



*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali*

*Le “esternalizzazioni” dei processi produttivi dopo il d.lgs 276 del 2003: proposte di riforma**

** In corso di pubblicazione sul n. 1/2006 di RGL.*

di VALERIO SPEZIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Esternalizzazione di attività produttive e segmentazione dell'impresa. – 3. Le innovazioni legislative in tema di trasferimento di azienda, appalti di servizi ed intermediazione di mano d'opera. – 4. La necessità di una riforma della disciplina delle esternalizzazioni e le ragioni dell'economia. – 5. La somministrazione di mano d'opera e l'appalto. – 6. Segmentazione del processo produttivo e nuove forme di tutela del lavoro subordinato: la codatorialità e la sua influenza sui costi delle imprese. – 7. I criteri per individuare i rapporti di integrazione contrattuale ed i limiti di tutela connessi alla condivisione del rapporto di lavoro. – 8. La parità di trattamento economico e normativo e la responsabilità solidale tra committente ed appaltatore. – 9. La codatorialità sostanziale tra impresa appaltante e fornitore del bene o del servizio. – 10. Conclusioni.

Working paper n. 17/2006

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

Introduzione

La riforma della disciplina del trasferimento di azienda e di ramo d'azienda, l'introduzione di una nozione lavoristica di appalto di opere o di servizi e la regolamentazione della somministrazione a termine ed a tempo indeterminato sono tra le innovazioni più significative introdotte dal d.lgs. 276 del 2003. La nuova normativa segna in questo caso una forte discontinuità con la disciplina preesistente ed ha la chiara ambizione di fornire una regolamentazione compiuta del fenomeno delle "esternalizzazioni" del processo produttivo, attraverso la utilizzazione di istituti giuridici diversi (ed a volte, come vedremo, anche in competizione tra loro).

La volontà riformatrice è certamente apprezzabile, soprattutto in considerazione dei mutamenti intervenuti nel sistema produttivo. In modo sintetico, infatti, e rinviando agli approfondimenti successivi, si può dire che soprattutto negli ultimi anni si sono verificati due fenomeni, tra loro spesso intrecciati, di assoluta novità. Il primo consiste nella sempre maggiore diffusione di appalti di servizi a favore delle imprese caratterizzati dalla bassa intensità organizzativa e prevalenza del lavoro o nei quali l'organizzazione è composta essenzialmente da beni immateriali e non da macchine o attrezzature. Il secondo è identificabile nella esternalizzazione dei processi produttivi, realizzati con l'affidamento ad altri imprenditori di funzioni o attività aziendali prima svolte direttamente. Le situazioni descritte si inseriscono nel fenomeno della segmentazione del processo produttivo, nel contesto oltretutto di una nozione "smaterializzata" di azienda, intesa più come luogo di elaborazione di conoscenze e di organizzazione di attività da altri realizzate che come struttura di produzione diretta.

Le innovazioni delineate creavano inevitabili "tensioni"ⁱ con alcune discipline vigenti ed in particolare con la legge n. 1369 del 1960. Quest'ultima, infatti, nonostante gli sforzi interpretativi della giurisprudenza più recente (tendente ad ammettere la legittimità della mera fornitura di lavoro per certi tipi di attività ed a condizione che l'appaltatore fosse un vero imprenditore con gestione ed organizzazione autonoma)ⁱⁱ, sembrava ostacolare il pieno riconoscimento delle nuove forme di appalto di servizi (anche perché non mancavano sentenze di segno diverso)ⁱⁱⁱ. Inoltre la disciplina del trasferimento di ramo d'azienda, anche se recentemente riformata, non sembrava adatta a favorire le esternalizzazioni, perché la nuova regolamentazione aveva già dato vita ad interpretazioni giurisprudenziali assai contrastanti^{iv}, con un norma (art. 2112 cod. civ.) che, tra l'altro, non era certo pensata per tutelare i lavoratori nei processi di decentramento produttivo.

In sostanza il quadro normativo era ancora insufficiente a disciplinare le innovazioni intervenute nel sistema economico. Se, dunque, le riforme erano necessarie, va detto che la scelta seguita dal *Libro Bianco* prima e dal d.lgs. 276 del 2003 è quella di una regolazione...deregolativa (per utilizzare un ossimoro). Il legislatore, infatti, ha introdotto innovazioni "forti" che cambiano in misura radicale l'assetto normativo (e che esprimono, in qualche caso, un vero e proprio "eccesso di regolamentazione"). Tuttavia la "stella polare" delle riforme è quella di facilitare i processi di esternalizzazione riducendo le garanzie e le tutele dei lavoratori coinvolti, in una visione incentrata prevalentemente (se non esclusivamente) sulle esigenze

**Eternalizzazione
attività produttive
segmentazione
dell'impresa** di e

delle imprese^v.

A distanza di due anni e mezzo dall'entrata in vigore della riforma è possibile tentare un primo bilancio e delineare alcune prospettive di cambiamento. La finalità di questo lavoro è essenzialmente quella di definire, in chiave di politica del diritto, delle ipotesi di modifica della disciplina legislativa esistente. La vastità del tema e la complessità degli istituti giuridici coinvolti non consentiranno certamente un'analisi dettagliata delle innovazioni che andrebbero introdotte. Lo scopo è quello di fornire alcune linee guida che dovrebbero orientare il disegno riformatore, per assicurare "il governo" dei nuovi fenomeni che caratterizzano la realtà produttiva, in una logica assai diversa da quella seguita dal d.lgs. 276 del 2003. Se, infatti, la segmentazione dell'impresa è un fenomeno reale che non può certo essere negato o ignorato, è altrettanto vero che garantire ai lavoratori coinvolti una effettiva protezione sia un'esigenza ineludibile (a meno di non voler abdicare alla stessa funzione del diritto del lavoro).

Per individuare le possibili linee di un intervento riformatore, è opportuno descrivere le caratteristiche economiche ed organizzative dei processi di articolazione dell'impresa oggi esistenti. In tale ambito si utilizzeranno le acquisizioni da tempo delineate dalla letteratura economica, sociologica e giuridica che ha analizzato questi fenomeni.

Si è rilevato che "i nuovi modelli di produzione sono incentrati sulla segmentazione del processo produttivo in molteplici fasi, ciascuna delle quali viene affidata ad una diversa impresa. Pertanto, il sistema di produzione basato sull'integrazione verticale - contraddistinto dal fatto che la produzione dei beni o dei servizi necessari per confezionare un prodotto finito si svolgeva nell'ambito di un'unica impresa - viene rimpiazzato da un regime in cui le singole attività necessarie all'esecuzione del ciclo produttivo risultano frazionate, e numerose imprese si fanno carico della complessiva realizzazione di un bene destinato al mercato. Non a caso, si è parlato, al riguardo, di disintegrazione verticale^{vi}. Il processo descritto, che rientra nell'ambito del fenomeno delle esternalizzazioni o dell'*outsourcing*^{vii} e del passaggio ad un sistema economico "postfordista" (con il progressivo declino della produzione industriale di massa), si è svolto con fasi diverse. In un primo momento, l'*outsourcing* si è realizzato con il decentramento a soggetti esterni di attività non strategiche per l'impresa, che può così concentrarsi sul *core business*, delegando ad altri determinate funzioni anche molto importanti (ad esempio tutta o parte della produzione) ma che non vengono ritenute essenziali per la realizzazione del valore finale. L'evoluzione successiva, connessa all'accresciuta importanza delle tecnologie informatiche e della elaborazione di conoscenze (*know how*), è quella della "impresa rete": in questo caso la finalità è nella 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 ed 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"^{viii}.

Lo sviluppo più recente vede l'affiancamento all'*outsourcing* tradizionale, in cui si delega una parte dei processi (ad esempio la produzione) ad altra impresa che a tempo indeterminato garantisce lo svolgimento di queste attività, anche di altre forme di esternalizzazione con finalità diverse (ad esempio l'affidamento esterno della gestione dei rapporti con la clientela, delle certificazioni di qualità, di funzioni specialistiche quali il marketing, le vendite e così via)^x. E' interessante osservare come sia nella forma tradizionale che in quella più evoluta l'integrazione tra le imprese sia un carattere essenziale di queste nuove forme di organizzazione della produzione: integrazione, che può essere più o meno forte a seconda del modello organizzativo utilizzato, ma che comunque esiste in quanto costituisce la stessa essenza del fenomeno (la creazione di una "organizzazione reticolare")^x. I rapporti all'interno della rete possono comportare che i soggetti che la compongono operino in luoghi distinti dal punto di vista spaziale (e siano in collegamento tra loro con mezzi tradizionali ed oggi soprattutto informatici). Oppure, secondo il fenomeno della esternalizzazione *intra moenia*, le imprese operano in uno stesso ambiente ed "il cui effetto è quello di far lavorare in stretta contiguità spaziale lavoratori dipendenti da datori di lavoro giuridicamente differenti, con quanto ne consegue in termini di difficoltà di discernere dove iniziano e dove finiscono le organizzazioni dell'uno e dell'altro datore"^{xi}.

Le ragioni economiche ed organizzative delle esternalizzazioni sono diverse. Una prima spiegazione è rinvenibile nella teoria dei costi di transazione di W. Coase e successivamente sviluppata da altri studiosi. Secondo questa interpretazione, le relazioni tra i soggetti che operano sul mercato si traducono in "transazioni" (e cioè in contratti), da cui derivano costi, definiti appunto come "costi di transazione"^{xii}. L'impresa, con la concentrazione in un unico contesto di fattori organizzativi di diversa natura, consente di risparmiare i costi di transazione, in quanto evita che l'imprenditore sia tenuto a rinegoziare continuamente con una serie di contratti tutti gli elementi di cui ha necessità per lo svolgimento della propria attività produttiva. Al contrario, tramite un'unica organizzazione imprenditoriale, egli conclude un solo contratto (o una quantità più ridotta di accordi) rispetto ad una serie di contratti che invece sarebbe molto più costosa. La stessa esistenza del rapporto di lavoro subordinato troverebbe spiegazione in questo meccanismo^{xiii}. Inoltre, la concentrazione di tutte le attività nell'impresa consente all'imprenditore di gestire in modo più efficiente i vari fattori della produzione, perché gli attribuisce un potere di coordinamento molto più flessibile ed efficace di quello che deriverebbe dalla molteplicità delle relazioni contrattuali che giornalmente sarebbe tenuto ad effettuare^{xiv}.

Ovviamente, anche il coordinamento dei fattori produttivi effettuato all'interno dell'impresa produce dei costi, definibili come "costi di organizzazione". Se questi ultimi sono inferiori a quelli derivanti dalle relazioni di mercato, l'imprenditore avrà convenienza ad utilizzare la struttura gerarchica dell'impresa piuttosto che la pluralità dei rapporti negoziali esterni. Al contrario, l'incremento dei costi organizzativi interni, che può dipendere sia dalla crescita dimensionale dell'impresa (e dei maggiori oneri

che ciò comporta) sia da fattori esterni (anche di carattere normativo), può indurre l'imprenditore a "tornare al mercato" e cioè a singoli contratti negoziati di volta in volta che gli consentono di ottenere i fattori produttivi ad un prezzo minore^{xv}. In questo ambito, le esternalizzazioni si spiegherebbero con la crescita dei costi interni, connessi, per i rapporti di lavoro subordinato, all'incremento di tutele legali e contrattuali che riducono i poteri di gestione flessibile del lavoro da parte dell'imprenditore e, per gli altri fattori produttivi, alla maggiore economicità di quelli negoziati esternamente. Pertanto, vi sarà convenienza a procurarsi lavoro (o altri beni e servizi) tramite contratti con imprese esterne che garantiscano, ad un costo inferiore, gli stessi prodotti o servizi prima svolti internamente^{xvi}.

Gli sviluppi ulteriori della *Transaction Costs Economics*^{xvii} hanno messo in evidenza che la creazione di relazioni contrattuali stabili con fornitori esterni riduce i costi di transazione. Infatti la perduranza nel tempo del rapporto e la possibilità di definire, all'interno di un unico contratto, le variabili che di volta in volta si presentano (e che non sono prevedibili al momento della sua stipulazione) garantiscono al committente una flessibilità assai accentuata della gestione dei fattori produttivi. Tra l'altro, la stabilità del rapporto negoziale crea vincoli di dipendenza economica tra le imprese connessi agli investimenti specifici in essi realizzati. La dipendenza è ovviamente più accentuata per chi fornisce l'opera ed il servizio (soprattutto se opera in una situazione di monocommittenza o di numero assai ridotto di "clienti"), ma ha un riflesso anche per il committente (che investe in relazioni organizzative con il fornitore, la cui interruzione gli arrecherebbe in ogni caso un danno). Si è sottolineato che "se le imprese coinvolte in queste operazioni di decentramento sono indipendenti sotto il profilo giuridico, una tale autonomia non è riscontrabile nelle loro relazioni economiche. In questo senso si può parlare di un modello intermedio tra gerarchia e mercato: vicino al mercato, perché si tratta di contratti stipulati tra imprese giuridicamente indipendenti; non distante dai meccanismi gerarchici in forza della dipendenza economica che si instaura tra le imprese"^{xviii}.

Quelle indicate, peraltro, non sono le uniche ragioni alla base dei fenomeni di esternalizzazione. Oltre alla riduzione dei costi, l'*outsourcing* consente di concentrare risorse umane e finanziarie sul *core business* e permette, inoltre, di utilizzare le competenze specialistiche di altri soggetti su attività non strategiche (o, secondo i modelli più recenti, anche su quelle vitali, come la gestione della clientela). Essa, poi, oltre alla maggiore flessibilità operativa, garantisce anche una maggiore misurabilità dei risultati della propria attività e dell'attività dei *partners* con cui la prima è collegata^{xix} e, in alcuni casi, un miglioramento dell'immagine^{xx}. Infine, a fronte di un mercato caratterizzato da notevoli fluttuazioni della domanda e della produzione, consente di scaricare sull'impresa esterna "le negatività" del ciclo (riducendo ad esempio le commesse), senza necessità di dover incidere sul proprio organico per adeguarsi alle ridotte capacità produttive^{xxi}.

Le motivazioni delle esternalizzazioni sopra indicate sembrano trovare conferma nel sito dell'*Outsourcing Institute*, che è un'organizzazione internazionale che raggruppa le società interessate dal fenomeno. In tempi recenti sono stati pubblicati i dati di un'analisi a campione riferita a 1410 membri, secondo la quale le

ragioni fondamentali dell'affidamento a soggetti imprenditoriali esterni delle proprie attività vanno rinvenute: a) nella riduzione e nel controllo dei costi operativi (17%); b) nel miglioramento della capacità dell'azienda di focalizzare i propri obiettivi principali (16%); c) nel liberare risorse per il perseguimento di altri fini (12%); d) nell'aver accesso a capacità esterne specialistiche e di livello internazionale^{xxii}.

Va rilevato che le ricerche empiriche prime descritte, oltre a mettere in evidenza che le ragioni che sono alla base della segmentazione dell'impresa non sono riconducibili soltanto alla diminuzione degli oneri economici a carico delle imprese, dimostrano anche che la *Transaction Costs Economics* può spiegare solo in parte le esternalizzazioni. I costi di transazione, infatti, sono soltanto quelli connessi alla selezione del partner contrattuale, alla fase di contrattazione vera e propria, e quelli necessari a rendere esecutivo l'accordo^{xxiii}. Al contrario l'affidamento all'esterno di attività più o meno *core* trova fondamento anche nella riduzione dei *costi operativi* e cioè di quelli che attengono alla concreta gestione del contratto di esternalizzazione, come nel caso, ad esempio, dei minori oneri connessi alle retribuzioni applicate dall'appaltatore (inferiori rispetto a quelle del committente), o alla utilizzazione da parte dell'impresa appaltatrice di tecnologie o tecniche organizzative che rendono meno costoso il prodotto od il servizio e così via. Sempre nell'ambito delle convenienze economiche diverse dai costi di transazione, l'esternalizzazione può essere conseguenza anche del fatto che determinate attività, svolte all'interno, hanno costi organizzativi superiori a quelli esterni (perché, ad esempio, è più oneroso formare internamente competenze specifiche piuttosto che utilizzare quelle messe a disposizione dal fornitore del bene e del servizio).

Non sembrano esservi dati certi sulla diffusione del fenomeno delle esternalizzazioni, che si è particolarmente sviluppato nell'ambito della *Information and Communication Technology*^{xxiv}, anche in concomitanza con la crescita dei servizi avanzati a favore dell'impresa^{xxv}. Nel Rapporto Censis 2002, nell'ambito dell'analisi della diffusione delle nuove tecnologie informatiche, si è osservato che all'epoca erano in atto "intensi processi di outsourcing, cioè di conferimento di alcune funzioni ad aziende terze: dal commercio elettronico, alla comunicazione, al monitoraggio del mercato, fino alla gestione del personale e alla formazione a distanza"^{xxvi} e, in tempi più recenti, si è parlato di uno scenario caratterizzato da delocalizzazioni o dall'affidamento "delle commesse a subfornitori"^{xxvii}. Si è rilevato, peraltro, che vi sarebbe, a livello internazionale, una riduzione delle esternalizzazioni, che al contrario avrebbero ancora rilievo determinante in Italia^{xxviii}. Non va dimenticato, d'altra parte, che la struttura più tradizionale di impresa "verticale", che concentra in sé le funzioni principali ed esternalizza solo quelle del tutto estranee al proprio ciclo produttivo (ad es. la mensa, le pulizie, il trasporto delle merci), costituisce ancora una presenza del tutto rilevante nel nostro sistema produttivo. Non vi è dubbio, comunque, che il nuovo modello organizzativo dell'impresa rete o decentrata, anche se non è dominante nella realtà produttiva italiana o comunque non è integralmente sostitutivo di quello più tradizionale, costituisce una realtà indiscutibile che richiede tecniche regolative del fenomeno^{xxix}.

Le relazioni stabili esistenti tra le imprese interessate dal processo di

esternalizzazione incidono sulle dinamiche organizzative interne. Infatti, anche se i soggetti imprenditoriali coinvolti sono dotati di autonome strutture produttive, tuttavia si realizza tra essi uno stretto fenomeno di integrazione organizzativa. Da questo punto di vista, la *contractual integration* determina una situazione nella quale un'impresa che svolge con continuità un'attività di produzione di beni e di servizi a favore di un'altra impresa diventa, in una certa misura, un segmento della organizzazione produttiva del committente. E' questo il caso, ad esempio, del subfornitore che produce una parte di prodotto che verrà poi assemblato dall'impresa utilizzatrice o quando quest'ultima esternalizza l'attività di gestione del personale, che viene effettuata al suo interno (o in collegamento telematico) da altro imprenditore. In questo ambito il contratto di esternalizzazione diventa esso stesso costitutivo di una organizzazione integrata, dove i dipendenti del fornitore svolgono attività che sono direttamente strumentali alla realizzazione delle esigenze organizzative del committente^{xxx}. Si è affermato che in questa situazione "entrambi gli imprenditori (hanno) un ruolo nel plasmare l'organizzazione"^{xxxi} e che l'interesse organizzativo aziendale, alla cui realizzazione è finalizzato l'esercizio dei poteri imprenditoriali, è "condiviso da più imprese"^{xxxii}.

Il contratto commerciale di fornitura, nel creare la relazione di integrazione organizzativa, determina anche un collegamento negoziale tra il primo ed i contratti di lavoro dei dipendenti del fornitore^{xxxiii} e tale collegamento "realizza l'operazione economica, che determina il risultato, il quale a sua volta reagisce sul rapporto di lavoro e dà forma all'organizzazione"^{xxxiv}. Ovviamente, in una situazione di "interesse organizzativo aziendale condiviso", le scelte economico produttive del committente o gli eventi che incidono sulla sua struttura organizzativa si riflettono necessariamente su quella del fornitore e, quindi, sui rapporti di lavoro dei suoi dipendenti (e questo vale, in particolare, per le riduzioni di attività del committente legate all'andamento del mercato, per processi di innovazione tecnologica che modificano la struttura dell'impresa ed incidono sulle esigenze di forniture di beni e servizi esterni e così via).

Le innovazioni legislative in tema di trasferimento di azienda, appalti di servizi ed intermediazione di mano d'opera

Il d.lgs. 276 del 2003 ha operato in una pluralità di ambiti e con il chiaro intento di definire una nuova disciplina generale delle esternalizzazioni. Vi è stata in primo luogo l'abrogazione della legge 1369 del 1960 (che aveva segnato la "storia" del diritto del lavoro)^{xxxv} e della disciplina del lavoro temporaneo. Le normative descritte sono state sostituite da istituti nuovi. La somministrazione di sola manodopera, che in precedenza costituiva un'eccezione ammessa soltanto nei casi specifici previsti dalla legge 196/1997, è diventata una modalità ordinaria di esecuzione della prestazione lavorativa. Oltre a quella a termine, non più collegata, secondo l'opinione prevalente, ad esigenze temporanee, è stata aggiunta la somministrazione a tempo indeterminato che, per l'ampiezza dei casi in cui può essere realizzata, si estende a quasi tutte le forme di servizi a favore dell'impresa (di carattere manuale, intellettuale, a basso ed alto contenuto tecnologico) senza alcun criterio selettivo (fondato, ad esempio, su esigenze di specializzazione produttiva).

Inoltre non va dimenticato che è stata introdotta una nozione di appalto che, "in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotto nel contratto", può coincidere con la mera organizzazione e direzione del lavoro. In questo caso che, come può dedursi dalla latitudine della formula legislativa, può riferirsi a tutte le forniture di manodopera nelle quali la prestazione di lavoro assume carattere fondamentale, non vi è neppure la parità di trattamento economico e normativo (prevista invece per la somministrazione), favorendo quindi operazioni di esternalizzazione di servizi finalizzati al risparmio di costi^{xxxvi}.

Inoltre, anche se somministrazione ed appalto di opere e servizi svolgono funzioni in parte diverse (perché nel primo caso il fornitore somministra soltanto lavoratori, mentre nel secondo l'appaltatore quantomeno li organizza e li dirige)^{xxxvii}, la mancanza di parità di trattamento potrebbe favorire la diffusione degli appalti a scapito della somministrazione. Nel primo caso, infatti, e soprattutto nelle ipotesi di debolezza contrattuale dell'impresa appaltatrice, vi sarà la possibilità di ottenere consistenti riduzioni nei costi del lavoro, che incrementerebbero il margine di guadagno dell'appaltatore e del committente (aumentando la quota di profitto del primo e riducendo i prezzi dei beni e dei servizi pagati dal secondo). Inoltre, gli appalti non richiedono i requisiti formali e di consistenza economica ed organizzativa che sono tipici della somministrazione^{xxxviii}. Lo squilibrio nelle convenienze tra i due istituti potrebbe determinare una inedita situazione di competizione tra istituti normativi^{xxxix}.

Le finalità perseguite dal legislatore sono state efficacemente descritte da chi ha partecipato attivamente alla realizzazione della riforma^{xl}. La regolarizzazione di appalti di servizi privi di una significativa disciplina (e svolti illegalmente) e la introduzione di nuovi istituti di forte contenuto regolativo avrebbero determinato, secondo questo a., "un significativo innalzamento delle tutele"^{xli}. Al contrario, l'introduzione della parità di trattamento anche negli appalti "avrebbe probabilmente contribuito ad incrementare - e non a contenere e regolarizzare - le pratiche abusive"^{xlii}. La logica, come si vede, è quella della "emersione" del lavoro irregolare e non della disciplina positiva di un fenomeno innovativo (la segmentazione dell'impresa) che invece andava regolato proprio al fine di evitare pratiche abusive sicuramente ancora attuali, in una realtà caratterizzata dalla presenza di pseudo appaltatori privi di consistenza economica ed organizzativa^{xliii}. Inoltre, a parte l'affermazione paradossale sull'"innalzamento delle tutele" (visto che ciò a cui ci si riferisce è in verità l'emersione di fenomeni che prima erano vietati e che oggi affiorano solo in quanto sono stati.....consentiti dalla legge)^{xliv}, la tesi secondo cui la parità di trattamento avrebbe incrementato gli appalti illeciti è contraddetta dal fatto che anche la somministrazione, secondo l'opinione di questo a., è giustificata dalla necessità di sanare pratiche illegali^{xlv}. Non si comprende, allora, perché nella fornitura di mano d'opera la parità non avrebbe gli effetti negativi che si produrrebbero invece con gli appalti.

In realtà la spiegazione della nuova normativa deve essere rinvenuta in altre ragioni. Tra l'altro, quelle descritte non sono le uniche novità di rilievo, perché il d.lgs. 276/2003 ha inciso anche sulla disciplina dell'art. 2112 cod. civ.

In particolare, in relazione al ramo d'azienda, il legislatore ha abrogato il requisito

della preesistenza dell'identità dell'articolazione autonoma da trasferire (che conserva dopo il passaggio tale caratteristica) ed ha stabilito, invece, che cedente e cessionario possono identificare, al momento del trasferimento, la frazione dell'azienda interessata al mutamento di titolarità. La finalità è quella di favorire i processi di segmentazione dell'impresa, consentendo di "confezionare" *ad hoc* il ramo da esternalizzare. A parte il problema della non conformità della nuova disciplina con quella comunitaria^{xvi}, l'innovazione potrebbe favorire l'elusione di vincoli normativi inderogabili (particolarmente in tema di licenziamenti)^{xvii}. Ma non è tutto. La riforma, infatti, ha introdotto anche un inedita correlazione tra trasferimento di ramo d'azienda ed appalto relativo alle attività svolte dalla frazione di azienda ceduta ed ha così favorito forme di esternalizzazione che possono produrre danni consistenti ai lavoratori (soprattutto per la mancanza della parità di trattamento economico e normativo e per il fatto di svolgere le proprie prestazioni per soddisfare le stesse esigenze organizzative dell'ex datore di lavoro)^{xviii}. Si è così determinata una vera e propria "sinergia negativa" connessa alla combinazione tra i due istituti, e che certo non può essere compensata dalla responsabilità solidale "attenuata" prevista dalla legge, che non ha ribadito quanto previsto dall'art. 1676 del codice civile^{xix}. Infine, l'art. 29, comma 3, del decreto delegato stabilisce che, in tutte le ipotesi di successione di un appaltatore ad un altro, l'acquisizione dei lavoratori da parte del subentrante per effetto di fonti legali o contrattuali (incluso il contratto collettivo) non comporta l'applicazione della disciplina prevista dall'articolo 2112 del codice civile. Ne consegue l'eliminazione delle tutele previste da questa norma in relazione, ad esempio, alla conservazione dei diritti maturati presso il precedente datore di lavoro, alla responsabilità solidale, al divieto di licenziamento per effetto del trasferimento e così via¹.

In questo contesto è evidente che il legislatore intende favorire i processi di esternalizzazione senza garantire tutele ai lavoratori coinvolti e si propone 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 e previdenziali) e di limitare la presenza e l'impatto dell'azione sindacaleⁱⁱ. Il legislatore, dunque, pensa di affrontare le sfide della globalizzazione agendo sul fattore lavoro come unico elemento che assicuri il successo delle imprese italiane nel mercatoⁱⁱⁱ. La logica è quella del consolidamento di un modello di competitività puramente di costo, che potrebbe disincentivare la riqualificazione manageriale e tecnologica dell'apparato industriale italianoⁱⁱⁱⁱ, e che, soprattutto, è 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 concorrenzialità basate su tali aspetti.

La necessità di una riforma della disciplina delle esternalizzazioni e le ragioni dell'economia

I profili descritti in precedenza hanno messo in evidenza le potenzialità negative delle riforme introdotte dal d.lgs. 276 del 2003 e sollecitano quindi dei possibili interventi riformatori.

Tuttavia, prima di analizzare i cambiamenti da introdurre, è necessario soffermarsi sul contesto economico ed organizzativo in cui è necessario operare e sugli interessi concretamente coinvolti. Se la logica delle esternalizzazioni è quella della riduzione dei costi di transazione e di quelli operativi, qualsiasi intervento che intenda limitare tale effetto è, in chiave economica, del tutto pregiudizievole. Da questo punto di vista il decreto legislativo del 2003, nel garantire che gli appalti di opere e servizi vengano effettuati senza la parità di trattamento economico e normativo, sembra corrispondere perfettamente alle ragioni intrinseche dei processi di segmentazione dell'impresa e rispecchiare quindi una sua "naturale" razionalità economica. Si è sottolineato, infatti, che le ragioni di fondo dell'*outsourcing* si spiegano con la concomitanza di vari fattori (innovazioni tecnologiche ed organizzative, globalizzazione dei mercati, fine delle svalutazioni competitive) che hanno spinto le imprese, per sostenere l'impatto di una concorrenza senza confini, a "dare valore assoluto all'imperativa 'regola' capitalistica dei costi, e specificamente di quelli di transazione, sottoponendo ad attento ripensamento le strategie di integrazione verticale che avevano caratterizzato la precedente fase di sviluppo"^{iv}. Se questo è il contesto, al diritto del lavoro altro non si potrebbe chiedere che assecondare tali processi, evitando che "rigidità normative" limitino le esternalizzazioni e riducano così le convenienze delle imprese.

Questo approccio, che al di là di alcuni "travestimenti verbali" è alla base del Libro Bianco e del d.lgs. 276 del 2003, deve essere contestato radicalmente^{lv}. Non vi è dubbio che le acquisizioni delle scienze economiche ed organizzative costituiscono elementi preziosi per conoscere le ragioni di fenomeni che sono oggetto della regolamentazione del diritto del lavoro e per comprendere come le norme incidono sui processi reali, sulle convenienze delle imprese e quindi su altre variabili (come, ad esempio, l'occupazione). Da tale punto di vista, peraltro, è necessario prendere in considerazione tutte le acquisizioni della teoria economica, e non soltanto alcune, utilizzate in modo (più o meno consapevolmente) strumentale al fine di dimostrare l'ineluttabilità di certi sviluppi. Al contrario occorre prendere atto che le risultanze degli studi economici non sono certo sempre univoche. In tale ambito, ad esempio, vi sono opinioni che mettono in risalto alcuni aspetti negativi dei processi di *outsourcing* dal punto di vista della efficienza produttiva. Si è affermato, infatti, che le imprese che ricorrono in misura più accentuata alle esternalizzazioni sono quelle in cui il capitale umano specifico (le competenze dei lavoratori) è meno importante^{lv}. Assecondare dal punto di vista normativo questa tendenza alla segmentazione dell'impresa potrebbe quindi disincentivare investimenti specifici sul fattore lavoro che è determinante per garantire un'effettiva competitività dell'impresa nel mercato globale.

A prescindere, comunque, dalla necessità di valorizzare tutte le interpretazioni degli economisti (e non solo quelle che corrispondono al pensiero unico dominante), non va dimenticato che il diritto del lavoro si muove in una dimensione "non economica", nella quale sono in gioco valori fondamentali (equità, uguaglianza, solidarietà, salute, sicurezza, dignità ecc.) che devono essere *sottratti* alla logica dello scambio mercantile ed alle esigenze di efficienza, produttività, massimo incremento dei benefici e riduzione dei costi. I valori indicati che, come si è

visto, possono essere concretamente minacciati nei processi di esternalizzazione, devono costituire la finalità principale di qualsiasi intervento regolativo.

Questo non vuol dire, ovviamente, sostenere la "indifferenza" del diritto del lavoro alle ragioni dell'economia. Si vuole, soltanto, riaffermarne l'autonomia scientifica e valoriale, evitando quei processi di "colonizzazione" e di vera e propria "sudditanza" dei lavoristi rispetto alle acquisizioni delle scienze economiche ed organizzative, spesso considerate come "dati oggettivi ed incontestabili", rispetto ai quali il diritto ha la sola funzione di consentirne la regolazione tecnica. Le finalità del diritto del lavoro non sono quelle di garantire l'efficienza e la competitività dell'impresa ma di salvaguardare la dimensione del lavoratore come *persona* che, pur costituendo un fattore produttivo dell'azienda, non può essere gestito come le materie prime o gli altri fattori produttivi. E questa finalità deve essere perseguita in un duplice modo: a) considerando la *indifferenza* di alcuni diritti fondamentali (salute, *privacy*, dignità, eguaglianza ecc.) rispetto alle logiche economiche; b) trovando un temperamento positivo tra esigenze produttive ed organizzative delle imprese e tutela dei lavoratori quando le prime entrano in conflitto con le seconde^{lvi}. Quest'ultima, tra l'altro, è anche la recente politica dell'Unione Europea che, nell'ambito di strategie di "flexicurity", si sforza proprio di coniugare flessibilità e sicurezza. Tale obiettivo "non presuppone soltanto un temperamento in virtù del quale il bene 'sicurezza' deve plasmarsi in omaggio al bene 'flessibilità', bensì - nella richiamata ottica di qualità - implica, in maniera più radicale, che *il lavoro flessibile di qualità* o è 'sicuro', nel senso di garantire un'adeguata protezione sociale del prestatore nei continui cambiamenti, o non è"^{lviii}.

D'altra parte, anche nell'ambito del pensiero economico esistono voci diverse, che sottolineano la necessità di considerare, nell'elaborazione della teoria economica, valori quali l'eguaglianza e l'equità che sono propri della sfera del diritto^{lix}, e che esprimono anche differenti opinioni sulle riforme del mercato del lavoro, come dimostrano le diverse valutazioni relative alla capacità del d.lgs. 276 del 2003 di incrementare la qualità e quantità dell'occupazione^{lx}. Si è visto, poi, che è stata messa in discussione la stessa utilità delle esternalizzazioni quale strumento per incrementare la competitività delle imprese (perché vi è una minore valorizzazione del capitale umano)^{lxi}. Vi è, inoltre, un'intera schiera di economisti che ritiene che la strada dell'efficienza dell'impresa non possa passare esclusivamente per la riduzione dei costi, ma richieda interventi di riqualificazione manageriale e tecnologica e soprattutto innovazioni di processo e di prodotto. In tale ambito, ad esempio, si è sottolineato che la competitività nel mercato non è legata ai prezzi (ed ai minori oneri economici del processo produttivo) ma alla qualità ed al progresso tecnico^{lxii}. D'altra parte, vi è una consapevolezza sempre più diffusa secondo la quale, soprattutto i paesi come il nostro - i cui settori di produzione tradizionali sono, per lo scarso valore intrinseco dei processi produttivi, largamente esposti alla concorrenza dei paesi emergenti a causa del basso costo della manodopera ivi utilizzata - dovrebbero cercare comunque di evolvere verso tipi e modelli di produzione meno esposti alla competizione internazionale, anche evitando di favorire la sopravvivenza di produzioni che, in conseguenza dell'intensità del mero fattore lavoro, possono competere

La somministrazione di mano d'opera e l'appalto

soltanto attraverso costi del lavoro decrescenti. Anche nella teoria economica, dunque, sono rinvenibili acquisizioni importanti che si muovono in senso opposto alla "vulgata" tradizionale, che vede nella deregolazione dei mercati del lavoro l'unica ricetta possibile per realizzare gli obiettivi di efficienza e di benessere.

In base a queste premesse è possibile passare ad analizzare le possibili linee di un intervento riformatore. In primo luogo è necessario analizzare le tipologie contrattuali oggi esistenti per verificare la loro adeguatezza al governo delle esternalizzazioni. Successivamente, sarà necessario soffermarsi su possibili proposte di riforma in relazione al contenuto delle normative oggi vigenti.

Un'analisi in termini di politica del diritto non può certamente prescindere dall'esame delle tre principali forme di regolamentazione giuridica delle esternalizzazioni (somministrazione, appalto, trasferimento di ramo d'azienda) e della loro capacità di realizzare una sintesi efficace tra le esigenze economiche di segmentazione dell'impresa e tutela degli interessi dei lavoratori coinvolti. Tuttavia un simile obiettivo eccederebbe le finalità di questo studio, che si propone di analizzare soprattutto le riforme da introdurre sul piano delle discipline e non in relazione alle fattispecie legali. Peraltro, è opportuno chiedersi se la pluralità di istituti oggi esistente sia effettivamente necessaria per raggiungere il contemperamento tra interessi diversi prima descritto o, quanto meno, se non sia opportuno provvedere ad una effettiva nuova regolamentazione della materia. In questo ambito, un'attenzione particolare deve essere rivolta alla somministrazione di mano d'opera.

Uno degli autori che ha studiato in modo più approfondito i fenomeni di segmentazione dell'impresa ha sottolineato la distinzione tra somministrazione ed appalto: nel primo caso il fornitore si limita a mettere a disposizione la forza lavoro, mentre nella seconda ipotesi garantisce la disponibilità di una struttura composta da mezzi materiali (od immateriali) e da persone, che provvede a coordinare ed organizzare per garantire lo svolgimento dell'attività appaltata^{lxiii}. La finalità economica del ricorso alla somministrazione viene individuata nell'aumento dei costi di organizzazione interni connessi alla crescita dimensionale dell'impresa o all'incremento delle tutele normative. La fornitura di mano d'opera, secondo questo a., può tuttavia garantire anche una maggiore efficienza in relazione all'attività preparatoria precedente a quella dell'esecuzione della prestazione. In questo caso, infatti, il fornitore può svolgere un'utile attività specialistica, consistente nella sua capacità di reperimento e selezione dei lavoratori, nella formazione del personale e nella gestione amministrativa dei rapporti di lavoro e determinare così una notevole riduzione dei costi di transazione^{lxiv}.

Va subito detto che la stragrande maggioranza delle finalità specialistiche in precedenza descritte non richiede la stipula di un contratto di somministrazione di lavoro. Infatti, in conseguenza della nuova disciplina in materia di agenzie per il lavoro introdotta dal d.lgs. 276 del 2003, le attività di intermediazione (e cioè di incontro tra domanda ed offerta di lavoro con tutte le prestazioni annesse)^{lxv} e quelle di ricerca e

selezione del personale, che include anche la progettazione ed erogazione di attività formative finalizzate all'inserimento lavorativo, sono svolte dalle agenzie a prescindere dalla somministrazione di lavoro^{lxvi}. Pertanto, lo scopo fondamentale che giustificava la fornitura di mera manodopera è oggi venuto meno, se non con riguardo alla gestione amministrativa dei rapporti di lavoro. Tale funzione, la cui utilità potrebbe in effetti essere riconosciuta, può essere realizzata anche con diverse tipologie contrattuali (ad esempio un appalto di servizi) e certamente non giustifica la sopravvivenza dell'istituto. Non va dimenticato, infatti, che con un unico contratto stipulato con un'agenzia per il lavoro, e senza quindi un incremento dei costi di transazione connessi all'esistenza di diversi accordi negoziali, sarebbe possibile concordare con il fornitore lo svolgimento di tutte le attività fondamentali oggi garantite dalla somministrazione e con gli stessi oneri economici se non inferiori^{lxvii}. Inoltre si potrebbe delegare all'appaltatore la gestione amministrativa dei rapporti di lavoro (attività questa già decentrata, in molti casi, a società esterne e tramite appalti di servizi).

Se le finalità economiche dell'istituto possono essere realizzate con altri contratti, non vi è ragione di conservare una tipologia contrattuale che potrebbe essere utilizzata soltanto per eludere tutti i vincoli normativi che nascono dalla relazione diretta tra datore di lavoro e lavoratore, con particolare riferimento alla disciplina dei licenziamenti ed alla possibilità di sostituire in qualsiasi momento un dipendente somministrato non gradito dall'utilizzatore. Non credo che questa esigenza di riduzione dei costi di organizzazione interni legati all'esistenza di normative a tutela di diritti fondamentali del lavoratore debba essere considerata positivamente dall'ordinamento per le ragioni già spiegate^{lxviii}.

In realtà la somministrazione, soprattutto quella a tempo determinato, rispecchia altre esigenze. Da un lato essa serve a "provare" il lavoratore per saggiarne la capacità personali e professionali ed a prescindere da esigenze produttive immediate dell'impresa. In altri casi, invece, ha lo scopo di sopperire in via assolutamente prevalente ad esigenze temporanee (punte di lavoro, sostituzione di lavoratori assenti ecc.)^{lxix}. Per quanto attiene alla prima finalità si è in presenza di un uso improprio dell'istituto (che certamente non ha lo scopo di sostituirsi al periodo di prova) e che potrebbe essere risolto obbligando i contratti collettivi, con norma di legge inderogabile *in melius*, a prevedere periodi minimi di esperimento del lavoratore più lunghi e graduati in relazione alle differenti professionalità da saggiare. La seconda ragione (soddisfare esigenze temporanee) è certamente attuabile con la nuova disciplina del contratto a tempo determinato (in cui sicuramente sono ricomprese gli incrementi di domanda provenienti dal mercato)^{lxx}, mentre la funzione di selezione e formazione del personale è oggi realizzabile con le agenzie del lavoro.

Se, dunque, il mutamento del quadro normativo (e qualche modifica ulteriore) rendono superfluo l'istituto, non va dimenticato che le agenzie di somministrazione costituiscono una imponente realtà economica nazionale ed internazionale e che la capacità di pressione di questi interessi è così forte da far ritenere difficile una eliminazione dell'istituto, anche in considerazione del suo riconoscimento in altri paesi europei^{lxxi}. In questa situazione, se l'abrogazione non è

un obiettivo realizzabile, la somministrazione dovrebbe essere quantomeno riformata in modo integrale.

Senza poter indicare nel dettaglio le numerose modifiche che andrebbero realizzate, va detto che sicuramente occorrerebbe procedere all'abrogazione dello *staff leasing*. Una delle ragioni principali della sua eliminazione è lo scarsissimo uso di questa tipologia contrattuale. Secondo una ricerca operata dalla Confindustria riferita all'anno 2004, l'utilizzazione assai ridotta di questo contratto è giustificata dall'assenza di interesse da parte delle imprese, in quanto lo *staff leasing* non sembra "andare incontro alle esigenze organizzative ed alla particolarità attività svolta dalle aziende intervistate"^{lxvii}. Si tratta di valutazioni che di per sé dovrebbero sollecitare l'eliminazione dell'istituto, anche in considerazione delle potenzialità elusive prima descritte (la sostituzione del lavoratore sgradito in qualsiasi momento). Senza dimenticare, inoltre, i problemi connessi alla mancanza di un rapporto di integrazione stabile tra lavoratori e l'organizzazione produttiva, e questo in relazione a vari aspetti connessi al "senso di appartenenza" del lavoratore, alla difficoltà di effettuare investimenti nella formazione relativa ad un lavoratore stabile e "precario" nello stesso tempo e così via^{lxviii}.

La somministrazione a termine, se mantenuta, dovrebbe essere riformata seguendo le linee guida della lavoro interinale regolato dalla l. 197/1997^{lxix}. Va ribadita, in primo luogo, la sua funzionalizzazione alla soddisfazione soltanto delle esigenze temporanee, che, d'altra parte, le evidenze empiriche dimostrano essere la ragione di gran lunga più importante di utilizzazione dell'istituto^{lxx}. Inoltre occorrerebbe restituire alla contrattazione collettiva la funzione essenziale di determinare le cause del ricorso alla somministrazione (attività già svolta positivamente in passato durante la vigenza della l. 196/1997). In questo modo si riattribuirebbe al sindacato non solo il ruolo di controllo delle quantità della flessibilità introdotta nel sistema, secondo la logica dei tetti quantitativi apposti alle tipologie contrattuali, ma anche quello di regolatore della qualità del lavoro flessibile.

La disciplina del rapporto e del collegamento negoziale tra contratto commerciale e contratto di lavoro dovrebbe essere rivista in senso più garantistico per il lavoratore, anche in questo caso utilizzando le esperienze della "legge Treu" e, se possibile, migliorando il quadro delle tutele, in relazione anche al sistema sanzionatorio^{lxxi}. A parte il necessario adeguamento connesso alla sentenza n. 50 della Corte Costituzionale per quanto riguarda le assunzioni obbligatorie^{lxxii}, occorrerebbe eliminare la norma che consente, per i lavoratori svantaggiati, l'eliminazione della parità di trattamento nel quadro di programmi di riqualificazione professionale, per l'evidente impossibilità di accettare il principio che l'occupazione in quanto tale giustifica anche la riduzione dei diritti fondamentali^{lxxiii}. Inoltre dovrebbe essere prevista la invalidità delle "clausole di gradimento" che consentono all'utilizzatore, anche dopo il superamento del periodo di prova, di chiedere la sostituzione del lavoratore a lui non gradito e che hanno costituito anche durante la vigenza della precedente disciplina del lavoro temporaneo, il sistema per eludere nel modo più semplice le tutele previste a favore del lavoratore^{lxxiv}. Altre incongruenze della disciplina attuale andrebbero riformate^{lxxv} e bisognerebbe agire anche sugli

incentivi economici alla stabilizzazione del rapporto nel corso della missione o alla sua fine (soprattutto nei casi di reiterazione nell'uso del lavoratore, che dimostra un consistente interesse dell'utilizzatore alle prestazioni di quello specifico soggetto).

L'appalto di servizi e di opere dovrebbe invece costituire il principale strumento di regolazione delle esternalizzazioni. La definizione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. 276/2003, che contiene alcune utili indicazioni, dovrebbe essere modificata in modo tale da inglobare tutte le numerose forme di appalti oggi esistenti. Il problema non si pone per le attività tradizionali, svolte con strutture organizzative composte da lavoratori, attrezzature e macchinari, ma per le forniture di beni e di servizi effettuate da aziende che utilizzano prevalentemente beni immateriali o per gli appalti ad alta intensità di lavoro. In questo ambito, infatti, alle prestazioni ad alto contenuto tecnologico con l'utilizzazione di competenze specialistiche di elevato profilo, si affiancano appalti di servizi caratterizzati da attività lavorative elementari, alcune di antiche origini (si pensi alle pulizie o al facchinaggio) ed altre più moderne (l'assistenza a convegni, le ricerche di mercato, la gestione delle fotocopie e della posta interna, il centralino telefonico, la vigilanza e così via)^{lxxxix}. In queste ultime, inoltre, le attrezzature od i macchinari sono a volte del tutto assenti o di consistenza assai ridotta. Il rischio, in questi casi, è quello di legittimare forme moderne di "caporalato", dove, dietro lo schermo formale della sussistenza di un'impresa intermediaria, tutto si riduca ad un gruppo di lavoratori formalmente diretti dall'appaltatore ma in tutto e per tutto soggetti alle esigenze organizzative e di coordinamento del committente, ed in cui l'intermediario altro non farebbe che riprodurre le disposizioni dell'utilizzatore.

La soluzione del problema consiste, innanzitutto, nel mantenere fermo il riferimento alla "organizzazione dei mezzi necessari" (art. 1655 cod. civ.), perché non vi è dubbio che tra i "mezzi" siano ricompresi anche i beni immateriali^{lxxxix}. Inoltre, questa definizione consente anche di valorizzare il dato organizzativo che costituisce una delle caratteristiche più importanti delle nuove forme di impresa oggi esistenti^{lxxxiii}. Occorrerebbe, inoltre, conservare il requisito dell'assunzione, da parte dell'appaltatore, del rischio di impresa, che può svolgere una positiva funzione quale indice della genuinità del carattere imprenditoriale del fornitore del servizio^{lxxxiv}.

Per le forniture di servizi a basso contenuto qualitativo delle prestazioni rese, che costituiscono una realtà difficilmente eliminabile della nostra struttura produttiva (si pensi alle pulizie o alle manutenzioni elementari di macchinari), non mi sembra che il criterio fondamentale per distinguere un appalto genuino da un mero intermediario fittizio sia quello dell'apporto di competenze specialistiche del fornitore (ed in coerenza con alcune interpretazioni proposte per l'attuale art. 29 del d.lgs. 276/2003)^{lxxxv}. Infatti, a me sembra che, nella stragrande maggioranza degli appalti a basso contenuto professionale, l'apporto dell'appaltatore si riduca, nei suoi aspetti essenziali, alla mera direzione del lavoro e che cogliere un *know how* specifico sia molto difficile o che, quantomeno, la sua esistenza non costituisca la ragione fondamentale di scelta del contraente esterno. In queste situazioni, infatti, il ricorso a fornitori è giustificato dalla totale estraneità del servizio rispetto al proprio ciclo produttivo (ad es. le pulizie, il trasporto merci ecc.) e, quindi, dalla volontà di non

svolgere compiti che non sono parte della normale organizzazione produttiva del committente. Oppure l'appalto é motivato dal risparmio dei costi di organizzazione rispetto a quelli operativi connessi alla fornitura esterna^{lxxxvi}.

La soluzione, in realtà, potrebbe anche essere diversa. Si tratterebbe di racchiudere in un decreto ministeriale gli appalti di servizio o di opere elementari, con un sistema mutuato da quanto in precedenza stabilito dagli artt. 3 e 5 della l. 1369 del 1960. Per questo tipo di servizi, la loro inclusione nell'elenco consentirebbe di ritenere legittimi i relativi appalti a prescindere dal "contenuto innovativo" del servizio reso, e purché, ovviamente, l'appaltatore sia un vero imprenditore e vi sia l'esercizio, da parte sua, del potere di direzione ed organizzazione dei lavoratori^{lxxxvii}. L'elenco, che dovrebbe avere carattere tassativo, potrebbe inoltre essere aggiornato per includervi le nuove forme di servizi a basso contenuto qualitativo che scaturissero dalla realtà economica. Oltre alle tipologie espressamente previste nel decreto ministeriale, occorrerebbe introdurre una nuova definizione di appalto, che: a) confermi la necessità dell'esistenza del rischio di impresa e della organizzazione dei mezzi materiali ed immateriali da parte dell'appaltatore (incluso, ovviamente, il coordinamento ed il controllo dei dipendenti); b) specifichi che, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, l'organizzazione dei mezzi necessari può risultare dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati, purché sia tale esprimere un patrimonio di conoscenze, esperienze e professionalità di cui il committente sia privo^{lxxxviii}. In questo modo il *know how* verrebbe ad essere effettivamente valorizzato anche sul piano qualificatorio e sarebbe in grado di limitare l'abuso di appalti dove gli apporti innovativi sono inesistenti^{lxxxix}. Inoltre la definizione proposta sarebbe in grado di cogliere tutte le diverse sfaccettature della realtà produttiva, includendo sia gli appalti tradizionali che quelli "dematerializzati" o dove il lavoro costituisce il valore aggiunto principale del servizio^{xc}.

In questo contesto, inoltre, occorrerebbe valorizzare l'autonomia collettiva. I contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dai sindacati realmente rappresentativi, dovrebbero poter definire i casi in cui è possibile ricorrere all'appalto e questo sia in relazione a quelli di contenuto meno qualificante (con possibilità di integrare, quindi, il contenuto del decreto ministeriale), sia agli appalti di più elevata qualità e sempre nell'ambito della definizione selettiva adottata dalla legge (senza quindi una delega "in bianco")^{xci}.

Un problema da non trascurare, inoltre, è quello della individuazione di indici economici ed organizzativi che, insieme al rischio di impresa, siano in grado di consentire la selezione di veri imprenditori e non di intermediari privi di consistenza economica ed organizzativa. In una realtà caratterizzata dalla presenza di imprese di piccole (o piccolissime) dimensioni e, in alcune aree del paese, da arretratezza economica del tessuto produttivo (si pensi solo al fenomeno del lavoro sommerso), il pericolo che l'appaltatore sia un mero "schermo formale" senza nessuna imprenditorialità è certamente reale. Per scongiurare questa evenienza, si potrebbe seguire il modello delineato dall'art. 84 del d.lgs. 276/2003, con la predeterminazione con decreto ministeriale di indici di "genuinità imprenditoriale" che recepiscano anche

Segmentazione del processo produttivo e nuove forme di tutela del lavoro subordinato: la codatorialità e la sua influenza sui costi delle imprese

le acquisizioni della contrattazione collettiva. Si tratterebbe di individuare elementi che tengano conto della consistenza economica ed organizzativa dell'impresa sia dal punto di vista formale che sostanziale e che scongiurino fenomeni di "nuovo caporalato"^{xcii}.

Le riforme delle tipologie contrattuali prima descritte costituiscono, peraltro, soltanto un aspetto del problema di un effettivo "governo" delle esternalizzazioni^{xciii}. Il passo successivo e sicuramente determinante è quello di una radicale riforma delle discipline giuridiche di tutela del lavoro subordinato. I processi di segmentazione dell'impresa possono ridurre in modo consistente i diritti individuali e collettivi dei lavoratori coinvolti. Queste conseguenze si legano ad una realtà ben precisa: lo *spiazzamento* delle discipline di protezione del lavoro subordinato. Non vi è dubbio, infatti, che l'impianto complessivo delle norme a tutela del lavoratore si basa sulla relazione diretta con il datore di lavoro, mentre i diritti sindacali sono strettamente collegati all'esistenza di un'impresa che concentra in uno stesso ambito spaziale tutte le sue funzioni fondamentali e che crea tra i lavoratori una comunanza di interessi e situazioni che giustificano la tutela di interessi collettivi e la connessa azione sindacale. Al contrario i fenomeni analizzati pongono in discussione proprio le caratteristiche prima descritte sotto un duplice profilo: da un lato segnano la dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e sua effettiva utilizzazione come carattere fisiologico delle attività produttive. Dall'altro pongono in crisi il fenomeno dell'impresa come struttura unitaria, in un contesto produttivo dove, accanto a quelle tradizionali, vi è la presenza della "fabbrica multisocietaria"^{xciv}, in cui differenti soggetti giuridici ed organizzazioni aziendali operano fianco a fianco nel medesimo ambito produttivo. Senza dimenticare, inoltre, la diffusione dell'impresa "rete", vero e proprio esempio di "diluizione della funzione imprenditoriale"^{xcv}, che si segmenta in realtà connesse ed autonome (e con differenti gradi di integrazione).

Il mutamento del contesto economico normativo richiede una strumentazione giuridica innovativa, che parta dalle nuove forme di organizzazione delle attività produttive. Il riferimento è alle imprese che, al fine di garantire la produzione di beni o di servizi, si collegano tra loro in base a rapporti contrattuali stabili e creano una vera e propria organizzazione integrata, dove l'appaltatore condivide gli interessi organizzativi della impresa appaltante^{xcvi}. In questo contesto i lavoratori delle imprese fornitrici sono "terminali organizzativi" di quella principale e svolgono funzioni produttive in tutto e per tutto analoghe a quelle dei dipendenti diretti del committente. Tale analogia di funzioni, che è addirittura evidente da un punto di vista fisico e spaziale nel caso di appalti *intra moenia*, è peraltro presente anche in quelli svolti al di fuori della sede della committente, perché le nuove tecnologie informatiche e delle telecomunicazioni consentono di integrare in forma stabile entità assai lontane nello spazio.

Dal punto di vista del diritto del lavoro le esigenze di tutela dei lavoratori coordinati dall'appaltatore sono identiche a quelle dei dipendenti che sono subordinati

al committente. In entrambi i casi, proprio perché le loro attività sono funzionali al raggiungimento degli obiettivi economici di un imprenditore, il diritto del lavoro deve tutelare la persona del lavoratore per impedire che la sua "gestione" quale fattore della produzione si traduca nella lesione di diritti fondamentali, oltre che per limitare e razionalizzare i poteri finalizzati a soddisfare le esigenze organizzative dell'impresa. In tale ambito poco importa che l'appaltatore sia un "imprenditore genuino" o che esistano reali rapporti commerciali che mettono in relazione imprese distinte. Lo "schermo" delle differenti personalità giuridiche e la effettività delle rispettive realtà imprenditoriali non esclude che, dal punto di vista degli interessi organizzativi, vi sia quella identità delle posizioni giuridiche dei lavoratori che rispecchia le medesime esigenze di protezione. Ma come realizzare questo identico bisogno di tutela?

Da tempo una parte della dottrina italiana, che ha esaminato i problemi di segmentazione dell'impresa, ha proposto di regolare i nuovi fenomeni utilizzando la nozione di "dipendenza economica" e di "integrazione contrattuale"^{xcvii}, estendendo ai dipendenti dell'appaltatore che si trovino in specifiche condizioni tutele particolari quali la parità di trattamento e la responsabilità solidale^{xcviii}. A me sembra che occorra procedere oltre, affermando, *in determinate situazione e solo per specifici aspetti*, una vera e propria *condivisione* delle discipline del rapporto di lavoro subordinato. Se, d'altra parte, lo sviluppo del diritto del lavoro è connesso alla necessità di porre limiti su colui che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, è evidente che quando il lavoro soddisfa esigenze condivise ed integrate tali limiti non possono gravare su un solo soggetto, ma debbono estendersi a tutti i beneficiari dell'attività lavorativa

La codatorialità, peraltro, può essere realizzata senza mutare la struttura del rapporto di lavoro. In base alla opzione qui proposta, il lavoratore rimane sempre alle dipendenze dell'appaltatore ed il complesso dei diritti e dei doveri che connotano il rapporto sono sempre ascrivibili ad una relazione bilaterale con il datore di lavoro. Tuttavia la condivisione dell'interesse organizzativo e la stretta funzionalità del rapporto di lavoro a soddisfare esigenze produttive di un altro imprenditore non può non riflettersi sulla dinamica dei rapporti di lavoro. E questo anche in considerazione del fatto che tra contratto commerciale e contratti di lavoro vi è un collegamento negoziale che unifica i due negozi per la realizzazione di una medesima operazione economica (garantire al committente la soddisfazione di sue necessità produttive stabili) e che influenza anche l'esercizio dei poteri imprenditoriali (perché, ad esempio, la direzione ed il coordinamento dei dipendenti dell'appaltatore è finalizzata anche e soprattutto a soddisfare gli interessi organizzativi del committente)^{xcix}. In questo contesto la codatorialità deve manifestarsi in diverse forme: a) nell'applicazione della parità di trattamento economico ed organizzativo tra i dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore; b) nella responsabilità solidale di entrambe le imprese per i crediti sorti nell'esecuzione del lavoro; c) nella imputazione all'appaltante ed alla impresa appaltatrice degli effetti di determinate scelte imprenditoriali e nella modulazione delle discipline giuridiche in modo tale che la protezione del lavoratore venga garantita nei confronti di tutti e due i soggetti (ed in particolare in relazione al committente).

Prima di analizzare nel dettaglio le proposte indicate, va detto che la

codatorialità e le responsabilità congiunte trovano conferma in discipline giuridiche proprie di altri paesi e che esse sono rinvenibili anche nel nostro ordinamento. In relazione al primo aspetto, la *Joint Employment Doctrine*, diffusa negli Stati Uniti, regola i fenomeni di segmentazione delle imprese con l'attribuzione della qualifica di datore di lavoro "a più di un soggetto, in tutte le ipotesi in cui, al di là della qualifica formale, sia possibile affermare che diversi imprenditori *codeterminano* le condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro"^c. In questi casi, la codatorialità si manifesta in vari aspetti (ad es. la responsabilità per comportamenti antisindacali, la definizione degli ambiti della contrattazione collettiva, la responsabilità congiunta per il rispetto dei minimi salariali e dell'orario di lavoro, la disciplina dei congedi parentali ecc.)^{ci} e sempre con riferimento a contratti che prevedono la esternalizzazione delle attività produttive.

D'altra parte la somministrazione di mano d'opera, attraverso la condivisione dei poteri datoriali, la parità di trattamento economico e normativo ed altre caratteristiche essenziali^{cii}, dimostra che la codatorialità è, nell'ambito della segmentazione dei processi produttivi, ormai penetrata nel nostro ordinamento. Si può discutere se, in questa situazione, sia possibile affermare che il rapporto di lavoro è imputabile sia al somministratore che all'utilizzatore (codatorialità formale) o se, al contrario, a fronte di un solo titolare del contratto (l'agenzia per il lavoro) sia configurabile una condivisione di discipline giuridiche (codatorialità sostanziale)^{ciii}. Tuttavia, non vi è dubbio che l'imputazione a più soggetti di poteri ed obblighi nascenti dal rapporto di lavoro sia una tecnica normativa certamente non sconosciuta nel diritto del lavoro italiano. E nello stesso ambito va iscritta la responsabilità congiunta del committente e dell'appaltatore in materia di sicurezza del lavoro dei dipendenti dell'impresa esecutrice dell'opera o del servizio quando vi sia un appalto interno alla struttura imprenditoriale dell'appaltante^{civ}. Anche in questo caso, infatti, la legge, proprio prendendo atto delle particolari condizioni ambientali in cui si svolge il lavoro e dell'inerenza dell'appalto alla soddisfazione delle esigenze organizzative del committente, supera il principio, sancito dall'art. 1655 cod. civ., della formale imputazione della responsabilità in capo all'organizzatore dei mezzi produttivi, e la attribuisce anche a chi di fatto condiziona le dinamiche organizzative di esecuzione dell'opera o del servizio.

La estensione all'appaltante di obblighi economici e giuridici potrebbe essere contestata in base alla teoria dei costi di transazione. Se, infatti, la ragione principale delle esternalizzazioni è la maggiore convenienza delle prestazioni rese da fornitori rispetto a quelle eseguite con propri dipendenti (che comportano costi di organizzazione superiori), la parità di trattamento (a cui aggiungere il corrispettivo dell'appaltatore) e le maggiori tutele normative, che condizioneranno il potere di libera gestione dei lavoratori del fornitore (in relazione ai licenziamenti, alla sostituzione dei lavoratori in malattia ecc.) di fatto incrementeranno i costi di transazione in modo tale da escludere il vantaggio economico dell'appalto esterno.

Si potrebbe affermare che, in realtà, quelle descritte sono innovazioni che non incidono sui costi di transazione propriamente detti. Questi ultimi, infatti, sono oneri connessi alla selezione del contraente, alla conclusione del contratto ed alle

eventuali garanzie dell'adempimento da parte dell'appaltatore^{cv}, mentre la codatorialità incide sui costi di gestione complessivi dell'operazione economica e non su quelli descritti. Questa considerazione, indubbiamente fondata, non muta la sostanza del problema, perché si tratterebbe sempre di innovazioni che potrebbero avere in ogni caso un impatto negativo sui processi di esternalizzazione (perché li renderebbe meno convenienti) ed è quindi necessario non sottovalutare questo aspetto della questione. L'incremento degli oneri economici a carico delle imprese, inoltre, potrebbe essere contestato sostenendo che le ragioni di tutela dei lavoratori devono prevalere sulle esigenze economiche delle imprese e che, d'altra parte, rendere meno agevoli le esternalizzazioni può contribuire alla valorizzazione del capitale umano, in coerenza con alcune analisi economiche già descritte^{cv}. Tuttavia, a parte queste considerazioni, in realtà la codatorialità, nel senso sopra specificato, può trovare una propria giustificazione anche nell'ambito delle convenienze economiche ed organizzative delle imprese.

Si è già visto, infatti, che l'*outsourcing*, oltre che per l'abbattimento dei costi operativi, è giustificato anche dalla possibilità di concentrarsi sugli obiettivi strategici, dalla capacità di liberare risorse finanziarie ed umane e dall'accesso a competenze specialistiche esterne^{cvi}. Per quanto riguarda i primi due aspetti, si tratta di elementi che comportano l'abbattimento dei costi di organizzazione interni (per la maggiore efficienza che si determina in conseguenza della concentrazione di lavoro e di capitali sul *core business*). D'altra parte, la creazione di competenze specialistiche elevate non in possesso dell'impresa comporterebbe oneri economici interni di gran lunga superiori a quelli nascenti dal loro reperimento sul mercato tramite un fornitore esterno: anche in questo caso, dunque, è più opportuno procurarsi fuori dall'impresa un determinato bene o servizio. Inoltre, anche nella forma più moderna di esternalizzazione, quella dell'impresa rete, in cui la *core competence* consiste nel coordinare i vari soggetti che compongono l'organizzazione reticolare, la condivisione di compiti ed il grado di specializzazione di ciascuna delle "molecole" della rete è un valore aggiunto che può in ogni caso rendere competitiva la struttura pur in presenza dell'aggravio dei costi operativi derivante dalla codatorialità.

La convenienza della esternalizzazione, inoltre, può derivare dalla flessibilità derivante dalla esistenza di un unico contratto che consente di definire, di volta in volta, le variabili che si presentano e che determina una diminuzione dei costi di transazione, perché evita un processo continuo di rinegoziazione dei contenuti contrattuali (con gli annessi oneri economici)^{cvi}. In questo caso il ricorso a rapporti contrattuali stabili si giustifica a prescindere dai contenuti specifici della qualità di apporto reso dal fornitore. Un'ulteriore ragione economica che legittima il ricorso a queste tipologie contrattuali può essere individuata nel grado di integrazione tra committente ed appaltatore e nel livello di investimenti idiosincratici che sono stati immessi nel contratto, consistenti in "quelli investimenti - materiali o immateriali - che sono posti in essere da un soggetto sul presupposto del perdurare di una determinata relazione contrattuale e risultano, pertanto, difficilmente riconvertibili al di fuori di quel contesto relazionale di partenza"^{cix}. Questi investimenti, che possono essere effettuati anche nei rapporti tra imprese, sono indubbiamente realizzati soprattutto dal fornitore

del servizio che instaura una relazione stabile ed integrata con un imprenditore^{cx}. Tuttavia anche il committente investe risorse economiche e lavoro che sono finalizzate a "formare" l'impresa appaltatrice affinché quest'ultima sia in grado di svolgere un'attività che realizzi gli standards attesi, con investimenti che sono diretti ad integrare l'appaltatore nella propria organizzazione. Si va dalle specifiche produttive, connesse al contenuto dei prodotti o dei servizi da realizzare, a tutte quelle indicazioni e regole organizzative che servono a garantire la massima sinergia tra le due imprese in relazione ai tempi di consegna, alla qualità del bene o del servizio, ai controlli sull'attività e così via. L'interruzione di un rapporto contrattuale stabile con le caratteristiche indicate comporta un notevole aggravio dei costi di organizzazione interna con il nuovo appaltatore, almeno fino a quando il subentrante non sia in grado di avere la stessa efficienza organizzativa di quello precedente^{cxii}.

Tutti gli elementi indicati sono tali da giustificare i processi di segmentazione dell'impresa anche in presenza di un incremento degli oneri economici connessi alla estensione delle tutele economiche e normative. Tra l'altro, una conferma indiretta di questa affermazione può essere rinvenuta nel fatto che negli Stati Uniti, dove i fenomeni di *outsourcing* hanno trovato il loro terreno più fertile, "si assiste al decentramento verso imprese di dimensioni consistenti"^{cxiii}. In questo caso, dunque, la segmentazione del processo produttivo non sembra motivata da esigenze di minor costo dovute alle ridotte dimensioni delle imprese fornitrici (che hanno oneri economici organizzativi inferiori connessi proprio a tale caratteristica dimensionale), ma da ragioni di efficienza qualitativa del servizio reso.

Le convenienze economiche descritte potrebbero non verificarsi sempre, perché il basso contenuto qualitativo dell'appalto (si pensi ai lavori di pulizia o di facchinaggio) o l'incremento dei costi operativi derivante dalla codatorialità sarebbe tale da non compensare i risparmi dei costi organizzativi interni. In queste ipotesi, dunque, in effetti la riforma qui proposta potrebbe scoraggiare alcune forme di *outsourcing*. Va detto, tuttavia, che, a parte alcuni possibili temperamenti che saranno in seguito analizzati, il possibile effetto su alcuni tipi di esternalizzazione non sarebbe necessariamente negativo. Se il modello da perseguire non è quello della mera competitività basato esclusivamente sulla riduzione dei costi e delle tutele giuridiche dei lavoratori, non vi è dubbio che limitare i processi di segmentazione dell'impresa che hanno queste finalità possa essere positivo e rispecchiare criteri di efficienza produttiva.

Da questo punto di vista il riferimento alla disciplina europea può dare delle utili indicazioni. Le recenti vicende connesse alla "direttiva Bolkestein" confermano come la liberalizzazione dei servizi in ambito europeo non possa avvenire in base alla regola delle convenienze nascenti dalla applicazione di normative nazionali che rendano il servizio meno oneroso dal punto di vista economico. D'altra parte, l'esclusione del diritto del lavoro dall'ambito di applicazione della disciplina conferma in misura ancora più accentuata l'impossibilità di assimilare il rapporto di lavoro ad un qualunque servizio a favore delle imprese^{cxiii}. L'Europa non ha scelto il modello della competitività basato sulla competizione tra sistemi regolativi del lavoro che hanno costi molto più ridotti dovuti alle differenti tradizioni storiche ed ai contesti economici

I criteri per individuare i rapporti di integrazione contrattuale ed i limiti di tutela connessi alla condivisione del rapporto di lavoro

dei paesi dell'Unione. Un modello che, se avrebbe potuto determinare un vantaggio per i consumatori per la possibile riduzione dei prezzi, avrebbe grandemente minacciato la coesione sociale ed avrebbe anche influito sul livello di efficienza delle imprese. Infatti, la possibilità di fornire servizi a costi molto più contenuti rispetto a quelli nazionali, avrebbe favorito la scelta di fornitori che, *a prescindere* dalla qualità del servizio reso, sarebbero stati economicamente più convenienti. Una opzione che certamente non avrebbe favorito la selezione delle imprese in ragione della loro efficienza e che non avrebbe quindi stimolato processi innovativi negli operatori economici ed il livello complessivo di competitività del mercato.

La codatorialità in precedenza analizzata presuppone che vengano identificati dei criteri che consentano di affermarne l'esistenza e che comportino l'applicazione delle tutele che saranno meglio specificate in seguito. Le caratteristiche prima descritte delle forme di esternalizzazione implicano che i due principali elementi che dovrebbero connotare la codatorialità sono la perduranza e stabilità nel tempo della relazione contrattuale tra le imprese e l'integrazione organizzativa che tra esse si viene a determinare. Il primo elemento è di carattere temporale ed esclude, quindi, i vincoli contrattuali di carattere episodico o limitati nel tempo^{cxiv}. Il secondo, al contrario, è connesso al tipo di attività svolta: in linea teorica, e salve le ulteriori precisazioni, qualsiasi attività di fornitura di un bene o di un servizio che, a prescindere del suo contenuto, venga realizzata in forma stabile è tale da poter determinare l'integrazione contrattuale. E questo sia con riferimento a situazioni "classiche" di sub fornitura sia ai servizi innovativi di carattere materiale o immateriale^{cxv}.

I rapporti di integrazione organizzativa, peraltro, possono essere limitati sotto il profilo soggettivo (in relazione alle caratteristiche delle imprese o dell'appaltante) e per quello oggettivo (in connessione all'attività svolta). Non vi è dubbio che la codatorialità vada esclusa nei casi in cui il committente sia una persona fisica che non esercita attività professionale o di impresa, perché in questo caso, anche se vi sono relazioni di mercato, non sussistono le condizioni che giustificano una tutela speciale dei lavoratori dell'appaltatore. Ed ovviamente l'esclusione deve operare anche in tutti i casi in cui il fornitore sia una persona fisica senza addetti alle proprie dipendenze. Per quanto riguarda i rapporti tra imprenditori, indubbiamente le situazioni di "monocommittenza" o di "dipendenza economica" dovrebbero essere ricomprese nel regime della codatorialità. In questi casi, infatti, l'integrazione stabile con l'impresa committente nella fornitura di un bene o di un servizio è rafforzata dal fatto che l'appaltatore concretamente opera quale terminale "esclusivo (o quasi esclusivo)" della prima e ha modulato la sua attività di impresa con investimenti idiosincratici che sono ritagliati su misura per le esigenze dell'utilizzatore, in relazione ad esempio alle attrezzature, ai beni materiali ed immateriali, alle regole organizzative, ai requisiti di qualità del lavoro e così via^{cxvi}. Questa situazione di dipendenza configura una condizione di "duplice" debolezza contrattuale dei lavoratori dell'appaltatore. Essi, infatti, quali strutture produttive "decentrate" del committente, subiranno le conseguenze di eventi economici ed organizzativi che colpiscono l'impresa

appaltante, in misura del tutto analoga ai lavoratori direttamente assunti da quest'ultima. Inoltre, l'interruzione dei rapporti contrattuali tra i due imprenditori per qualsiasi evenienza (incluse le migliori condizioni economiche offerte da un concorrente) è un ulteriore elemento che può tradursi nella lesione degli interessi dei lavoratori, anche in considerazione della difficoltà per l'appaltatore di trovare nuovi committenti e di riconvertire nel mercato gli investimenti specifici effettuati^{cxvii}. Si tratta, quindi, di una situazione che richiede particolari esigenze di protezione.

La condizione di monocommitenza o di dipendenza può essere identificata in base ad indici specifici, connessi, in particolare, ai volumi di fatturato, che costituiscono il principale indicatore dei rapporti economici tra imprese^{cxviii}. In tale ambito si potrebbe utilizzare la nozione di "influsso gestionale prevalente" già prevista dall'art. 12 della l. 223 del 1991^{cxix}, od utilizzare una definizione più elastica, come quella di abuso di dipendenza economica prevista dalla legge sulla subfornitura^{cxx}. Probabilmente la soluzione migliore potrebbe essere nella combinazione tra il riferimento a determinati livelli di fatturato ed una clausola generale di "chiusura" che, pur in assenza del volume richiesto di rapporti commerciali, individui la dipendenza quando vi sia "un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi", anche in relazione alla "reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti" ed utilizzando le esperienze già maturate nell'ambito della disciplina in tema di subfornitura^{cxxi}.

La codatorialità, peraltro, dovrebbe essere affermata anche quando non vi sono situazioni di dipendenza economica e vi siano rapporti tra imprese in condizione "paritaria" o dove l'impresa fornitrice del bene o del servizio abbia una pluralità di committenti. In questo caso, peraltro, dovrebbero sussistere, oltre alla stabilità nel tempo della relazione contrattuale, anche altre due condizioni: a) i lavoratori devono essere addetti in via esclusiva o prevalente alla realizzazione del bene o del servizio a favore dell'utilizzatore; b) l'attività deve essere svolta sempre dai medesimi dipendenti. Anche in questa ipotesi, infatti, i lavoratori costituiscono un segmento organizzativo dell'impresa committente e quindi, per essi, si pongono le stesse identiche esigenze di tutela dei dipendenti diretti dell'appaltante. Inoltre, proprio la esclusiva o prevalente effettuazione delle prestazioni a favore di un'impresa rende i lavoratori dell'appaltatore particolarmente sensibili alle evenienze economiche ed organizzative dell'utilizzatore, con una situazione analoga a quella in precedenza descritta (come nel caso, ad esempio, della improvvisa interruzione del rapporto contrattuale tra le imprese, che potrebbe minacciare la stessa conservazione del posto da parte dei lavoratori addetti esclusivamente o prevalentemente a quella attività oggi cessata).

Tuttavia, potrebbe accadere che, in realtà, l'appaltatore, nonostante le condizioni prima descritte, applichi ai propri dipendenti un trattamento economico o normativo migliore rispetto a quello proprio dei lavoratori del committente. Le estensioni delle tutele degli addetti dell'utilizzatore potrebbe dunque penalizzare i dipendenti del fornitore, come nel caso in cui l'impresa appaltatrice sia soggetta alla regime della stabilità reale, mentre quella committente applica quella obbligatoria^{cxixii}. In queste ipotesi il regime di codatorialità andrebbe escluso, quando sia globalmente

meno favorevole per i lavoratori, o modulato in modo tale da consentirne un'applicazione "selettiva", relativa soltanto a quegli istituti la cui applicazione si traduce in un vantaggio per il dipendente del fornitore. La logica, infatti, è quella di proteggere i lavoratori inseriti in un contesto di integrazione contrattuale e, se tali esigenze di tutela non sussistono, non vi è ragione per applicare discipline che presuppongono un bisogno di protezione inesistente. La legge, dunque, dovrebbe attribuire al giudice un controllo sul contenuto dei trattamenti economici e normativi del committente e dell'appaltatore, con l'attribuzione di un potere non dissimile a quello svolto in altre ipotesi^{cxxiii}. Sempre il magistrato inoltre dovrebbe provvedere a selezionare il trattamento più favorevole per il lavoratore nei casi prima indicati e quando ve ne sia la necessità.

Dal punto di vista oggettivo, in rapporto alle attività svolte, non vi dovrebbero essere limiti alla codatorialità. Quando vi sono le condizioni di integrazione organizzativa e le esigenze di tutela prima descritte non vi è ragione alcuna per introdurre differenziazioni connesse alla fornitura dell'opera o del servizio. Non è un caso che l'attuale disciplina della somministrazione, con la parità di trattamento economico e normativo tra dipendenti del fornitore e dell'utilizzatore e che costituisce una sicura espressione del principio di condivisione sostanziale del rapporto di lavoro, si applichi a tutte le forme di servizi, anche quelli di basso contenuto qualitativo (custodia, portineria, movimentazione merci). Alcuni tra questi (si pensi alla pulizia dei locali), inoltre, non hanno una connessione diretta con la produzione vera e propria (scomponibile nelle attività principali ed accessorie o sussidiarie). La stessa logica della somministrazione dovrebbe dunque essere applicata quando si propone di riaffermare e rafforzare la codatorialità sostanziale quale principio informatore delle esternalizzazioni.

Tuttavia, se si ritenesse che l'estensione delle tutele a tutti gli appalti di servizi non sia opportuna, un criterio selettivo potrebbe essere costituito dall'esclusione di quegli appalti che, pur se effettuati stabilmente, non siano inerenti al ciclo produttivo del committente. L'individuazione della nozione di "ciclo" ha dato vita ad interpretazioni contrastanti in dottrina^{cxxiv} ed in giurisprudenza^{cxxv}. A me sembra che, utilizzando gli spunti interpretativi già espressi da un autore^{cxxvi}, il ciclo produttivo debba essere individuato in base ad una pluralità di indici riferiti all'attività produttiva concretamente svolta dall'impresa, al tipo di organizzazione effettivamente utilizzata, alle tecnologie impiegate ed in correlazione alle attività principali o accessorie realizzate. Occorre, in sostanza, definire il ciclo non in base ad un giudizio astratto a priori ma in relazione ad una valutazione concreta dalla struttura organizzativa di ciascuna impresa e sulla base dell'insieme degli elementi sopra descritti, che consentirà, nella stragrande maggioranza dei casi, di verificare le sue caratteristiche^{cxxvii}. Comunque, se il riferimento al ciclo dovesse essere ritenuto eccessivamente indeterminato per le difficoltà di specificare le sue caratteristiche, anche in questo caso la individuazione degli appalti esclusi potrebbe essere rimessa ad un decreto ministeriale ed alla contrattazione collettiva, secondo la tecnica già descritta in precedenza e dove i contratti collettivi svolgerebbero la medesima funzione integrativa.

Una tutela dei lavoratori del fornitore basata sulla integrazione contrattuale tra imprese può presentare notevoli elementi di debolezza. In primo luogo la codatorialità può essere facilmente eliminata attraverso l'interruzione del rapporto commerciale. Inoltre, nei sistemi caratterizzati dall'impresa rete o dalla presenza di vere e proprie "filieri produttive" in cui l'attività si diluisce all'interno di una pluralità di soggetti, alcuni dei quali addirittura non presenti nel territorio nazionale, la possibilità di un effettivo controllo dei processi di esternalizzazione tramite la condivisione del rapporto di lavoro potrebbe rivelarsi del tutto illusoria.

Si tratta certamente di obiezioni ragionevoli che, peraltro, non escludono l'opportunità di introdurre la riforma proposta. Per quanto attiene alla possibile interruzione dei rapporti contrattuali tra le imprese, a parte i vincoli previsti dalla attuale legislazione alla libertà di recesso o alla durata del contratto^{cxxviii} ed alla eventuale possibilità di introdurre ulteriori di carattere economico^{cxxix}, va detto che il rapporto di integrazione contrattuale stabile non rende sempre agevole porre fine al contratto. Gli investimenti idiosincratici compiuti dal committente ed i costi connessi alla loro perdita ad al reperimento di un altro fornitore di uguale efficienza costituiscono un freno al recesso con finalità meramente elusive e finalizzato a bypassare i limiti connessi alla codatorialità.

La filiera produttiva e la presenza di appalti "a catena" pone certamente un ulteriore problema reale. Non vi è dubbio che la tutela connessa alla integrazione contrattuale è più efficace nel rapporto diretto tra due soggetti e meno incisiva quando l'organizzazione d'impresa è frantumata in una pluralità di imprenditori autonomi. Tuttavia il meccanismo può sempre operare nella misura in cui ciascun "anello" della catena si ponga in una posizione di integrazione con una altra entità economica e, in tale ambito bilaterale, la codatorialità è sempre in grado di svolgere la sua funzione di tutela. D'altra parte, nell'ambito di rapporti commerciali che realizzano una serie di relazioni integrate "a cascata", si potrebbe ipotizzare una estensione della codatorialità che coinvolga più soggetti^{cxxx}. Il discorso si complica, ovviamente, nel caso di decentramento ed integrazione contrattuale con un'altra impresa collocata in un diverso paese dell'Unione Europea o fuori dei suoi confini. In questo caso, la possibilità di estendere al fornitore la parità di trattamento economico e normativo o altre discipline legali si scontra con limiti giuridici, connessi, ad esempio, all'obbligo di applicare le normative in vigore nel paese dell'appaltatore^{cxxxi} e con le convenienze economiche che questo comporta^{cxxxii}. Senza contare le difficoltà concrete di tutela in presenza di decentramenti a favore di paesi in via di sviluppo e privi di discipline legali e contrattuali a protezione dei lavoratori. Si tratta, in effetti di problemi difficilmente superabili in mancanza di riforme complessive di ben altro rilievo. Ciò non esclude, peraltro, che, quantomeno in ambito nazionale, la codatorialità possa produrre i propri effetti.

La parità di trattamento economico e normativo e la responsabilità solidale

L'applicazione della stessa disciplina normativa e delle medesime retribuzioni è la prima fondamentale tutela nei processi di segmentazione produttiva.

tra committente ed
appaltatore

Se si legge la Relazione di accompagnamento alla legge n. 1369 del 1960 (che raccoglieva anche i risultati della Commissione di inchiesta parlamentare) ci si rende conto che, pur in un contesto economico completamente diverso da quello attuale, vi era consapevolezza della opportunità e della utilità, a fini produttivi, di esternalizzare alcune attività d'impresa^{CXXXIII} e della necessità di evitare che il decentramento fosse finalizzato soltanto al risparmio del costo del lavoro^{CXXXIV}. Tale esigenza è tuttora attuale e richiede che in tutti gli appalti di opere e servizi che abbiano le caratteristiche prima descritte sia garantita la parità di trattamento^{CXXXV}. Si è affermato che l'imposizione di questo obbligo potrebbe deprimere le differenze che costituiscono la ricchezza, sul piano economico organizzativo, delle strategie del decentramento e per tale motivo si è proposto di applicare ai dipendenti dell'appaltatore la disciplina collettiva prevista per quest'ultimo e non quella del committente^{CXXXVI}. In realtà il "valore aggiunto" apportato dall'appaltatore è connesso al suo *know how*, che, come si è visto, insieme ad altri elementi giustifica la convenienza economica del contratto commerciale anche in presenza di costi operativi notevoli (come quelli provocati dalla parità). D'altra parte, consentire l'applicazione della disciplina collettiva dell'appaltatore in tutti i casi in cui essa è meno onerosa per il committente significa incentivare un modello di competitività basato sui minori costi e non sulla qualità del servizio, con una scelta che non deve essere assecondata dall'ordinamento giuridico non solo per ragioni di tutela dei lavoratori ma anche perché non incrementa la efficienza del mercato.

La disciplina della parità di trattamento economico e normativo dovrebbe utilizzare le esperienze già realizzate in tema di lavoro temporaneo, somministrazione di mano d'opera e di appalti interni ai sensi dell'art. 3 della l. 1369/1960. Senza pretendere di effettuare un'analisi di dettaglio di tutti i problemi coinvolti, ci si limiterà a suggerire delle linee guida della possibile regolamentazione, soffermandosi su alcuni dei problemi che l'esperienza concreta degli istituti già attuati ha messo in luce. Proprio con riferimento alle leggi oggi abrogate (ed in particolare in relazione all'art. 3 della l. 1369/1960) si è lamentata la scarsa applicazione della parità da parte della giurisprudenza^{CXXXVII} e la mancanza, comunque, di effettività della tutela (spesso violata). Va detto che tale situazione è probabilmente connessa alla debolezza contrattuale dei lavoratori dell'appaltatore, che, se avessero rivendicato i propri diritti, si sarebbero trovati esposti a conseguenze negative (soprattutto se operanti in realtà imprenditoriali molto piccole). La estensione ai dipendenti del fornitore di alcune discipline giuridiche proprie di quelli dell'appaltante e la imputazione a quest'ultimo degli effetti scaturenti dalla loro violazione potrebbe ridurre la situazione di debolezza ed incentivare una maggiore applicazione del principio di parità, perché i lavoratori avrebbero un interesse specifico a ricorrere al giudice per far valere i propri diritti.

La parità potrebbe essere garantita con la formula, già prevista per la somministrazione dall'art. 23 del d.lgs. 276/2003, del trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti del committente, che, rispetto alla precedente disciplina dell'art. 3 l. 1369/1960 o dell'art. 4 della legge n. 196/1997, consente una maggiore flessibilità nella determinazione concreta dei

contenuti del rapporto di lavoro (permettendo, ad esempio, di diminuire una voce retributiva, incrementandone un'altra). Tuttavia, per evitare eccessivi margini di indeterminatezza connessi alla difficoltà di specificare cosa sia più o meno favorevole, sarebbe opportuno limitare la comparazione all'interno delle erogazioni economiche e dei trattamenti normativi e senza possibilità di estendere la valutazione ai vantaggi e svantaggi ricavabili anche dal paragone tra disciplina normativa e quella retributiva^{cxxxviii}. La parità dovrebbe ovviamente essere estesa anche agli aspetti non direttamente economici^{cxxxix} e dovrebbe essere riferita a tutti i diritti che trovano fonte nei contratti collettivi (nazionali o aziendali), nei regolamenti unilaterali e nelle prassi interne, con la sola esclusione dei trattamenti *ad personam*^{cxl}.

Tuttavia, si è sottolineato che in molti casi la parificazione dei trattamenti è ostacolata dal fatto che occorre porre a confronto mansioni "comparabili" (e cioè simili) svolte presso l'appaltatore ed il committente e che tale raffronto è molto spesso impossibile, perché le attività affidate in *outsourcing* "appartengono a settori merceologici diversi e riguardano mansioni totalmente disomogenee rispetto a quelle svolte dai dipendenti dell'appaltante"^{cxli}. Va detto, peraltro, che il problema indicato non si pone nel caso in cui l'esternalizzazione riguardi un segmento dell'attività produttiva che viene affidato ad impresa con le medesime caratteristiche produttive e che applichi lo stesso contratto collettivo: qui infatti le mansioni sono le stesse sia in relazione al tipo di attività svolta che alla disciplina giuridica contrattuale applicabile. Nel caso in cui, in effetti, la comparazione in concreto non sia possibile, perché presso il committente mancano prestazioni lavorative assimilabili a quelle svolte dai dipendenti dell'appaltatore, il raffronto dovrà essere effettuato tra le attività lavorative compiute e gli inquadramenti in astratto previsti dal contratto collettivo applicato (o applicabile) dall'impresa appaltante^{cxlii}.

Alla contrattazione collettiva del committente dovrebbe essere devoluto il compito di determinare modalità e criteri per la corresponsione della retribuzione variabile e, sempre in analogia con quanto oggi previsto per la somministrazione, dovrebbe essere garantito il godimento dei servizi sociali ed assistenziali di cui godono i dipendenti dell'impresa appaltante. Inoltre occorrerebbe assicurare ai lavoratori dell'appaltatore l'esercizio dei diritti sindacali riconosciuti ai dipendenti del committente, utilizzando le esperienze già maturate nel lavoro temporaneo e nella somministrazione^{cxliii}. Il riconoscimento dei diritti sindacali dovrebbe operare non solo nel caso di appalti eseguiti all'interno della struttura produttiva del committente, ma anche a quelli a distanza. Le maggiori difficoltà di applicazione della normativa, certamente esistenti in considerazione della disciplina giuridica vigente pensata per la fabbrica che concentra in sé tutte le attività produttive, non dovrebbe escludere un intervento riformatore che adegui la libertà e l'attività sindacale alle nuove esigenze di frantumazione dell'impresa. Si tratta, in sostanza, di favorire nuove forme di espressione e di aggregazione dell'interesse collettivo anche in assenza della contiguità spaziale che è il presupposto su cui si fonda lo statuto dei lavoratori.

Sarebbe necessario, inoltre, rivedere la disciplina in tema di sicurezza e tutela della salute attualmente esistente, con l'applicazione di una normativa più vincolante nel caso di appalti che si svolgono all'interno della struttura produttiva del

committente (e cioè in stretta contiguità spaziale con l'impresa utilizzatrice), con regole che potrebbero essere modulate su quelle attualmente esistenti per la somministrazione (art. 23, comma 5, d.lgs. 276/2003).

La parità di trattamento economico e normativo presuppone necessariamente anche la responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore. Ovviamente tale responsabilità non andrebbe disciplinata nella versione ridotta dell'attuale art. 29, comma 2, del d.lgs. 276/2003 (decadenza annuale, possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva), ma dovrebbe essere ristabilita in modo pieno. La solidarietà, infatti, costituisce una sorta di norma di chiusura, che rende la parificazione delle condizioni normative e contrattuali effettiva, perché consente al lavoratore di far valere nei confronti del committente la violazione, da parte dell'appaltatore, del principio di parità^{cxliiv}. Proprio perché svolge questo ruolo essenziale, la coobbligazione solidale dovrebbe essere regolata con una formulazione priva di condizionamenti, e superando anche la previsione, contenuta nell'art. 1676 c.c., della responsabilità che non può superare il debito del committente nei confronti dell'appaltatore. Questo limite, infatti, comprensibile negli appalti in genere, è difficilmente giustificabile nell'ambito di relazioni contrattuali integrate di carattere stabile e nelle quali i dipendenti dell'appaltatore sono "terminali organizzativi" del committente^{cxliv}.

La parità di trattamento e la responsabilità solidale dovrebbero essere attribuiti soltanto ai dipendenti dell'appaltatore occupati nella specifica attività oggetto dell'appalto^{cxlvi}. In considerazione della stabilità e perduranza nel tempo del rapporto contrattuale non vi dovrebbero essere problemi nell'individuare i lavoratori addetti, anche perché le esigenze organizzative e di specializzazione produttiva spingeranno l'appaltatore ad utilizzare il più possibile i medesimi lavoratori, che, proprio per la loro maggiore esperienza e conoscenza del lavoro da svolgere, sono in grado di operare con livelli di produttività superiore a quelli di eventuali sostituti^{cxlvii}.

La sostanziale
codatorialità
tra
ed
committente
appaltatore

Oltre la parità di trattamento, la riforma dovrebbe introdurre la condivisione di alcune discipline del rapporto di lavoro subordinato, senza mutare, come si è detto, la struttura del rapporto in capo all'appaltatore, che rimane il titolare dei diritti ed obblighi dei propri dipendenti.

La codatorialità, ovviamente, non va confusa con il regime giuridico da applicare nel caso di appalti illeciti, perché non corrispondenti alle previsioni previste dalla legge. Si pensi, in relazione alle proposte in precedenza descritte, ai casi di assenza dei requisiti economici di genuinità imprenditoriale, al mancato esercizio del potere organizzativo o direttivo da parte del fornitore, alla esecuzione dell'appalto in violazione dei limiti previsti dal decreto ministeriale o dalla contrattazione collettiva e così via^{cxlviii}. In queste ipotesi dovrebbe essere applicata la sanzione, già oggi prevista, della costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del committente, con un'azione esercitabile non solo dal lavoratore ma anche da terzi^{cxlix}.

La condivisione delle discipline giuridiche dovrebbe riguardare gli appalti di

opere e di servizi non fittizi, caratterizzati dalla stabilità nel tempo e dalle altre caratteristiche già descritte. L'integrazione contrattuale tra le imprese può influenzare in modo determinante le vicende dei rapporti di lavoro dell'appaltatore^{cl}. L'applicazione congiunta di alcune discipline dovrebbe essere riconosciuta in tutti i casi in cui i contratti di lavoro dei dipendenti del fornitore sono condizionati da scelte imprenditoriali e/o da eventi riconducibili ad esigenze dell'organizzazione produttiva del committente o di entrambe le imprese integrate. Uno spunto in tal senso è stato già espresso da chi ha rilevato come, in questi casi, il trasferimento dei lavoratori, l'assegnazione delle mansioni e l'esercizio del potere disciplinare "potranno risentire del nesso di collegamento che unisce il contratto di lavoro al contratto commerciale"^{cli}.

La legge dovrebbe prendere atto proprio di tale collegamento e dell'integrazione organizzativa per attribuirgli un rilievo giuridico oggi inesistente (o assai limitato), in modo da disciplinarne le conseguenze sui rapporti di lavoro dell'appaltatore^{clii}. Occorrerebbe, in primo luogo, computare congiuntamente i dipendenti del committente e dell'impresa appaltatrice (o dei vari fornitori di opere e servizi) ai fini dell'applicazione di discipline normative legate a specifici requisiti dimensionali. La valutazione accorpata dei rapporti di lavoro dovrebbe poi essere presa in considerazione sia per i presupposti applicativi di determinate normative (in rapporto, ad esempio, alla disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi, alla cassa integrazione guadagni, all'esercizio dei diritti sindacali), sia per quanto attiene la condivisione degli obblighi procedurali e di quelli sostanziali. In caso di licenziamenti collettivi, ad esempio, la procedura dovrebbe essere estesa al committente e all'appaltatore interessato, mentre la costituzione delle rappresentanze sindacali e l'esercizio dei diritti ad esse connessi dovrebbero essere riferite a tutte le imprese in rapporto di integrazione contrattuale^{cliii}. Il trattamento di integrazione salariale dovrebbe essere esteso anche ai lavoratori dell'appaltatore che, considerati isolatamente ed al di fuori del contesto di integrazione contrattuale, non ne avrebbero diritto.

Gli atti dell'appaltatore di carattere organizzativo e che influenzano i rapporti di lavoro (il mutamento di mansioni, il licenziamento per ragioni economiche, i trasferimenti individuali e collettivi) dovrebbero essere valutati in relazione alle esigenze economiche ed organizzative del committente o di entrambe le parti del contratto commerciale (o di più parti se è coinvolta una pluralità di contratti tra un'impresa appaltante e diversi fornitori di opere o servizi). In caso di contestazione della legittimità dei provvedimenti assunti dal datore di lavoro, l'impresa appaltante e quella appaltatrice dovrebbero poter essere chiamati dinanzi al giudice per rispondere del proprio operato, in un procedimento che li veda entrambe necessariamente partecipivi^{cliv}. Se gli atti del datore di lavoro fossero considerati illegittimi ma ascrivibili esclusivamente a necessità organizzative dell'impresa appaltatrice o a scelte autonome che prescindono dal rapporto di integrazione contrattuale, il fornitore del bene o del servizio sarebbe l'unico chiamato a risponderne dal punto di vista giuridico. Se al contrario, la illegittimità fosse riconducibile ad esigenze organizzative del committente o di entrambe le parti del contratto commerciale o a decisioni dell'appaltatore condizionate dal rapporto di integrazione contrattuale, gli effetti

dovrebbero ricadere su tutti e due i soggetti.

Nelle situazioni descritte occorrerebbe distinguere tra gli effetti derivanti dall'illegittimità dei provvedimenti del datore di lavoro che si riflettono sulla dinamica concreta della rapporto contrattuale e quelli di carattere puramente economico.

Per quanto riguarda i primi, essi andrebbero imputati esclusivamente in capo all'appaltatore, anche se nell'ambito di una dimensione accorpata dei rapporti di lavoro. Ad esempio, il riconoscimento delle mansioni superiori, l'accertamento di una dequalificazione o la rimozione di un trasferimento illegittimo sarebbero sempre riconducibili all'impresa appaltatrice, che sarebbe chiamata a rimuovere la situazione anti-giuridica con riflessi che opererebbero soltanto nella propria dimensione organizzativa e, indirettamente, su quella del committente per effetto dei vincoli derivanti dal contratto commerciale. Tuttavia, per tutte le discipline la cui attuazione è condizionata a limiti dimensionali, il regime degli effetti giuridici dei provvedimenti illegittimi andrebbe determinato sempre tenendo conto dell'integrazione organizzativa tra le parti del rapporto commerciale. Ad esempio, si pensi all'ipotesi di un licenziamento invalido intimato da un appaltatore che, singolarmente considerato, non sia obbligato all'applicazione della stabilità reale del rapporto di lavoro. L'impresa appaltatrice, peraltro, a seguito del computo dei propri dipendenti con quelli del committente, potrebbe superare i limiti dimensionali previsti dalla legge e dovrebbe quindi essere soggetta alla disciplina dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori. In questo caso dunque il lavoratore avrebbe diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro presso l'impresa di cui era dipendente^{clv}.

Da punto di vista economico, la responsabilità congiunta del committente e dell'appaltatore dovrebbe essere piena per quanto attiene ai profili retributivi. Nel caso di licenziamento illegittimo, ad esempio, l'utilizzatore risponderebbe dei crediti nascenti dall'applicazione dell'articolo 18 o da quelli derivanti dalla violazione delle norme in tema di cassa integrazione guadagni o di mansioni superiori. La responsabilità, inoltre, si estenderebbe anche alle somme dovute a titolo risarcitorio, in relazione, ad esempio, al danno da dequalificazione, da trasferimento illegittimo, alla salute derivante dalla violazione degli obblighi di protezione così via.

Va detto che, sempre sul piano degli effetti di alcuni provvedimenti illegittimi dell'appaltatore, si potrebbe ipotizzare anche una soluzione più radicale. A parte infatti la piena responsabilità solidale per tutti i crediti retributivi e risarcitori prima descritta, si potrebbe rafforzare la tutela dei lavoratori con la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del committente nel caso di licenziamento per ragioni economiche invalido o inefficace comminato dall'appaltatore. Una simile disciplina, che opererebbero ovviamente soltanto nei casi in cui il provvedimento del datore di lavoro è riconducibile alle esigenze organizzative del committente o di entrambe le parti del rapporto contrattuale, comporterebbe la totale equiparazione tra i dipendenti dell'impresa appaltante e quelli coordinati e diretti dal fornitore dell'opera o del servizio. Questa situazione, tra l'altro, rispecchierebbe anche una realtà costituita da un'organizzazione integrata, nella quale i dipendenti dell'appaltatore soddisfano in via esclusiva o prevalente le esigenze economiche ed organizzative del committente e, sotto questo profilo, sono in tutto e per tutto assimilabili ai suoi

lavoratori. Una simile disciplina, inoltre, scoraggerebbe in modo efficace qualsiasi utilizzazione delle esternalizzazioni con finalità elusive.

La tutela rafforzata descritta, peraltro, finirebbe per sottrarre all'appaltatore qualsiasi responsabilità per un evento (il licenziamento) che, pur se fortemente condizionato dal contesto di integrazione contrattuale in cui egli opera, è sempre riconducibile a sue scelte organizzative assunte nell'ambito della sua autonomia gestionale. Essa, pertanto, non rispecchierebbe la reale dinamica dei rapporti tra i soggetti del contratto commerciale e costituirebbe una sorta di "deresponsabilizzazione" completa del fornitore del bene o del servizio. Il tutto in un contesto nel quale il committente, anche se in grado di influenzare notevolmente l'appaltatore, potrebbe non avere la concreta possibilità di controllare in modo compiuto i comportamenti del fornitore e ne verrebbe, tuttavia, a pagare in modo esclusivo le conseguenze. Mi sembra, dunque, che questa scelta sarebbe eccessivamente penalizzante per il committente e soprattutto tale da negare qualsiasi distinzione tra impresa appaltante e fornitore in relazione a determinate scelte organizzative.

La parità di trattamento economico e normativo e l'estensione di alcune discipline del rapporto di lavoro potrebbero essere applicate anche nell'ipotesi di pluralità di contratti commerciali, che realizzino forme di integrazione "a cascata", con un committente che esternalizza alcune attività o servizi ad un altro imprenditore il quale, a sua volta, provveda ad affidare una parte di esse ad un terzo e così via. In questo caso la sussistenza della parità, la valutazione accorpata dei rapporti di lavoro con l'applicazione delle relative discipline e la responsabilità solidale dovrebbero, nei limiti primi indicati, essere estesi a tutti i soggetti della "catena contrattuale", con gli effetti già analizzati ed in relazione alle singole posizioni da essi occupate nel rapporto di integrazione negoziale. È ovvio che, in questi casi, la codatorialità potrebbe comportare maggiori problemi applicativi. Oltre difficoltà nascenti dall'eventuale coinvolgimento di appaltatori in altri paesi^{clvi}, potrebbe essere più difficile imputare gli eventi e comportamenti organizzativi che sono all'origine di determinati atti che incidono sui rapporti di lavoro (ad esempio, licenziamento, trasferimento e così via). Tuttavia questa situazione, a parte il coinvolgimento di altre nazioni (che richiederebbe riforme specifiche di livello europeo), non sembra porre questioni insuperabili almeno in ambito nazionale. Si tratterebbe, infatti, di analizzare tutti i soggetti in rapporto di integrazione contrattuale per verificare se ed in che limiti il provvedimento che incide sul rapporto di lavoro sia imputabile esclusivamente al committente diretto o ad altri soggetti della "filiera produttiva", con attribuzione delle rispettive responsabilità^{clvii}. Inoltre, nei casi in cui i rapporti di integrazione contrattuale coinvolgessero un numero eccessivamente elevato di imprese o rendessero difficile individuare a chi siano ascrivibili, dal punto di vista organizzativo, i provvedimenti che incidono sui rapporti di lavoro, la valutazione delle connessioni organizzative e delle responsabilità potrebbe essere effettuato in rapporto ad un numero più ridotto di imprese ed in relazione ai rapporti bilaterali tra un committente ed un appaltatore o prendendo in considerazione soltanto quelli tra essi per i quali l'incidenza causale diretta è più evidente. Lo stesso criterio dovrebbe essere seguito per individuare tutti i

Conclusioni

soggetti della "filiera" a cui applicare determinate discipline (licenziamenti individuali e collettivi, cassa integrazione, diritti sindacali, parità di trattamento, responsabilità solidale e così via).

La codatorialità sostanziale descritta andrebbe ovviamente esclusa nei casi in cui non vi sono le esigenze di protezione dei lavoratori dell'appaltatore o nelle eventuali eccezioni che venissero definite dall'ordinamento^{clviii}.

Sono possibili, a questo punto alcune considerazioni conclusive

Va sottolineato, in primo luogo, che le ragioni economiche che sono alla base delle esternalizzazioni vanno rinvenute non tanto nel raffronto tra i maggiori costi organizzativi interni e quelli minori di transazione, bensì nel rapporto tra i primi ed i costi operativi. La teoria dei costi di transazione, certamente utile per comprendere alcuni aspetti dell'origine dell'impresa e dell'attualità della sua esistenza, ha un rilievo minore nel giustificare i processi di segmentazione della produzione. Tra i costi produttivi rilievo determinante assumono più quelli strettamente legati ad oneri economici diretti (la possibilità di avere opere e servizi a prezzi inferiori rispetto ai costi interni) rispetto a quelli derivanti dalla non applicazione delle tutele normative dei dipendenti del committente. I dati in precedenza indicati^{clix} confermano questa affermazione. Infatti, non sembra che nella riduzione dei "costi operativi" vadano inclusi anche quelli connessi alla eliminazione dei vincoli nascenti dalla subordinazione. Ed in ogni caso, anche se così non fosse, il complesso delle ragioni a fondamento delle esternalizzazioni prima descritte dimostra il carattere assolutamente secondario rivestito, nelle scelte imprenditoriali, dalla disciplina del lavoro subordinato^{clx}.

Inoltre si è visto che le finalità delle esternalizzazioni non coincidono solo una riduzione dei costi ma anche con esigenze molto diverse di carattere organizzativo (flessibilità nei rapporti contrattuali, investimenti idiosincratici) e di specializzazione produttiva che, pur avendo un importante rilievo economico - perché possono sempre comportare risparmi consistenti - ne sono in qualche misura indipendenti. Questi elementi giustificano quindi l'introduzione di nuove discipline normative come la parità di trattamento e la codatorialità, le quali pur potendo incrementare i costi delle esternalizzazioni, non incidono sulla convenienza delle imprese ad utilizzare fornitori esterni. In questi casi, infatti, le competenze e le professionalità da essi garantite sono in ogni caso meno costose di quelle di uguale livello che dovrebbero essere formate ed utilizzate internamente. Inoltre i rapporti di integrazione contrattuale garantiscono flessibilità gestionali molto accentuate e vi è la possibilità di concentrare risorse umane e finanziarie su attività strategiche. In sostanza gli aumenti dei costi di esternalizzazione prodotti dalle riforme espone sono compensati o da una diminuzione dei costi organizzativi interni o da un incremento della qualità delle produzioni dei servizi delle imprese o da entrambi i fattori.

Le proposte avanzate intendono riformare le tipologie contrattuali oggi esistenti ed aggiungere nuove forme di tutela giuridica dei lavoratori coinvolti. Si potrebbe obiettare che la parità di trattamento e la codatorialità sono tali da non richiedere alcuna modifica delle fattispecie contrattuali vigenti perché queste riforme

possono in ogni caso garantire la protezione dei lavoratori e la selezione di processi di esternalizzazione che rispecchino un modello di competitività "virtuoso" e non legato soltanto alla riduzione dei costi e dei diritti inderogabili. L'obiezione è a mio giudizio solo parzialmente fondata, perché la ridefinizione dei modelli contrattuali potrebbe in ogni caso favorire una diffusione più accentuata di esternalizzazioni fondate su ragioni di specializzazione produttiva. Questo non esclude, peraltro, che la riforma potrebbero operare anche soltanto sul piano delle tutele, ferma restando quindi la necessità di garantire parità di trattamento e codatorialità^{clxi}.

Le tesi esposte sono un'indubbia novità rispetto alle tecniche normative oggi conosciute^{clxii}. Non credo, tuttavia, che i mutamenti connessi ai fenomeni di segmentazione del processo produttivo possono essere affrontati con gli strumenti tradizionali del giurista e senza una revisione anche di alcune categorie teoriche che sono parte della storia del diritto del lavoro. Le innovazioni qui descritte, che ovviamente sono solo una base di partenza e che richiedono approfondimenti e formulazioni più puntuali, costituiscono un tentativo per superare una situazione di inadeguatezza normativa che impone incisive riforme. Mi sembra che le soluzioni prospettate consentano di trovare un efficace punto di equilibrio tra convenienze economiche delle imprese, esigenze di specializzazione produttiva e tutela dei lavoratori. La logica seguita è quella di coniugare efficienza e protezione sociale, all'interno di un "mercato regolato" e non soggetto esclusivamente alle esigenze della competitività da costi costruita sulla destrutturazione dei rapporti di lavoro.

ⁱ R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in Aa .Vv., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. De Luca Tamajo, Esi, Napoli., 2002, pp. 13 ss.

ⁱⁱ Cass. 25 giugno 2001, n. 8643, in *Lav. giur.*, 2001, p. 1175; Cass. 18 marzo 2000, n. 3196. Si vedano anche le sentenze citate da P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1999, pp. 237 ss., da R. Del Punta, *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1995, pp. 630 ss. e da P. Albi, *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari secondo la legge n. 1369/1960*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, pp. 536 ss., oltre le osservazioni di M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in M.T. Carinci, C. Cester, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004, p. 8.

ⁱⁱⁱ In tal senso, ad esempio, Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337 (in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, pp. 536 ss.), secondo la quale, anche in appalti con modesti mezzi strumentali, per la liceità del contratto non è sufficiente la "mera assunzione e retribuzione nonché (la) gestione amministrativa del personale".

^{iv} Si considerino, ad esempio, Cass. 22 luglio 2002, n. 10701 e Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, da un lato, e Cass. 15 novembre 2002, n. 16155 e Cass. 14 dicembre 2002, n. 17919 dall'altro, che attribuiscono un significato diverso al concetto di articolazione autonoma coincidente con un ramo d'azienda (identificabile anche con la sola forza lavoro per le prime e con strutture organizzative materiali per le seconde). Si rinvia, sul punto all'analisi di R. Romei, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2003, pp. 56 ss.

^v V. *infra* § 3.

^{vi} L. Corazza, "Contractual Integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 3.

^{vii} Su tali aspetti, oltre a L. Corazza, citata nella nota precedente (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche), si vedano, tra gli altri, A. De Paolis, *Outsourcing e valorizzazione delle competenze*, Angeli, Milano, 2000, pp. 37 ss.; R. Virtuani, *L'outsourcing nei sistemi informativi aziendali*, Angeli, Milano, 1997; S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in Aa .Vv., *I processi di esternalizzazione*, cit., pp. 71 ss.; M. Revelli, *La sinistra sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997, pp. 63 ss.; G. Standing, *Global labour flexibility*, Mc. Millan Press Ltd., Basingstock, London, 1999, pp. 122 ss.; F. Butera, *Il castello e la rete*, F. Angeli, Milano, 1991; P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., pp. 203 ss.; R. Del Punta, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir.merc.lav.*, 1999, pp. 49 ss.; U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post – taylorismo*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2004, pp. 75 ss.; M.L. Vallauri, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale, Aggiornamento*, Utet, Torino, 2003, pp. 722 ss.

^{viii} S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, cit., p. 74. Lo stesso autore osserva, tra l'altro, che "non è detto (anzi moltissime ricerche dimostrano che non è così) che il valore maggiore si crei per l'impresa che ha l'iniziativa, mentre è

abbastanza evidente che il valore viene soprattutto generato e poi raccolto da chi ha la maggiore capacità di coordinamento della rete, cioè da chi ha la capacità di coordinare tutto il flusso dei processi” (S. Vicari, op. ult. cit., p. 74).

^{ix} S. Vicari, op. ult. cit., pp. 75 ss.. Si rinvia anche a L. Corazza, M.L. Vallauri, U. Carabelli, M. Revelli, G. Standing e F. Butera citati nella precedente nota 7.

^x U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 78 a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

^{xi} U. Carabelli, op. ult. cit., p. 78; R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., pp. 14 ss.

^{xii} R. H. Coase, *La natura dell'impresa*, in *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 73 ss.; O. E. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, F. Angeli, Milano 1987 (che parla di “economia dei costi di transazione: op. ult. cit., p. 87).

^{xiii} P. Ichino (*Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da L. Mengoni, II, Giuffrè, Milano, 2000) sottolinea che, in base a questa teoria, con un unico contratto di lavoro subordinato si “negozia una volta per tutte un... obbligo di obbedienza” del lavoratore, evitando così di “dover rinegoziare a ogni passo le modalità di svolgimento delle prestazioni di chi con lui collabora e poterle invece conformare alle esigenze che via via si presentano... con il puro e semplice esercizio unilaterale del potere direttivo” (p. 258). In tale senso anche M. Pedrazzoli, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *Arg. dir.lav.*, 2002, p. 272 .

^{xiv} R. H. Coase, *La natura dell'impresa*, cit. pp. 79 e 145 ss. Sulla teoria di Coase si rinvia a L. Costabile, *Ordine spontaneo o ordine negoziato? Conflitti e risoluzione dei conflitti nella nuova teoria economica delle istituzioni*, in *Istituzioni e mercato del lavoro*, Esi, Napoli, 1998; R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2001, pp. 33 ss. (ma anche 27 ss. su Williamson); L. Corazza, “*Contractual integration*”, cit., pp. 65 ss.; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 379 ss.; U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., pp. 75 ss.

^{xv} R. H. Coase, *La natura dell'impresa*, cit., p. 80 (ma si veda anche p. 85 sui costi di organizzazione e sulla dimensione dell'impresa); P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 381 ss; L. Corazza, “*Contractual integration*”, cit., pp. 70 ss.

^{xvi} L. Corazza, *Contractual integration*”, cit., p. 70; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 381 ss.

^{xvii} O. E. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, cit.

^{xviii} L. Corazza, “*Contractual integration*”, cit., p. 103 (ma , per gli aspetti indicati nel testo, v. pp. 88 ss.).

^{xix} S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, cit., pp. 72 e 78.

^{xx} U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 76.

^{xxi} R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 19; R. Del Punta, *Mercato o gerarchia?*, cit., p. 50

^{xxii} Si vedano i risultati raccolti in *Outsourcing Essentials, Vol. 3, n. 4, Winter 2005*, pubblicato da *The Outsourcing Institute* e reperibili nel sito www.outsourcing.com. Nel *Rapporto Censis sulla situazione sociale del paese 2002* (Angeli, Milano, 2002), in relazione ad un *panel* di 70 tra i maggiori gruppi industriali, bancari ed assicurativi, si rilevano risultati analoghi anche se con priorità leggermente invertite (in quanto la “focalizzazione sugli obiettivi strategici” prevale sulla “riduzione dei costi operativi”, in un quadro dove molta importanza hanno anche “l'accelerazione dei processi di cambiamento” ed il “reperimento di competenze e funzioni non disponibili all'interno dell'azienda”).

^{xxiii} L. Corazza, “*Contractual integration*”, cit., p. 66 (cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche), che parla di “costi di ricerca” del contraente, di “costi di negoziazione” (connessi alla fase contrattuale) e di “costi di esecuzione”, legati ai meccanismi per ovviare all'inadempimento di una delle parti.

^{xxiv} S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, cit., p. 71, il quale, con riferimento all'Italia, sottolinea che non vi sono dati in generale sull'*outsourcing*, ma che, nell'ambito della *Information Technology*, “nel 1999 essa ammontava a 2850 miliardi di lire, con un tasso di crescita significativo del 25% dal '98 al '99”.

^{xxv} Si è rilevato che, in relazione alle esternalizzazioni, “le statistiche dell'ultimo decennio sulla ‘terziarizzazione’ dell'economia italiana indicano proprio nei servizi avanzati il settore che ha presentato i maggiori tassi di crescita, fino a rappresentare il 42% dei servizi alle imprese. Tra questi, in particolare, i servizi informatici registrano la crescita più elevata” (L. Corazza, “*Contractual integration*”, cit., p. 101).

^{xxvi} *Rapporto Censis sulla situazione sociale del paese 2002*, cit., p. 506, nel quale si rileva che “ben l'83% delle aziende analizzate prevede, inoltre, nei prossimi anni di intensificare il ricorso all'outsourcing, i cui vantaggi sono molteplici” (secondo le priorità descritte nella precedente nota 22).

^{xxvii} *Rapporto sul mercato del lavoro 2004 del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro* (Commissione dell'Informazione), Roma, 21 dicembre 2005, p. 155 (dattiloscritto). Il rapporto sottolinea che le sub - forniture riguardano sia le reti di vendita che l'attività produttiva in senso proprio (p. 162).

^{xxviii} P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 396; Id., *Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa*, cit., p. 209 (dove, con riferimento ai dati dell'*The Outsourcing Institute*, individua negli Stati Uniti una diminuzione al ricorso delle esternalizzazioni).

^{xxix} P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., pp. 271 – 272, che sottolinea la convivenza nel nostro sistema economico di diversi modelli di impresa e di rapporto di lavoro che richiedono forme articolate di tutela.

^{xxx} In un importante fabbrica di automobili italiana, un'impresa di servizi logistici mette a disposizione squadre di “carrellisti” che riforniscono costantemente una “unità tecnologica” del committente e che operano all'interno della sua struttura produttiva. I lavoratori sono inseriti nella sfera di coordinamento dell'imprenditore committente e le loro prestazioni si modulano in modo tale da soddisfare immediatamente le esigenze che si manifestano durante il montaggio delle autovetture dell'appaltante, anche se il potere direttivo è esercitato dall'impresa appaltatrice. Un fenomeno analogo di stretta integrazione organizzativa si realizza nei casi di collegamento telematico *on line* tra imprese o quando, comunque, l'appaltatore mette a disposizione la propria azienda (o parte di essa) per realizzare in via esclusiva o prevalente gli obiettivi produttivi del committente.

^{xxxi} L. Corazza, “*Contractual integration*”, cit., p. 251.

^{xxxii} L. Corazza, “*Contractual integration*”, cit., p. 116.

^{xxxiii} L. Corazza, "Contractual integration", cit., pp. 176 ss.

^{xxxiv} L. Corazza, "Contractual integration", cit., p. 251, ma si vedano anche pp. 116 ss., 155 ss., 176 ss.

^{xxxv} Sulla legge n. 1369 del 1960 si rinvia, per tutti, a G. Nicolini, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1960; O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979; M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000.

^{xxxvi} Per tutti gli aspetti analizzati nel testo e per le varie opinioni in tema di somministrazione si veda P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione di lavoro e distacco) e appalti labour intensive*, in *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, Bari, 2006, pp. 4 ss. (dattiloscritto), con ampie indicazioni bibliografiche sulle diverse interpretazioni; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., pp. 5 ss.; V. Speciale, *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del d.lgs. 276/2003*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Cedam, 2004, pp. 275 ss.; P. Ichino, *Appalto – Commento all'art. 29 del d.lgs. 276/2003*, in *Il nuovo mercato del lavoro – Commentario*, a cura di M. Pedrazzoli, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 258 ss.

^{xxxvii} P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 384 – 385.

^{xxxviii} Mentre nella somministrazione vi sono precisi vincoli di carattere formale e sostanziale in relazione sia alla disciplina del contratto commerciale che a quella dei rapporti di lavoro e l'attività di fornitura può essere effettuata da imprese che debbono avere una certa solidità economica, nulla di tutto questo è previsto per gli appalti. In questo caso, dunque, la scelta può essere condizionata, oltre che da ragioni di costo, anche dalla maggiore libertà di azione nella gestione del contenuto dei rapporti contrattuali con l'appaltatore e con i lavoratori da lui impiegati (e questo sia per la assenza di condizionamenti nella selezione della impresa appaltatrice, sia perché non vi sono i limiti previsti dal d.lgs. 276/2003 per la somministrazione).

^{xxxix} La potenziale concorrenza tra gli istituti è stata rilevata, da numerosi autori: per l'analitica indicazione di queste interpretazioni si rinvia a P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., p. 59 (che condivide questa opinione). Isolata sembra essere la tesi di P. Ichino (*Appalto*, cit., p. 271) che, in base ad un'analisi dei due istituti, ritiene che vi sia un "riequilibrio" degli effetti "del ricorso alla somministrazione rispetto a quello del ricorso all'appalto di servizi".

^{xl} Il riferimento, ovviamente, è a Michele Tiraboschi che ha lavorato in stretta collaborazione con il Ministero del Welfare ed ha svolto anche importanti incarichi (si pensi alla presidenza della commissione finalizzata alla riforma dello "Statuto dei lavori"). Tra l'altro, per comprendere il grado di "compenetrazione" tra legislazione emanata ed attività di questo autore, è sufficiente leggere le circolari interpretative emesse dal Ministro su vari aspetti, dove si usano espressioni identiche a quelle espresse dall'a. in numerosi saggi).

^{xli} M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in *La riforma della legge Biagi del mercato del lavoro*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, Milano, 2004, p. 210.

^{xlii} M. Tiraboschi, op. ult. cit., p. 227.

^{xliii} In tale ambito, e con riferimento alla legge 1369 del 1960 oggi abrogata, si è affermato che "la normativa in esame vive oggi in una sorta di sospensione fra passato e futuro. Il passato è lo sfruttamento selvaggio della manodopera, il caporalato, la sottoprotezione. Il futuro è la rivoluzione tecnologica, la telematica, 'l'immaterialità'. Tutte cose che si ritrovano già, a fianco a fianco, nel nostro presente destrutturato, nel quale, magari a due passi dalle *enclaves* dell'alta tecnologia, continuano a verificarsi, come è stato confermato da una recente inchiesta parlamentare, gravi fenomeni di sfruttamento, che anzi acquistano nuovo vigore a causa del perverso intreccio con il mondo dell'emarginazione e dell'immigrazione" (R. Del Punta, *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1995, p. 625). Questa realtà, descritta nel 1995, è ancora esistente dopo 11 anni.

^{xliiv} Senza contare, inoltre, che, in base alla legge 1369/1960, gli appalti di sola mano d'opera oggi realizzati erano proibiti ed avrebbero permesso ai lavoratori interessati di rivendicare la trasformazione del rapporto in un contratto alle dipendenze dello pseudo appaltante (con una tutela, quindi, oggi...inesistente). Se poi si intende affermare che gli appalti descritti erano, nonostante i divieti, molto diffusi, questo non esclude che il precedente regime garantiva una protezione forte ai lavoratori interessati e che la soluzione del problema non può essere certamente trovata nel legalizzare gli illeciti, ma avrebbe richiesto una regolamentazione diversa del fenomeno.

^{xliiv} M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., p. 208.

^{xlivi} Su tale aspetto, che non è possibile analizzare in questa sede per la sua complessità, mi permetto di rinviare a V. Speciale, *Appalti e trasferimenti*, in *Working Papers C.S.D.L.E "Massimo D'Antona"*, n. 84/2006, pp. 22 ss.

^{xliivii} Quando era ancora in vigore la definizione introdotta dal d.lgs. n. 18/2001 precedente a quella attuale, la Cassazione aveva chiarito che era escluso che "un ramo di azienda possa essere disegnato e identificato solo al momento del trasferimento in esclusiva funzione di esso, con un'operazione strumentale indirizzata all'espulsione, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti, consegnati ad un cessionario che, strettamente legato all'impresa cedente - ancorché vero imprenditore e non semplice interposto di manodopera - sarebbe posto in condizione di modificare liberamente le preesistenti condizioni di lavoro (contratti collettivi, condizioni di stabilità del posto di lavoro, ecc.)" (Cass. 15 ottobre 2002, n. 15105, in *Foro it.*, 2003, I, p. 118). La riforma, nel consentire la identificazione del ramo di azienda al momento del trasferimento, favorisce oggettivamente anche quelle operazioni elusive efficacemente descritte nella sentenza citata, "aggirando" il contenuto di normative inderogabili (ad esempio in materia di licenziamento) a tutela dei lavoratori.

^{xliiii} In concreto, i dipendenti transitati al cessionario potrebbero, con un contratto di appalto, essere utilizzati dall'ex datore di lavoro cedente. Quest'ultimo avrebbe a disposizione gli stessi lavoratori che aveva in precedenza ma senza vincolo di subordinazione (e senza i limiti in materia di licenziamenti, trasferimenti e così via), con un costo potenzialmente uguale o inferiore (se si ottengono dall'appaltatore consistenti riduzioni delle retribuzioni).

^{xlix} A mio giudizio infatti, la nuova disciplina introdotto dall'articolo 29, comma 2, del d.lgs. 276/2003 è meno favorevole di quella prevista dall'articolo 1676 del codice civile, soprattutto negli appalti di lunga durata e di notevole entità economica. In queste ipotesi infatti, in base alla norma del codice, era possibile agire nei confronti del committente senza alcun termine decadenziale e, in considerazione del debito rilevante del committente nei confronti dell'appaltatore, i lavoratori avevano

l'assoluta certezza di essere soddisfatti dei propri crediti. Oggi, al contrario, pur in assenza di limiti economici, essi sono costretti ad agire in un arco temporale assai breve, trascorso il quale perdono i propri diritti.

ⁱ Per l'approfondimento di tali aspetti mi permetto di rinviare a V. Speciale, *Appalti e trasferimenti*, in *Working Papers C.S.D.L.E "Massimo D'Antona"*, n. 84/2006, pp. 21 ss.

ⁱⁱ Il decentramento produttivo può avere effetti negativi anche per quanto riguarda le tutele sindacali. La riduzione delle dimensioni dell'impresa conseguente alla sua segmentazione potrebbe escludere i diritti garantiti dallo statuto dei lavoratori (quando si scenda al di sotto della soglia dei 16 dipendenti) o limitare in ogni caso in modo drastico l'efficacia dell'azione sindacale, che è strettamente legata alla contestuale presenza di gruppi di lavoratori all'interno della stessa struttura produttiva e che viene invece penalizzata dalla diminuzione degli addetti e dalla loro "dispersione".

ⁱⁱⁱ V. Speciale, *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del d.lgs. 276/2003*, cit., p. 284; A. Andreoni, *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, Roma, 2004, p. 200; G. Alleva, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, ivi, pp. 166 ss.

ⁱⁱⁱⁱ L. Costabile, *Aspetti economici del Libro Bianco del Ministero del Lavoro*, in *Studi economici*, n. 77, 2002, pp. 107 ss.

^{iv} U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 75.

^{lv} Il termine usato nel testo non è casuale. Il Libro bianco, infatti, è pieno di riferimenti alle necessità di protezione dei lavoratori, alla opportunità di favorire la trasparenza dei rapporti di lavoro nel mercato irregolare, alla necessità di valorizzare l'autonomia collettiva e così via. In realtà una lettura attenta del testo rileva che l'ideologia ad esso sottesa è quella della flessibilità dei diritti come strumento di crescita della quantità e qualità dell'occupazione e che la "modernizzazione" del diritto del lavoro passa per una drastica diminuzione delle tutele e dei costi che esse producono alle imprese. Tra l'altro, le vicende successive, con l'emanazione del d.lgs. 276/2003 ed il tentativo (fallito) di riformare l'art. 18 dello statuto dei lavoratori, confermano pienamente quanto si è affermato.

^{lvi} In tal senso D. H. Autor, *Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing*, in *Journal of Labor Economics*, 2003, 21, pp. 1 – 42.

^{lvii} Si è sottolineato che "quando si segnalano i rischi di un'egemonizzazione del ragionamento giuridico da parte di quello economico, non si fa necessariamente retorica, bensì si evoca un pericolo reale: quello di pensare che una regola giuridica possa trovare un valido fondamento soltanto in considerazioni di efficienza. Non è così. L'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio", e dove è possibile che venga effettuata una scelta normativa "basata sulla tutela di valori non economici come l'equità, l'eguaglianza, la solidarietà, la salute, la sicurezza, la dignità..." (R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 39).

^{lviii} L. Zappalà, *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2003, p. 70

^{lix} Si rinvia, tra gli altri, a A. Sen, *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano, 2000; Id., *Etica ed economia*, Laterza, Bari, 2002; A.B. Atkinsons, *Social Justice and Public Policy*, Harvester Press, Brighton, Sussex, 1982.

^{lx} Si vedano, in relazione alla "riforma Biagi", le diverse opinioni degli economisti espresse da G. Rodano, *Aspetti problematici del d.lgs. 276/2003: il punto di vista della teoria economica*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2004, pp. 419 ss.; M. Signorelli, *L'impatto della riforma Biagi: una prospettiva economica*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., pp. 403 ss.; P. Sestito, *Riforma del mercato del lavoro e compatibilità economica*, ivi, cit., pp. 436 ss.

^{lxi} Il riferimento al lavoro di D. H. Autor, citato nella precedente nota 56.

^{lxii} Si rinvia agli studi di N. Kaldor, *The Case for Regional Policies*, in *Scottish Journal of Political Economy*, 17, 1970, pp. 337 ss.; Id. *The Effects of Devaluations on Trade in Manufactures*, in *Further Essays on Applied Economy*, Duckworth, London, 1978; Id., *The Role of Technical Progress and Cumulative Causation in the Theory of International Trade and Economic Growth*, in *Economie Appliquée*, Ismea, 34, 1981, pp. 593 ss.; J. Fagerberg, *Technology and Competitiveness*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 12, 1996, pp. 39 ss.

^{lxiii} P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., pp. 251 ss.; Id. *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 384 ss.

^{lxiv} Questo istituto quindi può consentire "un rilevante risparmio dei costi di transazione relativi all'acquisizione della forza lavoro, soprattutto quando il mercato locale sia povero di canali d'incontro fra domanda e offerta di manodopera, oppure quando la complessità degli adempimenti amministrativi imposti dall'ordinamento per la costituzione e lo svolgimento dei rapporti di lavoro renda vantaggioso l'affidamento delle relative pratiche ad un operatore specializzato" (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 386 – 387; Id., *Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa*, cit., p. 251; Id., *Appalto*, cit., p. 263).

^{lxv} Tra cui: raccolta dei *curricula* dei potenziali lavoratori, preselezione e costituzione di relativa banca dati, promozione e gestione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, effettuazione su richiesta del committente di tutte le comunicazioni conseguenti alle assunzioni, orientamento professionale, progettazione ed erogazione di attività formative finalizzate all'inserimento lavorativo e così via. Si vedano le specificazioni contenute nell'art. 2, comma 1, lettera b), del d.lgs. 276 del 2003.

^{lxvi} E' sufficiente considerare le attività descritte nella lettera c) dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. 276/2003 (su tali aspetti e su quelli indicati nella nota precedente, si rinvia, per tutti, a G. Ciocca, *Le agenzie di intermediazione*, in *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, a cura di P. Olivelli, M. Tiraboschi, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 192 ss.; R. Corno, *Le agenzie di ricerca e selezione del personale*, ivi, pp. 216 ss.).

^{lxvii} Il contratto, infatti, potrebbe prevedere che l'agenzia provveda alla selezione del personale ed alla sua formazione, o che si occupi del reperimento di altri lavoratori per esigenze sostitutive (ad esempio malattia o gravidanza) o di specializzazione professionale, con funzioni in larga parte analoghe a quelle che di fatto svolgono oggi le agenzie di somministrazione. Tra l'altro, poiché in questo caso i fornitori dei servizi non debbono provvedere alla concreta gestione burocratica dei rapporti di lavoro (a cui rimarrebbero estranei) e non sarebbero tenuti al pagamento del contributo del 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori

assunti e poi somministrati previsto dall'art. 12 del d.lgs. 276/2003, è probabile che il costo del contratto sarebbe inferiore a quelli della somministrazione.

^{lxviii} D'altra parte, anche chi aveva sottolineato gli effetti positivi che possono essere svolti dalla somministrazione, ne aveva proposto la riforma, con l'unificazione in uno stesso regime protettivo della somministrazione professionale di lavoro e degli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera "responsabilizzando in entrambi i casi allo stesso modo fornitore e committente e accentuando la protezione nei casi in cui il primo operasse a condizioni di sostanziale dipendenza economica dal secondo" (P. Ichino, *Appalto*, cit., p. 259).

^{lxix} I dati della Confinterim, l'associazione che raggruppa le imprese di somministrazione di mano d'opera e che sono reperibili nel sito www.confinterim.it, sono eloquenti: nel 2002 i motivi di ricorso al lavoro temporaneo sono per il 75% per "punte di lavoro" e per il 17% "per sostituzione di lavoratori assenti", con percentuali rispettivamente del 78% e del 16% nel 2003. D'altra parte, una recente inchiesta della Confindustria (*L'utilizzo nel 2004 degli strumenti normativi introdotti dalla legge 30/2003*, reperibile in www.confindustria.it) sottolinea che la somministrazione a termine è servita "per rispondere alla variabilità della domanda di mercato di brevissimo periodo": p. 16. La stessa ricerca sottolinea l'uso ridottissimo della somministrazione a tempo indeterminato (v. *infra* nel testo e nota 72).

^{lxx} Tali incrementi di domanda, infatti, configurano delle esigenze temporanee che consentono la stipula di contratti a tempo determinato. E questo sia in base alla tesi da me espressa sul fatto che solo tali esigenze legittimano l'apposizione del termine, sia in coerenza con l'interpretazione che ritiene che il contratto sia giustificato anche da situazioni stabili di lavoro. Quest'ultima opinione, infatti, rende a maggior ragione possibile instaurare un rapporto di lavoro fondato su necessità aziendali temporalmente limitate. Per un riepilogo delle varie opinioni sul tema mi permetto di rinviare a V. Speciale, *La nuova legge sul contratto a termine*, *Dir.lav.rel.ind.*, 2001, pp. 378 ss.; Id., *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 427 ss.; L. Montuschi, *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2003, pp. 154 ss.; L. Angelini, *La riforma del contratto a tempo determinato: temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, in *q. Riv.*, 2003, I, pp. 77 ss.

^{lxxi} Si potrebbe obiettare, infatti, che l'eliminazione dell'istituto danneggerebbe le imprese italiane rispetto a quelle di altri paesi, dove invece la somministrazione è positivamente riconosciuta. Tuttavia, se le medesime esigenze economiche che sono a fondamento dell'istituto possono essere soddisfatte con altri strumenti giuridici ed a costi uguali o addirittura inferiori, quest'obiezione perde ogni rilievo.

^{lxxii} *L'utilizzo nel 2004 degli strumenti normativi introdotti dalla legge 30/2003*, cit., p. 16. Anche se vengono formulate altre ipotesi sulla scarsa diffusione dell'istituto ("appare opportuno però evidenziare che lo *staff leasing* è divenuto operativo solamente nel corso del 2004 a seguito dell'emanazione delle necessarie disposizioni applicative": p. 16;), la ricerca sottolinea anche come la normativa non sia stata utilizzata a causa delle difficoltà tecniche connesse alla sua applicazione ed ai problemi nei rapporti con i lavoratori coinvolti o con i sindacati (p. 16).

^{lxxiii} Alle argomentazioni espresse nel testo P. Ichino replica che "il legame stretto e duraturo fra l'impresa e il lavoratore costituisce un fattore importante dell'organizzazione del lavoro soltanto in alcune parti del tessuto produttivo; ma altrove esso non corrisponde più in modo univoco a un interesse generale comune alle due parti", sottolineando come nelle nuove realtà produttive vi siano modelli di impresa diversi, che richiedono adattabilità e flessibilità e che gli stessi lavoratori possono essere interessati a non investire la propria professionalità su un solo posto di lavoro (*Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., p. 271). Rilevo, peraltro, che la mancanza di "senso di appartenenza" potrebbe incidere sulla produttività del lavoratore. L'impegno lavorativo, infatti, potrebbe non essere uguale a quello che avrebbe se si trattasse della "sua impresa", in considerazione del fatto che non ha alcuna garanzia sulla conservazione del rapporto con l'utilizzatore (che potrebbe cessare in qualunque momento). D'altra parte: gli investimenti in formazione (che sono economicamente rilevanti) difficilmente verranno effettuati su un dipendente che costa più di uno "normale" (per la parità di trattamento e per il prezzo della intermediazione dell'agenzia), e che potrebbe sempre essere sostituito dal somministratore, a meno che non ci si assicuri la sua presenza nell'impresa (assumendolo o prevedendo con l'agenzia garanzie di "inamovibilità" presso un altro utilizzatore). In una realtà produttiva caratterizzata dalla "formazione permanente" si tratterebbe di un danno notevole per il lavoratore.

^{lxxiv} Nel programma dell'Ulivo per le elezioni politiche del 2006 (*Per il bene dell'Italia*, reperibile nel sito www.ulivo.it), si afferma che "la regolamentazione del lavoro interinale dovrà essere rivista, anche considerando la impostazione legislativa definita dal precedente governo di centrosinistra" (p. 162).

^{lxxv} Si vedano i dati indicati nella precedente nota 69.

^{lxxvi} Ho già espresso in altra sede l'opinione che la nuova disciplina della somministrazione, pur mantenendo il collegamento negoziale tra contratto commerciale e quello di lavoro, ne ha rimarcato una più forte autonomia e che, comunque, sul piano interpretativo era possibile sostenere che le vicende del rapporto tra agenzia ed utilizzatore non potevano prevalere sui diritti inderogabili del lavoratore (V. Speciale, *Condizioni di liceità - Commento all'art. 20 del d.lgs. 276/2003*, cit., pp. 305 ss.). Tuttavia vi sono opinioni diverse sia sul rilievo del collegamento negoziale (v. ad es. P. Ichino, *Appalto*, cit., pp. 291 ss.), sia sulle conseguenze nascenti da tale collegamento (per un riepilogo delle varie posizioni si rinvia a L. Imbriani, *Scissione dei poteri datoriali, difformità di previsioni negoziali e prevalenza del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, pp. 727 ss.). Mi sembra che sarebbe pertanto opportuno ribadire che la disciplina del contratto di lavoro è insensibile alle vicende dell'accordo commerciale (utilizzando anche alcuni spunti provenienti dalla giurisprudenza: si veda, ad es., Cass. 27 febbraio 2003, n. 3020, in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, pp. 721 ss.). Sul sistema sanzionatorio v. *infra* nota 80.

^{lxxvii} La Corte, infatti, con la sentenza 28 gennaio 2005, n. 50 (in *Giur.cost.*, 2005, p. 1) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 6, del d.lgs. 276/2003 che escludeva l'applicazione alla somministrazione della disciplina delle assunzioni obbligatorie e la riserva di cui all'art. 4bis, comma 3, del d.lgs. 181/2000.

^{lxxviii} Se si intende incentivare l'occupazione di soggetti deboli sul mercato del lavoro, questa funzione promozionale non deve avvenire a scapito dei diritti di lavoratori che per definizione non hanno le stesse opportunità degli altri e dovrebbe operare soltanto sul costo del lavoro e sulle convenienze delle imprese. Qui si rivela la vera "anima" del d.lgs. 276/2003: l'occupazione è

un bene in sé, a prescindere dai suoi “costi umani”. E, in critica a chi ritiene che il lavoratore disabile potrebbe avere retribuzioni inferiori a quelle normali perché così se ne incentiva l’occupazione, si è già osservato che, “l’ordinamento ha scelto di non tutelare il valore ‘occupazione’ a qualsiasi costo, e ciò a scapito di altri valori non sacrificabili, esso non lo tutela, ad es., al punto di tollerare che si ricreino quelle condizioni di concorrenza alla ribassa fra lavoratori, virtualmente senza freni, che il diritto del lavoro ha puntato sempre ad impedire” (R. Del Punta, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 38).

^{lxxxix} Né si potrebbe obiettare che il lavoratore sostituito conserva in ogni caso i propri diritti. In primo luogo questo è solo parzialmente vero (e riguarda al più la retribuzione), perché in genere l’assunzione presso l’agenzia avviene in funzione di una specifica possibilità occupazionale presso l’utilizzatore e, quando questa viene meno, cessa anche la ragione principale del rapporto di lavoro con il fornitore e, quindi, il contratto si interrompe. A parte questa considerazione, inoltre, la possibilità di non completare la missione a tempo determinato incrementa la situazione di precarietà del lavoratore e potrebbe ledere i suoi diritti fondamentali.

^{lxxx} La conversione del rapporto di lavoro con l’agenzia in un contratto alle dipendenze dell’utilizzatore quando non vi sono i limiti e le condizioni previste dalla legge dovrebbe essere consentita non solo su richiesta del lavoratore interessato, ma anche di terzi (ad esempio enti previdenziali, servizi ispettivi pubblici), per non depotenziare il potere di repressione degli illeciti attribuiti a tali soggetti e per ragioni di maggior tutela del lavoratore.

^{lxxx} M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 586.

^{lxxxii} P. Ichino, *Appalto*, cit., p. 265, nota 12, in relazione alla nuova definizione introdotta dall’art. 29 del d.lgs. 276/2003. D’altra parte, a seguito delle interpretazioni giurisprudenziali in tema di appalti informatici, che hanno confermato come l’apporto organizzativo dell’appaltatore possa coincidere anche con il *know how* e con fattori “immateriali”, è evidente che i “mezzi” previsti dall’art. 1655 c.c. non si sostanziano solo in macchinari ed attrezzature. Su tali aspetti si rinvia a F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici*, in *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, a cura di O. Mazzotta, Giuffrè, Milano, pp. 43 ss.; Id., *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante “obiter dictum” della Cassazione sul ruolo del “know how” di impresa*, in *Foro it.*, 1992, I, pp. 524 ss. (a commento della famosa sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 10183/1990); R. Del Punta, *Appalto di mano d’opera e subordinazione*, cit., pp. 631 ss.

^{lxxxiii} R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, cit., pp. 45 – 46; R. Romei, *Azienda, impresa, trasferimento*, cit., pp. 60 ss.; Id. *Cessione di ramo d’azienda e appalto*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1999, pp. 355 ss.

^{lxxxiv} Il concetto è stato criticato per la sua inadeguatezza a cogliere le caratteristiche inedite delle nuove forme di integrazione contrattuale tra imprenditori (L. Corazza, “*Contractual integration*”, cit., pp. 122 ss.), oppure si è affermata la difficoltà della sua individuazione e della dimostrazione della sua esistenza (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 457; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., p. 61), e la sua scarsa significatività negli appalti *labour intensive* (P. Ichino, *Appalto*, cit., pp. 265 – 266). Queste opinioni, in larga parte condivisibili, non sono peraltro tali da escludere la rilevanza definitoria del rischio, che, secondo la dottrina e la giurisprudenza, va considerato come “rischio economico”, consistente “nell’alea dell’appaltatore in relazione al rapporto tra il compenso ed il costo complessivo della propria attività imprenditoriale” (D. Rubino, G. Iudica, *Dell’appalto*, 1992, p. 20. In tal senso anche Cass. 3 luglio 1979, n. 3754 e molte altre sentenze). In questo ambito, l’elemento indicato può costituire indice della genuinità del carattere imprenditoriale dell’appaltatore, soprattutto quando di fatto l’impresa appaltatrice non sopporta alcuna alea, in quanto i maggiori costi derivanti dall’esecuzione dell’opera gli vengono automaticamente riconosciuti in ogni caso (ad esempio con l’adeguamento automatico del corrispettivo in relazione agli incrementi delle retribuzioni dei suoi dipendenti: P. Chieco, op. ult. cit., p. 61, nota 348) e quindi vi sarebbero fondati sospetti che non si sia in presenza di un imprenditore vero e proprio.

^{lxxxv} Il riferimento è a P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., p. 66; F. Scarpelli, *Somministrazione irregolare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., p. 422; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., p. 226

^{lxxxvi} In senso contrario Cass. 29 agosto 2003, n. 12664 (in *Riv.it.dir.lav.*, 2004, II, pp. 48 ss.) secondo la quale negli appalti di servizi di contenuto puramente manuale o personale l’appaltatore, oltre alla organizzazione del lavoro, può fornire una “professionalità specifica”, consistente nella capacità di gestione di (...) attività apparentemente elementari, ma che richiedono conoscenza approfondita delle modalità operative, esperienza del mercato, degli strumenti anche di consumo necessari (come negli appalti di pulizia) e, ormai, quasi universalmente, supporti informatici di gestione”. Questa opinione, oltre ad enfatizzare competenze specialistiche che non mi sembrano esistenti, non considera che esse non sono quelle determinanti nell’orientare l’impresa a scegliere un fornitore esterno in luogo della esecuzione diretta del servizio. Le ragioni sono invece quelle indicate nel testo e non hanno nulla a che vedere con la professionalità dell’appaltatore.

^{lxxxvii} Ad esempio, in relazione ai servizi di pulizia, custodia, portineria, movimentazione merci, oggi inclusi tra quelli per i quali può essere utilizzato lo *staff leasing*.

^{lxxxviii} In coerenza con le opinioni espresse nella precedente nota 85, ma con la differenza che, invece di desumere il *know how* in via interpretativa, esso dovrebbe essere specificato nella disposizione legislativa nel modo indicato.

^{lxxxix} La definizione proposta nel testo è in parte diversa quella contenuta nel regolamento (Ce) 27 aprile 2004 n. 772 sugli accordi di trasferimento di tecnologie, dove si afferma che il *know how* è “un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate, derivanti da esperienze e da prove”, che sia segreto (“vale a dire non generalmente noto, né facilmente accessibile”), sostanziale (e cioè “significativo e utile per la produzione dei prodotti contrattuali”) e individuato (“descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e sostanzialità”). Infatti, nella nozione indicata non viene richiesta la segretezza, mentre è valorizzato il carattere innovativo delle conoscenze ed esperienze rispetto a quelle possedute dal committente, in coerenza con quanto previsto nella definizione comunitaria. Anche Cass. n. 10183/1990, sugli appalti informatici, contiene una definizione di *know how* che potrebbe fornire utili spunti definitivi.

^{xc} Il riferimento al *know how* è ovviamente destinato ad avere una funzione selettiva negli appalti di servizi a bassa intensità organizzativa. In questi ultimi la capacità innovativa potrà consistere nel fatto che “nell’attività di organizzazione e direzione del personale impiegato la fornitrice del servizio trasfonda un ‘capitale immateriale’ fatto di capacità, conoscenze, reti di relazioni,

tecniche di controllo, formazione ed aggiornamento professionale” che sia in grado di dare “valore aggiunto” alle prestazioni dei lavoratori (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 460). Negli appalti di opere o di servizi, dove, al contrario, i mezzi materiali (od immateriali diversi dalle mere conoscenze dei lavoratori, come ad esempio le tecnologie applicate) hanno rilievo determinante, è sufficiente fare riferimento alla definizione tradizionale (esplicitata nel testo sub a).

^{xc} A parte la necessità di selezionare soggetti sindacali effettivamente rappresentativi e di evitare che l’integrazione della norma legale venga affidata a contratti aziendali (per ragioni evidenti di “debolezza contrattuale” del sindacato o per la sua assenza), occorrerebbe specificare che la delega alle OO. SS. viene effettuata affidando un potere di specificazione della definizione legislativa, senza possibilità di derogare ai requisiti previsti dalla legge. Si tratterebbe, in sostanza, di evitare quanto è accaduto per i contratti a termine con l’art. 23 della l. 56/1987, che la giurisprudenza (recentemente confermata da Cass. Sez. Un. 2 marzo 2006, n. 4558) ha interpretato come attribuita alla contrattazione collettiva di una vera e propria “delega in bianco”, con possibilità non solo di aggiungere nuove causali a tempo determinato, ma anche di modificare quelle legali.

^{xcii} Si potrebbe fare riferimento, ad es., ad un minimo di consistenza organizzativa (sede, uffici ecc.), alla iscrizione alla Camera di Commercio, alla redazione dei bilanci e della contabilità, alla presenza di determinate capacità finanziarie (intese anche come credito bancario utilizzabile), alla disponibilità delle attrezzature specifiche per svolgere le opere o i servizi e così via.

^{xciii} In realtà la regolazione dei processi di segmentazione dell’impresa implica anche l’analisi dei problemi connessi alla disciplina del trasferimento di ramo di azienda ed al rapporto tra quest’ultima e gli appalti di opere o di servizi. Tuttavia, gli aspetti indicati richiederebbero uno studio a parte, che per esigenze di spazio non è possibile affrontare in questa sede.

^{xciv} R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Dir.merc. lav.*, 1999, pp. 49 ss.; Id., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, cit., pp. 54 ss.; U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 78 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

^{xcv} G. Giugni, *Una lezione sul diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 209.

^{xcvi} Si rinvia al precedente § 2.

^{xcvii} L. Corazza, *Appalti “interni” all’azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell’impresa*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 854; Id., *“Contractual integration”*, cit., pp. 65 ss., 113 ss., 165 ss.; F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici*, in *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, cit., pp. 85 ss.; P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa*, cit., pp. 265 ss.

^{xcviii} In tale senso, ad es., Ichino e Corazza citati nella nota precedente.

^{xcix} Si veda *retro* il § 2.

^c L. Corazza, *“Contractual integration”*, cit., p. 227.

^{ci} L. Corazza, *“Contractual Integration”*, cit., pp. 226 – 231

^{cii} Tra cui la responsabilità solidale per i crediti retributivi ed i trattamenti previdenziali, la codeterminazione delle condizioni che riguardano la sicurezza del lavoro, l’imputazione in capo all’utilizzatore della responsabilità civile verso i terzi.

^{ciii} Si vedano, sul tema della codatorialità e della “duplicazione” dei creditori della prestazione lavorativa, le diverse opinioni di P. Ichino, *Appalto*, cit., pp. 294 ss. sulla somministrazione e, in relazione al lavoro temporaneo, di M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 315 ss.; A. Niccolai, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 372 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

^{civ} Responsabilità prevista dall’art. 7 del d.lgs. 626/1994. Si vedano, sul punto, L. Corazza, *“Contractual integration”*, cit., pp. 186 ss.; M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., pp. 543 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

^{cv} V. *retro* § 2.

^{cvi} Si rinvia al saggio di D. H. Autor, citato nella precedente nota 56.

^{cvii} V. *retro* § 2.

^{cviii} L. Corazza, *“Contractual integration”*, cit., pp. 89, 113 – 114.

^{cix} L. Corazza, op. ult. cit., pp. 86 ss.

^{cx} Per l’appaltatore gli investimenti si identificano nell’acquisto di attrezzature o di macchinari che soddisfino gli standards richiesti dal committente, nella formazione del proprio personale in modo da garantire la qualità dei servizi pretesi, nella adozione di tecniche organizzative che favoriscano l’integrazione produttiva con il committente. Si è sottolineato, ad esempio che, nell’ambito del *franchising*, il *franchisee* compie degli investimenti strettamente connessi al contratto commerciale che saranno “difficilmente riconvertibili al di fuori del sistema di *franchising*” e che producono un vero e proprio effetto di “incastro” nella relazione contrattuale (L. Corazza, *“Contractual integration”*, cit., pp. 86 ss.).

^{cx} Senza considerare, inoltre, che la stessa continuità dei rapporti contrattuali crea delle sinergie nei comportamenti e nei rapporti tra le organizzazioni delle imprese la cui interruzione di per sé determina un danno, in quanto esse non sono facilmente sostituibili.

^{cxii} L. Corazza, op. ult. cit., p. 76.

^{cxiii} Si veda il testo licenziato dal Parlamento Europeo (reperibile nel sito www.europa.eu.int) che ha modificato l’originaria versione della Direttiva nel senso indicato nel testo.

^{cxiv} Ovviamente, la reiterazione di brevi contratti tra i medesimi imprenditori non escluderebbe la stabilità della relazione economica ed il carattere elusivo dell’operazione, con conseguente applicazione della disciplina prevista per le imprese con rapporti di integrazione contrattuale.

^{cxv} In relazione, ad esempio, al *marketing*, alla gestione dei clienti o delle vendite, alla certificazione di qualità e così via.

^{cxvi} Si veda *retro* il § 6, testo e nota 110. In questo caso si determina quella situazione di “incastro contrattuale” dell’appaltatore già descritta, e cioè, di difficile riciclabilità sul mercato degli investimenti specifici di carattere economico, tecnico ed organizzativo connessi a quel rapporto contrattuale.

^{cxvii} La situazione delineata è particolarmente diffusa in Italia in vari settori produttivi e tra questi uno dei primi ad essere caratterizzato dai processi di integrazione contrattuale è quello del comparto tessile. Le più importanti imprese di produzione

della moda, infatti, affidano ad imprenditori decentrati l'esecuzione di parti dei capi di abbigliamento, con classiche situazioni di dipendenza economica o di monocommittenza. In queste ipotesi, tra l'altro, vi è la diffusione dei contratti collettivi "pirata", con minimi salariali applicati ai dipendenti dell'appaltatore di gran lunga inferiori quelli previsti dai normali ccnl di settore e che consentono alle imprese appaltatrici di avere consistenti risparmi nei costi di produzione, con incremento delle convenienze economiche dei committenti.

^{cxviii} P. Ichino (*Appalto*, cit., p. 271, nota 23) propone "di definire come condizione di indipendenza economica quella nella quale 'il fornitore operi professionalmente per una pluralità di committenti, in modo tale che i compensi complessivamente pagati da ciascuno di questi non superi, in ciascun semestre, il quarto dei totali dei compensi conseguiti dal fornitore stesso per tale attività; a tal fine si considera in ogni caso come pagato nel semestre il compenso relativo alla prestazione svolta nel semestre stesso'".

^{cxix} Nella quale si fa riferimento ai contratti connessi all'esecuzione di opere e di servizi "costituenti oggetto dell'attività produttiva o commerciale dell'impresa committente" e si afferma che "l'influsso gestionale" sussiste quando il fornitore emetta fatture per corrispettivi nei confronti del committente che superi il 50% del proprio fatturato complessivo.

^{cxx} L'art. 9 della l. 192 del 1998 stabilisce che "si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità della parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti". Nel comma 2 della disposizione si specifica che "l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nelle imposizioni di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto".

^{cxxi} In sostanza, mentre l'esistenza di determinati volumi di fatturato nei confronti del committente costituirebbe una presunzione assoluta della dipendenza, la mancanza dell'indice economico non precluderebbe di individuare la situazione di "soggezione produttiva" se vi sono le condizioni previste dall'art. 9, comma 1, della l. 192/1998.

^{cxxii} Questa situazione si può verificare, ad esempio, nel caso di decentramento di attività a favore di imprese di grandi dimensioni o quando l'impresa fornitrice applichi trattamenti economici e normativi migliorativi rispetto a quelli del committente per la sua posizione di "forza" nel mercato (connessa, ad esempio, alle sue particolari capacità specialistiche).

^{cxxiii} L'articolo 3 della legge n. 1369/1960 per gli appalti interni e l'attuale art. 23 del d.lgs. 276/2003 sono chiari esempi di normative che, ponendo il principio della parità di trattamento tra dipendenti di diversi datori di lavoro, hanno aperto la strada a valutazioni sui contenuti dei trattamenti. Queste disposizioni hanno avuto anche ricadute giurisprudenziali (si veda, ad es., Cass. 16 agosto 2004, n. 15957, che, in relazione all'art. 3 l. 1369/1960, specifica i parametri con i quali deve essere effettuata la comparazione per determinare la parità di trattamento tra dipendenti del committente e dell'appaltatore). Il giudizio sul trattamento più o meno favorevole si muoverebbe nell'ambito di questi principi.

^{cxxiv} Per un'analisi approfondita del problema si veda M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., pp. 495 ss. (a cui si rinvia per l'indicazione dei diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali); L. Corazza, *Contractual integration*, cit., pp. 158 ss.

^{cxv} Si veda, ad esempio, Cass. 3 maggio 2004, n. 8350, secondo la quale il ciclo va determinato in base "alle esigenze funzionali della produzione del bene o del servizio, secondo le esigenze normative, statutarie, tecnologiche e di mercato al tempo dell'appalto". Vi sono sentenze che affermano che appartengono al ciclo quei servizi principali o ausiliari connessi ad un settore dell'organizzazione tecnica del committente (Cass. 5 aprile 2000, n. 4237; Cass. Sez. Un. 20 gennaio 1996, n. 446), con la precisazione che "si ha inserimento nel ciclo produttivo soltanto quando la produzione del bene o del servizio da parte dell'imprenditore appaltante non è possibile neppure parzialmente senza l'apporto produttivo dell'appaltatore. L'inserimento non è configurabile, invece, quando l'azienda dell'appaltante sia autosufficiente ed al terzo venga data in appalto una parte della produzione al fine di aumentarla" (Cass. 5 aprile 2000 n. 4237; Cass. 17 dicembre 1998, n. 12641). Per una panoramica delle diverse interpretazioni giurisprudenziali si rinvia a M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., pp. 495 ss.

^{cxvii} F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici*, cit., pp. 95 ss.

^{cxviii} La valutazione potrà essere difficile in alcune situazioni particolari, ma non nella generalità dei casi, perché, contrariamente a quanto ritengono i giuristi, il ciclo produttivo è una realtà ben nota ai sociologi dell'organizzazione ed agli aziendalisti, oltre che agli specialisti delle tecnologie della produzione. Non vi è dubbio che i criteri utilizzati in alcune sentenze della Cassazione sono solo in parte condivisibili. Non si vede, ad esempio, perché non dovrebbe essere considerato parte integrante del ciclo quell'appalto con il quale viene chiesto ad un soggetto esterno di aumentare la produzione (visto che questa è la tipica integrazione ordinaria dell'attività produttiva). O per quale motivo è necessario che l'apporto dell'appaltatore sia indispensabile al punto tale che il committente non possa "neppure parzialmente" produrre il bene e servizio: come si spiegherebbe allora la sub fornitura, dove committente ed impresa appaltatrice si suddividono le fasi della produzione?

^{cxviii} L'art. 6, comma 2, della l. 192/1998 sulla sub fornitura prevede che nei contratti ad esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso deve essere subordinata ad un "congruo preavviso". L'art. 3, comma 3, della l. 6 maggio 2004 n. 129 sul *franchising* stabilisce che, se il contratto è a tempo determinato, all'affiliato dovrà essere garantita una durata minima non inferiore a tre anni (salva la risoluzione anticipata per inadempimento).

^{cxix} Nulla vieta di prevedere che, nei contratti di appalto che realizzino forme di integrazione contrattuale, sia possibile introdurre una disciplina speciale che vincoli il recesso all'esistenza di un preavviso o di una giusta causa, con la previsione di sanzioni di carattere economico (oggi non previste dall'art. 1677 sull'appalto di servizi e dall'art. 1569 cod. civ. sulla somministrazione di cose che si applica anche nel primo caso: D. Rubino, D. Iudica, *Dell'appalto*, cit., p. 500).

^{cxix} V. *infra* § 9.

^{cxix} In coerenza con le disposizioni in materia di obbligazioni contrattuali (incluso il contratto di lavoro) previste dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (espressamente fatta salva dalla "Direttiva Bolkenstein").

^{cxix} In tempi recenti una multinazionale specializzata nella produzione delle automobili ha comunicato che alcune attività amministrative ("tesoreria e contabilità fornitori") di "tutte le società operanti in Europa" "verranno gestite in *outsourcing*" da una società con uffici in Budapest. I clienti, in relazione a problemi connessi alle fatture, vengono invitati a contattare telefonicamente oppure *on line* due dipendenti della società. Si tratta di un classico caso di esternalizzazione giustificata da

ragione organizzative (l'accentramento di determinate funzione in un'unica impresa) e da risparmio dei costi, perché retribuzioni ed oneri sociali in Ungheria sono enormemente inferiori a quelli italiani o di altri paesi occidentali.

^{cxxxiii} Nella Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta su *Le condizioni dei lavoratori in Italia. IV. Il lavoro in appalto*, in *Rass.lav.*, 1958, I, pp. 217 ss., i cui risultati sono alla base della emanazione della l. 1369/1960, si afferma che alcuni appalti "possono adempiere, in date circostanze, ad una utile funzione, non essendo possibile sempre ed in ogni caso che debba necessariamente ogni impresa provvedere, direttamente e con personale da essa dipendente, a tutte indistintamente le operazioni e a tutte le fasi del ciclo produttivo indispensabili a raggiungere il risultato della propria attività economica e a tutte le opere e servizi che anche occasionalmente, o saltuariamente, sono richiesti dalla organizzazione aziendale" (p. 218).

^{cxxxiv} Nella Relazione alla Camera di accompagnamento alla legge n. 1369/1990 (in *Le leggi*, 1960, II, p. 1108 ss.) si afferma chiaramente che la interposizione di mano d'opera è finalizzata a risparmi del committente realizzati con il pagamento ai dipendenti dell'appaltatore di somme inferiori ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva.

^{cxxxv} Ovviamente l'estensione della parità di trattamento, per le ragioni spiegate in precedenza, va esclusa in quelle ipotesi, già esaminate, in cui l'integrazione contrattuale avviene con imprese appaltatrici che applicano ai propri dipendenti trattamenti economici e normativi di miglior favore rispetto a quelli del committente (v. *retro* § 7).

^{cxxxvi} R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione*, cit., p. 72.

^{cxxxvii} L. Guaglione, *La disciplina degli appalti "introaziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, cit., pp. 128 ss.; L. Corazza, "Contractual integration", cit., p. 157.

^{cxxxviii} Senza dubbio è più facile mettere a confronto categorie omogenee (soltanto i trattamenti economici o solo quelli normativi), piuttosto che effettuare la comparazione su tutto il complesso dei diritti. Infatti è più difficile capire se una maggiore retribuzione è di per sé compensativa di un minor periodo feriale o di comparto, piuttosto che paragonare compenso per lavoro straordinario ed indennità economiche di altro genere.

^{cxxxix} Ad esempio, in relazione a vari istituti come l'orario di lavoro, i riposi giornalieri, settimanali, annuali, la trasferta, il comparto, il preavviso di licenziamento e così via, in modo analogo a quanto oggi previsto per la somministrazione (v. P. Ichino, *Appalto*, cit., p. 300; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., pp. 38 ss.).

^{cxli} I trattamenti migliorativi individuali non devono essere inclusi nell'applicazione del principio di parità perché non riguardano l'equiparazione astratta tra erogazioni economiche dei dipendenti del committente e dell'appaltatore al fine di evitare esternalizzazioni più competitive per i minori costi, ma attengono a profili di discrezionalità del datore di lavoro connessi alla singola prestazione.

^{cxlii} L. Corazza, "Contractual integration", cit., p. 162; M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 527.

^{cxliii} Ad analoghe conclusioni in relazione alla somministrazione giungono P. Ichino, *Appalto*, pp. 299 - 300 e P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., p. 39.

^{cxliiii} Per i vari problemi connessi all'art. 7 della l. 196/1997 (oggi abrogata) ed all'art. 23 della l. 276/2003 v. P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., pp. 35 ss.; M.P. Monaco, *I diritti sindacali dei lavoratori somministrati*, in M.T. Carinci, C. Cester, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., pp. 116 ss.

^{cxliv} La solidarietà, quindi, stimola l'appaltatore ad applicarla – perché il committente potrebbe poi rivalersi per quanto è stato costretto a pagare - ed esercita sul committente un effetto dissuasivo nel chiedere all'impresa appaltatrice l'applicazione di condizioni economiche e normative peggiorative per lucrare sui costi.

^{cxlv} Se, infatti, per gli appalti non integrati può essere ragionevole non aggravare il committente di debiti che superino il corrispettivo dovuto all'appaltatore (perché quest'ultimo rappresenta l'impegno massimo finanziario dell'impresa appaltante), nel caso di relazioni contrattuali stabili la situazione diversa. Qui il committente è un "codatore sostanziale" dei lavoratori e deve farsi carico, oltre che dei benefici, di tutti gli oneri che nascono da questa situazione (compresa, quindi, una responsabilità solidale "piena").

^{cxlvi} Nell'ambito della disciplina di cui all'art. 3 della l. 1369/1960 si è detto che "l'obbligo degli imprenditori che appaltano opere e servizi di corrispondere ai dipendenti dell'appaltatore, in solido con quest'ultimo, un trattamento non inferiore a quello spettante ai propri dipendenti opera solo nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore occupati nella specifica attività oggetto dell'appalto e non riguarda, quindi, i dipendenti dello stesso appaltatore che siano addetti ad un'attività diversa" (Cass. 24 aprile 1985, n. 2708).

^{cxlvii} P. Ichino e L. Corazza (*Commento all'art. 6 d.lgs. 251/2004*, in *Il nuovo mercato del lavoro – Inserto sulla correzione della c.d. riforma Biagi*, coordinato da M. Pedrazzoli, Zanichelli, Bologna, 2005, p. 16) affermano che la individuazione dei lavoratori dell'appaltatore a cui applicare la parità è agevole negli appalti di servizi ma molto più difficile in quello di opere privo di estensione temporale e che si realizza *uno actu*. Al contrario, per le ragioni indicate nel testo questa difficoltà non sussiste per gli appalti stabili ed integrati.

^{cxlviii} V. *retro* § 5.

^{cxlix} Si rinvia *retro* alla nota 80. In caso di conversione, tra l'altro, sarebbe opportuno applicare lo stessa disciplina prevista, per la somministrazione, dall'art. 27, comma 2, del d.lgs. 276/2003 in relazione ai pagamenti effettuati a titolo retributivo e previdenziale.

^{cl} V. *retro* § 2 e 7.

^{cli} L. Corazza, "Contractual integration", cit., p. 178 (ma si vedano anche pp. 251 – 252).

^{clii} Si tratterebbe di dare valore giuridico a nessi organizzativi che oggi operano soltanto sul piano dei rapporti contrattuali tra appaltante ed appaltatore e che neanche il collegamento negoziale tra accordo commerciale e rapporti di lavoro è in grado di "far emergere" in modo tale da tutelare effettivamente i lavoratori. I contratti collegati, infatti, (sui quali si rinvia, per tutti, a R. Scognamiglio, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 375 ss.; G. Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, Jovene, Napoli, 1983) creano un rapporto di interdipendenza in base al quale le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro "condizionandone la validità e l'efficacia..." (Cass. 16 maggio 2003, n.7640). Tuttavia, a parte l'effetto indicato, la connessione organizzativa tra le due imprese può produrre soltanto conseguenze indirette sui contratti di lavoro (ad

esempio la cessazione del rapporto commerciale può ripercuotersi su quelli di lavoro) ma non viene ad essere considerata dalla legge *direttamente* quale fattore che condiziona la dinamica ed il contenuto dei rapporti di lavoro dell'appaltatore.

^{cliii} Sarebbe necessario, in questo caso, riformare la disciplina in materia non solo in relazione agli ambiti dimensionali di applicazione, ma anche in rapporto ai diritti sindacali, specificando quali sono esercitabili soltanto nei confronti dell'appaltatore o di entrambe i soggetti del contratto commerciale ed utilizzando anche le esperienze già maturate con il lavoro temporaneo e la somministrazione.

^{cliv} Sarebbe una ipotesi di litisconsorzio necessario di cui all'art. 102 cpc.

^{clv} Situazioni analoghe si verificherebbero in tutte le ipotesi di provvedimenti del giudice potenzialmente idonei ad incidere sulla sfera organizzativa del datore di lavoro (si pensi, ad esempio, ad una esecuzione in forma specifica di una sentenza di condanna a reintegrare il lavoratore in determinate mansioni o nella precedente sede lavorativa). Tali provvedimenti dovrebbero operare soltanto nei confronti dell'organizzazione dell'appaltatore.

^{clvi} V. *retro* § 7.

^{clvii} Si consideri che l'art. 4 della legge 192/1998 già prevede una disciplina della "sub fornitura a cascata", a dimostrazione di come questa situazione sia tutt'altro che estraneo al nostro ordinamento.

^{clviii} Nel caso, dunque, di eventuali appalti selezionati con decreto ministeriale (e tenendo conto delle indicazioni della contrattazione collettiva) o in base alla non inerenza al ciclo produttivo e quando, comunque, come già si è detto (v. *retro* § 7), l'appaltatore applichi ai propri dipendenti un trattamento economico o normativo migliore rispetto a quello proprio dei lavoratori del committente.

^{clix} V. *retro* la precedente nota 22.

^{clx} La tesi di P. Ichino di "una possibile correlazione fra protezione – legale o sindacale – dei lavoratori e tendenza alla segmentazione della struttura imprenditoriale attraverso la quale si svolge il processo produttivo" (*Il contratto di lavoro*, cit., p. 382) non sembra quindi trovare conferma nelle evidenze empiriche.

^{clxi} Va detto, tra l'altro, che le tre tecniche descritte (revisione delle fattispecie, parità di trattamento, codatorialità) potrebbero essere modulate a seconda delle evenienze, escludendo qualsiasi disciplina per determinati appalti (ad esempio le pulizie), prevedendo una definizione contrattuale più selettiva e la parità delle condizioni economiche e normative quale criterio generale ed estendendo la condivisione di alcune discipline del lavoro subordinato soltanto a specifiche ipotesi di integrazione contrattuale dove maggiori sono le esigenze di tutela dei lavoratori.

^{clxii} Un'altra strada da percorrere sarebbe quella della valorizzazione della "clausole sociali" contenute in molti contratti collettivi, che vietano il decentramento per determinate attività o impongono l'applicazione della contrattazione collettiva di settore ai dipendenti dell'appaltatore (con la chiara finalità di evitare forme di decentramento patologiche, basate sul costo del lavoro). Tali clausole, tuttavia, si sono spesso rivelate inefficaci perché, anche se costituiscono posizioni soggettive a favore dei dipendenti delle imprese appaltatrici, non vengono azionate da parte dei lavoratori interessati per evidenti ragioni di debolezza contrattuale. Esse, inoltre, sono difficilmente tutelabili con l'attuale formulazione dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori. La soluzione consisterebbe nel prevedere uno specifico strumento processuale che, modellato sul meccanismo del procedimento di repressione della condotta antisindacale, consentisse ai sindacati stipulanti il ccnl di agire giudizialmente per imporre il rispetto della clausola quando fosse violata e garantire così i diritti dei lavoratori interessati. In questo caso, in definitiva, il sindacato agirebbe a tutela dell'interesse collettivo al corretto adempimento del contenuto del ccnl e si tratterebbe soltanto di attribuirgli uno strumento processuale adeguato a realizzare tale scopo.