



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

**Dottorato di ricerca**

**in Diritto Europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro**

**Scuola dottorale interateneo in Scienze Giuridiche "Ca' Foscari"**

**(A/A 2010-2011)**

**PROCESSI DI ESTERNALIZZAZIONE**

**E TUTELA DEL LAVORATORE SUBORDINATO**

**Tesi di dottorato di Anna Chiara Antonello - matricola 955521**

**Settori scientifico-disciplinari di afferenza: IUS/07 Diritto del Lavoro**

**Direttore della Scuola di dottorato**

**prof. Carmela Camardi**

**Tutore del dottorando**

**prof. Adalberto Perulli**



# **PROCESSI DI ESTERNALIZZAZIONE E TUTELA DEL LAVORATORE SUBORDINATO**

## **Indice**

### **1. Introduzione**

1. Sguardo d'insieme sull'esternalizzazione e le sue forme.
2. Le radici e l'evoluzione del fenomeno
3. Una valutazione comparativa.

### **2. Dall'impresa alla rete tra imprese: breve ricognizione dei fattori che hanno causato la disgregazione dell'impresa.**

1. Premessa
2. I fattori economico – organizzativi
3. Sennet e la teoria dello spostamento del potere decisionale dai manager agli azionisti all'interno delle grandi imprese
4. Coase e la teoria dei costi di transizione
5. Autor e la correlazione tra libertà di licenziamento e utilizzo di forme flessibili di lavoro
6. Conclusione
7. Un raffronto tra le teorie economiche presentate e la legislazione comunitaria.
8. L'orientamento giurisprudenziale dominante
9. Il contratto di appalto: un esempio.
10. La para-subordinazione: un secondo esempio.

### **3. La modulazione della posizione datoriale ed i riflessi sul rapporto di lavoro nelle relazioni trilaterali di lavoro**

1. Introduzione
2. Premesse metodologiche sulla terminologia: le relazioni trilaterali di lavoro
3. Le legislazioni comunitaria ed internazionale: una panoramica
4. Il trasferimento d'azienda
5. L'appalto (*contracting*)
6. Il lavoro tramite agenzia

7. Il distacco di lavoratori
8. Decostruzione e ricostruzione della figura datoriale attraverso la lettura dal prisma della esternalizzazione: il potere datoriale come benchmark.
9. La relazione tra utilizzatore e fornitore e le sue ripercussioni sul rapporto di lavoro
10. Le conseguenze sui rapporti di lavoro del venir meno della relazione commerciale
11. Situazioni dove il potere direttivo viene “spostato”
12. Situazioni dove il potere direttivo è condiviso
13. Situazioni dove il potere direttivo è mantenuto

#### **4. Esternalizzazione e compliance degli standard internazionali del lavoro: le criticità**

1. Introduzione: gli ILS
2. Sotto-protezione dei lavoratori terzariizzati? Condizioni di impiego e remunerazione
3. Stabilità del lavoro
4. Salute, sicurezza ed igiene
5. Sicurezza sociale
6. In particolare, esternalizzazione e diritti sociali: in che modo vengono a modificarsi i diritti di libertà sindacale?

#### **5. Esternalizzazione e compliance degli standard internazionali del lavoro: possibili soluzioni**

1. Introduzione
2. Gli IFAs: il ruolo degli international framework agreements come modalità di gestione delle reti transnazionali di aziende
3. Rappresentatività e poteri della parti firmatarie
  - 3.1 Datori di lavoro
  - 3.2 Lavoratori
  - 3.3 IFAs firmati dalla federazioni sindacali internazionali
  - 3.4 IFAs firmati dai CAE
  - 3.5 IFAs firmati dalle organizzazioni sindacali nazionali
4. Contenuto degli IFAs: la loro portata ed i diritti conferiti

5. Valore legale
6. Lo strumento della R 198/2006 OIL: soft law per diffondere standard giuridici minimi di protezione
7. Struttura e contenuto della R198/06
8. Profili di utilità della R198/06

## **1. Introduzione**

### **1. Sguardo d'insieme sull'esternalizzazione e le sue forme**

L'oggetto di questo lavoro è rappresentato dall'analisi dei cosiddetti fenomeni di esternalizzazione e dalla incidenza di questi sulla relazione di lavoro.

Sotto la predetta definizione si collocano tutte le costruzioni giuridico-economiche attraverso cui si realizza quel processo che negli ultimi anni ha investito massicciamente la fisionomia dell'impresa per effetto dell'affermarsi di nuove tecnologie e della necessità di adeguarsi agli imperativi dell'economia e della concorrenza globalizzata.

Il citato processo consiste essenzialmente nella scomposizione dell'impresa medio - grande che passa da una struttura a "catena" tipica del modello taylorista- fordista<sup>1</sup>, ad una struttura a "rete".

Si delinea dunque un tipo di produzione differente, che può essere il risultato dell'utilizzo di forza lavoro impiegata dall'azienda al di fuori di rapporti di lavoro standard, oppure modulare, e cioè caratterizzata da una tendenza al ridimensionamento della grande industria e dall'acquisto all'esterno di beni o servizi realizzati da terzi, con gestione a proprio rischio, ma mediante i medesimi fattori produttivi originariamente incardinati presso l'impresa "scorporante".

Più in generale, infatti, il descritto fenomeno di acquisizione di beni e servizi inerenti al ciclo produttivo aziendale all'esterno del contesto dell'impresa non riguarda unicamente l'aspetto produttivo, ma anche, e segnatamente, il reperimento della forza lavoro.

---

<sup>1</sup> Perulli, Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione , *ADL*, 2003, p. 473

Parlando di esternalizzazione si è, di primo acchito, portati a pensare al trasferimento delle aziende, o soprattutto alla delocalizzazione dell'apparato produttivo delle stesse, in paesi ove il costo del lavoro sia economicamente più conveniente, o ancora, si è portati ad immaginare una forma di organizzazione aziendale in cui ciò che prima veniva prodotto all'interno di un'impresa, viene ora acquistato presso altra impresa, che magari è nata dalla divisione di quella che originariamente si occupava anche della produzione di ciò che è oggetto di fornitura.

Non si è però portati immediatamente ad realizzare che è il lavoro in sé ad essere diventato uno dei “prodotti” oggetto di esternalizzazione.

Un semplice sguardo alla parola con cui il legislatore italiano chiama una particolare figura normativa dell'esternalizzazione, la *somministrazione*, è particolarmente indicativo.

Il termine *somministrazione* illumina infatti su di un importante dato: la parola che il d.lgs 276/03 sceglie per indicare il vecchio lavoro interinale è proprio quella che, nel diritto dei contratti commerciali, viene utilizzata per la fornitura di merci<sup>2</sup>.

Il lavoro finisce dunque per essere considerato al pari di ogni altra risorsa dell'impresa.

La conseguenza di questo fenomeno è che, da una parte, l'attività produttiva viene segmentata, affidandola a strutture esterne, o reperita al di fuori di rapporti la lavoro standard con l'impresa che beneficia degli stessi, dall'altra che il legame tradizionale che legava datore e lavoratore viene a spezzarsi per l'inserimento tra i due soggetti di elementi estranei alla relazione biunivoca che aveva, da sempre, caratterizzato questo tipo di rapporto.

---

<sup>2</sup> Speziale, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in Dir. Rel. Ind., 2004, 2, p. 295

## **2. Le radici e l'evoluzione del fenomeno**

Le ragioni del dilagare del fenomeno ora brevemente descritto si radicano nei profondi mutamenti del tessuto sociale, economico e produttivo degli ultimi anni.

Le prestazioni di servizi fornite alle imprese si sono invero diversificate e moltiplicate, e lo sviluppo di nuove tecnologie ha accelerato considerevolmente ciò che appare ormai come una vera evoluzione dei metodi di selezione e gestione del personale.

Il ricorso alla manodopera esterna permette infatti alle imprese di limitare i costi fissi del personale, sia beneficiando all'occorrenza di professionalità di cui non dispone al suo interno, sia scaricando la gestione di rapporti di lavoro formalmente in essere con terzi ma di cui l'impresa beneficia in prima persona su strutture apposite, anche per l'ordinaria attività.

Tale strategia di esternalizzazione corrisponde anche, in ultima analisi, ad una logica di specializzazione funzionale indotta dal progresso tecnologico e dal cambiamento organizzativo, divenuto un imperativo per il funzionamento dell'impresa in un ambiente concorrenziale sempre più denso ed aperto.

Il dato da porre in evidenza è che le strutture giuridiche utilizzate per realizzare le operazioni citate, sebbene si siano grandemente evolute nel corso degli ultimi decenni, erano già presenti nella legislazione italiana praticamente sin dalla sua nascita.

Infatti l'art. 2112 c.c. è norma risalente alla nascita del codice civile del 1942 e la prima regolamentazione dell'appalto e del divieto di interposizione di manodopera gode di fonte legale sin dal 1960.

Pertanto il fenomeno dell'esternalizzazione non rappresenta una novità per il nostro ordinamento, anzi, dal punto di vista storico è possibile affermare che l'istituto è piuttosto risalente.

Questo può indurre a pensare che il modello aziendale più "leggero" sia invero una delle più frequenti necessità delle imprese e che tale modello sia stato inserito sin dal principio all'interno del nostro ordinamento in un'ottica di promozione dello sviluppo industriale.

Infatti i datori hanno da sempre ambito a realizzare strutture in cui potessero usufruire di prestazioni lavorative ad un costo più basso senza dovere sopportare gli oneri amministrativi e le garanzie di stabilità connesse alla stipulazione diretta di un rapporto di lavoro subordinato.

Notoriamente, però, nel passato l'orientamento del legislatore verso tali figure era critico, tanto che la legge n. 1369 del 1960 nasceva proprio per reprimere il fenomeno dell'interposizione illegale di manodopera ed il dilagare del caporalato.

Era invero del tutto evidente che queste strutture giuridiche, se dal punto di vista imprenditoriale presentavano indubbi vantaggi, dal punto di vista del lavoratore determinavano una situazione di precarietà e sotto protezione.

Per tale ragione il legislatore è stato indotto, negli anni, a prevedere una disciplina protettiva idonea a mediare tra le opposte esigenze rispettivamente datoriali e dei dipendenti.

L'ago della bilancia di detta disciplina pendeva, in passato, dalla parte del lavoratore, in linea con una tendenza protettiva che riguardava anche, per esempio, la legge 230/1962 sul lavoro a tempo determinato<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Suppiej, *Lezione sulle nuove tipologie contrattuali e la precarietà*, Scuola Forense dell'Ordine degli Avvocati di Vicenza, anno 2006, consultabile su [www.unionetrivenetaavvocati.it](http://www.unionetrivenetaavvocati.it).

Negli ultimi anni però l'atteggiamento legislativo nei confronti dei fenomeni interpositori si è modificato.

Dalla valutazione negativa del passato si è infatti passati a graduali aperture.

Segnale di una necessità di cambiamento è inoltre stato il notevole incremento, negli anni '80-'90, delle collaborazioni coordinate e continuative.

L'aumento della para-subordinazione era invero lo specchio di una reazione del mondo del lavoro alla rigidità dell'archetipo ex art 2094 c.c.: non si può negare, infatti, che una gran parte delle collaborazioni coordinate e continuative erano utilizzate, in effetti, per mascherare il lavoro subordinato senza sopportarne le connesse rigidità.

All'epoca il nostro ordinamento prevedeva invero poche e circoscritte forme di flessibilità, come per esempio il contratto di lavoro a termine, il cui impiego era però limitato alle specifiche clausole che ne legittimavano l'impiego.

Una delle prime reazioni alla situazione via via creatasi è stata l'introduzione ad opera della l. 196/1997 della figura del lavoro temporaneo (o interinale, come si chiamava all'epoca).

Da allora l'ordinamento non ha più frenato l'avanzare della flessibilizzazione e, in particolare, del lavoro per interposizione, e dall'ottica del divieto è passato a quella della regolamentazione.

Successivamente sono stati infatti riformati il lavoro a termine con il d.lgs 368/2001 e, nel 2003, si è avuta una grande riforma del mercato del lavoro, con introduzione di nuove fattispecie di lavoro flessibile, come il lavoro a chiamata o il lavoro ripartito, sino ad allora non presenti nel nostro ordinamento, e con revisione delle fattispecie già esistenti (d. lgs. 276/2003).

A livello comunitario, lo sviluppo della normativa in materia di esternalizzazione ha notevolmente modificato l'apparato legislativo interno, anche se non è

possibile affermare, ad oggi, che la adozione delle direttive posta in essere dall'Italia sia stata sempre rispettosa dei principi in esse contenuti<sup>4</sup>.

L'Unione europea ha inoltre emanato la Direttiva [96/71/CE](#) su distacco transazionale, con l'obiettivo di eliminare le incertezze e gli ostacoli che possono ostacolare l'esercizio della libera prestazione di servizi, mirando ad aumentare la sicurezza giuridica e permettendo la definizione delle condizioni di lavoro in vigore nello Stato membro nel quale viene distaccato il lavoratore e applicabili ai lavoratori distaccati. L'intento del legislatore comunitario in questo campo è stato quello di evitare rischi di abusi e di sfruttamento della manodopera distaccata e nel contempo impedire fenomeni di social dumping che andrebbero a ledere la leale concorrenza tra le aziende degli Stati membri. Con le Direttive 77/187//CE e 98/50/CE, consolidate nel testo della Direttiva 2001/23/CE il legislatore comunitario ha poi mirato a proteggere i lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore e più particolarmente di garantire il mantenimento dei loro diritti. Le direttive sottolineano infatti diritti e gli obblighi dei datori di lavoro interessati dal trasferimento d'azienda.

Recentemente è stata inoltre adottata la Direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale, mirante a instaurare a livello comunitario un livello comune di garanzia di parità di trattamento e non discriminazione dei lavoratori coinvolti.

Al vaglio della presente analisi si presenta quindi la questione involgente l'assetto degli equilibri delineati dal legislatore interno e comunitario e la loro modifica nel tempo.

In altre parole ci si chiederà quali siano le linee direttive dell'attività normativa in materia di esternalizzazioni, se si sia sempre mossa nella direzione di porre

---

<sup>4</sup> Corte di Giustizia CE, 11 giugno 2009, C561/07, v. A. Zambelli, in *Guida al Lavoro* n. 27/2009.

eguaglianza in una relazione tra impari oppure se, negli ultimi anni, vi sia invece stato uno sbilanciamento a favore della parte datoriale, dettato dalla notevole ricaduta che, anche sotto il profilo della competitività sul mercato globale, avrebbero scelte legislative che imporrebbero limiti alle imprese tali da renderle non competitive rispetto ad altri contesti giuridici.

Da un punto di vista generale, può riscontrarsi infatti un affievolimento delle garanzie attorno alla posizione del lavoratore se si considera, a livello statistico, il notevole sviluppo che hanno avuto le esternalizzazioni rispetto alla generalità delle figure standard presenti mercato del lavoro degli ultimi vent'anni.

Le esternalizzazioni originano figure professionali precarie, la cui estrema diffusione crea una generalizzata situazione di sotto protezione dei lavoratori coinvolti, sia dal punto di vista del trattamento normativo che da quello dell'esercizio dei diritti propri del lavoratore subordinato, ad esempio quelli sindacali.

D'altra parte però non è nemmeno corretto omettere di sottolineare gli aspetti positivi determinati dai fenomeni genuini di esternalizzazione.

Basti pensare che secondo uno studio del 19/12/2008 condotto dalla European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound)<sup>5</sup>, in Europa la diffusione delle agenzie di somministrazione ha facilitato il reinserimento nel mondo del lavoro dei disoccupati di lungo periodo e consentito una maggiore occupabilità di determinate fasce lavorative che preferiscono il ricorso a forme di lavoro flessibile per conciliare vita privata e lavorativa.

Anche il fenomeno di distacco può essere visto come un'opportunità di sviluppo per la formazione personale e professionale del lavoratore, in ragione

---

<sup>5</sup> In Boll. Adapt, 2009, n. 2, [www.fmb.unimore.it](http://www.fmb.unimore.it).

del fatto che consente lo scambio di professionalità nonché l'incremento del know-how del lavoratore e dell'impresa ospitante.

Pertanto i fenomeni interpositori non meritano una connotazione negativa: essi, nelle loro forme genuine, possono anzi rivestire un ruolo importante nel mercato del lavoro.

La questione centrale inerisce pertanto alle modalità di governo di questi fenomeni, dopo aver preso atto della loro utilità.

La destrutturazione dell'impresa finisce invero con l'originare forme datoriali "fluide" in cui si rivela complessa l'identificazione del titolare della posizione datoriale, tradizionalmente intesa come quella che impone, oltre che la fondamentale corresponsione di una retribuzione, una serie di situazioni giuridiche attive e passive: basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al dovere del datore di lavoro di garantire la sicurezza del luogo di lavoro (in tal senso l'art. 2087 c.c.), nonché al diritto del lavoratore alle ferie e ai doveri di diligenza, obbedienza e fedeltà di quest'ultimo.

Se una delle conseguenze involontarie del passato capitalismo è stata quello di aver rafforzato il valore dei luoghi e di aver creato una comunità di lavoratori unitaria, oggi le incertezze create dalla flessibilità, la smaterializzazione fisica dell'impresa e la presenza di una figura datoriale "fluida" privano di basi il lavoratore, con conseguenti ripercussioni su tutta una serie di elementi discendenti dal rapporto di lavoro.

Per esempio, se l'azione sindacale si vede privata del soggetto cui dirigersi e viene conseguentemente impoverita, se il credito di sicurezza non trova un suo debitore chiaramente identificato, lo smembramento aziendale crea evidenti difficoltà nello stabilire a chi competano le prerogative datoriali e su chi esse possano essere fatte valere.

L'obiettivo di questa ricerca risiede quindi nella valutazione della modificazione della relazione di lavoro, tenendo come riferimenti gli standard internazionali del lavoro elaborati dalla Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO-OIL).

Essendo infatti il fenomeno globale, anche la sua valutazione dovrà tendere ad essere tale.

Si cercherà quindi di valutare il lavoro esternalizzato basando l'analisi sulla rispondenza delle nuove figure di subordinazione con i principi e gli standard internazionali elaborati dall'ILO - Organizzazione Internazionale del Lavoro- e, segnatamente, con il caposaldo della tutela giuslavoristica racchiuso nel principio per cui *“il lavoro non è una merce”* di cui alla Dichiarazione di Philadelphia del 1944, annessa alla Costituzione dell'OIL.

### **3. Una valutazione comparativa**

In ogni caso va sin d'ora precisato che la relazione di impiego del lavoratore coinvolto in questi fenomeni si modula a seconda della differente tipologia di costruzione giuridica utilizzata per realizzarli: essa quindi varia a seconda che si tratti di appalto, distacco, somministrazione ed trasferimento del ramo d'azienda,

La definizione di dette figure risulta essere chiara se ci riferisce alla sola legislazione italiana. Tuttavia le cose cambiano se si allarga la prospettiva definitoria a livello internazionale.

In effetti non è facile dare una definizione dei fenomeni di triangolazione che sia idonea a rappresentare le diverse forme in cui la esternalizzazione si realizza nei vari paesi.

Proprio le difficoltà terminologiche hanno impedito di adottare una convenzione internazionale sui rapporti di terziarizzazione in seno all'OIL: dato che gli Stati

membri non hanno mai trovato un accordo sulla terminologia da adottare per indicare i vari istituti, ad oggi a livello intenzionale si ha solamente una raccomandazione in materia<sup>6</sup>.

La ricerca sulle modifiche della relazione datoriale cercherà di coinvolgere anche alcune soluzioni prospettate da altri ordinamenti, al fine di vagliare le risposte date all'estero agli interrogativi posti dalla flessibilizzazione.

L'analisi comparativa potrà sicuramente evidenziare alcune interessanti soluzioni adottate all'estero e confrontarle con quelle italiane.

\*\*\*

In conclusione, si cercheranno di evidenziare gli effetti dell'esternalizzazione sul rapporto di lavoro e sull'assetto organizzativo imprenditoriale, partendo dalla considerazione per cui il risultato prodotto della flessibilizzazione della relazione lavorativa consiste nella *"concentrazione senza centralizzazione"*, ovvero *"nella disaggregazione dei luoghi, dei tempi e delle responsabilità mediante la creazione di "aziende rete"*<sup>7</sup>.

Si tenderà a verificare se questi fenomeni non comportino una diminuzione effettiva del potere sul lavoratore ma, solo il suo anonimato, o il suo spostamento ad altri soggetti: si cercherà quindi di chiarire in capo a chi stia questo potere e in che relazione si trovi questo soggetto rispetto al prestatore di lavoro.

Si tenterà di esaminare la decostruzione e la ricostruzione della figura del datore di lavoro, che letta attraverso il prisma dell'esternalizzazione, perde la propria monoliticità e diviene imprenditore diffuso, flessibile, multiplo. In questo schema complesso, la figura imprenditoriale si moltiplica e si vengono ad

---

<sup>6</sup> Si tratta della Raccomandazione 198 sulla relazione di lavoro del 31/5/2006.

<sup>7</sup> De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, Rivista Italiana di diritto del lavoro, I, 2007.

attenuare, se non proprio a perdere, i nessi delle responsabilità. Si cercherà di valutare le soluzioni normative del fenomeno date a livello europeo e internazionale.

Su di un ulteriore piano si valuterà poi la rispondenza di questo nuovo assetto lavorativo ai principi giuslavoristici internazionalmente riconosciuti, per verificare se e come detti processi portino a un deterioramento delle tutele della posizione del lavoratore subordinato. Attraverso l'analisi comparata si vedranno poi le soluzioni approntate a livello globale, sia a livello di autonomia privata, come gli IFAs (International Framework Agreements), sia a livello pubblico, con gli strumenti offerti dalla Raccomandazione OIL n. 198/2006.

## **2. Dall'impresa alla rete tra imprese: breve ricognizione dei fattori che hanno causato la disgregazione dell'impresa.**

### **1. Premessa**

Prima di affrontare il tema delle modifiche apportate agli assetti contrattuali tradizionali del diritto del lavoro a seguito dell'avvento dell'esternalizzazione, alcune parole andranno spese per cercare di identificare i fattori che hanno determinato questo fenomeno e che non attengono solamente all'ambito strettamente giuridico.

La disamina dell'evoluzione del processo produttivo industriale evidenzia anzitutto una generalizzazione del modello organizzativo dell'esternalizzazione a livello planetario, il che determina un'inevitabile omogeneizzazione dei processi che comportano l'outsourcing come modello organizzativo dell'azienda.

Con questo si intende dire che nei paesi con economie di mercato il diritto del lavoro negli ultimi 20 anni si è venuto a modificare per adattarsi ad una realtà produttiva che è mutata e che tale mutazione è accaduta in tutti i paesi industrializzati.

L'adattamento del sistema giuridico al nuovo sistema organizzativo aziendale è quindi un dato comune a tutte le economie dell'Europa Occidentale, dei paesi dell'America del Nord, Latina e Centrale, del Giappone e dell'Australia<sup>8</sup>.

Nel passato, la struttura ed il funzionamento dell'impresa classica disegnava una sorta di schema rigido in cui all'interno della medesima azienda si concentrava interamente il processo produttivo. Detto schema si può

---

<sup>8</sup> Mayhew, Quinlan, *The Effects of Outsourcing on Occupational Health and Safety: A Comparative Study of Factory-Based Workers and Outworkers in the Australian Clothing Industry*, International journal of health services, 1999 – Baywood.

sintetizzare nell'immagine di un edificio in cui da una porta entrano le materie prime, dall'altra esce il prodotto finito<sup>9</sup>.

Verso la fine del XX secolo si è invece assistito ad una radicale modifica di questi assetti, ma non sul piano delle modalità produttive, bensì su quello della struttura organizzativa dell'impresa.

Per tale ragione, tra i primi elementi che hanno determinato l'avvento del decentramento produttivo, debbono essere annoverati i cambiamenti economico-organizzativi nell'assetto gestionale delle imprese.

Da questo punto di vista, l'esternalizzazione non è altro che uno specifico e particolare metodo organizzativo<sup>10</sup>, che negli ultimi anni ha visto incrementare notevolmente il suo utilizzo per gestire ed amministrare l'azienda.

## **2. I fattori economico – organizzativi**

Secondo le teorie economiche volte a descrivere l'outsourcing, il passaggio da un tipo di economia in cui il mercato era dominato dalla figura dell'impresa di stampo *fordista* ad un'economia globalizzata è sicuramente uno dei fattori che ha determinato l'incremento dell'utilizzo di forme contrattuali idonee a scindere la storica relazione binaria tra datore di lavoro e lavoratore<sup>11</sup>.

Se prima infatti l'impresa era una sorta di contenitore dove, da un lato, entravano gli *inputs* e dall'altro uscivano i prodotti finiti, ora l'azienda trasferisce all'esterno un determinato apparato produttivo e da esso continua a ricavare quanto prima prodotto internamente mediante contratti commerciali.

---

<sup>9</sup> Feenstra, [Integration of trade and disintegration of production in the global economy](#), The Journal of Economic Perspectives, 1998; De Luca Tamajo, *Strumenti del decentramento produttivo*, RIDL, 2007, I.

<sup>10</sup> Russo, *Mercato del lavoro e modelli organizzativi nella fornitura di lavoro temporaneo*, Dir. Rel. Ind., 2/2000, 241.

<sup>11</sup> Perulli, *Problemi del decentramento produttivo*, RIDL, 2007, I.

Diventano oggetti di esternalizzazione le risorse materiali, vale a dire i terreni, gli edifici, gli utensili e le materie prime, ma anche le risorse umane.

In questo senso l'esternalizzazione non è più un concetto giuridico: esso appartiene alla c.d. “scienza dell'organizzazione”, che analizza la struttura e i meccanismi di funzionamento delle organizzazioni aziendali.

Concorrenza e competitività globale hanno poi indotto i legislatori dei paesi occidentali a non irrigidire le proprie legislazioni in materia di lavoro.

La flessibilità è giunta ad essere considerata come l'unico mezzo in grado di mantenere competitivi gli assetti legislativi dei paesi occidentali rispetto alla concorrenza ed al *social dumping* dei paesi emergenti.

Nell'attuale congiuntura economica, infatti, la concorrenza non è soltanto quella delle imprese, ma anche quella tra gli ordinamenti<sup>12</sup>: per rendere competitivo il diritto del lavoro dei paesi dell'Europa Occidentale rispetto agli ordinamenti dove tutele, diritti e quindi costo del lavoro sono inferiori, il legislatore italiano ha disciplinato nuove tipologie di contratto di lavoro che tendono a rendere più “appetibile” insediare attività produttive nei paesi, come appunto l'Italia (ed in generale l'Europa Occidentale), ove invece le garanzie tradizionali, patrimonio consolidato del diritto del lavoro, rendono più rigido ed oneroso per l'impresa il rapporto di lavoro standard.

### **3. Sennet e la teoria dello spostamento del potere decisionale dai manager agli azionisti all'interno delle grandi imprese.**

Molti analisti economici hanno elaborato teorie per dare una risposta ai fenomeni ora descritti.

---

<sup>12</sup> Perulli, 2007, *op.cit.*

Una di queste<sup>13</sup> riconduce la modificazione degli assetti organizzativi sostanzialmente allo spostamento, nelle grandi imprese, del potere decisionale dai manager agli azionisti.

Da questo deriva conseguentemente un incremento nell'uso e nel dinamismo degli strumenti finanziari, rispetto alle altre risorse dell'impresa, strumenti finanziari che sono chiamati a cercare di ottemperare alle esigenze di un c.d. "capitale impaziente", e cioè di un azionariato naturalmente volto al conseguimento dell'utile e che inevitabilmente preme l'impresa verso la flessibilità ed il dinamismo.

Il travalicare del potere dell'azionariato rispetto a quello strettamente imprenditoriale pertanto porta a strutturare l'impresa secondo modalità più flessibili, idonee a garantire una contrazione dei costi a fronte del mantenimento o dell'incremento del profitto.

Per inciso, si rileva che questa analisi, letta alla luce della presente crisi economica internazionale, pare quanto mai attuale.

La descritta modifica nell'assetto dei poteri aziendali produce tre differenti effetti sul rapporto di lavoro, che Sennet<sup>14</sup> identifica come:

- *"reinvenzione discontinua delle istituzioni"*;
- *"specializzazione flessibile"*;
- *"concentrazione senza centralizzazione"*.

Tutte e tre queste modificazioni producono una flessibilizzazione della relazione di lavoro, secondo le modalità di seguito descritte.

La prima forma di flessibilità è la c.d. *"reinvenzione discontinua delle istituzioni, ovvero l'abbattimento delle strutture piramidali aziendali e la loro*

---

<sup>13</sup> Sennet, *L'uomo flessibile*, Feltrinelli.

<sup>14</sup> Sennet, *op. cit.*

*ristrutturazione*” e si verifica quando nell'impresa vengono poste in essere le pratiche di reengineering (re-ingegnerizzazione) e downsizing (“rimpicciolimento” attraverso la riduzione dei posti di lavoro).

Il reengineering è un metodo utilizzato in campo manageriale per riprogettare i processi produttivi al fine di ottenere miglioramenti durevoli di costo, efficienza e qualità.

"Riprogettare" i processi è un procedimento complesso che ridisegna i confini tra una funzione aziendale e l'altra, unendo anche tra di loro figure professionali che precedentemente lavoravano distaccate e spostando il potere decisionale ai livelli più concentrati della struttura organizzativa. L'organizzazione aziendale viene quindi "ripensata" mettendo a capo dei posti ritenuti importanti figure professionali adatte a ragionare in modo dinamico, dando valore ai risultati complessivi di un processo e non alle misure intermedie della quantità di lavoro svolta da ciascuno e integrando i partner esterni (fornitori, agenti, distributori ecc.) nei propri processi aziendali e viceversa. Riprogettare i processi aziendali mira ad ottenere miglioramenti nell'efficienza e non, tendenzialmente, miglioramenti incrementali nella produzione.

Il c.d. downsizing integra propriamente la fase del reengineering in cui si contrae la dimensione dell'azienda, riducendone risorse materiali ed umane.

Attraverso il reengineering ed il downsizing l'azienda cambia il suo assetto: da struttura piramidale dove la distribuzione del potere gestionale era ordinata secondo una scala gerarchica, diventa una struttura più composita e flessibile, suddivisa in moduli tra loro interconnessi.

Tanto premesso, secondo Sennett anche se i calcoli di produttività su larga scala sono enormemente complessi, oggi esistono dei buoni indicatori per dubitare che questo tipo di flessibilità sia coincisa con un aumento produttivo.

In altre parole, l'incremento di fatturato non dipende più e solamente dall'incremento produttivo, anzi: la gestione economica dell'impresa viene realizzata con interventi strutturali sull'organizzazione, piuttosto che sulla produzione.

Quindi, il cambiamento continuo delle istituzioni societarie e la frammentazione dei ruoli vengono comunque ad assumere un significato positivo in termini di incremento del profitto in un mondo in cui *“le quotazioni azionarie delle aziende che si sottopongono al processo spesso salgono automaticamente, come se qualunque cambiamento fosse preferibile alla continuità<sup>15</sup>”*.

La prevalenza del potere dell'azionariato su quello manageriale, necessitata dal vincolo dell'incremento di fatturato svincolato dall'incremento produttivo, libera l'impresa dai cardini che tradizionalmente le impedivano di assumere assetti più flessibili, e conseguentemente introduce una visione in cui la stessa disponibilità a destabilizzare la propria organizzazione viene ormai considerata come un fattore positivo.

Un esempio di quanto detto si può ravvisare nell'incremento di contratti di trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda: se la grande impresa è sottoposta alle pressioni dell'azionariato, che dirige le scelte manageriali verso l'incremento del profitto svincolato da quello produttivo, l'unità aziendale perde l'importanza che deteneva secondo la tradizionale visione capitalista fordista dell'azienda. Anche la disaggregazione è quindi un fattore positivo per l'impresa, a prescindere dall'effetto che essa produce poi sui rapporti di lavoro: è inevitabile infatti che da dette procedure derivi una contrazione del capitale umano dell'impresa.

---

<sup>15</sup> Sennet, *op. cit.*

Un secondo metodo organizzativo che produce flessibilità utilizzato dalle imprese è dato dalla c.d. “*specializzazione flessibile*” della produzione, ovvero dalla re-invenzione costante dei prodotti in base alle esigenze del mercato.

La specializzazione flessibile rappresenta l’antitesi del sistema di produzione fordista e della sua standardizzazione dei prodotti: professionalità specializzate si rendono quindi necessarie per l'avvio di particolari lavorazioni, che tuttavia non avranno la caratteristica dell'essere intraprese per un lungo termine, in quanto sono soggette alle modificazioni tecnologiche sempre più serrate.

I lavoratori che si occupano di queste nuove lavorazioni quindi non integrano delle figure necessarie per l'impresa a tempo indeterminato, per cui l'impresa sarà indotta ad approvvigionarsi delle professionalità necessarie attraverso rapporti di lavoro flessibili e temporanei: da ciò deriva chiaramente l'incremento dei rapporti di lavoro flessibili e delle esternalizzazioni.

Sennet rileva inoltre che, nonostante questo tipo di specializzazione coinvolga l’intera classe lavorativa a livello mondiale più o meno secondo le medesime modalità, al fenomeno della specializzazione flessibile si sono dati solo due tipi di risposte a livello sociale.

Si delineano infatti due modelli di mercato del lavoro differenti in risposta alla specializzazione flessibile dei rapporti di lavoro: quello c.d. "renano" e quello c.d. "angloamericano".

Nel c.d. modello “renano” sindacati e aziende si dividono il potere regolativo del rapporto di lavoro, mentre l’apparato assistenziale dello stato fornisce una rete di sicurezza per quelle categorie più “deboli” della popolazione; nel c.d. modello “angloamericano”, è invece lasciato più spazio al capitalismo e al libero mercato, dando contezza di una profonda sfiducia nei confronti della burocrazia governativa.

Per Sennet nessuno dei due sistemi rappresenta una soluzione alla sfida della specializzazione flessibile in termini di contemperamento tra sicurezza e flessibilità: quello angloamericano infatti ha una mobilità professionale più alta, ma non una rete di garanzie nel caso di disoccupazione; quello renano è più sensibile verso i lavoratori “medi” ma non riesce efficacemente nella creazione di posti di lavoro.

Se *“il male che si tollera dipende dal bene che si desidera”*<sup>16</sup>, allora i due sistemi, pur entrambi generatori di effetti positivi, se presi nella loro singolarità non possono dirsi efficaci in assoluto e necessitano quindi di misure di miglioramento che avvicinino i due assetti e facciano in modo che i rispettivi lati positivi si integrino l'uno nell'altro.

Ciò nonostante, nell'attuale realtà d'impresa, pare che il modello “angloamericano” venga visto con maggior favore e venga preso a modello dai sistemi legislativi del nostro paese.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, alla liberalizzazione del mercato del lavoro di cui al d.lgs 276/03, con l'introduzione di fattispecie contrattuali flessibili, non è seguita un'idonea modifica del sistema degli ammortizzatori sociali.

L'impresa è stata quindi fornita di fattispecie contrattuali attraverso cui approvvigionarsi di professionalità temporanee per soddisfare esigenze contingenti. I lavoratori coinvolti però non possono ad oggi beneficiare di un sistema di tutela sociale che li garantisca durante il periodo in cui l'impresa non avrà più bisogno di loro, per essere la loro professionalità ormai obsoleta.

L'analisi di Sennet rileva un terzo ed ultimo effetto prodotto dalle modifiche organizzative aziendali che crea incremento della flessibilizzazione della relazione lavorativa.

---

<sup>16</sup> Sennet, *op.cit.*

Esso è una sorta di risultato dell'integrazione dei primi due, la *“reinvenzione discontinua delle istituzioni”*, e la *“specializzazione flessibile”*.

Si tratta della c.d. *“concentrazione senza centralizzazione”*, ovvero nella disaggregazione dei luoghi, dei tempi e delle responsabilità mediante la creazione di *“aziende rete”*.

Questo è in realtà un effetto del primo dei tre fattori esaminati, la c.d. *“reinvenzione discontinua delle istituzioni, ovvero l'abbattimento delle strutture piramidali aziendali e la loro ristrutturazione”*, che come si è visto sopra, dipende dai processi di re-engineering e downsizing, cui si associa l'utilizzo di lavoratori specializzati per periodi definiti di tempo.

L'azienda a rete però non comporta una diminuzione effettiva del controllo sui lavoratori ma, solo il suo anonimato.

Il *“luogo azienda”* perde la sua centralità, perché non è più il centro di aggregazione di comuni interessi portati da un insieme omogeneo di lavoratori, ma diventa *“uno dei luoghi”* ove si esegue dell'attività relativa insieme, occasionalmente, a soggetti fungibili e destinati ad un rapido ricambio.

La superficialità di questo lavoro di gruppo, quindi, fa progressivamente perdere di importanza al luogo, mentre l'impresa, grazie alla rivoluzione informatica e tecnologica, fruisce di nuove forme di delocalizzazione, di centralizzazione e di controllo.

In sintesi, la visione di Sennet riconduce l'avvento dell'esternalizzazione in campo lavorativo essenzialmente al sorpasso del potere dell'azionariato sul potere manageriale.

Nella nuova industria la gestione è capeggiata dal potere economico, che introduce una visione in cui la stessa disponibilità a destabilizzare la propria

organizzazione viene ormai considerata come un fattore comunque positivo in quanto foriero di benefici economici.

Detta gestione ovviamente non considera gli aspetti organizzativi del lavoro, ma li ritiene invece una risorsa sulla quale, al pari delle altre, è possibile fare qualsiasi tipo di scelte gestionali generatrici di risparmio e di conseguente incremento di profitto.

Da questo principale fatto derivano poi la specializzazione/non standardizzazione della produzione e conseguentemente delle professionalità necessarie a porla in essere, nonché la perdita di importanza del "luogo impresa" come centro degli interessi dei lavoratori e dei datori.

Nel complesso, quindi, i tre indici cui Sennet riconduce l'avvento del lavoro flessibile costituiscono una spiegazione del fenomeno in grado di legare fattori tra loro diversi (capitale/profitto/azionariato; non standardizzazione della produzione/specializzazione delle professionalità; disaggregazione dell'impresa/delocalizzazione) indicando come essi siano tutti elementi interconnessi.

L'immagine che ne deriva è quella di un effetto domino, in cui la cui spinta iniziale alla prima tessera è data dalla modifica della titolarità del potere direzionale dell'impresa, modifica che, a catena, ha dato luogo agli altri elementi produttivi dell'incremento del ricorso al lavoro esternalizzato.

Vi è da puntualizzare che l'analisi di Sennet è relativa alle sole aziende di grandi dimensioni e quindi non è idonea a spiegare la ragione dell'incremento dell'impiego di forme di lavoro esternalizzato anche nelle piccole e medie imprese, ove, a differenza della grande industria, il potere decisionale rimane nelle mani dell'imprenditore.

#### 4. Coase e la teoria dei costi di transizione

La teoria elaborata dall'economista statunitense Ronald Coase associa invece la flessibilizzazione del lavoro al superamento da parte dell'impresa di determinate dimensioni, oltre le quali non le è più conveniente internalizzare i costi di transazione legati all'instaurazione di rapporti di lavoro<sup>17</sup>.

Il punto di partenza dell'analisi coasiana è semplice: se realizzare transazioni di mercato non comportasse alcun costo, ognuno potrebbe lavorare per conto suo, scambiare beni e servizi che produce ed essere completamente "padrone di se stesso". Ma se, d'altra parte, esistono imprese di enormi dimensioni, ciò deve dipendere dal fatto che "internalizzare" le relazioni fra gli individui all'interno delle imprese deve presentare dei vantaggi rispetto al loro esclusivo coordinamento sul mercato.

Coase osserva che: *“all'esterno dell'impresa i movimenti dei prezzi dirigono la produzione che viene coordinata da una serie di scambi sul mercato. All'interno dell'impresa, queste transazioni di mercato sono eliminate e al posto della complicata struttura di mercato con transazioni di scambio viene posto l'imprenditore/coordinatore che dirige la produzione<sup>18</sup>”*.

Coase propone quindi una teoria dell'impresa basata sul confronto tra costo d'uso del mercato e costo d'uso dell'impresa per il governo di una determinata transazione.

Le imprese esistono dunque perché riescono a realizzare alcune transazioni ad un costo minore di quello associato alla contrattazione di mercato. Risparmiando questi costi e affidando la direzione gerarchica delle risorse

---

<sup>17</sup> Coase, *La teoria dell'Impresa*, 1937.

<sup>18</sup> Coase, *Impresa, mercato e diritto*, ed. Il mulino, 1995.

all'imprenditore, l'organizzazione di impresa si caratterizza per una maggiore efficienza rispetto al mercato.

D'altra parte, si chiede Coase, *“perché se uno con l'organizzazione di impresa può eliminare taluni costi e di fatto ridurre il costo di produzione, continuano comunque a sussistere le transazioni di mercato? Ovvero, perché l'intera produzione non viene effettuata da una sola grande impresa?”*<sup>19</sup>.

All'osservazione (per il vero un po' surreale), Coase replica che anche all'interno di una data impresa debba essere raggiunto un punto in cui *“i costi di organizzare una transazione in più all'interno dell'impresa sono uguali ai costi che comporta l'effettuazione della transazione nel mercato aperto”*. Questa soglia indica il limite del processo di internalizzazione delle transazioni, la dimensione ottima dell'impresa e i rapporti intercorrenti tra dimensione dell'impresa e dimensione del mercato rispetto a ogni data transazione. All'aumentare delle transazioni internalizzate dall'impresa, il conseguente incremento della dimensione dell'impresa può implicare rendimenti decrescenti per la funzione imprenditoriale e dunque rendere sempre più costoso organizzare ulteriori transazioni all'interno dell'impresa. La dimensione ottimale dell'impresa è dunque, per Coase, quella che consente di ottenere anche la dimensione ottima del mercato: si tratta, dunque, di una teoria dell'equilibrio mobile tra i confini dell'impresa e quelli del mercato.

Sintetizzando, un'impresa tende ad essere più grande quanto minori sono i costi di organizzazione e quanto più lentamente questi costi crescono all'aumentare delle transazioni organizzate<sup>20</sup>; quanto meno è probabile che l'imprenditore commetta errori e quanto minore è l'incremento negli errori

---

<sup>19</sup> Coase, *Impresa, mercato e diritto*, op. cit.

<sup>20</sup> Coase, *La natura dell'impresa - Il problema del costo sociale*, ed. Asterios, 2001.

all'aumentare delle transazioni organizzate; quanto maggiore è la diminuzione (o quanto minore è l'aumento) del prezzo di offerta dei fattori di produzione per le imprese di grande dimensione.

Applicando queste teorie al costo del lavoro, si può notare che il ricorso al reperimento del fattore lavoro all'esterno dell'organizzazione aziendale si incrementa tanto più quanto le dimensioni dell'impresa crescono e tanto quanto più detti costi di organizzazione possono essere decrementati attraverso il ricorso all'esternalizzazione.

L'iniziale impiego della relazione di lavoro standard è conveniente fintanto che consente all'impresa di risparmiare sui costi di transazione, ovvero sui costi connessi alla ri-negoziazione dei termini del contratto di lavoro, che l'imprenditore dovrebbe sopportare se non avesse instaurato una relazione di subordinazione con il dipendente in base alla quale gli è garantito il potere direttivo su di esso e di conformazione della prestazione alle esigenze via via differenti dell'impresa, senza rivedere il contratto. Se, al contrario, il lavoro fosse reperito mediante contratto d'opera sul libero mercato, ad ogni necessità di variazione della prestazione connessa alla variazione delle esigenze dell'impresa, l'imprenditore e il libero professionista dovrebbero modificare i termini del contratto d'opera inizialmente stipulato, includendovi le nuove mansioni e modificando il relativo corrispettivo, spendendo inoltre del tempo prezioso per queste attività.

Tutto questo cagionerebbe evidenti costi e una dilazione dei tempi necessari a reperire la prestazione, ovvero, in generale, i c.d. "costi di transazione".

Il fatto di stipulare rapporti di lavoro subordinato mette l'imprenditore nel potere di ordinare al lavoratore cosa fare senza dover rinegoziare il contratto di lavoro perché, proprio in base al contratto, il lavoratore ha accettato il vincolo della

subordinazione e quindi il dovere di obbedire alle direttive datoriali conformative della prestazione rispetto alle esigenze aziendali.

Il meccanismo in parola è efficiente sin tanto che i costi di transazione vengono assorbiti dai costi connessi alla stipula di un contratto di lavoro subordinato. Tuttavia, al superamento della soglia della "convenienza", la grande impresa si rende conto che reperire all'esterno il fattore lavoro consente un risparmio superiore a quello garantito dall'abbattimento dei costi di transazione ottenuto dalla stipula di contratti di lavoro.

Secondo Coase quindi, al superamento di detta soglia l'impresa ha più convenienza a reperire il lavoro sul mercato. Tale reperimento oggi avviene non solo attraverso i contratti d'opera e di para-subordinazione, ma anche attraverso il ricorso a forme contrattuali che internalizzano l'individuo e la sua prestazione, ma lasciano al di fuori dell'impresa il rapporto di lavoro.

La teoria in commento, pertanto, può dare contezza dello sviluppo delle esternalizzazioni in relazione a tutti i modelli industriali, dalla piccola alla grande azienda essendo il superamento dei costi di transazione un'eventualità che accade potenzialmente presso tutte le realtà.

#### **5. Autor e la correlazione tra libertà di licenziamento e utilizzo di forme flessibili di lavoro**

Vi è una teoria che mette in relazione due particolari dinamiche del mercato del lavoro al fine di scoprire le ragioni dell'incremento delle esternalizzazioni: la normativa vigente in un dato periodo in un dato paese e l'entità dell'utilizzo del lavoro interinale tramite agenzia.

Un interessante studio condotto<sup>21</sup> in passato negli Stati Uniti, ha dimostrato infatti che negli ultimi trent'anni, l'industria americana della somministrazione temporanea di forza lavoro (*Temporary Help Service - THS*) è cresciuta cinque volte più rapidamente rispetto alla totalità dell'occupazione standard.

Durante lo stesso periodo i tribunali di quarantasei Stati hanno introdotto dei limiti al principio di *common law* della libera recedibilità dal rapporto di lavoro; limiti che hanno posto un freno alla libertà del datore di risolvere il rapporto di lavoro favorendo, conseguentemente, il contenzioso giudiziario.

Vi è dunque un rapporto tra l'affermarsi del principio della giustificazione del licenziamento e il diffondersi della fornitura temporanea di lavoro o, più in generale, dei processi di esternalizzazione della manodopera, in una situazione che vede la crescita, di per sé significativa, del 20% della fornitura di lavoro temporaneo tra il 1973 ed il 1995 e dell'utilizzazione indiretta giornaliera di oltre mezzo milione di lavoratori a termine nell'anno 2000.

Dunque il risultato di questa ricerca è paradossale e, segnatamente, nella misura in cui l'intervento nel mercato del lavoro, volto a proteggere e aumentare i diritti dei lavoratori, abbia prodotto conseguenze inattese e potenzialmente di segno opposto.

Altri studi (*Acemoglu e Angrist - 2001; De Leire 2000*<sup>22</sup>) hanno rilevato che anche l'introduzione nel mercato del lavoro statunitense della legge sui disabili ha ridotto l'accesso al lavoro delle fasce svantaggiate, mentre la ricerca *Oyer e Schaefer* (condotta tra il 2000 e il 2002<sup>23</sup>) ha fornito la prova di come la Legge sui Diritti Civili Americana del 1991 abbia prodotto l'aumento del ricorso al

---

<sup>21</sup> Autor, *Outsourcing at will: il contributo del principio della giustificazione del licenziamento all'incremento del ricorso all'esternalizzazione della manodopera*, Riv. it. dir. Lav. 2004, 4, 459.

<sup>22</sup> I cui riferimenti possono essere rinvenuti sempre nell'articolo sopra citato di Autor, *Outsourcing at will: il contributo del principio della giustificazione del licenziamento all'incremento del ricorso all'esternalizzazione della manodopera*, Riv. it. dir. lav. 2004, 4, 459

<sup>23</sup> Vedi sempre, per i riferimenti, Autor, *op.cit.*

licenziamento collettivo da parte delle imprese, quale "difesa" dalle conseguenze del licenziamento di lavoratori di colore, nonché l'aumento delle retribuzioni dei lavoratori con maggiore esperienza a scapito delle giovani generazioni.

La ricerca di Autor rileva dunque che lo sforzo legislativo e della giurisprudenza di proteggere i lavoratori dai licenziamenti ingiustificati ha determinato l'aumento della fornitura di lavoro temporaneo, che è un lavoro meno appetibile, che offre minori garanzie e un salario inferiore rispetto al lavoro diretto.

Va comunque sottolineato il fatto che, dai dati qui forniti, le conseguenze positive legate al declino del principio della libera recedibilità dal rapporto di lavoro non possono emergere. Ciò che si è voluto evidenziare è come il rafforzamento della stabilità del posto del lavoro provochi il contrario effetto dell'incremento del ricorso al lavoro flessibile.

Infatti, dal momento che la citata analisi indaga un solo aspetto legato alla risposta ai mutamenti degli orientamenti legislativi e giurisprudenziali, la stessa non fornisce la prova dei benefici che i lavoratori potrebbero avere conseguito per effetto delle norme citate.

La dottrina statunitense ritiene, comunque, che alcune restrizioni legali alla libertà contrattuale possono avere effetti positivi (*Aghion e Hermalin* 1990; *Levine* 1991)<sup>24</sup>.

La questione se i lavoratori siano stati, nella sostanza, danneggiati dalle posizioni assunte dalla giurisprudenza - e, in caso affermativo, quale categoria

---

<sup>24</sup> Vedi sempre, per i riferimenti, Autor, *op.cit.*

di lavoratori ne abbia subito maggiormente le conseguenze - è una questione tuttora aperta.

Ciò nonostante Autor ritiene che sarà facile veder emergere un orientamento negativo nei confronti degli effetti dell'esternalizzazione sulla condizione lavorativa dei soggetti ivi coinvolti. La dimostrazione di tali effetti negativi è tra gli scopi del presente lavoro, in cui si cercheranno di evidenziare i pregiudizi alla condizione del lavoratore subordinato connessi ai processi di outsourcing, e si cercherà di avanzare qualche proposta di lettura della materia in grado di alleggerire gli effetti deteriori a carico della parte più debole del rapporto.

## **6. Conclusione**

In sintesi, le teorie economiche presentate legano il fenomeno dell'esternalizzazione del lavoro dall'impresa al superamento del potere dell'azionariato rispetto a quello manageriale nell'assetto gestorio delle grandi aziende, e relativi effetti a catena (Sennet); all'incremento delle dimensioni dell'impresa tale da rendere antieconomico il ricorso all'internazionalizzazione della forza lavoro (Coase); al progressivo incremento dei limiti giurisprudenziali al licenziamento, nei paesi di *common law* (Autor).

Come anticipato sopra, la prima teoria si applica ai modelli industriali di notevoli dimensioni, mentre le seconde sono adattabili ad ogni realtà produttiva.

È dunque possibile affermare che scorporare il rapporto di lavoro dall'impresa che lo utilizza può quindi essere visto come valore in sé, che viene ricercato indipendentemente dalla dimensione economica dell'azienda che ricorre all'esternalizzazione.

Dal lato datoriale, difatti, queste procedure consentono, in linea generale, di risparmiare denaro, di incrementare la qualità nel caso di lavorazioni

specializzate ma non così consuete per l'impresa e di liberare risorse per altre attività.

Cio' nonostante, affinché si realizzino le condizioni economiche per rendere vantaggioso l'impiego del lavoro esternalizzato, occorre che si verifichino anche altre variabili:

L'esternalizzazione, infatti può essere vantaggiosa quando

- gli input sono standardizzati, per esempio quando ci sono parecchi fornitori di manodopera che tra loro si fanno concorrenza;
- quando si realizzano economie di scala nelle ditte che forniscono le lavorazioni intermedie alla realizzazione del prodotto finale, rendendo antieconomica la produzione in proprio da parte dell'azienda utilizzatrice finale.
- in caso di necessità, da parte dell'impresa, di manovalanza non specializzata, o, al contrario
- in caso di necessità da parte dell'impresa di lavoratori altamente specializzati per un periodo definito di tempo<sup>25</sup>.

Pertanto, molti economisti<sup>26</sup> sostengono che l'outsourcing, globalmente considerato, sia un fattore positivo per l'economia, poichè integra una ulteriore forma di libero commercio che incrementa il tasso di prosperità dell'economia. Inoltre esso sarebbe idoneo a stimolare il mercato poichè l'impiego di manodopera a costi inferiori permette alle imprese di essere più efficienti e produttive, di creare la medesima quantità di beni impiegando meno risorse, di risparmiare sul costo del lavoro e di liberare risorse e lavoratori da impiegare per altri compiti.

---

<sup>25</sup> Si veda l'esemplificazione elaborata da Eurofound in ordine alle ragioni economiche del ricorso all'esternalizzazione sul sito: <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/OUTSOURCING.htm>

<sup>26</sup> J.N. Bhagwati, *In Defense of Globalization*, CFR Book, Oxford University Press, July 2007.

Per fare alcuni esempi, l'azienda che ricorre all'affidamento in appalto di un servizio prima realizzato in proprio, può godere del vantaggio dato dal fatto che secondo il diritto italiano ai lavoratori dell'impresa appaltatrice non deve essere applicato il medesimo trattamento contrattuale vigente presso la committente.

In questo modo, utilizzando lavoratori in appalto, l'impresa può ottenere la lavorazione di cui abbisogna impiegando indirettamente, ovvero attraverso l'inteprosizione di un'appaltatrice di servizi, delle risorse che le sarebbero costate certamente di più se l'impresa avesse dovuto assumere e mantenere in proprio i lavoratori oggetto dell'appalto, e ciò proprio in ragione del fatto che a detti lavoratori non si deve applicare il medesimo trattamento dei lavoratori interni all'azienda.

Ancora, l'utilizzo di lavoratori in regime di somministrazione consente all'impresa di risparmiare sul costo di gestione delle risorse umane, dato che tutta la fase di reclutamento, assunzione e gestione del lavoratore viene eseguita dall'agenzia di somministrazione, in tal modo consentendo un notevole risparmio di tempo.

Gli studi di cui sopra<sup>27</sup> sostengono inoltre che l'outsourcing non provocherebbe effetti di precarizzazione del mercato del lavoro.

Secondo una rilevazione condotta in territorio statunitense, infatti, l'outsourcing non sta distruggendo posti di lavoro, in quanto gli stessi andrebbero persi comunque se non si instaurassero rapporti di lavoro flessibili, perchè senza ricorso al lavoro esternalizzato sarebbe troppo costoso produrre i medesimi beni che invece è possibile ottenere proprio grazie alle economie sulla risorsa lavoro. Senza ricorso al lavoro esternalizzato, infatti, la contrazione nella produzione di beni dovuta all'incremento dei costi di produzione porterebbe ad

---

<sup>27</sup> J.N. Bhagwati, *In Defense of Globalization*, cit.

un decremento dell'offerta, con necessità di ridurre l'impiego di risorse per produrre i beni stessi, causando quindi la dismissione della forza lavoro eccedente da parte dell'impresa<sup>28</sup>.

Tuttavia, anche i più fedeli sostenitori del "libero commercio di lavoratori" alla fine arrivano ad ammettere che le esternalizzazioni hanno conseguenze destabilizzanti per l'economia, a causa dell'ingente numero di lavoratori che, inevitabilmente, si trovano ad essere licenziati, ovvero estromessi dal processo produttivo a causa di questo sistema.

Per arginare questa circostanza negativa si dovrebbe quindi ricorrere a misure di aiuto per la ricollocazione del personale mediante corsi di formazione e assistenza alla ricollocazione, oltre che ad una radicale riforma della formazione professionale, in modo da creare professionalità di alto livello facilmente reimpiegabili. Inoltre, molti analisti invocano l'incremento dei sussidi di disoccupazione al fine di aiutare i lavoratori che si sono ritrovati ad essere disoccupati.

Secondo alcuni analisti, infatti, anche se i costi per le citate iniziative sono alti, essi rimarranno comunque probabilmente al di sotto delle perdite che si dovrebbero sopportare se si ponessero limiti alle esternalizzazioni, anche in virtù del fatto che i maggiori guadagni delle aziende consentirebbero di porre a carico di queste contributi sociali per la disoccupazione più ingenti<sup>29</sup>.

L'impostazione da ultimo riportata, quindi, tende da un lato a valorizzare il libero commercio, anche quello dei lavoratori, ma fa poi ricadere le riconosciute

---

<sup>28</sup> J.N. Bhagwati, *In Defense of Globalization*, cit.: "Outsourcing is not destroying American jobs. These jobs are going anyway, because otherwise the goods would be too expensive to produce and the companies that make them would no longer be competitive"

<sup>29</sup> E. Groshen, citata da S. Otterman, *Trade: outsourcing jobs*, 2004, disponibile al sito del Council of Foreign Relations: <http://www.cfr.org/publication/7749/#p9>.

conseguenze negative dei processi di esternalizzazione sul sistema pubblico di sicurezza sociale e di vocational training.

Appare quindi evidente la contraddizione esistente nelle teorie che supportano il libero mercato, perchè se esse, da un lato, promuovono l'assenza di limiti legislativi di sorta per le imprese che vogliono ricorrere alle esternalizzazioni, dall'altro riconoscono la non capacità di autonoma regolazione del mercato, dovendo ricorrere alla "mano pubblica" in caso di difficoltà.

Pertanto una disciplina che regoli il ricorso all'outsourcing, impedendo per esempio l'esistenza di fenomeni come quelli delle "imprese senza lavoratori", risulta essere maggiormente auspicabile rispetto all'assenza di limitazioni. Fortunatamente la regolamentazione è la tendenza: in moltissimi paesi sono state introdotte discipline regolative del fenomeno interpositorio.

In territorio comunitario infatti la legislazione sulle esternalizzazioni è molto sviluppata e tende a fornire ai lavoratori coinvolti delle garanzie idonee a compensare la situazione di precarietà in cui essi si trovano.

## **7. Un raffronto tra le teorie economiche presentate e la legislazione comunitaria**

In ambito comunitario è possibile affermare il legislatore ha posto in essere una regolamentazione tendente a disciplinare il fenomeno delle esternalizzazioni, da un lato consentendo fenomeni di interposizione, ma dall'altro approntando una rete di protezione per i lavoratori coinvolti attraverso la responsabilizzazione delle imprese fornitrici ed utilizzatrici.

A livello di esame della disciplina generale, è possibile infatti affermare che certi fenomeni vengono consentiti solo nell'ambito di precise garanzie.

Per esempio, con la direttiva 98/50/CE si è cercato di incrementare le garanzie dei lavoratori coinvolti mediante la imposizione di regimi di solidarietà tra cedente e cessionario in caso di trasferimento d'azienda: infatti, in questi casi, *“il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento”*.

Ancora, in tema di distacco di lavoratori, gli Stati membri sono tenuti a controllare che le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati un nucleo duro di regole imperative di protezione fissate nello Stato membro sul territorio del quale viene svolto il lavoro; inoltre, ai sensi della direttiva 96/71/CE, gli Stati membri possono prevedere che le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati a titolo interinale il beneficio delle stesse condizioni dei lavoratori interinali nello Stato membro sul cui territorio si svolge il lavoro.

Infine, la direttiva 08/104/CE mira ad assicurare il rispetto del principio di eguaglianza di trattamento nei confronti dei lavoratori interinali (sommnisti) e a creare una cornice comune per definire le ipotesi di impiego dei lavoratori tramite agenzia.

Il legislatore italiano, sul punto, ha inoltre stabilito un regime di solidarietà passiva per i crediti retributivi e contributivi dei lavoratori in caso di somministrazione ed appalto tra la fornitrice e l'utilizzatrice di manodopera.

Il legislatore comunitario dunque non è stato, per usare le parole di Sennet, nè “renano”, nè “angloamericano”: l'intervento è volto a regolare il mercato, imponendo dei limiti al “libero commercio dei lavoratori”, coinvolgendo le imprese in regimi di solidarietà idonei a tutelare soprattutto il reddito dei lavoratori in outsourcing.

## 8. L'orientamento giurisprudenziale dominante

In dottrina è stata rilevata la connessione tra l'incremento delle esternalizzazioni e le modifiche giurisprudenziali del concetto di subordinazione.

Molti degli strumenti del decentramento produttivo erano già da tempo presenti nella legislazione italiana: basti pensare al trasferimento d'azienda, di cui all'art. 2112 c.c., ed all'appalto di manodopera, che veniva vietato dalla l. 1369/60 per tutte le ipotesi di appalto che si concretizzavano in mero sfruttamento parassitario di manodopera, ma che era invece consentito per le limitate ipotesi di appalti "leciti" previsti dalla legge stessa.

Vi è inoltre da sottolineare che fenomeni contrattuali riconducibili all'appalto, ove, in altre parole, si poteva riscontrare una triangolazione del rapporto di lavoro a causa dell'inserimento di un terzo soggetto, "fornitore" a vario titolo di manodopera, si possono rinvenire a partire dagli anni trenta anche nelle legislazioni di vari paesi dell'America Latina, in ragione della tradizionale influenza del diritto italiano sulle legislazioni di detti paesi<sup>30</sup>.

Istituti che consentivano quindi l'esternalizzazione erano pertanto presenti sia nell'ordinamento italiano, sia in quello di altri paesi al mondo già in tempi passati.

Recentemente, questi istituti hanno subito una "revisione" ed un ampliamento che hanno a loro volta determinato una differente valutazione del concetto di subordinazione.

Nel corso degli ultimi decenni, infatti, accanto alla variazione sul campo economico-produttivo, si è prodotta anche una modificazione nell'attitudine culturale del legislatore verso i fenomeni di *outsourcing*, che ha consentito

---

<sup>30</sup> O. Ermida Uriarte, N. Colotuzzo, "Descentralización, tercerización, subcontratación", Lima OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 111 e ss.

l'emanazione di discipline dallo stampo liberistico<sup>31</sup> produttive dell'incremento del lavoro esternalizzato.

Su questo aspetto, per quanto attiene perlomeno la situazione italiana, è stato sostenuto che uno dei fattori che hanno determinato il progressivo affermarsi del lavoro in *outsourcing*<sup>32</sup> è il prevalere sugli altri dell'orientamento giurisprudenziale che lega essenzialmente la sussistenza della subordinazione alla presenza del potere di etero-direzione sui dipendenti.

Questa lettura dell'art. 2094 c.c. è stata ricollegata in particolare all'incremento dello sfruttamento del lavoro parasubordinato, che in realtà non costituisce una tipica modalità di esternalizzazione, ma che integra, tuttavia, una delle tecniche con cui le imprese si approvvigionano di professionalità, che un tempo erano normalmente interne, senza instaurare rapporti di lavoro subordinato con gli interessati.

Questa modificata valutazione giurisprudenziale della subordinazione avrebbe pertanto contribuito a creare il clima favorevole all'avvento delle riforme legislative che hanno introdotto nel nostro ordinamento l'outsourcing, declinato nelle diverse forme in cui oggi lo conosciamo.

Nel dettaglio, secondo la dottrina in parola<sup>33</sup>, tra le cause che hanno originato il diffondersi del lavoro esternalizzato c'è stata anche una modifica nella valutazione legislativa del fenomeno interpositorio, a sua volta determinata dal prevalere dell'orientamento giurisprudenziale per cui l'elemento cardine della sussistenza della subordinazione era la sola presenza del potere di eterodirezione sul lavoratore da parte dell'imprenditore.

---

<sup>31</sup> *Contra* Tiraboschi, *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio: un processo di liberalizzazione?*, Riv. it. dir. Lav. 2006, 4, 477.

<sup>32</sup> Piccinini, *Le vie di uscita dalla precarizzazione*, Il lavoro nella giurisprudenza, 12/2006.

<sup>33</sup> Piccinini, *Le vie d'uscita dalla precarizzazione*, Il lavoro nella giurisprudenza, 12/2006.

L'orientamento in parola può essere efficacemente riassunto nella seguente massima: *"Ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo ovvero subordinato, il "nomen iuris" attribuito dalle parti, al pari di altri elementi quali l'osservanza di un determinato orario di lavoro, la cadenza e la misura fissa della retribuzione, l'assenza di rischio, la continuità della prestazione lavorativa ed altri, ha carattere sussidiario, essendo elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, che si estrinseca in specifiche disposizioni oltre che in una vigilanza e in un controllo assiduo delle prestazioni lavorative, da valutarsi, in relazione alla peculiarità delle mansioni ([Cassazione civile, sez. lav., 17 giugno 2009, n. 14054](#)); infatti, quando dal comportamento effettivo tenuto dalle parti nel rapporto di lavoro possa desumersi l'assoggettamento della prestazione al potere direttivo del datore, il rapporto stesso deve per ciò solo qualificarsi come rapporto di lavoro subordinato ([Cassazione civile, sez. lav., 09 gennaio 2004, n. 166](#)).*

Come noto, ove vi sia una notevole attenuazione del vincolo della subordinazione e la presenza di una certa libertà nell'organizzazione del lavoro, per riconoscere una posizione subordinata da un reale rapporto di lavoro autonomo è possibile far ricorso ad altri criteri guida (vincolo d'orario, modalità retributive, assenza in capo al lavoratore di mezzi propri per l'esecuzione dell'attività lavorativa, l'alienità del risultato dell'attività prestata e del relativo rischio economico, etc., cfr. C. Cass. 12033/92; 8804/94; 10829/94 ).

Tuttavia, se il criterio predominante riconosciuto dalla giurisprudenza è l'eterodirezione, una volta che è stabilita la sussistenza di questo elemento, gli altri indici possono anche passare in secondo piano.

## 9. Il contratto di appalto: un esempio

Un esempio concreto di come la predominanza di questo orientamento giurisprudenziale avrebbe dunque contribuito a determinare<sup>34</sup> un clima concettuale favorevole alla elaborazione di discipline contrattuali in cui il solo esercizio del potere direttivo sarebbe da solo in grado di fondare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, anche in assenza di tutti gli altri criteri che tradizionalmente legano un soggetto al suo datore di lavoro, si rinviene nell'analisi dell'appalto di servizi disciplinato dall'art. 29 d.lgs 276/03.

La norma in parola, al primo comma, prevede infatti che l'appalto si caratterizzi *"per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa"*.

Poniamo quindi il caso di un lavoratore assunto da un'impresa appaltatrice: egli viene inviato presso l'azienda committente per eseguire il servizio oggetto dell'appalto e, secondo il legislatore del 2003, affinché l'appalto sia lecito basta, al limite, solo che detto lavoratore sia sottoposto al potere direttivo ed organizzativo dell'appaltatore.

Il d.lgs. in pratica equipara la presenza di un dato materiale (l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore) all'esercizio di un potere giuridico. In questo modo legittima le forme di appalto in cui i lavoratori sono inseriti in una struttura ove utilizzano macchinari, impianti e strumenti di lavoro del committente, rispettano verosimilmente gli orari ed il codice disciplinare della struttura ove sono inseriti, lavorano magari fianco a fianco con i

---

<sup>34</sup> Piccinini, *op. cit.*

dipendenti del committente, e contribuiscono alla realizzazione del prodotto di ques'ultimo ma, il solo fatto di ricevere, magari una sola volta, una generica direttiva sullo svolgimento del loro lavoro, impedisce di catalogare gli appaltati come dipendenti del committente. Si ha, quindi, una chiara scissione del dato formale da quello sostanziale, al limite suscettibile di realizzare la c.d. "impresa senza dipendenti".

Emerge dal tenore di queste parole una connotazione valutativa negativa del fenomeno descritto: la dissociazione tra il dato sostanziale e quello formale è sridente; il solo esercizio di un potere giuridico viene equiparato alla organizzazione di mezzi da parte dell'imprenditore.

Inoltre, nel caso dell'appalto di servizio disciplinato dall'ordinamento italiano, ai lavoratori appaltati è applicato il CCNL dell'impresa appaltatrice, e non quello in vigore presso il committente, essendo formalmente questi lavoratori dipendenti dell'appaltatore. Questo, per quanto riguarda l'ordinamento Italiano è causa di discriminazione tra lavoratori che, pure contribuendo di fatto all'attività della medesima azienda, si vedono applicare trattamenti normativi e retributivi nettamente diversi (per non dire inferiori) rispetto a quelli in vigore per i dipendenti interni all'azienda committente. Oltretutto nella pratica si verificano<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Sul punto si veda per esempio l'indagine condotta dalla trasmissione giornalistica di approfondimento RAI "Report". Nel 2006 è stata condotta dalla testata un'inchiesta sul fenomeno del ricorso a pratiche di esternalizzazione di lavoratori presso alcuni ospedali romani e italiani in genere, "*cioè di appaltare a cooperative e ditte l'acquisto di ore di lavoro per sopperire a carenze di personale assunto direttamente dalla azienda stessa. Questo fenomeno comporta la precarizzazione del lavoro e dei lavoratori (buste paghe più basse rispetto ai lavoratori cosiddetti strutturati, contributi pagati per metà nel caso di lavoratori di cooperative, ridotte tutele, ecc.)*". Questa tesi, contestata allora dall'assessore alla Sanità della Regione Lazio, viene oggi – 2009 – acquisita come valida dall'Amministrazione Regionale. L'aggiornamento fa il punto della situazione a distanza di 3 anni" e descrive come a seguito di proteste sindacali e ricorsi giudiziari, l'azienda sanitaria coinvolta abbia finalmente riscontrato l'illegittimità dell'appalto intercorso per la somministrazione degli infermieri, la maggiore onerosità degli appalti rispetto all'assunzione in proprio del personale, (con profili penali di abuso d'ufficio e corruzione da parte degli assessori regionali coinvolti) e

normalmente situazioni in cui, di fatto, il potere direttivo, ovvero l'unica àncora di liceità dell'appalto, viene in concreto esercitato dalla committente proprio per il fatto che, come detto sopra, un lavoratore che per contratto si trova inserito in tutto e per tutto in un contesto aziendale alieno non può essere verosimilmente estraneo all'ambiente che lo circonda. Non è verosimilmente pensabile infatti che il lavoratore appaltato sia immune da ingerenze dell'utilizzatore.

La forma quindi segue la sostanza in tutti gli aspetti del rapporto, tranne che per quello più rilevante per il lavoratore, ovvero la stabilizzazione del rapporto presso l'effettivo utilizzatore.

Ci si chiede, a questo punto, se sussiste quindi un legame tra l'avvento di questa giurisprudenza dell'etero-direzione e l'incremento delle forme di appalto?

Prima del d.lgs 276/03, la giurisprudenza non aveva, invero, spunti di differente avviso<sup>36</sup>: anche in passato, sussisteva la subordinazione del lavoratore

---

abbia quindi siglato un protocollo d'intesa per l'assunzione diretta degli infermieri senza più ricorrere all'appalto -[http://www.report.rai.it/R2\\_popup\\_articolofoglia/0,7246,243%255E1086818,00.html](http://www.report.rai.it/R2_popup_articolofoglia/0,7246,243%255E1086818,00.html).

<sup>36</sup> [Cassazione civile, sez. lav., 07 settembre 1993, n. 9398](#): "*Ai fini di valutare la legittimità dell'appalto di manodopera il giudice può tener conto - oltre che dell'utilizzazione di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante - anche delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa che manifestino la sussistenza di un rapporto di subordinazione diretta con il committente*"; Tribunale Roma, 04 marzo 1996: "*Sono indici rivelatori di un appalto di mere prestazioni di lavoro, vietato dall'art. 1 l. 23 ottobre 1960 n. 1369, lo svolgimento delle mansioni secondo modalità rivelatrici di un vincolo di subordinazione diretta tra prestatore e appaltante, nonché l'eccedenza delle prestazioni lavorative rispetto a quelle dedotte nel contratto di appalto e l'intraneità delle prime al ciclo produttivo dell'impresa appaltante, nell'ambito di un rapporto di intromissione stretta e necessaria.*"; Pretura Bergamo, 23 maggio 1995: "*Va esclusa la configurazione di un contratto di appalto e va, invece, ritenuto sussistente un rapporto di lavoro subordinato quando, unitamente ad altri prevalenti elementi indiziari in tal senso (coincidenza dell'iscrizione nell'albo artigiani con l'inizio del rapporto "de quo"; emissione di fatture solo a nome di quel contraente il quale forniva anche materiali, macchinari e attrezzature diverse; sottoposizione a controllo con le stesse modalità previste per gli altri lavoratori), l'affidamento delle mansioni ha permesso all'imprenditore di dislocare in altre attività operai che, diversamente, sarebbero stati impegnati anche all'espletamento delle suddette mansioni; con ciò realizzando un inserimento organico del lavoratore nell'impresa.*"

all'appaltatore, l'appalto era genuino. Se invece vi era etero-direzione da parte del committente sui lavoratori appaltati, allora l'appalto era fraudolento.

Si avanzano pertanto dubbi sulla imputabilità del mutato orientamento giurisprudenziale al novero dei fattori che hanno determinato l'incremento delle esternalizzazioni: in effetti, può anche sostenersi che le teorie giurisprudenziali non abbiano facilitato il fenomeno, ma si siano limitate a descrivere una mutata realtà di fatto, interpretando le intervenute modifiche legislative senza comunque discostarsi dai tradizionali sentieri percorsi per identificare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Anche prima della legge Biagi l'elemento cardine della presenza di un rapporto di lavoro subordinato era la sussistenza del potere direttivo.

E' però vero che, con la legge Biagi, il legislatore ha inteso donare a questo potere una importanza tale da superare, nella scala dei valori, la valenza di tutti gli altri indici della subordinazione, rendendo questo unico criterio l'elemento idoneo e sufficiente a fondare la sussistenza della subordinazione, anche in presenza di elementi materiali che depongono magari in senso contrario.

L'appalto potrà essere legittimo, quindi, anche nel caso in cui il lavoratore sia inserito nell'azienda del committente, osservi l'orario di lavoro di questa, utilizzi i suoi macchinari e i suoi mezzi: basta solo che vi sia un soggetto riferibile all'appaltante che diriga questo lavoratore.

Però, è forse auspicabile che vi sia una revisione di questo atteggiamento, revisione che consideri fattori diversi per la ricognizione della subordinazione e la sussistenza di un rapporto di lavoro, come previsto per esempio dalla R. 198/2006 ILO (vedi capitolo 5).

Valorizzare meccanismi di tal genere potrebbe portare a valutare differentemente le situazioni sopra richiamate, in modo da conferire la possibilità a lavoratori appaltati, che di fatto hanno diritto a determinate prerogative, di goderne effettivamente e non esserne privati per considerazioni meramente formali.

Trattare situazioni sostanzialmente uguali in modo differente viola infatti il principio di eguaglianza stabilito dall'articolo 3 della Costituzione Italiana: il lavoratore appaltato che di fatto svolge un ruolo speculare a quello interno all'azienda non gode dell'applicazione del medesimo contratto collettivo del committente, e ciò solo per la presenza di un potere di etero-direzione esercitato nei suoi confronti da parte dell'appaltatore.

#### **10. La para-subordinazione: un secondo esempio**

L'ipotesi interpretativa giurisprudenziale proposta riguarda inoltre non solo i lavoratori coinvolti in un appalto di manodopera, ma anche e soprattutto quelle figure che non godono di alcuna, o quasi, tutela correlata lavoro dipendente, per il semplice fatto che non si tratta di lavoro dipendente.

Ci si riferisce appunto alle collaborazioni coordinate e continuative a progetto, diffuse notevolmente nel corso degli ultimi 15 anni come forma di lavoro para-subordinato anche se la loro originaria previsione da parte della legge sul nuovo processo del lavoro del 1973 aveva l'unica finalità di estendere ad alcuni rapporti (come quello di agenzia), la giurisdizione del giudice del lavoro.

In altre parole, si vuole rilevare che un fenomeno che ha assunto negli anni notevoli dimensioni si è potuto sviluppare nonostante una sostanziale assenza di apposita disciplina.

La ragione di questo accadimento è stata ricondotta, sempre dalla medesima dottrina<sup>37</sup>, all'avallo di una giurisprudenza che molto spesso ha attribuito natura autonoma anche al lavoro di soggetti economicamente dipendenti da un solo committente, che inoltre utilizzano strumenti di lavoro del committente ma che non partecipano al suo rischio di impresa, e che quindi, non essendo soggetti al potere direttivo in forma tale da rendere subordinato il rapporto, venivano catalogati come para-subordinati e quindi sostanzialmente autonomi.

Ciò è stato possibile sempre grazie ad una interpretazione dell'art. 2094 c.c. che molto spesso ha attribuito importanza essenziale esclusivamente all'elemento della cd. "eterodirezione"<sup>38</sup>, vale a dire al fatto di operare "sotto comando" di altri, tramite l'esercizio di un incisivo potere direttivo e disciplinare.

Con la riforma del 2003 si è cercato di arginare il ricorso alle c.d. co.co.co (ovvero collaborazioni coordinate coordinative di cui all'art. 409 c.p.c.) disciplinando innanzi tutto l'istituto ed introducendo parametri più rigidi per la costituzione di un regolare contratto di lavoro para-subordinato.

Il legislatore del 2003 ha cioè eliminato le antiche co.co.co sostituendole con le c.d. co.co.pro., ovvero i contratti di lavoro a progetto di cui all'art. 61 e ss. del dl.gs. 276/03<sup>39</sup>.

In sostanza però le co.co.pro. non sono altro che co.co.co cui è stato aggiunto, come condizione di legittimità, la previsione di un progetto, programma di

---

<sup>37</sup> Piccinini, *op. cit.*

<sup>38</sup> Piccinini, *op. cit.*

<sup>39</sup> Si rammenta che, in ogni caso le co.co.co. non sono scomparse: le pubbliche amministrazioni, infatti sono ancora legittimate a stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche se non riconducibili ad un progetto specifico (art. 1 e 61, D.Lgs. n. 276/2003). Ne consegue che nell'ambito di Enti Locali, Scuole od Università, anche in conseguenza del blocco di nuove assunzioni nel pubblico impiego, vi sia un diffusissimo ricorso a tali forme di rapporto - si parla di oltre 300.000 persone - spesso per far fronte a funzioni proprie tipiche dell'Amministrazione.- Piccinini, *op. cit.*

lavoro o fare di esso che il collaboratore è tenuto a realizzare in "autonoma coordinazione" con il committente. La scarsa e malfatta disciplina di questo istituto ha in pratica esplicitato delle modalità attuative del contratto di collaborazione coordinata e continuativa, prevedendo altresì la sanzione civile del riconoscimento del lavoro come subordinato se nella concretezza dell'esercizio del rapporto non vengono rispettati i termini contrattuali (art. 69 d.lgs 276/03).

Nel settore privato le collaborazioni coordinate e continuative, che continuano ad essere vietate per settori e posizioni specifiche (ad esempio per le prestazioni professionali per le quali è necessaria l'iscrizione in apposito albo, e quindi anche per molti giovani giornalisti, il cui sindacato, non a caso, rivendica tra gli obiettivi prioritari quello dell'attrazione del lavoro autonomo nell'ambito del lavoro subordinato), si sono quindi trasformate, utilizzando le "maglie" offerte dall'art. 61 del D.Lgs. n. 276/2003, prevalentemente in contratti a progetto, anche quando non sempre era individuabile una chiara esigenza temporanea della prestazione volta alla realizzazione di un progetto specifico.

Questa è, attualmente, la forma contrattuale più utilizzata per rispondere alle esigenze di collaborazioni che abbiano, almeno apparentemente, un carattere non subordinato.

Sulla genuinità del ricorso massiccio a tale forma contrattuale vi sono però molti dubbi.

Non si vuole qui demonizzare quelle forme di lavoro effettivamente autonomo, cioè genuine, ma stigmatizzare quelle utilizzate fraudolentemente per mascherare rapporti sostanzialmente dipendenti.

Tutte le forme di lavoro para-subordinato presentano infatti, per i datori di lavoro, soprattutto tre vantaggi, rispetto ad una loro "regolarizzazione" come

contratti di lavoro a tempo indeterminato: il primo è il minor costo, dato, sia dai minori oneri contributivi, sia dal fatto che non esistono tabelle salariali che impongano compensi minimi mensili (come invece avviene per i dipendenti da parte dei contratti collettivi nazionali di lavoro); il secondo riguarda le minori garanzie rispetto ad alcuni istituti - regolamentati dalla legge e dai contratti collettivi solo per i dipendenti - quali ferie, malattia, maternità, ecc..; il terzo è dato dalla sostanziale inesistenza di regole che disciplinino la cessazione del rapporto. Ai corrispondenti svantaggi per il prestatore di lavoro, si aggiunge quello della mancanza di tutela del credito, con due conseguenze negative in caso di fallimento del committente (o comunque di sua insolvenza, quando non è più in grado di pagare i compensi dovuti): infatti, da una parte, il codice civile attribuisce ai collaboratori non dipendenti un grado inferiore di privilegio rispetto ai lavoratori dipendenti; dall'altra, nei loro confronti non interviene alcun Fondo di solidarietà INPS (che per lavoratori subordinati copre integralmente il pagamento del Trattamento di fine rapporto e parzialmente delle ultime tre mensilità).

Se quindi domina l'atteggiamento giurisprudenziale per cui subordinazione è solo etero-direzione, e se grazie all'avallo di questo orientamento sono gemmate le figure di lavoro precario sopra descritte, allora si impone quantomeno un'attenta valutazione di ciò che nella pratica effettivamente sono parasubordinazione, autonomia autentica, lavoro esternalizzato legittimamente e subordinazione.

### 3. La modulazione della posizione datoriale ed i riflessi sul rapporto di lavoro nelle relazioni trilaterali di lavoro

#### 1. Introduzione

Si è detto che le recenti e profonde modificazioni strutturali nel mondo delle imprese, citate nei paragrafi precedenti, sono volte a conseguire risparmi od ottimizzazioni organizzative mediante l'estromissione dal ciclo produttivo diretto di attività che l'imprenditore reputa più conveniente affidare a strutture esterne all'impresa, o comunque diverse da essa, per poi utilizzarne il prodotto. Questo determina la riduzione al minimo del "core business" direttamente gestito dall'azienda, la quale, attraverso vari congegni organizzativi e giuridici, riesce ad affidare a terzi tutta una serie di attività prima gestite in azienda, oppure a far svolgere dette attività da terzi, ma "intra moenia".

Gli istituti cui ci si riferisce sono segnatamente la somministrazione, il distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e l'appalto, da un lato; il trasferimento d'azienda (o di ramo d'azienda) dall'altro. Queste definizioni, che per comodità vengono qui indicate con i nomi che l'ordinamento italiano utilizza, sono invero costruzioni giuridiche presenti a livello globale: basti pensare alle figure del "contratista" e del "intermediario" in diritto spagnolo, alla "soutraitance" francese, al "subcontracting" dell'esperienza anglosassone, alla globale diffusione del lavoro interinale tramite agenzia.

Mediante somministrazione, distacco ed appalto il lavoratore vive una c.d. "internalizzazione", ovvero viene inserito all'interno di un'azienda della quale non è però dipendente. Invece, nel caso del trasferimento d'azienda o di un suo ramo, viene generalmente creata una nuova azienda di cui saranno dipendenti

i lavoratori trasferiti, senza che essi siano inviati a lavorare presso un'impresa della quale non sono dipendenti.

I processi di *outsourcing*, considerati da un punto di vista generale, si caratterizzano tutti per questo sdoppiamento di titolarità, o meglio per questa allocazione diversa di poteri, che una volta facevano capo a una sola figura datoriale ma che, invece, oggi vanno ricercati e ricondotti in capo a coloro che effettivamente ne sono titolari.

Alla domanda “*chi è l'effettivo datore di lavoro?*”, il legislatore italiano davanti a queste questioni dà soluzioni che, da più parti, in dottrina, sono a volte considerate eccessivamente semplicistiche.

Si pensi, ad esempio, all'appalto di cui all'art. 29 d.lgs 276/03: secondo il diritto italiano, il solo esercizio del potere direttivo sui dipendenti da parte dell'appaltatore è sufficiente per caratterizzare l'appalto lecito, ancorché l'appaltatore sia materialmente privo dell'organizzazione dei mezzi strumentali necessari diversi appunto dal fatto di organizzare e dirigere il lavoro altrui. In questo modo, come già sottolineato in precedenza, l'interprete dovrebbe analizzare la situazione di un lavoratore appaltato e qualificarlo come dipendente dell'appaltatore solo verificando che effettivamente quest'ultimo esercita sul lavoratore il potere direttivo, qualificando, dunque, l'appalto come genuino e il lavoratore come dipendente dell'appaltatore.

La soluzione legislativa pare dunque netta e definitiva. In effetti, l'esercizio del potere direttivo è il più decisivo tra gli indizi della subordinazione, come riconosciuto in giurisprudenza, dottrina e inoltre in diritto internazionale del lavoro<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Raccomandazione ILO numero 198 del 2006, art. 13.

Essa però non tiene conto di aspetti fattuali che nella realtà di tutti i giorni collidono con questo schema cristallizzato dalla norma, aspetti legati per esempio al coordinamento che necessariamente deve esserci tra committente ed appaltatore, per cui nella pratica l'esercizio del potere organizzativo può anche cadere in capo all'appaltante, così come l'adempimento degli obblighi di sicurezza, o la posizione di controparte nell'esercizio dei diritti sindacali dei lavoratori.

Di conseguenza, la netta linea di separazione tra i due centri di potere demarcata dalla legge scema verso forme di co-datorialità che richiedono un'analisi puntuale per vedere chi, in concreto, è creditore o debitore di cosa.

La situazione ora descritta si ritrova invero nelle esperienze di molti altri stati, come evidenziato da studi internazionali sul punto<sup>41</sup>. Infatti, nella relazione di lavoro, quando il lavoratore ha a che fare con un solo individuo non c'è di solito dubbio circa l'identità del datore di lavoro.

Questo soggetto è normalmente colui che ha assunto il lavoratore o che pone in essere le normali funzioni di imprenditore: assegnare i compiti, fornire i mezzi per realizzarli, dare istruzioni e supervisionare lo svolgimento della prestazione, pagare i salari, assumere il rischio d'impresa, trarre profitto e porre fine alla relazione di lavoro.

La situazione può, però, essere differente in una relazione "triangolare", dove questi ruoli sono assunti separatamente o congiuntamente da più di una persona e dove nessun soggetto, o viceversa più soggetti, possono essere percepiti dal lavoratore come "datore di lavoro".

Nel caso di relazioni "triangolari" di lavoro, infatti, il lavoratore può ragionevolmente chiedersi: chi è di fatto il mio datore di lavoro? In particolare,

---

<sup>41</sup> *"The scope of the employment relationship, Report V to the International Labour Conference"*, 91st session, 2003, International Labour Office, Geneva, pag. 47.

chi è il soggetto presso cui reclamare il pagamento del salario, o il risarcimento dei danni per un incidente sul lavoro, e cosa succede nel caso in cui il datore sia “nei fatti” scomparso, o comunque di difficile identificazione?

Sono a questo punto necessarie alcune premesse metodologiche perché è necessario capire come si disciplinano detti eventi in relazione ai differenti schemi contrattuali che danno luogo a rapporti di lavoro triangolari.

## **2. Premesse metodologiche sulla terminologia: le relazioni trilaterali di lavoro**

Al principio di questa tesi è stato sottolineato come il c.d. “*outsourcing*” sia un fenomeno che investe il mercato del lavoro della maggior parte dei paesi al mondo. Detto termine, però, traduce un concetto che richiama figure contrattuali multiformi e tra loro non del tutto omogenee.

Queste diversità producono difficoltà definitorie dovute al fatto che il termine esternalizzazione, pur richiamando un fenomeno globale, è declinato in modo diverso nei vari paesi del mondo ed è difficile darne una definizione giuridica che possa essere valida a livello internazionale. Infatti, anche riguardo al solo ambito Europeo, dove dovrebbe esistere una maggiore uniformità, si hanno difficoltà quando si devono indicare le varie categorie che sino a qui sono state chiamate appalto, distacco, somministrazione e trasferimento d’azienda, con riferimento al solo diritto italiano.

Le difficoltà definitorie ora brevemente richiamate hanno persino contribuito alla mancata adozione di una Convenzione Intenzionale dell’Organizzazione Intenzionale del Lavoro sui rapporti di terzizzazione<sup>42</sup>. E’ stato possibile solo

---

<sup>42</sup> O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, “*Descentralizacion, tercerizacion, subcontratacion*”, OIT Lima, 2009.

emanare, sul tema, la Raccomandazione n. 198 del 2006 sulla “Relazione di Lavoro”.

Per quanto attiene in particolare le vicissitudini che sono sorte durante la preparazione di un progetto di Convenzione Internazionale sui rapporti di terzizzazione, si è sostenuto che le cause del “fracasso” della conferenza sono state principalmente due: a) gli aspetti idiomatici relazionati all'espressione “*trabajo en régimen de subcontratación*”, che ha significati distinti, in particolare in francese ed inglese; b) la differente portata di questa espressione, che differisce a seconda della legislazione interna applicabile<sup>43</sup>, anche in paesi con sistemi giuridici simili<sup>44</sup>.

Tali elementi valgono ad indicare la varietà di significati che questo termine indica.

Infatti, in un senso amplissimo, l'istituto dell'esternalizzazione si identifica infatti con la tendenza imprenditoriale e produttiva a realizzare una parte delle proprie attività attraverso altre unità più o meno indipendenti. La portata di questa definizione risulta essere la più lata immaginabile, potendo includere i contatti di interposizione di manodopera come l'appalto, i fenomeni di trasferimento d'azienda o infine l'affidamento a lavoratori interinali di attività *intra moenia*.

In senso ampio, con maggiore precisione tecnico-giuridica, la parola esternalizzazione si può riferire agli strumenti contrattuali che la realizzano e che si diversificano di Stato in Stato.

---

<sup>43</sup> E. Ameglio, “*Vicisitudes del proyecto de convenio internacional sobre trabajo en regimen de subcontratacion*”, in “*Cuarenta y dos estudios sobre la descentralizacion empresarial y el derecho del trabajo*”, Obra colectiva del Grupo de los Miercoles, Primera Edicion, Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005.

<sup>44</sup> In realtà la principale causa della mancata adozione di una convenzione sul tema è in larga misura dipesa dal fatto che il settore imprenditore non era d'accordo con l'emanazione di un atto vincolante sui rapporti di terzizzazione perché ciò avrebbe potuto costituire un limite alla libertà di intrapresa economica, nel senso che avrebbe determinato una limitazione della libertà dell'imprenditore di gestire la propria azienda (e le risorse umane della stessa). Tuttavia, la ragione “ufficiale” della mancata adozione della Convenzione sui rapporti di terzizzazione, legata alle sopra citate metodologiche, da la misura di come esse siano in ogni caso di importanza fondamentale.

In senso stretto, richiama infine i singoli istituti variamente denominati dai vari legislatori nazionali, che sono tutti accomunati dal dato di poter generare relazioni lavorative trilaterali, che possono implicare un occultamento del reale datore di lavoro, o l'apparizione di un potere direttivo compartido o gravante su due distinte imprese.

Ben inteso, le relazioni triangolari di lavoro di per sé non hanno nulla di illecito: si tratta di una modalità di organizzazione dell'attività d'impresa totalmente legittima.

Tuttavia, l'esistenza di fenomeni come società che esternalizzano tutte la loro forza lavoro, la c.d. Impresa senza dipendenti, è un fenomeno noto, e così risalente<sup>45</sup>, che impone la necessità di una chiara regolamentazione dell'outsourcing per evitare e reprimere fenomeni fraudolenti.

Ma se l'esternalizzazione è un fenomeno globale, si impone allora la necessità di analizzarne definizione ed effetti da una prospettiva ampia, o come minimo rapportata alla disciplina che se ne è data a livello comunitario.

Solo stabilendo delle definizioni condivise sarà infatti possibile confrontare gli effetti dei processi di esternalizzazione con il rispetto dei Diritti Fondamentali sul Lavoro di cui alla Dichiarazione omonima del 1999 e degli Standard Internazionali del Lavoro stabiliti sin dal 1919 dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro e miranti a promuovere opportunità per donne e uomini di ottenere un lavoro dignitoso e produttivo in condizioni di libertà, sicurezza, dignità e equità<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Il fenomeno è così socialmente diffuso che persino in letteratura si rinvengono dei riferimenti. Per esempio, in *"Cent'anni di solitudine"*, G.G. Marquez parla di un'imprenditore, che, di fronte alla domanda di alcuni ispettori su chi fossero i suoi dipendenti, relativa a dei lavoratori che in quel momento si trovavano ad operare proprio presso la fabbrica dell'imprenditore, questi rispose *"io non ho alcun dipendente... estos son todos sub-contratistas"*.

<sup>46</sup> Vedi: [http://www.ilo.org/global/What\\_we\\_do/InternationalLabourStandards/Introduction/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/lang--en/index.htm)

Si ribadisce che il fatto di definire, prima ogni ulteriore passaggio, gli istituti di cui si intende trattare non è un esercizio inutile: il dato terminologico ha una sua ben precisa importanza e non deve essere tralasciato in un lavoro che tenda a non considerare solo la prospettiva italiana<sup>47</sup>.

Pertanto, se lo scopo dell'indagine è verificare in che modo si modifica la relazione di lavoro in seguito ai processi di esternalizzazione, prima di tutto si debbono identificare e differenziare gli uni rispetto agli altri gli istituti contrattuali che producono detta esternalizzazione, in modo da poter dire come e in che modo, per il singolo tipo contrattuale, la relazione laborale si trasforma.

Il riferimento che si sceglie di adottare è principalmente il diritto comunitario, essendo l'unico in grado di fornire concetti applicabili in paesi aventi background giuridici tra loro differenti: a livello UE, infatti, il legislatore comunitario ha adottato alcuni atti normativi da cui è possibile trarre definizioni comuni a livello comunitario. Non saranno tuttavia tralasciati rilevanti esempi di legislazioni extraeuropee, sia per una questione di completezza dall'analisi comparativa, sia perché va considerato per esempio che, successivamente al trasferimento di ramo d'azienda o di azienda transazionale, fenomeno già di per se' stesso di esternalizzazione, si vengono spesso ad originare rapporti di assegnazione di lavorazioni alla cessionaria in regime di appalto (*contracting/supply*) o di distacco di lavoratori nell'ambito delle imprese transazionali al di fuori del territorio europeo. Le interconnessioni sono pertanto molteplici ed i regimi contrattuali che regolano i rapporti di lavoro sono di rilevante importanza.

---

<sup>47</sup> La ragione di questo sforzo "definitorio" uniforme è che la forma è la struttura razionale del configurarsi della sostanza, ragion per cui essa non può essere sottovalutata: H. Kelsen, cit. Platone, "*Lineamenti di dottrina pura del diritto*", Einaudi 2000.

### 3. Le legislazioni comunitaria ed internazionale: una panoramica

In generale, gli strumenti attraverso cui realizzare le esternalizzazioni in generale tendono a focalizzarsi su due principali assetti contrattuali: il lavoro tramite appalto (usando la dicitura italiana), e quello tramite agenzia<sup>48</sup>.

Si possono inoltre ricordare il trasferimento d'azienda e il distacco dei lavoratori. Un altro contratto che viene poi in rilievo è il franchising, nel cui caso, un'impresa consente ad un'altra impresa o a una persona di utilizzare il proprio marchio o prodotto. In questo caso, il *franchisee* ha un'obbligazione finanziaria nei confronti del *franchisor*, il che normalmente importa un controllo sul business del *franchisee*, incluso sul suo staff<sup>49</sup>.

Una lista delle normative di riferimento, emanate a livello comunitario, potrebbe dunque essere riassunta nei termini che seguono:

- La direttiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 relativa al lavoro attraverso le imprese di lavoro interinale.
- La Direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001 riguardante il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti.
- Il Regolamento CEE n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di previdenza sociale ai lavoratori dipendenti, ai lavoratori autonomi, nonché ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nonché

---

<sup>48</sup> "The employment relationship, Trends and problems in regulation: A comparative analysis", Report V to the International Labour Conference, 95th session, 2006, International Labour Office, Geneva, pag. 42.

<sup>49</sup> "The scope of the employment relationship, Report V to the International Labour Conference", 91st session, 2003, International Labour Office, Geneva, pag. 40.

- La Direttiva 1996/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 sul distacco dei lavoratori effettuato nel quadro di una prestazione di servizi.
- La Direttiva 77/187/CEE del Consiglio, del 14 febbraio 1977, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti
- La Direttiva 98/50/CE del Consiglio del 29 giugno 1998 che modifica la direttiva 77/187/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti.
- La Direttiva quadro 89/391/CEE concernente l'attuazione delle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, da recepirsi all'interno delle legislazioni degli Stati membri.
- Il Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo"<sup>50</sup> della Commissione delle Comunità europee, ha capito bene la necessità di tutelare i lavoratori da forme fraudolente di sfruttamento: *"L'emergere di diverse forme di lavoro sfuma i confini tra diritto del lavoro e diritto commerciale. La tradizionale distinzione binaria tra "lavoratore per conto proprio" e "lavoratore per conto altrui" non rispecchia fedelmente la realtà economica e sociale. Le differenze possono sorgere in relazione allo status giuridico del rapporto di lavoro quando è nascosta o ci sono reali difficoltà di adattamento tra una forma nuova dinamica di lavoro e il rapporto di lavoro tradizionalmente inteso.*

---

<sup>50</sup> Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, 22.11.2006, LIBRO VERDE Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo, disponibile all'indirizzo [www.europarl.europa.eu/.../com\\_com\(2006\)0708\\_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/.../com_com(2006)0708_it.pdf)

*C'è "lavoro nascosto" quando una persona dipendente non è considerata come tale, per nascondere il reale carattere della relazione ed evitare alcuni costi quali imposte e contributi previdenziali. Questa pratica illegale può derivare da un uso improprio delle norme di diritto civile o commerciale. Il "rapporto di lavoro triangolare" tra l'azienda cliente, un operaio e di un'agenzia di lavoro interinale in genere corrisponde alla situazione nella quale quest'ultima assume un lavoratore, poi trasferito a un utente aziendale, per effettuare servizi nell'ambito di un contratto commerciale. I "datori di lavoro duali", aumentano dunque la complessità derivante dal rapporto di lavoro".*

Per quanto riguarda gli strumenti di diritto internazionale relativi alle esternalizzazioni, si possono enucleare alcune convenzioni, anche piuttosto risalenti (a dimostrazione che il fenomeno non ha nulla di nuovo), che hanno preso in considerazione la possibilità dell'organizzazione dell'attività di impresa attraverso relazioni "triangolari" di lavoro, includendo per esempio i lavoratori coinvolti in fenomeni di intermediazione o di appalto tra i soggetti che dovevano considerarsi ai fini dell'applicazione della relativa normativa.

- La Convenzione OIL n. 94 sulle clausole di lavoro (contratti pubblici), adottata a Ginevra il 29 Giugno 1949, che all'articolo 1.3 dispone che la *"presente convenzione si applica alle opere eseguite da parte di sub-appaltatori o cessionari di contratti"*;
- La Convenzione OIL n. 167 sulla sicurezza e l'igiene nella costruzione, adottata nel 1988, che dispone all'articolo 2 che *"Agli effetti della presente convenzione, la espressione "datore di lavoro" designa i) qualsiasi persona fisica o giuridica che impiega uno o vari lavoratori in un cantiere, ii) secondo il caso, l'appaltatore principale, l'appaltatore o il sub-appaltatore"*.

- La Convenzione OIL n. 176 del 1995 sulla Sicurezza e la Salute in miniera dispone all'art 1 che *"(...) Agli effetti della presente convenzione, il datore di lavoro designa qualsiasi persona fisica o giuridica che impiega uno più lavoratori in una miniera, a seconda che questi agisca in qualità di incaricato dello sfruttamento, di appaltatore principale, di appaltatore o di sub-appaltatore."*
- La Convenzione OIL n. 177 del 1996 sul lavoro domestico si propone, all'articolo 8, di tutelare i lavoratori domestici forniti tramite processi di intermediazione, auspicando che, in tali casi, *"le responsabilità rispettive dei datori di lavoro e degli intermediari debbano determinarsi mediante la legislazione o decisioni giudiziali, in conformità con la pratica nazionale"*.
- La convenzione OIL n. 181 del 1997 sulle agenzie di lavoro private prevede all'articolo 1 che *"il termine agenzia di collocamento privata indica qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendente dalle autorità pubbliche, che fornisce uno o più dei seguenti servizi in relazione al mercato del lavoro: (...) b) i servizi consistenti di assunzione i lavoratori per renderli disponibili a una terza persona fisica o giuridica (di seguito "impresa utilizzatrice"), che assegna loro compiti e ne supervisiona l'esecuzione (...)"*.
- La Raccomandazione OIL 198 del 2006 (v. infra).

Esaminando tutte le norme internazionali citate, si evince che l'interesse dell'OIL è stato sempre quello di avvertire gli Stati Membri del fatto che certe forme di relazioni triangolari di lavoro possono convertirsi in forme di lavoro non protetto. Questo si evince soprattutto dalla Raccomandazione n. 193 sulla promozione delle cooperative di lavoro, 2002, con la quale l'OIL ha inteso mettere in guardia rispetto al fatto che attraverso il lavoro di mediazione delle imprese cooperative è possibile eludere termini concreti derivanti dalla tutela

del diritto del lavoro o, in breve, arrivare indirettamente a promuovere rapporti di lavoro ambigui o dissimulati: gli Stati Membri dovranno infatti *"B) garantire che non è possibile creare o utilizzare le cooperative per eludere il diritto del lavoro o per stabilire rapporti di lavoro mascherato, e combattere le pseudo-cooperative che violano i diritti dei lavoratori, assicurando che la legislazione diritto del lavoro sia applicata in tutte le società "*.

40 anni prima della R193, l'OIL aveva già adottato la Raccomandazione n. 127 sulle cooperative (paesi in via di sviluppo), 1966, che nulla diceva sulla questione: ciò significa che allora il problema dell'utilizzo fraudolento delle relazioni triangolari di lavoro non era così diffuso come oggi, ove invece risulta ben chiara la differenza tra le nozioni di rapporto triangolare di lavoro e di rapporti di lavoro ambiguo.

Tuttavia, la prossimità tra relazione di lavoro triangolare e di relazione di lavoro ambigua spiega come molto probabilmente la triangolazione è in grado di rendere più facile l'ambiguità o la dissimulazione, perché costituisce uno stimolo verso relazioni situate alla fine dell'ambito protettivo del lavoro subordinato, nelle aree cosiddette grigie, o di frontiera, dove il contratto di lavoro, che comporta necessariamente la prestazione di un servizio, viene ad essere confuso con altri contratti di "non-lavoro", ovvero di natura civile o commerciale, che tuttavia coinvolgono anche la prestazione di servizi: i cosiddetti contratti di prestazione di servizi<sup>51</sup>.

La Raccomandazione OIL 198 del ben introduce il nucleo del problema, *"Considerando le difficoltà di stabilire l'esistenza di un rapporto di lavoro*

---

<sup>51</sup>*"In tale contesto sarebbe assai difficile, se non impossibile, riuscire a disciplinare situazioni quasi sempre relegate nella zona grigia dell'incertezza, se non dell'ambiguità giuridica, senza norme internazionali sul lavoro com'è quella costituita dalla raccomandazione che è oggetto di queste note", Giuseppe Casale, La Qualificazione del Rapporto Di Lavoro Nella Raccomandazione N. 198/2006 Dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, Rivista Italiana Di Diritto del Lavoro, Anno XXVI Fasc. 3-2007, Milano, Giuffrè Editore, p. 138.*

*quando non risultano chiaramente definiti i diritti e gli obblighi delle parti interessate, o quando si è tentato di occultare il rapporto, o dove ci siano legislazioni insufficienti o limitate, o quando vi siano insufficienze o limitazioni nella interpretazione o applicazione della legislazione; Notando che le situazioni in cui esistono accordi contrattuali possono avere l'effetto di privare i lavoratori della protezione cui hanno diritto ".*

#### **4. Il trasferimento d'azienda**

Il trasferimento di azienda (Direttive CEE 77/187, 98/50, 2001/23) è definito come qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione dello scambio di beni o di servizi, preesistenti al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità. È stata poi introdotta una nozione di trasferimento di parte di azienda, individuata in una articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, e che conserva nel trasferimento la propria identità, ma che può, secondo il legislatore italiano, essere individuata anche al momento del trasferimento.

La normativa CE si prefigge essenzialmente di garantire la continuità dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'impresa stabilendo:

- Tutela dal licenziamento: il trasferimento non costituisce un motivo di licenziamento valido per il datore di lavoro interessato,
- Mantenimento dei diritti e gli obblighi risultanti dal contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente in occasione del trasferimento vengano trasferiti al cessionario: pertanto, dopo il trasferimento, il cessionario è tenuto a mantenere le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo, per il cedente, fino alla data della risoluzione o

della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo.

- Solidarietà passiva: gli Stati membri possono inoltre prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti, prima della data del trasferimento, da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento.

Va ricordato che il codice civile italiano non contiene una regolamentazione sistematica dell'azienda, alla disciplina della quale il legislatore ha anteposto una definizione di carattere generale, secondo la quale l'azienda è il complesso di beni organizzati per lo svolgimento di una attività imprenditoriale (art. 2555 c.c.).

Tale definizione prevede l'esistenza di una pluralità di elementi, unificati in conseguenza della loro destinazione all'esercizio dell'impresa (complesso di beni, organizzazione, fine di esercitare un'attività di impresa), e che vengono individuati attraverso la qualificazione di bene, e l'indicazione della organizzazione, che fa acquistare al bene la qualità di elemento dell'azienda.

Ma andiamo con ordine.

Va considerato che vi sarebbero<sup>52</sup> più nozioni giuridiche di "azienda", una coincidente con il concetto economico sociale "*per cui entrerebbero a fare parte dell'azienda tutti quegli elementi che ne sono parte sul piano economico*" (c.d. teoria omnicomprensiva)<sup>53</sup>; un'altra, per la quale si può distinguere un nucleo essenziale di azienda, senza la quale essa non sussisterebbe, cui vanno ad aggiungersi gli elementi accidentali, non necessari, quali ad esempio i rapporti

---

<sup>52</sup> A.A.V.V., *Cessione, conferimento, affitto e donazione d'azienda*, IPSOA – Eutekne, 2007.

<sup>53</sup> Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, p. 51, 2002.

giuridici ad essa inerenti (c.d. teoria dualistica)<sup>54</sup>; la teoria universalistica, in base alla quale l'azienda costituisce un'universalità di beni o diritti, un bene nuovo e diverso differente dai singoli beni che la compongono, che può essere oggetto di autonomi diritti<sup>55</sup>; la tesi "atomistica", per cui l'azienda è una semplice pluralità di beni, singolarmente considerati e tra loro funzionalmente collegati, cosicché non esiste un "bene-azienda" che possa fare oggetto di autonomo diritto.

Secondo la teoria dualistica, non farebbero parte dell'azienda i rapporti giuridici in quanto tali, mentre vi sono inclusi i beni organizzati per lo svolgimento dell'attività economica, così come si ricava dall'art. 2555. c.c. .

Il punto di divergenza più evidente tra le sopra citate tesi, dal punto di vista strettamente ermeneutica, è però costituito proprio dal significato da attribuire al termine beni.

Secondo la tesi omnicomprensiva " *l'espressione beni e servizi varrebbe a oggetto di protezione giuridica, tutelato dal diritto mediante previsione di una situazione giuridica soggettiva*".

Rientrerebbero nella nozione le cose, ma anche le entità immateriali, oggetto di diritti assoluti, o acquisiti altrimenti alla disponibilità dell'imprenditore<sup>56</sup>. Può infatti accadere che l'imprenditore sia proprietario di alcuni beni da lui organizzati per lo svolgimento della sua attività, e disponga degli altri in virtù di un titolo obbligatorio; ma può anche accadere che egli non sia proprietario di alcuno di essi, anche in questo caso, sussistendo un complesso di beni organizzati per

---

<sup>54</sup> Auletta, *Azienda nel diritto commerciale*, Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1996, p. 4.

<sup>55</sup> Ferrari, *Azienda (diritto privato)*, Enciclopedia del Diritto, IV, Giuffrè, Milano, 1959.

<sup>56</sup> Pettiti, *Il trasferimento volontario di azienda*, p. 1970, p.132; Ghidini, *Disciplina giuridica dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 156; Colombo, *Il trasferimento dell'azienda ed il passaggio dei debiti e dei crediti*, 1972 e ss.; Tommasini, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, p. 144.

l'esercizio dell'impresa, si rientra nella nozione dell'art. 2555 c.c. Il concetto comprenderebbe secondo alcuni anche i servizi<sup>57</sup>.

Si ammette però da altra parte della dottrina<sup>58</sup> che i beni possono essere della più varia natura, ma non possono esulare dal concetto tecnico di cui all'art. 310 c.c., che è inteso nel senso di ricomprendere sia le cose corporali sia i beni immateriali, e di escludere ogni altro oggetto di rapporti (ad esempio i servizi dei collaboratori).

Anche alcuni autori che aderiscono a questa tesi peraltro ammettono che se l'azienda è il complesso dei beni funzionali all'esercizio dell'impresa, non è possibile stabilire a priori, e con riferimento ad ogni azienda, quali elementi siano necessari alla funzionabilità e quali invece sopprimibili, per cui, in certe forme di esercizio di impresa, la non inclusione nel trasferimento di particolari tipi di contratti, in forza dei quali l'imprenditore acquisisce i beni necessari alla produzione, determinerebbe l'esclusione del fenomeno della fattispecie trasferimento di azienda.

Il dibattito sulla interpretazione del concetto di azienda è stato spesso richiamato dagli autori che si sono occupati della disciplina di cui all'art. 2112 c.c., i quali di solito hanno ritenuto che in diritto italiano non esiste una nozione di azienda costruita a misura del diritto del lavoro<sup>59</sup> per cui si può avere trasferimento di azienda solo laddove vi sia il passaggio di un complesso

---

<sup>57</sup> Galgano, *Diritto civile e commerciale. L'impresa e la società*, p. 80.

<sup>58</sup> Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, p. 144.

<sup>59</sup> Grandi, *Trasferimento d'azienda (dir. lav.) in Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1995; Santoro Passarelli, *Il trasferimento dell'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XV, *Impresa e lavoro*, 1, Utet, Torino, 1980, p. 600; Lambertucci, *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, *ADL*, 1997, 4, p. 134; Minervini, *Impresa cooperative e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 1994, p.6. Contra Pedrazzoli, *Isituti a ratio comunitaria e attività dell'interprete: l'esempio del trasferimento di azienda*, in *AAVV, I trasferimenti aziendali in vista del mercato europeo*; Flaminia, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro*, ivi, p.27; Tinti, *La nozione di trasferimento di azienda e il nuovo art. 2112 c.c. in Magnani (a cura di), Disposizioni in tema di trasferimento di azienda*, p. 647; Villani, *Trasferimento di azienda*, p. 792.

strumentale organizzato per la produzione di beni e per lo svolgimento di servizi.

Una dottrina che ha esaminato il rapporto tra le concezioni commercialistiche dell'azienda e l'art. 2112 c.c, pur ritenendo che rientrino a fare parte dell'azienda anche i beni sui quali l'imprenditori non vanta alcun diritto assoluto, ha però escluso che nel concetto di beni rientrano anche le prestazioni offerte dai lavoratori, in quanto *“l'imprenditore non ha un diritto di godimento delle stesse non sussistendo alcuna norma dalla quale si possa argomentare che l'utilitas tipica del rapporto è in funzione di un lasciar fare al datore di lavoro”*<sup>60</sup>.

Una chiave di lettura può essere a questo punto data dall'applicazione del diritto comunitario, che deve avvenire obbligatoriamente secondo l'interpretazione autentica che ne dà la CGCE.

La più lata definizione di trasferimento d'azienda data a livello comunitario (Direttiva 1977/187/CEE, Direttiva 2001/23/CE, Direttiva 1998/50/CEE) comprende infatti tutte le ipotesi di trasferimento, dovute a fusione, trasformazione, vendita o conferimento in società, di un'entità economica che mantenga, nonostante questo processo, la sua identità, intesa come un *insieme organizzato di mezzi*, in vista dello svolgimento di un'attività economica, indipendentemente dal fatto che questa sia essenziale o accessoria rispetto alla attività della cedente.

Il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi delle direttive citate consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità, che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa da un altro soggetto (v, in particolare, sentenze CGCE 18 marzo 1986, causa 24/85, Spijkers, Racc. pag. 1119, punti

---

<sup>60</sup> Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed. Novene, Napoli, 1966, p. 57.

11 e 12, e 11 marzo 1997, causa C-13/95, Süzen, Racc. pag. I-1259, punto 10).

Il ramo d'azienda è invece ravvisabile in presenza di una articolazione funzionalmente autonoma, sotto il profilo organizzativo, gestionale e produttivo<sup>61</sup>, di una attività economicamente organizzata, da intendersi nel senso di entità idonea allo scopo produttivo organizzato, ovvero a realizzare in maniera autosufficiente un servizio.

È possibile quindi parlare di ramo di azienda suscettibile di essere trasferito quando ricorra quel carattere di autonomia organizzativa ed economica obiettivamente preesistente al trasferimento stesso, che presuppone quanto meno uno specifico centro direttivo dotato, anche solo potenzialmente, di autonomia finanziaria, vale a dire di una piccola azienda, separabile dal complesso aziendale generale.

Si parla, quindi di preesistenza dell'autonomia e della capacità funzionale del ramo aziendale presso il cedente, al fine di evitare assemblaggi ad hoc, concordati fra cedente e cessionario, diretti ad eludere la disciplina di tutela dei lavoratori, altrimenti garantita dalla necessità del consenso (in base alla generale disciplina della cessione del contratto, implicante il consenso del ceduto). Fenomeni come trasferimenti organizzati ad hoc per scorporare parti "indesiderate" della azienda dovrebbero essere in tal modo scongiurati<sup>62</sup>. Questa concezione costituisce da un lato una "salvezza" rispetto all'arbitrarietà insita nella possibilità lasciata dal legislatore italiano (cfr. art 2112 c.c.) di identificare il ramo al momento della cessione, nel senso che sempre e comunque tale ramo dovrà corrispondere ad una entità suscettibile di

---

<sup>61</sup> Cester, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in LG, 2001, p. 505 ss.

<sup>62</sup> Piccioli, *La nuova nozione di ramo d'azienda*, Diritto delle Relazioni Industriali, Numero 2/XV – 2005. Giuffrè Editore, Milano.

autonoma vita produttiva. Dall'altro va però a collidere, secondo una parte della dottrina, con il principio per cui il lavoro non è una merce, di cui alla Dichiarazione di Filadelfia del 1948 (v. infra).

In ogni caso, il recepimento del diritto comunitario, che va interpretato conformemente agli orientamenti della CGCE, impone, pure in assenza di precisa garanzia interna della pre-esistenza del ramo scorporato, anche in territorio italiano il rispetto dei limiti introdotti dal legislatore comunitario, pena l'illegittimità della procedura di trasferimento.

Il legislatore italiano, per inciso, quando ha novellato il testo dell'art. 2112 c.c. (nella parte in cui fa riferimento all'attività economica organizzata) si è infatti discostato dalla definizione corretta (entità economica organizzata) contenuta nella direttiva, in quanto si è concentrato sul solo aspetto circostanziato del mutamento nella titolarità dell'impresa, vicenda successiva implicita nel trasferimento d'azienda<sup>63</sup>.

Va d'altra parte ricordato che la più completa definizione di azienda o di ramo della stesa, per quanto attiene ancora al diritto italiano, dovrebbe andare ad integrare anche la normativa sulla successione tra appalti (che invece è stata nuovamente travisata dal legislatore interno nella trasposizione della direttiva, per cui espressamente, il d.lgs 276/03, art 29, esclude che la successione tra appalti integri un trasferimento d'azienda). Infatti, in base alla sentenza Carlito Abler e altri / Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH, CGCE Causa C-340/01, come peraltro più volte dichiarato dalla Corte di Giustizia delle CE, *“la direttiva 77/187 trova applicazione in tutti i casi di cambiamento, nell'ambito di rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile dell'impresa, che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti*

---

<sup>63</sup> Buonocore, *Il “nuovo” testo dell’art. 2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo d’azienda*, in GC., 2003, II, p. 313 ss.

*dell'impresa stessa. Ai fini dell'applicazione della direttiva 77/187 non è pertanto necessaria l'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra il cedente e il cessionario, atteso che la cessione può essere effettuata per effetto dell'intermediazione di un terzo, quale il proprietario o il locatore”* (v. ancora, in particolare, sentenze CGCE 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e C-172/94, Merckx e Neuhuys, Racc. pag. I-1253, punti 28-30; Süzen, cit., punto 12, e 24 gennaio 2002, causa C-51/00, Temco, Racc. pag. I-969, punto 31).

Pertanto, la normativa sul trasferimento d'azienda si dovrebbe applicare anche ai casi di successione tra appalti, a patto che si verifichi quel complesso di circostanze<sup>64</sup> di fatto che *“caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività”* (sentenze Spijkers, punto 13, e Süzen, punto 14, cit.).

La Corte di giustizia europea si è sostanzialmente orientata a sostenere che, in relazione al tipo di attività o settore economico o in funzione dei metodi di produzione dell'impresa, anche un insieme di rapporti di lavoro funzionalmente collegati e destinati alla realizzazione di una attività, se adeguatamente

---

<sup>64</sup> Sentenza della Corte di Giustizia CE 20 novembre 2003, Causa C-340/01, Carlito Abler e altri / Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH: *“L'art. 1 della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, va interpretato nel senso che quest'ultima si applica alla situazione in cui un committente, che aveva affidato con un contratto la completa gestione della ristorazione collettiva di un ospedale ad un primo imprenditore, pone fine a tale contratto e conclude, per l'esecuzione della stessa prestazione, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, quando il secondo imprenditore utilizza rilevanti elementi patrimoniali materiali di cui si è servito precedentemente il primo imprenditore e messi a loro disposizione in successione dal committente, anche se il secondo imprenditore abbia manifestato l'intenzione di non riassumere i dipendenti del primo imprenditore”*.

coordinata ai sensi della Direttiva 98/50/CE, pur in assenza di elementi patrimoniali, può corrispondere a una entità economica.

Per delineare il ramo di azienda è quindi decisiva l'organizzazione dei mezzi di produzione, più che il loro spessore o la loro pluralità, e tale organizzazione può anche investire soltanto beni immateriali (come l'avviamento, la clientela, il know-how ecc.) o forza lavoro, poiché anche il solo coordinamento di questi ultimi può integrare l'esercizio di una attività imprenditoriale<sup>65</sup>.

Si tratta delle ipotesi in cui lo svolgimento di una attività imprenditoriale avviene attraverso la semplice organizzazione del lavoro altrui, mentre gli elementi materiali assumono un rilievo secondario al fine dello svolgimento dell'attività economica.

Si rammenta a questo punto della trattazione la sopra citata tesi che include i servizi offerti dai dipendenti tra i beni organizzati dall'imprenditore per lo svolgimento dell'impresa, configurando gli stessi come elementi dell'azienda, che in talune forme organizzative assumono il rilievo di elementi essenziali per lo svolgimento dell'attività. Seguendo questa tesi il passaggio dei lavoratori, con le loro professionalità, le conoscenze, non rappresenta una mera eventuale, ma un elemento essenziale per il perfezionamento della fattispecie, per cui il trasferimento dei contratti di lavoro non avverrebbe sulla base dell'art.

---

<sup>65</sup> Per una panoramica: CGCE 24 gennaio 2002, C- 51/00 : « Quando una entità economica sia in grado, in determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali, materiali o immateriali, significativi, la conservazione della sua identità non può dipendere dalla cessione di tali elementi. Pertanto, in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente una attività comune può corrispondere ad una entità economica»; Cfr. CGCE 11 marzo 1997, C- 13/95 (Suzen); CGCE 10 dicembre 1998, cause riunite C- 127/96, C- 229/96 e C-74/97 ( Hernandez Vidal); CGCE 10 dicembre 1998, causa riunite C- 173/96 e C- 247/96 (Hidalgo); CGCE 2 dicembre 1999, C- 234/98 (Allen); CGCE 25 gennaio 2001, C- 172/99 (Oy Liikenne Ab.). A tal proposito è possibile il trasferimento di servizi di vigilanza, di attività di manutenzione e assistenza di apparati informatici, di servizi di gestione e pulizia di passaggi e livello ferroviari ecc.

2558 c.c., o dell'art. 2112 c.c., vecchio testo, ma direttamente in forza dell'art. 2555 c.c.<sup>66</sup>

Tale impostazione apparve discutibile, in quanto, oltre a basarsi su una interpretazione della nozione di azienda ai fini dell'art. 2555 c.c. non pacifica, avrebbe offerto la possibilità al datore di lavoro di espellere dal ciclo produttivo un complesso di personale organizzato, qualora si fosse potuto ritenere esistente l'elemento organizzativo, con la conseguente possibilità di ridurre il rapporto di lavoro ad una merce di scambio come tutte le altre.

Infatti tale lettura si sarebbe posta in conflitto con il principio contenuto nella disposizione di apertura della Dichiarazione di Filadelfia dell'OIL sugli scopi e gli obiettivi dell'organizzazione Internazionale del lavoro, secondo cui il lavoro non è una merce, ed in tal guisa il lavoratore non va trattato come tale, per cui non può essere considerato come uno dei vari elementi che compongono l'azienda ai fini del suo trasferimento<sup>67</sup>. Ciò nonostante, la giurisprudenza della CGCE ha fatto propria la teoria "omincomprendensiva".

Secondo la giurisprudenza CE, vi sono infatti settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera e, in questi casi, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può di per sé corrispondere ad un'entità economica. Da tale giurisprudenza emergerebbe che una siffatta entità può conservare la sua identità al di là del trasferimento, qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma anche una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti (v., in particolare, sentenze Süzen, cit., punto 21, e 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96, Sanchez Hidalgo e a., Racc. pag. I-8237, punto 32).

---

<sup>66</sup> Romei, *Cessione di ramo di azienda ed appalto*, cit., p. 352.

<sup>67</sup> O'higgins, *Il lavoro non è una merce. Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 1996, p. 295.

Pertanto la definizione estensibile che dà il legislatore comunitario, mira a coprire anche le ipotesi che secondo i vari diritti interni, e segnatamente quello Italiano, vengono per esempio catalogate come successione d'appalto<sup>68</sup>.

E' bene notare che pero' l'adozione di una concezione "omnicomprensiva" di azienda da parte del legislatore comunitario non è in aperto contrasto con la Dichiarazione di Filadelfia.

In effetti si può ritenere che il legislatore comunitario ha pragmaticamente risolto una situazione di fatto, quella del passaggio di titolarità di un'entità produttiva organizzata, che coinvolge, volenti o nolenti, i lavoratori di cedente e cessionaria. Le direttive non han disconosciuto il valore del lavoratore, ma hanno disciplinato un fenomeno fattuale, imponendo delle garanzie per i casi in cui detto fenomeno si viene a realizzare, garanzie che per i lavoratori coinvolti consistono nella tutela del loro posto di lavoro, delle loro condizioni contrattuali e nella solidarietà passiva (a discrezione degli stati membri).

Inoltre, va sottolineato che qualora si realizzino fattispecie concrete che vadano a combaciare con quelle definite dal legislatore comunitario, le direttive richiamate (e le relative garanzie), dovrebbero trovare applicazione, a prescindere dalle diverse interpretazioni che vengono date a questi fenomeni dal legislatori interni<sup>69</sup>.

Pertanto, una volta che si sono create le condizioni fattuali in base alle quali si debbono applicare le garanzie comunitarie, esse sono imperative, essendo nullo il trasferimento attuato in frode alla legge.

---

<sup>68</sup> Per il quale, in base all'art. 29 d.lgs 276/03, sono invece escluse espressamente le garanzie concesse dalla direttiva 2001/23/CE ai lavoratori.

<sup>69</sup> Ci si riferisce, segnatamente, al legislatore Italiano, il quale ha espressamente sancito che le successioni tra appalti di manodopera non costituiscono trasferimento d'azienda (art. 29 d.lgs. 276/03), nonostante si è visto sopra che così non è, anche secondo la giurisprudenza della CGCE.

Questa precisazione consente di illustrare come i requisiti “ontologici” e strutturali identificati sia dalla direttiva comunitaria che dalla normativa nazionale, debbano essere posseduti dall’entità oggetto della cessione indipendentemente dalla “identificazione al momento della cessione” operata dal cedente e dal cessionario, alla quale, ormai ne siamo convinti, non può attribuirsi valore “costitutivo”.

Si tratta di criteri di governo della discrezionalità centrati sulle effettività dell’articolazione d’impresa, e non sulla astratta idoneità di un nucleo di beni o rapporti ceduti ad essere organizzati per l’esercizio di un’impresa; criteri, insomma, in grado di conservare un qualche tipo di *discrimen* oggettivo tra la fattispecie “cessione di ramo d’azienda” e “cessione di singoli beni” od altra fattispecie astrattamente idonea a fornire forma giuridica ai fenomeni di esternalizzazione nonché criteri che valorizzano un nesso di obiettiva appartenenza del lavoratore al ramo ceduto.

La scelta è dettata, oltre che dal buon senso, da esigenze di certezza del diritto. Non a caso quell’esigenza di controllo della fattispecie la ritroviamo nei principali ordinamenti giuridici europei comparabili che hanno fatto i conti con i processi di esternalizzazione, per esempio in Francia, ove condizione di applicabilità dell’articolo 122-12 Code du Travail è la presenza di un’“entità economica autonoma” (entità economica caratterizzata da un insieme organizzato di persone ed elementi permettenti l’esercizio di un’attività economica avente un obiettivo proprio), caratterizzata dall’esercizio di un’attività che persegue un obiettivo proprio (ancorché accessorio a quello principale) e da un dato organizzativo, *id est* da un insieme organizzato di persone e di elementi materiali o immateriali che consentono l’esercizio di un’entità economica

Consimili esigenze di controllo della fattispecie sono presenti in Germania, ove la giurisprudenza richiede, ai fini dell'applicazione della normativa sul trasferimento d'azienda, l'identità preesistente dell'organizzazione economica che si sta per trasferire, sia essa costituita da persone, o da beni materiali o immateriali; ed in Spagna, ove il legislatore richiede in caso di trasferimento parziale dell'impresa l'esistenza – come minimo – di un'unità produttiva autonoma, cioè, nell'interpretazione giurisprudenziale di quel Paese, un'entità dotata di sufficiente autonomia organizzativa e di capacità di sfruttamento differenziato in quanto idonea a costituire da sola una entità socio- economica di produzione<sup>70</sup>.

I lavoratori coinvolti nel trasferimento di azienda si trovano ad avere un nuovo datore di lavoro, differente da quello che avevano precedentemente perché l'effetto di detto procedimento è la radicale sostituzione di una figura datoriale ad un'altra, la quale andrà a rimpiazzare in toto il datore precedente per quanto riguarda l'adempimento dei diritti e dei doveri scaturenti dal rapporto.

Per quanto attiene all'elemento del consenso del lavoratore, in diritto Italiano, la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione (Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza 23.07.2002 n° 10761) è intervenuta puntualmente a chiarire l'efficacia del consenso del lavoratore ceduto in caso di trasferimento di ramo d'azienda, precisando che: *“Con riferimento alla posizione del lavoratore, il trasferimento d'azienda può configurarsi come successione legale di contratto che, per non richiedere il consenso del contraente ceduto (il lavoratore trasferito), non può essere assimilato alla cessione negoziale per la quale il suddetto consenso opera come elemento costitutivo della fattispecie negoziale. Al riguardo è agevole la considerazione che la causa, e più precisamente la funzione socio-*

---

<sup>70</sup> Piccioli, *La nuova nozione di ramo d'azienda*, cit.

*economica cui deve assolvere il trasferimento d'azienda, osta a che a detto trasferimento possa applicarsi la disciplina dettata dall'art. 1406 c.c., risultando di palmare evidenza come gli adempimenti richiesti da tale disciplina e la necessità del consenso del contraente ceduto concretizzano un complesso di disposizioni che, per la propria articolazione e la propria rigidità, si presentano come poco permeabili alle esigenze dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione delle imprese”.*

La massima sopra riportata pospone in senso assoluto la tutela dei lavoratori alle “superiori” esigenze economiche dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale, nonché di delocalizzazione delle imprese, asserendo che la “*causa socio economica*” del trasferimento aziendale sarebbe contrastante con il disposto di cui all'art. 1406 c.c. che, come è noto, richiede la necessità del consenso del contraente ceduto (lavoratore). Alla stregua di tale argomentazione il Supremo Collegio perviene ad escludere *in toto* l'efficacia del consenso, o dell'eventuale dissenso, del lavoratore ceduto vincolando di fatto quest'ultimo ad accettare *sic et simpliciter* un rapporto lavorativo con un nuovo datore mai scelto.

Più proficua è la giurisprudenza della Corte di Giustizia che afferma l'inderogabilità della continuità del rapporto di lavoro nei confronti di cedente e cessionario e riconosce il diritto al lavoratore di opporsi alla cessione (Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, causa C-51/00, Racc., 2002,p.I-969; Corte di Giustizia 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91,C-138/91, C-139/91, Racc. 1992, p. I- 6577.)

Sul piano del diritto comunitario prevalgono le maggiori esigenze di ratio lavoristica (un *favor* verso il diritto e non l'obbligo di continuità) della disciplina del trasferimento d'azienda, giudicando di “secondo livello” il diritto delle

imprese a pretendere il passaggio dei dipendenti (ratio commercialistica). Il principio affermato dalla Corte comunitaria si frantuma però quando le conseguenze derivanti dall'opposizione proposta dal lavoratore sono lasciate alla libera determinazione del legislatore nazionale; non esiste, quindi, un obbligo, da parte del legislatore italiano, a prevedere il diritto a restare alle dipendenze del cedente: la già citata Corte di Giustizia 24 gennaio 2002 ha infatti sostenuto che *“Il contratto o il rapporto di lavoro di un lavoratore alle dipendenze del cedente alla data del trasferimento dell'impresa può continuare con il cedente, allorché detto lavoratore si oppone al trasferimento al cessionario del suo contratto o del suo rapporto di lavoro”*, ma nel caso in cui il posto precedentemente occupato dal lavoratore sia stato soppresso, non resta che l'unica via delle dimissioni ex art 2119 c.c., se le condizioni contrattuali sono peggiorate. Il legislatore, infatti, non disciplina in alcun modo l'ipotesi del dissenso; così, escludendo l'applicabilità dei principi generali del contratto, poiché non compatibili con l'art. 2112 c.c., si riscontra una carenza nell'attuazione del diritto comunitario, rilevabile sul terreno dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato.

Il trasferimento d'azienda è, come anticipato, molto spesso correlato al trasferimento del ramo d'impresa in territorio straniero e/o associato a contratti di appalto (contracting) o franchising tra l'impresa cedente e la cessionaria. Anche questi fenomeni debbono essere considerati nell'analisi dei rapporti triangolari di lavoro, essendo di peculiare interesse il profilo della tutela del lavoratore in essi coinvolto.

Attraverso il trasferimento di ramo d'azienda è possibile creare reti internazionali di imprese, tra loro autonome, ma interconnesse per ragioni di natura commerciale. Se queste operazioni avvengono in ambito europeo, allora

i lavoratori de-localizzati potranno contare sulla garanzia di avere il loro posto di lavoro conservato presso il nuovo imprenditore, di mantenere il medesimo trattamento contrattuale e di poter far valere come eventuale motivo legittimo di dimissioni (necessario per esempio ai fini dell'ottenimento di sussidi di disoccupazione ) il mutamento delle loro condizioni dovuto al trasferimento della loro azienda.

Tuttavia il discorso cambia quando il ramo d'azienda viene trasferito in territorio extra-europeo. Il fenomeno del *social dumping* è in questo caso dietro l'angolo, ed anzi, la possibilità di sfruttare condizioni del mercato del lavoro più “attraenti” rispetto a quello comunitario è spesso tra le ragioni che spingono le aziende a de-localizzare in paesi al di fuori dell'applicazione degli strumenti comunitari.

Sarà oggetto del capitolo successivo la disamina delle conseguenze negative che detti fenomeni possono portare con sé, così come delle possibilità di tutela che si stanno dando, per mezzo di strumenti di diritto internazionale o contrattuale, ai lavoratori coinvolti.

## **5. L'appalto (*contracting*)**

L'appalto, o come definito in ambito anglosassone “*contracting*” o “*use of contractors*”, insieme al lavoro tramite agenzia è, come detto, uno dei più frequenti strumenti attraverso cui si realizzano relazioni “trilaterali” di impiego<sup>71</sup>; darne una definizione uniforme non è però facile, perché, sebbene l'intuizione del concetto che si vuole dare sia facile da intendere a livello generale, a livello particolare gli Stati ne danno una disciplina differenziata.

Interposizione indica in generale il fatto di un terzo che assume alle sue dipendenze la mano d'opera da inserire poi, con la forma del cottimo o in

---

<sup>71</sup>“*The scope of the employment relationship*”, *Report V to the International Labour Conference*, 91st session, 2003, International Labour Office, Geneva, pag. 39.

qualsiasi altro modo, nell'organizzazione aziendale di un altro soggetto. Occorre precisare che il decentramento può rispondere ad esigenze anche fisiologiche di ripartizione di fasi autonome della produzione. Ciò che conta è ciascun imprenditore che si occupa di una fase della produzione abbia una sua autonomia organizzativa, tanto da non dipendere economicamente ed esclusivamente dall'imprenditore che si occupa della fase finale dell'intera produzione.

L'appalto sarà da considerarsi quindi genuino quando l'opera o il servizio sono il prodotto di una organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore, che può al limite esser anche costituito solo da *“capacità, conoscenze, reti di relazioni, servizi di formazione e aggiornamento professionale, tale che senza di essi la prestazione del singolo dipendente avrebbe minor valore produttivo intrinseco per l'impresa appaltante”*<sup>72</sup>.

Un fenomeno patologico che si è manifestato spesso nelle varie esperienze a scopi elusivi della disciplina protettiva del lavoro, determinando l'intervento del legislatore, è quello del *merchandage du travail*, letteralmente appalto del lavoro.

Si ha quando imprenditori poco scrupolosi, al fine di alleggerire il costo della manodopera evitano di assumere direttamente e formalmente il personale nella misura necessaria per mandare avanti la lavorazione, commettendo determinate fasi della medesima ad una persona, intermediario, che poi vi provvede assumendo degli altri lavoratori formalmente suoi dipendenti, lavoratori ai quali è corrisposto un trattamento inferiore a quello al quale avrebbero potuto aspirare ove fossero stati direttamente assunti dall'imprenditore committente.

---

<sup>72</sup> Ichino, *Il lavoro interinale* cit, p. 516, vedi Calcaterra, *Il divieto di interposizione*, op.cit. p. 135

Nel nostro paese il fenomeno ebbe grande consistenza nel passato, fino al 1960, anche per le interferenze negative della legislazione fascista del 1931 e del 1939 contro l'urbanesimo, poi abrogata attorno a quegli anni.

*“Per il giuoco cambiato di questa legislazione con quella sul collocamento obbligatorio della manodopera, si aveva un circolo vizioso: non si poteva ottenere l'iscrizione nelle liste di collocamento dove non si fosse residenti nel comune e non si poteva aver quivi la residenza se non si dimostrava di aver acquisito occupazione... Tutto questo comportava, con la spinta dell'emigrazione interna dalle campagne del Sud ai centri industriali del Nord, la piaga della manodopera clandestina, manipolata da veri e propri trafficanti intermediari verso le imprese: queste offrivano salari di fame a cittadini spinti da elementari bisogni e con le carte formalmente in regola”<sup>73</sup>.*

In seguito, abrogata la legislazione contro l'urbanesimo e liberalizzata la possibilità di iscrizione nelle liste degli uffici di collocamento la situazione è migliorata. Il legislatore del 1942 intervenne con l'art. 2127 c.c. , con il divieto di interposizione nel lavoro a cottimo. Successivamente il problema venne affrontato definitivamente con la legge 23 ottobre 1960, n. 1369 sul divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuove discipline dell'impiego di manodopera d'opera negli appalti di opere e servizi, che proibiva tassativamente l'impiego di intermediazione ed interposizione, salvo per i casi di cui all'art. 3<sup>74</sup>, ove erano presi in considerazione gli appalti di opere e di

---

<sup>73</sup> Pera e Papaleoni, *Diritto del lavoro*, 2003, casa editrice Dott. Atonia Dilani, p. 355 e ss.

<sup>74</sup> Art. 3 legge n. 1369/60: *“Gli imprenditori che appaltano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti.*

*La stessa disciplina si applica agli appalti concessi dalle imprese che esercitano un pubblico servizio per le attività di esazione, installazione e lettura di contatori, manutenzione di reti di distribuzione e di trasporto, allacciamenti, costruzione di colonne montanti, impianti di apparecchi, reti a bassa tensione e attività similari.*

servizi “leciti”, implicanti l’obbligo solidale dell’imprenditore e dell’appaltatore di assicurare ai lavoratori dipendenti dal secondo un trattamento eguale a quello praticato ai dipendenti del primo.

Tuttavia, dette garanzie di parità di trattamento sono venute meno con l’emanazione dell’articolo 29 del d.lgs 276/03, il quale prescrive solo che “2. *In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l’appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell’appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti*”, con buona pace del principio di parità di trattamento tra lavoratori dell’impresa appaltante ed appaltatrice già sancito dall’art 3 l. 1369/60.

La questione relativa alla mancanza di parità di trattamento è invero uno dei maggiori problemi che pone la fattispecie in esame, e ciò a livello globale, non solo interno. Sulla questione si tornerà in seguito.

Resta inoltre indubbia la individuazione difficile, alle volte, della struttura aziendale con la quale il rapporto di lavoro si sia instaurato.

Alcune leggi per esempio classificano come datore di lavoro appaltante una persona fisica o giuridica che, utilizzando le proprie attrezzature e il proprio personale, si impegna a realizzare un’opera o svolgere un servizio per il beneficio di un terzo<sup>75</sup>. Il concetto tradizionale del contraente (*contratista*) è così’ definito in Cile, nel contesto di imprese commerciali o agro-industriali del settore dell’agricoltura, silvicoltura e attività affini, ovvero come una persona

---

*Gli imprenditori sono altresì tenuti in solido con l’appaltatore, relativamente ai lavoratori da questi dipendenti, all’adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza.”*

<sup>75</sup> Vedi, per esempio, la Cambogia, ss. 45, 47, Colombia, s. 34, Costa Rica, s. 3; Messico, s. 13; Nicaragua, s. 9, Panama, s. 89 ma anche la stessa legge Italiana in “*The employment relationship, Trends and problems in regulation: A comparative analysis*”, Report V to the International Labour Conference, 95st session, 2006, International Labour Office, Geneva, pag. 43.

fisica o giuridica che assume lavoratori per suo conto al fine di fornire servizi a terzi<sup>76</sup>. Anche in Spagna ci si riferisce alla figura del c.d. “*contratista*”, in una disposizione riguardante imprese utilizzatrici che contrattano con terzi per l'esecuzione di lavori o di servizi relativi alla propria attività<sup>77</sup>.

In altre legislazioni, ancora, il termine “imprenditore” è usato anche per riferirsi a coloro che forniscono lavoro a un committente: per esempio, in alcuni paesi africani, la legge riconosce la figura del “*tâcheron*” o “*maître ouvrier*”, ovvero del subappaltatore indipendente che contratta con un'impresa un progetto da svolgere per un prezzo concordato<sup>78</sup>.

In Francia<sup>79</sup>, il codice del lavoro disciplina la figura dell'appalto una diversa angolazione. Esso fa riferimento a un accordo per cui un'impresa industriale o commerciale stipula un contratto per l'esecuzione di alcuni lavori o per la fornitura di determinati servizi con un soggetto terzo, che assume il personale necessario, ma che non possiede una specifica impresa o che comunque non è un “artigiano indipendente”. Se il soggetto che assume i lavoratori non ottempera ai suoi obblighi verso di essi, la legge impone un trasferimento di responsabilità all'impresa industriale o commerciale che usufruisce della manodopera (con alcune eccezioni). Il codice del lavoro tunisino contiene disposizioni analoghe, così come il marocchino, che definisce il subappalto (“*contrat de sous-entreprise*”) come contratto scritto con la quale un'azienda

---

<sup>76</sup> Circolare n. 153, emanata a norma s. 92bis del Codice del Lavoro (introdotto da S. 14 della legge n. 19.759).

<sup>77</sup> Spagna, art. 42 (1) del *Estatuto de los Trabajadores*, come modificato dall'art. 2 del regio decreto legislativo n. 5 / 2001.

<sup>78</sup> Benin, ss. 75-78; Burkina Faso, ss. 54-58; Cameroon, ss. 48-51; Gabon, s. 113; Niger, ss. 20, 21, in “*The employment relationship, Trends and problems in regulation: A comparative analysis*”, Report V to the International Labour Conference, cit.

<sup>79</sup> Francia, s. L. 125-2, Tunisia, ss. 28-30; Marocco, s. 86; vedi anche Repubblica Democratica del Congo, ss. 82-85, in “*The employment relationship, Trends and problems in regulation: A comparative analysis*”, Report V to the International Labour Conference, cit.

stipula un accordo con un subappaltatore per la prestazione di un certo lavoro o servizio.

Una tutela che è vastamente prevista in modo trasversale dalle varie legislazioni è quella relativa alla solidarietà passiva per i crediti dei lavoratori dell'appaltatore.

Alcuni ordinamenti giuridici condizionano la estensione della responsabilità degli imprenditori principali, committenti, utilizzatori o comunque beneficiari finali, alla diligenza che questi dimostrino nel controllare il compimento della legislazione laborale da parte degli intermediari (responsabilità o colpa in vigilando). Questo è il caso dell'Argentina (LCT, Ley Consolidada de Trabajo 20.744, art. 30), del Cile (CT, Código Trabajo, art. 183C e 183 D), della Spagna (ET, Estatuto Trabajadores, art. 42, che impone una verifica, da parte degli imprenditori che contrattino o sub-contrattino con terzi la realizzazione di opere o servizi corrispondenti alla attività di detti terzi, in ordine alla regolarità contributiva – pagamento delle quote alla Seguridad Social- di detti terzi).

Altri ordinamenti determinano la responsabilità diretta, senza restrizioni, come fa per esempio la costituzione dell'Ecuador, art. 35, comma 11. La legge uruguayana responsabilizza sempre l'utilizzatore principale, però a partire dal 2008, lo rende solo sussidiariamente responsabile nel caso in cui abbia effettuato determinati controlli, in solido nel caso in cui invece li abbia omessi<sup>80</sup>.

Anche nell'ordinamento italiano vige questa forma di solidarietà in ordine ai crediti contributivi e retributivi dei lavoratori (d.lgs. 276/03)

La c.d. responsabilità a cascata mira invero a colpire non solo l'aspetto patrimoniale, ma anche quello relativo alla sicurezza sul lavoro. Inoltre, grazie

---

<sup>80</sup> O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Oficina Internacional Del Trabajo, Lima, 2009, pag. 57.

al nuovo regime di responsabilità introdotto dalla legge Bersani con l'art. 35 della legge n. 348 del 2006, l'affidatario è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi di lavoro e dai contratti territoriali in vigore nella zona ove si eseguono i lavori nei casi di appalti per la realizzazione di opere o servizi.

L'affidatario è anche responsabile in solido dell'osservanza delle norme da parte del subappaltatore per le prestazioni che lo stesso deve applicare nei confronti dei suoi dipendenti. In linea con tali disposizioni è l'obbligo gravante sull'affidatario di trasmettere alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori, la documentazione di avvenuta denuncia sia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile (comma 7), che a quelli assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 7 cioè dei piani di sicurezza di cui all'articolo 131 del codice degli appalti. Tale obbligo ovviamente impone al subappaltatore di fornire all'affidatario tale documentazione onde consentire anche a questi l'assolvimento dell'obbligo normativamente imposto.

A norma dell'alinea immediatamente successivo è previsto anche un dovere di comunicazione periodica in grado di consentire alla stazione appaltante i necessari controlli sulla regolarità dei versamenti contributivi, previdenziali ed assicurativi e di quelli dovuti agli organismi paritetici indicati dalla contrattazione collettiva. La medesima disposizione, in coerenza con l'articolo 1676 c.c. prevede la responsabilità in solido dell'appaltatore per l'osservanza delle norme anzidette e la trasmissione periodica, ovviamente, non esonera l'appaltatore dalla responsabilità solidale. Pertanto, l'appaltatore è responsabile, in solido con il subappaltante per l'effettuazione del versamento delle ritenute fiscali dei redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori, per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei

dipendenti del subappaltatore.

Tale disposizione integra un quadro normativo orientato all'estensione della responsabilità solidale sia dell'appaltatore verso i dipendenti e/o gli ausiliari del subappaltatore che del committente verso i dipendenti e/o ausiliari dell'appaltatore a norma dell'art. 1676 c.c.

Tale disciplina sembra dunque muoversi nella direzione di offrire una piena tutela al lavoratore anche per quanto concerne le prestazioni di natura fiscale dovute in suo favore dal datore di lavoro, favorendo così una chiave di lettura costituzionalmente orientata a privilegiare le posizioni dei soggetti più deboli e maggiormente esposti sul piano della tutela.

Anche il committente, inoltre, incorre in responsabilità: la l. 248/06, comma 32, in coerenza con le disposizioni sin qui esaminate, specifica che il committente deve pagare il compenso all'appaltatore, previa esibizione della documentazione attestante gli adempimenti, indicati al comma 28, connessi con le prestazioni oggetto delle opere di fornitura e servizi, al fine di verificare la loro corretta esecuzione anche da parte dell'appaltatore.

A livello comunitario, si può far menzione della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, la quale definisce gli "appalti pubblici" come contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, ai sensi della stessa direttiva (art. 1).

Sebbene espressamente la direttiva in parola escluda dal suo campo di applicazione gli appalti concernenti i contratti di lavoro, vi è da precisare che essa nondimeno si preoccupa delle condizioni di lavoro dei soggetti coinvolti in

questi contratti, imponendo che se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, deve richiedere per iscritto le precisazioni relative al il rispetto delle disposizioni sulla protezione e sulle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione. Si stabilisce quindi l'obbligo a carico delle amministrazioni pubbliche di valutare, nell'eventuale giudizio di anomalia, che il valore economico dell'offerta sia adeguato e sufficiente rispetto al costo ed alla sicurezza del lavoro.

Successivamente, in data 26 marzo 2009 il Parlamento Europeo ha dettato una risoluzione sulla *“Responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione”* (2008/2249(INI), in base alla quale ha espressamente ritenuto che, nonostante il subappalto abbia numerosi aspetti positivi e abbia consentito un aumento della capacità produttiva, esso sta anche creando squilibri economici e sociali tra i lavoratori e potrebbe scatenare una corsa al ribasso delle condizioni di lavoro, il che costituisce fonte di preoccupazione. Infatti il subappalto può essere anche effettuato da intermediari puri, da imprese che utilizzano esclusivamente manodopera e da agenzie di lavoro interinale, che talvolta operano come società fittizie (le cosiddette *“letterbox company”*). Inoltre, spesso il subappalto riguarda un solo incarico o si risolve nell'assunzione di lavoratori a questo fine esclusivo: tali prassi mettono in luce il rapido cambiamento dell'industria edilizia e di altri settori, che conseguentemente risultano essere caratterizzati da rapporti di lavoro precari. Il Parlamento riconosce inoltre che la globalizzazione e il suo corollario della maggiore concorrenza stanno cambiando le modalità di organizzazione delle imprese attraverso, tra l'altro, l'esternalizzazione di attività non strategiche, la

creazione di reti e un maggiore ricorso al subappalto: di conseguenza, la complessità dei legami che intercorrono tra le società controllanti e le loro controllate e tra gli appaltatori principali e i loro subappaltatori rende più difficile avere una chiara percezione delle diverse strutture, operazioni e politiche, nonché delle responsabilità dei vari soggetti coinvolti nella catena di produzione.

Il Parlamento ha pertanto invitato le pubbliche autorità e tutti i soggetti interessati a fare tutto il possibile per sensibilizzare i lavoratori in merito ai loro diritti, previsti da vari strumenti (quali il diritto del lavoro, i contratti collettivi, i codici di condotta) che disciplinano il rapporto di lavoro e le condizioni lavorative nelle imprese dove i lavoratori prestano la loro attività, nonché i rapporti contrattuali all'interno delle catene di subappalto (punto 1). Auspica inoltre che le autorità nazionali adottino o sviluppino ulteriormente, disposizioni di legge che escludano dalla partecipazione agli appalti pubblici le imprese che abbiano violato il diritto del lavoro, i contratti collettivi o i codici di condotta (punto 5).

Di grande interesse, soprattutto in relazione a quello che si dirà sui “cross border agreements”, è poi il favorevole accoglimento da parte del legislatore UE dell'adozione di un quadro giuridico transnazionale, concordato tra le singole multinazionali e le federazioni sindacali mondiali, inteso a salvaguardare le norme sul lavoro all'interno delle imprese multinazionali, dei loro subappaltatori e delle loro affiliate nei vari paesi, il quale definisca, inoltre, lo status del lavoratore dipendente e garantisca la protezione sociale, indipendentemente dalle specifiche condizioni di assunzione. Si nota infatti come sia preoccupazione della CE definire un quadro giuridico che non lasci incertezze in ordine alla titolarità della figura del datore di lavoro e del

lavoratore, da identificarsi in modo chiaro al fine di scongiurare fenomeni elusori della tutela del lavoratore: a tal fine, infatti, si prende atto dei risultati della consultazione pubblica sul Libro verde della Commissione dal titolo «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo» (COM(2006)0708), esortando al contempo la Commissione a fare quanto necessario per chiarire i diritti e i doveri delle parti coinvolte nelle catene di subappalto, onde *“evitare di privare i lavoratori della capacità di esercitare efficacemente i propri diritti”*(punto 9).

## **6. Il lavoro tramite agenzia**

A differenza dell'appalto, i contratti di fornitura di lavoro tramite agenzia hanno generalmente una portata più circoscritta in quanto possono essere posti in essere solo in determinate condizioni. Inoltre, la fornitura di lavoro per agenzia al di fuori delle previsioni legali è in molti Stati espressamente proibita ed, anzi, può arrivare ad integrare gli estremi del reato<sup>81</sup>.

La fornitura di lavoro da parte di agenzie di lavoro è oggetto della Convenzione ILO n. 181 del 1997 relativa alle Agenzie Private di Impiego e della Raccomandazione che la accompagna, la n. 188. Esse valgono a chiarire a chi competono i poteri datoriali nell'ambito del rapporto di lavoro tramite agenzia.

La Convenzione n. 181 attribuisce infatti all'agenzia la funzione di soggetto che assume i lavoratori in vista del loro invio presso un utilizzatore, espressamente indicato come “impresa utilizzatrice”. I lavoratori hanno come interlocutore l'agenzia che li impiega, ovvero i clienti dell'agenzia ai quali il servizio è fornito,

---

<sup>81</sup> Vedi, per esempio, la Spagna, Carta dei Lavoratori, s. 43; Camerun, s. 26; Francia, s. L.125-1; Marocco, ss. 477-483; 497, 498, Niger, ss. 18, 19, Slovenia, s. 57 in *“The employment relationship, Trends and problems in regulation: A comparative analysis,” Report V to the International Labour Conference, cit.*

che stabiliscono i loro compiti e ne sorvegliano l'esecuzione (art. 1 Convenzione 181).

Secondo la Convenzione, ogni Stato Membro deve prendere le misure necessarie, in conformità alla legislazione ed alla prassi nazionale per garantire un'adeguata protezione ai lavoratori ingaggiati dalle agenzie per l'impiego private in materia di libertà sindacale, negoziazione collettiva, minimi salariali, orari, durata del lavoro ed altre condizioni di lavoro, prestazioni istituzionali di sicurezza sociale, accesso alla formazione, igiene e sicurezza sul lavoro, risarcimento in caso d'infortuni sul lavoro o di malattie professionali, indennizzo in caso d'insolvenza e protezione dei crediti dei lavoratori e protezione e prestazioni di maternità e protezione e prestazioni parentali (art.11).

Inoltre la Convenzione promuove l'elaborazione di norme giuridiche statali interne, che disciplinino i regimi di concorrenza delle responsabilità tra utilizzatore e fornitore, per quanto attiene ad aspetti quali la negoziazione collettiva, i minimi salariali, gli orari, durata del lavoro e le altre condizioni di lavoro, le prestazioni istituzionali di sicurezza sociale, l'accesso alla formazione, la protezione nel settore della sicurezza e della salute sul lavoro, il risarcimento in caso d'infortuni sul lavoro o di malattie professionali, l'indennizzo in caso d'insolvenza e garanzia dei crediti dei lavoratori, la protezione e le prestazioni di maternità, parentali e di protezione (art. 12).

La Convenzione OIL 181 dedicata alla regolamentazione delle agenzie di collocamento private (1997), adottata insieme alla raccomandazione 188 sulle agenzie private di collocamento, (1997), disciplina una situazione dove vi è un rapporto tipico triangolare, in cui il proprietario di fatto del potere direttivo e di controllo non è anche in possesso dello status datore di lavoro. Si ripete che, nel contesto di un rapporto di lavoro mediato da una agenzia privata di

collocamento, quest'ultima occupa "i lavoratori per metterli a disposizione di una terza persona fisica o giuridica (di seguito "impresa utilizzatrice"), che assegna loro compiti e supervisiona esecuzione ". Per quanto dedotto, l'eterodirezione, che è stata riconosciuta essere come potere paradigmatico del datore di lavoro, deve essere esercitata, in questo caso, da chi (impresa utilizzatrice) non ha lo status di datore di lavoro.

Inoltre, sono divisi tra due soggetti o di più anche gli altri attributi, meno specifici, tradizionalmente corrispondenti al datore di lavoro. Questa è la principale specificità, della triangolazione o esternalizzazione del rapporto di lavoro.

In secondo luogo, la Raccomandazione OIL 198 afferma espressamente che *"La politica nazionale di tutela dei lavoratori in un rapporto di lavoro non dovrebbe interferire con le vere relazioni civili e commerciali, garantendo nel contempo che gli individui in un rapporto di lavoro abbiano la protezione cui hanno diritto"*.

Si mostra così l'intento di bilanciare due interessi e due aspettative: da un lato, il mantenimento di un campo di efficaci relazioni decentrate, civili o commerciali, relative al normale svolgimento delle attività della società e, dall'altro, il garantire che ciò non implichi il non fare apparire relazioni autenticamente di natura giuslavorista come rapporti di altri tipo, generando lavoro non protetto.

Come risulta dal significato di ciascuno dei suddetti standard internazionali, è evidente che il focus del problema è la mancanza di protezione che potrebbe derivare dall'uso di certe forme di relazioni triangolari, di esternalizzazione o di decentramento.

Alcuni sistemi giuridici nazionali contengono disposizioni che disciplinano l'impiego attraverso agenzie private spesso lungo le linee stabilite nei strumenti dell'OIL di cui sopra. Problemi in materia di protezione dei lavoratori in queste agenzie tendono però a sorgere soprattutto nei paesi dove non c'è una legislazione adeguata, o quando la legge non è applicata in modo efficace.

Per quanto attiene alla disciplina particolare data da alcuni stati, mentre le agenzie private di collocamento in molti paesi sono in genere il datore di lavoro, in altri, al contrario, non è sempre così. Ad esempio, molto interessante è l'esempio fornito da una recente decisione del Regno Unito, che segnala un cambiamento del rapporto giuridico tra i lavoratori temporanei e quelli che ne fanno uso.

Nel caso di specie, una lavoratrice, iscritta presso un'agenzia di lavoro temporanea, aveva stipulato con quest'ultima un contratto in cui si specificava chiaramente che esso non poteva dar luogo ad un contratto di lavoro tra l'agenzia e il lavoratore, o tra il lavoratore e il cliente (*sic!*).

Per un certo numero di anni, questa persona era stata assegnata dall'agenzia presso una struttura per l'assistenza a lungo termine delle persone con problemi salute mentale, con mansioni di addetta alle pulizie. Il consiglio direttivo della struttura, dovendola gestire, non poteva che esercitare al tempo stesso un controllo giorno per giorno su questa lavoratrice, fornendogli la necessaria dotazione di materiali di pulizia, attrezzature e indumenti protettivi. Detta lavoratrice aveva lavorato per le ore previste dal contratto, per cinque giorni a settimana, percependo il relativo salario dall'agenzia. Nell'aprile 2001, a seguito di un incidente presso la clinica, il Consiglio direttivo della stessa ha chiesto che la lavoratrice venisse sollevata dal suo incarico e, pertanto,

l'agenzia ha licenziato la donna, informandola che essa non avrebbe più trovato lavoro per lei.

La lavoratrice ha allora intentato causa per "*unifair dismissal*", licenziamento senza giusta causa.

La decisione di primo grado ha ritenuto che, in assenza di un contratto di lavoro, non vi era stata alcun rapporto di lavoro subordinato tra lei e l'agenzia, o tra lei e la struttura sanitaria.

In secondo grado (*Employment Appeal Tribunal*), tuttavia, è stato ritenuto che era, al contrario, sussistito un rapporto di impiego con l'agenzia, perché essa esplicava un notevole controllo su di lei e perché doveva essere considerata la reciprocità di obblighi fra l'agenzia e il lavoratore (prestazione lavorativa/pagamento del salario).

Tuttavia, nel terzo grado di giudizio, la Corte d'appello (*Court of Appeal*) ha deciso che possa essere ritenuta implicita la sussistenza di un contratto di servizio (*contract of service*) tra la struttura sanitaria (utilizzatrice) e la lavoratrice, come conseguenza necessaria dal comportamento delle parti e del lavoro svolto, come ineludibile risultato della condotta delle parti e del lavoro prestato dalla donna, posto che si era riscontrata l'esistenza di quel "*minimo irriducibile di reciproche obbligazioni necessarie per un contratto di servizio*".

Il rapporto contrattuale infatti può essere esistente, anche se "*implicito*", indipendentemente dal fatto che vi sia stato, o meno, un espresso contratto di lavoro ed indipendentemente dal fatto che nella fattispecie concreta il contratto firmato dalla lavoratrice con l'agenzia escludesse espressamente la sussistenza di un rapporto di lavoro tra di essa e l'agenzia, o tra la lavoratrice e l'utilizzatore.

La Corte d'appello ha pertanto ritenuto che l'Employment Tribunal era incorso in un errore nel ritenere che la ricorrente non era un dipendente della struttura sanitaria, cui era stata assegnata dall'agenzia per lavorare come addetta alle pulizie, per il solo fatto che non ci fosse nessun contratto esplicito tra la ricorrente e l'ospedale. Per giungere a tale decisione, il tribunale di secondo grado aveva omesso di considerare la possibilità che *di fatto* si fosse venuto ad instaurare un contratto di servizio tra l'Ospedale e la lavoratrice, sebbene in modo implicito<sup>82</sup>.

Controversie come quella in esame, originate cioè dalla mancanza di chiarezza in ordine a chi sia il soggetto che riveste la qualifica formale e sostanziale di datore di lavoro, possono ad oggi dirsi superate grazie all'intervento uniformante del legislatore comunitario.

Per quanto riguarda i lavoratori in regime di somministrazione delle UE, infatti, la direttiva 2008/104/CE stabilisce un quadro generale applicabile alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei in seno all'Unione.

Essa mira a garantire un livello minimo di protezione efficace per questi lavoratori e a contribuire a sviluppare il settore del lavoro temporaneo, visto come opzione flessibile per i datori di lavoro e dei lavoratori. Pertanto, come detto più volte prima, la direttiva ribadisce che i fenomeni di terzizzazione non sono di per sé negativi o fraudolenti, ma, al contrario, possono avere una valenza positiva per quei lavoratori e quei datori di lavoro che genuinamente cercano un'opzione organizzativa flessibile della loro attività lavorativa.

Quanto alle garanzie, la direttiva stabilisce anzitutto il principio della non discriminazione per quanto riguarda le condizioni di base del lavoro tra il

---

<sup>82</sup> *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd.* [2004] EWCA Civ 217, in *Industrial Relations Law Reports*, Vol. 33, No. 5 (Maggio 2004), pp. 358-360.

lavoratore assunto da un'agenzia di lavoro interinale e il lavoratore assunto direttamente dall'impresa utente presso cui va a lavorare.

Inoltre, il legislatore comunitario ha inteso uniformare la disciplina a livello Europeo, dissipando i dubbi che si erano venuti a creare in alcuni ambiti, come quello sopra riportato relativo alla Gran Bretagna, stabilendo che la direttiva è volta a garantire la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e a migliorare la loro qualità del lavoro, riconoscendo tali agenzie quali unici datori di lavoro (art. 2 dir. Cit.)

Per lavoratore assunto da un'agenzia di lavoro interinale, la normativa comunitaria intende quindi un soggetto che ha un contratto o un rapporto di lavoro con un'agenzia di lavoro interinale specificamente volto al mettere il lavoratore a disposizione di un utente, con l'impegno a lavorare presso di esso temporaneamente e sotto il controllo di quest'ultimo. La missione è il periodo durante il quale il lavoratore temporaneo è messo a disposizione da parte di un'agenzia di lavoro interinale a un utente. L'agenzia di lavoro interinale è, infine, qualsiasi persona fisica o giuridica, conformemente alla legislazione nazionale, che sottoscrive contratti di lavoro o intrattiene rapporti di lavoro con i lavoratori temporanei al fine di renderli disponibili agli utenti finali, affinché i lavoratori prestino la loro opera presso di loro e sotto il loro controllo.

Si aggiunge quindi alla causa tipica del contratto di lavoro, ovvero lo scambio prestazione-salario, un *quid pluris*, che è invero costituito dallo specifico scopo dell'agenzia di assumere con la precipua finalità di mettere il lavoratore a disposizione di un terzo.

L'utente finale, o impresa utilizzatrice, è poi qualsiasi persona fisica o giuridica per il quale e sotto il cui controllo lavora un lavoratore temporaneo (beninteso, assunto da un'agenzia di lavoro interinale).

Per condizioni essenziali del lavoro, per le quali secondo la direttiva, deve vigere il divieto di discriminazione, si intendono le condizioni di lavoro stabilite dalla normativa, regolamentare ed amministrativa, dai contratti collettivi e / o da altre disposizioni generali in materia di:

- orario giornaliero, lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e giorni festivi;
- retribuzione.

Il legislatore UE ha previsto l'identificazione della figura datoriale, senza tuttavia soffermarsi in tema di responsabilità solidale tra utilizzatore e fornitrice, a differenza di quanto stabilito dalla convenzione ILO n. 181.

Invero vi sono anche disposizioni di legge che rendono l'utente legalmente responsabile degli eventuali inadempimenti della fornitrice. Questo principio ha precedenti di lunga data nelle legislazioni di molti paesi e continua ad essere ribadito in nuove leggi.

L'utente può essere sussidiariamente responsabile per determinati obblighi in caso di non adempimento da parte del fornitore per esempio in Venezuela, dove la legge prevede tali forme di responsabilità se l'attività del fornitore è inerente o relazionata a quella dell'impresa utilizzatrice<sup>83</sup>. Il Codice del Lavoro di Panama stabilisce che l'impresa utilizzatrice venga considerata datrice di lavoro di tutti i lavoratori somministrati nel caso in cui l'agenzia somministratrice lavori esclusivamente o principalmente per l'utilizzatrice, fermo restando che, in ogni caso, sia somministratrice che utilizzatrice sono tenute alla solidale

---

<sup>83</sup> *The employment relationship, Trends and problems in regulation: A comparative analysis, Report V to the International Labour Conference*, cit., pag 46.

responsabilità verso i lavoratori per quanto riguarda tutti i pagamenti o i risarcimenti dovuti ai lavoratori.

La legge panamense mira quindi da un lato a tutelare al massimo i diritti patrimoniali dei lavoratori, e dall'altro a reprimere forme elusive di "*datorialità mascherata*", facendo prevalere il principio della realtà. In diritto del lavoro italiano vige parimenti il principio di sussidiarietà nell'adempimento delle obbligazioni contributive e retributive dell'agenzia.

## **7. Il distacco di lavoratori**

Per quanto attiene al distacco, in base a quanto prevedono le succitate disposizioni del regolamento 1408/71/CEE, un lavoratore è considerato in distacco regolare quando l'impresa che opera in uno Stato membro e dalla quale tale lavoratore "dipende normalmente", per soddisfare un proprio interesse, lo invia nel territorio di un altro Stato membro per svolgervi un lavoro "per conto della medesima" impresa, sempre che "*la durata prevedibile di tale lavoro non superi i dodici mesi*" e il lavoratore non sia inviato in sostituzione di un altro giunto al termine del suo periodo di distacco.

Quindi, oltre al carattere temporaneo dell'invio e alla circostanza che esso non avvenga in sostituzione di altro lavoratore, gli elementi distintivi e irrinunciabili di un distacco regolare – e che costituiscono anche la causa più frequente di perplessità interpretative e applicative - sono il permanere, durante tutto il periodo di distacco, del rapporto di dipendenza del lavoratore rispetto all'impresa distaccante e la circostanza che il lavoro sia svolto per conto e nell'interesse di quest'ultima.

In termini più sintetici e secondo l'ormai costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, ripresa nella decisione n. 181/2000<sup>84</sup>, i predetti elementi distintivi devono considerarsi sussistenti quando esista e permanga, durante tutto il periodo di distacco, un "legame organico" tra impresa distaccante e lavoratore distaccato.

La successiva direttiva 96/71/CE ha poi specificato che essa si applica nella misura in cui le imprese, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano un lavoratore sul territorio di uno Stato membro (a condizione che esista un rapporto di lavoro fra l'impresa che distacca e il lavoratore durante il periodo di distacco):

- per loro conto e sotto la loro direzione, nel quadro di un contratto di "collaborazione" concluso fra l'impresa d'invio e il destinatario della prestazione di servizi, contratto che ovviamente non deve avere la natura di fornitura di lavoro altrimenti si ricadrebbe in un'altra e diversa fattispecie (non vi deve, in particolare, essere alcuna forma di pagamento dall'impresa ricevente, all'impresa distaccante, in relazione al lavoratore distaccato);
- in uno stabilimento o in un'impresa che appartengono al gruppo;
- in qualità d'impresa di lavoro interinale, presso un'impresa utente.

Ai fini della direttiva, per lavoratore distaccato si intende quindi qualsiasi lavoratore che durante un periodo limitato, esegue il suo lavoro sul territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività. In questo caso, la nozione di lavoratore è quella applicata nel diritto dello Stato membro sul territorio del quale è distaccato il lavoratore.

---

<sup>84</sup> Decisione n.181 della CASSTM del 13 dicembre 2000 riguardante l'interpretazione degli artt. 14, par .1, 14 bis, par. 1, e 14 ter, parr. 1e 2, del regolamento (CEE) n. 1408/71 relativi alla legislazione applicabile ai lavoratori dipendenti distaccati e ai lavoratori autonomi che svolgono temporaneamente un'attività al di fuori del loro Stato di competenza.

Se il distacco avviene invece nell'ambito di imprese interne, il legislatore Italiano ha per esempio previsto una disciplina in linea con quella comunitaria, essendo anche in abito dei distacchi tra imprese del territorio Italiano richiesti la sussistenza di un rapporto organico tra distaccante e lavoratore nonché il permanere di un interesse dell'impresa distaccante durante il periodo di invio. In questi casi, il terzo, in favore del quale è posta in essere la prestazione, gode anche della "disponibilità del comportamento del lavoratore", e non di un generico potere di indirizzo che trovi fonte in un parallelo contratto con il datore di lavoro<sup>85</sup>.

Peraltro, quest'ultima notazione – ossia la parziale disponibilità da parte del distaccatario di una quota del potere direttivo – vale a distinguere il distacco c.d. «proprio» dal distacco «improprio», ossia dal mero svolgimento della prestazione in favore di un terzo, che non ha nessuna disponibilità della prestazione lavorativa<sup>86</sup>.

Nel distacco, infatti, la dissociazione fra titolarità del rapporto e titolarità dei poteri datoriali è solo "apparente"<sup>87</sup>.

In sostanza, il fondamento del potere del datore di distaccare il lavoratore presso un terzo, in favore del quale deve essere resa la prestazione, risiede nell'interesse (e nel conseguente potere) di disporre organizzativamente della prestazione del lavoratore<sup>88</sup>; in altri termini, l'interesse del datore al

---

<sup>85</sup> Ad esempio un contratto d'appalto.

<sup>86</sup> Si tratta cioè del caso, frequente nella pratica ma di scarsa rilevanza per quanto riguarda i profili giuridici, che si verifica quando, ad esempio, dopo la vendita di un determinato macchinario, i lavoratori del cedente si trovano a lavorare nella e per la struttura dell'acquirente per il tempo strettamente necessario all'installazione del bene. In giurisprudenza, Cassazione 3 dicembre 1986, n. 7161, in *Mass. giur. lav.*, 1987, pag. 344, con nota di A. SBROCCA, *Comando o distacco del lavoratore e divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*.

<sup>87</sup> Gambacciani, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d. lgs. n. 276 del 2003*, in *Arg. dir. lav.*, pag. 210, e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>88</sup> Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, pag. 646. Da ultimo, cfr. la recentissima, ed al momento in cui si scrive non pubblicata, sentenza di Cassazione 23 aprile 2009, n. 9694 – cortesemente segnalatami da un amico, cui va la mia gratitudine – per la quale il distacco dei

“coordinamento del lavoro in funzione della produzione”<sup>89</sup>, cui corrisponde lo speculare obbligo di obbedienza del lavoratore, giustifica il fatto che nel corso del rapporto il datore possa unilateralmente modificare le modalità esecutive in funzione del governo degli scopi produttivi. La vicenda, in effetti, deve essere letta all’interno del potere del datore di specificare i contenuti dell’obbligazione lavorativa<sup>90</sup>, determinando di volta in volta le modalità di esecuzione della prestazione: in tal caso, all’interesse proprio del datore di lavoro distaccante si somma l’interesse, in qualche maniera a questo assimilabile e di tipo derivativo, del distaccatario.

Si potrebbe definire questa situazione come l’apoteosi del potere datoriale, che arriva quasi a negare se’ stessa nell’allontanare, nel “dismettere” un lavoratore per a porlo alla disposizione di un terzo.

I motivi che possono spingere due datori ad una simile organizzazione del lavoro possono essere i più diversi: la volontà del datore distaccante di far acquisire al lavoratore alcune competenze proprie dell’organizzazione del distaccatario; la necessità di coordinare una strategia collaborativa fra le due imprese; un’assistenza *after sale* in favore del distaccatario che si protragga per un periodo di tempo abbastanza rilevante, ad esempio al fine di far acquisire ai dipendenti del distaccatario la formazione necessaria per il funzionamento e l’utilizzo dei beni compravenduti; la volontà di una società controllante di operare un controllo di gestione sulla controllata; e così via.

---

dipendenti è “atto organizzativo dell’impresa che lo dispone, così determinando una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa”.

<sup>89</sup> Marazza M., *L’interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione, tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in Dir. lav., 2003, pag. 452; il pregevole articolo è pubblicato anche in Arg. dir. lav., 2004, pag. 103-119.

<sup>90</sup> Brollo M., *La mobilità interna del lavoratore, Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103, in Il codice civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco D. Busnelli*, Milano 1997, pag. 467; Cassazione 8 giugno 2005, n. 11952, in Dir. giust., 2005, n. 31, pag. 22, con nota di M. CAROPPOLI, *Distacco e legge Biagi: ecco cosa cambia. Intermediazione di manodopera, guida agli incroci a rischio*.

Degli esempi fatti, è opportuno far notare sin da subito che si tratta di casi caratterizzati da un interesse (del distaccante) di natura organizzativa.

## **8. Decostruzione e ricostruzione della figura datoriale attraverso la lettura dal prisma della esternalizzazione: il potere datoriale come benchmark**

Il dato uniforme alle ipotesi di terzizzazione sopra segnalate è universalmente quello di dar vita a una relazione “triangolare”, in cui cioè intervengono tre distinti attori, i cui rapporti di potere variano a seconda della tipologia considerata. Viene quindi scardinata la relazione biunivoca che tradizionalmente univa datore e lavoratore.

Si è cercato sinora di delineare la risposta che le varie legislazioni danno alla domanda: *“in caso di terzizzazione, a chi compete il potere datoriale sul lavoratore”*.

Le soluzioni sopra richiamate sono però cristallizzate in disposizioni generali ed astratte che cercano di dare dei criteri per disciplinare relazioni che nella pratica non si manifestano secondo contorni così netti e definiti.

In altre parole, da una parte si hanno le leggi, e quello che esse chiaramente cercano di imporre in termini di spettanza dei poteri e dei doveri datoriali.

Dall'altra però c'è la realtà di fatto, che non sempre ripercorre i medesimi sentieri tracciati dai legislatori.

A livello metodologico, si vuole premettere che il valore delle citate affermazioni ha senso nel contesto di paesi in cui il concetto di subordinazione ha un ruolo centrale, come ad esempio in Italia, Francia e Belgio<sup>91</sup>: infatti solo se il concetto in parola ha una valenza pregnante, ha senso mostrare le modalità

---

<sup>91</sup> Havard C., Rorive B., Sobczak A., Client, *Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation*, European Journal of Industrial Relations, Vol. 15, No. 3, pagg. 257-276, 2009.

attraverso cui la subordinazione si trasforma a causa della triangolazione delle relazioni di lavoro.

Inoltre, e sempre a livello metodologico, a questo punto si rende necessario definire anche un concetto adattabile, e quindi generico, di subordinazione.

In dottrina<sup>92</sup> è per esempio stato proposto di utilizzare un concetto “sociologico”, e non strettamente “giuridico”, di potere, ovvero il potere come concetto sociologico di influenza, più’ o meno pregnante, tra gli attori coinvolti nei rapporti di triangolazione.

Esso, in estrema sintesi, si manifesta nella relazione di lavoro come il potere direttivo dell’imprenditore, che autorizza quest’ultimo a comandare il lavoratore in ordine all’esecuzione della prestazione, a controllarne svolgimento e risultato, ed eventualmente a sanzionare gli inadempimenti. In cambio, il lavoratore tradizionalmente riceve il salario e le garanzie previdenziali e sociali accordategli dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

La relazione di lavoro comporta quindi la subordinazione, che è *de jure et de facto* una relazione di potere. Essa è soggetta alle norme del diritto del lavoro proprio perché vi è la necessità di una disciplina protettiva della parte considerata debole: il potere direttivo tra imprenditore e lavoratore costituisce invero la condizione di esistenza del contratto di lavoro e la giustificazione dell’intervento del legislatore su di essa<sup>93</sup>.

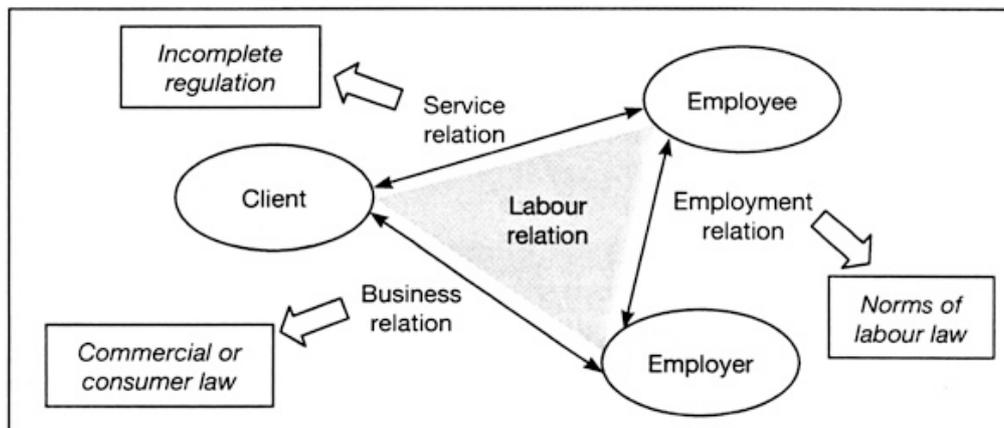
Ma le altre relazioni “nel triangolo” possono essere analizzate sulla medesima base: infatti diverse discipline, come il diritto, la sociologia e le scienze dell’organizzazione in generale usano il concetto di potere per studiare le relazioni tra gli attori economici.

---

<sup>92</sup> Havard C., Rorive B., Sobczak A., Client, *Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation*, cit.

<sup>93</sup> E. Dockès, *Le pouvoir dans les rapports de travail - Essor juridique d’une nuisance économique*, Droit Social 6: 621-8, 2004.

FIGURE 1. The Triangle of Relations



Tra l'impresa utilizzatrice e la fornitrice di lavoro o di manodopera, a seconda che si realizzi una somministrazione di lavoro interinale o una sub-contrattazione (appalto), si viene a creare una relazione commerciale.

La relazione che si viene a creare tra distaccante e distaccataria è invece fondata sulla realizzazione di un interesse del primo e su un legame che, al contrario delle ipotesi di somministrazione e appalto, non può essere di natura commerciale.

Infine, tra il lavoratore e il soggetto a favore del quale è resa la prestazione nasce, direttamente o indirettamente, una terza, ulteriore, relazione, che si potrebbe denominare "relazione di servizio"<sup>94</sup>. Questa terza relazione è la più composita perché per porla in essere concorrono tutti e tre i soggetti, ovvero non solo l'impresa "cliente", in diretto contatto con il fornitore di lavoro, ma anche i lavoratori stessi, che prestano la loro opera per il cliente finale della prestazione<sup>95</sup>.

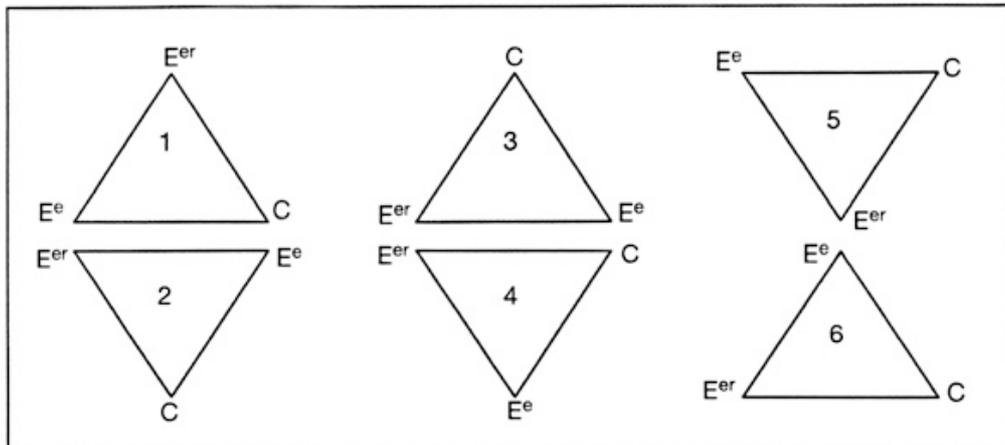
<sup>94</sup> Havard C., Rorive B., Sobczak A., Client, Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation, cit., pag. 260.

<sup>95</sup> M.Korczynski, *Back-Office Service Work: Bureaucracy Challenged?*, Work, Employment & Society 18(1), 97-114, 2004.

Ognuna di queste tre relazioni ha una propria disciplina legale<sup>96</sup>.

Il loro combinarsi può essere rappresentato mediante lo schema che segue, ove si cerca il "Mapping a Complex Triangulation"<sup>97</sup>:

FIGURE 2. Six Triangulation Patterns



E<sup>er</sup> = employer

C = client

E<sup>e</sup> = employee

Come si nota, le possibilità sono varie, e alcune di esse corrispondono agli schemi giuridici di appalto, distacco, trasferimento d'azienda e somministrazione, come si vedrà di seguito.

Le questioni che però si profilano, al di là della normativa, sono, per quanto attiene alla relazione di lavoro, se questa relazione trilatera porta ad un incremento della subordinazione del lavoratore, soggetto non solo al suo datore di lavoro, ma anche al cliente dello stesso? O se invece porta semplicemente al cambiamento della parte dominante la relazione, essendo il datore progressivamente rimpiazzato dal cliente? E sino a che punto il terzo può interferire nella relazione di lavoro e nel modo in cui essa viene esercitata?

<sup>96</sup> E ciò, in particolare, per quanto riguarda la situazione in Francia, Belgio e Italia.

<sup>97</sup> Havard C., Rorive B., Sobczak A., Client, Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation, cit., pag. 264.

Che portata ha quindi la relazione di servizio? E come va ad incidere sul potere direttivo del datore di lavoro?

Ed infine, come si integrano tutte queste dinamiche con il rapporto di natura commerciale che lega fornitore ed utilizzatore? Vi è spazio, dentro questo ambito, per una considerazione del lavoratore che è il presupposto dell'esistenza di detta relazione.

### **9. La relazione tra utilizzatore e fornitore e le sue ripercussioni sul rapporto di lavoro**

Per quanto attiene al rapporto di natura commerciale che lega gli altri due soggetti coinvolti nel “triangolo”, quelli cioè diversi dal lavoratore, ovvero l'impresa che di fatto riceve la prestazione di lavoro e quella che, a vario titolo, gliela fornisce, è possibile anzitutto rilevare che il legame che si crea tra questi due soggetti dipende dal tipo di contratto che di volta in volta si viene a realizzare.

Nel caso di trasferimento d'azienda, secondo il diritto comunitario<sup>98</sup>, è per esempio possibile che, al limite, non sussista alcun rapporto contrattuale tra cedente e cessionario, e, ciò nonostante, possa configurarsi un valido trasferimento. L'elemento caratterizzante del trasferimento di azienda è pertanto costituito solo dalla sostituzione del soggetto titolare delle risorse (anche umane) destinate all'esercizio dell'impresa<sup>99</sup>, a prescindere dal contratto che ha dato origine all'operazione.

---

<sup>98</sup> Caso Süzen, CGCE 11 marzo 1997, n. C-13/95 Suzen c. Zehnacker Gebäudereinigung Gmbh Krankenhausservice.

<sup>99</sup> Tale mutamento può essere conseguito, come già evidenziato, attraverso le più diverse fattispecie traslative (vendita, affitto, usufrutto, comodato).

Non è necessario che il trasferimento avvenga attraverso un unico atto di cessione, ben potendo la successione nella titolarità del complesso dei beni aziendali essere realizzata attraverso una pluralità di negozi traslativi. L'importante è che si verifichi il mutamento della titolarità di una attività economica

Pertanto, sono vari tipi<sup>100</sup> i contrattuali che danno luogo a un trasferimento d'azienda, o di un suo ramo, benché normalmente si tratti di forme di cessione o alienazione.

In caso di distacco deve permanere nel distaccante, per tutta la durata del distacco, un interesse di natura non commerciale all'invio del proprio lavoratore presso il destinatario.

Nel caso di appalto e di lavoro tramite agenzia, la relazione che si instaura è invece di tipo commerciale, e in questo ambito, a differenza della normativa in materia di lavoro, non vi sono particolari discipline protettive.

Il diritto commerciale mantiene invero il principio di eguaglianza delle due parti e, in generale, non considera il flusso di potere che, di fatto, intercorre tra le imprese utilizzatrici e fornitrici.

Detta relazione è dunque regolamentata dal diritto civile in generale, senza che particolari accorgimenti legislativi siano adottati in considerazione del fatto che dette relazioni sono in un regime di strettissimo collegamento contrattuale con la relazione di lavoro<sup>101</sup>.

Il venir meno della relazione commerciale può determinare, invero, effetti “a cascata” sulla relazione di lavoro: si pensi ai tipici casi di venir meno del contratto tra l'impresa fornitrice e l'utilizzatrice, potenzialmente idonei a determinare la risoluzione dei rapporti di lavoro sottostanti (caso Sūzen, CGCE 11 marzo 1997, n. C-13/95, *Suzen c. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhauservice*<sup>102</sup>).

---

organizzata, con o senza fini di lucro, preesistente al trasferimento e che con il trasferimento stesso conservi la sua identità.

<sup>100</sup> Trasferimento di un acchetto di quote di maggioranza da un soggetto societario ad un'altro di una SPA, vendita, successione, vittoria o perdita di un appalto di servizi...

<sup>101</sup> Havard C., Rorive B., Sobczak A., Client, Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation, cit., pag. 260.

<sup>102</sup> CGCE 11 marzo 1997, n. C-13/95 (A. *Suzen c. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhauservice*), “Non configura trasferimento d'azienda il caso in cui un'impresa abbia affidato i

Fatti come questo, al di là delle evidenti ripercussioni sulla relazione di lavoro, sono in grado di evidenziare come l'impresa utilizzatrice finale eserciti un potere sulla fornitrice nei casi in cui la prima sia in grado di creare una situazione di dipendenza presso la seconda.

Potenzialmente, infatti, la fornitrice di lavoro diviene economicamente dipendente dalla utilizzatrice e, quando il contratto tra queste due termina, o nel caso in cui la fornitrice riesca in qualche modo, per circostanze fattuali di tempo e luogo, a controllare la concorrenza tra le fornitrici di uno specifico territorio, è possibile rinvenire una forma di subordinazione, anche in questo versante del rapporto triangolare. La subordinazione è in questo caso una forma di dipendenza economica, tanto più stringente quanto più ci si avvicini a regimi di mono-committenza

Come spiegato prima, però, non vi è, in questo frangente, una disciplina protettiva a favore della parte che viene a trovarsi in una situazione di debolezza. Le regole che si applicano sono quelle del diritto dei contratti, ove vige il principio di eguaglianza tra gli attori economici.

D'altra parte è pure possibile evidenziare che alcune teorie<sup>103</sup>, che studiano il tasso di dipendenza dalle varie risorse nell'ambito delle imprese, hanno messo in luce che anche la fornitrice di manodopera in regime di appalto (sub-

---

*lavoratori di pulizia dei propri locali ad un primo imprenditore, risolve il contratto con questi stipulato e concluda, ai fini dell'esecuzione di lavori analoghi, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, quando l'operazione non sia accompagnata né da cessione, tra l'uno e l'altro imprenditore, di elementi patrimoniali significativi, né dall'assunzione, ad opera del nuovo imprenditore, di una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale già destinato dal predecessore all'esecuzione del contratto. La nozione di trasferimento di trasferimento, ai sensi della direttiva /187/CEE, si riferisce all'ipotesi in cui un'entità economica-vale a dire un complesso organizzato di persone e di elementi che consente l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo-conservi la sua identità al di là dell'operazione controversa, il che risulta, in particolare dal fatto, che il nuovo appaltatore riassume la parte essenziale del personale dell'impresa cedente“.*

<sup>103</sup> C.M. Christensen, and J.L. Bower, *Customer Power, Strategic Investment, and the Failure of Leading Firms*, *Strategic Management Journal* 17(3), pagg. 197–218, 1996; G.L. Frazier, *The Interfirm Power-influence Process within a Market Channel*, in J.N. Sheth (ed.) *Research in Marketing*, pp. 63–91. Greenwich, CT, JAI Press, 1984; J. Pfeffer, and C. Salancik, *The External Control of Organizations: A Resource Dependence Perspective*. New York: Harper & Row, 1978.

contrattazione) o di agenzia può esercitare una forma di potere sui suoi clienti, e ciò nella misura in cui sia in grado di creare una situazione di dipendenza.

Questo fatto può dipendere da varie cause<sup>104</sup>. Una di queste è collegata alla specificità delle prestazioni coinvolte, al basso tasso di intercambiabilità ed alla scarsità delle risorse possedute dall'azienda, per quanto riguarda la fornitura o l'assegnazione di lavoratori dalle alte professionalità: infatti nel caso in cui un'azienda si venga a trovare in un regime di strettissima collaborazione con un soggetto, che le procura per esempio personale altamente specializzato per particolari lavorazioni, allora nel caso in cui questo legame commerciale venga meno, l'azienda utilizzatrice si può venire a trovare in grandi difficoltà, per non dire in situazioni di impasse. Infatti non avendo personale per eseguire le proprie lavorazioni, può verosimilmente incorrere in rallentamenti o blocchi della produzione.

In secondo luogo, per quanto riguarda le professionalità generiche, anche l'elevato livello dei costi di transizione connessi ad un eventuale cambiamento di fornitore di manodopera è un altro elemento idoneo a generare una forma di potere in capo alla fornitrice. Infatti quando è in essere un rapporto contrattuale con l'utilizzatrice, il cambiamento della figura della fornitrice può determinare un incremento dei costi per l'azienda, perché ad esempio essa deve reperire sul mercato un'altra fornitrice, perdendo quindi in termini di efficienza, sia con riferimento al tempo utile in cui avrebbe potuto produrre, invece che subire un rallentamento per assenza del personale fornito necessario alla produzione, sia perché le controversie in caso di risoluzione del rapporto di fornitura possono generare comunque dei costi, per esempio legali.

---

<sup>104</sup> Per una esemplificazione si vedano: B. Klein, R.G. Crawford, and A.A. Alchian, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, *Journal of Law and Economics* 21, pagg. 297–326, 1978; J.B. Barney, *Firm Resources and Sustained Competitive Advantage*, *Journal of Management* 17(1), pagg. 99–120, 1991.

Pertanto, dalle esemplificazioni di cui sopra è possibile evincere che anche nella relazione tra i soggetti diversi dal lavoratore, all'interno del rapporto trilatero nato dall'esternalizzazione, si vengono a esercitare diversi tipi di potere. L'unico caso in cui detto potere non ha natura patrimoniale è quello del distacco.

### **10. Le conseguenze sui rapporti di lavoro del venir meno della relazione commerciale**

Le questioni sopra trattate vanno ad incidere sul rapporto di lavoro nei momenti in cui vi è una cessazione della relazione commerciale tra chi fornisce e chi recepisce le prestazioni di lavoro.

Si è detto che detti rapporti sono disciplinati dal diritto civile. Però, si è anche visto che ci sono casi, come il sopra citato Süzen, ove il venir meno del contratto di natura commerciale ha effetti essenziali sulle sottostanti relazioni di lavoro.

Si ricorda che, nel caso in esame, il venir meno del contratto che affidava ad una società il compito di effettuare le pulizie presso dei locali della committente, in quanto quest'ultima aveva deciso di scegliere una altra fornitrice, aveva determinato la risoluzione del contratto con la lavoratrice, che aveva quindi adito la Corte Europea per sapere se nel suo caso fosse applicabile la tutela concessa dalla direttiva sul trasferimento d'azienda.

Pertanto, in alcuni settori, il diritto comunitario del lavoro ha introdotto previsioni che tengono in considerazione la relazione di servizio (tra il lavoratore e l'utilizzatore), e la relazione vera e propria tra il datore di lavoro e l'impiegato.

Dette norme impongono obbligazioni in capo alla società utilizzatrice, in caso di lavoro tramite agenzia o alla società cessionaria, in caso di trasferimento d'azienda.

Per esempio, la direttiva 92/57/CE sui cantieri edili mobili o temporanei impone la responsabilità solidale tra committente e datore di lavoro appaltatore per la valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ed impone la nomina di un coordinatore per la sicurezza e la salute.

Allo stesso modo, la direttiva 98/50/CE sul trasferimento d'azienda impone che in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. Ove venga illegittimamente disposto il recesso, graverà sul cessionario l'obbligo di ripristinare il rapporto di lavoro, che si considererà come mai interrotto. Il cedente ed il cessionario, inoltre, sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento.

Tuttavia, è possibile concludere che nel caso di fallimento della relazione tra le imprese, l'ordinamento apporta delle garanzie ai lavoratori che, in vario modo ne restano coinvolti, solo nei casi in cui le circostanze di fatto siano in grado di integrare fattispecie già disciplinate autonomamente, per esempio come ipotesi di trasferimento d'azienda.

Infatti nel caso, per esempio, di successione di azienda avvenuto in ragione dell'assegnazione di una commessa ad un appaltatore differente da quello che prima eseguiva il servizio, il rapporto commerciale si interrompe, ma scatta la tutela che la direttiva sul mantenimento dei diritti dei lavoratori coinvolti.

Ciò però avviene perché nel caso di cui all'esempio, il venir meno della relazione commerciale corrisponde esattamente anche ad un trasferimento d'azienda: ma nei casi in cui ciò non succede, quali sono le conseguenze?

Nel caso Sūzen, per esempio, non è stato ravvisata nella vicenda contrattuale accaduta un trasferimento d'azienda, ragion per cui ai lavoratori è stata negata la tutela predisposta dalla sopra citata direttiva. Cosa avviene, ancora, nel caso di controversie relative alla relazione commerciale tra agenzia di somministrazione e utilizzatrice? Cosa avviene in caso di risoluzione di questo contratto e quali sono le conseguenze per i lavoratori?

Pensiamo al caso di mancato pagamento da parte della utilizzatrice del prezzo richiesto per il servizio di somministrazione dalla fornitrice: il lavoratore interinale ha diritto al pagamento del salario da parte dell'agenzia, ma il fracasso della relazione commerciale determinerà il venir meno anche della fornitura di lavoro, che sarà quindi interrotta tra quella specifica agenzia e quella specifica utilizzatrice. Detta circostanza potrebbe in ipotesi, portare a conseguenze negative anche per il lavoratore, perché, impregiudicato il diritto alla retribuzione, esso potrebbe comunque perdere un'occasione di lavoro importante, in termini di acquisizione di esperienza, arricchimento professionale e personale, futura possibilità di inserimento stabile presso l'utilizzatrice.

Emerge, in effetti, che non viene considerato il profilo di salvaguardia della relazione tra aziende in un'ottica di tutela del contraente debole, che, peraltro, per via indiretta porterebbe anche alla tutela dei posti di lavoro "sottostanti": il diritto commerciale, infatti, non prevede questo profilo, benché anche in questa relazione si configurino rapporti di dominanza e subordinazione economica tra i soggetti coinvolti.

## **11. Situazioni dove il potere direttivo viene "spostato"**

Vi sono casi in cui il potere direttivo “nasce” in capo ad un soggetto, ma poi, per vicende connesse alla particolare struttura del contratto posto in essere, viene “spostato” in capo ad un altro soggetto.

La situazione, ampiamente disciplinata in diritto comunitario ed internazionale è segnatamente quella del lavoro tramite agenzia: l'agenzia è il datore di lavoro, ma non è lei ad esercitare il potere direttivo. Esso è infatti “spostato” in capo all'utilizzatore, che, in base al contratto di fornitura di manodopera, è legittimata ad esercitarlo in modo esclusivo sui lavoratori.

L'utilizzatore però interviene in modo incisivo anche in altri aspetti della relazione di lavoro, per esempio sul suo nascere. Se è infatti vero che il rapporto di lavoro intercorre formalmente tra agenzia e lavoratore, è d'altra parte usuale che la cliente intervenga in modo forte sulle “risorse umane” dell'agenzia: non è affatto insolito difatti che le precipue caratteristiche che il lavoratore che dovrà essere assunto dall'agenzia deve possedere siano dettate in modo dettagliato dalla cliente dell'agenzia stessa.

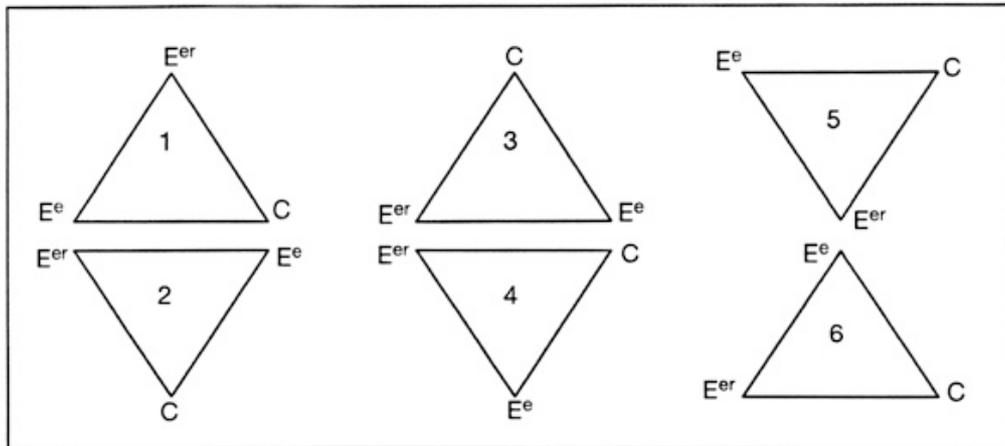
L'agenzia si riduce ad essere una “scatola vuota”, un contenitore di risorse umane, ovvero di lavoratori, che i vari clienti decidono di mettere dentro. L'agenzia si limita a gestire amministrativamente il rapporto, il cui “nucleo” è però in mano alla cliente.

In questo caso è possibile dire che la relazione di servizio tra il lavoratore e l'utilizzatore assume importanza decisiva nel “triangolo” dei tra attori (figura 6), tanto che molto spesso avviene che il lavoratore somministrato finisce per essere assunto dalla cliente<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> Havard C, Rorive B., Sobczak A., *Client, Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation*, cit., pag. 271.

FIGURE 2. Six Triangulation Patterns



Questo avviene soprattutto quando il lavoratore somministrato possiede una buona professionalità e quindi può esercitare un “potere” sull'utilizzatrice, creando in seno ad essa un bisogno, che dovrà essere soddisfatto mediante l'assunzione del lavoratore stesso. La possibilità che ciò verosimilmente avvenga è legata al fatto che il lavoratore tramite agenzia è stato selezionato proprio in quanto possedeva le esatte caratteristiche specificamente indicate dalla cliente, ed a queste direttamente corrisponde. Questo determina una collusione tra gli interessi della cliente e del lavoratore, eventualmente idonea a provocare la cessazione della relazione commerciale tra lavoratore e agenzia e a far nascere un rapporto di lavoro diretto tra cliente e lavoratore<sup>106</sup>.

Lo spostamento del potere direttivo avviene naturalmente anche nel caso di trasferimento d'azienda, ove si interrompe la relazione di potere del precedente datore in quanto il cessionario ottiene tutti i diritti ed i doveri scaturenti dai rapporti di lavoro trasferiti. Rimane la solidarietà passiva per quanto riguarda i

<sup>106</sup> Havard C., Rorive B., Sobczak A., *Client, Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation*, cit., ibidem.

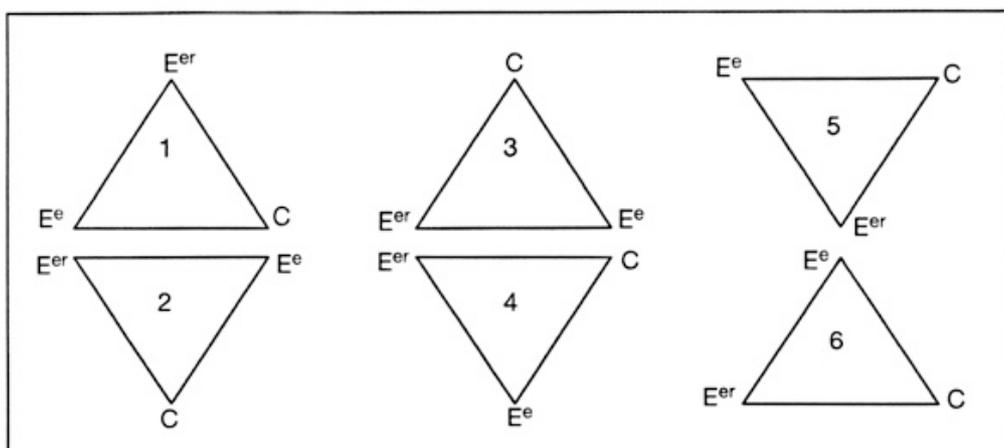
crediti previdenziali e assicurativi dei lavoratori, nei casi in cui l'ordinamento lo prevede.

L'effetto di spostare il potere direttivo è direttamente dipendente dalla fattispecie del trasferimento d'azienda, che, come detto sopra, comporta la traslazione dell'intera posizione datoriale.

## 12. Situazioni dove il potere direttivo è condiviso

Nei casi di distacco genuino, il potere direttivo è suddiviso tra il distaccante ed il distaccatario (figura 5).

FIGURE 2. Six Triangulation Patterns



Detta suddivisione del potere direttivo trae il suo fondamento presupposti giustificativi dell'istituto, ossia nel contratto fra i datori di lavoro e nell'atto organizzativo con cui si dispone il distacco del lavoratore, la cui base è un'intesa tra distaccante e distaccatario volto a calibrare l'attività oggetto della messa a disposizione. In effetti, l'accordo fra datori serve per circoscrivere i limiti dell'utilizzazione e gli importi del rimborso eventualmente dovuto, e quindi

in sostanza l'estensione della quota di potere direttivo di cui può disporre il distaccatario e la misura degli obblighi cui è soggetto<sup>107</sup>.

Quanto al trattamento giuridico del lavoratore distaccante, dunque, con il distacco il datore di lavoro trasferisce una quota del proprio potere direttivo al distaccatario<sup>108</sup>, nella misura "necessaria" perché questi possa coordinare il compimento della "determinata attività" con gli interessi della propria organizzazione.

In tal modo, si costringe il datore ad esplicitare l'interesse che motiva il ricorso al distacco, o quantomeno ad offrire gli elementi perché esso possa essere più facilmente percepibile. D'altro canto, la "determinata attività" costituisce un sicuro indice della temporaneità dell'assegnazione, ed agevola il controllo sulla *veritas* e sulla *bonitas* della scelta datoriale. Soprattutto però, l'indicazione della "determinata attività" che il lavoratore è chiamato a compiere è utile anche per misurare la legittimità dell'esercizio del potere direttivo del distaccatario, che non può mai travalicare i confini posti in via unilaterale dal distaccante. In altri termini, il distaccatario potrà impiegare la prestazione del distaccato limitatamente all'oggetto individuato, e legittimo sarà il rifiuto, da parte del lavoratore, di una prestazione che esuli dalla determinata attività che è stato chiamato a compiere.

In ogni caso, la scelta datoriale di distaccare il lavoratore deve essere ragionevole esercizio del potere direttivo, attraverso il quale il datore funzionalizza la prestazione all'interesse organizzativo da lui perseguito<sup>54</sup>.

---

<sup>107</sup> Putrignano, *Il distacco dei lavoratori*.

<sup>108</sup> Monaco M. P., *Il distacco del lavoratore*, in AA. VV., Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 coordinato da Franco Carinci, Milano 2004,, pag. 220. Si tratta di un fenomeno di "sostituzione di un terzo nell'esercizio dei poteri giuridici del datore di lavoro" che dipende da una delega di posizioni giuridiche attive: M. MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione, tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in Dir. lav., 2003, pag. 448 e 450-451; di delega parla anche M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d. lgs. n. 276 del 2003*, in Arg. dir. lav., pag. 213.

Questo dato conferma come nella fattispecie in esame il potere direttivo venga spostato dal distaccante al distaccatario che che l'atto di distaccare il lavoratore da parte del distaccante avviene sempre in virtù dell'esercizio costante e permanente del potere direttivo del distaccante, fatto che costituisce il presupposto affinché si realizzi questa operazione.

La condivisione del potere direttivo avviene però anche in altre circostanze.

In dottrina<sup>109</sup> si sono per esempio evidenziati casi in cui il datore di lavoro condivide il potere direttivo con l'appaltatore. Questi casi si verificano generalmente quando l'appaltante influisce in modo particolarmente intenso sull'organizzazione del lavoro dell'appaltatore perché è la relazione commerciale tra fornitore e cliente domina i rapporti tra i vari attori del triangolo. L'asimmetria che caratterizza questa relazione dipende da vari fattori: eccesso dell'offerta rispetto alla domanda, dinamiche di competizione tra costi di mercato, intercambiabilità dello staff.

Molto spesso in queste situazioni la manodopera fornita non è altamente specializzata, né il lavoro da porre in essere.

La disomogeneità tra le posizioni mette il cliente in una situazione di potere sia rispetto all'appaltatore-datore di lavoro, che difficilmente può resistere all'interferenza del committente, sia rispetto ai lavoratori, che non possiedono né le risorse strategiche-organizzative, né specifiche abilità.

Pertanto, la subordinazione dei lavoratori al loro datore di lavoro, l'appaltatore, è indebolita, perché passa al committente che esercita su di loro l'autorità.

In queste situazioni di effettiva "co- datorialità", i lavoratori saranno portati a proporre le loro istanze all'effettivo soggetto che identificano come "capo": questo determina un depauperamento delle prerogative dell'appaltatore nei

---

<sup>109</sup> Havard C, Rorive B., Sobczak A., *Client, Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation*, cit., pag. 270.

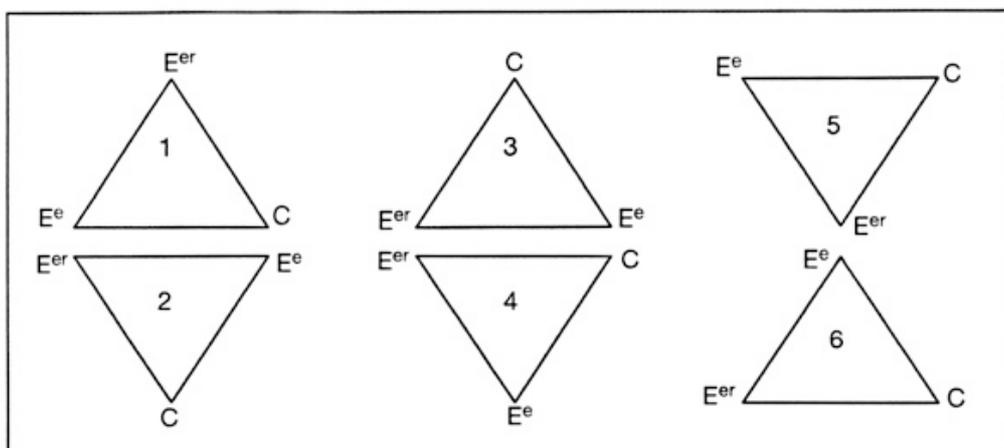
confronti dei lavoratori, che di fatto cede quote del suo potere al committente. Secondo l'ordinamento italiano, come già detto sopra, nel caso in cui il potere direttivo non venga esercitato dall'appaltatore, ma dal committente, si potrebbe venire a configurare un'ipotesi di appalto non genuino, perché il formale datore di lavoro non corrisponde a colui che di fatto organizza e dirige l'attività.

Questo fenomeno produce incertezza e genera un ambiente dove è facile che vengano a crearsi situazioni di “sotto-protezione” dei lavoratori. La Raccomandazione OIL 198 in circostanze come queste consiglia di applicare il principio di primazia della realtà per verificare chi sia il soggetto che effettivamente esercita il potere direttivo e che, quindi, deve essere considerato titolare delle situazioni attive e passive generate dal rapporto di lavoro.

### 13. Situazioni dove il potere direttivo è mantenuto

Nell'appalto genuino, il datore di lavoro dei lavoratori che eseguono la prestazione dei servizi appaltati mantiene ed esercita su di essi il potere direttivo: egli è infatti l'unico soggetto legittimato a farlo (figura 1).

FIGURE 2. Six Triangulation Patterns



Nonostante “l'intrusione” del cliente-committente, è la relazione di lavoro che domina il rapporto tra i tre attori del triangolo.

Nell'appalto genuino, quando un soggetto commissiona ad un altro la realizzazione di un determinato servizio, vi deve essere indipendenza totale nella successiva realizzazione dello stesso. Ciò avviene quando le direttive contenute nel capitolato d'appalto sono precise, ben dettagliate e quando l'adempimento dell'appaltatore è valutato in realizzazione all'ottenimento del risultato concordato tra le parti. Gli standard di qualità importati dal cliente forzano infatti l'appaltatore a conformare la prestazione stessa a detti standard, a controllare direttamente i lavoratori nell'esecuzione ed a verificare la qualità del lavoro prodotto. Dette situazioni si verificano soprattutto nei casi in cui il risultato finale consiste in una prestazione ad alto contenuto di professionalità, che impone al cliente di rivolgersi all'appaltatore proprio in quanto è questi la figura idonea a realizzare quel servizio. Va da sé che in siffatte situazioni, un'intrusione del cliente non avrebbe alcuna ragione d'essere, anche nei casi in cui il luogo di esecuzione della prestazione corrisponde ai locali della committente<sup>110</sup>.

La genuinità dell'appalto consente ai lavoratori di identificare chiaramente la loro figura datoriale ed di evitare di essere posti nelle “zone grigie” di sotto protezione. I lavoratori si rivolgeranno a questi per quanto riguarda le loro richieste. Detta circostanza differenzia in misura netta l'appalto genuino dalle figure sopra descritte.

---

<sup>110</sup>Havard C, Rorive B., Sobczak A., *Client, Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation*, cit., pag. 267.

#### **4. Esternalizzazione e compliance degli standard internazionali del lavoro: le criticità**

##### **1. Introduzione: gli ILS**

In questa fase della trattazione, pur ribadendo il fatto che i fenomeni di interposizione ed esternalizzazione non sono di per sé negativi, ma anzi, come evidenziato nei capitoli precedenti, possono essere fonte di esperienze professionali utili all'inserimento lavorativo per i soggetti coinvolti, si vuole dar ciò non di meno conto di come alcuni studi abbiano evidenziato che attraverso l'utilizzo dell'esternalizzazione possano venirsi a creare situazioni di lesione di alcuni principi cardine del diritto del lavoro.

Questo avviene ovviamente nei casi in cui le parti pongono in essere situazioni fraudolente, e cioè quando utilizzano strumenti come il lavoro in regime d'appalto o di agenzia con lo scopo di eludere la normativa protettiva del lavoratore. Tuttavia alcuni studi dimostrano come la lesione di alcune prerogative dei lavoratori possa avvenire anche nei casi in cui l'uso dei contratti di terzizzazione sia stato conforme al dettato normativo, e cioè anche nei casi in cui non si sia cercato di porre in essere situazioni fraudolente<sup>111</sup>.

I principi fondamentali che si vogliono utilizzare come *benchmark* per il raffronto con la situazione contingente che si viene a creare a seguito dei fenomeni di esternalizzazione, a livello internazionale, vanno cercati negli atti normativi dell'OIL, giacché temi quali la qualità la produttività del lavoro sono ormai da tempo al centro del dibattito sviluppato in seno alle organizzazioni internazionali e alla comunità scientifica, tra gli studiosi e gli operatori delle relazioni industriali. È infatti intorno a questi temi, e a quelli ad essi affini quali sviluppo

---

<sup>111</sup> O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Oficina Internacional Del Trabajo, Lima, 2009.

economico, inclusione sociale, nuove modalità produttive e tecniche di organizzazione del lavoro, che si concentrano la maggior parte degli studi internazionali<sup>112</sup>.

L'OIL, si ricorda, nasce nel 1919 dalla Commissione internazionale sul lavoro costituita dall'art. XII del Trattato di Versailles, con la natura – unica nel suo genere tra le organizzazioni internazionali – di organismo tripartito (comprendente cioè rappresentanti di governi, imprese, lavoratori). Ad oggi la Conferenza annuale dell'OIL ha approvato 188 Convenzioni e 200 Raccomandazioni<sup>113</sup>, atti normativi dell'OIL che nell'insieme costituiscono gli ILS, International Labour Standards. Il meccanismo che regola l'attività normativa dell'OIL può essere così sommariamente riassunto: le Convenzioni, una volta adottate, sono inviate per la ratifica ai paesi membri; in caso di mancata ratifica il paese deve periodicamente, su richiesta del Consiglio di Amministrazione dell'OIL, spiegare gli ostacoli che si frappongono a quest'ultima. Le Raccomandazioni comportano invece un semplice obbligo dei paesi membri a riferire periodicamente sul comportamento del proprio governo nel dare o no seguito alle Raccomandazioni stesse.

Convenzioni e Raccomandazioni spaziano su un ampio arco di materie attinenti alla giustizia sociale e incluse nel Preambolo della Costituzione dell'OIL, tra cui: salari e occupazione, disoccupazione, orario di lavoro, età minima, lavoro femminile, sicurezza, previdenza, istruzione professionale.

Sin dal 1919, pertanto, l'OIL ha prodotto un sistema di norme internazionali<sup>114</sup> su numerose materie collegate al diritto del lavoro<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> *Lavoro decente e produttività nel mercato globale*, a cura di Olga Rymkevich, Iacopo Senatori, newsletter 4/2008 ADAPT.

<sup>113</sup> <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

<sup>114</sup> *ILO: A Fair Globalization: Creating opportunities for all*, Report of the World Commission on the Social Dimension of Globalization, Geneva, 2004, p. 143: "The rules of the global economy should be aimed at

Le Convenzioni dell'OIL (quasi sempre accompagnate dalle relative Raccomandazioni), sono trattati internazionali concepiti per avere un impatto concreto sulle condizioni e le regole del lavoro in ogni paese del mondo membro OIL e per uniformare, nei limiti del compatibile con il sistema giuridico di recepimento, il trattamento dei lavoratori sotto particolari aspetti.

Attraverso la ratifica e l'adozione di provvedimenti attuativi a livello nazionale, i singoli paesi che aderiscono all'OIL accettano quindi gli obiettivi delle Convenzioni e riconoscono di esserne vincolati. Inoltre, le Convenzioni dell'OIL fanno da riferimento anche per la modificazione o l'interpretazione di leggi nazionali di molti paesi che non le hanno ratificate, o vanno, in seguito al loro recepimento, a colmare vere e proprie lacune legislative. Gli standard dell'OIL svolgono quindi un ruolo molto importante ed esteso nell'evoluzione delle diverse legislazioni nazionali: è per questo che, dall'insieme degli *International Labour Standards* (ILS) possono essere tratti dei principi fondamentali in materia di diritto dei lavoratori generalmente applicabili, ovvero a prescindere dal sistema giuridico dello stato ove essi vengono applicati.

Il primo di questi principi è contenuto nella *Dichiarazione di Filadelfia* (1944), annessa alla Costituzione dell'OIL, che nonostante la sua vetustà, continua a essere particolarmente attuale nel ventunesimo secolom. La sua implicazione pratica si colloca, come si vedrà, in modo precipuo proprio nell'ambito dei processi di esternalizzazione. Il principio chiave della Costituzione OIL è che "il

---

*improving the rights, livelihoods, security, and opportunities of people, families and communities around the world."*

<sup>115</sup> Gli atti normativi dell'OIL vertono su una vasta gamma di argomenti: condizioni di lavoro, sicurezza sociale, prevenzione degli infortuni collegati al lavoro, abolizione del lavoro forzato, libertà di associazione e contrattazione collettiva, parità di trattamento e di opportunità, promozione dell'occupazione e formazione professionale, protezione della maternità, protezione dei migranti e di altre categorie di lavoratori tra cui i marittimi, il personale paramedico e i lavoratori delle piantagioni.

*lavoro non è una merce e che la povertà, ovunque esista, costituisce un pericolo per la prosperità di tutti”.*

Il fatto che il lavoro non sia una merce indica un impegno programmatico, cui gli stati membri debbono tendere, in base al quale, tra le risorse di un'impresa, il lavoro non deve rappresentare un elemento catalogabile alla stregua di una “commodity”. Detto termine, tradotto dall'inglese, sta proprio a significare una materia prima, inteso nel senso materiale del termine (si perdoni la ripetizione), ovvero di bene merceologico destinato ad essere compravenduto e lavorato, o, in altre parole, un oggetto dell'attività d'impresa. Il lavoro tuttavia è un bene che, secondo l'OIL, non può essere inteso come tale per l'evidente dato dell'imprescindibile implicazione della persona umana, che non consente di scindere l'elemento “economico” della forza lavoro da quello dei diritti di cui il lavoratore è portatore in quanto individuo. In questo senso, alla base di tutto, c'è l'idea di contrastare la possibilità di pianificare l'utilizzo del lavoro umano come quello delle altre voci del bilancio d'azienda, di fatto riducendolo a merce, ampliandone la domanda nei momenti in cui cresce la domanda del prodotto finito e diminuendola nel momento in cui la domanda decresce, senza tenere conto del fatto che attraverso il lavoro avviene parte della realizzazione personale e materiale dell'essere umano, oltrechè la sua identificazione come membro di una comunità sociale, come la stessa Costituzione Italiana impone agli articoli 1 e 4.

Successivamente, nel giugno 1998 la Conferenza internazionale del lavoro ha adottato in forma solenne la *“Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro”*<sup>116</sup>, indicando tra le norme internazionali quelle prioritarie, che impegnano tutti gli attuali 183 paesi membri dell'Organizzazione, che abbiano o

---

<sup>116</sup> Vedi: <http://ilo-mirror.library.cornell.edu/public/italian/region/eurpro/rome/standards/dirfond.htm>

meno ratificato le diverse Convenzioni specifiche.

Le norme e i principi cui fa riferimento la Dichiarazione del 1998 hanno per oggetto i quattro *Core Labour Standards* (CLS- articolo 2, *Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro*), che vengono comunemente identificati con l'oggetto delle seguenti combinazioni di diverse Convenzioni dell'ILO:

- *libertà di associazione sindacale e protezione dei diritti sindacali* (Convenzione n. 87 del 1948) e *diritto di organizzazione e contrattazione collettiva* (Convenzione n.98 del 1949);

- *divieto del lavoro forzato o in schiavitù* (Convenzioni n. 29 del 1939 e n. 105 del 1957);

- *eguaglianza retributiva per lavoro di uguale valore* (Convenzione n. 100 del 1951) e *non discriminazione di genere-sesso-razza-religione* (Convenzione n. 111 del 1958);

- *età minima di lavoro* (Convenzione n. 138 del 1973) e *divieto delle forme peggiori di sfruttamento del lavoro minorile* (Convenzione n. 182 del 1999) .

In virtù di questa dichiarazione, gli Stati Membri riconoscono, nell'adempimento del mandato dell'Organizzazione, la particolare rilevanza dei diritti fondamentali dell'uomo e del lavoratore come singolo e nelle formazioni sociali, ovvero: libertà di associazione e riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva, eliminazione di tutte le forme di lavoro forzato o obbligatorio, effettiva abolizione del lavoro minorile ed eliminazione di ogni discriminazione in materia di lavoro e professione.

Il 10 giugno 2008, poi, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro ha adottato all'unanimità la Dichiarazione sulla "*Giustizia sociale per una globalizzazione*

*giusta*". Si tratta della terza solenne enunciazione di principi e politiche adottata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro dal 1919, anno di costituzione dell'ILO. Il documento trae infatti il suo fondamento dalla Dichiarazione di Filadelfia del 1944 e dalla Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro del 1998.

Quest'ultima Dichiarazione giunge in un momento cruciale sul piano politico e riflette l'ampio consenso che si registra intorno alla necessità di dare una forte dimensione sociale alla globalizzazione, affinché sia in grado di produrre risultati migliori e più equi per tutti gli attori della scena economica, lavoratori da una parte, datori dall'altra.

La Dichiarazione esprime e sintetizza tutti i contenuti *"dell'Agenda del lavoro dignitoso"*: in base ad essa, tutti i Membri dell'Organizzazione dovrebbero mettere in atto politiche basate sugli obiettivi strategici dell'occupazione, della protezione sociale, del dialogo sociale e dei diritti nel lavoro. Allo stesso tempo, la Dichiarazione del 2008 valorizza un approccio olistico e integrato, poiché riconosce che tali obiettivi sono *"inseparabili, interconnessi e si sostengono a vicenda"* e ribadisce l'importanza delle norme internazionali del lavoro quali strumenti utili al loro raggiungimento.

In base alla *Dichiarazione sulla Giustizia sociale per una globalizzazione giusta del 2008*, si riconosce e dichiara segnatamente che:

(...) *"A. In un contesto in rapido mutamento, l'impegno e gli sforzi dei Membri e dell'Organizzazione per dare attuazione al mandato costituzionale dell'ILO, anche attraverso le norme internazionali del lavoro, e porre la piena occupazione produttiva e il lavoro dignitoso al centro delle politiche economiche e sociali, devono basarsi sui quattro obiettivi strategici dell'ILO, tutti di pari*

*importanza, attorno ai quali si articola l'Agenda del lavoro dignitoso e che possono essere così sintetizzati:*

*(i) promuovere l'occupazione tramite la creazione di un contesto istituzionale ed economico sostenibile nell'ambito del quale:*

*- gli individui possano sviluppare e aggiornare le capacità e le competenze necessarie che gli consentano di avere un'occupazione produttiva per il loro sviluppo personale e il benessere comune;*

*- tutte le imprese, pubbliche o private, siano sostenibili, così da garantire la crescita e la creazione di maggiori opportunità e prospettive di lavoro e di reddito per tutti;*

*- le società possano raggiungere i propri obiettivi di sviluppo economico, buona qualità della vita e progresso sociale;*

*(ii) sviluppare e potenziare strumenti di protezione sociale – sicurezza sociale e protezione dei lavoratori – che siano sostenibili e adeguati al contesto nazionale, ivi compresi:*

*- l'estensione della sicurezza sociale a tutti, incluse le misure volte a garantire un reddito minimo a chiunque abbia bisogno di una tale protezione, e l'adeguamento del suo campo di applicazione e della sua portata per rispondere ai nuovi bisogni e alle incertezze determinate dal rapido mutare delle tecnologie, della società, degli assetti demografici e dell'economia;*

*- condizioni di lavoro che preservino la salute e la sicurezza dei lavoratori;*

*- la possibilità per tutti di godere in modo equo dei vantaggi del progresso in materia di salari e redditi, durata del lavoro e altre condizioni di lavoro, un salario minimo di sussistenza per tutti i lavoratori e per coloro che necessitano di tale protezione;*

*(iii) promuovere il dialogo sociale e il tripartitismo come strumenti più adeguati per:*

*- adattare l'attuazione degli obiettivi strategici alle esigenze e alle circostanze di ciascun paese;*

*- tradurre lo sviluppo economico in progresso sociale, e il progresso sociale in sviluppo economico;*

*- facilitare la costruzione del consenso sulle politiche nazionali e internazionali che hanno un impatto sulle strategie e sui programmi per l'occupazione e il lavoro dignitoso;*

*- rendere efficaci la normativa e le istituzioni del lavoro, in particolare rispetto al riconoscimento del rapporto di lavoro, alla promozione di buone relazioni industriali e alla creazione di sistemi efficaci di ispezione del lavoro;*

*(iv) rispettare, promuovere e attuare i principi e i diritti fondamentali nel lavoro, che rivestono particolare importanza come diritti e come condizioni necessarie alla piena realizzazione di tutti gli obiettivi strategici, a partire dalla considerazione:*

*- che la libertà di associazione e l'effettivo riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva sono particolarmente rilevanti per il raggiungimento dei quattro obiettivi strategici;*

*- che la violazione dei principi e dei diritti fondamentali nel lavoro non può essere né invocata né utilizzata come un vantaggio comparato legittimo e che le norme internazionali del lavoro non dovrebbero essere utilizzate a fini di protezionismo commerciale.”*

Analizzando i principi sopra descritti, nella letteratura economica sugli standard sociali del lavoro si distingue tra quelli *output related*, cioè storicamente correlati al livello del reddito pro capite del paese (come salario minimo, orario

di lavoro, copertura previdenziale), e quelli *process related* (tipicamente i Core Labour Standards come lavoro forzato e minorile, non-discriminazione e diritti sindacali di base) non strettamente correlati<sup>117</sup> al dato economico.

I primi non sono buoni candidati per essere proposti come standard internazionali in senso stretto, proprio perché la loro definizione e misurazione non può applicarsi in modo uniforme a paesi che si trovano a livelli di sviluppo (di arretratezza) assai diversi tra loro, come peraltro suggerisce la storia nemmeno tanto antica degli stessi paesi industrializzati di oggi. Meglio si presta a tale scopo il secondo tipo di standard, strettamente legato ai diritti umani ed ai CLS, che per loro natura non devono essere soggetti a negoziazione tra le parti sociali<sup>118</sup>.

In definitiva, da quanto detto sopra, gli ILS possono essere riassuntivamente raggruppati come segue:

- i diritti sociali, inerenti al diritto di formare associazioni di lavoratori al fine di promuovere la contrattazione collettiva (Convenzione n. 87 del 1948) e il diritto di organizzazione e contrattazione collettiva (Convenzione n.98 del 1949);
- il diritto a un lavoro dignitoso, non precario, con sicurezza e opportunità di retribuzione dignitosa (*"il lavoro non è una merce"* Dichiarazione di Filadelfia del 1944);
- il divieto del lavoro forzato o in schiavitù (Convenzioni n. 29 del 1939 e n. 105 del 1957)
- il diritto di tutti i lavoratori all'eguaglianza retributiva per lavoro di uguale valore; (Convenzione n. 100 del 1951) e il diritto alla non discriminazione di genere-

---

<sup>117</sup> Onida F., *Globalizzazione, standard sociali e del lavoro e ruolo dell'ILO*, in Scritti per il gruppo di Astrid su *"Il governo della globalizzazione"*.

<sup>118</sup> N. Singh, *International labor standards: from theory to policy*, Department of Economics, University of California, Santa Cruz, December, 2003 e W. Martin e K.E. Maskus, *Core labor standards and competitiveness: implications for global trade policy*, Review of International Economics, Blackwell Publishing, vol. 9(2), 2001.

semplice-razza-religione (Convenzione n. 111 del 1958);

-i diritti dell'infanzia, relativi all'età minima di lavoro (Convenzione n. 138 del 1973) e il divieto delle forme peggiori di sfruttamento del lavoro minorile (Convenzione n. 182 del 1999);

-il diritto alle possibilità di crescita dei lavoratori, intesa come possibilità di sviluppare e aggiornare le capacità e le competenze necessarie per avere un'occupazione produttiva per lo sviluppo personale e il benessere comune (Dichiarazione sulla Giustizia sociale per una globalizzazione giusta del 2008);

-il diritto a condizioni di lavoro che preservino la salute e la sicurezza dei lavoratori (Dichiarazione sulla Giustizia sociale per una globalizzazione giusta del 2008).

Alcuni di questi principi entrano in gioco, come sopra preannunciato, in relazione all'analisi degli effetti dei fenomeni di esternalizzazione<sup>119</sup>. La modalità in cui ciò avviene verrà spiegata qui di seguito, a seconda del diritto di volta in volta utilizzato come *benchmark*.

Più in generale, e al di là degli aspetti sindacali, la depauperazione dei diritti di cui i lavoratori coinvolti in processi di esternalizzazione possono essere vittime opera su diversi piani, e segnatamente con riferimento al diritto a un lavoro dignitoso, non precario, con sicurezza e opportunità di retribuzione dignitosa (stabilità del lavoro); al diritto di tutti i lavoratori all'eguaglianza retributiva per lavoro di uguale valore (condizioni di impiego e remunerazione); al diritto alla non discriminazione di genere-semplice-razza-religione (condizioni di impiego); al diritto alle possibilità di crescita dei lavoratori, inteso come possibilità di sviluppare e aggiornare le capacità e le competenze necessarie per avere un'occupazione produttiva per lo sviluppo personale e il benessere comune

---

<sup>119</sup> O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Oficina Internacional Del Trabajo, Lima, 2009, cit.

(condizioni di impiego); nonché al diritto a condizioni di lavoro che preservino la salute e la sicurezza dei lavoratori (condizioni di salute, sicurezza e igiene).



## **2. Sotto-protezione dei lavoratori terzarizzati? Condizioni di impiego e remunerazione**

Per quanto attiene alle condizioni di impiego e alla remunerazione, in molti paesi, come per esempio quelli dell'Unione Europea (direttiva 2008/104/CE), si prescrive che vi debba essere parità di trattamento tra i lavoratori dell'impresa utilizzatrice e quelli interinali (sottoposti cioè al lavoro in regime di somministrazione da parte di un'agenzia di lavoro temporaneo) dal primo giorno di inserimento presso l'impresa utilizzatrice.

Un'altra ipotesi di normativa che mira alla tutela delle condizioni di impiego e retribuzione è rinvenibile inoltre in caso di trasferimento di azienda (direttiva 98/50/CE), in relazione al quale si prescrive che i diritti retributivi acquisiti dai

lavoratori si traslano come obbligazioni del nuovo datore di lavoro cessionario, e ciò fino a che non venga a scadere il relativo contratto applicabile. Anche nei casi di distacco il mantenimento della condizione contrattuale del lavoratore viene mantenuto (direttiva 96/71/CE).

Si è visto quindi che il legislatore comunitario, conscio delle possibili conseguenze economiche legate alla modificazione del lato datoriale del rapporto di lavoro, modificazione soggettiva eventualmente in grado di pregiudicare la posizione retributiva del lavoratore, ha approntato una serie di misure che tendono a garantire formalmente i diritti acquisiti dai lavoratori soggetti a distacco e trasferimento d'azienda, nonché la parità retributiva e normativa dei lavoratori interinali rispetto ai lavoratori dell'impresa che li accoglie.

Tuttavia non si rinviene un simile apparato protettivo per quanto attiene una delle tipologie contrattuali che si rendono comunque nella realtà dei fatti idonee a creare relazioni triangolari di lavoro. Ci si riferisce ai casi di appalto di lavoro ove, per l'appunto, questa parità di trattamento non viene garantita. In effetti, trattandosi l'appaltante e l'appaltatrice di due soggetti giuridici autonomi e differenti, legati tra loro da un solo contratto di natura commerciale (e non da un vincolo di interesse, come nel distacco, o da una cessione di azienda o di ramo della stessa), ed essendo che è formalmente l'appaltatore colui che esercita il potere direttivo sui propri dipendenti (a differenza del lavoro tramite agenzia), non si è previsto di equiparare il trattamento normativo e retributivo di detti lavoratori a quelli dell'appaltante. Nella normalità dei casi infatti il regime di appalto dovrebbe essere un contratto mediante il quale vengono erogati dei servizi non legati al core business del committente, per i quali correttamente l'appaltante si rivolge all'esterno: da qui il committente risulta essere,

formalmente soggetto estraneo al rapporto di lavoro. Egli tuttavia, in un indicativo esempio fornito dalla normativa italiana, ha una responsabilità solidale con l'appaltatore per le obbligazioni retributive, fiscali e contributive, tanto da far parlare certa dottrina di *“datore di lavoro congiunto”* in riferimento alla posizione di garanzia rivestita da appaltatore e committente negli appalti<sup>120</sup>. L'attuale versione dell'art. 29 d.lgs 276/03 prevede che *“in caso di appalti di opere o servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”*<sup>121</sup>.

Detta legge ha però abolito il vecchio principio contenuto nella l. 1369/60 relativo alla parità retributiva, ovvero ha determinato l'espunzione dal regime della responsabilità solidale dei trattamenti normativi; l'abolizione della c.d. clausola di parificazione, ossia della parità di trattamento retributivo,

---

<sup>120</sup> Art. 1676 c.c.: *“Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o prestare il servizio, possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore al tempo in cui essi propongono la domanda”*.

<sup>121</sup> La disciplina italiana dell'appalto si profila nei seguenti termini:

- a) il committente e l'appaltatore rispondono rispettivamente di quanto dovuto (retribuzione) ai dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore, nei limiti del loro debito (corrispettivo) nei confronti dell'appaltatore o del subappaltatore (art. 1676 c.c.);
- b) il committente risponde dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali relativi ai dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore, ma non risponde delle ritenute fiscali né dei contributi assicurativi (art. 29, comma secondo DLGS n. 276/2003);
- c) l'appaltatore risponde delle ritenute fiscali, dei contributi previdenziali e assicurativi riferiti ai dipendenti del subappaltatore, ma non risponde dei trattamenti retributivi (art. 35, comma ventotto D.L., n. 223/2006, convertito in L. n. 248/2006).

I regimi di cui ai punti a) e c) non sono soggetti a termine di decadenza, ma all'ordinario termine di prescrizione quinquennale.

La responsabilità di cui al punto b) è azionabile entro il termine di decadenza di due anni dalla cessazione dell'appalto.

Le disposizioni sub punti a) e c) riguardano i soli lavoratori dipendenti, quella sub b) fa riferimento letteralmente ai lavoratori, e quindi è invocabile anche dai lavoratori autonomi/parasubordinati (collaboratori a progetto) impiegati nell'appalto.

Le forme di responsabilità solidale elencate sub b) e c) sono illimitate in rapporto al *quantum*; quella sub b) non si applica qualora sia committente una P.A., mentre quella di cui al punto a) è generale e pertanto invocabile anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

determinando tuttavia la completa estensione della garanzia patrimoniale del committente in relazione a tutti gli appalti, non più solo endo-aziendali, e nei confronti di tutti “i lavoratori” dell’appaltatore non più solo subordinati (ma anche autonomi).

Con l’eliminazione della parità retributiva si è verificata una differenza di trattamento tra il lavoratore somministrato, che avrà diritto alla medesima retribuzione che l’impresa utilizzatrice assicura ai propri dipendenti, e il lavoratore dell’appaltatore che, in situazioni simili -come nel caso di appalti endo-aziendali di servizi- non godrà di tale diritto.

Vi è inoltre il rischio di una grave forma di distorsione della concorrenza sul piano comunitario: detta disciplina si discosta dalla direttiva 96/71/CE in materia di distacco di lavoratori comunitari nell’ambito di una prestazione di servizi transnazionale: un imprenditore committente che intenda stipulare un contratto di appalto di servizi, sarà obbligato a rispettare il principio di parità di trattamento nel caso in cui l’appaltatore si trovi in uno Stato diverso dall’Italia, mentre sarà tenuto a corrispondere unicamente i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti in relazione al contratto applicabile per la categoria dell’impresa dell’appaltatore nel caso in cui questi abbia sede in Italia.

Si era detto però che in riferimento alla posizione di garanzia rivestita da appaltatore e committente negli appalti, una parte della dottrina era arrivata a parlare di “datore di lavoro congiunto”.

La pratica di questo contratto, nella realtà, dimostra esattamente il verificarsi dell’assunto della co-datorialità, ed anzi arriva a presentare casi in cui avviene una confusione tra la titolarità formale e l’esercizio effettivo dei poteri datoriali.

Per esempio, si consideri il caso del servizio di portineria di un ente pubblico, per esempio un'università X, realizzato in regime di appalto di lavori secondo il diritto italiano (d.lgs 276/03, art. 29) dalla cooperativa Y.

I portieri, pur lavorando presso i locali dell'università e dovendo interagire con l'utenza ed il personale di questa, formalmente dipendono da Y, un soggetto terzo, che non essendo appunto l'università, non è tenuto ad applicare a detti lavoratori lo stesso trattamento vigente per i lavoratori dell'università, ma quello che invece è relativo alle imprese del suo settore. In altre parole, i lavoratori appaltati saranno soggetti al contratto collettivo vigente per le imprese di fornitura di servizi, e non alle disposizioni sui bidelli, portieri od inservienti contenute nel contratto collettivo per i dipendenti dell'università.

È logico dedurre che l'università Y sceglierà di realizzare il servizio di portineria in regime di appalto perché detta operazione risulta essere più economicamente vantaggiosa rispetto all'assunzione in proprio di portieri... ed è logico dedurre che la convenienza economica deriva dal minor costo che l'università è chiamata a sostenere per questo lavoro.

Il fatto che il costo del lavoro sia inferiore dipende appunto dalla applicazione di un differente trattamento normativo ai portieri di Y, che comporta un salario inferiore rispetto a quello previsto dal CCNL per i dipendenti dell'università. Per tale ragione l'offerta di Y è competitiva e quindi preferibile in termini di risparmio per X.

L'assenza di un principio di parità di trattamento tra i lavoratori in regime di appalto e quelli dell'impresa utilizzatrice è quindi il fondamento della convenienza di questa operazione contrattuale.

La situazione ora descritta è "al limite", nel senso che la prestazione di detti lavoratori si colloca a cavallo tra la somministrazione ed il lavoro appaltato, e la

categoria contrattuale impiegata è proprio quella dell'appalto per evidenti ragioni di convenienza. Ma ciò non significa che essa non sia illegale in quanto violi il principio di realtà, in base a cui, nonostante il *nomen juris* (appalto) del contratto stipulato, ciò che deve prevalere è il dato reale, con conseguente qualificazione della fattispecie contrattuale secondo la reale struttura cui essa corrisponde (lavoro tramite agenzia).

Detta pratica è ciò nondimeno estremamente diffusa: si pensi agli appalti per i servizi di pulizia nelle aziende, negli ospedali, ai servizi di assistenza sanitaria presso le cliniche, ai servizi di sicurezza e controllo all'interno dei negozi.

Se è vero che in certi casi occorrono delle particolari caratteristiche tecnico-organizzative, idonee a giustificare l'impiego di imprese specializzate nella realizzazione di detti servizi, è d'altro canto evidente che in molti altri casi, invece, la medesima prestazione di lavoro potrebbe benissimo non venire "esternalizzata", e ciò senza alcuna differenza con rispetto al risultato finale, o venire resa in regime di somministrazione, garantendo la non discriminazione dei lavoratori esterni rispetto a quelli interni.

Ovviamente è il lavoratore appaltato colui che subisce la differenza salariale in detta circostanza: a parità di mansioni, infatti, se fosse "internalizzato" avrebbe la garanzia dell'applicazione di un contratto migliore dal punto di vista retributivo e normativo.

A causa dei fenomeni sopra descritti, la zona "grigia" di frode alla legge si allarga.

Molto spesso anche nella pratica di altri paesi, segnatamente latino-americani, si vengono a creare situazioni di discriminazione sotto il profilo salariale e normativo. I lavoratori delle imprese collaboratrici in caso di appalto o somministrazione non hanno infatti vincoli con l'impresa principale, per cui

capita anche qui che le condizioni di impiego e remunerazione non si adeguino ai parametri applicabili al personale interno dell'impresa utilizzatrice. Questo dipende anche dal fatto che il servizio offerto dalle imprese “*contratiste*” deve risultare economicamente più vantaggioso della realizzazione in proprio da parte dell'utilizzatrice finale.

Ulteriore fattore di discriminazione è la non applicazione del medesimo contratto collettivo dell'impresa utilizzatrice finale ai lavoratori “contrattati”, per il fatto che spesso si tratta di contratti aziendali, da cui pertanto gli esternalizzati sono esclusi<sup>122</sup>. Per inciso, nella maggior parte dei paesi latino-americani, la contrattazione collettiva non supera il livello aziendale, essendo rarissimi i casi di paesi in cui viga la prassi della contrattazione per ramo o settore produttivo.

Risulta inoltre rilevante segnalare che abitualmente la situazione lavorativa di detti lavoratori è precaria, nel senso che lavorano in modo discontinuo, con ciò pregiudicando o modificando l'ammontare delle prestazioni economiche o sociali già accantonate o percepite.

Da quanto detto sopra è possibile sostenere la presenza di una discriminazione, ovvero quindi di una lesione, cagionata dai processi di esternalizzazione, agli ILS consistenti nel diritto a un lavoro non precario, con sicurezza e opportunità di retribuzione dignitosa ed nel diritto di tutti i lavoratori all'eguaglianza retributiva per lavoro di uguale valore.

### **3. Stabilità del lavoro**

La *stabilità del rapporto di lavoro* dei lavoratori esternalizzati, intesa come garanzia di durata del rapporto contrattuale indipendentemente da fattori soggettivi delle parti, è messa in discussione da molteplici fattori. Nella

---

<sup>122</sup> O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, *Descentralizacion, tercerizacion, subcontratacion*, cit.

giurisprudenza comunitaria si è già posta la questione del venir meno della “commessa di lavoro”, e dunque del presupposto della prestazione del lavoratore in regime di appalto, e in definitiva della successione tra appaltanti come motivo di licenziamento<sup>123</sup>: se detta situazione, si ricorda, ha i requisiti per ricadere nella disciplina approntata per il trasferimento d'azienda, è possibile applicare la direttiva relativa comunitaria, con ciò tutelando le garanzie di stabilità del posto di lavoro del salariato coinvolto. In caso contrario, però, il venir meno della relazione commerciale tra impresa e appaltante può al limite integrare un motivo oggettivo legittimante il licenziamento economico del lavoratore, per soppressione del suo posto (es: successione tra appalti, d.lgs 276/03, art. 29).

La situazione in parola ha dato luogo ad interpretazioni contraddittorie e qualche volta lesive dei diritti dei lavoratori sul piano della stabilità del contratto. Cioè è avvenuto, in particolare, in Italia, ad opera del Ministero del Lavoro, che in passato aveva emanato una circolare nella quale si ritiene che i licenziamenti comunicati a causa della cessazione di un appalto siano esclusi dal raggio di applicazione della legge 223/91 (sui licenziamenti collettivi), poiché detti licenziamenti sono da qualificarsi alla stregua di licenziamenti individuali plurimi (Circolare 28 maggio 2001, LO/01).

In particolare, secondo questa circolare si afferma che la perdita di un appalto di servizi, pur costituendo una diminuzione dell'attività aziendale, non viene di regola ricondotta alle ipotesi di sospensione del lavoro o riduzione del personale per situazioni temporanee di mercato, né ad ipotesi di ristrutturazione o crisi aziendale (sic!!).

---

<sup>123</sup> Vedi capitolo 3, paragrafo 10, pagine 49 e ss.

L'affermazione è supportata dal fatto che nel settore delle pulizie, così come negli altri settori di servizi, il continuo *turn-over* degli appalti, sia assolutamente fisiologico, essendo di norma la durata degli appalti limitata, con la conseguenza che la perdita di un determinato appalto non significa riduzione stabile di attività, essendo possibile, anzi normale, che altri appalti siano aggiudicati nel giro di breve tempo.

Tale interpretazione, contrastata dalla dottrina<sup>124</sup> e disattesa dalla giurisprudenza<sup>125</sup>, è certamente da censurare: *“la revisione collettiva della rioccupazione dei lavoratori presso l'appaltatrice subentrante, non essendo dotata di validità erga omnes, non vale ad escludere in radice la configurabilità di licenziamenti collettivi, i quali anzi sono impliciti anche nella previsione collettiva che parla di riassunzione e non di prosecuzione dei rapporti di lavoro presso la nuova impresa<sup>126</sup>”*, come confermato dalla lettera della Direttiva 98/59/CEE del Consiglio, del 20 luglio 1998, riguardante il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai licenziamenti collettivi, e dalla giurisprudenza comunitaria.

Se però la giurisprudenza italiana è sempre stata ostile alla configurazione della successione nell'appalto come cessione d'azienda, per l'assenza di qualsiasi diretto rapporto tra i due imprenditori<sup>127</sup> (salvo ovviamente il caso in cui parallelamente al subentro nell'appalto vi sia un accordo tra le due imprese con il quale la seconda rileva la titolarità del complesso aziendale finalizzato alla gestione del servizio), maggiori aperture si sono registrate nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, diretta anche sotto tale profilo ad allargare i confini di applicazione della disciplina di tutela dei diritti dei

---

<sup>124</sup> Scarpelli, *Cessazione di appalti e licenziamenti collettivi*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2001, 2063.

<sup>125</sup> Corte di Cassazione 21 maggio 1992, n° 5104, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, 206, nota di Lazzari.

<sup>126</sup> Foglia, Santoro Passarelli, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 1996, pag. 7.

<sup>127</sup> Tra le altre Cass. 18 marzo 1996, n. 2254, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 568.

lavoratori, comprendendovi i casi in cui la successione nella gestione dell'attività di impresa avvenga in assenza di un diretto rapporto contrattuale tra i due imprenditori e tramite un soggetto terzo (quali ad esempio la successione in un appalto pubblico o in una concessione amministrativa di attività)<sup>128</sup>.

Anche in ambito latino-americano<sup>129</sup> l'eventualità di licenziamenti collettivi dovuti al venir meno della commessa è comune, soprattutto perché si danno sovente casi di imprese "*contratiste*" che sono state specificamente costituite allo scopo di fornire la manodopera per la realizzazione di una determinata opera o servizio; è inoltre frequente l'impiego di lavoratori interinali che vengono assunti per periodi a termine, o di lavoratori per l'esecuzione di una opera o servizio determinato in regime che in Italia chiameremmo di para-subordinazione.

Queste conseguenze dipendono dal fatto che la vigenza della relazione di lavoro del personale al servizio dell'impresa *contratista* è soggetta alle vicissitudini dello svolgimento dell'attività produttiva dell'impresa principale. Pertanto la relazione di collaborazione tra le due imprese finisce per convertirsi in un motivo suscettibile di essere allegato per la estinzione di detti contratti, anche quando la attività realizzata sia in astratto ancora necessaria per l'impresa utilizzatrice.

Va anche considerato che se il licenziamento per venir meno della commessa si verificasse all'interno del personale di un'impresa italiana, essendo che in detto ordinamento il licenziamento considerato come una "estrema ratio", il datore di lavoro, in applicazione di principi giurisprudenziali oramai acquisiti,

---

<sup>128</sup> V. da ultimo, ad esempio, Corte Giust. 25 gennaio 2001, causa C-172/99. Sulla questione v. ampiamente Pelissero, Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno. L'individuazione della fattispecie, in Riv. Giur. Lav., 1999, 4, pag. 816.

<sup>129</sup> O. Ermida Uriate, N. Colotuzo, *Descentralizacion, tercerizacion, subcontratacion*, cit.

avrebbe l'obbligo di vagliare le possibilità di reimpiego del lavoratore all'interno dell'azienda (obbligo di *repêchage*)<sup>130</sup>.

Nel caso invece di lavori affidati a imprese terze, che vengono però inglobati nel ciclo produttivo "normale" dell'impresa utilizzatrice, magari realizzati in regime di mono-committenza, questo obbligo di *repêchage* non sussiste.

In secondo luogo, va altresì considerato che le pratiche di c.d. *downsizing*, ovvero di smembramento di aziende al fine di costituirne varie a partire da una originaria, contribuiscono a creare condizioni precarie per quanto riguarda la tutela dal licenziamento ingiustificato e l'applicazione di normative protettive particolari legate al numero degli impiegati di un'azienda.

Per esempio la legge italiana fa scattare la tutela reale del posto di lavoro solamente nel caso in cui l'impresa superi i determinati requisiti dimensionali (esemplificativamente 15 lavoratori, ai sensi dell'art. 18 legge n° 300/70).

Allo stesso modo, il Kündigungsschutzgesetz (Legge tedesca recante la tutela contro il licenziamento illegittimo, 1969) si applica alle sole imprese tedesche che abbiano più di 10 dipendenti e solo se il dipendente colpito da licenziamento aveva lavorato per l'impresa per un periodo più lungo di 6 mesi. Ciò significa la sistematica esclusione dei lavoratori che magari collaborano in regime di appalto o somministrazione in modo continuativo con l'impresa dal conteggio dei lavoratori in forza all'azienda licenziante, mettendola quindi al riparo dalla legislazione contro il licenziamento ingiustificato. Bisogna tenere conto del fatto che in caso d'applicazione della legge di tutela sul

---

<sup>130</sup> E' principio ormai consolidato in giurisprudenza che il datore di lavoro, convenuto nel giudizio di impugnazione del licenziamento comminato al proprio dipendente, abbia l'onere di provare la legittimità delle ragioni poste a fondamento di quella scelta, e cioè il fatto che quelle ragioni possano integrare una giusta causa ovvero un giustificato motivo di interruzione del rapporto di lavoro.

Parimenti, è altrettanto noto che, qualora la cessazione del rapporto lavorativo sia avvenuta per motivazioni di carattere di giustificato motivo oggettivo e, dall'altro, l'impossibilità di ricollocare il dipendente all'interno della struttura aziendale, adibendolo a mansioni anche diverse rispetto a quelle svolte in precedenza, purché di natura equivalente, (c.d. "obbligo di *repechage*")- Cassazione Civile, Sez. Lavoro, 19.02.2008, N. 4068.

licenziamento, normalmente sussiste un notevole rischio d'invalidità del licenziamento, dato che i requisiti per un valido motivo di licenziamento devono essere particolarmente gravosi secondo il diritto tedesco (prova rigorosa del motivo oggettivo o soggettivo, con preavviso; o della giusta causa, senza preavviso). Per tale ragione si comprende la necessità delle imprese tedesche, come di quelle italiane, di rimanere nell'ambito dimensionale della piccola industria, di non assumere quindi personale in proprio, ma di utilizzare quello fornito a vario titolo da appaltatori o agenzie, in modo da ovviare a rigidità del sistema giuslavoristico poste a garanzia della stabilità del posto di lavoro.

La legge spagnola sui licenziamenti collettivi prevede una riduzione del periodo delle consultazioni e la non necessarietà di approntare un piano per le conseguenze sociali del licenziamento collettivo per le imprese con meno di 50 lavoratori (art. 51.4 Estatuto del los Trabajadores): anche questo pare chiaramente essere un elemento che flessibilizza l'uscita dei lavoratori dall'impresa al di sotto di determinati requisiti dimensionali, liberando quest'ultima da oneri procedurali posti a tutela del lavoratore licenziato. Infatti l'impresa al di sotto dei 50 dipendenti non è tenuta ad approntare un piano per la gestione delle conseguenze sociali della perdita di lavoro del proprio personale, con ciò privandolo di una risorsa per il reinserimento o l'ottenimento di formazione volta alla sua riqualificazione professionale. Un'impresa con meno di 50 dipendenti non significa però un'impresa presso la quale lavorano meno di 50 persone. Indica invero che i dipendenti aventi un diretto contratto di lavoro con la licenziante debbono essere meno di 50, ma non impedisce che presso la stessa lavorino altri 100, 200 o più lavoratori in regime di *contratacion*, per l'esecuzione -dentro all'impresa- di lavorazioni affidate in regime di appalto. In questo modo, in caso di licenziamento collettivo, il

pregiudizio per i lavoratori della licenziante, dato dalla mancata adozione di un piano di supporto contro le conseguenze sociali del licenziamento, è evidente. È facile altresì immaginare che la appaltatrice, a causa della probabile condizione non positiva della appaltante, veda ridursi o cancellarsi la commessa che prima la legava alla licenziante, con ciò determinando una possibile causa di perdita del posto di lavoro per i lavoratori da essa dipendenti. Negli Stati Uniti, generalmente le imprese con meno di 15 lavoratori sono escluse dall'applicazione di numerose leggi protettive, come ad esempio il titolo VII del Civil Rights Act, CRA; The Age Discrimination in Employment Act, (ADEA), (che copre solo imprese con più di 20 lavoratori); the Americans with Disabilities Act, (ADA); The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 (GINA).

Il Family and Medical Leave Act of 1993 (FMLA), copre solo imprese con più di 50 lavoratori; infine, al Worker Adjustment and Retraining Notification Act (WARN), sono soggette le sole imprese con 100 o più dipendenti.

Dagli esempi sopra riportati emerge che le imprese più piccole sono esentate dall'applicazione di numerose normative protettive dei lavoratori<sup>131</sup>. La tendenza al *downsizing* ed all'affidamento a terzi di lavorazioni prima interne, così come il ricorso a lavoratori in regime di distacco o di somministrazione tramite agenzia, sono pratiche che consentono tutte di ridurre il numero dei dipendenti dell'impresa e di porla quindi al di sotto della soglia oltre la quale scatta l'applicazione delle sopra citate normative a tutela della stabilità del posto di lavoro o di altri diritti dei lavoratori.

Quanto detto implica che attraverso l'esternalizzazione è possibile dare fondamento alla conversione di posti permanenti in posti temporali e persino

---

<sup>131</sup> Per ulteriori informazioni si consulti EPLex Database, banca dati sulle leggi a protezione del lavoro, all'indirizzo: [http://www.ilo.org/dyn/terminate/termmain.home?p\\_lang=en](http://www.ilo.org/dyn/terminate/termmain.home?p_lang=en)

giustificare la loro estinzione per cause aliene al funzionamento dell'attività produttiva cui servono, con ciò giustificando l'affermazione per cui la precarietà è un fattore caratteristico dei lavoratori che operano per dette imprese, fornitrici, a vario titolo, di manodopera<sup>132</sup>.

#### **4. Salute, sicurezza ed igiene**

In materia di *salute, sicurezza ed igiene*, in ambito italiano e comunitario si sono evidenziate precipue esigenze di protezione ed informazione proprio per i lavoratori esternalizzati. La dove la flessibilità è ingente, secondo le statistiche INAIL, si concentrano infatti i maggiori rischi per la salute dei lavoratori<sup>133</sup>.

La gestione della sicurezza delle sempre più complesse organizzazioni aziendali si trova di fronte alla nuova dimensione disegnata dal massiccio incremento del ricorso all'outsourcing di servizi tecnici: ciò comporta uno spontaneo incremento dei rischi per la sicurezza e dunque la necessità per le aziende di far fronte in modo programmato anche a questa esigenza, soprattutto in occasione di contratti di appalto e sub appalto, con necessità di esercitare una particolare considerazione nei confronti dei sub-fornitori per quanto riguarda la sicurezza umana e la tutela preventiva dell'ambiente di lavoro.

In ambito comunitario, l'Art. 6, punto 4, della direttiva 89/391/CEE (*Direttiva quadro concernente l'attuazione delle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, da recepirsi all'interno delle legislazioni degli Stati membri*), sancisce il seguente obbligo generale dei datori di lavoro: *"fatte salve le altre disposizioni della*

---

<sup>132</sup> W. Sanguinetti Raymond, Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo, Revista de Actualidad Laboral, disponibile a: [www.revista-actualidadlaboral.com/miscelanea/not\\_curso.htm](http://www.revista-actualidadlaboral.com/miscelanea/not_curso.htm), pag. 11.

<sup>133</sup> [http://www.inail.it/Portale/appmanager/portale/desktop?\\_nfpb=true&\\_pageLabel=PAGE\\_SALASTAMPA&nextPage=Prodotti/News/2008/Infortuni/info-405795326.jsp](http://www.inail.it/Portale/appmanager/portale/desktop?_nfpb=true&_pageLabel=PAGE_SALASTAMPA&nextPage=Prodotti/News/2008/Infortuni/info-405795326.jsp)

*presente direttiva, quando in uno stesso luogo di lavoro sono presenti i lavoratori di più imprese, i datori di lavoro devono cooperare all'attuazione delle disposizioni relative alla sicurezza, all'igiene ed alla salute, e, tenuto conto della natura delle attività, coordinare i metodi di protezione e di prevenzione dei rischi professionali, informarsi reciprocamente circa questi rischi e informare i propri lavoratori e/o i loro rappresentanti".*

La sequenza di misure indicate dal legislatore comunitario costituisce la risposta prevenzionale-protettiva al fenomeno della segmentazione, ovvero dell'articolazione e della conseguente esternalizzazione, di alcune delle fasi proprie di quello che un tempo era un interno ed unitario processo produttivo, nonché delle fasi o dei servizi accessori e collaterali eppure connaturati allo stesso processo ed anch'essi tendenzialmente eseguiti internamente ed unitariamente. Detto processo, attuato mediante l'integrazione funzionale fra imprese diverse sulla base di contratti di collaborazione più o meno stretta (ma, almeno sulla carta, tali da non intaccare la reciproca autonomia dei soggetti) ed avente, letteralmente, quale oggetto l'acquisizione dall'esterno di un servizio (o di un bene) che l'imprenditore principale realizzava direttamente, mediante la propria organizzazione o che, sin dall'origine, attribuiva all'esterno ad imprese terze, da attuarsi mediante i contratti tipici di appalto, subappalto, somministrazione, subfornitura o quelli atipici, ad esempio, di factoring, engineering, ecc., può essere infatti foriero di specifiche problematiche.

Nel caso invero in cui l'esecuzione da parte dei terzi delle fasi accessorie o proprie del processo produttivo si realizzi promiscuamente all'interno di un medesimo luogo, stabilimento, struttura, con sovrapposizione delle diverse organizzazioni e dei diversi fattori di pericolo lavorativi ad esse connaturati, si genera il c.d. *rischio interferenziale*, sul presupposto di una maggiore

esposizione dei lavoratori impiegati in questo contesto al rischio di incorrere in infortuni sul lavoro.

La promiscuità lavorativa, ovvero la sovrapposizione, la commistione, l'interazione, la compresenza di più organizzazioni di lavoro insistenti in un medesimo luogo ed operanti per la realizzazione della propria attività produttiva, ciascuno con peculiarità di strumenti, attrezzature, sostanze, uomini e mezzi e, quindi, con specificità di pericoli e di esposizione ai rischi lavorativi tipici delle opere o dei servizi ad essi affidati, è, infatti, causa o concausa frequente di infortuni sul luogo di lavoro.

Tale situazione, infatti, determinando l'alterazione della connessione lineare che lega il datore di lavoro, l'ambiente e la prestazione lavorativa e che costituisce il presupposto per la sua autonoma gestione delle misure precauzionali e sopportazione del rischio infortunistico lavorativo, atteso che i lavoratori dipendenti dalle imprese datrici di lavoro esterne operano in un ambiente sempre diverso, spesso predisposto ed organizzato dall'impresa ospitante (committente), sovente utilizzando attrezzature messe a loro disposizione dalla stessa, agendo, pur sempre, in un ambito più o meno marcato di etero-direzione, impone l'estensione delle regole preventivo-protettive poste a tutela della sicurezza e della salute durante il lavoro e dei soggetti ai quali esse normalmente si rivolgono.

Il precetto comunitario di cui all'art. 6, punto 4, della direttiva 89/391, dispone, quindi, un obbligo nuovo nella formulazione, di grande rilievo e di pressante attualità in relazione alla grande diffusione dei fenomeni di esternalizzazione delle opere e dei servizi all'interno dei processi produttivi e dei luoghi in cui essi si realizzano, determinando un incrocio sempre più frequente e affollato di

organizzazioni di lavoro e di lavoratori, che vanno ben oltre il modello contrattuale più diffusamente utilizzato ovvero l'appalto (e il subappalto).

Ne consegue, pertanto, che per qualsiasi causa, si determini promiscuità lavorativa e con essa l'esposizione al pericolo interferenziale e, conseguentemente, si cagioni un rischio per la sicurezza e la salute dei lavoratori, dovranno essere rispettate misure di precauzione concertate e condivise, apparentemente in modo paritario, fra tutti i datori di lavoro delle imprese presenti nello stesso luogo.

In ambito italiano, con la modifica apportata dalla legge n. 123/2007 (e con l'approvazione del T.U. sulla sicurezza sul lavoro, Legge n. 81/2009), l'art. 7, d.lgs. n° 626/1994, ha aggiunto, in capo al datore di lavoro committente, alcune nuove responsabilità in caso di affidamento di lavori in appalto. È necessario poi evidenziare che anche un'altra modifica, operata dalla legge n. 123/2007 al d.lgs. n° 231/2001, rende maggiormente necessaria una oculata gestione dell'appalto da parte del committente. Queste norme sono state dettate per colmare il vuoto di normazione relativa ai lavoratori in regime di appalto, molto spesso vittime di infortuni sul lavoro a causa della loro scarsa protezione ed informazione sui rischi delle lavorazioni che venivano inviati ad eseguire.

L'esemplificazione normativa sopra riprodotta testimonia quindi che i lavoratori esternalizzati sono sovente più colpiti, in termini statistici, dagli infortuni sul lavoro, per cui è stato necessario approntare regimi specifici di tutela della loro integrità psicofisica.

Detta necessità è emersa poi in paesi come quelli latino-americani ove la mancanza di tutela specifica dei confronti dei rischi interferenziale è

specialmente avvertita<sup>134</sup>; tuttavia, per il momento, adeguati assetti normativi siano stati predisposti.

## 5. Sicurezza sociale

In materia di sicurezza sociale, se si analizza brevemente la situazione previdenziale ed assistenziale dei lavoratori precari (internazionali e in appalto, soprattutto), ci troviamo spesso davanti a soggetti che presentano, una volta terminata la carriera lavorativa e raggiunta l'età anagrafica o contributiva pensionabile, una storia contributiva frammentata e di difficile ricostruzione. Queste problematiche dipendono dall'inadeguatezza di alcuni sistemi previdenziali, per i quali l'adattarsi efficacemente alle modificazioni del mercato del lavoro e all'incremento della presenza di soggetti con storie contributive parcellizzate ha costituito una criticità particolarmente gravosa. Detti sistemi di sicurezza sociale non hanno infatti saputo adottare prontamente un assetto operativo idoneo a gestire rapporti contributivi caratterizzati da numerosi cambiamenti del lato datoriale e da periodi temporalmente limitati di versamenti contributivi, determinando la pratica difficoltà di ricongiunzione di contributi previdenziali versati in relazione a rapporti lavorativi successivi e differenti. Studi condotti sul mercato del lavoro sudamericano hanno per esempio evidenziato come gli apporti previdenziali ed assistenziali dei lavoratori internazionali o in regime di appalto di servizi non vengono sempre versati in base ai salari reali, né per tutti i mesi dell'anno o per tutta l'estensione della relazione lavorativa<sup>135</sup>. In particolare, quanto detto vale segnatamente per paesi come il

---

<sup>134</sup> O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Oficina Internacional Del Trabajo, Lima, 2009, cit., pag 73.

<sup>135</sup> Bolanos Cespedes, *Una visión diacronica y esquemática del caso costarricense*, in Estudios Nacionales 2001 sobre la Relación de Trabajo, in O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Oficina Internacional Del Trabajo, Lima, 2009, cit., pag 41.

Costa Rica, ove è stato dimostrato<sup>136</sup> che il problema della frammentazione nella contribuzione genera difficoltà sul piano previdenziale dei lavoratori in regime di *sub-contratacion* al momento della contabilizzazione finale dei versamenti previdenziali.

## **6. In particolare, esternalizzazione e diritti sociali: in che modo vengono a modificarsi i diritti di libertà sindacale?**

Secondo uno studio condotto sui paesi latino-americani e sulla Spagna per conto della sede di Lima dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro nel 2009<sup>137</sup>, uno dei più rilevanti problemi che pone la terziarizzazione con riguardo ai diritti dei lavoratori concerne la frustrazione dell'esercizio dei diritti di libertà sindacale ed il depauperamento dei poteri del movimento sindacale.

Il fenomeno coinvolgerebbe sia i lavoratori propriamente assoggettati a fenomeni di esternalizzazione, sia quelli "rimasti" alle dipendenze delle imprese che hanno proceduto alle esternalizzazioni stesse, e ciò a causa degli effetti secondari dei detti processi.

Infatti i lavoratori permanenti sono potenzialmente pregiudicati dalla terziarizzazione perché il loro potere contrattuale collettivo può risultare diminuito sia per quanto attiene la loro capacità "individuale" di influenza e pressione sul lato datoriale, e ciò sia a causa della "concorrenza" degli esterni, che possono far aggio sul generale minor costo del loro lavoro, sia per quanto attiene alla diminuzione di incisività dell'azione sindacale intesa come attività posta in essere da una collettività di lavoratori, e ciò a causa della

---

<sup>136</sup> O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, *Descentralizacion, tercerizacion, subcontratacion*, Oficina Internacional Del Trabajo, Lima, 2009, cit., pag 73.

<sup>137</sup> O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, *Descentralizacion, tercerizacion, subcontratacion*, Oficina Internacional Del Trabajo, Lima, 2009, cit., pag 69 e ss.

riduzione numerica del capitale umano della rappresentanza sindacale aziendale.

Pertanto, di fronte alla sopra riferita situazione di depauperamento delle prerogative di non discriminazione normativa e salariale, di stabilità del posto, di tutela degli aspetti legati alla sicurezza ed igiene nel luogo di lavoro, nei confronti dei lavoratori terziarizzati la azione sindacale non sempre risulta incisiva, dovendo affrontare numerose difficoltà per compiere adeguatamente la sua funzione di rappresentanza collettiva delle esigenze precipue di questo tipo di lavoratori.

La situazione dei paesi dell'America Latina è particolarmente indicativa da questo punto di vista.

In primo luogo c'è un problema legato alla stessa struttura sindacale: i processi di esternalizzazione lasciano i lavoratori al di fuori dell'impresa e conseguentemente fuori dalla struttura aziendale del sindacato che prima li vedeva come iscritti. Questo avviene nel caso di trasferimento di azienda, con magari successivo affidamento alla nuova ditta delle lavorazioni prima realizzate dall'impresa cedente in proprio, sia nel caso di affidamento di servizi in regime di appalto, nel qual caso all'interno della struttura aziendale vengo ad inserirsi lavoratori formalmente dipendente da una terza azienda, pertanto non coinvolti nel sistema delle relazioni sindacali della committente.

La particolare situazione dell'America Latina su questo punto presenta specifiche criticità: infatti la maggior parte dei sindacati è carente in quanto a rappresentatività giuridica dei lavoratori "esterni", essendo la rappresentanza un fatto precipuamente aziendale. Lo scarso "attecchimento" della sindacalizzazione per ramo d'attività in ambito sudamericano determina quindi la scarsità della rappresentatività di detti lavoratori.

Gli stessi esternalizzati possono poi presentare una carenza di interesse alla sindacalizzazione, e ciò perché la segmentazione della forza lavoro determina isolamento e incapacità di sentirsi parte di una collettività.

La carenza di rappresentatività e l'isolamento sono dunque fattori che debilitano il potere sindacale nella misura in cui esso continui a trarre la sua forza dall'unità e dal numero degli aderenti.

È necessario a questo punto ricordare che la struttura sindacale prevalente in America Latina, generalmente imposta dalla legislazione, è quella decentralizzata. I sindacati quindi si costituiscono principalmente per impresa, cosa che determina due conseguenze negative:

- primo, che restano esclusi i lavoratori delle piccole imprese, che sono le più numerose nei paesi in via di sviluppo come lo sono molti in Latino-America e i cui lavoratori non sono generalmente molto sindacalizzati;
- secondo, che la negoziazione collettiva è parimenti decentralizzata per impresa, e, pertanto, il tasso di copertura della negoziazione collettiva è bassissima.

Solo in Argentina, Brasile e Uruguay predominano i sindacati di settore, e, conseguentemente, gli accordi collettivi per ramo o settore d'attività. Negli altri paesi latino-americani, lo Stato impone od introduce la struttura per impresa, tanto per ciò che riguarda la organizzazione sindacale, tanto per quanto riguarda la negoziazione collettiva<sup>138</sup>.

I riferiti problemi strutturali si ripercuotono anche in materia di sciopero. Infatti, come detto prima, non sempre i lavoratori dell'impresa principale si sentono

---

<sup>138</sup> O. Ermida Uriate, *Las relaciones de trabajo en America Latina*, OIT, Critica y Comunicacion n°2, Lima, 1991, pagg. 11-12 e 17-18; A. Bronstein, *Elementos para un diagnostico de las relaciones de trabajo en Centroamerica*, disponibile all'indirizzo web dell'ufficio OIT del Costa Rica, [www.oit.org.cr/oit/papers/estudio2](http://www.oit.org.cr/oit/papers/estudio2) pag. 9.

identificati pienamente con i terzariizzati, e pertanto non sono mossi ad essere solidali con essi.

Inoltre, alcuni paesi restringono il diritto di sciopero all'ambito dell'impresa, ragion per cui un eventuale sciopero di solidarietà con i lavoratori dell'impresa appaltatrice o somministratrice di manodopera potrebbe essere visto come illecito ai sensi della legislazione nazionale<sup>139</sup>.

Soluzioni ai problemi esposti potrebbero consistere, per esempio,

- nel costituire sindacati la cui affiliazione sia ristretta unicamente ai lavoratori in regime di appalto, intermediazione, o somministrazione di manodopera;
- nell'integrazione dei lavoratori terzariizzati all'interno dei sindacati del personale delle imprese utilizzatrici (lavoratori interni o permanenti)
- *de jure condendo*, nel riformare il sistema latino-americano di relazioni sindacali, introducendo la negoziazione centralizzata per ramo o settore d'attività.

Alcuni autori<sup>140</sup> sostengono che la strategia dovrebbe consistere nel fatto che i lavoratori terzariizzati disegnino una struttura organizzativa che, nonostante il carattere transitorio del loro impiego, sia capace di affrontare in modo collettivo la diminuzione dell'assetto dei diritti fondamentali principali per quanto attiene il diritto alla negoziazione collettiva, l'instabilità dell'impiego, il deterioramento delle condizioni di lavoro ed i rischi per la salute e la sicurezza.

Le organizzazioni sindacali così create, aventi carattere stabile, dovrebbero essere in grado di identificare le modalità in cui attraverso i processi di esternalizzazione disarticolano le strutture collettive tradizionali e sgretolano la

---

<sup>139</sup> O. Ermida Uriate, *Descentralizacion, tercerizacion, subcontratacion*, cit, pag. 78.

<sup>140</sup> G. Castillo, A. Orsatti, *Enfoques sindicales sobre la contratacion y subcontratacion laboral en America Latina y Caribe*, 2008, pag. 13-14.

loro base di appoggio, e dà li' creare un sistema per l'inserimento delle loro istanze a livello contrattuale<sup>141</sup>.

Tuttavia un sindacato “specilizzato” per lavoratori flessibili e precari resta, per il momento, solo una porposta in ambito latino-americano, non essendo state intraprese azioni in tal senso. La debolezza dell'azione sindacale a causa dell'impegno massivo di relazioni di lavoro triangolari è cionondimeno un grave peso, che le organizzazioni di categoria non mancano di segnalare con forza<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> G. Castillo, A. Orsatti, Enfoques sindicales sobre la contratación y subcontratación laboral en América Latina y Caribe, 2008, *ibidem*.

<sup>142</sup> [http://www.sintralecol.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2923&catid=37&Itemid=69](http://www.sintralecol.org/index.php?option=com_content&view=article&id=2923&catid=37&Itemid=69)

Jueves, 16 de Septiembre de 2010

*Conferencia Regional sobre subcontratación laboral y contratación por agencias en América Latina*

La Conferencia de la Región de las Américas sobre subcontratación laboral y contratación por agencias se realizó en Recife, Brasil, el día 27 de junio de 2010. Asistieron a esta Conferencia organizaciones afiliadas a la ICEM provenientes del Brasil, Argentina, Colombia, Chile, y Uruguay, y también Manfred Warda, Secretario General de la ICEM, Sergio Novais, Vicepresidente de la ICEM para América Latina, Carol Bruce, Encargada de Asuntos de la Mujer y Contacto para América Latina, y Ashling Seely, Coordinador del Proyecto Internacional sobre subcontratación laboral y contratación por agencias.

Los sindicatos afiliados que asistieron a esta mencionada Conferencia se refirieron a cómo se está usando la subcontratación laboral y contratación por agencias para socavar la libertad de sindicalización, como en el caso de Sintracarbón en Colombia, organización de trabajadores mineros afiliada a la ICEM. Los delegados del sindicato señalado explicaron cómo se estaba trasladando a los activistas sindicales de cargos permanentes a lo que se llaman “contratos basura”.

Coordinador del Proyecto sobre subcontratación laboral y contratación por agencias en América Latina. Por otro lado, el representante de Sintravidricol, Sindicato de Trabajadores de la Industria del Vidrio de Colombia, otra organización afiliada a la ICEM, se refirió al modo cómo se ha estado despidiendo a los trabajadores de Owen-Illinois, siendo reemplazados por trabajadores de agencia. Las organizaciones afiliadas también hablaron sobre los problemas de las relaciones triangulares de empleo, donde los trabajadores subcontratados y contratados por agencias no tienen claridad de quién es al final responsable de sus condiciones de trabajo.

Los participantes intercambiaron información sobre el trabajo cada vez más intensivo que se hace para parar la externalización del trabajo y el uso abusivo de contratos a corto plazo. Por ejemplo, en la negociación colectiva que realiza, el Sindicato de Trabajadores del Caucho de São Paulo, que representa a unos 26.000 trabajadores, está intentando introducir en el convenio colectivo una cláusula que prohíba la externalización en el sector fabril.

En el sector petrolero del Brasil, más de dos tercios de la fuerza de trabajo proviene de empresas externas. La Federación Única de Petroleros (FUP) ha realizado varios debates y reuniones regionales y nacionales en diferentes regiones del país, para concienciar sobre el impacto negativo de la subcontratación laboral y contratación por agencias. La federación de sindicatos de trabajadores petroleros de la empresa estatal Petrobras también ha trabajado con sus organizaciones afiliadas, animándoles para que realicen una reestructuración para mejorar la plena participación de trabajadores subcontratados en sus sindicatos. El Secretario General de la ICEM, Manfred Warda habló en la clausura de la reunión, diciendo que se tiene que hacer conciencia a los gobiernos de que los Convenios de la OIT son aplicables igualmente a los trabajadores subcontratados y contratados por agencias, y que, donde existan obstáculos que impidan que estos trabajadores obtengan plenos derechos, se deben enfrentar con pleitos en los tribunales. Warda también se refirió a la importancia de trabajar para combatir las políticas del Banco Mundial y de la CFI, organizaciones que siguen recomendando a los gobiernos para crear mercados de trabajo más “flexibles”.

La frammentazione sindacale e le difficoltà inerenti alla sovrapposizione di differenti soggetti datoriali con cui le associazioni sindacali debbono confrontarsi nei casi di outsourcing sono stati oggetto di analisi anche da parte del legislatore italiano, il quale ha cercato di ovviare al problema della rappresentatività inserendo specifiche precisazioni. In caso di somministrazione, infatti, quanto ai diritti sindacali, il decreto legislativo 276/03 rimanda, in favore dei lavoratori somministrati, alle regole generali dello Stat. lav. (art. 24, comma 1, l. 300/70), con la precisazione che il lavoratore, per tutta la durata della somministrazione, ha diritto a esercitare presso l'utilizzatore i diritti di libertà e di attività sindacale nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente dell'utilizzatore stesso (art. 24, comma 2), escludendo però di specificare le modalità relative al diritto di voto. Si è previsto inoltre, per tutti i lavoratori dipendenti da un'agenzia che operano presso diverse imprese utilizzatrici, uno specifico diritto di riunione secondo la normativa vigente e con rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione delle specifiche modalità (art. 24, comma 3). Infine, a carico delle imprese utilizzatrici è stato previsto (art. 24, comma 4) un obbligo di comunicazione in favore della rappresentanza sindacale unitaria, ovvero delle rappresentanze aziendali (e, in mancanza, alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) sia sul numero e i motivi del ricorso alla somministrazione di lavoro (tale comunicazione deve avvenire prima della stipula del contratto di somministrazione, ovvero, in caso di urgenza e necessità della stipula, entro i cinque giorni successivi) sia sul numero e i motivi dei contratti di

somministrazione di lavoro conclusi, sulla durata degli stessi, sul numero e la qualifica dei lavoratori interessati.

Nel sistema italiano, come in molti dei sistemi europei, il legislatore ha cercato di superare la frammentazione della posizione datoriale stabilendo che al somministratore, che è il soggetto che coordina stabilmente l'organizzazione dei mezzi necessari a fornire il servizio di fornitura di manodopera e ne sopporta il rischio di disutilità, venissero attribuiti i poteri e le responsabilità corrispondenti a tali funzioni (ivi compresi una frazione del potere direttivo, il potere disciplinare, la facoltà di recesso); e stabilendo, simmetricamente, che sull'utilizzatore ricadessero i poteri e le responsabilità funzionalmente corrispondenti all'appropriazione diretta della prestazione di lavoro e all'effettivo controllo dell'organizzazione produttiva e delle fonti di rischio (ivi compresi il potere di dirigere la prestazione, l'obbligo di predisporre le condizioni perché ciò accada in modo da tutelare la sicurezza e la dignità della persona e da consentire il godimento dei diritti collettivi del prestatore, la responsabilità per danni arrecati a terzi dal prestatore). Il sistema poi è chiuso da clausole di responsabilità congiunta che realizzano una forma "codatorialità sostanziale"<sup>143</sup>. In materia di diritti sindacali può parlarsi di nuovo di una codatorialità: il riconoscimento sia nei confronti del somministratore che dell'utilizzatore dei diritti sindacali, e in particolare dei diritti di assemblea e riunione serve in questo caso a rendere effettivo il potere di coalizione di autotutela dei lavoratori. Per la stessa ragione bisogna ammettere che i lavoratori dipendenti dalle agenzie di somministrazione possano essere membri anche delle rappresentanze sindacali costituite presso l'impresa utilizzatrice,

---

<sup>143</sup> M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, paper per il XVI Congresso nazionale di Diritto del Lavoro A.I.D.L.A.S.S. "La figura del datore di lavoro. Articolazione e trasformazioni", Catania 21 - 23 maggio 2009

perché l'argomento contrario (fondato sul dato della titolarità formale del contratto di lavoro) produce l'effetto di privare tali lavoratori della possibilità di incidere in forma collettiva sul loro stesso trattamento economico-normativo, nonché, più in generale, di controllare i processi di esternalizzazione.

Per quanto attiene, invece, al distacco, è possibile evidenziare che anche qui sussistono dei punti poco chiari per quanto attiene l'esercizio dei diritti sindacali da parte dei lavoratori in regime di distacco: gran parte di essi può essere infatti goduta all'interno dell'impresa del distaccatario<sup>144</sup>. In effetti, stante il radicamento "topografico" dei diritti riconosciuti dalla legge n. 300 del 1970, come è stato notato<sup>145</sup>, le espressioni "unità produttiva" e "luogo in cui i lavoratori prestano la loro attività" devono essere considerate l'unità produttiva cui sono destinate le prestazioni del lavoro, ossia quella nel ciclo produttivo della quale più coerentemente si inserisce il prodotto realizzato dal lavoratore, e quindi l'impianto del distaccatario.

Come noto, il legislatore italiano, nel circoscrivere l'ambito spaziale di applicazione dei diritti sindacali, ha impiegato dizioni caratterizzate da estrema concretezza: espressioni come "*stabilimento*" – unitamente ai termini di significato analogo "*sede, [...] filiale, ufficio o reparto autonomo*", ma soprattutto "*unità produttiva*" – hanno avuto successo in ambito "endo-aziendale" quando si tratti di individuare, anche attraverso parametri numerico - quantitativi, l'applicabilità di specifiche disposizioni, tenendo conto di qualità, dimensioni e dislocazione delle sedi dell'impresa ed al fine di assicurare un elevato grado di "effettività", nel penetrare nella sfera dell'organizzazione del lavoro delle imprese o, in altri termini, di "maggiore e più concreta effettività" dell'intervento

---

<sup>144</sup> V. Putrignano, *Il distacco dei lavoratori*, pag. 19.

<sup>145</sup> Pur se in relazione ad altra fattispecie, da M. DELL'OLIO, voce *Lavoro a domicilio*, in Nov.mo Dig. it. (Appendice), Torino 1983, pag. 724-725.

del legislatore, destinato a *“fattispecie concrete che si collocano direttamente ed immediatamente sul “luogo di lavoro”*<sup>146</sup>.

E, infatti, nello Statuto dei lavoratori si privilegiano le dizioni di tipo fattuale *“luoghi dove [i lavoratori] prestano la loro opera”, “locali dove si svolge”* l'attività lavorativa, *“luoghi di lavoro”, “ambito aziendale”, “luogo ove è posto in essere il comportamento”*; in questi casi il legislatore ha voluto riferirsi a criteri di collegamento funzionale per affermare, ad esempio, l'incidenza, che avviene *“in modo immediato”*, dei diritti costituzionali sul rapporto di lavoro. È chiaro che indicazioni di questo genere avevano senso in un periodo storico dove il modello organizzativo era quello dell'impresa fordista, ove non si ricorreva, come avviene invece oggi, alle esternalizzazioni.

Si deve tuttavia ammettere come legittima, proprio in virtù della radicazione spazio-temporale dei diritti individuati dalla legge n. 300 del 1970, la prassi secondo la quale il lavoratore potrà esercitare anche presso la sua originaria impresa quei diritti la cui concreta attuazione trova soddisfazione in relazione ai luoghi di lavoro dell'impresa distaccante<sup>147</sup>: in questo caso si giungerebbe dunque ad ammettere un raddoppio delle possibilità di esercizio dei diritti sindacali, le cui modalità potrebbero tuttavia risultare incerte, in assenza di un dettato normativo specifico che chiarisca come debba avvenire detto esercizio. In effetti se tecnicamente il lavoratore distaccato continua a essere dipendente del distaccante, si pone il problema sopra cennato con riferimento alla somministrazione: ovvero che i distaccati possano essere membri anche delle rappresentanze sindacali costituite presso l'impresa utilizzatrice, nonostante il

---

<sup>146</sup> Flammia R., sub Art. 35, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, Tomo II, Milano 1975, pag. 1163; nello stesso senso, A. VALLEBONA, *L'unità produttiva*, in Riv. it. dir. lav., 1979, I, pag. 276, parla di *“tendenza a porre le norme in diretta relazione con l'ambiente specifico in cui esse sono destinate ad operare effettivamente”*; G. ZANGARI, Introduzione. Titolo VI. Disposizioni finali e penali, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, tomo II, Milano 1975, pag. 1135.

<sup>147</sup> Putignano, *op. cit.*, pag. 20.

dato della titolarità formale del contratto di lavoro. Limitare ad un luogo, piuttosto che ad un altro, l'ambito di esercizio del diritto sindacale costituirebbe un'arbitrarietà il cui fondamento non sarebbe giuridico, ma topografico...non sarebbe cioè legato alla titolarità del potere datoriale, ma al luogo dove avviene la prestazione. Ciò produrrebbe l'effetto di privare tali lavoratori della possibilità di incidere in forma collettiva sul loro stesso trattamento economico-normativo, nonché, più in generale, di controllare altri processi di esternalizzazione, come l'impiego di manodopera in regime di agenzia.

Infine, è di particolare interesse riportare l'esempio che si può trarre dall'esperienza spagnola, ottenuto attraverso il dialogo sociale: il processo di riforme in materia di lavoro che si è prodotto in Spagna dal 2005 al 2006 risulta particolarmente importante in materia di organizzazione sindacale dei lavoratori che lavorano in regime di *sub-contratacion* (sub-appalto).

Nel marzo 2005 si creò il Tavolo del Dialogo Sociale sul Mercato del Lavoro (*Mesa de Dialogo Social sobre Mercado del Trabajo*) che permise di giungere, nel 2006, all'Accordo per il Miglioramento della Crescita y Impiego (*Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo*), i cui obiettivi consistono nella lotta agli abusi e frodi nell'utilizzo degli appalti, nel promuovere il lavoro a tempo indeterminato, nel convertire il lavoro a termine in lavoro permanente.

Il principale obiettivo raggiunto dall'accordo, in materia di contrattazione temporale, fu relativo alla necessità di ridurre la temporalità, essendo temporanei, in Spagna, il 33% dei lavoratori. A tal scopo, l'Accordo stabilì limiti temporali per i successivi contratti, aventi detto carattere, che un'impresa può sottoscrivere con un lavoratore o con l'intervento della contrattazione collettiva, al fine di determinare quali siano i posti in un'impresa "occupabili" mediante lavoratori temporanei.

Per quanto attiene alla *sub-contratacion* di opere o servizi, si è deciso in sede di accordo di aggiornare alcuni elementi della legislazione con l'obiettivo di assicurare che le differenti forme di decentralizzazione produttiva non si risolvano in sistemi per pregiudicare la protezione dei lavoratori. A tal fine, si arrivò ad includere le risultanze dell'*Acuerdo* nello Statuto dei Lavoratori spagnolo una definizione di cessione illegale di lavoratori, che incorpora inoltre le risultanze della giurisprudenza in materia.

Inoltre l'accordo in parola ha introdotto disposizioni in virtù delle quali, per quanto attiene la protezione dei diritti sociali dei lavoratori:

– Quando un'impresa celebri un contratto di prestazione d'opera o servizio con un'impresa appaltante o su-appaltante, essa dovrà informare i rappresentanti dei suoi lavoratori della ragione sociale, domicilio, numero di identificazione fiscale dell'impresa, oggetto, durata y luogo di esecuzione dell'appalto, numero di lavoratori occupati dall'appaltatrice all'interno degli impianti dell'utilizzatrice, modalità di coordinazione delle attività di prevenzione dei rischi sul luogo di lavoro.

– Quando l'impresa principale e l'appaltatrice condividano in forma continuativa un medesimo luogo di lavoro, la prima dovrà predisporre un libro di registro nel quale si dia conto delle informazioni sopra citate con rispetto ad ambedue le imprese coinvolte.

– I lavoratori dell'impresa appaltatrice, quando siano sprovvisti di rappresentanza sindacale, avranno diritto a formulare ai rappresentanti dell'impresa utilizzatrice le questioni relative alle condizioni di esecuzione dell'attività lavorativa, sempre che essi condividano i medesimi luoghi di lavoro e siano appunto sprovvisti di autonoma rappresentanza sindacale.

– Nei luoghi di lavoro ove esistono locali per i delegati del personale o le

rappresentanze aziendali, detti luoghi potranno essere utilizzati anche da parte delle rappresentanze dell'impresa appaltatrice, sempre che condividano in modo continuativo i medesimi luoghi di lavoro<sup>148</sup>.

La legge spagnola, in misura simile a quella italiana, ha cercato quindi di integrare l'azione sindacale dei lavoratori esternalizzati, conferendo loro una propria specificità.

L'adozione in territorio italiano e spagnolo di misure tali da non frustrare le prerogative delle organizzazioni sindacali costituiscono pertanto un modello cui le legislazioni latinoamericane dovrebbero tendere al fine di risolvere il vuoto normativo che circonda il regime delle relazioni sindacali nei rapporti di lavoro triangolari. Se quindi il fatto della co-datorialità più o meno occulto e/o marcato, insito nelle varie forme di esternalizzazione, determina la frammentazione dei lavoratori ed un loro disorientamento generale per quanto attiene al riconoscimento del soggetto nei confronti del quale proporre le proprie rivendicazioni, si sono visti i correttivi che alcuni ordinamenti hanno apportato, essenzialmente consistenti nell'estensione dell'ambito soggettivo di influenza dei lavoratori, che espande la propria azione al di fuori della dialettica binaria datore-lavoratore, ed inserisce anche nei rapporti sindacali l'elemento di terzietà connesso ai rapporti di esternalizzazione.

Il pericolo della carenza di rappresentatività e coesione sindacale consiste nella possibilità di pregiudicare sia la formazione di sindacati, sia l'attività sindacale intesa come quella di dialogo sociale, volta alla stipula di accordi collettivi, ma anche come quella di lotta, come quando si tratta di scioperare. Quanto detto conferma che attraverso i processi di esternalizzazione vengono a lesionarsi anche i diritti dei lavoratori attinenti alla sfera dell'azione collettiva e che ciò

---

<sup>148</sup> Sul punto si veda: O.Ermida Uriarte, *Responsabilidad social de la empresa: entre la mercadotecnia y el Derecho*, en Revista de Derecho Laboral, tomo L, n° 226, Montevideo, 2007, pag. 303.

puo' essere evitato solo attraverso specifiche strutture che riproducono lo schema triangolare della relazione lavorativa anche all'interno della relazione tra i soggetti datoriali coinvolti.

## 5. Esternalizzazione e compliance degli standard internazionali del lavoro: possibili soluzioni

### 1. Introduzione

L'apertura commerciale e finanziaria verso l'estero di un paese e i conseguenti processi di specializzazione produttiva producono importanti effetti sul mercato del lavoro. Ai benefici privati e sociali derivanti dalla specializzazione del paese nei settori di vantaggio comparato (maggiore efficienza nell'uso delle risorse, quindi maggior produttività e maggiori redditi reali della collettività nel suo insieme) si accompagnano gli inevitabili costi privati e sociali derivanti dalla necessità di riconvertire parte della manodopera verso nuovi impieghi, mansioni e localizzazione geografica all'interno del paese. Anche la più convinta e onesta difesa del libero scambio come regime ottimale per lo sviluppo dei paesi, da Adam Smith alle più recenti teorie del commercio internazionale, è consapevole degli effetti distributivi che si accompagnano ai vantaggi collettivi della divisione internazionale del lavoro. In varia misura, i paesi a economia di mercato adottano o dovrebbero adottare politiche di *trade adjustment* mirate ad accompagnare questi processi di cambiamento e di adattamento sociale.

Nel suo libro "*Making globalization work*" il Nobel per l'economia Joseph Stiglitz affronta senza mezzi termini il tema della crescente disaffezione del pubblico verso i processi di globalizzazione: "*Globalisation seems to have unified so much the world against it, perhaps because there appear to be so many losers and so few winners (...). The current process of globalization is generating unbalanced outcomes, both between and within countries. Wealth is being created, but too many countries and people are not sharing in its benefits (...).*"

*There is a clear need for strong international institutions to deal with the challenges posed by economic globalization; yet today confidence in existing institutions is weak*<sup>149</sup>.

La dimensione globale dell'economia<sup>150</sup>, l'accresciuta competitività dei mercati, la logica dell'efficienza e dell'economicità nella gestione imprenditoriale impongono alle imprese di rimodulare forme e modelli di organizzazione della propria attività e di interagire in una dimensione sempre più internazionale.

In particolare, questo percorso sembra snodarsi soprattutto sul piano della forma attraverso la quale viene esercitata la funzione imprenditoriale, risolvendosi sovente nel ricorso a processi di concentrazione societaria, a livello comunitario e assai più spesso internazionale, favoriti a loro volta dalla progressiva materializzazione dell'attività imprenditoriale conseguente alla rivoluzione informatica elettronica.

Elemento caratterizzante i mercati globali è la propensione dell'impresa a stringere accordi per creare reti internazionali e rapporti di cooperazione e collaborazione articolati in architetture sempre più complesse come si è osservato l'impresa trans-nazionale rappresenta la nuova protagonista della scena economica mondiale<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> J. E. Stiglitz, *Making globalization work*, Norton&Company, New York, 2006, pp. 8 e 21.

<sup>150</sup> M. Pianta, *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Roma, 2001, 11, definisce la globalizzazione dell'economia " come una fase del capitalismo moderno iniziata negli anni 80 e caratterizzata da un accelerato integrazione internazionale dell'attività economiche sia nelle forme tradizionali – commercio e investimenti diritti all'estero- sia in forme nuove, come investimenti finanziari a breve termine, speculazioni su cambi commercio nei servizi, variegati accordi tra imprese, complessi fluidi di conoscenze e tecnologie... La scelta globale di questa attività è stata favorita dalla riduzione dei costi di trasporto, comunicazione e coordinamento consentiti soprattutto dall'emergere di un nuovo 'paradigma tecnologico' Legato alle nuove tecnologie dell'informazione comunicazione". Vedi MR Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 59, dice che " la globalizzazione è quel complesso mediante il quale i mercati e le produzioni nei diversi paesi sono sempre più interdipendenti, in corrispondenza alla dinamica degli scambi di beni o servizi e ai movimenti di capitali e di tecnologie"; Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; R. Panizza, *Luci ed ombre della Globalizzazione*, CI, 2005, 213.

<sup>151</sup> Perulli, *Modificazioni dell'impresa e rapporti di lavoro: spunti per una riflessione*, in A. Lyon- Caen e A. Perulli (a cura di ), *Trasformazioni dell'impresa e rapporti di lavoro, Atti del seminario dottrinale internazionale*, Venezia, 17- 21 giugno 2002, Padova, 2004, 2 ss.

Oggi lo scenario di riferimento dell'impresa ha superato i limiti del contesto nazionale per estendersi ad una complessa geografia multinazionale che attraversa confini territoriali e normativi differenti.

Con il post fordismo i processi di globalizzazione delle attività produttive hanno dato vita ad una profonda e strutturale modifica della forma dell'impresa: ad essi si deve lo sviluppo dei nuovi metodi di organizzazione e di produzione basati sul ricorso alla flessibilità organizzativa e all'outsourcing di rete. Oggi l'internalizzazione dell'impresa impone specifici mutamenti divenendo lo strumento per accedere allo spazio globale<sup>152</sup>.

Parte integrante del processo di internalizzazione della produzione è la delocalizzazione all'estero di una parte o dell'intero processo di produzione. L'impostazione più seguita è quella del mantenimento presso la casa madre delle funzioni aziendali strategiche (cioè il core business), e del decentramento verso il mercato estero delle fasi di produzione<sup>153</sup>.

Con questa organizzazione l'azienda è in grado di avviare politiche di diversificazione del prodotto e di affrontare diversi segmenti del mercato.

Al contempo anche le imprese di più piccole dimensioni, grazie alla guida di una grande multinazionale, riescono ad affrontare il traffico internazionale ovviamente caratterizzato da livelli di competitività e concorrenza più alti rispetto a quello interno.

---

<sup>152</sup> Ferrarese M.R., *Globalizzazione e nuovi percorsi delle istituzioni*, in S. Scarponi ( a cura ), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Milano, 2001, 26, secondo la quale " lo spazio transnazionale è come uno spazio che non ha più confini certi e predeterminati ... i suoi confini si disegnano e ridisegnano di continuo in funzione dei flussi comunicanti che lo attraversano, ossia di qualcosa che è intrinsecamente mobile e variabile. In un siffatto contesto è cambiato il livello di coinvolgimento internazionale dell'impresa, non si tratta più solo di vendere all'estero, ma di allargare ad una pluralità di paesi lo spazio delle proprie operazioni aziendali che può avvenire direttamente, soprattutto per le imprese di dimensioni maggiori tramite un collegamento statale per l'impresa ed una rete transnazionale di fornitori di tecnologie, progetti, servizi. E. Rulloni, *Economia globale e post- fordismo*, *IF – Rivista della Fondazione IBM Italia*, 1998, Milano.

<sup>153</sup> Lettieri A., *Regole della globalizzazione e deregolazione del lavoro*, in S. scarponi ( a cura di ), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, cit. 167 ( vedi G. Tussino, *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, in *MDL*, 2006.

Si viene a creare una vera e propria rete internazionale nella quale sono coinvolte, attraverso rapporti bidirezionali, imprese di diverse dimensioni che finiscono per divenire esse stesse il principale vettore della globalizzazione dell'economia<sup>154</sup>.

È evidente che nella scelta di dimensione e localizzazione dell'impresa appare decisiva l'esigenza di ottimizzare i processi produttivi attraverso la ricerca di manodopera a basso costo in quei paesi con una ridotta imposizione fiscale o con un minore costo delle materie prime.

L'internalizzazione della produzione implica che gli spazi economici dell'organizzazione non coincidono più con i confini politici nazionali: anzi, l'impresa di dimensione transnazionale si presenta ontologicamente come una "impresa senza confini", ossia come un soggetto i cui confini economico-organizzativi trascendono volutamente quelli meramente geografici.

È indubbia la complessità dei problemi per il diritto, o meglio per i diritti, quelli nazionali e quello internazionale, che fenomeni d'internalizzazione dei mercati e delle imprese pongono<sup>155</sup>.

Una impresa senza confini mette a dura prova gli stessi concetti giuridici definiti dalle categorie tradizionali, tra le quali anche il concetto di gruppo di società che anche nelle consuete dimensioni nazionali già stentava a trovare un solido fondamento normativo<sup>156</sup>.

A fronte dell'impresa – rete o del gruppo di imprese la tradizionale logica del diritto non è apparsa in grado di elaborare una adeguata capacità d'identificazione del relativo centro di potere, presupposto fondamentale dal quale regolare l'assetto di interessi in gioco.

---

<sup>154</sup> Barrocci P., *Economia globale e sviluppo locale. Per una dialettica della modernità avanzata*, Pisa, 1998.

<sup>155</sup> Lassandari A., *La tutela collettiva utilità della competizione economica globale*, RGL, 2005, 263 ss.

<sup>156</sup> Nadalet S., *Imprese transnazionali e diritto del lavoro*, LD, 2005, 432 ss.

Dinanzi a questo scenario è allora difficilmente resistibile l'osservazione che il tema del rapporto tra impresa transnazionale disciplina delle sue relazioni contrattuali e diritto applicabile rappresenta uno dei principali terreni sui quali oramai il giurista è chiamato a misurarsi nella consapevolezza che il nuovo assetto normativo della società post-industriale si gioca proprio attorno alla capacità di saper per questi fenomeni.

Considerazioni come queste si amplificano sensibilmente nella dimensione propria del diritto del lavoro, ove si rileva maggiormente pressante l'esigenza di adeguare il sistema delle tutele dei lavoratori alla mutata dimensione geografica dell'impresa.

Se l'economia diventa globale e gli Stati rimangono nazionali i mercati finiscono per essere distorti da fenomeni di concorrenza sleale e quelli del lavoro sono i primi ad essere esposti alle conseguenze dell'inesistenza di un luogo di regolazione istituzionale<sup>157</sup>.

La delocalizzazione di una parte o dell'intero processo produttivo in paesi diversi da quello d'origine dell'impresa sovente è esplicitamente motivata dalla possibilità di sfruttare le diversità che conseguono alla dimensione nazionale delle discipline di regolamentazione soprattutto individuale dei rapporti di lavoro.

La scelta di operare in stati nei quali il livello di protezione sociale è molto basso od addirittura inesistente diviene irresistibile nella logica di un sistema che tende alla realizzazione di margini di progetto ridotti sul singolo prodotto per puntare ai grandi numeri dei nuovi mercati del mondo<sup>158</sup>, generando forme

---

<sup>157</sup> Perone G., *Liberalizzazione del commercio e diritto del lavoro: riflessioni su una relazione in tema*, MGL, 2007, 114, spec. 117.

<sup>158</sup> Venturini G., *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2004, 48 e 49, la quale osserva che "i paesi nel cui ordinamento le condizioni dei lavoratori sono meno tutelate sono in grado di produrre a costi minori beni, o servizi che traendo vantaggio dalle regole del libero scambio potranno conseguire sui mercati

di concorrenza non solo tra i competitors ma anche tra gli stessi paesi (a loro volta direttamente interessati ad avere il maggior numero possibile di insediamenti di unità produttive sul proprio territorio), alimentando situazioni di dumping sociale e di shopping sociale, frutto della maggiore o minore convenienza dei vari sistemi giuridici per le imprese<sup>159</sup>.

I fenomeni di scissione tra luogo di produzione e luogo di commercializzazione dei beni prodotti sono perciò destinati ad ampliarsi progressivamente e con essi ad aumentare le distanze tra le tutele dei lavoratori apparentemente garantite dai diritti dei singoli stati, ma spesso assai lontana fra loro nei contenuti pure all'interno di spazi comuni, primo fra tutti quello della stessa Europa unita.

Infatti non va sottaciuto che il diritto comunitario e l'Unione Europea non possano sentirsi al sicuro né tutelati dall'omogeneità di valori condivisi e trasfusi in assetti legislativi sostanzialmente uniformi<sup>160</sup>.

## **2. Gli IFAs: il ruolo degli international framework agreements come modalità di gestione delle reti transnazionali di aziende**

---

stranieri una competitività maggiore rispetto ai prodotti simili, ma aventi costi sociali più elevati. Per correggere questa soluzione alcuni Stati invocano la possibilità di applicare restrizioni commerciali nei confronti dei paesi che non garantiscono i diritti fondamentali dei lavoratori, ma soluzioni del genere, oltre a non essere giuridicamente motivata trovano l'opposizione della maggioranza dei Membri dell'OMC, soprattutto a motivo del loro potenziale impiego ai fini protezionistici". Al riguardo A. Tursi, *Responsabilità sociale, etica d'impresa e diritto del lavoro*, LD, 2007, p. 79.

<sup>159</sup> Jeammaud A., *La "mondializzazione": banco di prova per il diritto del lavoro*, in S. scarponi (a cura di) *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, cit., 60 ss, definisce il rischio di dumping sociale "come un asorta di svalutazione competitiva delle norme sociali". Secondo l'autore è concepibile che "alcuni Stati membri decidono di modificare verso il basso le norme sociali al fine di favorire il proprio sistema produttivo di fronte ai loro concorrenti stranieri o di attirare gli investimenti stranieri. Del resto "nei paesi in cui il diritto del lavoro è largamente di origine convenzionale, è ipotizzabile che i sindacati e gli imprenditori possano accordarsi, in vista dello scopo comune, per diminuire gli standards di tutela assicurati dalle regole convenzionali".

<sup>160</sup> Sul punto confronta E. Testa, *Regole anti-dumping sociale nella contrattazione collettiva del mercato globale*, DL, 2003, 839, spec. 842 ss; A. Jeammaud, *La "mondializzazione": banco di prova per il diritto del lavoro*, cit., 62 ss; A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. Plavia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2007, 78.

Solo nel lontano 2004, la World Commission on the Social Dimension of the Globalization<sup>161</sup> dell'OIL ha identificato circa 65.000 multinazionali, aventi circa 850.000 affiliati, quali attori chiave che guidano il flusso degli investimenti diretti stranieri verso i paesi in via di sviluppo. La stessa commissione notò che, in assenza di equilibrate regole multilaterali che governino gli elementi chiave degli investimenti stranieri diretti, c'è la crescente preoccupazione che la concorrenza di detti paesi, per essere tale, speculi sulla riduzione di leggi, regolamentazioni, protezione ambientale e standard del lavoro.

Parallelamente a questo sviluppo, la globalizzazione ha generato un divario tra la portata dell'attività degli attori globali, come le imprese multinazionali, che sono molto spesso a livello transnazionale, e la portata dell'azione degli attori sociali, che rimane largamente incardinata al livello nazionale.

Questo divario riflette un più ampio disequilibrio sistemico in termini di strumenti disponibili per l'azione e di potere delle imprese multinazionali, da un lato, e degli attori sociali dall'altro, che mirano ad una redistribuzione sociale dei benefici della globalizzazione.

In risposta a questo divario, in assenza di una cornice multilaterale, sono state adottate numerose iniziative private, aventi lo scopo di colmare questa lacuna attraverso l'auto-regolazione: l'esperienza più cospicua è quella relativa alla Corporate Social Responsibility, strumento "soft" che è stato sempre più adottato in seno alle multinazionali.

Tuttavia, sin dagli ultimi anni '80, sono stati adottati alcuni accordi transnazionali, cui ci si riferisce con il nome di IFAs, *International Framework Agreements*.

---

<sup>161</sup> <http://www.ilo.org/public/english/wcsdg/index1.htm>

L'idea basica che sottende gli IFAs è quella di prevenire la frammentazione esistente nel movimento sindacale dal divenire un fattore di debolezza nel caso di negoziazione con un'impresa multinazionale avente impianti in più stati.

Detti accordi possono presentarsi con diverse diciture, per esempio *“Agreements on code of conduct”* (IKEA, 1988), *“Joint declaration on human rights and working conditions”* (BMW, 2005), *“International framework agreement”* (EADS, 2005); *“Global framework agreement on the development of good working conditions in operations worldwide”* (VEIDEKKE, 2005): il loro elemento comune è quello di essere strumenti negoziati tra le imprese multinazionali e le federazioni sindacali globali (GUFs, Global Union Federations), in particolare federazioni internazionali di sindacati nazionali di settore.

Sino al 2007 esistevano 62 IFAs; essi coprivano approssimativamente 5,3 milioni di lavoratori. Nonostante la loro vocazione “mondiale”, gli IFAs sono visti come un'iniziativa europea per stimolare e accrescere il rispetto dei diritti fondamentali al lavoro<sup>162</sup>. In effetti la maggior parte delle imprese multinazionali che hanno firmato gli IFAs sono di origine europea, specialmente tedesca, francese e scandinava. Solo 7 dei 62 IFAs sono stati firmati da società i cui quartieri generali si trovano in USA, Russia, Nuova Zelanda, Australia, Canada e Sud Africa. Nessuna impresa dal Regno Unito, Asia o America Latina, nonostante molte imprese abbiano le loro sedi lì.

Il primo IFA venne concluso nel 1988 tra l'impresa francese Danone e l'IUF (International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Association). I suoi precursori possono essere

---

<sup>162</sup> Daugareilh I., *Les accords cadres internationaux: une réponse européenne à la mondialisation de l'économie?*, in M. Descolonges, B. Saincy, *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, Paris, La Découverte, 2006.

rintracciati nelle prime mobilitazioni transnazionali promosse dai sindacati internazionali per protestare contro specifiche azioni poste in essere dalle multinazionali negli anni '60 e '70, con la conseguente creazione dei World Works Councils (WWCs), miranti a dirigersi alle preoccupazioni dei lavoratori colpiti dai processi di esternalizzazione e ristrutturazione, attraverso un metodo di concertazione coordinata a livello mondiale, in particolare nei settori più sindacalizzati come alimenti, trasporti, chimica ed energia.

A partire dal 2000, si è registrato un crescente aumento nelle negoziazioni di IFAs nel campo delle responsabilità sociali di impresa, soprattutto da parte delle multinazionali aventi sede negli stati della UE e le federazioni internazionali sindacali (ITUFs – International Trade Union Federations. Lo sviluppo di questa forma di regolazione, mirante a definire gli standard del lavoro per i lavoratori delle imprese, delle loro filiali e i loro appaltatori, è facilitato dal convergere di due elementi. Da un lato, le imprese intendono incrementare la legittimazione e la credibilità delle loro strategie nel campo della responsabilità sociale d'impresa mediante la trasformazione degli unilaterali impegni di cui ai codici di condotta CSRs (Corporate Social Responsibility) in testi negoziati.

In secondo luogo, i sindacati riconoscono che strategie negoziate possono andare a corroborare gli strumenti nazionali ed internazionali ad oggi esistenti, dimostratisi inadeguati a superare le sfide della globalizzazione<sup>163</sup>.

Gli IFAs differiscono dagli CSRs e in particolare dai codici di condotta adottati unilateralmente dal management di un'impresa. Detti codici soffrono infatti di una carenza di legittimità in Europa continentale ove le leggi in materia di lavoro nazionali hanno sempre mirato a limitare il potere unilaterale del datore

---

<sup>163</sup> A. Sobczak, *Les syndicats français face à la responsabilité sociale des entreprises: quels enjeux et quelles stratégies?*, Montreal, 2006.

di lavoro<sup>164</sup> e a favorire, d'altra parte, la regolazione o imposta dalle pubbliche autorità o negoziata dalle parti sociali.

In secondo luogo, i codici di condotta hanno spesso un contenuto limitato e non si riferiscono a tutti standard fissati dall'ILO, per concentrarsi invece su altri oggetti più "sensibili" nell'impatto sui media, come il lavoro infantile.

Infine, detti codici non pongono molta attenzione alla fase della loro implementazione e sono spesso considerati come strategie di facciata al fine di ben impressionare l'opinione pubblica<sup>165</sup>.

Gli IFAs, al contrario dei codici di condotta, sembrano dunque garantire una maggiore affidabilità quanto alla loro effettività. Essi hanno generalmente un contenuto più vasto e contengono dettagliate previsioni per quanto attiene il monitoraggio e l'implementazione. Essendo creati attraverso il dialogo sociale, essi si conformano al modello sociale proposto nei paesi EU, derivando quasi tutti da accordi conclusi da imprese aventi la loro sede in Europa.

Gli IFAs corrispondono ad una nuova categoria giuridica creata dalle parti sociali in assenza di una cornice legale, lasciando pertanto aperte molte questioni. Tuttavia, ciò non significa che detti accordi non abbiano una particolare valenza all'interno del panorama nazionale o internazionale come fonte di normazione all'interno di un dominio che, a causa degli ingenti elementi di internazionalità connessi alle relazioni di lavoro delle imprese multinazionali, non risulta facilmente gestibile con il solo strumento legislativo nazionale.

### **3. Rappresentatività e poteri della parti firmatarie**

---

<sup>164</sup> A. Supiot, *Déreglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, in *Droit Social*, 1989, pag. 195-206.

<sup>165</sup> K. Gordon. M. Miyake, *Deciphering Codes of Corporate Conduct: A Review of Their Contents*, Working Paper on International Investment 99/2 (Paris: Organization for Economic Cooperation and Development - OECD-, March 2000).

A causa dell'assenza di una cornice legale specifica nel campo della contrattazione collettiva transnazionale, non vi è alcuno specifico atto di conferimento di poteri a nessun attore sociale in particolare. Conseguentemente, le soluzioni debbono essere create di volta in volta dalle parti.

### **3.1 Datori di lavoro**

Il fatto dell'esistenza delle imprese sotto forma di reti, di multinazionali con varie filiali e di società che utilizzano largamente contratti di fornitura di appalto e manodopera rende particolarmente complessa la questione relativa alla titolarità dei poteri di negoziazione e firma degli IFAs.

Generalmente, dal lato degli imprenditori, uno o più rappresentanti della società multinazionale principale (identificata come quella avente sede presso l'*headquarter*) andrà a firmare l'accordo, anche se le negoziazioni possono talvolta coinvolgere manager delle varie filiali del gruppo.

Questo fatto può, di primo acchito apparire normale, ma in effetti pone dei problemi in quanto le sussidiarie del gruppo sono imprese a sé stanti, che godono normalmente di autonoma personalità giuridica, anche se esse sono altamente integrate all'interno della holding.

La firma dell'accordo da parte dei rappresentanti della società principale crea dunque una grossa questione di applicabilità ed efficacia dello stesso IFA in seno alle sussidiarie. Non è possibile infatti considerare la holding come datore di lavoro dei dipendenti della filiale: per tale ragione, la controllante non potrebbe concludere accordi collettivi aventi efficacia obbligatoria per le sussidiarie. Il problema diviene vieppiù maggiore quando la holding definisce regole in sede di accordo anche per appaltatori e fornitori, la cui autonoma

personalità giuridica esclude nettamente la possibilità della holding di negoziare in loro nome.

Per negoziare in nome delle filiali e sub-appaltatori, la holding abbisogna quindi di uno specifico mandato. Gli IFAs contengono normalmente standard che devono essere applicati anche dai sussidiari: si capisce quindi che un esplicito mandato da parte di questi ultimi alla holding chiarificherebbe tutte le questioni relative alla loro rappresentanza, nonché gli aspetti relativi al valore legale degli IFAs per i contractors e il regime delle responsabilità della holding per un eventuale loro inadempimento.

In assenza di mandato esplicito, si potrebbe ipotizzare che le filiali ne rendano uno in maniera implicita. Tuttavia detto meccanismo, anche ammettendone la validità per quanto attiene alle filiali esistenti al tempo della stipula dell'IFA, non potrebbe essere esteso alle future.

A maggior ragione risulta difficilmente ammissibile un mandato implicito tra holding e contractors, i cui legami giuridici sono ancor più deboli di quelli tra holding e filiali. Sarebbe dunque auspicabile che in sede di contrattazione vengano delineati specifici mezzi attraverso i quali ottenere una obbligazione diretta da parte di sussidiari e appaltatori al fine di ovviare ai citati problemi di rappresentanza.

### **3.2 Lavoratori**

Dal lato dei lavoratori, l'idea che siano i rappresentanti sindacali della holding a firmare l'accordo anche in nome e per conto dei lavoratori delle filiali non può trovare accoglimento. Ciò infatti violerebbe i criteri della rappresentanza sindacale e minerebbe pertanto il valore normativo di detti contratti, soprattutto quando si tratta di lavoratori stabiliti in stati differenti. L'idea del mandato non

può essere qui trasposta a questo scopo. L'ipotesi di un referendum tra i lavoratori della holding globale, successivo all'adozione dell'IFA, volto a legittimare l'adozione dell'accordo con il consenso successivo dei lavoratori, potrebbe costituire una ulteriore soluzione al problema in esame, ma risulterebbe essere logisticamente macchinoso in relazione alla dislocazione geografica delle imprese coinvolte e dei loro partners (contractors).

Pertanto normalmente gli IFAs vengono sottoscritti da una o più ITUF (International Trade Union Federation -Federazione Sindacale Internazionale). In Europa, inoltre, alcuni di essi sono stati anche co-firmati da un CAE o EWC (Comitato Aziendale Europeo – European Works Council) della holding, o da un sindacato nazionale.

### **3.3 IFAs firmati dalle federazioni sindacali internazionali**

Tutti gli IFAs sono sottoscritti da una o più federazione sindacale internazionale organizzate per settore. La firma da parte di soggetti di detto livello consente di evitare due ostacoli principali con cui si deve invece confrontare la negoziazione transnazionale a livello aziendale.

In primo luogo viene ad escludersi qualsiasi questione inerente alla rappresentatività nei confronti dei lavoratori delle filiali o degli appaltatori, perché l'organizzazione sindacale internazionale di settore è intesa proprio come rappresentante dei lavoratori di quello specifico settore in tutte le imprese sparse per il mondo. L'unico criterio da rispettare consiste quindi nell'appartenenza della multinazionale firmataria al settore merceologico corrispondente a quello dell'ITUF.

In secondo luogo, si vengono ad eliminare i conflitti tra le differenze leggi delle nazioni ove si trovano holding e sussidiarie per quanto attiene alla

legittimazione dei rappresentanti dei lavoratori e le procedure di negoziazione collettiva.

Questo processo sembra coerente con lo scopo di scegliere un attore che si collochi e nella negoziazione transnazionale e in quella a livello statale.

Tuttavia, non vi sono né norme a livello nazionale né a livello comunitario che conferiscono agli ITUFs il potere di negoziare accordi collettivi: addirittura alcuni sindacati nazionali potrebbero non avere il desiderio di conferire detto potere alle federazioni internazionali, in quanto vedono nel loro ruolo soltanto quello di mero coordinamento del lavoro delle federazioni nazionali.

Ciò spiega perché prima di firmare un IFA le ITUF consultano di solito come minimo le associazioni sindacali del paese in cui la holding ha il proprio quartiere generale.

### **3.4 IFAs firmati dai CAE**

Come detto sopra, sino al dicembre 2006, 12 dei 49 IFAs allora esistenti erano co-firmati dagli ITUFs e dagli EWC-CAE della relativa compagnia.

I CAE o EWC sono stati introdotti dalla Direttiva 94/45/EC del 22 settembre 1994 *"riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo (CAE) o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensione comunitaria"*, che costituisce probabilmente la più importante iniziativa legislativa presa nel campo delle relazioni industriali a livello europeo.

La direttiva sui CAE rappresenta un tipo di risposta istituzionale, sul piano del diritto comunitario, al fenomeno della globalizzazione, una risposta che, pur nella sua incompletezza, può, almeno in parte, ridurre i rischi di dumping sociale, conseguente alla delocalizzazione della produzione, messa in atto

dalle società multinazionali, al fine di operare in paesi dove vi è meno forza sindacale e scarsa difesa dei diritti sociali.

Essa interessa tutti i paesi dell'Unione europea, comprese il Regno Unito di Inghilterra ed Irlanda, escluso all'atto dell'emanazione originario ed incluso successivamente nel 1997, con apposito atto di estensione della direttiva stessa. Interessa anche Norvegia, Islanda e Lichtenstein, paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo, ed anche le imprese o gruppi di imprese, la cui direzione centrale è insediata in paesi terzi (Usa, Canada, Giappone, Svizzera, ecc) a condizione che gli stabilimenti insediati nei paesi membri dell'Ue e in quelli appartenenti allo Spazio economico europeo soddisfino le soglie numeriche dei lavoratori occupati indicate nella normativa.

Scopo della direttiva CAE è il miglioramento dei diritti di informazione e consultazione dei lavoratori nelle società transnazionali operanti in Europa, diritti sanciti fondamentali nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel 2000.

I diritti di informazione e consultazione, sostenuti e rafforzati dalla direttiva, hanno ricevuto in Italia una grande attenzione negli anni '70 con le prime parti dei contratti e negli anni '80 con la cosiddetta "stagione dei protocolli", ma il processo è rimasto incompiuto proprio negli anni in cui si affermava il fenomeno della globalizzazione dell'economia; i CAE sono stati l'occasione e lo strumento per riprendere e attualizzare il dibattito sulla partecipazione dei lavoratori, per estenderlo al ruolo delle multinazionali e alla loro responsabilità sociale, rivendicando al tempo stesso, in un'ottica di interdipendenza degli interessi, la parità dei diritti del lavoro rispetto a quelli, mai messi in discussione, del capitale.

L'istituzione dei Comitati Aziendali Europei risale ormai a 10 anni fa. Tuttavia, soprattutto la denominazione datane in lingua tedesca "*Europäische Betriebsräte*" ("Consiglio aziendale") potrebbe dare origine a fraintendimenti con le tradizionali istituzioni sindacali. Il CAE, a differenza delle rappresentanze di interessi aziendali, come quelle attualmente diffuse in Italia – la RSU (Rappresentanza Sindacale Unitaria) – non dispone di alcun potere contrattuale in senso stretto. La definizione "*Betriebsräte*" – commissioni interne – è equivoca, in quanto il CAE – a differenza dei veri rappresentanti aziendali tedeschi ed austriaci – non ha alcun diritto di cogestione. La definizione italiana, invece, di "Comitati aziendali europei" è sufficientemente distintiva rispetto ad altre forme di rappresentanza aziendale dei lavoratori esistenti in Italia (RSU e delegati/RSA).

Il presupposto giuridico per l'istituzione dei CAE è, come visto, la Direttiva 94/45/CE del Consiglio di data 22 settembre 1994.

L'iniziativa della costituzione di un CAE può provenire dai seguenti soggetti: la direzione centrale aziendale; almeno 100 dipendenti (o dai loro rappresentanti) di almeno due imprese o sedi produttive che si trovino in due paesi in cui trova applicazione la Direttiva; le organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto il contratto collettivo in vigore nell'impresa o nel gruppo di imprese.

Nel caso l'iniziativa della costituzione parta dai dipendenti, 100 dipendenti o i loro rappresentanti di almeno due stati devono presentare una "richiesta di apertura della negoziazione" direttamente alla direzione centrale oppure alla direzione locale di uno stabilimento o dell'impresa del gruppo.

Nella maggioranza dei casi il CAE si colloca a livello dei vertici del gruppo. Nel caso in cui, però, i rami aziendali del gruppo non abbiano nulla a che fare l'uno

con l'altro, è opportuno istituire le strutture di rappresentanza a livello più appropriato.

Un'importante motivazione a favore della costituzione di un CAE è il riconoscimento della sua reale efficacia. Il Comitato Aziendale Europeo:

- consente lo scambio di informazioni tra i rappresentanti dei lavoratori delle diverse sedi di gruppi multinazionali,
- contribuisce all'individuazione di omissioni (intenzionali o no) di informazioni da parte del management,
- agevola lo scambio di soluzioni modello, consente l'utilizzo di tutte le informazioni utili alle contrattazioni a livello di filiale,
- tende a impedire il dumping sociale (l'abbassamento degli standard sociali offerti),
- agevola l'elaborazione di iniziative comuni, ad esempio nell'ambito della formazione continua, e lo studio di alternative comuni alle decisioni assunte a livello dirigenziale,
- consolida i contatti internazionali ed i comportamenti solidali transnazionali.

Va inoltre ricordato che in Europa ci sono strutture di rappresentanza a livello aziendale diversissime tra loro. Il Rappresentante Aziendale austriaco è per esempio (leggermente) diverso da quello tedesco, ed entrambe le tipologie di rappresentanza dei lavoratori possono essere solo parzialmente assimilate alle RSU. Quasi ogni paese europeo ha infatti la propria tipologia di rappresentanza aziendale o sindacale con differenti diritti e differenti competenze, diverse strutture interne e diverse tradizioni: i CAE sono un primo tentativo per dare una struttura uniforme, idonea ad operare in un mercato del lavoro soggetto alle influenze organizzative determinate dalla globalizzazione.

In quanto organi deputati allo scambio di informazioni tra i rappresentanti dei lavoratori delle diverse sedi di gruppi multinazionali e di soluzioni modelli, detti organi sono stati coinvolti nei processi di realizzazione degli IFAs.

Sempre più compagnie optano per questo approccio, principalmente nel settore metalmeccanico; inoltre, va anche ricordato che storicamente il processo di negoziazione in diverse compagnie fu cominciato proprio all'interno dei CAE-EWC, anche se alla fine questi ultimi non hanno firmato l'accordo.

In altri casi ancora i CAE hanno avuto un importante ruolo nel monitoraggio e implementazione dell'IFA. Questo sottolinea il fatto che il CAE è sempre più percepito dal management delle multinazionali come un legittimo, se non naturale, partner per le negoziazioni sindacali all'interno delle imprese UE.

La negoziazione previa con il CAE-EWC rende più facili le negoziazioni dell'IFA perché vengono presi in considerazione dalla compagnia specifici argomenti e si creano più stabili e permanenti relazioni tra le parti, cosa che in effetti non è così facile per federazioni sindacali internazionali la cui portata di attività è molto vasta.

Va ricordato che dal punto di vista legale la direttiva del '94 ha solamente limitato i poteri del CAE alla informazione e consultazione, non quindi rappresentanza. IL CAE non dà quindi all'IFA un surplus in termini di legittimità dell'accordo. La valenza del CAE, all'interno delle negoziazioni per la realizzazione dell'IFA, rileva solo in relazione alla maggiore condivisione dell'IFA stesso a livello aziendale, ancorchè detta condivisione non rileva ai fini dei poteri dei signatari dell'accordo. In secondo luogo un ulteriore problema è che i CAE non rappresentano comunque i lavoratori delle filiali della holding che si trovano in territorio non europeo, e a maggior ragione il loro potere di rappresentanza non si estende agli appaltatori.

In ogni caso, combinando la legittimazione derivante dalla doppia firma (ITUFs e CAE) sembra essere una buona soluzione pragmatica per confermare la volontà delle parti di stringere un accordo, nonostante la natura dell'IFA non venga minimamente modificata dall'esistenza della firma del CAE.

### **3.5 IFAs firmati dalle organizzazioni sindacali nazionali**

All'epoca del dicembre 2006, 22 su 49 IFAs esistenti erano stati anche co-firmati dai sindacati nazionali del paese dove la holding aveva il suo *head quarter*. Quando un sindacato nazionale firma un IFA, ne cambia la natura, facendolo divenire un contratto collettivo aziendale di lavoro, valido nel paese in cui la multinazionale ha la propria sede, sempre che siano state rispettate le regole nazionali<sup>166</sup>.

Ciononostante, negli altri paesi ove l'impresa è presente è logico dedurre che detto IFA non abbia la medesima valenza di contratto collettivo aziendale perchè si necessiterebbe della singola firma di ogni filiale, unitamente a quella della relativa rappresentanza dei lavoratori, al fine di avere un contratto aziendale di filiale. La firma del sindacato nazionale dona conseguentemente un valore aggiunto all'IFA, ma solo su territorio nazionale del sindacato firmatario.

## **4. Contenuto degli IFAs: la loro portata ed i diritti conferiti**

Gli IFA consentono di produrre un apparato normativo in grado di raggiungere il livello delle filiali delle multinazionali dei loro fornitori e appaltatori, contribuendo a risolvere alcuni problemi legati all'outsourcing, quali la disparità tra le legislazioni applicabili ai differenti stati in cui la multinazionale è presente e la

---

<sup>166</sup> Papadakis K. (a cura di ), *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: an emerging industrial relations framework?* ILO, Geneva 2008.

frammentazione sindacale legata ai processi di esternalizzazione. Ma per valutare l'impatto di una norma legale è essenziale anzitutto definire la sua portata applicativa.

La maggior parte degli IFAs non incrementano invero i diritti sociali conferiti dalla legislazione nazionale dei lavoratori della holding, trovandosi molto spesso quest'ultima in paesi con uno sviluppato sistema giuslavoristico. Tuttavia esisi sono di grande interesse per i lavoratori delle filiali e per gli appaltatori dal momento in cui la holding riconosce la propria responsabilità nei confronti di detti lavoratori al fine di rispettare le norme sociali contenute nell'IFA sottoscritto.

Ciò avviene secondo diverse modalità: la maggior parte degli IFA stabilisce che le norme ivi contenute debbano essere applicate al gruppo intero, anche se poi nell'IFA stesso non vi è una norma idonea ad identificare in che cosa consista detto gruppo. Detta definizione ha natura funzionale e varia in relazione al settore produttivo, alla legge nazionale applicabile e alla interpretazione che possono dare i giudici. Sarebbe tuttavia auspicabile che l'IFA definisse cosa intende per gruppo anche perché i gruppi e le reti societarie evolvono e cambiano frequentemente e l'IFA non è uno strumento in grado di essere così flessibile da adattarsi automaticamente a dette modificazioni. La cosa si complica ovviamente per il caso in cui dette modifiche investano anche filiali e appaltatori.

In secondo luogo, circa l'80% degli IFAs fa riferimento alle relazioni della compagnia con gli appaltatori. Ciononostante in questi casi l'IFA incoraggia solamente gli appaltatori ad adottare gli standard ivi previsti, non contenendo precise obbligazioni. A questo scopo è importante il tipo di legame che vincola holding e appaltatori: se essi sono altamente dipendenti dalla holding, questa è

in grado di “imporre” l'adozione degli standard dell'IFA pena il recesso dai rapporti di collaborazione. Tuttavia solo il 30 % degli IFAs stabilisce che il rispetto delle norme ivi contenute è condizione per la selezione e il mantenimento dell'appaltatore come partner della holding.

In effetti approcci basati sulla cancellazione del contratto con l'appaltatore rischiano di avere alla fine un impatto negativo sui lavoratori di quest'ultimo; pertanto un approccio basato su di un sistema di incentivi sarebbe preferibile.

Quanto ai diritti conferiti gli IFAs, se comparati con i codici di condotta, hanno un contenuto molto più preciso: in anzi tutto essi includono sempre i quattro Core Labour Standards.

Essi venono comunemente identificati con l'oggetto delle seguenti combinazioni di Convenzioni OIL:

- Libertà di associazione sindacale e protezione dei diritti sindacali (Convenzione n. 87 del 1948) e diritto di organizzazione e contrattazione collettiva (Convenzione n.98 del 1949);
- Divieto del lavoro forzato o in schiavitù (Convenzioni n. 29 del 1939 e n. 105 del 1957);
- Eguaglianza retributiva per lavoro di uguale valore (Convenzione n. 100 del 1951) e non discriminazione di genere-sesso-razza-religione (Convenzione n. 111 del 1958);
- Età minima di lavoro (Convenzione n. 138 del 1973) e divieto delle forme peggiori di sfruttamento del lavoro minorile (Convenzione n. 182 del 1999).

Inoltre, la maggior parte degli IFA si riferiscono alle convenzioni dell'OIL per definire specifici standard la cui legittimità potrebbe altrimenti essere oggetto di contestazione. Inoltre, ogni recepimento di convenzioni OIL all'interno degli IFAs costituisce, oltre che una garanzia, un progresso, perchè attraverso

l'impegno della holding i diritti di cui all'IFA sono potenzialmente raggiungibili anche dai lavoratori delle filiali e dei sub contractors. In piu' bisogna ricordare che le convenzioni OIL impongono obbligazioni solo agli stati che le hanno ratificate, e non alle imprese. Pertanto attraverso il canale dell'IFA è possibile diffondere i diritti previsti dalle convenzioni OIL anche a lavoratori di paesi che magari non le hanno ratificate, a condizione che detti diritti siano contenuti nell'IFA applicato alla loro azienda.

Per la stessa ragione quando un IFA fa riferimento a una legge nazionale o CCNL, ove esistente, ciò può essere un momento di ulteriore controllo dell'implementazione a livello aziendale di dette norme soprattutto negli stati dove c'è un sistema insufficiente di monitoraggio e ispezione del lavoro.

In ultima analisi va detto che gli IFAs contengono norme che vanno oltre i confini classici del diritto sindacale e del lavoro perchè includono nuovi argomenti legati alle condizioni di vita dei lavoratori , delle loro famiglie e dei cittadini influenzati dall'attività della holding: per esempio il 17 % degli IFA contiene policies sull'aids, mentre il 49% fa riferimento alla protezione dell'ambiente.

Il controllo sulla loro applicazione effettiva avviene, a livello aziendale, grazie ai processi di auto monitoraggio previsti dagli stessi IFAs e anche al controllo dei sindacati presenti in azienda, così come del CAE.

## **5. Valore legale**

A causa dell'assenza di una cornice legislativa specifica gli IFAs sono spesso considerati strumenti di soft law, ragion per cui nessuna loro violazione

potrebbe essere fatta valere di fronte a un tribunale <sup>167</sup>.

In questo senso, lo strumento dell'IFA sarebbe debole in confronto alla legge e ai contratti collettivi perché detti atti avrebbero invece effetto vincolante in EU.

Tuttavia, non è detto che il carattere di giuridicamente vincolante di uno standard lo renda di per sé garantito nella sua effettiva implementazione. In secondo luogo vi sono esempi di pronunce giudiziali che riconoscono il valore legale degli IFA.

Pertanto il loro valore legale deve essere valutato come perfettamente esistente in relazione :

- alla integrazione da parte delle imprese degli IFAs all'interno dei loro contratti collettivi di lavoro nonché nei contratti che le legano alle loro filiali e ai loro appaltatori (soprattutto quando le rappresentanze sindacali firmano l'IFA);
- al riconoscimento da parte delle corti degli IFAs come fonti del diritto, o in quanto incorporati dall'autonomia privata nei contratti di cui sopra, o in quanto norme consuetudinarie, corrispondenti agli usi aziendali<sup>168</sup>.

I fenomeni sopra citati possono quindi dare conto del fatto che l'IFA non è uno strumento debole, ma che, al contrario, si tratta di atti vincolanti sia dal più "lieve" punto di vista morale della responsabilità d'impresa, sia da quello più strettamente giuridico legato alla loro valenza di contratto aziendale di lavoro e alla applicazione giurisprudenziale dei principi in esso contenuti a titolo di atti di autonomia privatistica o di usi e consuetudini, quindi di fonti del diritto.

---

<sup>167</sup> Hepple B., *Enforcement: the law and the politics of cooperation and compliance*, in B.Hepple, *Social and labour rights in a global context: international and comparative perspective*, Cambridge University Press, 2002

<sup>168</sup> Papadakis K., *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: an emerging industrial relations framework?*, op.cit., pag 126

Basta poi che queste pratiche si consolidino affinché la loro vincolatività divenga di giorno in giorno maggiore, anche se risulta nondimeno auspicabile che venga comunque adottato un sistema internazionale idoneo a fornire una cornice legale a detti strumenti.

In conclusione è però possibile affermare che gli IFAs costituiscono una valida risposta alle questioni concernenti la protezione dei lavoratori coinvolti in processi di esternalizzazione soprattutto ove essa determini la creazione di reti trans-nazionali mediante trasferimenti d'azienda, distacchi di lavoratori, appalti e somministrazioni posti in essere a livello internazionale.

Essi permettono il diffondersi di standard omogenei di protezione, e di portare detti diritti in paesi ove detti diritti non sono ancora disciplinati o non sono ancora stati efficacemente attuati.

Si pensi per esempio a gruppi imprenditoriali che operano su vastissima scala, comprendendo paesi i cui standard di lavoro sono estremamente disomogenei.

L'IFA permette a tutti i lavoratori di una medesima multinazionale di essere titolari dei medesimi diritti. L'importanza di questo fatto è evidente: si pensi per esempio a multinazionali come Inditex (Spagna) o Ikea (Svezia) o Chiquita (USA)<sup>169</sup>, i cui impianti produttivi si trovano in paesi aventi legislazioni molto differenti da quelle dei paesi dove si trovano gli headquarters, paesi dove i sistemi di ispezione del lavoro e di risoluzione delle dispute sono organizzati in maniera molto diversa in quanto a efficienza e accesso rispetto ai paesi ove si trovano le sedi principali.

Si capisce quindi che lo strumento privatistico dell'IFA può giungere all'estensione dei diritti fondamentali del lavoro in paesi ove detti diritti sono difficilmente azionabili, se previsti.

---

<sup>169</sup> Papadakis K., *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: an emerging industrial relations framework?*, op.cit., pag. 271.

Il fatto dell'inglobamento nell'area applicativa degli IFA di sussidiarie e appaltatori rende l'operazione ancora più interessante, perché consente ad andare a risolvere questioni come l'esercizio della libertà sindacale o il principio di un salario dignitoso che sono tra i maggiori problemi che i fenomeni di esternalizzazione pongono.

## **6. Lo strumento della R 198/2006 OIL: soft law per diffondere standard giuridici minimi di protezione**

L'Organizzazione Internazionale del Lavoro svolge essenzialmente il ruolo di attore nello sviluppo di standard internazionali del lavoro (ILS), di supervisore e di controllore sulla loro applicazione.

Considerando l'OIL *come attore*, al di là dell'azione permanente di monitoraggio e denuncia, si possono vedere almeno tre profili sotto cui l'ILO svolge un ruolo proattivo: *moral suasion* e consulenza sui processi legislativi dei paesi, formazione di capitale umano, cooperazione con soggetti pubblici e privati per implementare specifiche iniziative e disegnare interventi di politica economica e commerciale<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> In tema di *moral suasion*, una succinta documentazione di casi-paese in cui l'esplicito intervento dell'ILO ha concorso (a partire dalla fine degli anni '70) a far adottare dai governi misure legislative e regolamentari positive in materia di diritti sindacali e di contrattazione collettiva, lavoro forzato, discriminazione e lavoro minorile è fornita da Eric Gravel e Chloé Charbonneau-Jobin<sup>170</sup>. In tema di libertà sindacali e diritti di azioni collettive, è stato fondamentale il ruolo del *Committee on Freedom of Association*, organo tripartito creato nel 1951 su iniziativa del *Governing Body* e operante in stretto collegamento con il CEACR ed il CAS. Da allora sono stati numerosi e spesso efficaci gli interventi dell'OIL su singoli governi per ottenere la scarcerazione di esponenti sindacali (famoso il caso di *Solidarnosc* in Polonia, ma anche simili episodi in Sud Corea, Indonesia, Costa d'Avorio), porre termine a processi arbitrari ed a violenze antisindacali, rimuovere divieti legislativi alla libertà di associazione sindacale, al diritto di sciopero e alla contrattazione collettiva.

In tema di formazione di capitale umano, è rilevante l'attività del Centro ILO di Torino, che da molti anni organizza corsi e programmi di assistenza tecnica per formare avvocati-giudici-funzionari pubblici-sindacalisti-docenti ed esperti di diritto del lavoro. Le attività formative del Centro includono il disegno di politiche attive del lavoro, mirate a programmi di *job search*, *recruiting*, *placement*, *job creation*. In molti casi l'esperienza formativa preso il Centro ha guidato e facilitato la predisposizione di norme e di codici del lavoro. Il terzo profilo (affiancamento a specifiche iniziative di governi, organizzazioni internazionali e soggetti privati) comprende l'area delle "sanzioni positive", ovvero l'offerta da parte dei paesi avanzati di

In particolare, l'attività normativa dell'OIL si concretizza nell'adozione di Dichiarazioni, Convenzioni e Raccomandazioni.

Le Convenzioni sono atti adottati dalla Conferenza Internazionale del lavoro e successivamente inviate alla ratifica dei paesi membri; in caso di mancata ratifica il paese deve periodicamente, su richiesta del Consiglio di Amministrazione OIL, spiegare gli ostacoli che si frappongono alla stessa.

Le Raccomandazioni invece sono atti normativi internazionali che comportano l'obbligo dei paesi membri a riferire periodicamente sul comportamento del proprio governo nel dare o no seguito alle Raccomandazioni stesse.

Convenzioni e Raccomandazioni spaziano su un ampio arco di materie attinenti alla giustizia sociale e incluse nel Preambolo della Costituzione dell'ILO, tra cui: salari e occupazione, disoccupazione, orario di lavoro, età minima, lavoro femminile, sicurezza, previdenza, istruzione professionale.

La funzione di supervisore dell'OIL comporta che i singoli paesi membri predispongano periodici rapporti, che vengono sottoposti all'esame del *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (CEACR), composto da 20 esperti con specifica qualificazione accademica o professionale nel campo del diritto del lavoro. Il CEACR si riunisce annualmente per circa tre settimane in novembre-dicembre

---

preferenze tariffarie/non tariffarie e aiuti finanziari subordinati all'impegno del paese beneficiario in tema di condizioni di lavoro. Un esempio interessante in tal senso è l'approccio della UE, per cui l'offerta di includere il paese terzo nel "Sistema delle Preferenze Generalizzate" (GSP+) è subordinata al rispetto dei CLS da parte del paese stesso, nonché a impegni del governo sulla salvaguardia ambientale e sulla lotta al narcotraffico<sup>170</sup>. Simili impegni sono contenuti negli accordi recenti di liberalizzazione commerciale bilaterale tra la UE e paesi ACP (Accordi di Cotonou), Sud Africa, Cile

Altri casi segnalabili sono il citato NAALC (North American Agreement on Labor Cooperation), l'accordo Canada-Cile, lo US-Cambodia Textile and Apparel Agreement, l'accordo di libero scambio US-Giordania. Alcuni di questi accordi, come il NAALC, fanno leva su un sistema misto di preferenze doganali e sanzioni pecuniarie (*fines*), queste ultime previste solo in casi di violazioni persistenti nel tempo in materia di lavoro minorile, salari minimi, condizioni di salute e sicurezza sul lavoro.

e produce il proprio rapporto contenente le conclusioni che vengono inviate al *Committee on the Application of Standards* (CAS), organo tripartito, in preparazione della Conferenza annuale di giugno dell'anno successivo.

Parallelamente a queste procedure di revisione periodica, a seguito di segnalazione (reclami, *complaints*) nei confronti di un paese presunto inadempiente su una o più Convenzioni da esso ratificate, il CdA può nominare una *Commission of Inquiry*. Questa predispose, previa apposita istruttoria, un rapporto che funge da base alla Raccomandazione che il CdA invia ai governi coinvolti. Entro tre mesi i governi stessi possono dichiararsi consenzienti con il contenuto della Raccomandazione, o in caso contrario adire alla Corte di Giustizia Internazionale, che esprime parere definitivo. Nel caso di paese che permane inadempiente, il CdA può portare la materia in sede di Conferenza generale e chiedere una pronuncia.

Delineato brevemente il sistema attraverso cui l'OIL agisce, si comprende come in effetti esso, che per la sua natura di forum tripartito governi-lavoratori-datori di lavoro sia privo di effettivi poteri negoziali e sanzionatori e svolga appunto un duplice ruolo di supervisore e di attore nei confronti delle sue componenti attraverso un intervento di natura diplomatica. Tuttavia, attraverso i suoi strumenti normativi obbligatori (le convenzioni), l'OIL riesce ad emanare atti che avranno efficacia vincolante una volta ratificati dagli stati membri. In secondo luogo, non va sottovalutato il meccanismo di controllo insito nelle raccomandazioni, che, come visto sopra, impongono allo stato membro di giustificare le ragioni in base alle quali non ha dato ottemperanza ai principi in esse contenuti.

Inoltre, l'adozione di una Raccomandazione ha molteplici altre funzioni, che verranno segnalate in relazione alla R198 qui di seguito, e non deve essere sottovalutata per l'assenza di un esplicito apparato sanzionatorio.

In questo studio si vuole infatti analizzare una particolare Raccomandazione, la 198/06 o R198<sup>171</sup>, che tratta della relazione di lavoro, e cui si è più volte fatto cenno in precedenza, al fine di verificare come la sua applicazione costituisca uno degli strumenti volti a tutelare la posizione dei lavoratori coinvolti nei processi di esternalizzazione.

Con l'adozione, nel giugno 2006, della Raccomandazione n. 198 sul rapporto di lavoro, in effetti, l'OIL ha concluso il proprio ultra-decennale impegno al riguardo proponendosi di *“contribuire a risolvere le questioni connesse alle situazioni di incertezza giuridica ..., concernenti la qualificazione del rapporto di lavoro, soprattutto alla luce della distinzione (e separazione) che esiste tra lavoro subordinato e autonomo”*<sup>172</sup>. Si era già avvertito che la preoccupazione dei legislatori nazionali, l'obiettivo primario *“dovrebbe essere quello di aggiornare e rendere più chiaro l'apparato normativo di riferimento, così da facilitare il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato e scoraggiare i tentativi di occultarlo”*<sup>173</sup>. Simile impostazione trova conferma nei contenuti della Raccomandazione, in particolare nella sottolineatura della necessità di combattere l'instaurarsi di rapporti di lavoro ambigui, tenendo ferma la linea di demarcazione fra lavoro subordinato ed altri rapporti riconducibili all'area del diritto civile e/o commerciale. L'orientamento assunto in sede OIL, in definitiva, appare chiaramente volto a (ri)stabilire la centralità del diritto del lavoro,

---

<sup>171</sup> ILO, *Recommendation concernign the employment relationship*, no. 198, 2006.

<sup>172</sup> Casale G., *La qualificazione del rapporto di lavoro nella raccomandazione n. 198/2006 dell'Organizzazione nazionale del lavoro*, Rivista italiana di diritto del lavoro, XXVI-3, Milano, 2007, pp. 135-143.

<sup>173</sup> Casale G., *La qualificazione del rapporto di lavoro nella raccomandazione n. 198/2006 dell'Organizzazione nazionale del lavoro*, op. cit..

ribadendo una netta opzione a favore del mantenimento, a livello politico ma con inevitabili ricadute di ordine giuridico e sistematico, della 'diversità' del diritto del lavoro rispetto alle altre discipline dell'area privatistica.

Appare evidente, secondo una parte della dottrina, che il pressante invito a chiarire, completare e determinare nella maniera più precisa possibile l'ambito di applicazione della legge è espressione di una cultura giuridica molto distante da quella riconoscibile sullo sfondo delle teorizzazioni del *continuum* o del *tertium genus*: va da sé che, secondo detta dottrina, la Raccomandazione va apprezzata nel suo significato essenziale, prescindendo, dunque, dall'elenco di criteri che vi si rintracciano ai fini della distinzione fra lavoro subordinato e autonomo, che risentono, come è consueto nelle normative di fonte OIL, degli apporti provenienti dai diversi ordinamenti giuridici nazionali (particolarmente variegati e frastagliati nel caso di specie)<sup>174</sup>. Esse, del resto, secondo la medesima teoria, non si sarebbero nemmeno tradotte in esiti normativi conseguenti neppure nell'ambito dei singoli sistemi giuridici nazionali, con particolare riguardo a quelli rispetto ai quali la comparazione risulta più significativa<sup>175</sup>.

La verità però appare essere un po' differente: in effetti, è vero che la prospettiva supportata dalla R198 propone una strutturazione del sistema lavoro fondata sul binomio autonomia (accollo del rischio, utilizzo dei mezzi propri, autodeterminazione) / subordinazione (etero-direzione, utilizzo dei mezzi forniti dal soggetto per cui si effettua la prestazione, assenza di rischio) il cui utilizzo come strumento interpretativo o giuridico ha trovato effettivo riconoscimento nei territori nazionali. Infatti, uno studio condotto sui paesi

---

<sup>174</sup> Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 65/2008.

<sup>175</sup> Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, op. cit.

dell'America Latina<sup>176</sup> dimostra l'impiego diretto degli strumenti (per esempio gli indici della subordinazione) previsti dalla R198, in quanto citati in modo diretto da sentenze dei tribunali supremi di paesi come il Costa Rica. Citazioni indirette si rinvengono inoltre nella giurisprudenza di Colombia, Perù, Brasile e Venezuela.

Ciò a testimoniare che l'idea di un doppio binario, autonomia-subordinazione, ancorché “antiquato”, non è del tutto peregrina: anzi, una “definizione definita” può essere la soluzione idonea a dirimere le controversie nascenti dai rapporti di lavoro “triangolari”, donando certezza a situazioni giuridiche ambigue.

Quanto, comunque, alla questione del *tertium genus* e alla sua difficile introduzione come specifica categoria, merita di essere ricordato in proposito che la discussione francese attorno all'opportunità di introdurre per via legislativa la categoria intermedia della *parasubordination* si è conclusa nel 2006 con la constatazione dell'impraticabilità della proposta, dal momento che la commissione ministeriale, che se n'è occupata, non s'è ritenuta “in grado di predeterminare con certezza limiti e confini della nozione di *travail parasubordonné*”<sup>177</sup>.

L'unica (apparente) eccezione potrebbe essere riconosciuta nella legge spagnola del luglio 2007 sullo “Statuto del lavoro autonomo” nell'ambito della quale si rintracciano anche fattispecie e disciplina della nuova figura del “trabajador autonomo economicamente dependiente”<sup>178</sup>. Eccezione apparente, peraltro, dal momento che la legge spagnola non sembra ispirata alla logica del

---

<sup>176</sup> H. Villasmil Prieto, A. C. Antonello, *La Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo (2006) desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo. La influencia del instrumento en la Jurisprudencia Latinoamericana del Trabajo: Balance y perspectivas*, 2010, Social Dialogue and Industrial Relations Department, ILO, Geneva (in corso di pubblicazione).

<sup>177</sup> Vettor T., *Tra autonomia e subordinazione. Problemi definitivi e tendenze regolative negli ordinamenti giuridici europei*, in Pallini M. (a cura di), *Il “lavoro a progetto” in Italia e in Europa*, Bologna, il Mulino, pp. 163-204, 2006.

<sup>178</sup> Cairos Barreto D., *Hacia una regulación del trabajo autonomo: comentarios al proyecto de Estatuto del Trabajador Autonomo*, « Revista de derecho social », X, 37, pp. 83- 104, 2007.

*tertium genus*, trattandosi piuttosto del primo esempio di regolazione sistematica e unitaria del lavoro autonomo nell'Unione europea<sup>179</sup>.

## **7. Struttura e contenuto della R198/06**

A seguito della presa d'atto dei modificati rapporti economici dovuti alla globalizzazione, l'OIL, mediante la raccomandazione 198/06, invita gli stati membri ad introdurre nelle proprie legislazioni delle disposizioni normative più precise ed adeguate alle concrete realtà produttive, i cui assetti risultano essere stati modificati soprattutto in relazione all'aumento esponenziale delle relazioni di lavoro esternalizzate.

La ragione dell'adozione di detto strumento va ricercata nella crescente esigenza sentita dall'OIL di creare strumenti protettivi specificamente volti a proteggere quei lavoratori che si trovano coinvolti in situazioni ove non vi è protezione legale, pur svolgendo essi una attività lavorativa subordinata.

Il riferimento della R198 va essenzialmente alle relazioni di lavoro mascherate, alle “zone grigie” tra autonomia e subordinazione, ai rapporti di lavoro “triangolari” e, in generale, a tutte quelle circostanze ove sussiste una lacuna di protezione giuridica, pur trattandosi di rapporti che si possono qualificare quali relazioni di lavoro dipendente. In altre parole, l'attenzione dell'OIL si è concentrata su quelle situazioni ove non è facile capire chi è il datore nel rapporto di lavoro, in quanto l'obiettivo era quello di risolvere le situazioni di incertezza giuridica relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro, soprattutto negli stati ove non esistessero degli specifici quadri normativi di riferimento.

In effetti poi, l'attenzione era richiamata anche dal fatto che proprio l'assenza di quadri giuridici certi era un elemento che incentivava il fenomeno delle pratiche

---

<sup>179</sup> La citazione è tratta dalla relazione illustrativa della Ley 11 julio 2007, n. 20

elusivo e del dumping sociale a danno dei lavoratori di paesi senza un valido regime protettivo.

La R198 è suddivisa in tre parti, introdotte da un preambolo e seguite da una parte finale.

Nella prima parte gli stati membri sono invitati a formulare e applicare normative idonee a garantire una protezione efficace per i soggetti che prestano la loro attività nell'ambito di una prestazione di lavoro, invitando altresì a coinvolgere le parti sociali in questo procedimento di adozione.

Le misure che la R198 si auspica vengano adottate riguardano (art. 4, R198) :

- fornire orientamenti sulla determinazione dell'esistenza della relazione di lavoro e sulla distinzione tra lavoratori autonomi e subordinati (*provide guidance for the parties concerned, in particular employers and workers, on effectively establishing the existence of an employment relationship and on the distinction between employed and self-employed workers*);
- combattere le relazioni ambigue e mascherate che finiscono per togliere tutele ai lavoratori (*combat disguised employment relationships in the context of, for example, other relationships that may include the use of other forms of contractual arrangements that hide the true legal status, noting that a disguised employment relationship occurs when the employer treats an individual as other than an employee in a manner that hides his or her true legal status as an employee, and that situations can arise where contractual arrangements have the effect of depriving workers of the protection they are due*);
- assicurare per tutti i lavoratori, anche quelli coinvolti in rapporti tra più parti, l'applicazione di standard protettivi dovuti (*ensure standards applicable to all*

*forms of contractual arrangements, including those involving multiple parties, so that employed workers have the protection they are due);*

- assicurare che detti standard applicabili a tutte le forme di lavoro contengano disposizioni idonee a indentificare chi è il responsabile dell'effettiva tutele prevista nella legislazione (*ensure that standards applicable to all forms of contractual arrangements establish who is responsible for the protection contained therein*);
- fornire effettivo accesso a meccanismi di risoluzione delle controversie relative alla esistenza ed ai termini della relazione di lavoro rapidi, gratuiti equi ed efficienti (*provide effective access of those concerned, in particular employers and workers, to appropriate, speedy, inexpensive, fair and efficient procedures and mechanisms for settling disputes regarding the existence and terms of an employment relationship*);
- assicurare l'adempimento effettivo delle leggi sul rapporto di lavoro (*ensure compliance with, and effective application of, laws and regulations concerning the employment relationship*); and
- fornire formazione adeguata a giudici, arbitri e operatori del diritto del lavoro che hanno a che fare con la risoluzione delle dispute e l'attuazione delle leggi nazionali sul lavoro (*provide for appropriate and adequate training in relevant international labour standards, comparative and case law for the judiciary, arbitrators, mediators, labour inspectors, and other persons responsible for dealing with the resolution of disputes and enforcement of national employment laws and standards*).

La seconda parte della R198 è molto importante perchè ha per oggetto i criteri per determinare l'esistenza della relazione di lavoro.

Si stabilisce anzitutto il principio di primazia della realtà: nel caso di dispute sull'esistenza o sulla portata di una relazione di lavoro, l'elemento dirimente tra autonomia e subordinazione deve risiedere nella realtà dei fatti, ovvero nel concreto realizzarsi delle relazione, e non nelle pattuizioni contrattuali che i contraenti avevano stipulato (art. 9, R198 - *“For the purposes of the national policy of protection for workers in an employment relationship, the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties.”*)

I fatti che debbono guidare la legislazione nazionale nel determinare quali sono i casi di esistenza della relazione di lavoro sono invero legati alla performance lavorativa e alla remunerazione, nonostante qualsiasi eventuale patto contrario. In secondo luogo, la R198 elenca quali siano gli strumenti che uno stato dovrebbe porre in essere al fine di facilitare la determinazione dell'esistenza di una relazione di lavoro: invero all'art. 11 della R198 si stabilisce che le politiche legislative nazionali dovrebbero:

- ammetter un ampio spettro di mezzi di prova al fine di determinare la sussistenza di una relazione di lavoro - principio di libertà della prova (*a. allowing a broad range of means for determining the existence of an employment relationship*);
- stabilire una presunzione legale di esistenza della relazione di lavoro quando uno o più indici sono presenti (*b. providing for a legal presumption that an employment relationship exists where one or more relevant indicators is present*) e

- determinare, a seguito di consultazioni con le parti sociali più rappresentative, quali siano quelle caratteristiche idonee a far ritenere un rapporto di lavoro di natura autonoma o subordinata (*c. determining, following prior consultations with the most representative organizations of employers and workers, that workers with certain characteristics, in general or in a particular sector, must be deemed to be either employed or self-employed*).

Gli indici della subordinazione sono elencati dall'art. 11 R198.

Per quanto attiene alla lettera a), si ha rapporto di lavoro subordinato quando il lavoro:

- venga eseguito in ottemperanza alle istruzioni o sotto il controllo di un diverso soggetto;
- implichi l'integrazione del lavoratore nell'organizzazione di un'impresa;
- sia posto in essere principalmente o esclusivamente a favore di un solo soggetto;
- sia eseguito personalmente dal lavoratore
- sia eseguito in orari e luoghi specifici, richiesti dalla parte che richiede il lavoro stesso
- abbia una durata o una continuità determinata
- richieda la disponibilità del lavoratore
- implichi la messa a disposizione di strumenti, materiali e macchinari del creditore di lavoro.

Oppure quando:

- vi è il pagamento periodico di una retribuzione
- detta remunerazione costituisce l'entrata principale del lavoratore
- siano previsti pagamenti in natura, come cibo, alloggio o trasporto
- siano riconosciuti riposo settimanale e ferie annuali

- vi sia il rimborso spese per i viaggi di lavoro intrapresi dal lavoratore
- non vi è rischio economico in capo al lavoratore<sup>180</sup>.

I criteri che la R198/06 fa propri provengono chiaramente dal precipitato della elaborazione giurisprudenziale dei paesi dell'Europa Occidentale e da quelli dell'America Latina.

Detti indici possono essere suddivisi in tre gruppi: i *criteri assolutamente prioritari in senso caratterizzante del vincolo di subordinazione* (assoggettamento al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro); i *parametri esterni al contenuto dell'obbligazione* (collaborazione, inserimento, continuità), in grado di sostituire l'indice principale o di compensarne l'attenuazione; i *criteri residuali* (vincolo di orario, forma della retribuzione, incidenza del rischio, oggetto della prestazione), capaci di rafforzare i precedenti ma non di sostituirli<sup>181</sup>.

Ove nell'utilizzo di uno o più dei criteri riferiti sorgano controversie tra le parti sull'interpretazione e l'applicazione dei medesimi, gli articoli 14 e 15 della Raccomandazione prevedono che la risoluzione di tali controversie sia affidata ai giudici del lavoro o ad altri organi giurisdizionali, o che esse possano essere

---

<sup>180</sup> Art. 13, R.198/2006 ILO:

Members should consider the possibility of defining in their laws and regulations, or by other means, specific indicators of the existence of an employment relationship. Those indicators might include:

(a) the fact that the work: is carried out according to the instructions and under the control of another party; involves the integration of the worker in the organization of the enterprise; is performed solely or mainly for the benefit of another person; must be carried out personally by the worker; is carried out within specific working hours or at a workplace specified or agreed by the party requesting the work; is of a particular duration and has a certain continuity; requires the worker's availability; or involves the provision of tools, materials and machinery by the party requesting the work;

(b) periodic payment of remuneration to the worker; the fact that such remuneration constitutes the worker's sole or principal source of income; provision of payment in kind, such as food, lodging or transport; recognition of entitlements such as weekly rest and annual holidays; payment by the party requesting the work for travel undertaken by the worker in order to carry out the work; or absence of financial risk for the worker.

<sup>181</sup> G. Casale, *La qualificazione del rapporto di lavoro nella raccomandazione n. 198/2006 dell'Organizzazione nazionale del lavoro*, op. cit., pag. 141.

rimesse a procedure arbitrali, alle quali abbiano libero accesso i lavoratori e i datori di lavoro.

## **8. Profili di utilità della R198/06**

I principi sopra riportati, come quello della primazia della realtà, della libertà della prova, della sussistenza di una relazione di lavoro quando uno o più indici della subordinazione, così come gli indizi stessi, sono stati studiati dalla dottrina giuslavoristica sin dall'inizio del XX secolo e sono altresì presenti nelle legislazioni di molti stati europei e latino americani sin dai primi anni del '900.

Per esempio, per quanto attiene l'ambito spagnolo, la Ley del Contrato de Trabajo del 21 de noviembre de 1931, dispose all'art. 3 che *“El contrato, se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta...”*.

Il Codice del Lavoro Messicano del 1931 già prevedeva la presunzione di esistenza della relazione di lavoro tra colui che offre e colui che riceve una prestazione di lavoro, così come l'inversione dell'onere della prova a favore del lavoratore. Il codice del lavoro del Costa Rica (1943), da parte sua, sanzionò che : *“(...) Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe”* (Art. 18).<sup>182</sup>

Questo per dire che non c'è nulla di nuovo nei principi sanciti dalla R198: essi esistevano già da tempo in molte legislazioni, e venivano coerentemente applicate dalla giurisprudenza.

---

<sup>182</sup> Per una elenco delle normative i cui principi sono stati ripresi dalla R198 si veda H. Villasmil Prieto, A.C. Antonello, *La Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo (2006) desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo. La influencia del instrumento en la Jurisprudencia Latinoamericana del Trabajo: Balance y perspectivas, op. cit.*

Pertanto, è doveroso chiedersi quale sia la portata innovativa, il quid pluris della R198, soprattutto con riferimento alle questioni sollevate dalle esternalizzazioni.

Un primo risultato è sicuramente quello di aver codificato all'interno di un atto normativo internazionale principi risalenti, che si adattano tuttavia perfettamente alla mutata realtà economica odierna, differente rispetto a quella della prima metà del '900.

Oggigiorno, infatti, i problemi posti dalla esternalizzazione consistenti nella frammentazione della figura datoriale e nella incertezza della spettanza delle obbligazioni del datore di lavoro sono di estrema attualità, ragion per cui appaiono di estrema importanza tutti gli atti normativi volti a portare chiarezza all'interno di relazioni triangolari complesse.

Per tale ragione, quindi, la R198 ha una portata fondamentale in quanto il suo ruolo è quello di ribadire e diffondere, sia negli stati membri OIL che già li prevedevano sia dove non sono ancora stati codificati, gli strumenti per verificare la sussistenza di una relazione di lavoro e conferire al lavoratore le tutele proprie di questo status.

In secondo luogo la R198 prevede un sistema di controllo sull'implementazione dei suoi principi. Per sostenere l'applicazione e la promozione della Raccomandazione n 198, la Conferenza internazionale del lavoro ha infatti approvato una Risoluzione sul rapporto di lavoro, con la quale è stato dato mandato all'Ufficio Internazionale del Lavoro di proseguire nel lavoro comparato già intrapreso negli anni passati, di analizzare i mutamenti in corso nel mondo del lavoro e, soprattutto, di continuare a monitorare i cambiamenti legislativi negli Stati membri per quel che concerne la determinazione del rapporto di lavoro.

A tale riguardo, il Consiglio di Amministrazione dell'OIL (nella sessione del novembre 2006) ha incaricato il Direttore Generale di mettere in atto una serie di misure utili a garantire un più efficace scambio di informazioni a livello internazionale, e di accompagnare i propri costituenti nella migliore comprensione della problematica in questione. Allo stesso tempo l'OIL si impegna ad assistere gli Stati membri, laddove necessario, a mettere in pratica una legislazione rispettosa dei diritti e dei doveri nascenti da un contratto di lavoro subordinato.

In tale quadro, l'OIL si impegna a creare un sistema di monitoraggio internazionale attraverso il quale gli Stati membri possano prendere conoscenza delle buone pratiche in materia di determinazione del rapporto di lavoro. In particolare, l'OIL dovrà fornire assistenza tecnica agli Stati che ne facciano richiesta, o aiutare i medesimi a creare meccanismi di monitoraggio del mercato del lavoro e a mettere in opera i dispositivi di applicazione della legislazione previsti dalla Raccomandazione.

L'OIL, inoltre, si impegna a mantenere aggiornata l'informazione e a provvedere alla preparazione di studi comparati sul rapporto di lavoro, nonché ad avviare studi nazionali riguardanti i sistemi legali degli Stati membri, al fine di poter meglio tenere sotto controllo i mutamenti legislativi concernenti il rapporto di lavoro.

Va infine ricordato che lo strumento della Raccomandazione, benché si tratti di "soft law" e, dunque, di atto non avente forza vincolante, impone ciò nondimeno che gli stati membri OIL debbano presentare relazioni relative alla implementazione dei diritti ivi previsti e debbano altresì giustificare l'eventuale mancata adozione degli stessi.

Pertanto attraverso questo strumento gli stati membri sono sottoposti ad un controllo sul rispetto dei principi che consentono

- di identificare la figura del datore di lavoro,
- di reprimere le forme fraudolente di utilizzo della manodopera
- di tutelare conseguentemente i diritti dei lavoratori coinvolti in relazioni triangolari di lavoro.

Lo scopo di queste azioni è chiaramente quello di estendere a maggior numero possibile di individui che ne hanno effettivamente titolo i diritti dei lavoratori subordinati e di fare chiarezza in eventuali situazioni fattuali torbide, ove facilmente possono instaurarsi episodi fraudolenti.



## BIBLIOGRAFIA

1. A.A.V.V., *Cessione, conferimento, affitto e donazione d'azienda*, IPSOA – Eutekne, 2007.
2. Ameglio E., “*Vicisitudes del proyecto de convenio internacional sobre trabajo en regimen de subcontratacion*”, in “*Cuarenta y dos estudios sobre la descentralizacion empresarial y el derecho del trabajo*”, Opera colectiva del Grupo de los Miercoles, Primera Edicion, Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005.
3. Auletta G., *Azienda nel diritto commerciale*, Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1996, p. 4.
4. Autor, *Outsourcing at will: il contributo del preimpcipio della giustificazione del licenziamento all'incremento del ricorso all'esternalizzazione della manodopera*, Riv. it. dir. Lav. 2004, 4, 459.
5. Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, paper per il XVI Congresso nazionale di Diritto del Lavoro A.I.D.L.A.S.S. “*La figura del datore di lavoro. Articolazione e trasformazioni*”, Catania 21 - 23 maggio 2009
6. Barney J.B., *Firm Resources and Sustained Competitive Advantage*, Journal of Management 17(1), pagg. 99–120, 1991.
7. Barrocci F., *Economia globale e sviluppo locale. Per una dialettica della modernità avanzata*, Pisa, 1998.
8. Bellavista A., *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. Plavia ( a cura di ), *La competizione tra ordinamenti giuridici . Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2007, 78.
9. Bhagwati J.N., *In Defense of Globalization*, CFR Book, Oxford University Press, July 2007.
10. Bolanos Céspedes, *Una vision diacronica y esquematica del caso costarricense*, in Estudios Nacionales 2001 sobre la Relacion de Trabajo, in O. Ermida Uriate, N. Colotuzzo, *Descentralizacion, tercerizacion, subcontratacion*, Oficina Internacional Del Trabajo, Lima, 2009, cit., pag 41.
11. Brollo M., *La mobilità interna del lavoratore, Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103*, in *Il codice civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco D. Busnelli*, Milano 1997, pag. 467;
12. Buonocore V., *Il “nuovo” testo dell’art. 2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo d’azienda*, in GC., 2003, II, p. 313 ss.
13. Caiafa A., Cosio R., *Diritto europeo: crisi d’impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, pag. 33.
14. Cairos Barreto D., *Hacia una regulacion del trabajo autonomo: comentarios al proyecto de Estatuto del Trabajador Autonomo*, « Revista de derecho social », X, 37, pp. 83- 104, 2007.
15. Campobasso G., *Diritto commerciale. Diritto dell’impresa*, p. 144.
16. Caroppoli M., nota a Cassazione 8 giugno 2005, n. 11952, in Dir. giust., 2005, n. 31, pag. 22, *Distacco e legge Biagi: ecco cosa cambia. Intermediazione di manodopera, guida agli incroci a rischio*.
17. Casale G., *La Qualificazione del Rapporto Di Lavoro Nella Raccomandazione N. 198/2006 Dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro*,

Rivista Italiana Di Diritto del Lavoro, Anno XXVI Fasc. 3-2007, Milano, Giuffrè Editore, p. 138.

18. Castillo G., Orsatti A., *Enfoques sindicales sobre la contratación y subcontratación laboral en América Latina y Caribe*, 2008, pag. 13-14.

19. Cester C., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in LG, 2001, p. 505 ss.

20. Christensen C.M. e Bower J.L., *Customer Power, Strategic Investment, and the Failure of Leading Firms*, Strategic Management Journal 17(3), pagg. 197-218, 1996;

21. Coase R., *Impresa, mercato e diritto*, ed. Il mulino, 1995.

22. Coase R., *La natura dell'impresa - Il problema del costo sociale*, ed. Asterios, 2001.

23. Coase R., *La teoria dell'Impresa*, 1937.

24. Colombo G.E., *Il trasferimento dell'azienda ed il passaggio dei debiti e dei crediti*, 1972 e ss.;

25. Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, 22.11.2006, LIBRO VERDE Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo, disponibile all'indirizzo [www.europarl.europa.eu/.../com\\_com\(2006\)0708\\_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/.../com_com(2006)0708_it.pdf)

26. Cosio, nota a Corte di Giustizia CE, 12 ottobre 2004, C 55-02, in Foro Italiano, 2004, IV, 6060,

27. Daugareilh I., *Les accords cadres internationaux: une réponse européenne à la mondialisation de l'économie?*, in M. Descolonges, B. Saincy, *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, Paris, La Découverte, 2006.

28. De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, Rivista Italiana di diritto del lavoro, I, 2007.

29. De Luca Tamajo R., *Strumenti del decentramento produttivo*, RIDL, 2007, I.

30. Del Punta R., *Appalto di manodopera e subordinazione*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 1995, pag. 646.

31. Dell'Olio M., voce *Lavoro a domicilio*, in Nov.mo Dig. it. (Appendice), Torino 1983, pag. 724-725.

32. Dockès E., *Le pouvoir dans les rapports de travail - Essor juridique d'une nuisance économique*, Droit Social 6: 621-8, 2004.

33. Doumbia-Nenri, E. Gravel, *Free trade agreements and labour rights: recent developments*, cit., p. 190.

34. Ermida Uriarte O., N. Colotuzzo, "Descentralización, tercerización, subcontratación", Lima OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 111 e ss.

35. Ermida Uriarte O., *Responsabilidad social de la empresa: entre la mercadotecnia y el Derecho*, en Revista de Derecho Laboral, tomo L, n° 226, Montevideo, 2007, pag. 303.

36. Ermida Uriarte O., *Las relaciones de trabajo en América Latina*, OIT, Crítica y Comunicación n°2, Lima, 1991, pagg. 11-12 e 17-18; A. Bronstein, *Elementos para un diagnóstico de las relaciones de trabajo en Centroamérica*, disponibile all'indirizzo web dell'ufficio OIT del Costa Rica, [www.oit.org.cr/oit/papers/estudio2](http://www.oit.org.cr/oit/papers/estudio2) pag. 9.

37. Feenstra J., [Integration of trade and disintegration of production in the global economy](http://www.oit.org.cr/oit/papers/estudio2), The Journal of Economic Perspectives, 1998;

38. Ferrarese M.R., *Globalizzazione e nuovi percorsi delle istituzioni*, in S. Scarponi (a cura), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Milano, 2001, 26,

39. Ferrari F., *Azienda (diritto privato)*, Enciclopedia del Diritto, IV, Giuffrè, Milano, 1959.
40. Flaminia R., *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro*, in AAVV, "Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo: legge e contratto collettivo", Roma, 1992;
41. Flaminia R., sub Art. 35, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, Tomo II, Milano 1975, pag. 1163
42. Frazier G.L., *The Interfirm Power-influence Process within a Market Channel*, in J.N. Sheth (ed.) *Research in Marketing*, pp. 63–91. Greenwich, CT, JAI Press, 1984;
43. Galgano F., *Diritto civile e commerciale. L'impresa e la società*, p. 80.
44. Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005;
45. Gambacciani M., *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d. lgs. n. 276 del 2003*, in Arg. dir. lav., pag. 213.
46. Ghidini G., *Disciplina giuridica dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 156;
47. Gordon K., Miyake M., *Deciphering Codes of Corporate Conduct: A Review of Their Contents*, Working Paper on International Investment 99/2 (Paris: Organization for Economic Cooperation and Development -OECD-, March 2000).
48. Grandi M., *Trasferimento d'azienda (dir. lav.) in Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1995;
49. Gravel E., C. Charbonneau-Jobin, *The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Its dynamic and impact*, ILO, Geneva, 2003.
50. Gravel E., I. Duplessis, B. Gernigon, *The Committee on Freedom of Association: its impact over 50 years*, ILO, Geneva, 2001.
51. Groshen E. e Otterman S., *Trade: outsourcing jobs*, 2004, disponibile al sito del Council of Foreign Relations: <http://www.cfr.org/publication/7749/#p9>.
52. Havard C., Rorive B., Sobczak A., *Client, Employer and Employee: Mapping a Complex Triangulation*, European Journal of Industrial Relations, Vol. 15, No. 3, pagg. 257-276, 2009.
53. Hepple B., *Enforcement: the law and the politics of cooperation and compliance*, in B.Hepple, *Social and labour rights in a global context: international and comparative perspective*, Cambridge University Press, 2002
54. ILO, "The scope of the employment relationship, Report V to the International Labour Conference", 91st session, 2003, International Labour Office, Geneva, pag. 47.
55. ILO, *The employment relationship, Trends and problems in regulation: A comparative analysis, Report V to the International Labour Conference*, cit., pag 46.
56. ILO: *A Fair Globalization: Creating opportunities for all*, Report of the World Commission on the Social Dimension of Globalization, Geneva, 2004, p. 143
57. Jeammaud A., *La "mondializzazione": banco di prova per il diritto del lavoro*, in S. scarponi (a cura di) *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, cit., 60 ss
58. Kelsen H., cit. Platone, "Lineamenti di dottrina pura del diritto", Einaudi 2000.
59. Klein B., Crawford R.G., e Alchian A.A, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, Journal of Law and Economics 21, pagg. 297–326, 1978;
60. Korczynski M., *Back-Office Service Work: Bureaucracy Challenged?*, Work, Employment & Society 18(1), 97-114, 2004.

61. Lambertucci R., *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, ADL, 1997, 4, p. 134;
62. Lassandari A., *La tutela collettiva utilità della competizione economica globale*, RGL, 2005, 263 ss.
63. Lazzari, nota a Corte di Cassazione 21 maggio 1992, n° 5104, in Riv. It. Dir. Lav., 1999, II, 206.
64. Lettieri A., *Regole della globalizzazione e deregolazione del lavoro*, in S. scarponi ( a cura di ), *Globalizzazione e diritto del lavoro*,
65. Marazza M., *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione, tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in Dir. lav., 2003, pag. 452;
66. Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, p. 51, 2002.
67. Martin W. e Maskus K.E., *Core labor standards and competitiveness: implications for global trade policy*, Review of International Economics, Blackwell Publishing, vol. 9(2), 2001.
68. Maupain F., *Globalization and labor standards*, Encyclopedia of Globalization, MTM Publisher, 2005.
69. Minervini A., *Impresa cooperative e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 1994, p.6;
70. Monaco M. P., *Il distacco del lavoratore*, in AA. VV., Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 coordinato da Franco Carinci, Milano 2004,, pag. 220.
71. Nadalet A., *Imprese trasnazionali e diritto del lavoro*, LD, 2005, 432 ss.
72. O'Higgins, *Il lavoro non è una merce. Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in GDLRI, 1996, p. 295.
73. Onida F., *Globalizzazione, standard sociali e del lavoro e ruolo dell'ILO*, in Scritti per il gruppo di Astrid su "Il governo della globalizzazione".
74. Panizza R, *Luci ed ombre della Globalizzazione*, CI, 2005, 213.
75. Papadakis K. (a cura di ), *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: an emerging industrial relations framework?* ILO, Geneva 2008.
76. Pedrazzoli M., *Isituti a ratio comunitaria e attività dell'interprete: l'esempio del trasferimento di azienda*, in AAVV, "Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo: legge e contratto collettivo", Roma, 1992;
77. Pelissero, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno. L'individuazione della fattispecie*, in Riv. Giur. Lav., 1999, 4, pag. 816.
78. Pera e Papaleoni, *Diritto del lavoro*, 2003, casa editrice Dott. Atonia Dilani, p. 355 e ss.
79. Perone G., *Liberalizzazione del commercio e diritto del lavoro: riflessioni su una relazione in tema*, MGL, 2007, 114, spec. 117.
80. Perulli A., *Modificazioni dell'impresa e rapporti di lavoro: spunti per una riflessione*, in A. Lyon- Caen e A. Perulli (a cura di ), *Trasformazioni dell'impresa e rapporti di lavoro, Atti del seminario dottrinale internazionale*, Venezia, 17- 21 giugno 2002, Padova, 2004, 2 ss.
81. Perulli A., *Problemi del decentramento produttivo*, RIDL, 2007, I.
82. Perulli A., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione* , ADL, 2003, p. 473
83. Pettiti V., *Il trasferimento volontario di azienda*, p. 1970, p.132;
84. Pfeffer J, e Salancik C., *The External Control of Organizations:A Resource Dependence Perspective*. New York: Harper & Row, 1978.
85. Pianta M., *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Roma, 2001, 11,

86. Piccinini O., *Le vie di uscita dalla precarizzazione*, Il lavoro nella giurisprudenza, 12/2006.
87. Piccioli S., *La nuova nozione di ramo d'azienda*, Diritto delle Relazioni Industriali, Numero 2/XV – 2005. Giuffrè Editore, Milano.
88. Putignano V., *Il distacco dei lavoratori*.
89. Quinlan M., *The Effects of Outsourcing on Occupational Health and Safety: A Comparative Study of Factory-Based Workers and Outworkers in the Australian Clothing Industry*, International journal of health services, 1999 – Baywood.
90. Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 65/2008.
91. Romei R., *Cessione di ramo di azienda ed appalto*, Giuffrè 2004, p.33
92. Rulloni E., *Economia globale e post- fordismo*, IF – Rivista della Fondazione IBM Italia, 1998, Milano.
93. Russo M., *Mercato del lavoro e modelli organizzativi nella fornitura di lavoro temporaneo*, Dir. Rel. Ind., 2/2000, 241.
94. Rymkevich O., Senatori I. (a cura di) *Lavoro decente e produttività nel mercato globale*, newsletter 4/2008 ADAPT.
95. Sanguinetti Raymond W., *Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo*, Revista de Actualidad Laboral, disponibile a: [www.revista-actualidadlaboral.com/miscelanea/not\\_curso.htm](http://www.revista-actualidadlaboral.com/miscelanea/not_curso.htm), pag. 11.
96. Santoro Passarelli G., Foglia, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 1996, pag. 7.
97. Santoro Passarelli G., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed. Novene, Napoli, 1966, p. 57.
98. Santoro Passarelli G., *Il trasferimento dell'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., XV, *Impresa e lavoro*, 1, Utet, Torino, 1980, p. 600;
99. Sbrocca A., nota a Cassazione 3 dicembre 1986, n. 7161, in *Mass. giur. lav.*, 1987, pag. 344, *Comando o distacco del lavoratore e divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*.
100. Scarpelli U., *Cessazione di appalti e licenziamenti collettivi*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2001, 2063.
101. Scarpelli U., *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, DRI, 1999,
102. Sennet R., *L'uomo flessibile*, Feltrinelli.
103. Singh N. , *International labor standards: from theory to policy*, Department of Economics, University of California, Santa Cruz, December, 2003
104. Sobczak A., *Les syndicats français face à la responsabilité sociale des entreprises: quels enjeux et quelles strategies?*, Montreal, 2006.
105. Speziale V., *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, 2, p. 295
106. Stiglitz J. E., *Making globalization work*, Norton&Company, New York, 2006, pp. 8 e 21.
107. Supiot A., *Déreglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, in *Droit Social*, 1989, pag. 195-206.
108. Suppiej G. *Lezione sulle nuove tipologie contrattuali e la precarietà*, Scuola Forense dell'Ordine degli Avvocati di Vicenza, anno 2006, consultabile su [www.unionetrivenetaavvocati.it](http://www.unionetrivenetaavvocati.it) .
109. Testa E., *Regole anti-dumping sociale nella contrattazione collettiva del mercato globale*, DL, 2003, 839, spec. 842 ss;
110. Tinti, *La nozione di trasferimento d'azienda ed il nuovo art. 2112 c.c.*, NCLL, 1002, 647

111. Tiraboschi M., *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio: un processo di liberalizzazione?*, Riv. it. dir. Lav. 2006, 4, 477.
112. Tommasini L., *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, p. 144.
113. Tursi A., *Responsabilità sociale, etica d'impresa e diritto del lavoro*, LD, 2007, p. 79.
114. Tussino G., *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, in MDL, 2006.
115. Vallebona A., *L'unità produttiva*, in Riv. it. dir. lav., 1979, I, pag. 276
116. Venturini G., *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2004, 48 e 49
117. Vettor T., *Tra autonomia e subordinazione. Problemi definitori e tendenze regolative negli ordinamenti giuridici europei*, in Pallini M. (a cura di), *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa*, Bologna, il Mulino, pp. 163-204, 2006.
118. Villani, *Trasferimento d'azienda*, in Gig. Disc. Priv., sez. comm., Agg., Utet, Torino, 2000, p.784
119. Villasmil Prieto H., A. C. Antonello, *La Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo (2006) desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo. La influencia del instrumento en la Jurisprudencia Latinoamericana del Trabajo: Balance y perspectivas*, 2010, Social Dialogue and Industrial Relations Department, ILO, Geneva (in corso di pubblicazione).
120. Zambelli A., nota a Corte di Giustizia CE, 11 giugno 2009, C561/07, in *Guida al Lavoro* n. 27/2009, in Boll. Adapt, 2009, n. 2, [www.fmb.unimore.it](http://www.fmb.unimore.it).
121. Zangari, G., Introduzione. Titolo VI. Disposizioni finali e penali, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, tomo II, Milano 1975, pag. 1135.



# Università Ca' Foscari Venezia

## DEPOSITO ELETTRONICO DELLA TESI DI DOTTORATO DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DELL'ATTO DI NOTORIETA' (Art. 47 D.P.R. 445 del 28/12/2000 e relative modifiche)

Io sottoscritta Anna Chiara Antonello.....  
nata a Vicenza..... (prov. VI ) il 02/11/1980.....  
residente a Vicenza..... in Via Gioberti..... n. 4...  
Matricola (se posseduta) 955521.....  
Autore della tesi di dottorato dal titolo: **Processi di Esternalizzazione e tutela del  
lavoratore subordinato**  
.....  
Dottorato di ricerca in  
**Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro**  
.....  
(in cotutela con .....)  
Ciclo .....23.....  
Anno di conseguimento del titolo 2011.....

### DICHIARO

di essere a conoscenza:

- 1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decado fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni;
- 2) dell'obbligo per l'Università di provvedere, per via telematica, al deposito di legge delle tesi di dottorato presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e di Firenze al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi;
- 3) che l'Università si riserva i diritti di riproduzione per scopi didattici, con citazione della fonte;
- 4) del fatto che il testo integrale della tesi di dottorato di cui alla presente dichiarazione viene archiviato e reso consultabile via internet attraverso l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari, oltre che attraverso i cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze;
- 5) del fatto che, ai sensi e per gli effetti di cui al D.Lgs. n. 196/2003, i dati personali raccolti saranno trattati, anche con strumenti informatici, esclusivamente nell'ambito del procedimento per il quale la presentazione viene resa;
- 6) del fatto che la copia della tesi in formato elettronico depositato nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto è del tutto corrispondente alla tesi in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, consegnata presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo, e che di

conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;

7) del fatto che la copia consegnata in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, depositata nell'Archivio di Ateneo, è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie;

Data \_\_\_\_\_ Firma \_\_\_\_\_

## Autorizzo

- l'Università a riprodurre ai fini dell'immissione in rete e a comunicare al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto il testo integrale della tesi depositata;

- l'Università a consentire:

- la riproduzione a fini personali e di ricerca, escludendo ogni utilizzo di carattere commerciale;

- la citazione purché completa di tutti i dati bibliografici (nome e cognome dell'autore, titolo della tesi, relatore e correlatore, l'università, l'anno accademico e il numero delle pagine citate).

## DICHIARO

1) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale da me realizzata e non infrange in alcun modo il diritto d'autore né gli obblighi connessi alla salvaguardia di diritti morali od economici di altri autori o di altri aventi diritto, sia per testi, immagini, foto, tabelle, o altre parti di cui la tesi è composta, né compromette in alcun modo i diritti di terzi relativi alla sicurezza dei dati personali;

2) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati, non è oggetto di eventuali registrazione di tipo brevettuale o di tutela;

3) che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura civile, amministrativa o penale e sarà tenuta indenne a qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi.

A tal fine:

- dichiaro di aver autoarchiviato la copia integrale della tesi in formato elettronico nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari;

- consegno la copia integrale della tesi in formato cartaceo presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo.

Data \_\_\_\_\_ Firma \_\_\_\_\_

La presente dichiarazione è sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto, ovvero sottoscritta e inviata, unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del dichiarante, all'ufficio competente via fax, ovvero tramite un incaricato, oppure a mezzo posta

Firma del dipendente addetto .....

Mod. TD-Lib-09-a

## **Estratto per riassunto della tesi di dottorato**

Studente: Anna Chiara Antonello \_\_\_\_\_ matricola: 955521 \_\_\_\_\_

Dottorato: Diritto Europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro \_\_\_\_\_

Ciclo: 23 \_\_\_\_\_

Titolo della tesi : Processi di esternalizzazione e tutela del lavoratore subordinato \_\_\_\_\_

### **Abstract:**

L'oggetto di questo lavoro è rappresentato dall'analisi dei cosiddetti fenomeni di esternalizzazione e dalla incidenza di questi sulla relazione di lavoro. Il citato fenomeno consiste essenzialmente nella scomposizione dell'impresa medio - grande che passa da una struttura a "catena" tipica del modello taylorista- fordista, ad una struttura a "rete". Saranno prese in considerazione le teorie economiche e giuridiche che hanno spiegato le origini e le ragioni del massiccio utilizzo di dette tipologie organizzative, nonché i contratti che permettono di realizzarle, segnatamente appalto, distacco, lavoro tramite agenzia e trasferimento d'azienda. Scopo dell'analisi è studiare in che modo la relazione di lavoro si viene a modificare e quali sono le conseguenze sul piano della tutela della posizione del contraente debole, il lavoratore. In ultima istanza vengono analizzati gli International Framework Agreements e l'incidenza dalla Raccomandazione OIL n 198/2006 intesi quali strumenti contrattuali e normativi volti alla gestione dei rapporti di lavoro trilaterali.

English version:

The object of this paper is the analysis of so-called phenomenon of outsourcing and its impact on the employment relationship.

Under this definition are confined all the legal and economic structures, in particular contracting, agency work, posting of workers and transfer of undertaking, which are the effect of the emergence of new technologies and the need to adapt to the imperatives of economics and global competition.

The aforementioned processes are essentially the breakdown of the medium - large industry, that passes from a "chain" structure, typical of Taylorist-Fordist model, to a "network" structure. We will take into account the economic and legal theories that explain the origins and reasons for the massive use of these organizational types. The purpose of the analysis is to study how the working relationship has been modified and what are the consequences of outsourcing processes on the protection of the weaker party, the worker. Ultimately we shall analyze the International Framework Agreements and the incidence of ILO Recommendation No. 198/2006 construed as contractual and regulatory instruments aimed at the management of trilateral labor relationships.

