

Il fenomeno dell'appalto nei suoi profili strutturali. Appalto lecito, illecito e intermediazione di mano d'opera*

Valerio Speciale

1. Premessa.	39
2. Fenomeni migratori e intermediazione fraudolenta.	39
3. La legge n. 1369 del 1960 e il divieto di intermediazione e interposizione di mano d'opera.	40
4. I mutamenti organizzativi, tecnologici e nelle tecniche di regolazione del lavoro che hanno messo in crisi la legge n. 1369/1960.	41
5. Le innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 276 del 2003 e la permanenza, seppure in forme diverse, del divieto di intermediazione e interposizione fraudolenta.	43
6. L'appalto di mano d'opera: profili generali.	45
7. La necessità che l'appaltatore sia un imprenditore e assuma la «gestione a proprio rischio» dell'appalto.	46
8. Segue. La presenza di un'autonoma organizzazione di impresa dell'appaltatore.	47
9. Segue. L'esercizio del potere direttivo ed organizzativo da parte dell'appaltatore e non del committente.	49
10. Le conseguenze derivanti da un appalto illecito: sanzioni penali e amministrative, costituzione del rapporto di lavoro in capo al committente e l'esercizio della tutela giurisdizionale.	51
11. Appalto illecito, obbligo retributivo e deducibilità dell' <i>aliunde perceptum</i> .	56
12. Il licenziamento intimato dall'appaltatore interposto.	59
13. Le clausole dei contratti collettivi che vietano di appaltare determinate attività d'impresa. Problemi di costituzionalità e le tutele collettive e individuali in caso di loro violazione.	61
14. Conclusioni.	64

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 481/2024

1. Premessa.

In questo scritto analizzerò la nozione di appalto prevista dall'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, nel contesto dei principi in tema di divieto della intermediazione fraudolenta. In particolare, mi soffermerò sulle caratteristiche strutturali della definizione prevista dal decreto delegato, sulle conseguenze derivanti da un appalto illecito e su alcuni profili connessi a tale illecità (versamento delle retribuzioni, licenziamento intimato dallo pseudo appaltatore). Mi soffermerò, poi, anche su alcune clausole di contratti collettivi che vietano di appaltare all'esterno determinate attività.

Non prenderò in considerazione altri aspetti della disciplina introdotta dalla legge, come le regole sulla responsabilità solidale tra committente e appaltatore, il "cambio appalto" e le tutele previste per i lavoratori in questa situazione, il rapporto tra appalto e trasferimento di ramo d'azienda o la disciplina in tema di sicurezza.

Infine, la mia analisi sarà riferita soltanto alla normativa italiana dell'appalto, senza alcun riferimento all'appalto transazionale¹⁴¹.

Il mio ragionamento sarà svolto con riferimento soprattutto alla giurisprudenza.

2. Fenomeni migratori e intermediazione fraudolenta.

L'appalto di manodopera è uno dei temi "storici" del Diritto del lavoro in quanto ha costituito una delle forme tipiche di utilizzazione del lavoro umano in una dimensione che si è sempre mossa tra fenomeni fraudolenti (diretti a bypassare le tutele del lavoro subordinato) e esigenze di specializzazione produttiva delle imprese, che tramite gli appalti realizzano fini leciti di efficienza e produttività.

Per tale ragione, una corretta comprensione dell'istituto e delle sue finalità richiede un'analisi a ritroso nel tempo, con necessità di contestualizzare l'appalto di manodopera all'interno del fenomeno della intermediazione fraudolenta e di alcuni eventi storici che hanno caratterizzato la storia del nostro paese.

Come è noto, nella seconda metà degli anni 50, l'Italia si è trasformata da paese a prevalente produzione agricola ad uno con economia prevalentemente industriale, soprattutto nelle regioni del Nord. La insufficienza del sistema agricolo nelle regioni del Centro e del Sud del paese a garantire condizioni di vita decenti ha generato un imponente fenomeno migratorio con milioni di persone che hanno abbandonato le campagne e si sono trasferiti nelle regioni settentrionali per migliorare il proprio standard di vita e soddisfare la crescente domanda di manodopera espressa dal sistema industriale.

Allo stesso tempo, il Diritto del lavoro aveva cominciato, seppur timidamente, a sviluppare forme di tutela più incisiva dei lavoratori subordinati in attuazione del disegno costituzionale ed in conseguenza anche di un forte sviluppo delle organizzazioni sindacali che, per effetto dell'industrializzazione, erano cresciute nel numero degli iscritti e si erano consolidate nel sistema delle relazioni industriali, in modo tale da incrementare la propria capacità di condizionare l'attività produttiva delle imprese e lo stesso sistema politico.

¹⁴¹ Sul quale si rinvia, per tutti, a D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018, 17 ss. e 119 ss.

La crescita delle tutele normative, seppure ancora molto limitata, e l'incremento del costo del lavoro connesso a discipline legislative che ponevano a carico del datore di lavoro il pagamento degli oneri contributivi e assistenziali legati alle retribuzioni avevano sollecitato forme di elusione delle regole esistenti. In particolare, come venne accertato da una Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia (la cui instaurazione dimostra quanto elevato fosse il fenomeno elusivo), le migliaia di immigrati che arrivavano presso le stazioni delle grandi città del Nord in cerca di lavoro, con poco denaro e senza avere concrete possibilità di alloggio, venivano contattate da persone (definite quali "caporali") che offrivano sistemazioni abitative economiche e, soprattutto, possibilità di lavoro. Questi soggetti, infatti, fornivano alle imprese i lavoratori, procedendo alla loro assunzione diretta e mettendoli poi a disposizione degli imprenditori tramite contratti di appalto o altri istituti giuridici. Essi assumevano direttamente i lavoratori, sostenendone in linea teorica i relativi oneri normativi e retributivi, pur in assenza di una ordinaria struttura d'impresa e agendo quali veri e propri intermediari. Infatti, le persone assunte concretamente svolgevano attività lavorativa a favore di un altro vero imprenditore, con l'inserimento nella struttura produttiva e sottoposizione al suo potere direttivo. In tal modo l'impresa poteva utilizzare i lavoratori come se fossero propri dipendenti senza peraltro l'assoggettamento alle discipline normative e previdenziali previste dalla legge. L'intermediario veniva poi remunerato per l'attività prestata, con il rimborso dei costi sostenuti (in genere più ridotti di quelli derivanti dall'assunzione diretta, perché le retribuzioni erogate ai lavoratori erano inferiori a quelle previste dai contratti collettivi) e il pagamento di un corrispettivo per l'intermediazione.

Il fenomeno venne definito come intermediazione fraudolenta.

3. La legge n. 1369 del 1960 e il divieto di intermediazione e interposizione di mano d'opera.

La Commissione parlamentare, con una relazione presentata ai due rami del Parlamento il 23 dicembre 1957, indurrà il legislatore alla emanazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, dal titolo «*Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di servizi*».

La nuova normativa, con l'intento di reprimere i fenomeni elusivi in precedenza descritti, vieterà l'appalto o il subappalto (o qualsiasi altro istituto giuridico) attraverso il quale si forniva ad un'impresa l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque fosse la natura dell'opera o del servizio a cui quelle prestazioni si riferivano. Inoltre, sempre partendo da una realtà storica che aveva realizzato diverse forme di elusione, si introduceva una presunzione assoluta di appalto o subappalto illecito, definendo come tali quelli nei quali l'appaltatore avesse impiegato capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, anche se per il loro uso veniva corrisposto un compenso al committente stesso. Infine, si prevedeva che i prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dalla legge, fossero considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente avesse utilizzato le loro prestazioni. Una sanzione assai pesante, che aveva lo scopo di scoraggiare gli appalti illeciti e che confermava come la prestazione di lavoro subordinato presupponesse una piena coincidenza tra titolarità del contratto e soggetto che concretamente traeva vantaggio dall'esecuzione dell'attività lavorativa (art. 1 l. n. 1369/1960).

La legge, peraltro, in aderenza a quanto messo in evidenza anche dalla Commissione parlamentare, prendeva atto dell'esistenza di appalti (in genere eseguiti all'interno della struttura produttiva dell'impresa) che non avevano finalità elusive ma che erano diretti a svolgere determinate

attività estranee al ciclo produttivo del committente (lavori di facchinaggio, di pulizia e manutenzione ordinaria degli impianti). Oltre che diretti a realizzare opere o servizi necessari all'impresa, essi erano attuati da imprese dotate di una propria organizzazione e gestione autonoma. In questo caso, dunque, non vi era alcun fenomeno interpositorio, ma gli appalti erano diretti a soddisfare esigenze reali delle imprese committenti.

Tuttavia, era possibile che tali contratti, seppure leciti, fossero finalizzati a realizzare risparmi sul costo del lavoro, a seguito delle minori retribuzioni erogate dall'appaltatore rispetto a quelle che il committente avrebbe corrisposto ai propri dipendenti qualora avesse direttamente svolto tali attività. Per evitare tale situazione, l'art. 3 della l. 1369/1960, oltre a prevedere una responsabilità solidale tra appaltante e impresa appaltatrice, imponeva che l'appaltatore garantisse ai propri dipendenti retribuzioni e trattamenti normativi non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori direttamente dipendenti dalla committente.

Con la previsione della parità di trattamento tra dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore si intendevano favorire soltanto quei contratti che erano diretti a soddisfare esigenze lecite di specializzazione produttiva in relazione a determinate attività, penalizzando soltanto gli appalti che avevano l'esclusiva finalità di consentire risparmi sul costo del lavoro¹⁴².

La legge del 1960, dunque, intendeva stroncare i fenomeni di intermediazione e interposizione fraudolenta e favorire gli appalti genuini diretti a soddisfare effettive esigenze organizzative delle imprese¹⁴³.

4. I mutamenti organizzativi, tecnologici e nelle tecniche di regolazione del lavoro che hanno messo in crisi la legge n. 1369/1960.

La legge n. 1369 del 1960 è stata emanata al fine di disciplinare precisi fenomeni sociali ed economici e in un contesto caratterizzato dal modello di impresa fordista, con un'organizzazione che concentrava al suo interno la grande maggioranza delle attività produttive e caratterizzata da un assetto dotato di attrezzature e macchinari. La normativa si è gradualmente dimostrata inadeguata a regolare una serie di innovazioni che man mano si sono manifestate nei modelli organizzativi delle imprese e nelle stesse modalità di esecuzione di alcune attività lavorative.

Una prima innovazione è stata costituita dalla domanda crescente di servizi alle persone, realizzate attraverso appalti in cui la componente lavorativa è pressoché esclusiva, come nel caso dei servizi di cura e assistenza a domicilio o di quelli di vigilanza. Si tratta di nuove forme di appalto a forte intensità di lavoro che si sono aggiunte a quelli tradizionali (come quelli per la pulizia) e dove la componente umana è assolutamente preponderante (quando non esclusiva). Con la conseguenza che essi, in assenza, da parte dell'appaltatore, di una organizzazione di «macchine e

¹⁴² Su tali aspetti v. infra gli autori citati nella nota successiva e D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale* cit., 31 ss. (che definisce la parità di trattamento «un colosso con i piedi d'argilla»). La legge, inoltre, sempre in una logica di specializzazione produttiva e di necessità di tenere conto delle reali condizioni del mondo del lavoro, escludeva la parità di trattamento in una serie di appalti espressamente indicati nell'art. 5 della l. n. 1369/1960. Le caratteristiche delle attività produttive effettuate (e previste da tale disposizione), connotate da livelli di specializzazione assai elevata, rendevano inattuabile la parità di trattamento, perché i lavoratori dell'appaltatore avevano trattamenti retributivi e normativi previsti da diversi Ccnl e coerenti con le prestazioni lavorative svolte.

¹⁴³ Per l'analisi delle questioni analizzate nei paragrafi 1 e 2 si rinvia, per tutti, a M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui - Art. 2127, Comm Sch*, Giuffrè, 2000, 3 ss.; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, impresa di gruppo, lavoro interinale*, F. Angeli, 1995, 41 ss.; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, 1979. I. ALVINO, *La tutela del lavoro nell'appalto*, in, *Diritto del lavoro*, I, a cura di G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA, Giuffrè, 2013, 1487 ss.

attrezzature» (per utilizzare la dizione propria dell'articolo 1, c. 3, della legge 1369/1960), si sarebbero posti in contrasto con la legge.

Un altro elemento innovativo va rinvenuto nella diffusione delle tecnologie informatiche, che consentono di affidare in appalto prestazioni di servizi in cui l'appaltatore mette a disposizione, in forma assolutamente prevalente o esclusiva, il know how dei propri dipendenti o beni immateriali (ad es. *software*). Gli appalti informatici, certamente non diretti a realizzare fenomeni elusivi ma a soddisfare necessità produttive reali delle imprese, entravano in contraddizione con la legge n. 1369/1960, per la difficoltà di individuare in capo all'appaltatore le strutture organizzative a cui la normativa faceva riferimento e, ancora una volta, per una netta prevalenza del lavoro umano, in evidente contrasto con quanto previsto dalla legge del 1960¹⁴⁴.

Inoltre, soprattutto nel corso degli anni '90 del secolo scorso, aveva preso forma l'idea di un modello di organizzazione in cui agenzie specializzate fornivano alle imprese lavoratori per lo svolgimento di attività usualmente realizzate da dipendenti direttamente assunti. Con la conseguenza che le imprese utilizzatrici, con costi in genere (ma non sempre) superiori a quelli derivanti dalla utilizzazione di propri lavoratori, potevano avere a propria disposizione delle persone che, pur non essendo subordinate (con esclusione quindi di tutti i vincoli legati alla disciplina della subordinazione, soprattutto per quanto attiene licenziamenti) erano, dal punto di vista funzionale, in tutto e per tutto equiparati ad un normale dipendente. In Italia, la prima manifestazione di questa nuova forma di organizzazione del lavoro va rinvenuta nella legge 196/1997 sul lavoro interinale. In seguito, l'istituto è stato regolamentato in modo ancora più dettagliato con l'introduzione della somministrazione di lavoro (avvenuta con il d.lgs. 276/2003), tra l'altro espressamente prevista anche dalla Direttiva 2008/104/Ce, adottata il 19 novembre 2008 dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione europea. Questa nuova forma di lavoro tramite agenzia consente esattamente ciò che la legge del 1960 vietava (la fornitura di mera attività lavorativa) venendo a costituire, quindi, un ulteriore elemento dissonante con la disciplina introdotta alla fine degli anni '50¹⁴⁵.

Infine, un altro fattore innovativo, che ha certamente contribuito alla crisi della legge n. 1369/1960, va rinvenuto nel fenomeno dell'*outsourcing*, con esternalizzazione ad altre imprese di funzioni che tradizionalmente venivano svolte all'interno del ciclo produttivo. La esternalizzazione ha prima riguardato aspetti non fondamentali del ciclo stesso o ad esso estranei (come, ad esempio, le attività di mensa, di pulizia o di trasporto dei beni prodotti). Successivamente si è estesa a parti fondamentali del processo produttivo (come, ad es., la realizzazione o l'assemblaggio di prodotti finiti) o a servizi interni all'impresa (gestione dell'attività amministrativa e contabile, inclusa quella connessa al lavoro dipendente). Infine, ha raggiunto la sua massima

¹⁴⁴ Si rinvia, sul punto e tra gli altri, all'analisi di F. SCARPELLI, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, in *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, a cura di O. MAZZOTTA, Giuffrè, 1990; *Outsourcing nelle tecnologie dell'informazione. Motivazioni, modalità di realizzazione e contratti di servizio*, a cura di R. GLUCKSMANN, M. RICCIARDI, Etas, 1994; M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui cit.*, 23 ss.

¹⁴⁵ Su tali aspetti v., per tutti, P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, DLRI, 1999, 208 ss., 220 ss., 249 ss.; Id., *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel «muro» del divieto di interposizione*, DLRI, 1997, 509 ss. In questa sede, ovviamente, non è possibile esaminare in modo approfondito una disciplina che presenta profili teorici assai delicati, in quanto interrompe il nesso funzionale tra titolarità del rapporto di lavoro e applicazione delle regole a tutela del lavoro subordinato, che presuppongono una relazione biunivoca tra un'impresa e un lavoratore. Qui preme solo sottolineare come il lavoro tramite agenzia abbia creato un ulteriore contrasto con le finalità perseguite dalla legge del 1960.

espansione con la diffusione della impresa rete, dove una pluralità di soggetti imprenditoriali indipendenti e fortemente integrati sviluppa progetti comuni di produzione di beni e di servizi. In questo caso la finalità è la gestione della conoscenza, realizzata con l'organizzazione di una rete con la quale il *know how* (applicato ai prodotti, ai processi, ai meccanismi di funzionamento) può essere scambiato e coordinato e in cui la *core competence* "non è tanto saper fare una certa attività del processo produttivo, ma diventa saper fare bene il mestiere di chi coordina le attività degli altri"¹⁴⁶. In tutte queste forme di esternalizzazione di funzioni e servizi, l'appalto costituisce una delle tipologie contrattuali più comuni utilizzate dalle imprese, con la realizzazione, in alcuni casi, di attività che si ponevano in contrasto con la legge del 1960.

Tutti gli elementi prima descritti, a cui va aggiunto che l'impresa post-fordista (nella sua ultima versione digitale) ha un'organizzazione in larga parte priva dei requisiti a cui tradizionalmente faceva riferimento la legge del 1960 per reprimere l'appalto fraudolento, ha reso le regole ivi previste certamente obsolete e richiedeva delle modifiche che consentissero di adeguare la disciplina legale alle novità organizzative, produttive e normative analizzate. Lo stesso sforzo, effettuato dalla giurisprudenza, per cercare di attualizzare la legge n. 1369 alle nuove caratteristiche del mondo produttivo (con interpretazioni che cercavano di leggere in modo meno rigido il requisito dell'organizzazione produttiva in capo all'appaltatore)¹⁴⁷, non erano peraltro sufficienti a superare le contraddizioni tra una normativa pensata per un contesto economico e produttivo completamente diverso. Una riforma, dunque, era certamente necessaria¹⁴⁸.

5. Le innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 276 del 2003 e la permanenza, seppure in forme diverse, del divieto di intermediazione e interposizione fraudolenta.

Il decreto legislativo n. 276 del 2003 ha introdotto una riforma complessiva del sistema, articolata in diversi istituti giuridici. In primo luogo, si è proceduto alla abrogazione formale della legge n. 1369 del 1960 e sono state rese lecite attività prima vietate.

L'operazione è avvenuta innanzitutto attraverso la conferma e l'introduzione della fornitura di mero lavoro realizzata tramite agenzie, introducendo la somministrazione di lavoro che ha ulteriormente ampliato e perfezionato la disciplina del lavoro interinale prevista dalla legge 196/1997. Si è poi regolato il distacco, con una normativa che peraltro ha legittimato quanto già la giurisprudenza aveva da tempo consentito. Infine, è stata introdotta una specifica nozione lavoristica di appalto che, collegandosi alla disciplina generale prevista dal Codice civile negli articoli

¹⁴⁶ V. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 41/2006, 3 (con indicazioni bibliografiche). La bibliografia sull'*outsourcing* è sterminata. Mi permetto di rinviare a V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, DLRI, 2010, 5, nt. 11 (con ampia indicazione di dottrina); M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui* cit., 23 ss. In tempi più recenti cfr. *Esternalizzazioni e tutele dei lavoratori*, a cura di M. AIMO, D. IZZI, Utet, 2014; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale* cit., 1 ss. (con particolare riferimento anche al rapporto tra appalti ed esternalizzazioni).

¹⁴⁷ Su tali aspetti si rinvia a V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, RGL, I, 2006, 4, nt. 2 (con indicazione di dottrina e giurisprudenza); I. ALVINO, *La tutela del lavoro nell'appalto* cit., 1490.

¹⁴⁸ In tal senso si era espressa anche una parte molto autorevole della dottrina, tra cui R. DEL PUNTA, *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, DLRI, 1995, 627; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO, Esi, 2002, 48.

1655 e ss., ha delineato una regolazione speciale con caratteristiche che saranno successivamente esaminate.

Quest'ultima innovazione è stata sicuramente quella più significativa, visto che il distacco e la fornitura di lavoro tramite agenzia già erano parte del sistema a seguito dell'interpretazione della giurisprudenza e della legge 196/1997. Tuttavia, la regolazione contestuale di tutti questi istituti ha manifestato l'intento del legislatore di introdurre una disciplina complessa e articolata del fenomeno delle esternalizzazioni, che, come si è detto, costituiva ormai una caratteristica importante del sistema produttivo. E, in tale contesto, un valore particolare va ascritto anche alla riforma della disciplina del trasferimento di azienda e di parte della stessa, che ha reso più agevole l'operazione economica regolata dall'art. 2112 c.c.

Non è possibile, in questa sede, effettuare un'analisi approfondita di tutte le innovazioni introdotte¹⁴⁹. Per rimanere all'appalto, va osservato che, a differenza di quanto previsto per la somministrazione, nel nuovo istituto non è stata prevista la parità di trattamento tra dipendenti del committente e quelli dell'impresa appaltatrice. In tal modo, in netto contrasto con quanto rilevato dalla Commissione parlamentare nel 1957, il nuovo istituto consente forme di esternalizzazione finalizzate alla mera riduzione del costo del lavoro. Si pensi, ad esempio, all'appalto con il quale una impresa manifatturiera decida di esternalizzare una funzione interna (ad es. la gestione dei rapporti di lavoro dal punto di vista giuridico, amministrativo, contabile e previdenziale) con licenziamento dei propri dipendenti addetti a tali attività (ormai non più necessari) e affidamento del servizio ad una società esterna. I lavoratori dell'impresa appaltatrice, che eseguono le prestazioni appaltate, si vedranno applicare ccnl diversi da quelli del settore industriale (come, ad es., quello del terziario), con minori oneri retributivi e previdenziali. In questo modo, il minor costo del lavoro, potrebbe essere la ragione fondamentale di affidamento del servizio all'esterno, indipendentemente dalle migliori capacità produttive e gestionali del fornitore.

La nuova normativa, dunque, consente di realizzare forme di esternalizzazione che possono determinare effetti negativi sui lavoratori (come nel caso di quelli licenziati a seguito dell'affidamento ad altra impresa di attività prima svolte internamente) e possono incentivare esclusivamente l'obiettivo dell'impresa di riduzione dei costi. Si tratta di una logica opposta a quella perseguita dall'art. 3 della l. n. 1369/1970, in relazione agli appalti interni. La finalità, in questo caso, è di garantire qualunque esigenza dell'impresa di segmentazione del processo produttivo, senza incentivare processi di esternalizzazione «virtuosi» dettati da opportunità di specializzazione produttiva e di miglioramento dell'efficienza aziendale.

Il divieto di intermediazione fraudolenta, che era l'effetto principale della legge n. 1369/1960, non è stato escluso completamente, ma certamente la legge lo ha ridimensionato. Da un lato, infatti, sono stati resi leciti modelli contrattuali che consentono la mera fornitura di opere del tutto vietata in precedenza (è il caso del distacco e della somministrazione di lavoro). Dall'altro, sono state previste forme lecite di appalti *labour intensive*, dove l'esecuzione dell'opera e del servizio avviene in modo esclusivo o preponderante con le sole attività lavorative, anche qui con una netta cesura rispetto a quanto previsto dall'art. 1 della l. 1369/1960.

¹⁴⁹ Rinvio, sul punto, a V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003* cit., 14 ss., con ampi riferimenti bibliografici sul tema.

Tuttavia, la possibilità di fornire prestazioni che consistono soltanto nello svolgimento di lavoro può avvenire solo alle condizioni tassativamente previste dalla legge. Pertanto, se tali presupposti non sussistono, la situazione in cui un soggetto opera come mero intermediario mettendo a disposizione lavoratori che effettuano attività a beneficio esclusivo di un altro soggetto è ancora vietata, sia con sanzioni civili (la possibile costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore), sia penali (in relazione, ad es., alla somministrazione illecita)¹⁵⁰. Il divieto di intermediazione fraudolenta, dunque, seppure in forma nettamente diversa rispetto al passato, sussiste ancora¹⁵¹. E, come affermato dalla Cassazione «anche dopo la abrogazione della L. n. 1369 del 1960, quello che permane in materia è un divieto (sanzionato a livello civile, penale ed amministrativo) che concerne la fattispecie oggettiva dell'interposizione di manodopera e non la tipologia soggettiva di chi finisce per realizzarla. Lo scopo del divieto di intermediazione è ancora quello di reprimere la scissione tra titolarità apparente del rapporto di lavoro e sua "utilizzo effettiva", non essendo consentito, anche se accettato con contratto dalle parti, che il soggetto che investe, organizza e gode degli utili dell'attività produttiva non assuma per un verso la posizione del datore e la direzione del personale e dall'altro non assuma anche il rischio del costo (in senso ampio) del rapporto di lavoro (al di fuori dei casi in cui è oggi ammessa la somministrazione legale di manodopera.)»¹⁵².

6. L'appalto di mano d'opera: profili generali.

L'art. 29 del d.lgs n. 276 del 2003, come si è detto, introduce una nozione di appalto di carattere speciale, riferita soltanto al Diritto del lavoro, che mutua alcune delle caratteristiche della figura generale di questo contratto prevista dall'art. 1655 del Codice civile, ma che poi se ne distingue proprio in considerazione delle peculiarità della fattispecie da regolare. In tal modo, il legislatore supera l'assetto normativo precedente che, in generale, in questi casi utilizzava quale fonte normativa l'art. 1677 c.c. (relativo alla fornitura di prestazioni continuative o periodiche di servizi), nella misura in cui, ovviamente, non si incorreva nel divieto previsto dall'art. 1 della l. n. 1369/1960.

La disposizione del decreto legislativo utilizza una strana tecnica di definizione «per distinzione» basata sulla differenza con la somministrazione, anche se poi la norma delinea con precisione le sue caratteristiche strutturali, che devono essere esaminate separatamente, anche in rapporto alla previsione dell'art. 1655 c.c. La nuova disciplina, ampiamente analizzata da parte della dottrina, ha ormai alle spalle una elaborazione giurisprudenziale di oltre venti anni, che ha contribuito, non senza contraddizioni, a definire i caratteri dell'istituto¹⁵³.

¹⁵⁰ Art. 18 del d.lgs. n. 276/2003.

¹⁵¹ R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, RIDL, I, 2008, 129 ss.

¹⁵² Cass. 20 giugno 2023, n. 17627, DJ, 3 – 4.

¹⁵³ Sull'appalto di cui all'art. 29 del d.lgs. 276/2003 cfr., tra gli altri, P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. CURZIO, Cacucci, 2004, 91 ss.; P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco. Articolo 29 Appalto*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. PEDRAZZOLI, Zanichelli, 2004, 267 ss.; L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 93/2009, 1 ss.; M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, 2013, 110 ss.; I. ALVINO, *La tutela del lavoro nell'appalto cit.*, 1487 ss.; F. DI LORENZO, *Appalto e somministrazione di manodopera*, ED – *Annali*, X, Giuffrè, 2017, 52 ss.; V. FERRANTE, *Decentramento produttivo (interno ed internazionale) e forme di tutela dei lavoratori: un'evoluzione incompiuta*, in *Scritti in onore O. Mazzotta*, Cacucci, 2022, 556 ss.

7. La necessità che l'appaltatore sia un imprenditore e assuma la «gestione a proprio rischio» dell'appalto.

L'art. 29 del decreto legislativo richiama espressamente l'art. 1655 c.c., con la conseguenza che alcune caratteristiche di questa disposizione devono essere applicate anche alla fattispecie lavoristica di appalto.

Il primo requisito è che l'appaltatore deve essere un'impresa. Esso viene desunto non tanto dal riferimento alla «organizzazione dei mezzi necessari» prevista dalla norma del codice civile - «che potrebbe alludere tanto ad una impresa in senso tecnico, quanto al semplice fatto che i mezzi occorrenti per la realizzazione dell'*opus* devono essere forniti dall'appaltatore (al fine di distinguere la fattispecie dal contratto di lavoro subordinato) – quanto piuttosto da un'analisi comparativa della norma cogli art. 2222 - 2082 e 2083 cod. civ.»¹⁵⁴. Questa tesi, fatta propria anche dalla dottrina lavoristica¹⁵⁵, implica che l'appaltatore abbia una forma giuridica societaria o quale ditta individuale, sia iscritta al registro delle imprese, abbia un proprio capitale sociale (se è una società), posseda una sede e una consistenza organizzativa anche minima (locali, attrezzature, informatiche e telefoniche, struttura amministrativa). Con la conseguenza che l'appaltatore non può essere né un lavoratore autonomo privo di struttura imprenditoriale, né un lavoratore subordinato (o altre tipologie di attività lavorativa). Il soggetto che esegue l'appalto, pur avendo struttura di impresa, potrebbe tuttavia non essere un imprenditore che svolga l'attività professionalmente, in coerenza con quanto stabilito dalla dottrina civilistica¹⁵⁶

Un secondo requisito è che l'impresa appaltatrice assume la «gestione a proprio rischio» dell'appalto, che può manifestarsi in varie forme (impossibilità di realizzazione dell'opera o del servizio per fatto non dipendente dal committente; perimento o deterioramento dell'*opus* per causa non imputabile ad alcuna delle parti; difficoltà nell'esecuzione dell'opera o servizio per la variabilità dei costi di produzione a fronte della immutabilità del corrispettivo ecc.)¹⁵⁷.

L'assunzione, da parte dell'appaltatore, «del rischio di impresa» è stata ribadita anche dall'art. 29, c. 1, del d.lgs. 276/2003 ed è stata confermata sia dalla dottrina¹⁵⁸, sia dalla giurisprudenza¹⁵⁹. Tuttavia, le sentenze sono piuttosto generiche su tale aspetto, senza fornire una descrizione dettagliata di cosa si debba intendere per rischio di gestione. La Cassazione, in un caso, ha ritenuto che tale requisito sia da escludere in quanto la prestazione da eseguire – la consegna di plichi postali – avveniva in una situazione in cui «gli itinerari (erano) pianificati dettagliatamente dalle

¹⁵⁴ D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, *Comm SB*, Zanichelli – Il Foro Italiano, 2007, 15.

¹⁵⁵ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui* cit., 83 ss., con un'opinione che, anche se espressa prima della introduzione dell'art. 29 del d.lgs. 276/2003, è sicuramente estensibile alla nuova disciplina.

¹⁵⁶ D. RUBINO -G. IUDICA, *Appalto* cit., 16; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui* cit., 84; F. DI LORENZO, *Appalto e somministrazione di manodopera* cit., 55 (con indicazione degli autori a nt. 25);

¹⁵⁷ D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto* cit., 21. Gli a., peraltro, rilevano come l'impossibilità di realizzazione dell'*opus* o il caso fortuito – ritenuti da molti autori come espressione del rischio di impresa – non siano ricompresi nella nozione di «gestione a proprio rischio». Quest'ultima, infatti, riguarderebbe solo il rischio economico: «l'appaltatore, cioè, esegue l'opera per dato prezzo, ed è a suo rischio se in realtà l'opera gli viene a costare più del prezzo convenuto, o comunque più di quanto prevedeva» (166).

¹⁵⁸ Si rinvia agli a. cit. a nt. 13.

¹⁵⁹ Tra le tante cfr. Cass. 20 giugno 2023, n. 17627, *DJ*, 3 ss.; Cass. 27 gennaio 2022, n. 16302; Cass. 7.07.2022, n. 21501, Cass. 27 aprile 2022, n. 13182, *DJ*, 3 – 4, oltre a molte decisioni dei giudici di merito.

Poste»¹⁶⁰. Dunque, la predeterminazione capillare, effettuata nel capitolato, delle prestazioni oggetto dell'appalto, escludendo o riducendo in modo drastico la scelta organizzativa dell'appaltatore, eliminerebbe l'elemento il rischio di impresa. Una affermazione discutibile, visto che il rischio potrebbe ugualmente essere connesso a fattori ulteriori, come quelli sopra descritti (con particolare riferimento all'aumento dei costi).

In altri casi, si è ritenuto che il rischio non sussistesse nell'ipotesi di inserimento nel contratto di clausole che remunerassero automaticamente l'appaltatore per gli aumenti del costo del lavoro connessi ad incrementi delle retribuzioni introdotte dai contratti collettivi. In tal caso, infatti, l'aumento del costo della mano d'opera veniva traslato integralmente sul committente, eliminando il rischio della variabilità dei costi di produzione, che è invece, come si è detto, una caratteristica tipica dell'esecuzione del contratto.

8. Segue. La presenza di un'autonoma organizzazione di impresa dell'appaltatore.

L'appalto, nella disciplina prevista dal Codice civile, prevede «la disponibilità, in capo all'appaltatore, di un ampio complesso di mezzi produttivi, nonché l'impiego del lavoro di altri soggetti assunti al di fuori del nucleo familiare»¹⁶¹. Anche l'art. 29, c. 1, del d.gs. n. 276/2003 richiede 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».

L'organizzazione autonoma dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto è dunque una caratteristica anche della disciplina lavoristica, anche se la valutazione delle sue caratteristiche deve essere modulata in rapporto «alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto». Pertanto, se l'appalto richiede attrezzature, macchinari e personali, l'impresa che realizza l'*opus* deve utilizzare tutti gli elementi indicati e non è sufficiente la mera fornitura di personale, che verrebbe a costituire una forma di intermediazione di mano d'opera vietata¹⁶². Si pensi, ad esempio, ad un appalto per la realizzazione di un componente industriale (che richiede macchinari, attrezzature e personale). O al contratto destinato a gestire i rapporti di lavoro sotto il profilo amministrativo, contributivo e fiscale (che richiede lavoratori, *software*, *hardware*, un ufficio, gli arredamenti, prodotti per la stampa e la scrittura ecc.).

La organizzazione dell'appaltatore non deve essere necessariamente di sua proprietà. In senso opposto a quanto previsto dall'art. 1, c. 3, della l. n. 1369/1970 (che invece prevedeva una presunzione assoluta di intermediazione), il committente può mettere a disposizione i macchinari e

¹⁶⁰ Cass. 20 giugno 2023, n. 17627 cit., 4. Ma, in senso contrario, v. Cass. 6 aprile 2021, n. 9231, che ritiene irrilevante «il fatto che siano predeterminate in modo analitico nel contratto di appalto le modalità operative del servizio».

¹⁶¹ D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto* cit., 14.

¹⁶² Si vedano, per tutti, F. DI LORENZO, *Appalto e somministrazione di manodopera* cit, 55, con la precisazione che negli appalti *capital intensive* non caratterizzati da apparecchiature e materiali tradizionali ma da una struttura smaterializzata di organizzazione (basata su tecnologie digitali), la organizzazione dei mezzi potrebbe coincidere con il *know-how*, D. GAROFALO, *Il perdurante divieto di interposizione*, in *Appalti e lavoro. Volume secondo. Disciplina lavoristica*, a cura di D. GAROFALO, GIAPPICHELLI, 2017, 10. Cfr. anche Cass. 14 settembre 2019, n. 21413, *DJ*, par. 3 del Considerato in diritto; A. Torino 1° luglio 2021, n. 309, *DJ*, 6.

le attrezzature utilizzate dall'appaltatore¹⁶³. Oppure l'impresa appaltatrice può semplicemente avere la disponibilità delle strutture organizzative che servono ad eseguire il contratto (a seguito di contratti di noleggio, *leasing* ecc.). Il carattere fondamentale, infatti, non è la proprietà della organizzazione necessaria ma la sua gestione autonoma e senza ingerenze da parte del committente¹⁶⁴. Tale interpretazione appare condivisibile perché, se la sussistenza dell'organizzazione e la sua gestione imprenditoriale sono i fattori decisivi che connotano l'appalto, mentre le caratteristiche che giustificano la disponibilità dei suoi componenti non hanno rilievo particolare¹⁶⁵. D'altra parte, in coerenza con la finalità dell'istituto, anche i lavoratori necessari all'esecuzione dell'appalto non debbono essere necessariamente dipendenti dell'appaltatore. Essi potrebbero collaborare con il fornitore dell'*opus* in base a diversi contratti (somministrazione di lavoro; collaborazioni etero organizzate; collaborazioni continuative e coordinate) o altri istituti (distacco).

Gli appalti *labour intensive* sono sempre esistiti (ad es. le pulizie) e ad essi se ne sono affiancati altri più moderni, come, ad es., quelli per i servizi di cura delle persone, di vigilanza, di assistenza al pubblico o ai clienti. Tra questi sono inclusi anche gli appalti informatici o nei quali comunque l'appaltatore fornisce un servizio ad altro contenuto tecnologico che si identifica, di fatto, con il *know how*, dei lavoratori addetti. In tutti questi casi le attrezzature e macchinari possono essere una componente secondaria dell'organizzazione del fornitore o essere del tutto assenti.

L'art. 29 del d.lgs. 276/2003, in queste situazioni, identifica correttamente l'organizzazione dell'appaltatore con l'esercizio «del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto». E la giurisprudenza ha interpretato tale dizione affermando che è sufficiente che «in capo all'appaltatore sussista una *effettiva gestione* dei propri dipendenti»¹⁶⁶. La formulazione della norma lascia intendere che il mero esercizio del potere direttivo non è sufficiente ed occorra un elemento aggiuntivo, che va appunto identificato nella organizzazione del lavoro come, ad es., la predisposizione dei turni, la scelta dei lavoratori da adibire in relazione alle professionalità necessarie, la predisposizione delle regole che consentono il coordinamento tra tutti gli addetti all'esecuzione dell'appalto. Da questo punto di vista, la giurisprudenza, sia in relazione agli appalti in genere sia a quelli *labour intensive*, ha specificato che la mera gestione amministrativa dei propri dipendenti (predisposizione dei prospetti paga e pagamento delle retribuzioni; gestione delle ferie e permessi; assicurazione della continuità delle prestazioni) non è sufficiente a connotare la sussistenza del requisito richiesto dalla legge¹⁶⁷. Il che implica, come si è già detto, la necessità che l'appaltatore definisca anche l'organizzazione del lavoro. Va peraltro rilevato che la distinzione tra semplice esercizio del potere direttivo e *quid pluris* costituito dal

¹⁶³ T. Alessandria 7.02.2022, n. 30, *DJ*, 6; Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2015, n. 18667; Cass. 14 settembre 2019, n. 21413 cit., par. 3 del Considerato in diritto.

¹⁶⁴ In senso contrario si è espressa Cass. 25 giugno 2020, n. 12551, *DJ*, 4, secondo la quale il fatto che l'appaltatore utilizza beni strumentali messi a disposizione della committente è un indizio della illiceità dell'appalto. Ma si tratta di un'affermazione difficilmente giustificabile alla luce della nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 276/2013.

¹⁶⁵ E non è un caso che anche nell'appalto previsto dall'art. 1655 c.c. si parli di «disponibilità, in capo all'appaltatore, di un ampio complesso di mezzi produttivi» (D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto* cit., 14) e non di proprietà degli stessi.

¹⁶⁶ Cass. 28 giugno 2023, n. 18455; Cass. 2 novembre 2021, n. 31127; Cass. 21 ottobre 2020, n. 22989.

¹⁶⁷ Cass. 7 febbraio 2017, n. 3178, *DJ*, par. 4 del Considerato in diritto; Cass. 27 aprile 2022, n. 13182, *DJ*, 3; Cass. 25 giugno 2020, n. 12551 cit., 4; A. Milano 29 dicembre 2022, n. 1127; A. Torino 1° luglio 2019, n. 309 cit., 7 (con riferimento anche a quanto stabilito da Cass. n. 27213/2018 e Cass. n. 13641/2019).

potere organizzativo a volte non è semplice, venendo a costituire una sottile linea di distinzione, chiara dal punto di vista teorico, ma difficilmente distinguibile nella realtà produttiva.

Inoltre, la rapidissima evoluzione tecnologica può di fatto rendere del tutto illegittimi appalti che, pur rispondendo alle esigenze dell'impresa, sono in contrasto con quanto previsto dall'art. 29 del d.lgs. 276/2003. In tempi recenti, ad esempio, la Corte di Appello di Venezia¹⁶⁸, nel confermare la decisione di primo grado del Tribunale di Padova¹⁶⁹, ha accertato la illiceità di un appalto effettuato da una cooperativa nel settore logistico. Nei casi indicati, infatti, «tutte le operazioni svolte dai dipendenti dell'appaltatore (venivano) eterodirette dal committente attraverso dispositivi digitali posti nella sua esclusiva disponibilità, "in grado di gestire singolarmente e nello stesso tempo nel complesso l'attività lavorativa", senza che i responsabili della cooperativa potessero incidere "in alcun modo sull'individuazione dell'attività, sulle sue modalità di effettuazione e sui tempi di lavorazione" (si veda punto 4.2.c di App. Venezia n. 191/2023, in epigrafe)». Inoltre, «le operazioni svolte non solo venivano controllate, ma venivano anche registrate dal software, consentendo all'appaltante di monitorare i dipendenti altrui ed eventualmente risalire al nominativo del lavoratore associato al relativo codice identificativo»¹⁷⁰.

Nella situazione indicata, il potere direttivo e organizzativo era di fatto tutto esercitato dalla committente e, necessariamente, l'appalto non poteva essere ritenuto lecito. Infatti, la presenza di «strumenti tecnologici in grado di controllare, dirigere e permeare la prestazione lavorativa rende sostanzialmente sempre evanescente l'esercizio di qualsivoglia potere organizzativo riconosciuto all'appaltatore e valorizzato dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, tanto più nell'ambito di appalti labour intensive caratterizzati da una manodopera scarsamente qualificata»¹⁷¹. Ed è evidente che, in tali situazioni, non si comprende per quale ragione dovrebbe ammettersi l'utilizzazione di un appalto, quando le modalità di svolgimento delle prestazioni, per gli apparati tecnologici utilizzati e per le modalità di esecuzione, sono in tutto e per tutto riconducibili alla subordinazione esercitata dal committente.

9. Segue. L'esercizio del potere direttivo ed organizzativo da parte dell'appaltatore e non del committente.

Un altro elemento fondamentale di liceità del contratto è costituito dall'esercizio, da parte dell'appaltatore, del potere direttivo e organizzativo sui lavoratori utilizzati nell'esecuzione dell'appalto, che, come si è detto, saranno in genere lavoratori subordinati, ma potrebbero anche essere collaboratori con diverse tipologie contrattuali¹⁷². L'impresa appaltatrice, nei confronti dei propri dipendenti (ma anche dei collaboratori utilizzati con la somministrazione di lavoro o quale distaccataria) deve esercitare il potere di direzione del lavoro di cui all'art. 2104, c. 2, c.c., inteso nelle sue componenti costitutive (conformazione del contenuto del contratto;

¹⁶⁸ A. Venezia 30 marzo 2023, n. 191.

¹⁶⁹ T. Padova 16 luglio 2019, n. 550, DJ, 1 ss.

¹⁷⁰ F. De Michiel, *Ancora sul rapporto tra appalto, tecnologia e poteri datoriali*, DRI, 2023, 1072, ma in DJ, 3.

¹⁷¹ F. De Michiel, *Ancora sul rapporto tra appalto, tecnologia e poteri datoriali cit.*, 4.

¹⁷² Si rinvia, sul punto, al § 8.

predeterminazione dei tempi, di luoghi e delle modalità esecutive della prestazione) e deve inoltre procedere al controllo dell'attività lavorativa¹⁷³.

Nei confronti dei collaboratori etero organizzati di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015 utilizzati per l'esecuzione dell'*opus*, l'appaltatore dovrà esercitare non il potere direttivo ma quello organizzativo previsto dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003. Ed esso, in coerenza con quanto previsto dalla giurisprudenza, che ha interpretato l'art. 2 del decreto legislativo del 2015, si identifica con un «coordinamento imposto dall'esterno (che) sia funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione predisposta dal primo, inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa, costituendo la unilaterale determinazione anche delle modalità spazio-temporali della prestazione una possibile, ma non necessaria, estrinsecazione del potere di etero-organizzazione»¹⁷⁴. Se, invece, l'appaltatore si avvale di collaborazioni continuative e coordinate, il potere di coordinamento si svolgerà con modalità meno stringenti, anche alla luce della attuale formulazione dell'art. 409, c. 1, n. 3, c.p.c.¹⁷⁵.

L'impresa appaltante può dare disposizioni ai dipendenti dell'appaltatore o ai suoi collaboratori che operano con tipologie contrattuali diverse. Tuttavia, esse sono quelle necessarie per coordinare l'attività dell'appaltatore alle esigenze del committente in relazione alle caratteristiche che l'opera o servizio deve avere. Si è rilevato, infatti, che «l'esercizio di un potere di controllo da parte del committente è compatibile con un regolare contratto di appalto e che, sotto questo profilo, può ritenersi legittima la predeterminazione da parte del committente anche delle modalità temporali e tecniche di esecuzione del servizio o dell'opera oggetto dell'appalto che dovranno essere rispettate dall'appaltatore»¹⁷⁶. Inoltre, si è affermato che «non può, e non deve, sovrapporsi il concetto di 'subordinazione' con il concetto di 'coordinamento organizzativo' delle attività appaltate con quelle aziendali, connaturato alla posizione del committente e consistente nelle "indicazioni delle modalità minime indispensabili per rendere utile la prestazione finale pattuita" che la stessa Giurisprudenza ritiene assolutamente leciti al fine di armonizzare le rispettive attività e consentire una esecuzione ottimale del contratto (Cass. civ., Sez. Lav., n.° 19860/2003; nonché, conforme, Cass. civ., Sez. Lav., n.° 15557/2019)»¹⁷⁷.

La distinzione tra potere direttivo dell'appaltatore e coordinamento organizzativo del committente è certamente condivisibile dal punto di vista teorico e si giustifica anche alla luce delle caratteristiche del contratto di appalto che, per sua natura, ammette un potere di controllo e di istruzione del committente sulla esecuzione e sul risultato della prestazione da fornire¹⁷⁸. Inoltre, nella misura in cui il controllo e le istruzioni attengono alle caratteristiche tecniche dell'opera o

¹⁷³ Con riferimento alla necessità della etero direzione dei lavoratori subordinati cfr., tra le tante, Cass. 27 aprile 2022, n. 13182; A. Torino 6 febbraio 2023, n. 54, *DJ*, dove, nel par. 3.1 della motivazione, si trascrivono le parole di Cass. n. 13413/21, in motivazione, e Cass. n. 12807/20.

¹⁷⁴ T. Roma 3 aprile 2023, n. 10401, *DJ*, 5, che riprende quanto affermato da Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663. Quest'ultima, come è noto, è l'unica sentenza della Suprema Corte in materia. Non posso, ovviamente, soffermarmi sul concetto di etero organizzazione e sulla sua distinzione rispetto al potere direttivo. Rinvio, per tutti, ad A. PERULLI, *Oltre la subordinazione – La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, 129 ss.; V. SPEZIALE, *Indici giurisprudenziali della subordinazione, presunzioni semplici, lavoro autonomo etero-organizzato e co.co.co*, *LDE*, 1, 2024, 9 ss.

¹⁷⁵ Su tali aspetti, cfr. sempre A. PERULLI, *Oltre la subordinazione* cit., 142 ss.; V. SPEZIALE, *Indici giurisprudenziali della subordinazione* cit. 11 ss.

¹⁷⁶ Cass. 6 giugno 2011, n.12201, *DJ*, par. 9 della motivazione in diritto. In senso analogo Cass. n. 15615/2011.

¹⁷⁷ T. Alessandria 7 febbraio 2022, n. 30, *DJ*, 7.

¹⁷⁸ D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto* cit., 184 ss.

del servizio (anche sotto il profilo temporale dei tempi di esecuzione parziali e finale) e non incidano sulla concreta esecuzione del lavoro, senza diventare, quindi, un vero e proprio esercizio del potere direttivo sulle attività lavorative o sulla loro organizzazione, l'attività del committente è certamente lecita. Se, al contrario, il committente procederà alla direzione del lavoro e alla sua organizzazione, in tal caso verrà a mancare un presupposto fondamentale previsto dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 e certamente l'appalto non sarà lecito.

Ovviamente, l'esercizio concreto del potere direttivo ed organizzativo da parte dell'appaltatore acquisirà un rilievo ancora maggiore negli appalti *labour intensive*. In questi ultimi, infatti, l'assenza (o il carattere estremamente ridotto) di un'organizzazione di impresa intesa come strumenti, apparecchiature, beni mobili (anche immateriali) renderà l'esercizio del potere direttivo e la concreta predisposizione della organizzazione del lavoro come il più importante fattore di liceità dell'appalto (insieme al fatto che l'esecutore dell'*opus* sia una effettiva impresa e si assuma la gestione del rischio della sua realizzazione).

10. Le conseguenze derivanti da un appalto illecito: sanzioni penali e amministrative, costituzione del rapporto di lavoro in capo al committente e l'esercizio della tutela giurisdizionale.

La mancanza degli elementi costitutivi dell'appalto delineati dall'art. 29, c. 1, del d.lgs. n. 276/2003 configurerà una ipotesi di contratto illecito. La giurisprudenza si è più volte espressa in tal senso, concentrandosi in particolare sulla carenza del potere direttivo ed organizzativo in capo all'appaltatore, ma sottolineando come anche la presenza di altri elementi (realizzazione di un risultato autonomo; la sussistenza di un'effettiva organizzazione del lavoro dell'appaltatore; il rischio di impresa) sia un fattore che determina un appalto lecito¹⁷⁹. Pertanto, poiché la fattispecie presuppone la concorrenza di tutti i presupposti delineati dalla legge, anche l'assenza di uno solo di essi determinerà «un'interposizione illecita di manodopera»¹⁸⁰.

Gli effetti che scaturiscono dalla illecità del contratto sono diversi. In primo luogo, l'art. 18, c. 5 bis, del d.lgs. n. 276/2003 prevede, a carico del committente e dello pseudo appaltatore, un'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, con la previsione dell'arresto qualora vi sia lo sfruttamento dei minori. Il reato che prevede la sola ammenda è stato depenalizzato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 9/2006, che ha trasformato in sanzioni amministrative tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena pecuniaria. Rimane, peraltro, l'entità della sanzione, che può essere molto elevata soprattutto per gli

¹⁷⁹ Si vedano, per tutte, Cass. pen. sez. III, 27 gennaio 2022, n. 16302, secondo la quale «il discrimine tra appalto di servizi e mera somministrazione di manodopera è ravvisabile nel potere di direzione e di organizzazione del personale che caratterizza la seconda. Pertanto, in tema di interposizione di manodopera, affinché possa configurarsi un genuino appalto di opere o servizi ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, è necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera (c.d. *labour intensive*), che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione illecita di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente». In senso analogo Cass. 25 giugno 2020, n. 12551, *DJ*, 3, che parla di «orientamento consolidato di questa Corte (Cass. nn. 15557/2019, 27213 del 26/10/2018, n. 7820/2013; 15693/2009, 1676/2005)».

¹⁸⁰ In tal senso Cass. pen. n. 16302/2022 e la giurisprudenza indicata nella precedente nota.

appalti che si sono prolungati nel tempo e con un numero elevato di lavoratori, anche se poi la legge riduce questo impatto negativo con un tetto massimo¹⁸¹.

Inoltre, si è ipotizzata, sempre nei confronti del committente e dello pseudo appaltatore, l'applicazione dell'art. 38 bis del d.lgs. n. 81/2015 che configura il reato di somministrazione fraudolenta, con la previsione di un'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ogni giorno, nel caso di somministrazione attuata con «la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo». L'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha ritenuto che la sussistenza di un appalto illecito sia «di per sé, elemento sintomatico di una finalità fraudolenta» diretta ad eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo». Tuttavia, prosegue l'Ispettorato, sono necessari elementi ulteriori, come la prova che, attraverso l'appalto, il committente abbia conseguito effettivi risparmi sul costo del lavoro per effetto del trattamento retributivo previsto dal Ccnl dell'appaltatore o vi siano fattori ulteriori come, ad es., la situazione finanziaria non positiva della impresa committente¹⁸². La necessità di desumere la finalità fraudolenta da una pluralità di indici sintomatici è sicuramente condivisibile. Infatti, l'art. 38 bis richiede il dolo specifico, con la conseguenza che la mera illiceità dell'appalto potrebbe, al più, configurare una somministrazione irregolare di cui all'art. 38 del d.lgs n. 81/2015 e non quella, molto più rilevante, di carattere fraudolento che presuppone, appunto, un intento elusivo effettivamente accertato.

La giurisprudenza penale, inoltre, ha ritenuto che, in caso di appalto illecito, diretto a nascondere una forma di somministrazione *contra legem* e nel quale si sono usati contratti di appalto fittizi e fatture per operazioni soggettivamente inesistenti con le quali si è proceduto alla detraibilità dell'Iva, sussista «il reato di dichiarazione fraudolenta previsto dall'articolo 2 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74»¹⁸³.

Dal punto di vista più strettamente lavoristico, ai sensi dell'art. 29, c. 3 bis., del d.lgs. 276/2003 il lavoratore può agire dinanzi al Giudice del lavoro competente per ottenere la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del committente. Il processo, che, per espressa previsione della legge, non richiede la necessaria partecipazione dell'appaltatore (con esclusione, quindi, di una ipotesi di litisconsorzio necessario), sembrerebbe poter essere attivato solo dal dipendente e non da altri soggetti, in coerenza con la formulazione letterale assai chiara della disposizione. Non è di questo avviso, peraltro, la Cassazione, secondo la quale la norma, pur nella sua non equivocità, «non preclude la legittimazione degli enti previdenziali stante la nullità degli atti interpositori». La conclusione viene motivata con il fatto che, se l'iniziativa spettasse soltanto al lavoratore, «in tal caso il regime previdenziale, di per sé indisponibile (da ultimo v. Cass. n. 13650 del 2019), sarebbe condizionato all'iniziativa del lavoratore che denunci l'irregolarità, mentre è risalente il principio in base al quale il rapporto di lavoro e quello previdenziale, per quanto tra loro connessi, rimangono del tutto diversi (v., ex multis, Cass. n. 5353 del 2004; Cass. n. 6673

¹⁸¹ Infatti, in ogni caso la multa o l'ammenda non può essere inferiore a 5.000 o superiore a 50.000 euro (art. 1, c. 6, del d.lgs. n. 8/2016). Il tetto massimo può ridurre in modo consistente l'ammontare delle sanzioni amministrative che, per appalti prolungati nel tempo e con l'utilizzazione di molti dipendenti, potrebbe eccedere di gran lunga il limite massimo dei 50.000 euro. L'effetto di determinazione della disposizione, pur rimanendo, viene quindi ridimensionato.

¹⁸² Si veda la Circolare dell'Ispettorato Nazionale del lavoro dell'11 febbraio 2019, n. 2, <https://ispettorato.gov.it>, Circolari, 2 – 3. Cfr., sul tema, P. RAUSEI, *Somministrazione fraudolenta: accertamento e sanzioni*, DPL, 13, 2019, 792 – 793.

¹⁸³ Cass. pen. 27 gennaio 2022, n. 16302.

e n. 15979 del 2003)». D'altra parte, «l'azione dell'ente previdenziale terzo è finalizzata all'accertamento della sussistenza in fatto di un rapporto di lavoro subordinato, tra l'utilizzatore e il lavoratore e trova la sua causa petendi nell'art. 2094 c.c. e non nel D.lgs. n. 276 del 2003...Si tratta di una tipica norma processuale formulata a partire dalla posizione del lavoratore che non preclude, stante la nullità degli atti interpositori tutt'ora sanzionati, che sia fatta valere ad opera di tutti gli interessati (v. pure Cass. n. 18278 del 2019, in motivazione)»¹⁸⁴.

Il riferimento all'art. 2094 non mi sembra corretto, perché la disposizione del Codice civile non prevede alcuna limitazione, sotto il profilo soggettivo, tra coloro abilitati a rivendicare in giudizio la sua applicazione, al contrario di quanto previsto dall'art. 29, c. 3 bis, del d.lgs. n. 276/2003, che è quindi norma speciale tale da introdurre una legittimazione selettiva ad agire in giudizio. Più convincente è la netta distinzione tra rapporto di lavoro e rapporto giuridico previdenziale. L'art. 29 riguarda solo di riflesso quanto attiene alla relazione tra le parti del contratto e gli istituti previdenziali. L'autonomia di quest'ultima fattispecie giuridica legittima uno dei soggetti del rapporto previdenziale ad agire in giudizio per accertare che la persona effettivamente tenuta a versare i contributi e gli oneri assistenziali è il committente e non l'appaltatore interposto.

In base ai principi in tema di onere della prova, la dimostrazione della sussistenza di un appalto illecito dovrebbe essere a carico del lavoratore. Si tratta, infatti, di dimostrare i fatti costitutivi dell'azione e cioè che l'appalto sia stato stipulato in violazione di quanto previsto dalla legge, con onere a carico di chi tali fatti deve provare¹⁸⁵. Non è di questo avviso la Cassazione, secondo la quale spetta al «datore di lavoro, sia quello formale che sostanziale, dimostrare la sussistenza di una genuina intermediazione di manodopera (che consista in un contratto di appalto di servizio ovvero in un contratto di somministrazione)»¹⁸⁶. La Corte, peraltro, non spiega per quale ragione l'onere della prova dovrebbe essere a carico di committente e appaltatore. La ripartizione dell'onere della prova, come è noto, dipende dalla norma sostanziale che è alla base della domanda e dalla posizione assunta dalla parte nel processo¹⁸⁷. La situazione, nel caso di specie, non è molto diversa dall'ipotesi in cui un lavoratore, qualificato come autonomo, rivendichi la subordinazione, con la necessità, per l'interessato, di dimostrare che il contratto si è svolto con i requisiti previsti dall'art. 2094 c.c.¹⁸⁸. Qui siamo in una situazione simile, sia quando la dimostrazione si concentra su chi abbia effettivamente esercitato il potere direttivo (come nel caso della subordinazione), sia quando si sostenga la mancanza degli altri fattori essenziali della fattispecie (ad es. l'assenza di un'autonoma organizzazione in capo all'appaltatore). La prova richiesta sostanzia il fatto costitutivo a cui fa riferimento l'art. 2697 c.c. per dimostrare il diritto tutelato (la repressione della interposizione fraudolenta e l'attribuzione della titolarità del contratto in capo al committente). E tale fatto costitutivo deve essere provato da chi intenda far valere in giudizio tale diritto, in rapporto sia alla norma sostanziale (art. 29, c. 1, del d.lgs. n. 276/2003), sia alla posizione della

¹⁸⁴ Cass. 28 novembre 2019, n. 31144, *DJ*, 3.

¹⁸⁵ T. Milano 12 febbraio 2016, *DJ*, 2; T. Roma 17 aprile 2015.

¹⁸⁶ Cass. 18 novembre 2019, n. 29889, *DJ*, 3. In senso analogo, A. Roma 17 febbraio 2022, n. 689, *DJ*, 4.

¹⁸⁷ Cfr., per tutti, M. TARUFFO, *Onere della prova*, *DDP civ*, XII, Utet, 1995, 68.

¹⁸⁸ Cass. 30 agosto 2022, n. 25508; Cass. 5 luglio 2021, n. 18943; Cass. 14 giugno 2021, n. 16720.

parte nel processo (attore che agisce per far accertare la illiceità del contratto). Questo soggetto deve, quindi, essere il lavoratore.

La costituzione del rapporto nei confronti dell'appaltante avverrà con effetto sin dal momento iniziale di effettuazione delle prestazioni lavorative nell'ambito dell'appalto¹⁸⁹ e «i pagamenti a titolo contributivo effettuati dall'appaltatore valgono a liberare il committente fino a concorrenza delle somme versate, così come dispone il comma 3 bis (dell'art. 29 d.lgs. n. 276/2003), che rinvia al precedente art. 27, comma 2, dando applicazione alla regola generale di cui all'art. 1180 c.c., che impone la verifica in concreto dell'avvenuta o meno integrale soddisfazione delle pretese contributive formulate dagli enti previdenziali»¹⁹⁰.

L'art. 32, c. 4, lettera d), della l. n. 183/2010 sottopone al doppio termine di decadenza previsto dall'art. 6, c. 1 e 2, della l. n. 604/1966 (60 giorni per l'impugnazione stragiudiziale e 180 per successiva instaurazione del giudizio) anche «ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda al committente la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto».

Ci si è chiesti se il regime decadenziale ivi previsto si applichi anche all'appalto illecito, per l'azione costitutiva prevista dall'art. 29, c. 3 bis, del d.lgs. n. 276/2003. La Cassazione si è espressa in senso negativo, in quanto ha ritenuto che la disposizione sopra indicata contenuta nella l. n. 183/2010 non si applica «all'azione del lavoratore intesa ad ottenere, in base all'asserita illiceità dell'appalto in quanto di mera manodopera, l'accertamento del proprio rapporto di lavoro subordinato in capo al committente, in assenza di una comunicazione scritta, inviata da quest'ultimo, equipollente ad un atto di recesso»¹⁹¹.

La Suprema Corte motiva tale conclusione in base ad una pluralità di argomentazioni. In primo luogo afferma che le ipotesi previste dall'art. 32, commi 2, 3 e 4, della l. 183/2010 presuppongono tutte una comunicazione scritta da cui far decorrere il termine di decadenza, anche alla luce di plurime decisioni dei giudici di legittimità in materia. Per tale ragione, la Corte ritiene che estendere alla cessazione dell'appalto disposizioni che presuppongono atti scritti e ricettizi costituirebbe, in primo luogo, un'applicazione analogica, non consentita, di norme eccezionali (quelle in tema di decadenza). Inoltre, se si accogliesse la opposta interpretazione, si creerebbe un'aporia rispetto all'impianto complessivo dell'art. 6 della l. n. 604/19966 e dell'art. 32 della l. 183/2010 e alla interpretazione costante della Cassazione che ricollega l'obbligo di impugnazione alla esistenza di atti scritti del datore di lavoro. Infine, tra più interpretazioni possibili, la Corte deve adottare quella costituzionalmente conforme e che consenta un corretto bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, con un giudizio che tenga conto della proporzionalità dei mezzi rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare e delle finalità che si vogliono perseguire. In questo contesto, per rispettare il nucleo irrinunciabile del diritto di azione previsto dall'art. 24 Cost., è necessario che il *dies a quo* sia esattamente individuabile dal soggetto onerato (il che avviene solo

¹⁸⁹ T. Fermo 16 luglio 2019, n. 137.

¹⁹⁰ Cass. 8 luglio 2019, n. 18278.

¹⁹¹ Cass. 21 novembre 2022, n. 34181, *DJ*, 1 ss. In senso analogo Cass. 13 luglio 2022, n. 22168; Cass. 27 aprile 2022, n. 13202.

quando il lavoratore riceva una formale comunicazione della fine dell'appalto). La mancanza di tale comunicazione renderebbe eccessivamente aleatorio il diritto di azione, vista l'intrinseca difficoltà di identificare con esattezza il momento dal quale inizia a decorrere il doppio termine di decadenza e tenuto conto anche della esiguità dei 60 giorni entro cui contestare la illiceità dell'appalto¹⁹².

L'interpretazione della Suprema Corte non mi sembra convincente. In primo luogo, non corrisponde alla realtà che l'art. 32, commi 3 e 4, della l. n. 183/2010 sia riferito a ipotesi che richiedano tutte una comunicazione scritta da parte del datore di lavoro. La disposizione, se indubbiamente riguarda situazioni in cui tale comunicazione è necessaria, ne contempla altre che prescindono da tale aspetto. È il caso dell'impugnazione diretta a contestare la legittima apposizione del termine ad un rapporto di lavoro (comma 4, lettere a e b) e l'ipotesi della cessione del contratto a seguito di trasferimento di azienda (dove il termine decorre dalla data del trasferimento e non da quella della comunicazione del mutamento nella titolarità dell'azienda), a cui va aggiunta anche quella prevista dalla lettera d) (azione diretta alla costituzione del contratto in capo ad un soggetto diverso dal titolare formale). La *ratio* della norma è imporre un doppio regime decadenziale ad una pluralità di ipotesi, alcune delle quali prescindono dall'esistenza di una formale comunicazione del datore di lavoro.

In secondo luogo, non vi è alcuna necessità di applicare analogicamente una norma eccezionale in tema di decadenza. La lettera d) del comma 4 dell'art. 32, che non richiede formalmente alcuna comunicazione da parte del datore di lavoro, non impone alcuna interpretazione analogica, ma la sua applicazione diretta, alla luce anche di una formulazione letterale inequivocabile, che esclude un provvedimento scritto del datore di lavoro. Non si vede, poi, come l'interpretazione di una disposizione si possa giustificare alla luce di altri precedenti della Cassazione, che, oltre a riferirsi a situazioni diverse da quella esaminata, non possono di per sé giustificare una interpretazione conforme, a meno di non ritenere che i precedenti giurisprudenziali abbiano necessariamente carattere vincolante, secondo i principi dello *stare decisis*, in verità non accolti dalla Cassazione stessa¹⁹³.

Quanto poi alla utilizzazione della interpretazione conforme a Costituzione, la Corte costituzionale ha più volte detto che questo tipo di attività interpretativa presuppone un testo il cui contenuto sia suscettibile di poter avere una pluralità di significati¹⁹⁴. La disposizione da applicare (art. 32, c. 4, lettera d), dell'art. 32 l. n. 183/2010) è invece molto chiara nell'escludere, ai fini della sua operatività, qualsiasi comunicazione del datore di lavoro. D'altra parte, sotto il profilo del

¹⁹² Cass. 21 novembre 2022, n. 34181 cit., 3 – 4.

¹⁹³ Infatti, «l'attività interpretativa delle norme giuridiche compiuta da un giudice, in quanto consustanziale allo stesso esercizio della funzione giurisdizionale, non può mai costituire limite all'attività esegetica esercitata da un altro giudice, dovendosi richiamare a tal proposito il distinto modo in cui opera il vincolo determinato dalla efficacia oggettiva del giudicato ex art. 2909 c.c. rispetto a quello imposto, in altri ordinamenti giuridici, dal principio dello "stare decisis" (cioè del precedente giurisprudenziale vincolante)», che non trova riconoscimento nell'attuale ordinamento processuale. (così Cass., Sez. V, 7 aprile 2022, n. 11331, che richiama Cass., Sez. 5, 21 ottobre 2013, n. 23723; Cass., Sez. 5, 15 luglio 2016, n. 14509 e Cass., Sez. T., 1° giugno 2021, n. 15215/2021)» (Cass. 13 dicembre 2023, n. 34828 (punto 4.2 del Diritto). In senso conforme, Cass. 23 gennaio 2024, n. 2270; Cass. 23 gennaio 2024, n. 2255 e molte altre.

¹⁹⁴ Infatti, «questa Corte ha più volte affermato che "l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale" (sentenza n. 232 del 2013; in senso conforme, sentenze n. 174 del 2019, n. 82 del 2017 e n. 36 del 2016)» (C. cost. 26 novembre 2020, n. 253, punto 6 del Considerato in diritto). In senso analogo C. cost. 24 gennaio 2022, n. 18, punto 3 del Considerato in diritto.

bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti e della necessità di individuare con esattezza il *dies a quo* da cui far decorrere l'impugnazione, è possibile fare diverse considerazioni. In primo luogo, questo problema si pone per tutte le situazioni in cui l'art. 32 non prevede una comunicazione a carico del datore di lavoro, con la conseguenza che occorrerebbe ritenere che anche esse sono incostituzionali (ma la Corte Suprema non è mai arrivata a tali conclusioni). Inoltre, non vi è alcuna difficoltà per il lavoratore nel sapere quando l'appalto è cessato. Infatti, nel momento in cui egli non è più utilizzato per la sua realizzazione (in genere con una situazione condivisa con altri lavoratori), anche in considerazione dello stato dei lavori e del loro completamento (di cui egli è perfettamente consapevole), egli sa che l'appalto è terminato e può quindi impugnarlo, se lo ritiene illecito. Non è vero, dunque, che, in questo caso, si renderebbe troppo aleatorio l'esercizio del diritto di azione, venendo così a rendere eccessivamente ardua l'azione giurisdizionale, in violazione dell'art. 24 Cost.

Al contrario, mi sembra condivisibile l'interpretazione della Cassazione secondo cui il doppio termine decadenziale dell'art. 32, c. 4, lettera d), della l. n. 183/2010 non si applichi nel caso di cambio nella gestione dell'appalto. In questo caso, infatti, «il lavoratore non rivendica un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal "titolare del rapporto", come recita la norma in esame, perché il lavoratore non pone in discussione la legittimità o la validità del precedente rapporto, né la validità della sua cessazione o della sua modificazione, come ad esempio in ipotesi di un trasferimento»¹⁹⁵. In sostanza, in questo caso non si tratta di una ipotesi di interposizione conseguente ad un appalto illecito.

11. Appalto illecito, obbligo retributivo e deducibilità dell'*aliunde perceptum*.

A seguito della sentenza che, dopo aver accertato la illiceità dell'appalto, costituisce il contratto di lavoro in capo al committente, si pongono alcune questioni: a) quale sia la sorte delle retribuzioni e dei contributi previdenziali che lo pseudo appaltatore ha versato ai lavoratori e agli istituti previdenziali antecedentemente alla costituzione del rapporto di lavoro in capo al committente; b) cosa accada qualora il lavoratore, dopo la sentenza del Giudice, non venga riammesso in servizio dall'appaltante.

Per quanto attiene al primo profilo, è evidente che, dopo la pronuncia del magistrato, il rapporto di lavoro svolto alle dipendenze dell'appaltatore è giuridicamente inesistente, in quanto sin dall'origine, a seguito della illiceità del contratto, il vero datore di lavoro è stato il committente. Tuttavia, le retribuzioni erogate dall'impresa appaltatrice (e gli annessi contributi previdenziali e assistenziali) sono giustificati dall'applicazione dell'art. 2126 c.c. In questo caso, infatti, si è in presenza di un rapporto di fatto conseguente all'accertamento di una interposizione fraudolenta (e alla costituzione di un contratto di lavoro in capo ad un altro soggetto) che configura una ipotesi di nullità non connessa alla illiceità della causa o dell'oggetto, oltre che una ipotesi di lavoro prestato in violazione di norme imperative a tutela del lavoratore. Pertanto, ai sensi dei commi 1 e 2

¹⁹⁵ Cass. 16 dicembre 2022, n. 36944.

dell'art. 2126 c.c., retribuzioni e versamenti previdenziali effettuati dall'appaltatore sono pienamente legittimi a seguito dell'applicazione della disposizione del Codice civile sopra descritta¹⁹⁶.

Dopo la sentenza che costituisce il contratto di lavoro in capo all'appaltante, «l'omesso ripristino del rapporto di lavoro ad opera del committente determina l'obbligo di quest'ultimo di corrispondere le retribuzioni, salvo gli effetti dell'art. 29, comma 3 bis d.lgs. n. 276/2003, a decorrere dalla messa in mora»¹⁹⁷. La Cassazione, con la pronuncia a Sezioni Unite, è intervenuta per superare un contrasto interpretativo, in base al quale alcune decisioni della Suprema Corte ritenevano che, a seguito della costituzione del contratto di lavoro sull'appaltante e in caso di mancata riammissione in servizio dei lavoratori, questi ultimi, dopo aver offerto le proprie prestazioni ai sensi dell'art. 1217 c.c., avessero diritto solo al risarcimento del danno, «con la conseguente detraibilità del cosiddetto *aliunde perceptum*»¹⁹⁸.

Le Sezioni Unite rilevano come, a seguito della costituzione in mora del committente, i lavoratori non riammessi in servizio abbiano diritto alla retribuzione. Si tratta di una conclusione certamente condivisibile e che ha trovato una ulteriore conferma in una sentenza della Corte costituzionale (seppure riferita all'ipotesi del trasferimento illegittimo d'azienda)¹⁹⁹. Quest'ultima, infatti, conferma come, nel caso di mora del datore di lavoro, i dipendenti, dopo l'offerta delle prestazioni, conservano il diritto alla retribuzione²⁰⁰.

In base ai principi generali in tema di *mora accipiendi* e di adempimento contrattuale, se i lavoratori hanno diritto alla retribuzione, da essa non è possibile dedurre l'*aliunde perceptum*, che presuppone, invece, la corresponsione di somme che costituiscono un risarcimento del danno²⁰¹. La dottrina civilistica, in realtà, afferma che dalla controprestazione dovuta in base alle regole in tema di mora del creditore (e, quindi, nel contratto di lavoro, in relazione alla retribuzione) vanno detratti i guadagni alternativi che il debitore ha conseguito o avrebbe potuto conseguire. Questa tesi, criticabile anche nei contratti diversi da quello di lavoro, non può comunque essere accolta nei confronti della retribuzione, per il suo fondamento costituzionale (art. 36), che soddisfa

¹⁹⁶ Sull'applicazione dell'art. 2126 c.c., con riferimento all'analoga ipotesi del rapporto alle dipendenze del cessionario in caso di trasferimento di azienda dichiarato illegittimo, cfr. V. SPEZIALE, *Trasferimento d'azienda illegittimo e «doppia retribuzione»*, RIDL, I, 2020, 2, 164 (con dottrina e giurisprudenza).

¹⁹⁷ Cass., S.U., 7 febbraio 2018, n. 2990, DJ, 1 ss. Il principio è stato poi confermato dalla giurisprudenza successiva: Cass. 17 giugno 2021, n. 17422; A. Roma 25 settembre 2023, n. 3223. La sentenza a Sezioni Unite della Cassazione è stata ampiamente analizzata dalla dottrina. Sul punto, rinvio a V. SPEZIALE, *Trasferimento d'azienda illegittimo e «doppia retribuzione»* cit., 161 ss., con indicazione degli autori nella nt. 1.

¹⁹⁸ Cass., S.U., n. 2990/2018 cit., 6, a cui si rinvia per l'indicazione delle diverse sentenze della Corte.

¹⁹⁹ Si tratta di C. cost., 28 febbraio 2019, n. 29, secondo la quale «vanno dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c., sollevate in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, comma 1, cost. In caso di cessione del ramo d'azienda dichiarata illegittima, sul datore di lavoro che persista nel rifiuto di ricevere la prestazione lavorativa, ritualmente offerta dopo l'accertamento giudiziale che ha ripristinato il vincolo iuris, continua a gravare l'obbligo di corrispondere la retribuzione» (DJ, 1 e ss.). Sul diritto dei lavoratori alle retribuzioni in caso di mora del datore di lavoro mi permetto di rinviare a V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992, 313 ss.; Id., *Trasferimento d'azienda illegittimo e «doppia retribuzione»* cit., 173 ss. (con ampi riferimenti bibliografici alla dottrina lavoristica e civilistica, anche assai recente, sul tema).

²⁰⁰ Per l'analisi della sentenza della Corte costituzionale rinvio a V. SPEZIALE, *Trasferimento d'azienda illegittimo e «doppia retribuzione»* cit., 172 ss.

²⁰¹ Ho già espresso questa opinione in V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro* cit., 313 ss. e 321 ss.

bisogni fondamentali della persona ed è presidio della sua dignità e professionalità, oltre che per ragioni ulteriori²⁰².

Pertanto, il committente, dopo la sentenza che accerta l'appalto illecito e gli attribuisce la titolarità dei rapporti di lavoro formalmente imputati all'appaltatore/interposto, deve riammettere in servizio i dipendenti. Se non ottempera alla sentenza e i lavoratori offrono le proprie prestazioni, ai sensi degli artt. 1206 ss. c.c., egli è tenuto a corrispondere le retribuzioni. Qualora, durante l'illegittimo rifiuto delle prestazioni offerte, i lavoratori trovino un'altra occupazione e percepiscano i corrispettivi da un altro soggetto, le somme dovute a seguito della mora del committente non potranno essere ridotte o azzerate con quelle ricevute per effetto del diverso rapporto di lavoro.

Inoltre, sempre in base ai principi generali, qualora il lavoratore non offra le proprie prestazioni nel periodo tra l'inizio dell'appalto e la sentenza che costituisce il rapporto in capo al committente, egli non matura nessun credito nei confronti dell'appaltante. L'assenza della offerta per intimazione, infatti, impedisce gli effetti della mora, tra cui il pagamento della retribuzione²⁰³. Il discorso potrebbe essere diverso se l'offerta venisse al contrario effettuata prima della sentenza. In questo caso, infatti, sarebbe ipotizzabile il diritto al corrispettivo anche da parte del committente. È vero, infatti, che l'offerta sarebbe stata effettuata nei confronti di un soggetto che, in quel momento, non era il datore di lavoro e sarebbe quindi improduttiva di effetti. Tuttavia, la sentenza sulla illegittimità dell'appalto comporta, con effetto retroattivo, che il contratto sia illecito sin dalla sua origine. Conseguentemente, l'offerta a suo tempo realizzata, compiuta in ogni caso dopo lo svolgimento di attività lavorativa in un appalto illecito, è stata effettuata nei confronti di chi, a seguito della pronuncia giurisdizionale, viene dichiarato essere il datore di lavoro sin dall'origine del contratto. Pertanto, proprio a seguito dell'effetto *ex tunc* della decisione del Tribunale e nonostante la diversa sequela temporale, l'intimazione va considerata come se fosse stata effettuata nei confronti del soggetto che, in quel momento, era il titolare del contratto di lavoro. Ne deriva la possibile applicazione dei principi in tema di mora del creditore, con conseguente diritto alla retribuzione²⁰⁴.

In questo caso, dunque, in base ai principi generali, il lavoratore avrebbe diritto ad una doppia retribuzione (quella percepita dall'appaltatore e quella dovuta dal committente). Tale effetto, tuttavia, è escluso in base a una norma speciale. Infatti, l'art. 29, comma 3 bis, rinvia, nell'ultimo periodo, all'art. 27, c. 2, del d.lgs. n. 276/2003. Quest'ultima disposizione, oggi abrogata, è stata sostituita dall'art. 38, c. 3, del d.lgs. 81/2015, a cui occorre ora fare riferimento. Quest'ultima

²⁰² Ho analizzato questi problemi, anche con riferimento alla dottrina civilistica, in V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro* cit. 313 ss. e, più recentemente, in ID., *Trasferimento d'azienda illegittimo e «doppia retribuzione»* cit., 173 ss. (a cui rinvio per la critica ulteriore alle tesi espresse dai civilisti e alla ragione per cui la retribuzione erogata al lavoratore quale effetto della *mora credendi* non è soggetta ad alcuna deduzione).

²⁰³ Su tale questione cfr. V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro* cit., 344 ss.

²⁰⁴ Ho analizzato questa situazione nell'ipotesi di trasferimento illegittimo di azienda, nel caso in cui il lavoratore, prima della sentenza che accerta la illegittimità dell'operazione traslativa, ha offerto le sue prestazioni al cedente. Anche in questo caso, a mio giudizio, il lavoratore, nonostante lavorasse per il cessionario (percependo il corrispettivo), a seguito della pronuncia giurisdizionale matura il diritto alla retribuzione anche nei confronti del cedente. Un profilo, questo, messo in evidenza anche da C. cost. n. 29/2019. Rinvio, su tali aspetti, a V. SPEZIALE, *Trasferimento d'azienda illegittimo e «doppia retribuzione»* cit., 175 – 176.

norma, adattata all'appalto illecito, impone di dedurre dalle retribuzioni che avrebbe dovuto erogare il committente tutte le retribuzioni che, sino al ripristino del rapporto di lavoro in capo all'appaltante, sono state pagate dall'appaltatore/interposto (inclusi anche il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali). In tal modo si evita che, nel periodo sopra indicato, il lavoratore possa percepire una doppia retribuzione (e ottenere un duplice versamento dei contributi)²⁰⁵.

12. Il licenziamento intimato dall'appaltatore interposto.

Nel corso della esecuzione dell'appalto, l'appaltatore può procedere al licenziamento di un lavoratore per ragioni disciplinari o economiche. E il recesso per giustificato motivo oggettivo potrebbe essere una conseguenza naturale nel caso di completamento del contratto di realizzazione dell'*opus* e se non vi è possibilità di ulteriore utilizzazione del lavoratore in altre attività dell'impresa o quando l'appaltatore decida di interrompere il rapporto di lavoro per cessazione dell'attività aziendale.

Tuttavia, può accadere che il dipendente licenziato decida di contestare la legittimità dell'appalto e che la sua illiceità venga accertata da una sentenza, che costituisca il contratto di lavoro in capo al committente. Ci si chiede quale sia la sorte dell'atto di licenziamento a suo tempo intimato da chi, con effetto retroattivo, è stato dichiarato non essere il vero datore di lavoro. In base ai principi generali, maturati anche in rapporto alla disciplina prevista dalla legge n. 1369/1960, si è affermato che, in caso di interposizione fittizia del rapporto di lavoro, il potere di recesso deve essere esercitato dal reale datore di lavoro e non da quello fittizio, con la conseguente inefficacia (o più correttamente inesistenza) del licenziamento intimato dal soggetto interposto²⁰⁶. Tale principio è sicuramente applicabile anche in relazione alla nuova disciplina dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2015. Anche in questo caso, infatti, l'illiceità dell'appalto determina che l'appaltatore sia un soggetto interposto e quindi il licenziamento sia «proveniente a non domino», e, pertanto, privo di ogni effetto giuridico²⁰⁷.

Qualche dubbio, tuttavia, poteva sorgere in conseguenza di quanto previsto dall'art. 38, c. 3, secondo periodo, del d.lgs. 81/2015, secondo il quale «tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o gestione del rapporto, per il periodo in cui la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione». Il licenziamento, infatti, poteva essere incluso tra gli atti di gestione del rapporto effettuati dall'appaltatore/interposto e conservare, pertanto, la sua validità ed efficacia. La disposizione, riferita esclusivamente alla somministrazione, non poteva, per il suo carattere di specialità, essere applicata al contratto di appalto, dove manca una previsione di ugual genere. Inoltre, anche la eventuale interpretazione analogica della norma avrebbe potuto essere esclusa in conseguenza della mancanza di una lacuna normativa, vista la possibile applicazione dei principi

²⁰⁵ In tal senso anche Cass., S.U., n. 2990/2018 cit. e Cass. n. 18278/2019 cit.

²⁰⁶ Cfr., Cass. 9 settembre 2019, n. 22487, *DJ*, 2, con indicazione di molti altri precedenti conformi della Suprema Corte.

²⁰⁷ A. Roma 17 febbraio 2022, n. 689, *DJ*, 7; A. Roma n. 3135/2021.

generali sopra descritti in tema di licenziamento «proveniente a non domino» nel caso di appalto illecito²⁰⁸.

Tuttavia, per evitare ogni possibile incertezza su tale aspetto, l'art. 80 bis del d.l. n. 34/2020, convertito nella l. n. 77/2020 ha introdotto una norma di interpretazione autentica del secondo periodo del comma 3 dell'art. 38 del d.lgs. n. 81/2015. L'art. 80 bis, infatti, ha stabilito che «tra gli atti di costituzione e gestione del rapporto di lavoro non è compreso il licenziamento». La disposizione è riferita soltanto alla somministrazione. Tuttavia, la Cassazione ha recentemente affermato di poter applicare analogicamente l'art. 80 bis del D. L. n. 34/2020, nella sua interpretazione autentica dell'art. 38, c. 3. Del d.lgs. n. 81/2015 anche «all'appalto non genuino di servizi», in considerazione «della comune *ratio* di tutela del lavoratore coinvolto in fenomeni interpositori irregolari o simulati, testimoniata anche dalla sovrapposibilità dei testi normativi di cui al previgente art. 27, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003 (cui l'art. 29, comma 3-bis del medesimo d.lgs. – anch'esso abrogato – rinviava) e all'attuale art. 38, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2015»²⁰⁹. La conclusione è sicuramente condivisibile per quanto attiene alla identità di *ratio*, che è un elemento fondamentale per l'interpretazione analogica. D'altra parte, in questo caso effettivamente sussiste una lacuna normativa, che è l'altro elemento necessario per poter estendere analogicamente una disposizione²¹⁰. Tale situazione, infatti, è diversa da quella relativa all'art. 38, c. 3, del d.lgs. 81/2015. Per questa disposizione, come si è detto, un «vuoto» normativo non è rinvenibile, in conseguenza dei principi generali sul «recesso a non domino». Invece, in relazione alla disposizione di interpretazione autentica (l'art. 80 bis del D. L. n. 34/2020), la lacuna può essere rinvenuta. Infatti, non esiste per l'appalto una disposizione di analogo tenore e non vi è un'altra norma (o principio giuridico) che possa consentire il medesimo effetto di interpretazione autentica (l'esclusione, tra gli atti di gestione del rapporto del licenziamento).

Ne consegue che il licenziamento intimato dall'appaltatore/interposto è del tutto inidoneo a produrre l'effetto estintivo e il contratto deve quindi ritenersi sussistente in capo al committente.

Ovviamente, a parte il diritto dei lavoratori a effettuare le proprie prestazioni nei confronti dell'appaltante e al «ripristino del rapporto»²¹¹ (non attuabile in via esecutiva senza la cooperazione del committente), la corresponsione della retribuzione presuppone una offerta per intimazione da parte dei soggetti interessati, secondo le regole proprie della mora del creditore già in precedenza analizzate. E, inoltre, le conseguenze saranno diverse sia in relazione al periodo temporale in cui l'offerta viene effettuata, sia in rapporto alla possibile deduzione, dai crediti maturati, di quanto altrove percepito ai sensi dell'art. 38, c. 3, del d.lgs. 81/2015 (§ 11).

²⁰⁸ Sulla necessità, ai fini della interpretazione analogica di una disposizione, che sussista una lacuna normativa, da intendersi come mancanza di una norma giuridica che regoli il caso controverso, si veda, per tutti, N. BOBBIO, *Analogia*, NDI, I, Utet, 1968; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Tratt. CM, Giuffrè, 2011, 316 e 127 ss. In questo caso una disposizione come l'art. 38, c. 3, del d.lgs. 81/2015 riferita all'appalto certamente non c'è. Tuttavia, la mancanza di una norma espressa non impedisce, tramite l'utilizzazione di altre regole desumibili nel sistema, di giungere ugualmente all'applicazione di una disciplina giuridica. Il che dovrebbe escludere l'esistenza di una lacuna e, quindi, la possibile utilizzazione dell'analogia. Diversa è l'interpretazione analogica dell'art. 80 bis del D. L. n. 34/2020, su cui v. *infra* nel testo e nt. 69.

²⁰⁹ Cass. 22 novembre 2023, n. 32412.

²¹⁰ Su tali aspetti v. gli a. citati nella nt. 68.

²¹¹ A. Roma 17 febbraio 2022, n. 689 cit., 7; A. Roma n. 3135/2021 cit.

La giurisprudenza, nel caso indicato, ha affermato che, a seguito dell'accertamento della illiceità dell'appalto, i crediti dei lavoratori sono «sorti direttamente nei confronti dell'appaltante»²¹². Tuttavia, non è possibile comprendere se questa affermazione sia tale da poter escludere la necessità dell'offerta, perché la sentenza non ha affrontato in modo approfondito tale aspetto. Pertanto, anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale già analizzato e alla sua importanza, la necessità dell'offerta non sembra possa essere esclusa.

13. Le clausole dei contratti collettivi che vietano di appaltare determinate attività d'impresa. Problemi di costituzionalità e le tutele collettive e individuali in caso di loro violazione.

I contratti collettivi da molto tempo disciplinano, in forma più o meno estesa ed intensa, il fenomeno degli appalti. Le finalità sono molteplici: controllare i processi di esternalizzazione a fini di tutela dei dipendenti «interni», che rischiano la perdita del posto di lavoro e per evitare processi di eccessiva destrutturazione delle strutture produttive; garantire la continuità occupazionale dei lavoratori in caso di «cambio appalto»; favorire l'applicazione dei contratti collettivi anche presso le aziende appaltatrici; evitare pratiche distorsive della concorrenza basate su fenomeni di *dumping* sociale; prevenire fenomeni di progressiva frammentazione del sistema di contrattazione collettiva e di competizione tra contratti collettivi e così via²¹³.

Non mi occuperò di tali aspetti, che oltretutto in molti casi esulano dall'oggetto di questo lavoro. Analizzerò soltanto le clausole dei contratti collettivi che vietano di appaltare ad altre imprese attività produttive tipiche del proprio ciclo di produzione. In tale contesto, particolare rilievo ha l'art. 9 del ccnl metalmeccanico stipulato il 5 febbraio 2021 tra Federmeccanica, Assital e Fiom – Cgil, Fim – Cisl, Uilm – Uil²¹⁴. La disposizione impedisce di affidare all'esterno, tramite appalti, le attività che costituiscono o sono «strettamente inerenti al *core business* – individuate nei “lavori svolti in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione proprie dell'azienda stessa”, cui la disposizione aggiunge le attività di “manutenzione ordinaria continuativa”». Una formulazione che «fa evidentemente riferimento alle varie produzioni tipiche del settore», anche se di carattere «immateriale», con alcune eccezioni, e la cui concreta individuazione deve essere effettuata «non in astratto o per tipologia di attività, ma in relazione alle caratteristiche storiche del ciclo produttivo dell'impresa». Lo scopo, in questo caso, è la tutela dei livelli occupazionali dei

²¹² A. Roma 17 febbraio 2022, n. 689 cit., 7.

²¹³ F. SCARPELLI, *Appalti*, in *Commentario al Contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, a cura di V. BAVARO, F. FOCARETA, A. LASANDARI, F. SCARPELLI, Futura Editrice, 2023, 271.

²¹⁴ Il testo della disposizione, per la parte che qui interessa, è il seguente: «sono esclusi dagli appalti i lavori svolti in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione proprie dell'azienda stessa, nonché quelle di manutenzione ordinaria continuativa, ad eccezione di quelle che necessariamente debbono essere svolte al di fuori dei normali turni di lavoro.

Opportune disposizioni saranno esaminate per i lavoratori già facenti parte dell'azienda appaltatrice.

I contratti di appalto continuativi svolti in azienda – stipulati durante il periodo di vigenza del presente Contratto – saranno limitati ai casi imposti da esigenze tecniche, organizzative, gestionali ed economiche che, su richiesta delle Rappresentanze sindacali unitarie, potranno formare oggetto di verifica con la Direzione.

Restano comunque salvi gli appalti aventi carattere di continuità, ma che siano relativi ad attività diverse da quelle proprie dell'azienda appaltante, e quelli propri delle attività navalmeccaniche e di installazione e montaggio in cantiere».

lavoratori dell'impresa che potrebbero essere messi a rischio dalla eliminazione di alcune produzioni, ma anche quello di un controllo diretto sui processi di esternalizzazione²¹⁵.

La norma non è particolarmente diffusa nell'ambito dei contratti collettivi e una disposizione analoga è contenuta nell'art. 4 del Ccnl Industria alimentare 2019 – 2023. Essa pone alcune questioni interpretative che devono essere esaminate.

La prima attiene alla compatibilità con la Costituzione di una clausola che, di fatto, vieta all'impresa di decentrare una parte del proprio ciclo produttivo, limitando in modo consistente l'iniziativa economica privata prevista dall'art. 41 Cost. Non va dimenticato, infatti, che la Corte costituzionale ha stabilito che, nell'esercizio dell'autonomia privata espressa tramite i contratti collettivi, «per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali»²¹⁶. In questo caso, si potrebbe asserire che il Ccnl ha violato il comma 1 dell'art. 41, limitando in modo eccessivo la libertà ivi espressa.

Si potrebbe affermare, in verità che, in questa ipotesi, il contratto collettivo, nel confronto tra iniziativa economica e l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana (art. 41, c. 2) e, più in generale, con la estesa tutela del lavoro garantita dalla nostra legge fondamentale, abbia inteso definire un bilanciamento tra principi costituzionali che ha fatto prevalere le esigenze di protezione dei lavoratori. Tuttavia, si è sottolineato come la tecnica del bilanciamento, necessaria nel caso di esistenza di un conflitto tra diritti e interessi di rango costituzionale suscettibili di valutazione comparata, deve sempre essere effettuata in base ai test di necessità, sufficienza e proporzionalità, oltre che di ragionevolezza. In particolare, il criterio di proporzionalità implica che la compressione di un diritto o di un interesse costituzionale sia non eccessivo in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile e non può essere tale da annullarne il contenuto essenziale. In sostanza il bilanciamento dovrà essere effettuato «in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuni di loro»²¹⁷. Vietare in assoluto alcune tipologie di appalti e le relative forme di esternalizzazione delle attività produttive potrebbe essere considerato come una forma di compressione dell'iniziativa economica privata tale da annullarne il nucleo essenziale.

Va rilevato, peraltro, che, anche senza approfondire una problematica così complessa, la soluzione del problema può essere trovata in base a diverse argomentazioni. Non vi è dubbio, infatti, che l'art. 9 del ccnl metalmeccanico introduce un limite all'iniziativa economica privata certamente rilevante, ma frutto di un processo negoziale tra le parti sociali, a cui la singola impresa si auto vincola per effetto delle tecniche usuali di applicazione del contratto collettivo (iscrizione alla associazione sindacale imprenditoriale stipulante; recezione espressa o implicita del ccnl nel

²¹⁵ Le parole indicate nel testo sono di F. SCARPELLI, *Appalti cit.*, 278 ss.

²¹⁶ C. cost. 9 marzo 1989, n. 103, *DJ*, 3. La Corte ha poi ribadito la necessità che i contratti collettivi rispettino i principi costituzionali anche con la sentenza n. 268/1994, in relazione alla selezione dei lavoratori in un licenziamento collettivo. In essa la Corte ha sottolineato come gli accordi collettivi che individuano i criteri di scelta devono rispettare il principio di non discriminazione (tutelato dalla Costituzione, dalle fonti europee e dalla legge ordinaria) e devono essere coerenti con il principio di razionalità, con lo stesso vincolo esistente per la legge. Su tali aspetti cfr. A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 132/2011, 20 ss.

²¹⁷ Corte cost. n. 58/2018, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, <https://www.cortecostituzionale.it>, 203. Sulle questioni indicate nel testo rinvio a V. SPEZIALE, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, *Costituzionalismo.it*, 3, 2019, <https://costituzionalismo.it>, 128 e 147 (con indicazione della dottrina e della giurisprudenza costituzionale).

contratto individuale di lavoro). L'eventuale illegittimità costituzionale della clausola del contratto collettivo non potrebbe, dunque, riverberarsi sulla singola impresa. In questo caso, infatti, la sua applicazione è espressione di una libera scelta imprenditoriale che decide di accettare una così forte compressione della propria iniziativa economica in quanto la ritiene coerente con le proprie finalità organizzative, nell'ottica anche di una considerazione unitaria (e inscindibile) dei contenuti del contratto collettivo. In sostanza, la compressione della sua libertà economica, oltre che frutto di una libera scelta e non della imposizione *ab externo*, è giustificata da una valutazione complessiva dei benefici e dei costi che scaturiscono dalla applicazione del ccnl, ritenuta evidentemente positiva dall'imprenditore e tale da legittimare un sacrificio alle proprie possibilità organizzative e di esternalizzazione di parte del ciclo produttivo. Anche se si ritenesse che l'art. 9 del ccnl è in contrasto con la Costituzione (ma tale conclusione è certamente controvertibile), l'applicazione del contratto collettivo da parte del datore di lavoro (inclusa questa disposizione) renderebbe in ogni caso la norma vincolante.

Si è rilevato come l'art. 9 vada considerato come contenuto in una clausola del ccnl di «natura mista (tale da esplicitare) effetti sia sul piano delle relazioni sindacali, sia nei confronti dei dipendenti delle imprese, a favore dei quali fissano condizioni di relativa stabilità dell'occupazione»²¹⁸. La tesi mi sembra condivisibile. Se il carattere normativo o obbligatorio della clausola del contratto collettivo deve essere individuato nella tipologia di interessi tutelati e dei soggetti a cui tali interessi fanno riferimento, mi sembra che l'art. 9 crei diritti e obblighi sia in capo alle organizzazioni sindacali sia ai singoli lavoratori. Per quanto riguarda i sindacati, la clausola ha la funzione di controllare i processi di esternalizzazione e di segmentazione del processo produttivo, sia come forma di conservazione della integrità del ciclo, sia per i riflessi che essi determinano sui livelli occupazionali. Si tratta di fenomeni a rilevanza organizzativa e collettiva che certamente rientrano nella dimensione sindacale. D'altra parte, proibire determinati appalti significa favorire le produzioni interne all'azienda. La violazione della clausola potrebbe determinare conseguenze negative per uno o più lavoratori, che, ad esempio, potrebbero essere licenziati o dequalificati (in alternativa al recesso) a seguito della esternalizzazione, tramite appalti vietati, di determinate attività produttive a cui erano addetti.

La violazione della clausola potrà, in considerazione della sua natura, essere contestata con il ricorso al procedimento di repressione della condotta antisindacale²¹⁹, anche se si è dubitato che il provvedimento di condanna di rimozione degli effetti possa anche porre nel nulla il contratto di appalto, ma solo svolgere un ruolo inibitorio per il futuro e operare sul terreno risarcitorio²²⁰. La possibile invalidazione anche del contratto di appalto è una questione assai complessa, che non può essere affrontata in modo approfondito in questa sede, se non con alcune riflessioni. Un utile elemento di comparazione può essere trovato in relazione ad una situazione diversa, ma che presenta alcuni tratti comuni con quella esaminata. Si tratta della violazione della procedura di consultazione sindacale di cui all'art. 47 della l. n. 428/1990 in caso di trasferimento di azienda. In questo caso, infatti, ci si era chiesti se, a fronte della violazione dell'obbligo di informazione e

²¹⁸ F. SCARPELLI, *Appalti cit.*, 279.

²¹⁹ F. SCARPELLI, *Appalti cit.*, 279 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

²²⁰ F. SCARPELLI, *op.ult.cit.*, 279 – 280.

consultazione accertato ai sensi dell'art. 28 della l. n. 300/1970, l'ordine del giudice di rimozione degli effetti potesse estendersi anche alla invalidazione del contratto di diritto civile di trasferimento del complesso aziendale. La risposta, da parte della dottrina prevalente e della stessa giurisprudenza, è stata negativa²²¹. La tesi è stata argomentata sostenendo che la procedura prevista dalla legge non ha ad oggetto la decisione sul se procedere al trasferimento dell'azienda, ma solo di verificare (e negoziare) gli effetti che esso determina sul rapporto di lavoro. Pertanto, la norma «non è finalizzata a frapporre limiti giuridicamente rilevanti alla decisione di dare vita ad un negozio di trasferimento che non appare messa in gioco dalla necessaria osservanza di una procedura sindacale, né deve considerarsi giuridicamente subordinata all'espletamento di quest'ultima»²²².

Queste riflessioni possono aiutarci a risolvere il problema della violazione della clausola del ccnl sopra esaminata. In questo caso, innanzitutto, non si è in presenza di una procedura di informazione e consultazione, ma di un divieto espresso di appalto ed esternalizzazione che lede l'interesse sindacale al controllo sul decentramento produttivo e agli effetti che esso può determinare sui rapporti di lavoro. Dunque, la clausola non sembra essere congegnata *esclusivamente* per consentire al sindacato di verificare le conseguenze sui contratti di lavoro derivanti dalla sua applicazione. Essa ha anche lo scopo di garantire un interesse diretto delle OO.SS. al controllo sulla organizzazione dei processi produttivi dell'impresa. La violazione del divieto lede, dunque, un interesse sindacale distinto da quello legato ai singoli lavoratori. Con la conseguenza che, al fine di assicurare la finalità della clausola, il provvedimento del giudice che accerta la sua violazione deve necessariamente riflettersi anche sul contratto di appalto. Solo la sua invalidazione e la necessità di reinternalizzare le attività e i servizi appaltati sarebbe in grado di soddisfare l'interesse leso, con un rapporto di evidente strumentalità tra annullamento del contratto e tutela dell'interesse collettivo coinvolto.

In relazione ai lavoratori, si è rilevato che, qualora dall'appalto effettuato in violazione del divieto scaturiscano effetti negativi per i dipendenti (ad es. licenziamenti individuali o collettivi; dequalificazioni in alternativa al recesso), i singoli interessati potranno agire in giudizio, per dimostrare, anche in questo caso, il rapporto causa – effetto tra violazione del divieto (con appalto all'esterno di attività e di servizi che non potevano essere esternalizzate) e provvedimento del datore di lavoro che ha avuto effetti pregiudizievoli sul lavoratore²²³. La conclusione è sicuramente condivisibile. L'interesse a ricorrere del singolo lavoratore nasce dalla sussistenza di un divieto non rispettato e dal rapporto di strumentalità tra tale violazione e gli effetti negativi sui diritti del lavoratore (che senza quell'appalto inibito dal ccnl, non sarebbe stato licenziato, dequalificato ecc.).

14. Conclusioni.

La riforma introdotta nel 2003, sicuramente necessaria per adeguare il diritto del lavoro a profondi mutamenti economici, giuridici e sociali, presenta in alcuni aspetti questioni di rilevante complessità. La dottrina e giurisprudenza, con un'attività interpretativa molto intensa, hanno

²²¹ Cfr., per tutti, R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda – Art. 2112, Comm Sch*, Giuffrè 2021, 149 ss. (con indicazione della dottrina a nt. 46 e della giurisprudenza a nt. 48).

²²² R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda cit.*, 152.

²²³ F. SCARPELLI, *Appalti cit.*, 280.

contribuito a risolvere molti dei problemi esaminati, anche per effetto dell'emanazione di specifiche disposizioni di legge.

Si è già rilevato, peraltro, che la disciplina dell'appalto oggi esistente, in mancanza della previsione della parità di trattamento tra dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore, consente forme di esternalizzazione motivate solo dalla esigenza di ridurre i costi, senza favorire processi di specializzazione produttiva e di migliore efficienza organizzativa dell'impresa (§ 5).

Molti anni fa, rilevavo come la scelta del legislatore è stata quella di consentire una segmentazione dell'impresa che ha la finalità prevalente di ridurre gli oneri economici indiretti (le tutele normative) o diretti (i trattamenti retributivi previdenziali) e di limitare la presenza e l'impatto dell'azione sindacale. Sostenevo anche come il legislatore pensasse di affrontare le sfide della globalizzazione agendo sul fattore lavoro come unico elemento che potesse assicurare il successo delle imprese italiane del mercato. La logica era quella del consolidamento di un modello di competitività puramente di costo, che avrebbe potuto disincentivare la riqualificazione manageriale e tecnologica dell'apparato industriale italiano e che in ogni caso era del tutto inefficiente in presenza di realtà economiche emergenti (Cina, India, paesi dell'ex Est europeo ecc.) i cui costi produttivi e del lavoro sono enormemente inferiori e tali da rendere improponibili forme di concorrenza basate su tali aspetti. Inoltre, per contrastare questo approccio, proponevo alcune riforme anche in tema di appalto di servizi e di opere²²⁴.

Dopo vent'anni, la situazione non è cambiata e vi è ancora una disciplina che non prevede regole in grado di evitare un uso improprio dell'appalto nel senso sopra indicato. Tra l'altro, le esigenze di tutela dei lavoratori e di incentivazione di appalti «virtuosi» sono certamente ancora attuali, in un contesto, oltretutto, di approccio critico alla globalizzazione e di revisione di alcuni suoi postulati, che per decenni ne hanno governato l'attuazione. In questo ambito, le nuove tendenze in tema di sviluppo e impresa sostenibile, certamente non riducibili alla logica del modello di competitività basata solo sulla riduzione dei costi, potrebbero favorire una riforma che evitasse, con la reintroduzione della parità di trattamento, il possibile *dumping* nella protezione dei lavoratori.

Non mi sembra, tuttavia, che, al momento, questa eventuale riforma sia all'ordine del giorno nell'attuale dibattito politico, giuridico e sindacale. I profondi mutamenti intervenuti dal 2003 non sono tali, per il momento, da stimolare la riforma di un istituto che, per il profilo esaminato, si ispira a una stagione molto diversa da quella attuale e meno attenta ai profili personalistici dell'attività lavorativa e alla valorizzazione del fattore umano. Non vi è dubbio, peraltro, che proprio il cambiamento radicale di alcuni postulati che hanno governato il rapporto tra mercato e lavoro negli ultimi decenni dovrebbe sollecitare un processo innovativo, tale da mettere al centro una diversa visione delle esternalizzazioni e delle tutele dei lavoratori in esse coinvolti.

²²⁴ V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003* cit., 18 – 19; 30 ss.