invece, prescrive oggi che esso sia anche temporaneo. La temporaneità è prescritta anche per il pubblico impiego privatizzato, dove è previsto perfino un limite massimo, a norma dell'art. 30, comma 2-*sexies* del d.lgs. n. 165/2001.

Anche nel settore pubblico, compreso quello privatizzato, non è richiesto tra i requisiti costitutivi il consenso del dipendente. Il comma 3 dell'art. 56 del d.p.r. n. 3/1957 prevede solo che egli sia sentito, ma non anche che presti il proprio assenso al comando. Nulla è disposto sul punto nel caso dell'assegnazione temporanea. Soltanto nella regolamentazione pattizia, e quindi recentemente, sembra progressivamente consolidarsi la necessità del consenso del dipendente quale requisito costitutivo del comando²⁴⁴.

²⁴⁴ Per una compiuta rassegna delle disposizioni contrattuali che si sono mosse in questo senso, si rinvia ancora a M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, cit., p. 866, spec. nota 65.

Finito di stampare nel mese di maggio 2012
nelle Officine Grafiche Riunite - Palermo

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E
DELLA INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Volumi pubblicati:

1. ALESSANDRA PERA, *Diritto di famiglia in Europa: Plurimi e Simili o Plurimi e Diversi*, 2012, pp. 156.
2. MARINA NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, 2012, pp. 264.

Le tecniche di esternalizzazione delle relazioni di lavoro, ricorrenti tra le più consolidate strategie aziendali di decentramento produttivo, sono emerse nella prassi e, in assenza di una disciplina legale, sono state governate dalla giurisprudenza, le cui soluzioni hanno stimolato un intenso dibattito dottrinale.

La successiva regolamentazione legale del distacco, del collegamento negoziale tra il trasferimento di ramo d'azienda e l'appalto, nonché del lavoro prestato all'interno di un gruppo di imprese, è stata interpretata come una risposta dell'ordinamento giuridico alle istanze di flessibilizzazione del mercato del lavoro, avanzate ormai da diversi decenni dalle imprese.

Secondo l'opinione più diffusa, malgrado la disciplina giuridica sia stata accompagnata dalla predisposizione di un consistente apparato di tutele a favore dei lavoratori esternalizzati, molte delle questioni sollevate da tali fenomeni sono rimaste senza soluzione.

Il volume esamina la capacità dell'attuale quadro normativo di garantire adeguata protezione degli interessi del prestatore di lavoro coinvolto dai processi di esternalizzazione, attraverso l'analisi delle interazioni tra la fonte legale, l'autonomia collettiva e le elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza.

MARINA NICOLOSI è ricercatore di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Palermo.

€ 30,00

