



Università degli Studi di Bergamo

Scuola di Dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro

– Ciclo XXVI –

LA TUTELA DEI LAVORATORI NELLE ESTERNALIZZAZIONI

Candidato:

Gabriele Gamberini

Tutor scientifico:

Dott.ssa Flavia Pasquini

Coordinatore di indirizzo del Dottorato:

Chiar.mo Prof. Michele Tiraboschi

Direttore della Scuola di Dottorato:

Chiar.mo Prof. Giuseppe Bertagna

Anno Accademico 2013/2014

Indice

La tutela dei lavoratori nelle esternalizzazioni

Literature review pag. 04

Prefazione pag. 05

Capitolo I pag. 13

Capitolo II pag. 19

Conclusioni pag. 26

Prefazione pag. 44

Quadro generale della disciplina italiana a protezione dei lavoratori impiegati nei contratti di appalto e di somministrazione di lavoro. pag. 44

Capitolo I

Tutela del credito retributivo e contributivo dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione diversi dal contratto di appalto, con particolare riferimento ai contratti nel settore dei trasporti ed alla subfornitura industriale.

pag. 55

1. Introduzione. pag. 55

2. Le esternalizzazioni nel settore dei trasporti. pag. 56

2.1. Il contratto di trasporto. pag. 57

2.2. L'appalto di servizi di trasporto. pag. 60

2.3. Il contratto di logistica. pag. 64

2.4. Il contratto di spedizione. pag. 66

2.5. Il contratto di appalto ed il contratto di trasporto: differenze ed analogie di due fattispecie. pag. 67

3. La subfornitura industriale. pag. 72

3.1. La subfornitura ed alcuni contratti tipici. pag. 75

3.2. L'applicabilità della disciplina del contratto di appalto. pag. 78

3.3. L'applicabilità delle norme a protezione dei lavoratori. pag. 81

3.4. La differenziazione dalla somministrazione di lavoro. pag. 83

Capitolo II

Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione: un'analisi comparata tra *common law* e *civil law*.

pag. 88

1. Il modello di Robens. pag. 88

1.1.	L'Health and Safety at Work Act del Regno Unito.	pag. 90
1.2.	Il Work Health and Safety Act australiano.	pag. 91
1.3.	La Direttiva 89/391/CEE.	pag. 93
1.4.	La disciplina italiana in materia di salute e sicurezza: il decreto legislativo n. 81/2008.	pag. 94
1.4.1.	La tutela dei lavoratori somministrati, distaccati ed operanti nell'ambito di un contratto di appalto.	pag. 96
1.4.2.	La tutela dei lavoratori impiegati in forme di esternalizzazione diverse dal contratto di appalto.	pag. 98
1.4.3.	Il caso della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico.	pag. 100
2.	La disciplina italiana per le attività negli ambienti sospetti di inquinamento o confinati.	pag. 108
2.1.	Gli obiettivi perseguiti.	pag. 111
2.2.	Gli strumenti approntati.	pag. 113
2.3.	I modelli di regolazione: <i>self-regulation</i> ed <i>enforced self regulation</i> .	pag. 116
2.4.	Il sistema di <i>enforcement</i> .	pag. 118
2.5.	Il modello normativo spiegato attraverso l'uso della Teoria dei giochi.	pag. 121

Conclusioni

Verso un nuovo modello di protezione dei lavoratori impiegati nelle filiere contrattuali.

pag. 124

1.	La protezione dei lavoratori nelle filiere contrattuali: le fonti comunitarie.	pag. 124
2.	I principi di Tort Law come base concettuale per determinare un modello di attribuzione della responsabilità nei rapporti tra imprese all'interno di una filiera contrattuale.	pag. 129
3.	La certificazione dei contratti come strumento di <i>enforced self-regulation</i> per la tutela dei lavoratori nelle esternalizzazioni.	pag. 140

Appendice

pag. 143

1.	Distinzione tra contratto di appalto e somministrazione di lavoro.	pag. 144
2.	Responsabilità solidale negli appalti.	pag. 148
3.	Certificazione del contratto di appalto ai fini della riduzione del contenzioso in materia di lavoro.	pag. 150
4.	Sistema di qualificazione delle imprese.	pag. 152
5.	La certificazione degli appalti in ambienti sospetti di inquinamento o confinati.	pag. 154
6.	Verifica del modello di organizzazione e gestione aziendale.	pag. 156
7.	Procedimento di certificazione di un contratto di appalto.	pag. 157

Literature review

Sommario:

Prefazione: 1. La necessità di estendere le tutele dei lavoratori oltre il lavoratore subordinato. - 2. La tutela dei lavoratori nelle c.d. “triangular employment relationships”. - 3. La tutela dei lavoratori impiegati nelle filiere contrattuali. - 3.1. La tutela dei lavoratori impiegati nei contratti di appalto.

Capitolo I: 1. Il caso italiano: la tutela dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione diversi dal contratto di appalto. - 1.1. La tutela dei lavoratori impiegati nei contratti nel settore dei trasporti. - 1.2. La tutela dei lavoratori impiegati nei contratti di subfornitura industriale.

Capitolo II: 1. Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione nella common law. - 2. Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione nella Direttiva 89/391/CE. - 3. Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione nella normativa italiana.

Conclusioni: 1. La protezione dei lavoratori nelle filiere contrattuali: le fonti comunitarie. - 2. Spunti per un modello di tutela applicabile a livello comunitario. - 3. I principi di Tort Law come base concettuale per determinare un modello di attribuzione della responsabilità nei rapporti tra imprese all'interno di una filiera contrattuale. - 4. La certificazione dei contratti come strumento di enforced self-regulation nelle esternalizzazioni per la tutela dei lavoratori.

Prefazione

1. La necessità di estendere le tutele dei lavoratori oltre il lavoratore subordinato.

La impostazione tradizionale del Diritto del lavoro incentra l'attenzione sul concetto di lavoratore subordinato che fa capo ad un unico datore di lavoro, attorno a cui generalmente ruota ogni normativa. La evoluzione del sistema economico ha tuttavia portato al proliferare di rapporti di lavoro diversi rispetto a quello subordinato a tempo indeterminato. La Dottrina si è pertanto interrogata in merito alla possibilità che le normative originariamente create per tutelare il lavoratore subordinato potessero applicarsi anche ai rapporti di lavoro c.d. atipici: con riferimento al Regno Unito cfr. M. FREEDLAND, *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in *International labour review*, 2007, 146, 1/2, 3, mentre per una analisi riguardo al sistema americano, con particolare attenzione agli indici individuati dalla Giurisprudenza, si veda K.V.W. STONE, *Legal Protection for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers*, in *Berkeley Journal of Employment & Labour Law*, 2006, 27, 251.

2. La tutela dei lavoratori nelle c.d. “*triangular employment relationships*”.

Oltre ai rapporti di lavoro atipici, la evoluzione del sistema economico ha introdotto anche modelli in cui non vi è più soltanto un rapporto bilaterale tra chi effettua la prestazione e chi ne beneficia, ma è presente anche un soggetto terzo. Tale fattispecie è propria, tra l'altro, dell'appalto (vd. *infra*) e della somministrazione di lavoro, in cui l'impianto tradizionale a tutela del lavoratore mostra i propri limiti.

Per una analisi riguardo alla protezione dei lavoratori somministrati si veda, tra i contributi più recenti, G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2012, 1, 129; L. RATTI, *Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 2009, 30, 839; L. DEL VECCHIO, *Profili ricostruttivi della disciplina della somministrazione di lavoro*, in *Il diritto del*

mercato del lavoro, 2009, 3, 521; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, 2, 129; G. ZILIO GRANDI, *I fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2006, 2-3, 427; P. ICHINO, *Prime note sulla somministrazione di lavoro nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Giustizia Civile*, 2004, 2, 71; e ancora il fondamentale M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera: contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999.

L'appalto e la somministrazione di lavoro non sono comunque gli unici casi in cui il datore di lavoro formale ed il soggetto che beneficia della prestazione del lavoratore non coincidono.

Vi sono infatti altre fattispecie in cui, sebbene formalmente vi sia un solo datore di lavoro, nella realtà il medesimo non è l'unico in grado di incidere sul rapporto di lavoro dei "propri" lavoratori. Si tratta delle c.d. pratiche di *outsourcing*, in cui la impresa committente fa svolgere determinate opere o servizi non più a propri lavoratori, ma ai c.d. *subcontractor* quali altre imprese o lavoratori autonomi esterni. Sebbene tali *subcontractor* appaiano formalmente indipendenti, in sostanza spesso assumono una posizione subordinata o di dipendenza economica dal committente, pertanto si pone il problema della tutela dei *subcontractor*, sia lavoratori autonomi, sia piccole imprese, le cui sorti dipendono dai comportamenti del committente, il quale tuttavia non ha con loro alcun rapporto contrattuale. Sulla dipendenza economica dei lavoratori autonomi si veda A. PERULLI, *Per uno statuto del lavoro autonomo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2010, 3, 621; F. VALDÉS DAL-RÉ, A. VALDÉS ALONSO, *Lo statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con particolare riferimento al lavoro autonomo economicamente dipendente*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2010, 3, 705; A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2003, 2, 221, mentre sulla dipendenza economica del fornitore si veda P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1999, 2-3, 203; A. PREMOLI, *Responsabilità solidale negli appalti: osservazioni sul termine biennale e sull'ambito applicativo*, in *DL - Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2012, 2, 534;

M. MARAZZA, *Spunti per un'analisi giuslavoristica dell'economia indotta*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2011, 2, 385; F. CAPURRO, *Tecniche di tutela degli interessi dei lavoratori nel contesto di forme di decentramento produttivo particolari*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2011, 11, 51. Sulla applicabilità delle tutele ai lavoratori autonomi si veda H. COLLINS, *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, 10, 353.

Le tutele del lavoratore devono pertanto essere riviste riconsiderando il principio della unitarietà del datore di lavoro a favore della codatorialità, in cui è contemporaneamente presente più di un datore di lavoro. A riguardo si veda A. PERULLI, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2013, 1, 83; O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2013, 1, 29; O. MAZZOTTA, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2013, 1, 19; V. SPEZIALE, *Gruppi di imprese e codatorialità: introduzione a un dibattito*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2013, 1, 3; E. RAIMONDI, *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, 134, 287; L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2004; P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 294; M. LAMBERTI, *Ragionando di esternalizzazioni: la prestazione di lavoro nei contesti multidatoriali*, in G. FERRARO (a cura di), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale. Stravolgimenti economici, competizione dei sistemi locali, metamorfosi del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 403; P. TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2003, 1, 85; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001; M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Collana diretta da M. RUSCIANO e T. TREU, Giappichelli, Torino, 1999; G. DE

SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Franco Angeli, Milano, 1995.

3. La tutela dei lavoratori impiegati nelle filiere contrattuali.

Il diffuso ricorso alla pratica delle esternalizzazioni e la conseguente creazione di filiere contrattuali solleva una serie di interrogativi riguardo alla protezione dei lavoratori ivi impiegati ed ai profili di responsabilità applicabili alle imprese facenti parte della filiera, creando conseguentemente una nuova area di interesse per il diritto del lavoro: sul tema si veda A. SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, C. REYNOSO CASTILLO, B. PALLI, *Il subappalto: un fenomeno globale. Il caso messicano nel confronto internazionale e comparato*, Adapt Labour Studies e-Book Series, Adapt University Press, Modena, 2013, 12; A. OJEDA AVILÉS, *The “externalization” of labour law*, in *International labour review*, 2009, 148, 1/2, 47; A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Il Diritto del lavoro*, 2004, 3-4, 1211; A. PERULLI, *Esternalizzazione del processo produttivo e nuove forme di lavoro*, in *Il Diritto del lavoro*, 2000, 4, 303.

3.1. La tutela dei lavoratori impiegati nei contratti di appalto.

I contratti commerciali attraverso cui le imprese commissionano beni o servizi possono generalmente essere inquadrati nel paradigma del contratto di appalto regolato dagli articoli 1655 e seguenti del codice civile italiano.

L'articolo 1655 del codice civile definisce l'appalto come «il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro». Si tratta di un contratto stipulato tra due soggetti, da un lato il committente, ossia colui che conferisce l'incarico relativo al compimento della opera o del servizio e che rappresenta il soggetto in favore del quale si realizza il risultato finale; dall'altro l'appaltatore, ossia colui tenuto ad eseguire la opera od il servizio a fronte del pagamento di un

corrispettivo, agendo a proprio rischio e con la organizzazione dei propri mezzi. È un contratto essenzialmente obbligatorio, in quanto deriva a carico di entrambe le parti il dovere di adempiere ad una obbligazione di *facere*, che sarà, appunto, eseguire la opera od il servizio per l'appaltatore, pagare il corrispettivo in denaro per il committente, elemento quest'ultimo che qualifica ulteriormente il rapporto in essere evidenziandone il carattere della onerosità cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova 1993, vol. II, tomo II, 57.

L'ordinamento giuridico italiano, tuttavia, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, ha dimostrato diffidenza verso i fenomeni di dissociazione imprenditoriale, in quanto potenzialmente idonei a pregiudicare i diritti dei lavoratori ivi implicati. La possibilità che un imprenditore potesse appropriarsi del risultato del lavoro derivante da lavoratori non contrattualmente legati a sé, ha portato così alla costruzione di stringenti normative volte a prevenire eventuali abusi strutturati su filiere contrattuali composte da imprese fittizie create appositamente per scaricarvi il costo del lavoro. Per una ricostruzione storica dell'istituto si veda R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006, 287.

Più precisamente, il Legislatore ha sempre temuto che attraverso il contratto di appalto le parti potessero celare una mera somministrazione di manodopera, fattispecie vietata *in toto* prima delle eccezioni introdotte dal c.d Pacchetto Treu nel 1997, pertanto, al fine di scongiurare tale rischio, ha disposto una serie di obblighi per le parti contraenti collegati a sanzioni civili e penali. Per un approfondimento sulla disciplina della interposizione di manodopera così come regolata dalla legge n. 1369/1960 si vedano *ex multis* P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. Fonti e principi generali, autonomia individuale e collettiva, disciplina del mercato, tipi legali, decentramento produttivo, differenziazione dei trattamenti e inquadramento*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. 27, tomo II; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I*

processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici, ESI, Napoli, 2002; M.T. CARINCI, *Interposizione, criteri di distinzione dall'appalto genuino, assoggettamento del prestatore al potere direttivo del committente, rilevanza nel caso di appalto di servizio che non richiede rilevanti strumenti materiali*, nota a Cass. Sez. Lav. 21 maggio 1998, n. 5087, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1999, 2, 252; P. ALBI, *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari secondo la legge n. 1369/1960*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2003, 3, 536; L. CALCATERRA, *L'ambito oggettivo di applicazione del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi e prospettive di riforma*, in *Il Diritto del lavoro*, 2003, 1-2, 69; R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2002, 289.

Il decreto legislativo n. 276/2003, abrogando la disciplina della legge n. 1369/1960, ha poi eliminato del tutto il divieto di mera somministrazione di manodopera, introducendo la possibilità di svolgere somministrazione di lavoro in presenza di determinati requisiti.

Nonostante la abrogazione della legge n. 1369/1960, il legislatore ha comunque riconfermato la necessità di vincolare le parti del contratto di appalto con una serie di oneri in campo retributivo, contributivo, fiscale, oltre che inerenti i profili di salute e sicurezza. Vengono infatti previsti differenti regimi di responsabilità solidale volti a far sì che i lavoratori abbiano più centri di imputazione per far valere i propri crediti.

La disciplina è stata recentemente oggetto di significative modifiche, che per essere apprezzate, tuttavia, devono essere lette sulla base del previgente sistema, pertanto si veda innanzitutto V. SPEZIALE, *Appalti e trasferimenti d'azienda*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2006, 41; E.M. BARBIERI, *Appalto di servizi e somministrazione di lavoro*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2006, 11, 863; R. DE LUCA TAMAJO, F. PATERNÒ, *Commento all'articolo 29, decreto legislativo n. 276/2003*, in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 425; P. CHIECO, *Lavoro e solidarietà negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 467; E. BARRACO, *La nuova disciplina dei contratti di appalto*, in

M. MISCIONE, G. GAROFALO (a cura di), *Il lavoro nella finanziaria 2007*, Ipsoa, Milano, 2007, 175; L. IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2008, 72; A. SGROI, *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, in Working Paper Adapt, 2008, 58; F. PETRACCI, *Obblighi dell'appaltante verso i dipendenti dell'appaltatore*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2009, 4, 345; M. LOZITO, *Poteri datoriali dell'appaltatore e poteri del committente*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2012, 1, 59.

Per un'analisi dei profili sanzionatori in caso di mancato rispetto si veda invece P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Ipsoa-Indicitalia, Milano, 2011.

Per una ricognizione dei regimi di responsabilità solidale alla luce delle ultime modifiche normative sia consentito rinviare a G. GAMBERINI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, 312; G. GAMBERINI, D. VENTURI, *Le modifiche alla disciplina della responsabilità fiscale negli appalti*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, 492; G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in M. TIRABOSCHI, M. MAGNANI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 205; oltre che a P. CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2012, 4, 997; V. PASQUARELLA, *La responsabilità solidale negli appalti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, 2013, Cacucci, Bari; P. TOSI, "Appalto di opere o di servizi" e solidarietà dopo la l. n. 92/2012, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2012, 10, 977; G. MARCUCCI, S. GARIBOLDI, A. GHIDONI, *Le modifiche alla disciplina della solidarietà negli appalti*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero*, I Quaderni di wikilabour, 2012, 1, 73.

Per una ricognizione della responsabilità solidale negli appalti con particolare attenzione agli orientamenti giurisprudenziali si veda V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della*

più recente giurisprudenza, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, 3, 463 ; L. MONTESARCHIO, *Appalto, lavoro e responsabilità solidali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 4, 213.

Per un approfondimento sui temi della responsabilità solidale nei processi di esternalizzazione si veda D. VENTURI, *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2010, 3, 836.

Per una ricognizione giurisprudenziale e dottrinale della disciplina di cui all'articolo 1676 del codice civile si veda G. PAONE, *Note minime sull'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore contro il committente (Osservaz. a Cass. 19 novembre 2010, n. 23489)*, in *Foro italiano*, 2011, 5, 1438.

Per un approfondimento sui molteplici profili differenziali tra l'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 e l'articolo 1676 del codice civile si veda *ex multis*, anche alla luce della riforma di cui alla legge n. 92/2012, P. ALBI, *Il contratto di appalto*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, VI, 1621.

Sulla responsabilità solidale negli appalti con particolare attenzione ai crediti degli Istituti previdenziali si veda R.M. CAMA, *Appalto e subappalto: la responsabilità solidale verso gli enti previdenziali*, in *Informazione previdenziale*, 2012, 1-4, 1.

Sulle deroghe della contrattazione collettiva sia consentito rinviare a G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2014, 1 oltre che M.M. MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, 726.

Capitolo I

1. Il caso italiano: la tutela dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione diversi dal contratto di appalto.

L'ordinamento italiano costituisce un interessante caso di studio poiché prevede una complessa normativa a protezione dei lavoratori impiegati nell'ambito dei contratti di appalto, ma non si esprime riguardo alla protezione dei lavoratori impiegati nell'ambito di altri contratti commerciali ugualmente idonei a realizzare una esternalizzazione. Si fa in particolare riferimento ai contratti utilizzati nel settore dei trasporti ed alla subfornitura industriale.

1.1. La tutela dei lavoratori impiegati nei contratti nel settore dei trasporti.

Il contratto di trasporto è disciplinato nel codice civile al capo VIII del Titolo III del Libro Quarto "Sulle obbligazioni". In tale sezione gli articoli dal 1678 al 1702 sono dedicati alla disciplina del contratto di trasporto.

L'articolo 1678 del codice civile definisce il contratto di trasporto come quell'obbligazione, assunta da un vettore, di trasferire, dietro corrispettivo, persone o cose da un luogo all'altro.

I soggetti che normalmente costituiscono il contratto di trasporto sono tre, il vettore il committente ed il destinatario. Figura centrale è quella del vettore. La sua controparte, la cui peculiarità risiede nella titolarità del diritto di contrordine, è il mittente.

Ulteriore ed eventualmente differente soggetto del contratto è il destinatario.

Per una ricostruzione complessiva sul trasporto, sugli elementi del contratto e sui profili di estinzione delle obbligazioni e delle responsabilità correlate si veda A. ANTONINI, *Corso di Diritto dei Trasporti*, Giuffrè, Milano, 2008.

Il contratto di trasporto è un contratto tipico e pertanto, nonostante le similitudini con il contratto di appalto, ai lavoratori impiegati nell'ambito di un contratto di trasporto non si applica la disciplina relativa alla protezione dei lavoratori nell'appalto.

La fattispecie generale del trasporto, di persone e di cose, si articola poi in numerosi sottotipi quali: trasporto terrestre (a sua volta stradale, ferroviario, su fune), trasporto marittimo e trasporto aereo, come previsto dall'articolo 1680 del codice civile. Peculiare è anche la fattispecie del trasporto multimodale.

Ciascun sottotipo risponde ad un nucleo di principi e fonti giuridiche, nazionali, internazionali e comunitarie, in parte comuni, in parte sviluppate settorialmente. A ciascuna di esse corrisponde una diversa articolazione di obblighi e prestazioni e, soprattutto, una differente regolamentazione dei regimi di responsabilità. Sotto il profilo delle responsabilità ed in una ottica casistica si rinvia invece a A. ANTONINI (a cura di), *La responsabilità degli operatori del trasporto case history and case law*, in *L'Osservatorio di Diritto dei Trasporti. Studi di Diritto dei Trasporti*, raccolti da A. ANTONINI, F. MORANDI, Giuffrè, Milano 2008.

La continua evoluzione dei rapporti commerciali ha poi portato nel mondo dei trasporti una situazione nuova con risvolti di due aspetti.

Da un lato il contratto di trasporto ha subito una estensione sotto il profilo dei servizi offerti dal vettore; circostanza che, andando a ricomprendere prestazioni e figure professionali prima disciplinate autonomamente, richiede un adattamento della figura contrattuale in questione.

Dall'altro lato, invece, alcune attività precedentemente considerate marginali e/o ricomprese nel contratto di trasporto hanno assunto maggiore rilievo, tanto da meritare rilevanza autonoma.

Alla luce di tali considerazioni è necessario definire con chiarezza le caratteristiche non solo del contratto di trasporto, ma anche di alcune figure complementari ed affini allo stesso quali il contratto di spedizione, l'appalto di servizi di trasporto, nonché i contratti aventi ad oggetto le operazioni di logistica e di subtrasporto, con l'avvertenza che esse non sono esaustive nel novero dei contratti complementari al trasporto – che

ricomprendono anche il noleggio (di autoveicolo, di *charter* e di diritto comune), il contratto di viaggio ed il contratto di crociera turistica –, ma sono senza dubbio le figure più problematiche ed anche le più significative per la determinazione dei tratti distintivi rispetto alla fattispecie dell'appalto e del contratto di somministrazione di servizi. Molto intenso è infatti il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul rapporto tra le predette fattispecie e sulla possibile operatività di un meccanismo di assorbimento o di maggiore identificazione del rispettivo regime giuridico – soprattutto nella ipotesi di appalto di trasporto e di logistica – al modello contrattuale del trasporto, dell'appalto o della somministrazione di servizi. Per una panoramica sul dibattito predetto si veda A. ANTONINI, *Corso di Diritto dei Trasporti*, Giuffrè, Milano, 2008; M. RIGUZZI, *Tipologia dei contratti nel trasporto e nella spedizione delle merci*, in C. LOBINA, G. GAMBA (a cura di), *Autotrasporto di merci*, Egaf, Forlì, 2011, 179; L. TULLIO, *Una fattispecie improponibile: l'appalto di servizi di trasporto*, in *Diritto dei trasporti*, 1993, 1, 92.

A fronte della incertezza normativa riguardo alle tutele applicabili nei confronti dei lavoratori impiegati in tali contratti si è pronunciato il Ministero del lavoro il attraverso la circolare n. 17/2012 per un cui commento sia consentito rinviare a G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale nel settore dei trasporti: commento alla circolare del Ministero del lavoro n. 17/2012*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2012, 3, 859.

1.2. La tutela dei lavoratori impiegati nei contratti di subfornitura industriale.

Il contratto di subfornitura, pur essendo regolato dalla legge n. 192/1998, lascia l'interrogativo se la medesima lo abbia elevato a dignità di tipo legale, ovvero se la suddetta si sia esclusivamente limitata a dettare norme di protezione per una categoria imprenditoriale, erroneamente supposta omogenea, senza creare una nuova figura contrattuale.

Si è da più parti opinato che la legge non avrebbe istituito un nuovo tipo contrattuale, autonomo e distinto dalle figure codicistiche dell'appalto, della vendita, della somministrazione e del contratto d'opera: queste, per vero, rappresentano sempre i tipi

normativi cui di volta in volta dovrebbero ricondursi i singoli rapporti di subfornitura. A riguardo si veda R. LECCESE, *Art. 1. Definizione*, in G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, Giuffrè, Milano, 1999, 32; G. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive, Il commento*, in *Corriere giuridico*, 1998, 883; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: "correzione" della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole?*, in *Responsabilità, comunicazione e impresa*, 3, 1998, 403; G. DE NOVA, A. CHIESA, A. DELFINI, D. MAFFEIS, A. SALVADE', *La subfornitura, Legge 18 giugno 1998, n. 192*, IPSOA, Prima Lettura, Milano, 1998; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura: la nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, Cedam, 1999, XVI, 44; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *i Contratti*, 1999, 191; S. POLIDORI, *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007, 3, 695; G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *i Contratti*, 1998, 412; A. MORA, *Subfornitura e dipendenza economica*, in *i Contratti*, 1999, 95; M. GRANIERI, *Subfornitura industriale: riflessi in ambito distributivo e concorrenziale*, in *Disciplina del commercio*, 1999, 64; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192, Prima interpretazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1999.

La legge n. 192/1998 sembra invece rappresentare un nuovo "tipo" negoziale, rendendo tipica una "fase" della attività di impresa, invece, per V. FRANCESCHELLI, *Subfornitura* (a cura dello stesso Autore), Giuffrè Editore, Milano, 1999; A. DE NICOLA, L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1998; V. FRANCESCHELLI, *Un nuovo contratto commerciale: la subfornitura*, in *Diritto e pratica delle società*, 1998, 9; A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giustizia civile*, 1999, 6, 251; L. BERTI, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Responsabilità comunicazione impresa, Milano, Giuffrè, 2000, 5; F. BALDASSARELLI, *Ancora a proposito di alcuni aspetti del contratto di subfornitura previsto dalla legge 18 giugno 1998 n. 192*, in *Archivio civile*, 2001, 2, 151.

Una interpretazione “di compromesso” viene invece suggerita da R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Rivista di Diritto Privato*, 1998, 712 secondo cui la legge rinuncia a dettare una disciplina esaustiva del contratto di subfornitura, innescando un processo di tipizzazione a metà, che non sembra migliorare l’attuale grado di incertezza sullo “statuto giuridico” della subfornitura.

Dopo tre lustri dalla entrata in vigore della legge n. 192/1998 non è quindi ancora possibile affermare pacificamente se si tratti di fattispecie tipica o di contratto trasversale e, come tale, necessitante di integrazioni da altre fattispecie contrattuali tipiche.

Per quanto la tradizionale impostazione del giurista italiano lo porti a dover necessariamente inquadrare ogni fattispecie contrattuale nei canoni classici (G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974), il dibattito civilistico riportato non interessa a meri fini classificatori, ma risulta decisivo per l’applicazione delle tutele ai lavoratori implicati nei contratti di subfornitura.

Data la forte affinità con l’appalto risulta quindi necessario comprendere se i rapporti obbligatori che vincolano le parti della filiera dell’appalto siano estensibili anche ai contratti di subfornitura.

Nonostante il tema qui affrontato non abbia suscitato particolare interesse tra i giuslavoristi, un commentatore tra i più attenti ha rilevato (L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi Un giurista progettuale Scritti scelti*, Collana ADAPT – Fondazione Marco Biagi, Giuffrè, 1, 280) che il legislatore, con la legge n. 192/1998, tutelando la impresa subfornitrice ha inteso conferire garanzie indirette anche ai lavoratori chiamati a svolgere concretamente il lavoro. Sulla stessa linea si veda ancora M. BIAGI, *Disciplina della subfornitura e rapporti di lavoro*, in *Guida al Lavoro*, 1999, 8, 14; oltre che M. SALA CHIRI, *Subfornitura ed appalto di lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2003, 1, 219, sebbene questo rilevi come

evidentemente la estensione delle tutele, previste dalla disciplina dell'appalto, ai dipendenti della impresa subfornitrice, comporterebbe un peso economico troppo oneroso e pregiudizievole per tale impresa; P. ICHINO, *Le nuove forme del decentramento produttivo*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1999, 3, 149. *Contra* si veda G. NICOLINI, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Guida al Lavoro*, 1998, 48, 12.

Appare pertanto ragionevole, sempre nella ottica della tutela del lavoratore, ritenere che il legislatore, con la disciplina della subfornitura, abbia inteso regolare i rapporti commerciali tra impresa committente ed impresa subfornitrice, lasciando invariata la disciplina dei rapporti di lavoro instaurati dalla subfornitrice con i propri dipendenti, che come tali sono soggetti alle regole generali del diritto del lavoro. Nello specifico si ritiene applicabile ai contratti di subfornitura tutta la disciplina relativa ai contratti di appalto riguardo ai regimi di responsabilità solidale tra committente ed appaltatore. Per un approfondimento sia consentito rinviare a G. GAMBERINI, *Ai confini della certificazione dei contratti: la subfornitura industriale*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2012, 4, 1055.

Capitolo II

1. Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione nella *common law*.

Il modello di protezione dei lavoratori riguardo ai profili di salute e sicurezza nel sistema di *common law* è particolarmente interessante in quanto opera una decisa estensione delle tutele a tutti i soggetti che prestano la propria prestazione lavorativa nell'ambito di una determinata attività.

La normativa di riferimento nel Regno Unito è l'*Health and Safety at Work etc Act* del 1974, che si basa sul c.d. concetto di *performance standard legislation*, per cui si veda B. BARRETT, *Health and Safety at Work*, in D. LEWIS, M. SARGEANT (edited by), *Employment law: the essentials*, Chartered Institute of Personnel and Development, London, 2011, 11th ed.; N. GUNNINGHAM, *From compliance to best practice in OHS: the roles of specification, performance and systems-based standards. (occupational health and safety)*, in *Australian journal of labour law*, 1996, 9, 3, 221.

Tale normativa trae origine dal *Robens Model* (su cui si veda R. C. SIMPSON, *Safety and health at work: report of the Robens Committee 1970-72*, in *Modern Law Review*, 1973, 36, 191; R.W.L HOWELLS, *The Robens Report*, in *Industrial Law Journal*, 1972, 1, 1, 185) che afferma come una eccessiva legislazione sia controproducente poiché il grado di dettaglio e di complessità della medesima la rende difficilmente comprensibile ed attuabile dalle imprese. Inoltre, la staticità che ne deriverebbe non sarebbe in grado di coprire i nuovi rischi che derivano dalla evoluzione della attività economica.

Pertanto si preferisce stabilire una serie di standard minimi e lasciare alle imprese la c.d. *self-regulation* in cui ogni soggetto deve contribuire attraverso un c.d. “*duty of care*” a raggiungere il massimo livello di sicurezza possibile: vd. N. GUNNINGHAM, *What determines efficacy? The roles of codes and guidance materials in occupational safety and health regulation*, in *Policy and Practice in Health and Safety*, 2009, 7, 2, 3. La regola generale prevede infatti che ognuno debba fare in modo che la propria condotta

non danneggi altri e, ove sia prevedibile che un atto possa essere pericoloso, deve adottare tutte le misure possibili per evitare ogni infortunio prevedibile. In altra maniera sarà ritenuto responsabile, più in dettaglio si veda A. BROOKS, *Rethinking Occupational Health and Safety Legislation*, in *Journal of Industrial Relations*, 1988, 30, 347.

Oltre a questo, però, si ha una responsabilità continua di chi ha effettivamente il controllo sulle condizioni e sulle circostanze in cui avviene l'attività lavorativa. Questo aspetto è interessante in quanto prescinde dalle definizioni di datore di lavoro, lavoratore e c.d. *independent contractor*, andando a verificare chi può fattivamente influire sulle condizioni di lavoro. In questo caso la responsabilità viene attribuita tra i vari livelli della impresa e della filiera contrattuale.

Su tali presupposti nel 2011 in Australia è stato emanato il *Work Health and Safety Act* che si pone come interessante caso di studio poiché elimina i tradizionali confini di datore di lavoro e lavoratore a favore di categorie più vaste che vedono il datore come “*a person conducting a business or undertaking*” (PCBU) ed il lavoratore non come lavoratore subordinato, c.d. “*employee*”, ma come “*worker*”, che è chiunque svolga una attività lavorativa per una PCBU. Per un approfondimento si veda N. GUNNINGHAM, R. JOHNSTONE, *Regulating Workplace Safety: Systems And Sanctions*, Oxford University Press, Oxford, 1999; R. JOHNSTONE, *Dismantling worker categories: the primary duty of care, and worker consultation, participation and representation, in the model Work Health and Safety Bill 2009*, in *Policy and Practice in Health and Safety*, 2011, 9, 2, 91; R. JOHNSTONE, M. QUINLAN, M. MCNAMARA, *OHS Inspectors and Psychosocial Risk Factors: Evidence from Australia*, in *Safety Science*, 2011, 49, 4, 547.

2. Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione nella Direttiva 89/391/CE.

Il modello di Robens non ha tuttavia limitato la propria influenza solo agli ordinamenti di *common law*, poiché è stato anche fonte di ispirazione della Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il

miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro. Tale direttiva può infatti essere considerata il punto di partenza da cui i legislatori nazionali hanno poi sviluppato normative volte ad estendere le tutele verso tutti i lavoratori che prestano la propria attività all'interno di una impresa, indipendentemente dalla relazione contrattuale che possono avere o non avere con la persona che ha la disponibilità del luogo in cui avviene la attività. Per una analisi della Direttiva si veda J.E. KINEKE, *The EEC Framework Directive for Health and Safety at Work*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 1991, 14, 1, 213; T. NISKANEN, P. NAUMANEN, M. L. HIRVONEN, *An Evaluation of EU Legislation Concerning Risk Assessment and Preventive Measures in Occupational Safety and Health*, in *Applied Ergonomics*, 2012, 43, 5, 829.

3. Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione nella normativa italiana.

Anche l'ordinamento italiano, pur essendo un sistema di *civil law*, ha adottato un approccio derivante dal modello di Robens, poiché attraverso il decreto legislativo n. 81/2008, un testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, ha riordinato e coordinato le norme precedenti.

Il sistema giuridico italiano ha infatti compiuto un importante passo verso la razionalizzazione normativa della materia della salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, attraverso la emanazione di un Testo Unico: il decreto legislativo n. 81/2008 (attuativo della legge delega n. 123/2007). Il provvedimento in esame ha ridisegnato la materia della salute e sicurezza sul lavoro, rivisitando le norme e collocandole in una ottica di sistema. La riforma è stata realizzata secondo un principio di armonizzazione tra fonti di diritto eterogeneo ed in piena coerenza con le direttive comunitarie, le convenzioni internazionali e la ripartizione delle competenze, in materia, attribuite alle Regioni dall'articolo 117 della Costituzione. Il corposo testo, composto nella sua versione originaria da 306 articoli suddivisi in 11 titoli e da 28 allegati, sin dalla sua emanazione si era fatto carico della necessità di innovare la disciplina in materia alla

luce della evoluzione del mercato del lavoro e dei contesti organizzativi, a partire da un importante ampliamento del campo di applicazione soggettivo ed oggettivo, il perfezionamento del processo di valutazione dei rischi e la rivisitazione dell'apparato sanzionatorio. Con il decreto legislativo n. 106/2009, di modifica del decreto legislativo n. 81/2008, il legislatore ha cercato di porre le basi di un più moderno approccio alla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in cui il dato prescrittivo della norma sia affiancato dall'elemento aziendale/organizzativo, quale indispensabile complemento per una maggiore effettività delle tutele. Per una visione generale sul Testo Unico sicurezza, si veda, *ex multis*, M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009) – Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Giuffrè, 2009.

L'articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008, in caso di affidamento dei lavori ad imprese appaltatrici od a lavoratori autonomi all'interno dell'azienda del committente o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima – sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo – prevede l'obbligo dell'appaltante di verificare la idoneità professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi, in relazione ai lavori da compiere; di fornire agli stessi dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui andranno ad operare; di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e di protezione; di coordinare gli interventi, anche al fine di eliminare i pericoli dovuti alle interferenze tra i lavori affidati alle diverse imprese coinvolte nella esecuzione della opera complessiva, a tal fine elaborando un unico documento di valutazione dei rischi (c.d. DUVRI). In proposito, si veda il contributo di D. IARUSSI, *Responsabilità solidale dell'appaltatore e del terzo per infortunio del dipendente presso altra impresa*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 3, 276, che affronta il tema della ripartizione degli obblighi di sicurezza tra committente e appaltatore; G. BENEDETTI, *Gli adempimenti di sicurezza sul lavoro nel contratto di appalto pubblico e privato*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, 2011, 10, 697; J. TSCHÖLL, *Committenti e appaltatori*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.lgs. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, 298; G.

DE ANTONIIS, *La valutazione dei rischi da interferenze delle lavorazioni e i costi della sicurezza nei luoghi e negli appalti privati*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.lgs. 106/2009)*, cit., 589; M. MASI, *La valutazione dei rischi da interferenze e la stima dei costi della sicurezza nei contratti pubblici di forniture o servizi*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.lgs. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, 607; F. BACCHINI, *Committenti e appaltatori*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008; V. PASQUARELLA, *La responsabilità nel sistema degli appalti*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, Milano, 2008, 349.

La peculiarità dell'ordinamento italiano consiste tuttavia nel sistema di qualificazione delle imprese. A tal fine, la normativa in materia definisce determinati requisiti volti a valutare la idoneità tecnico-professionale della impresa appaltatrice o subappaltatrice. La procedura di qualificazione è basata sulla certificazione del possesso di requisiti tecnico-amministrativi, economico-finanziari e morali, nonché sull'attestazione di qualità aziendale. Il potenziamento di tale strumento, come fattore organizzativo atto a determinare una selezione dei soggetti operanti nel mercato alla luce della rispondenza a particolari standard virtuosi di tutela della salute e sicurezza, rappresenta uno dei tratti salienti del decreto legislativo n. 81/2008, soprattutto alla luce delle integrazioni apportate all'articolo 27 dal decreto correttivo. Per una preliminare ricostruzione della dottrina in materia si veda N. PACI, *I sistemi di qualificazione delle imprese*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, Milano, 2008, 313. Per un'approfondita disamina sul sistema di qualificazione e le sue prospettive evolutive si vedano M. TIRABOSCHI, *Il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi*, nonché A. BARBONI, C. BIZZARRO, M. GIOVANNONE, F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *Mutamento dei modelli di organizzazione del lavoro, gestione della sicurezza, certificazione*, entrambi in L. FANTINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (decreto legislativo n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009 e F. NUTI, *La*

qualificazione delle imprese nell'ordinamento italiano: profili comparati e spunti problematici, in *Rivista degli infortuni e malattie professionali*, 2011, 1, 61.

L'ordinamento italiano poi ha adottato una interessante normativa riguardo alla tutela della sicurezza dei lavoratori operanti in ambienti confinati che richiede la partecipazione attiva delle imprese e che costituisce un esempio di come anche all'interno delle filiere contrattuali possa esservi una efficace tutela dei lavoratori.

Facendo seguito a diverse circolari del Ministero del lavoro sulla vigilanza e le ispezioni negli appalti di servizi per la manutenzione e la pulizia di spazi confinati è stato infatti emanato il decreto del Presidente della Repubblica n. 177/2011 avente ad oggetto "Regolamento recante norme per la qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi operanti in ambienti sospetti di inquinamento o confinanti, a norma dell'articolo 6, comma 8, lettera g), del decreto legislativo 9 aprile 2008". Per una monografia sul tema si rimanda a AA.VV., *La sicurezza del lavoro negli spazi confinati*, 2012, Ipsoa; A. FUCILE, A. RONCA, *Guida operativa ai lavori in spazi confinati*, EPC Libri, 2012. In generale sui rischi dei lavori in tali ambienti si veda J. CURIEL-ESPARZA, J. CANTO-PERELLO, *Indoor Atmosphere Hazard Identification in Person Entry Urban Utility Tunnels*, in *Tunnelling and Underground Space Technology incorporating Trenchless Technology Research*, 2005, 20, 5, 426.

Il decreto del Presidente della Repubblica affronta il tema della qualificazione delle imprese che si trovano a dover operare in ambienti confinati prevedendo un sistema che sia di fatto modulato in ragione delle caratteristiche e della complessità della situazione. Per un commento sul decreto si rinvia a AA.VV., *La qualificazione delle imprese e dei lavoratori operanti negli "ambienti confinati"*, in *Sicurezza e Prevenzione*, 2011, 6, 4; AA.VV., *Bollettino della Commissione di certificazione dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*, 2012, 4 in <http://www.csmb.unimore.it/site/home/certificazione/bollettino.html>; M. MARIGO, *Analisi dei fattori di rischio all'interno degli spazi confinati*, in *Igiene & Sicurezza del Lavoro*, 2012, 1, 17; U. FONZAR, *Lavori in spazi confinati e ambienti a sospetto di inquinamento: gestione operativa*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, 2012, 1, 31. Sul

ruolo della certificazione per le imprese che operano in spazi confinati si veda in particolare P. RAUSEI, *Il sistema di qualificazione delle imprese operanti negli spazi confinati*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, 2012, 1, 5.

Conclusioni

1. La protezione dei lavoratori nelle filiere contrattuali: le fonti comunitarie.

Il tema della protezione dei lavoratori impiegati nell'ambito dei processi di esternalizzazione e la determinazione dei profili di responsabilità applicabili alle imprese facenti parte delle filiere contrattuali da alcuni anni è oggetto di dibattito a livello europeo ed è stata affrontata all'interno di diverse fonti. Di seguito una breve rassegna delle principali, mentre per un approfondimento dettagliato si veda M.R. AMON, *Liability regulations in european subcontracting: will joint liability be the 21st century european approach?*, in *The Journal Of International Business & Law*, 2010, 9, 231 e R. MARES, *The Limits of Supply Chain Responsibility: A Critical Analysis of Corporate Responsibility Instruments*, in *Nordic Journal of International Law*, 2010, 79, 193.

- La **Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale**, redatta dalla International Labour Organization (ILO) (“Dichiarazione tripartita”), così come da ultimo modificata nel marzo 2006 in http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/@multi/documents/publication/wcms_124928.pdf, ha affermato la necessità di favorire una cooperazione internazionale per garantire i diritti dei lavoratori anche all'interno delle filiere contrattuali. La Dichiarazione tripartita si rivolge alle c.d. imprese multinazionali, anche se precisa che una esatta definizione giuridica delle imprese multinazionali non è ritenuta indispensabile perché la medesima possa rispondere al proprio scopo.
- Il **Libro verde della Commissione delle Comunità Europee Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo COM(2006) 708 definitivo** del 22 novembre 2006 (“Libro verde”) in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2006/com2006_0708it01.pdf, tra l'altro, ha rilevato il rischio che i lavoratori coinvolti in lunghe catene di subappalto possano essere discriminati rispetto ai lavoratori delle imprese committenti. La

Commissione, constatando che numerosi Stati hanno tentato di risolvere questi problemi stabilendo un sistema di responsabilità congiunta e solidale dei contraenti principali nei confronti degli obblighi dei loro subappaltatori, ha affermato come questo sistema incoraggi i contraenti principali a garantire il rispetto della legislazione del lavoro da parte dei loro partner commerciali.

La Commissione ha posto, tra l'altro, le seguenti domande.

- Ritenete che le responsabilità delle varie parti nell'ambito di rapporti di lavoro multipli dovrebbero essere precisate per determinare a chi incombe la responsabilità del rispetto dei diritti del lavoro?
 - Sarebbe realizzabile ed efficace ricorrere alla responsabilità sussidiaria per stabilire questa responsabilità nel caso dei subappaltatori?
 - In caso di risposta negativa, vedete altri mezzi che consentano di garantire una sufficiente tutela dei lavoratori nei "rapporti di lavoro triangolari"?
- Nei **Risultati della consultazione pubblica sul Libro verde della Commissione "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo" COM(2007) 627 definitivo** del 24 ottobre 2007 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0627:FIN:IT:PDF> viene innanzitutto espressa la posizione del Parlamento Europeo che, anticipando di fatto la posizione adottata nella Risoluzione (vd. *infra*), ha sottolineato la necessità di regolamentare la responsabilità congiunta e solidale dei contraenti principali per far fronte ad abusi a livello di subappalto o esternalizzazione, al fine di garantire condizioni uniformi per le imprese in un mercato trasparente e competitivo.

Alcuni Stati membri si sono addirittura dichiarati favorevoli a stabilire un principio di responsabilità sussidiaria per garantire il rispetto del diritto del lavoro in tutta l'Unione Europea, mentre per altri Stati membri bastano le disposizioni di responsabilità secondaria per le relazioni subcontrattuali stabilite dai rispettivi diritti del lavoro.

La Confederazione europea dei sindacati e le organizzazioni settoriali che vi aderiscono hanno rilevato la necessità di una iniziativa comunitaria consistente

in uno strumento atto a regolare la “responsabilità a catena” delle imprese utilizzatrici e degli intermediari nel caso del lavoro interinale e dei subappalti.

D'altra parte le organizzazioni dei datori di lavoro nutrono dubbi sulla efficacia di una proposta volta a stabilire il principio della responsabilità sussidiaria. A loro parere le imprese utilizzatrici dovrebbero invece poter contare sul fatto che i subappaltatori hanno obblighi da rispettare in materia di diritto del lavoro.

Per la rassegna di tutte le posizioni espresse riguardo agli interrogativi posti nel Libro verde si veda http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_responses_en.htm.

- **La Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sulla responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione (2008/2249(INI))** (“Risoluzione”) in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:117E:0176:0180:IT:PDF> pone la luce sulle problematiche derivanti dalla complessità dei legami che intercorrono tra le società controllanti e le loro controllate e tra gli appaltatori principali ed i loro subappaltatori in cui è 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 europeo nota come tali cambiamenti hanno avuto conseguenze di vasta portata per i rapporti di lavoro, rendendo talora difficile la individuazione della branca del diritto applicabile ai rapporti tra i vari elementi della catena di produzione. 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. Il Parlamento europeo, considerando che il principio fondamentale della parità di retribuzione a parità di lavoro nella stessa sede di attività deve essere applicato a tutti i lavoratori, indipendentemente dal loro statuto o dalla tipologia dei loro contratti, e che tale principio deve essere rispettato, tra l'altro:

- invita 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 propria attività, nonché i rapporti contrattuali all'interno delle catene di subappalto;
- reitera l'invito alla Commissione ad avanzare una proposta concernente l'applicazione dell'agenda sul lavoro dignitoso ai lavoratori di imprese subappaltatrici ed, in particolare, il rispetto delle norme fondamentali del lavoro, i diritti sociali, la formazione dei dipendenti e la parità di trattamento;
- esorta al riguardo la Commissione a fare quanto necessario per chiarire i diritti ed i doveri delle parti coinvolte nelle catene di subappalto, onde evitare di privare i lavoratori della capacità di esercitare efficacemente i propri diritti;
- accoglie favorevolmente il fatto che otto Stati membri (Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi e Spagna) abbiano dato una risposta ai problemi legati agli obblighi dei subappaltatori in qualità di datori di lavoro attraverso la definizione di meccanismi nazionali di responsabilità ed incoraggia gli altri Stati membri a valutare la introduzione di soluzioni analoghe;
- ribadisce il proprio messaggio, invitando la Commissione a definire uno strumento giuridico comunitario chiaro, che introduca la responsabilità solidale a livello comunitario e rispetti, nel contempo, i diversi ordinamenti giuridici esistenti negli Stati membri ed i principi della sussidiarietà e della proporzionalità;
- invita la Commissione ad effettuare una valutazione d'impatto sul valore aggiunto e la fattibilità di uno strumento comunitario sulla responsabilità a cascata come mezzo per accrescere la trasparenza nei processi di subappalto e per assicurare un maggiore rispetto della legislazione comunitaria e nazionale;
- sottolinea la necessità che tale studio sia intersettoriale;

- è convinto che uno strumento comunitario sulla responsabilità a cascata andrebbe a beneficio non solo dei lavoratori, ma anche delle autorità degli Stati membri, dei datori di lavoro ed, in particolare, delle piccole e medie imprese aiutandoli a contrastare la economia sommersa, in quanto regole comunitarie chiare e trasparenti farebbero uscire dal mercato operatori di dubbia fama, migliorando in tal modo il funzionamento del mercato interno;
 - sottolinea la necessità di prevedere incentivi che inducano le imprese a compiere con genuino impegno ogni ragionevole sforzo per eliminare le violazioni del diritto del lavoro da parte dei subappaltatori, ad esempio sistemi di certificazione e codici di condotta.
- Un ulteriore punto di riferimento a livello europeo sono le **Linee Guida OCSE destinate alle Imprese Multinazionali**, Ed. 2011, in <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesITALIANO.pdf> che enunciano principi e standard volontari per un comportamento responsabile nella conduzione delle attività imprenditoriali, conforme alle leggi vigenti ed alle norme riconosciute a livello internazionale. Rilevando che le alleanze strategiche ed i rapporti più stretti con fornitori ed appaltatori tendono a sfumare i confini della impresa l'OCSE invita le imprese a prendere parte od, a seconda dei casi, a dare sostegno alle iniziative private o *multi-stakeholder* ed al dialogo sociale sul tema della gestione responsabile della catena di fornitura. Chiedendo che ove, nel contesto della catena di fornitura, la impresa constati che vi è il rischio di provocare un impatto negativo, essa adotti le misure necessarie ad interrompere od a prevenire tale impatto.

2. Spunti per un modello di tutela applicabile a livello comunitario.

L'analisi delle principali fonti europee dimostra quindi la tendenza ad aspirare ad una normativa che, a livello comunitario, si occupi della regolamentazione dei “subcontratti” al fine di non arrecare pregiudizi ai lavoratori ivi impiegati. Nonostante questo tema sia

presente nei dibattiti europei da diversi anni, non è però ancora stata adottata alcuna misura concreta: il presente studio si propone quindi, *de iure condendo*, di fornire spunti utili alla creazione di una disciplina comunitaria.

Quale primo spunto è necessario evidenziare che esistono diverse tipologie di *outsourcing*, il cui minimo comune denominatore è la separazione tra il beneficiario finale dell'attività del lavoratore e chi viene definito come "datore di lavoro". Tale separazione crea tuttavia il rischio di un abuso, o quanto meno di un mancato riconoscimento, dei diritti dei lavoratori c.d. secondari, cioè di quei lavoratori che prestano la propria attività all'interno di un processo di *outsourcing*. Tali problematiche vengono bene evidenziate da R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, 1, 3; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, 1, 29; riguardo ai profili di *Discrimination Law* si veda D. TARANTOLO, *Note, From Employment to Contract: Section 1981 and Antidiscrimination Law for the Independent Contractor Workforce*, in *The Yale Law Journal*, 2006, 116, 1, 170.

Diversi legislatori hanno tentato di regolare tale fattispecie: i metodi adottati per tutelare i lavoratori secondari possono dividersi in strategie *ex ante*, in cui sono presenti normative specifiche a tutela dei medesimi ed in cui i giudici devono solo decidere se tali normative si applicano ad una determinata fattispecie, e strategie *ex post*, in cui vengono determinati standard minimi che devono essere rispettati ed in cui i giudici hanno più ampio potere discrezionale nel determinare il tipo di rapporto di lavoro. Le posizioni dei giudici adottate nelle strategie *ex post* si possono dividere tra chi attribuisce la titolarità del rapporto di lavoro all'utilizzatore finale della prestazione, chi stabilisce che comunque deve sussistere uguaglianza di trattamento tra i lavoratori c.d. primari ed i lavoratori secondari e chi invece, pur lasciando ad ogni imprenditore la propria autonomia, stabilisce regimi di responsabilità solidale tra le imprese della filiera. Secondo Y. FELDMAN, *Ex-Ante vs. Ex-Post: Optimizing State Intervention in Exploitive Triangular Employment Relationships*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*,

2009, 30, 751 sono generalmente preferibili le strategie *ex ante*, a meno che la discrezionalità dei giudici che caratterizza le strategie *ex post* possa consentire di combattere meglio le strategie degli imprenditori che cercano di evadere dalle normative. Le strategie *ex post* si basano infatti su due test principali che dovrebbero consentire di comprendere se l'*outsourcing* è genuino o fraudolento. Il primo test mira a comprendere la ragione principale per cui si è ricorsi all'*outsourcing*, mentre il secondo valuta il potere del committente principale sui lavoratori delle imprese fornitrici. Sui test in generale si veda G.M STEVENS, *The Test of the Employment Relation*, in *Michigan Law Review*, 1939, 12, 38, 2, 188.

Come affermato nella Risoluzione, diversi Stati hanno già adottato apposite normative per regolare i rapporti all'interno della filiera contrattuale: si veda M. HOUWERZIJL, S. PETERS, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*. Tuttavia, a fronte delle peculiarità di ogni Paese, non si ritiene opportuno eleggere un modello nazionale quale superiore rispetto agli altri per proporlo quale modello comunitario (ed in particolare una strategia *ex ante* sarebbe difficilmente applicabile tra diversi Paesi).

Pare invece più interessante individuare alcuni principi base che possano costituire le linee guida per la creazione di un modello che possa essere applicabile a tutti gli Stati. Per fare ciò sembra quindi preferibile adottare una strategia *ex post* basata su standard di tutela minimi e parametri con cui verificare la loro applicabilità alle singole fattispecie contrattuali.

3. I principi di Tort Law come base concettuale per determinare un modello di attribuzione della responsabilità nei rapporti tra imprese all'interno di una filiera contrattuale.

Una possibile fonte di ispirazione per verificare se i rapporti tra le imprese sono suscettibili di determinare obbligazioni solidali potrebbe essere individuata nell'istituto

della *vicarious liability* così come regolato nella *Tort Law*. Per una visione generale sulla *Tort Law* si vedano, tra i più recenti, i manuali di V. BERMINGHAM, C. BRENNAN, *Tort Law*, Oxford University Press, 2012, 3rd ed. e C. ELLIOTT, F. QUINN, *Tort law*, Longman, Harlow, 2011, 8th ed.

Tale branca della *Common Law* si basa sul concetto di “*tort*”, ossia il danno subito da un soggetto in seguito ad una condotta di un altro soggetto. Al fine di vedersi riconosciuto il risarcimento per un *tort* subito il danneggiato, c.d. *plaintiff*, deve dimostrare che ha subito un danno fisico od economico in seguito ad una azione di un soggetto, c.d. *tortfeasor*, che, sebbene legalmente obbligato a comportarsi in una data maniera, abbia agito in violazione dei propri obblighi.

La *Tort Law* si inserisce generalmente nel diritto del lavoro, c.d. *Employment Law*, per proteggere i lavoratori dagli infortuni occorsi in seguito a determinate condotte del datore di lavoro. Il datore di lavoro ha infatti l’obbligo di attuare tutte le misure per assicurare ragionevolmente la sicurezza dei propri lavoratori e le condotte che conducono ad infortuni vengono generalmente ricondotte ad una “*negligence*” del *tortfeasor*. Sul concetto di *negligence* si veda A. YODER, *Resurrection of a Dead Remedy: Bringing Common Law Negligence Back into Employment Law*, in *Missouri Law Review*, 2010, 75, 3, 1093; A.G. FELIU, W.T. JOHNSON, *Negligence in Employment Law*, The Bureau of National Affairs, Inc., Washington, 2002, 75.

La regola generale dispone che la responsabilità di risarcire il *plaintiff* cada solo su chi ha provocato il danno, ma vi sono anche situazioni in cui non si applica la regola generale e viene ritenuto responsabile un soggetto diverso. La responsabilità solidale tuttavia si applica solo ove ci sia responsabilità primaria da parte dell’obbligato principale. Una ipotesi tipica di responsabilità solidale è quella del datore di lavoro per il danno commesso dal lavoratore, in un rapporto c.d. “*master and servant*”. La regola generale trova quindi eccezione in quanto:

- la responsabilità sprona il datore a selezionare, formare e supervisionare meglio il personale;

- il datore di lavoro beneficia del lavoro del prestatore di lavoro e pertanto deve anche sopportarne gli oneri;
- il danneggiato ha più probabilità di essere risarcito se anche il datore è responsabile, c.d. “*deep pocket*” approach;
- viene spartito in maniera equa il costo del danno inflitto.

In generale su questi principi si veda *Fruit v. Schreiner*, 502 P.2d 133, 139 (Alaska 1972) e, in dottrina, H. COLLINS, *Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration*, in *The Modern Law Review*, 1990, 53, 6, 731.

Anche i principi di *common law* risentono di una impostazione tradizionale che fa riferimento al concetto di lavoratore c.d. *employee* per cui, in linea di principio, il datore di lavoro è responsabile per i *tort* commessi dal lavoratore subordinato, ma non per quelli commessi dai lavoratori autonomi che collaborano con il medesimo (c.d. *independent contractor*). Questa interpretazione si basa sul principio per cui ogni imprenditore è personalmente responsabile delle proprie azioni ed obbligazioni, tuttavia la medesima parrebbe dover essere rivista alla luce delle tendenze in atto nella economia moderna, dove, come visto sopra (H. COLLINS, *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, cit.), l'*independent contractor* rischia di essere una figura strettamente dipendente dal committente: sul punto si veda anche J. BRUNTZ, *The Employer/Independent Contractor Dichotomy: A Rose Is Not Always a Rose*, in *Hofstra Labor Law Journal*, 1991, 8, 2, 337; E. MCKENDRICK, *Vicarious Liability and Independent Contractors - A Re-examination*, in *The Modern Law Review*, 1990, 53, 6, 770.

Alla norma generale per cui il committente non è responsabile per i *tort* commessi dall'*independent contractor* vi sono poi quattro eccezioni principali:

- ***Inherently Dangerous Activity***: il committente è responsabile non solo per i danni provocati dagli *employees*, ma anche dagli *independent contractors* (vd. *Bartholomew v. CNG Producing Co.*, 832 F. 2d 326 (5th Cir. 1987) e, in

dottrina, J. LOCKHART, *Cause of Action Against Employer for Negligence of Independent Contractor Engaged in “Inherently Dangerous” Activity*, in *Causes Of Action*, 2008, 11, 393).

- **Nondelegable Duty**: il committente è tenuto, per pubblico interesse, a svolgere direttamente determinate attività, ed ove deleghi ad un *independent contractor* è comunque considerato responsabile (vd. *Saiz v. Belen Sch. Dist.*, 827 P.2d 102 (N.M. 1992)).
- **Retained Control**: il committente mantiene un livello di controllo nei confronti dell'operato dell'*independent contractor* paragonabile a quello che esercita normalmente sui propri lavoratori subordinati (vd. *Pac. Fire Ins. Co. v. Kenny Boiler & Mfg. Co.*, 277 N.W. 226, 228 (Minn. 1937) ed, in dottrina, R.M. EY, *Cause of Action Against Employer of Independent Contractor To Establish Liability Based on Retained Control of Contractor's Work*, in *Causes Of Action*, 2007, 8, 859).
- **Apparent Agency**: una terza parte presume di stare trattando con il committente, mentre invece sta trattando con un *independent contractor* (vd. *Crinkley v. Holiday Inns, Inc.*, 844 F.2d 156 (4th Cir. 1988)). Con particolare riferimento al contratto di *franchising* si veda, in dottrina, J.H. KING, *Limiting the Vicarious Liability of Franchisors for the Torts of Their Franchisees*, in *Washington and Lee Law Review*, 2005, 62, 2, 417.

Per differenziare la figura dell'*employee* da quella dell'*independent contractor* la giurisprudenza della *common law* non presta particolare attenzione al *nomen iuris* scelto dalle parti, ma va a verificare, attraverso i seguenti test, se vi sia subordinazione o meno:

- **The control test**: si è in presenza di un *employee* ove il datore di lavoro abbia il diritto di controllare la natura del lavoro svolto e le modalità di esecuzione del medesimo, vd. *Yewen v. Noakes* (1880) 6 QBD 530 (CA). Tale forma di controllo è la più antica e trae origine dalla concezione “*master and servant*” del

rapporto di lavoro. In alcune pronunce le Corti hanno stabilito che se il committente esercita sull'*independent contractor* un potere simile a quello che esercita sull'*employee* può essere considerato responsabile, si veda ad esempio *McKee v. Brimmer*, 39 F.3d 94, 98 (5th Cir. 1994); *Hederman v. Cox*, 193 So. 19, 24 (Miss. 1940). Per un approfondimento dottrinale si veda D.M. MOSLEY, W. C. WALTER, *The Significance of the Classification of Employment Relationships in Determining Exposure to Liability*, in *Mississippi Law Journal*, 1998, 67, 613.

- ***The organisation or integration test***: vi è la distinzione tra il “*contract of service*” dove un soggetto è impiegato come parte della organizzazione imprenditoriale ed il proprio lavoro si inserisce nella medesima ed il “*contract for services*” in cui il lavoro non viene integrato nella impresa ma è solo accessorio, si veda ad esempio *Stevenson, Jordan and Harrison Ltd v. McDonnell and Evans* [1952] 1 TLR 101 (CA).
- ***The economic reality test*** chiamato anche “*multiple test*” o “*The pragmatic test*”: in cui vengono individuati tre elementi che consentono di identificare il prestatore di lavoro come *employee*:
 - il lavoratore fornisce lavoro o competenze in cambio del pagamento di una retribuzione o di altra forma di corrispettivo;
 - il lavoratore è d'accordo, esplicitamente od implicitamente, a lavorare sotto il controllo di un datore di lavoro;
 - altre circostanze sono presuntive di un rapporto di lavoro:
 - metodo di pagamento: il lavoratore percepisce pagamenti regolari;
 - trattamento fiscale ed assicurativo: il lavoratore subisce ritenute;
 - tempo di lavoro: il lavoratore ha un orario di lavoro prestabilito;
 - fornitura di beni e strumenti: il committente fornisce beni, strumenti e strutture;
 - livello di indipendenza: il lavoratore è obbligato a determinati doveri.

Si veda *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. Minister of Pensions and National Insurance* [1968] 2QB497 e *Viasystems Ltd v. Thermal Transfer Ltd* [2006] QB 510 (CA).

In prospettiva comparata tra il *control test* e l'*economic reality test* si veda C.L. HYLAND, L.A. QUIGLEY, *Determination of Employee Status Right to Control v. Economic Reality - Is There a Difference?*, in *Florida Bar Journal*, 1987, 61, 1, 43.

Una delle necessità principali di una normativa che regola i rapporti di responsabilità tra le imprese dovrebbe tuttavia essere la certezza della medesima, in modo da consentire alle imprese della filiera di prevedere ragionevolmente la propria possibile esposizione debitoria.

In dottrina è stato invece obiettato che tali test per verificare la responsabilità solidale non conferiscono certezza del diritto: sul punto si veda R. CARLSON, *Why the Law Still Can't Tell an Employee When It Sees One and How It Ought to Stop Trying*, in *Berkeley Journal of Employment & Labour Law*, 2001, 22, 295 con una dettagliata analisi casistica e G. SCHWARTZ, *The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability*, in *Southern California Law Review*, 1996, 69, 5, 1739.

In dottrina sono presenti diverse teorie alternative per determinare la responsabilità solidale:

- **Control Theory**: il fattore determinante è il livello di controllo esercitato dal committente riguardo ai dettagli dell'attività svolta, che si oppone ad un controllo solo sul risultato finale: vd. M.R. FLYNN, *Note, The Law of Franchisor Vicarious Liability: A Critique*, in *Columbia Business Law Review*, 1993, 1, 89; J.D. INGRAM, *Vicarious Liability of the Employer of an Apparent Servant*, in *Tort trial & insurance practice law journal*, 2005, 41, 1.
- **Enterprise Liability Theory**: il committente è responsabile degli atti dell'*independent contractor* così come è responsabile degli atti dell'*employee*

secondo il principio per cui chi beneficia del lavoro deve anche sopportarne gli oneri: vd. D. BRODIE, *Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, 27, 3, 493; S. DEAKIN, “Enterprise-Risk”: *The Juridical Nature of the Firm Revisited*, in *Industrial Law Journal*, 2003, 32, 2, 97; G.C. KEATING, *The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability*, in *Vanderbilt Law Review*, 2001, 54, 3, 1285; G.C. KEATING, *The Idea of Fairness in the Law of Enterprise Liability*, in *Michigan Law Review*, 1997, 95, 5, 1266.

- **Contract Preemption Theory**: si basa su due categorie di *tort*: quella in cui il danneggiato ha una relazione contrattuale con l'*independent contractor* e quella in cui non ci sono invece relazioni contrattuali tra i due soggetti. Nel primo caso, ove il danneggiato sia consapevole di avere un contratto con un *independent contractor*, solo questo dovrebbe essere considerato responsabile. Nel secondo caso invece il committente dovrebbe essere chiamato a rispondere del danno solo se l'*independent contractor* non ha fondi sufficienti per provvedere autonomamente: vd. D.N. CONN, *When contract should preempt tort remedies: limits on vicarious liability for acts of independent contractors*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2009, 15, 1, 179.

Considerata quindi la tendenza ad espandere il concetto di *independent contractor* per farvi rientrare quelle figure che seppur formalmente autonome sono in realtà dipendenti dal committente, si ritiene che in tale categoria possano rientrare anche le imprese fornitrici che operano all'interno di una filiera contrattuale.

Una volta individuata una serie di standard minimi a tutela del lavoratore che svolge la propria attività nell'ambito di una filiera contrattuale si potrebbero pertanto svolgere i suddetti test al rapporto tra committente e fornitore per comprendere se questo ultimo dipende dal primo e se pertanto questo ultimo è vincolato da una responsabilità nei confronti dei “*tort*” commessi dai propri partner commerciali. La responsabilità solidale può infatti applicarsi a qualsiasi tipo di *tort* commesso nell'ambito del rapporto di lavoro e potrebbe pertanto intendersi sia in termini di infortunio sul lavoro, sia in

termini di danno economico a terzi, come ad esempio il mancato versamento della retribuzione a favore dei lavoratori.

4. La certificazione dei contratti come strumento di *enforced self-regulation* nelle esternalizzazioni per la tutela dei lavoratori.

Una possibile soluzione alla mancanza di certezza giuridica per i profili di responsabilità tra le imprese di una filiera contrattuale potrebbe essere il ricorso all'istituto della certificazione dei contratti ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo n. 276/2003.

La certificazione in questo senso opererebbe come meccanismo di *enforcement* con riferimento alla *performance standard legislation*. Le commissioni di certificazione potrebbero infatti verificare concretamente che gli standard minimi fissati dal legislatore siano stati tradotti dalle imprese della filiera in un modello che sia adeguato agli scopi fissati ed idoneo ad essere continuamente aggiornato nel tempo. Sulle strategie di *self-regulation* ed *enforced self-regulation* si veda R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 1999; I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation*, Oxford University Press, 1992; J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation*, in *Michigan Law Review*, 1982, 80, 1461.

Generale è la illustrazione dell'istituto della certificazione di E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in www.csdn.it; B. GRANDI, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2008, 2, 339; M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro: prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. n. 276/2003. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004, 237.

L'articolo 84, del decreto legislativo n. 276/2003 dispone che le procedure di certificazione possano essere utilizzate anche in relazione ai contratti di appalto, sia in

sede di stipulazione degli stessi, sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto.

Sul tema della certificazione dei contratti di appalto si veda innanzitutto P. RAUSEI, *Certificazione dei contratti, indagine ispettiva e sistema sanzionatorio*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2006, 42, 2369. Si segnalano, inoltre L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2003, 3, 110, e V. SPEZIALE, *Certificazione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX, Artt. 61-86*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, 2004, Ipsoa, Milano, IV, 140.

P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Ipsoa-Indicitalia, Milano, 2011, 852 approfondisce la distinzione tra il contratto di appalto genuino e la somministrazione illecita o fraudolenta. Tale analisi, collegata al relativo quadro sanzionatorio, appare particolarmente utile a comprendere le ragioni per cui è consigliabile il ricorso alla certificazione dei contratti di appalto.

La legge n. 183/2010, c.d. Collegato lavoro, introduce diverse misure che interessano la certificazione dei contratti e che tendono ad assegnare alle Commissioni di certificazione un ruolo più ampio. Per alcuni commenti in merito alle novità introdotte, si vedano i contributi raccolti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla Legge n. 183/2010*, Il sole 24Ore, Milano, 2010 ed A. CORVINO, *Pronti i primi chiarimenti del welfare su alcuni aspetti del "Collegato lavoro"*, in *Boll. Adapt*, 2010, 41. Per un quadro generale sull'argomento, si vedano L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2010, 102 ed E. GHERA, L. VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2010.

Ha posto l'accento sulle nuove funzioni della certificazione alla luce della riforma V. SPEZIALE, *La certificazione dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2011, 118.

Riguardo alle finalità della certificazione dei contratti, sul tema della deflazione del contenzioso si veda G. PELLACANI, *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, in *Guida al Lavoro*, 2005, 9, 8.

Sul fatto che la “forza persuasiva e dissuasiva” scoraggerebbe, innanzitutto, le parti del contratto dal promuovere azioni giudiziarie meramente ricattatorie si veda P. RAUSEI, *Contratto a prova di ispezione*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2006, 15, 849.

Sostengono la “forza morale” della certificazione anche M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in www.csdn.it; R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2004, 46, e in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, DL, 2004, 1231; M. TIRABOSCHI, G. PELLACANI, *Certificazione: è tempo di primi bilanci*, in *Guida al Lavoro*, 2005, 9, 5 (i quali sottolineano la necessità che la certificazione non venga eccessivamente burocratizzata e che sia invece adeguatamente valorizzata dalla prassi).

Di “deflazione cattiva” parlano V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione, Commento critico al decreto legislativo n. 276 del 1.9.2003*, Ediesse, Roma, 2004; V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *Lavoro e diritto*, 2006, 2-3, 383; M.T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2009, 22, 1269; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all’interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., 235.

Sui problemi correlati alla incertezza del diritto, e sul contributo positivo della certificazione, si veda M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, 3, 307. Positiva in tal senso è anche la opinione di F. LUNARDON, *Ai confini dell’impero: il lavoro autonomo regolato (lavoro a progetto e lavoro occasionale) e la certificazione*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2004, 3, 265. *Contra*, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 595, secondo cui la certificazione non sarebbe in grado di assicurare la certezza del diritto, potendo però garantire una maggior equità nell’assetto di interessi stabilito dai contraenti.

Diffusa è la opinione secondo la quale l'istituto in esame si sostanzierebbe nella "certificazione di rapporti tra privati", cioè di un atto volto a conferire certezza pubblica a fatti (atti o rapporti) già di per sé produttivi di effetti giuridici (così F.M. CARINI, *L'istituto della certificazione nel d.lgs. 276/2003*, in *Diritti lavori e mercati*, 2004, 1-2, 263; E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2002, 8, 527 e V. SPEZIALE, *Certificazione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX, Artt. 61-86*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, 2004, Ipsoa, Milano, IV, 140).

Costruisce in modo chiaro l'inquadramento dell'atto di certificazione E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 277.

Sul fatto che la certificazione sia più o meno in grado di promuovere la regolarità a tutto campo si vedano CGIL, Ufficio Giuridico, *Osservazioni sulle funzioni della commissione di certificazione*, Roma, 18 febbraio 2005; P. RAUSEI, *Ispezione sui contratti certificati*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2005, 20, 1073; R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, 1, 5; V. SPEZIALE, *Certificazione*, cit., 140.

Il legislatore negli ultimi anni ha apportato dei correttivi alle finalità a cui tende la certificazione.

Attraverso l'articolo 18 del decreto legislativo n. 251/2004 ha sostituito l'articolo 75 del decreto legislativo n. 276/2003 estendendone la portata a tutte le tipologie contrattuali aventi ad oggetto una prestazione di lavoro. In generale cfr. A. BATTISTUTTA, *La certificazione del contratto di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2005, 1, 14, V. D'ORONZO, *Certificazione, lavoro a progetto, lavoro accessorio, lavoro intermittente*, in *Gli speciali di Guida al Lavoro - Riforma Biagi - Il decreto correttivo*, 2004, 37, XXVIII, e ID., *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2005, 4, 312; D. MESSINEO, *La*

certificazione dei contratti di lavoro nel d.lgs. n. 276/2003 Aspetti procedurali e modalità applicative, WP Adapt, 2008, 5 in www.bollettinoadapt.it; G. PELLACANI, *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, in *Guida al Lavoro*, 9, 8; P. RAUSEI, *La certificazione dei contratti presso le Dpl*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2005, 12, 649, e A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, *cit.*, 595. Per quanto riguarda la certificabilità dei contratti di lavoro esternalizzato si veda in particolare P. RAUSEI, *Certificazione dei contratti, indagine ispettiva e sistema sanzionatorio*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2006, 42, 2369.

Successivamente l'articolo 30, comma 4, della legge n. 183/2010 ha nuovamente sostituito l'articolo 75 del decreto legislativo n. 276/2003 prevedendo che le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente od indirettamente, una prestazione di lavoro secondo la procedura volontaria stabilita in tale titolo. Una locuzione così ampia ha portato diversi Autori ad ipotizzare la certificabilità di contratti largamente utilizzati nelle prassi commerciali ma, sino ad ora, scarsamente approfonditi dai giuslavoristi, come ad esempio i contratti di *franchising*, *engineering*, *marketing*, trasporto e subfornitura, sul punto si veda C. A. NICOLINI, *Certificazione dei contratti e contenzioso nel "collegato lavoro"*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, 4, 350. Sostanzialmente negli stessi termini cfr. anche G. FERRARO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, Competitività, welfare, Dal d.l. n. 112/200 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet, Torino, 2009, 555. Favorevole a tale interpretazione pare essere anche F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *I nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria, Certificazione, conciliazione e arbitrato dopo il "collegato lavoro"*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2011, 44, secondo cui le commissioni di certificazione potranno ora indagare su «contratti di lavoro, ma anche contratti commerciali, determinazioni aziendali (quali trasferimenti, distacchi, cessioni di rami d'azienda) e modelli organizzativi di lavoro».

Prefazione

Quadro generale della disciplina italiana a protezione dei lavoratori impiegati nei contratti di appalto e di somministrazione di lavoro.

L'ordinamento italiano, seppur con alcune eccezioni, prevede il principio generale per cui ogni operatore economico è direttamente responsabile per le obbligazioni da lui stesso contratte. Tale assioma, traslato nell'ordinamento lavoristico, implica la responsabilità diretta del datore di lavoro per le obbligazioni assunte nei confronti dei lavoratori di cui si avvale. Il datore di lavoro, infatti, utilizzando il frutto della attività del lavoratore, è chiamato a rispondere ad una serie di obbligazioni a favore di quest'ultimo secondo una impostazione che evidentemente presuppone un rapporto dualistico datore di lavoro - lavoratore, tipico del modello di impresa fordista-taylorista in cui la impresa svolge direttamente tutte le fasi del ciclo produttivo.

Tali presupposti tuttavia vengono meno con la attuale evoluzione del sistema economico, in cui le imprese progressivamente esternalizzano le attività che non costituiscono il proprio c.d. *core business* ed è comune lo scenario in cui una impresa committente beneficia di beni o servizi realizzati da una impresa fornitrice e quindi si avvale, seppur indirettamente, di attività svolte da lavoratori con cui non ha alcun legame contrattuale. Detta operazione può essere effettuata attraverso il contratto di appalto, definito dall'articolo 1655 del codice civile come «il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro».

La disciplina di tale contratto tuttavia non si limita a regolare gli aspetti del rapporto commerciale tra due imprese, stabilendo altresì, all'articolo 1676 del codice civile, che «coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per 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 nel tempo in cui essi propongono la domanda». Tale norma costituisce la forma di protezione primordiale per i lavoratori impiegati nella filiera dell'appalto, all'interno di cui le tradizionali tutele dualistiche rischierebbero di essere inefficaci. L'ordinamento italiano infatti, per scongiurare che tale operazione economica

possa condurre ad un pregiudizio dei diritti dei lavoratori, stabilisce che nel caso in cui, attraverso il contratto di appalto, vi siano più imprese che beneficino – anche indirettamente – della attività dei lavoratori, le medesime debbano sopportarne i relativi oneri, ove non vi provveda l'obbligato principale. L'articolo 1676 del codice civile costituisce peraltro la norma di base, determinando «l'indisponibilità del credito dell'appaltatore nei confronti del committente, al fine di garantire i lavoratori che hanno prestato la loro attività lavorativa nella realizzazione» dell'appalto ⁽¹⁾. La disciplina codicistica configura una azione diretta ⁽²⁾ del lavoratore dipendente dell'appaltatore, o del subappaltatore ⁽³⁾, rispettivamente verso il committente od il subcommittente «per conseguire quanto [...] dovuto» in relazione all'appalto. La circostanza che almeno parte dell'attività oggetto del contratto di lavoro si sia realizzata nell'ambito di un contratto di appalto dà luogo alla facoltà di esperire una «azione sostitutiva concessa eccezionalmente agli ausiliari dell'appaltatore verso il committente, e contenuta nei limiti di quanto il committente deve all'appaltatore» ⁽⁴⁾. Il committente diviene quindi debitore diretto per ciò che concerne il solo trattamento economico, con esclusione degli adempimenti previdenziali ⁽⁵⁾, dei dipendenti dell'appaltatore, che, esercitando l'azione in esame, tecnicamente si sostituiscono all'appaltatore come creditori del medesimo. Dalla prospettiva opposta si assiste invece alla sostituzione – su istanza del lavoratore – del soggetto tenuto ad adempiere la funzione retributiva diretta del rapporto di lavoro ⁽⁶⁾. In tale circostanza si rinvengono pertanto due generi di obbligazioni indipendenti: da un lato la obbligazione inerente il trattamento economico diretto tra il lavoratore dipendente dell'appaltatore ed il committente e, dall'altro lato, le ulteriori obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, che rimangono a carico del datore di lavoro originario. Il primo rapporto obbligatorio ha quindi la funzione di adempiere alla obbligazione retributiva che nasce nel secondo, in virtù di un diritto proprio dei lavoratori ⁽⁷⁾: infatti, i

⁽¹⁾ Cass. 19 aprile 2006, n. 9048 in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*.

⁽²⁾ Cfr. Cass. 04 maggio 2009, n. 10240 in banca dati *Leggi cit.*

⁽³⁾ Cfr. Cass. 09 agosto 2003, n. 12048 in banca dati *Leggi cit.*

⁽⁴⁾ Cass. 04 maggio 2009, n. 10240 *cit.* Si tratta di una azione sostitutiva e non di una azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. Pertanto, mentre con la prima il lavoratore esercita un diritto autonomo rispetto al diritto dell'appaltatore, l'azione surrogatoria appare comunque esperibile – anche contemporaneamente alla azione diretta – nel caso in cui i lavoratori intendano tutelare il proprio credito attraverso una azione generale conservativa della garanzia patrimoniale nei confronti del committente, a tutela di un credito che non sia relativo allo specifico contratto di appalto.

⁽⁵⁾ Per una ricostruzione, si veda, recentemente, Trib. Trento, 01 febbraio 2011, in banca dati *De Jure*.

⁽⁶⁾ Cfr. Cass. 01 aprile 2009, n. 7949 in banca dati *Leggi cit.*

⁽⁷⁾ In questo senso Cass. 10 aprile 2001, n. 3559 in banca dati *Leggi cit.*

crediti versati dal committente ai lavoratori dell'appaltatore hanno efficacia liberatoria della obbligazione gravante sul medesimo. Qui, per ciò che concerne i crediti dei lavoratori, il contratto di appalto rileva solo ai fini della determinazione del *quantum* della obbligazione, restandone indiscusso l'*an*, derivante dal contratto di lavoro in virtù del quale sorge la azione diretta.

La disciplina codicistica è quindi il terreno in cui ha posto le radici la tradizionale concezione che, vedendo i fenomeni di dissociazione imprenditoriale – in quanto non rispondenti al classico dualismo datore di lavoro - lavoratore – quali fattispecie di potenziale erosione delle tutele del prestatore di lavoro, ne invoca una specifica tutela. Nonostante tale disposizione protettiva fosse incardinata in un contesto economico e giuridico oramai da tempo obsoleto, il legislatore degli ultimi lustri ha, a più riprese ed in differenti ambiti, perpetrato la tendenza a garantire ai lavoratori impiegati negli appalti gli strumenti necessari ad ovviare ad eventuali pregiudizi che la dissociazione imprenditoriale potrebbe arrecare loro.

Per prima è intervenuta la legge n. 1369/1960 ⁽⁸⁾, la quale, all'articolo 1, stabiliva che «è vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di mano d'opera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono» ⁽⁹⁾. L'ordinamento italiano quindi, coerentemente con la impostazione tradizionale sopra esposta, osteggiava l'appalto – ed altre tipologie contrattuali ad esso assimilabili – in quanto fenomeni di dissociazione imprenditoriale idonei ad essere utilizzati in maniera fraudolenta, da parte degli imprenditori committenti che avessero come primo fine non l'affidamento dello svolgimento di una attività non strategica ad una impresa specializzata, ma l'avvalersi di forza lavoro senza doverne sopportare i relativi oneri. L'oggetto della norma era infatti l'appalto di «mere prestazioni di lavoro» descritto come «ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi,

⁽⁸⁾ Abrogata il 26 ottobre 2003 dall'art. 85, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁹⁾ Per un approfondimento sulla disciplina della interposizione di manodopera così come regolata dalla l. n. 1369/1970 si vedano *ex multis* P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. Fonti e principi generali, autonomia individuale e collettiva, disciplina del mercato, tipi legali, decentramento produttivo, differenziazione dei trattamenti e inquadramento*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. 27, tomo II; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002.

ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante»⁽¹⁰⁾. In un sistema di c.d. *capital intensive industry* era infatti improbabile che una impresa non disponesse dei beni materiali necessari per esercitare la propria attività economica e pertanto tale carenza faceva dubitare della genuinità della natura imprenditoriale. Il concetto di impresa preso a riferimento era infatti costituito dalla unione di capitale e di forza lavoro e si riteneva pertanto che ove una impresa non disponesse di «macchine ed attrezzature» potesse fornire solo forza lavoro, attività in contrasto con il principio del monopolio pubblico del collocamento⁽¹¹⁾ che, fino al 1997⁽¹²⁾, ha proibito la esistenza di intermediari privati, anche se mossi da finalità non lucrative⁽¹³⁾. La legge n. 1369/1960 stabiliva infatti il divieto di intermediazione ed interposizione nei rapporti di lavoro prevedendo che «i prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti [di cui sopra], sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni» ed erano inoltre previste sanzioni civili e penali per chi non avesse rispettato tali disposizioni⁽¹⁴⁾.

Posta quindi la volontà di reprimere il diffondersi di appalti di mere prestazioni di lavoro, veniva poi prevista una specifica disciplina a tutela dei lavoratori anche per quegli appalti che rispettassero i dettami dell'articolo 1655 del codice civile. Erano in particolare considerati a rischio gli appalti c.d. endoaziendali⁽¹⁵⁾, «da eseguirsi nell'interno delle aziende [committenti] con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore»: riguardo a questi l'articolo 3 della legge n. 1369/1960 stabiliva che i committenti erano tenuti, in solido con l'appaltatore, «a corrispondere ai lavoratori da

⁽¹⁰⁾ Per un approfondimento in materia si veda R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006, 287 e G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *RIDL*, 2012, 1, 129.

⁽¹¹⁾ Cfr. l. n. 264/1949.

⁽¹²⁾ Anno in cui la l. n. 196/1997 ed il d.lgs. n. 469/1997 hanno legalizzato, rispettivamente, le c.d. agenzie di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo e le agenzie private di collocamento.

⁽¹³⁾ Cfr. art. 1, comma 2, della l. n. 1369/1960 secondo cui era «altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari».

⁽¹⁴⁾ L'art. 2 della l. n. 1369/1960 stabiliva che «è comminata all'imprenditore e all'appaltatore o altro intermediario l'ammenda di lire 10.000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, ferma restando l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la violazione della legge 29 aprile 1949, n. 264, e delle altre leggi in materia».

⁽¹⁵⁾ Stante la abrogazione della definizione contenuta nella l. n. 1369/1960, possono essere oggi definiti appalti endoaziendali quegli appalti svolti all'interno della impresa committente la quale affida ad una impresa esterna (appaltatrice) lo svolgimento di determinate attività inerenti «al complessivo ciclo produttivo del committente» (cfr. Cass. 23 giugno 2008, n. 17049 in banca dati *Leggi cit.*).

esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti», oltre «all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza»⁽¹⁶⁾. Anche in questo caso erano previste sanzioni – questa volta solo civili – da applicarsi al committente ed all'appaltatore che non avessero osservato le suddette disposizioni⁽¹⁷⁾. Anche in tale occasione, considerato lo scenario della c.d. *capital intensive industry*, si focalizzava la attenzione su quegli imprenditori che, svolgendo la propria attività attraverso beni ed all'interno di spazi di proprietà del committente, fornivano meno garanzie di indipendenza economica e pertanto potevano essere con maggiore probabilità meri fornitori di forza lavoro.

Come già accennato, l'ordinamento italiano ha consentito la possibilità di costituire una impresa per la fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo dal 19 luglio 1997, subordinandola tuttavia ad una autorizzazione da parte del Ministero del lavoro, rilasciata previa verifica di determinati requisiti giuridici e finanziari stabiliti dalla legge. Il decreto legislativo n. 276/2003 ha poi concesso, sempre previa autorizzazione ministeriale, lo svolgimento delle attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione⁽¹⁸⁾. Ora è quindi possibile acquistare prestazioni di lavoro, ma solo da entità autorizzate, ed attraverso l'apposito contratto di somministrazione di lavoro. Rimane pertanto necessario distinguere la somministrazione di lavoro, così come disciplinata dalla legge, dagli appalti illeciti, che, seppur formalmente volti ad acquisire una opera od un servizio, integrano invece fattispecie di acquisizione di forza lavoro, in violazione dei requisiti di legge. Sebbene infatti l'appalto, nella propria corretta esplicazione, integri lo schema opposto rispetto a quello della somministrazione di lavoro – essendo una forma di esternalizzazione contrapposta ad una forma di internalizzazione –, se utilizzato in maniera fraudolenta,

⁽¹⁶⁾ L'art. 4 della l. n. 1369/1960 esentava tuttavia dalla applicazione di tale norma determinate tipologie di appalto.

⁽¹⁷⁾ L'art. 6 della l. n. 1369/1960 prevedeva che «è comminata all'appaltatore l'ammenda di lire 5.000 per ogni lavoratore cui si riferisce l'inosservanza e per ogni giornata di sua occupazione. L'imprenditore è civilmente responsabile per il pagamento dell'ammenda di cui al comma precedente».

⁽¹⁸⁾ Per un'analisi della disciplina alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. n. 276/2003 si veda *ex multis* L. DEL VECCHIO, *Profili ricostruttivi della disciplina della somministrazione di lavoro*, in *DML*, 2009, 3, 521; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2008, 2, 129; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo: diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2008; G. MANNACIO, *Nuovi orizzonti dell'intermediazione. Il commento (Nota a App. Venezia 9 giugno 2007, n. 154)*, in *LG*, 2008, 4, 399.

appare idoneo a dar vita ad una forma di somministrazione illecita. Entrambi gli schemi contrattuali (cfr. Fig. 1 e Fig. 2) presuppongono infatti uno schema trilaterale in cui è presente una impresa fruitrice finale del servizio (nell'appalto è la impresa committente che beneficia di una opera o di un servizio, nella somministrazione è la impresa utilizzatrice che invece riceve forza lavoro), una impresa che eroga un servizio (nell'appalto è la impresa appaltatrice che si impegna a fornire una opera od un servizio, nella somministrazione è la agenzia di somministrazione, che invia propri lavoratori in missione presso una impresa utilizzatrice dove di fatto viene svolto il lavoro) ed un lavoratore che, sebbene in entrambi i casi sia legato da un contratto di lavoro alla impresa che eroga il servizio, nell'appalto è sottoposto alla direzione ed al controllo della impresa appaltatrice (od a forme di coordinamento nel caso si tratti di un rapporto di lavoro parasubordinato), mentre nella somministrazione esegue la prestazione lavorativa nella organizzazione dell'utilizzatore sotto il suo potere direttivo ed organizzativo ⁽¹⁹⁾.

Fig. 1 - Contratto di appalto

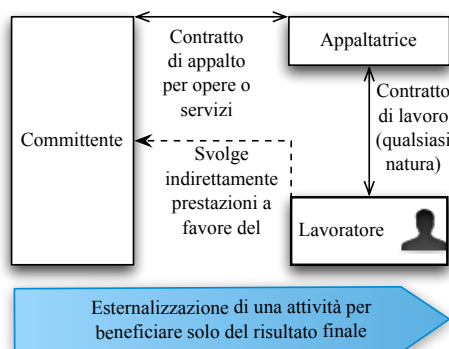
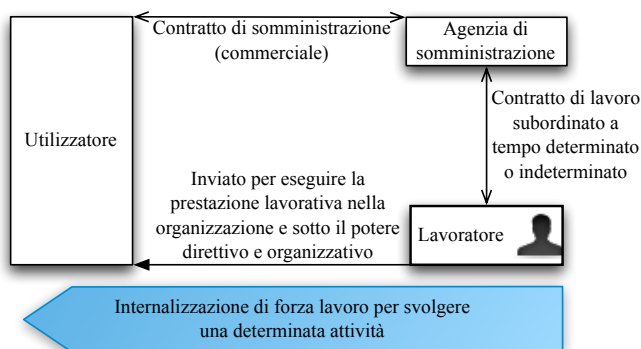


Fig. 2 - Contratto di somministrazione di lavoro



La necessità di mantenere distinti i due istituti ha pertanto richiesto che, contestualmente alla abrogazione della legge n. 1369/1960, il decreto legislativo n. 276/2003 intervenisse – tenendo presente il mutato sistema economico e la diffusione della c.d. *labor intensive industry* – per precisare il dettato dell'articolo 1655 del codice civile riguardo ai criteri distintivi tra il contratto di appalto e la somministrazione di

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 secondo cui «per tutta la durata della missione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

lavoro ⁽²⁰⁾. L'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 stabilisce che «il contratto di appalto [...] si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa» ⁽²¹⁾. Ove il contratto di appalto non soddisfi i predetti requisiti si ha un appalto illecito ed il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione ⁽²²⁾. L'articolo 18, comma 5-bis del decreto legislativo n. 276/2003 stabilisce inoltre che «nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, [...] l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo». Inoltre quando l'appalto illecito è stato posto in essere al fine di eludere, in tutto od in parte, i diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo si realizza anche la ipotesi di reato di somministrazione fraudolenta.

⁽²⁰⁾ Per un approfondimento sui criteri differenziali tra contratto di appalto e somministrazione di lavoro si veda l'appendice n. 1.

⁽²¹⁾ Il Ministero del lavoro, nella risposta ad interpello n. 37 del 21 settembre 2011, avente ad oggetto «Utilizzo di lavoratori somministrati in appalti endoaziendali – liceità – limiti e condizioni», consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*, ha precisato che riguardo alle attività “a bassa intensità organizzativa” nelle quali assume particolare rilievo l'attività lavorativa dei dipendenti dell'appaltatore, che si pone quale fattore prioritario rispetto agli altri fattori produttivi (capitali, macchinari etc.), costante giurisprudenza ha ritenuto che possono costituire oggetto di un appalto lecito “endoaziendale” tutte le attività strettamente inerenti il ciclo produttivo del committente, alla condizione che siano in grado di fornire un autonomo risultato produttivo, in quanto risulti individuabile una organizzazione ed una gestione autonoma dell'appaltatore, con l'assunzione dei relativi rischi economici e della responsabilità del risultato pattuito (cfr. *ex multis* Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337 in banca dati *Leggi cit.*). La giurisprudenza ha inoltre precisato che per la legittimità degli appalti endoaziendali assume carattere decisivo «l'individuazione del soggetto che esercita effettivamente il potere direttivo sui lavoratori impiegati assumendone il relativo rischio, senza limitare il proprio intervento alla mera gestione amministrativa del rapporto di lavoro» (cfr. Cass. 25 giugno 2001, n. 8643 in banca dati *Leggi cit.*, Cass. 23 giugno 2008, n. 17049 *cit.* e Cass. 15 febbraio 2008, n. 3861 in banca dati *Leggi cit.*). Precedentemente il Ministero del lavoro era intervenuto sul tema attraverso la circ. n. 05 dell'11 febbraio 2011, avente ad oggetto «Quadro giuridico degli appalti», consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*, in cui affermava, tra l'altro, che «la distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro, già consolidata nella pregressa giurisprudenza, consiste nella diversità dell'oggetto: un “fare” nell'appalto, giacché l'appaltatore fornisce al committente una opera o un servizio, da realizzare tramite la propria organizzazione di uomini e mezzi, assumendosi il rischio d'impresa; un “dare” nella somministrazione, nella quale il somministratore si limita a fornire a un terzo forza lavoro da lui assunta, affinché questi ne utilizzi la prestazione secondo le proprie necessità, adattandole al proprio sistema organizzativo».

⁽²²⁾ Cfr. art. 29, comma 3-bis, del d.lgs. n. 276/2003.

Conseguentemente l'appalto fraudolento sarà punito con la ulteriore pena dell'ammenda di euro 20 per ciascun lavoratore coinvolto e per ogni giorno di impiego, che si aggiunge a quella prevista per l'appalto illecito ⁽²³⁾. Pare poi opportuno menzionare anche che il decreto legge n. 138/2011 (convertito dalla legge n. 148/2011) all'articolo 12 prevede che «chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato» ⁽²⁴⁾. È vero che tale norma si rivolge solo a chi organizza attività di lavoro con violenza e minaccia, ma una lettura particolarmente rigorosa della medesima potrebbe portare a ritenerla applicabile anche in presenza di un contratto di appalto stipulato in violazione del primo comma dell'articolo 29, decreto legislativo n. 276/2003, che presenti i predetti requisiti ⁽²⁵⁾.

Nonostante la abrogazione della legge n. 1369/1960, l'ordinamento italiano ha continuato a mantenere un atteggiamento di sfavore verso le dissociazioni imprenditoriali, non limitandosi al contrasto delle fattispecie illecite, ma prevedendo anche specifiche normative a tutela dei lavoratori impiegati in tali contesti, sebbene in maniera attenuata rispetto al passato.

L'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 interpretato ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto legge n. 76/2013 (così come convertito dalla legge n. 99/2013) ⁽²⁶⁾ stabilisce che il committente imprenditore o datore di lavoro – nel caso

⁽²³⁾ Cfr. art. 28 del d.lgs. n. 276/2003.

⁽²⁴⁾ Per un commento si veda A. SCARCELLA, *Il reato di "caporalato" entra nel codice penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, 10, 1183.

⁽²⁵⁾ Tale prospettiva viene considerata anche da P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Ipsoa-Indicitalia, Milano, 2011, 72, che tra le varie ipotesi di "caporalato" individua il «perverso fenomeno delle cooperative cd. "spurie", di quelle società cooperative che forniscono in appalto servizi di natura diversa alle imprese, spesso senza alcuna specializzazione o differenziazione di identità sociale, con speciale riguardo alla fornitura di manodopera temporanea, non di rado di nazionalità extracomunitaria, utilizzata nel ciclo produttivo dell'impresa committente».

⁽²⁶⁾ Il d.l. n. 76/2013 (così come convertito dalla l. n. 99/2013) è solo l'ultimo degli interventi normativi che hanno modificato l'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 rispetto alla propria formulazione originaria. In ordine cronologico l'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 251/2004 ha introdotto una prima possibilità di deroga al regime della responsabilità solidale da parte della contrattazione collettiva nazionale – poi non ripresa nelle versioni immediatamente successive dell'articolo – ed ha esteso il campo di applicazione della disciplina anche all'appalto di opere e non solo a quello di servizi; l'art. 1, comma 911, della l. n. 296/2006 ha portato a due anni dalla cessazione dell'appalto il limite entro cui il lavoratore può esperire l'azione riservatagli ed ha previsto espressamente l'applicabilità della disciplina anche agli eventuali ulteriori subappaltatori. Più recentemente l'art. 21, comma 1, del d.l. n. 5/2012 (convertito con modificazioni dalla l. n. 35/2012) ha precisato il contenuto della obbligazione solidale ed

in cui non sia una pubblica amministrazione di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001 ⁽²⁷⁾, rispetto a cui la disciplina che segue non trova applicazione – è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori ⁽²⁸⁾, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto ⁽²⁹⁾, a corrispondere oltre ai trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali ed i premi assicurativi – restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili – dovuti ai lavoratori subordinati in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, anche i compensi e gli obblighi di natura previdenziale ed assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo impiegati nell'appalto. Ove presenti, tuttavia, le associazioni che rappresentano i lavoratori subordinati o con contratto di lavoro autonomo comparativamente più rappresentative del settore possono, assieme alle associazioni dei

ha introdotto un particolare regime processuale (sul punto si segnalano anche le indicazioni operative fornite dal Ministero del lavoro attraverso la circ. n. 2 del 16 febbraio 2012, avente ad oggetto «D.l. n. 5/2012 (c.d. Decreto semplificazioni) – novità in materia di lavoro e legislazione sociale – primi chiarimenti interpretativi per il personale ispettivo» e dall'Inps attraverso la circ. n. 106 del 10 agosto 2012 avente ad oggetto «Solidarietà contributiva in materia di appalti» entrambe consultabili in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*) ed infine l'art. 4, comma 31, della l. n. 92/2012 ha modificato le norme processuali operanti in caso di responsabilità solidale negli appalti ed ha esteso anche ai contratti collettivi nazionali di settore la possibilità di deroga all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

⁽²⁷⁾ A norma dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, così come modificato dall'art. 2, comma 2-*quaterdecies*, del d.l. n. 225/2010 (convertito dalla l. n. 10/2011) «per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al [d.lgs. n. 165/2001] continuano ad applicarsi anche al CONI».

⁽²⁸⁾ Nonostante il codice civile non fornisca una definizione di contratto di subappalto, è possibile comprenderne la struttura dal dettato dell'art. 1656 c.c. che stabilisce che «l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente». Il subappalto è stato invece definito dalla giurisprudenza come un contratto con cui «l'appaltatore conferisce a sua volta ad un terzo subappaltatore l'incarico di eseguire in tutto od in parte i lavori che l'appaltatore si è impegnato ad eseguire sulla base del contratto principale» cfr. Cass. 11 novembre 2009, n. 23903 in banca dati *Leggi cit.*

⁽²⁹⁾ Con riguardo alla fattispecie del subappalto il Ministero del lavoro nella nota prot. 7140 del 13 aprile 2012, avente ad oggetto «Art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – responsabilità solidale – limite dei due anni» consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*, ha affermato che «il riferimento al “limite dei due anni” contenuto nel citato art. 29 indica l'appalto tra il committente e appaltatore il che – trasposto nell'ambito dei rapporti tra appaltatore e subappaltatore – non può che riferirsi al contratto di appalto tra questi due soggetti. In altri termini i due anni, nel caso di subappalto, non possono che decorrere dalla cessazione dei lavori del subappaltatore (in forza del contratto di subappalto)».

datori di lavoro, disporre diversamente rispetto alla predetta disciplina prevedendo, attraverso metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti, deroghe per ciò che concerne la obbligazione inerente i trattamenti retributivi ed i compensi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto, con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali ed assicurativi.

Oltre alla disciplina relativa all'articolo 29, comma 2 del decreto legislativo n. 276/2003 la responsabilità solidale opera poi anche in ambito fiscale ove l'articolo 35, comma 28 del decreto legge n. 223/2006, convertito dalla legge n. 248/2006 – così come da ultimo modificato dall'articolo 50, comma 1, del decreto legge n. 69/2013 convertito dalla l. n. 98/2013 – prevede una obbligazione solidale tra l'appaltatore ed il subappaltatore avente ad oggetto il «versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente dovute dal subappaltatore all'erario in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto». L'art. 35, comma 28-*bis*, del decreto legge n. 223/2006 stabilisce inoltre una apposita disciplina per il committente che è soggetto ad una sanzione amministrativa pecuniaria nel caso in cui l'appaltatore ed il subappaltatore non eseguano correttamente gli adempimenti a favore dell'erario ed il medesimo provveda al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore senza richiedere la documentazione attestante che gli adempimenti di cui all'art. 35, comma 28, del decreto legge n. 223/2006, scaduti alla data del pagamento del corrispettivo, siano stati correttamente eseguiti dall'appaltatore e dagli eventuali subappaltatori. Tuttavia nella responsabilità fiscale è previsto un regime derogatorio operante «se l'appaltatore verifica, acquisendo la documentazione prima del versamento del corrispettivo, che gli adempimenti [oggetto della obbligazione], scaduti alla data del versamento, sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore»⁽³⁰⁾. Anche in tale circostanza, pertanto, le parti del contratto di appalto – questa volta senza il previo intervento delle parti sociali – possono agire in modo da limitare la tutela che la legge riserva al lavoratore⁽³¹⁾.

Le parti della filiera dell'appalto sono inoltre obbligate solidalmente per ciò che concerne i profili di salute e sicurezza. Infatti, l'articolo 26, comma 4, del decreto

⁽³⁰⁾ Le modalità di esonero dalla responsabilità sono chiarite dalla circ. Ag. Entrate n. 40-E dell'08 ottobre 2012 consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto* e consistono nella attestazione dell'avvenuto adempimento degli obblighi fiscali tramite asseverazioni prestate dai CAF Imprese e dai professionisti abilitati, oppure tramite dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000.

⁽³¹⁾ Per un'analisi comparata tra i regimi di responsabilità solidale nell'appalto si veda l'appendice n. 2.

legislativo n. 81/2008 prevede una obbligazione solidale tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori avente ad oggetto «tutti i danni ⁽³²⁾ per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA)» ⁽³³⁾. Si tratta di un diritto individuale del lavoratore (o degli eredi in caso di infortunio mortale) per cui non sono previste possibilità di deroga alla disciplina.

Comparando la disciplina attualmente vigente alla legge n. 1369/1960 si nota come, sebbene vi sia stata una estensione della responsabilità solidale, non sia stato ripreso il principio di parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltatore e dipendenti del committente.

⁽³²⁾ La fattispecie in esame comprende anche il risarcimento del danno originato da malattia professionale, nella misura eventualmente liquidata dal giudice che superi l'indennizzo INAIL. Tuttavia, la ipotesi di una responsabilità solidale nell'ambito di appalti / subappalti può risultare piuttosto difficile sul piano sostanziale, perché occorrerebbe individuare una correlazione tra malattia professionale e periodo nell'ambito del quale il lavoratore opera nell'ambito di un appalto con uno specifico committente, che risulterebbe appunto obbligato solidale.

⁽³³⁾ Dopo il d.l. n. 78/2010 (convertito dalla l. n. 122/2010) l'IPSEMA è confluito nell'INAIL.

Capitolo I

Tutela del credito retributivo e contributivo dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione diversi dal contratto di appalto, con particolare riferimento ai contratti nel settore dei trasporti ed alla subfornitura industriale.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le esternalizzazioni nel settore dei trasporti. - 2.1. Il contratto di trasporto. - 2.2. L'appalto di servizi di trasporto. - 2.3. Il contratto di logistica. - 2.4. Il contratto di spedizione. - 2.5. Il contratto di appalto ed il contratto di trasporto: differenze ed analogie di due fattispecie. - 3. La subfornitura industriale. - 3.1. La subfornitura ed alcuni contratti tipici. - 3.2. L'applicabilità della disciplina del contratto di appalto. - 3.3. L'applicabilità delle norme a protezione dei lavoratori. - 3.4. La differenziazione dalla somministrazione di lavoro.

1. Introduzione.

L'ordinamento italiano appare un interessante caso di studio in quanto, a fronte della complessa normativa a favore dei lavoratori impiegati nell'ambito della filiera del contratto di appalto, vi è un sostanziale vuoto normativo riguardo alla tutela dei lavoratori impiegati in fattispecie che, pur presentando diverse affinità con lo schema del medesimo – in quanto comportano la fornitura di un bene o la erogazione di un servizio da parte di una impresa fornitrice a favore di una impresa committente –, costituiscono modelli autonomi, legalmente o socialmente tipici. Il riferimento è a quelle relazioni tripartite composte da una impresa committente, una impresa fornitrice di beni od erogatrice di servizi ed i relativi lavoratori. In tali circostanze, seppur dal punto di vista formale ogni impresa parrebbe avere la propria autonomia, potrebbe verificarsi una dipendenza economica di fatto delle imprese fornitrici dalla impresa committente che, conseguentemente, andrebbe a vanificare la predetta autonomia giuridica formale e ad influenzare anche la gestione dei rapporti di lavoro. A fronte di situazioni giuridiche simili che, almeno teoricamente, comportano il medesimo grado di rischio riguardo alla tutela dei lavoratori, l'ordinamento italiano offre una protezione a coloro che vengono impiegati nell'ambito di un contratto di appalto, ma non si esprime riguardo a chi è impiegato nell'ambito di rapporti contrattuali similari, che tuttavia, almeno formalmente, presentano un *nomen iuris* diverso. Tale scenario è probabilmente conseguenza della perpetrazione del modello tradizionale sommariamente *supra* esposto

che, sebbene aggiornato, mantiene comunque il proprio riferimento su un sistema economico oramai superato.

Non avendo adottato misure in grado di adeguare la normativa al mutato contesto economico, l'ordinamento italiano pare quindi presentare aree in cui le tutele dei lavoratori vengono messe a rischio dalle scelte commerciali degli imprenditori per cui svolgono direttamente od indirettamente la propria attività lavorativa.

2. Le esternalizzazioni nel settore dei trasporti.

Nel settore dei trasporti sono ad esempio presenti diverse tipologie contrattuali riguardo cui è complesso determinare l'ambito normativo di riferimento e comprendere se le similitudini con lo schema contrattuale dell'appalto potrebbero comportare l'applicabilità della relativa disciplina a protezione dei lavoratori ivi impiegati.

A fronte della incertezza normativa si è pronunciato il Ministero del lavoro il quale, attraverso la circolare n. 17/2012 (³⁴), ha fornito il proprio orientamento sull'applicabilità della responsabilità solidale di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 a sei tra le tipologie contrattuali maggiormente utilizzate nel settore dei trasporti: contratto di trasporto, appalto di servizi di trasporto, subcontratto di trasporto (c.d. subvezione), spedizione, appalto di servizi e logistica. Lo sforzo classificatorio risulta certamente apprezzabile, anche se rimane comunque particolarmente complicato delineare nitidamente i confini tra le varie forme contrattuali, la cui configurazione non appare affatto univoca in dottrina, giurisprudenza e prassi amministrativa.

(³⁴) Circ. Ministero del lavoro n. 17 dell'11 luglio 2012, avente ad oggetto «Contratto di trasporto e altre tipologie contrattuali – applicazione del regime di responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003» consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*. Per un approfondimento si veda G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale nel settore dei trasporti: commento alla circolare del Ministero del lavoro n. 17/2012*, in *DRI*, 3, 2012, 859 e R. SCHIAVONE, *Trasporto: responsabilità solidale nelle diverse tipologie contrattuali*, in *GLav*, 2012, 30, 50.

2.1. Il contratto di trasporto.

Il contratto di trasporto è disciplinato nel codice civile al capo VIII del Titolo III del Libro Quarto *Sulle obbligazioni*. In tale sezione gli articoli dal 1678 al 1702 sono dedicati alla disciplina del contratto di trasporto.

L'articolo 1678 del codice civile lo definisce come il contratto con cui un soggetto (c.d. vettore), si impegna a trasferire, dietro corrispettivo, persone o cose da un luogo all'altro. Tale definizione si riferisce ad ogni tipo di trasporto (su strada, su ferrovia, per mare, per via aerea, a fune), sia pubblico sia privato ed, essendo il prezzo un elemento naturale e non essenziale del contratto, anche al trasporto gratuito. L'articolo 1680 del codice civile, infatti, chiarisce che la disciplina dettata in tale sezione sia relativa non solo al trasporto terrestre, ma anche a quello navale ed aereo. Sul piano strutturale, il contratto di trasporto di cose si configura come contratto a favore di terzo, cioè del destinatario (qualora quest'ultimo non sia lo stesso mittente), la cui adesione si manifesta con la richiesta di riconsegna della merce ⁽³⁵⁾.

Il contratto di trasporto è una particolare figura di contratto d'opera in cui l'*opus* si identifica nel trasporto. Ciò significa che l'oggetto del contratto di trasporto è lo spostamento fisico di un bene materiale da un posto ad un altro.

La obbligazione assunta dal vettore è una obbligazione di risultato (e non di mezzi) in quanto attraverso la esecuzione di essa viene perseguito un fine specifico, che è appunto quello di trasferire cose da un luogo all'altro, con assunzione del relativo rischio da parte del vettore.

Sono obblighi del vettore la ricezione in consegna delle cose da trasportare, la esecuzione del trasporto in conformità alle modalità ed ai termini definiti dall'accordo od in mancanza dalla legge o dagli usi, la custodia della merce ed, infine, la riconsegna della stessa al destinatario.

Il vettore può eseguire personalmente o far eseguire da altri il trasporto. Non rileva, pertanto, che per la esecuzione della prestazione il vettore si avvalga dell'opera di altri soggetti, concludendo con questi dei contratti di subtrasporto ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass. 21 febbraio 2006, n. 3665 in banca dati *Leggi cit.*

⁽³⁶⁾ Si veda ad esempio Cass. 28 giugno 2005, n. 13905 in banca dati *Leggi cit.* secondo cui «il contratto di trasporto, che è un contratto di risultato, è configurabile allorquando il vettore assume da solo, nei confronti del mittente, gli obblighi e la responsabilità dell'adempimento, mentre non rileva che per

Il contratto di trasporto di cose è oggetto di una analitica disciplina codicistica che regola le diverse fasi del rapporto: dal momento in cui il mittente deve fornire le indicazioni ed i documenti al vettore, alla disciplina degli impedimenti e ritardi alla esecuzione del trasporto, fino alla riconsegna delle cose al destinatario ⁽³⁷⁾.

Il contenuto del contratto di trasporto, nelle sue varie forme, può essere integrato dalla previsione di altre prestazioni, generalmente a carico del vettore, aventi carattere accessorio o strumentale rispetto a quella principale di trasporto: le operazioni di imbarco e sbarco, quelle di carico e scarico della merce, la somministrazione di vitto e alloggio, il trasporto di bagagli e simili.

Siffatte prestazioni accessorie, pur rispondendo talora al contenuto di altri contratti tipici od atipici (di ristorazione, di albergo, di appalto di servizi), non assumono valenza contrattuale autonoma, né consentono di considerare il contratto che le contempla come atipico o misto. In effetti, il loro carattere accessorio o strumentale impone di ricomprenderle, per il principio dell'assorbimento, nell'ambito dell'unico contratto tipico di trasporto.

Le prestazioni strumentali sono quelle volte ad agevolare la realizzazione della prestazione tipica del contratto indipendentemente dal quale non conserverebbero autonomia e ragion d'essere, come ad esempio quella di custodia del carico, carico e scarico e protezione del passeggero.

Quelle accessorie, invece, sono obbligazioni che pur potendo avere una propria rilevanza autonoma e formare oggetto di un contratto autonomo, sono connesse a quella principale del trasporto, come complemento od ampliamento del servizio reso dal vettore alla controparte, come ad esempio il vitto e l'alloggio ⁽³⁸⁾.

l'esecuzione della sua prestazione si avvalga dell'opera di altri soggetti, concludendo con costoro contratti di subtrasporto; ed infatti l'articolo 1741 c.c. riconosce allo spedizioniere vettore – e cioè a colui che con mezzi propri o altrui assume in tutto o in parte l'esecuzione del trasporto – gli stessi obblighi e i diritti del vettore; né incide sulla natura del contratto che lo spedizioniere vettore assuma anche l'obbligo di compiere operazioni accessorie e strumentali all'esecuzione del trasporto, quali pesatura, sdoganamento della merce e pagamento di tributi, purché la prestazione principale consista nel trasferimento di cose e persone da un luogo ad un altro».

⁽³⁷⁾ Cfr. artt. 1693-1702 c.c.

⁽³⁸⁾ Per una ricostruzione delle obbligazioni strumentali ed accessorie al vettore si veda A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Giuffrè, Milano, 2008, 211-218. Dette attività sono peraltro ritenute parte del contratto di trasporto anche da un pacifico orientamento giurisprudenziale Sul tema della custodia cfr. Cass. 28 febbraio 2011, n. 4928, in banca dati *Leggi, cit.* e, riguardo al carico e scarico delle merci, cfr. Cass. 13 dicembre 2010, n. 25117, in banca dati *Leggi, cit.*

Da quanto esposto si comprende come il contratto di trasporto, a cui la circolare del Ministero del lavoro n. 17/2012 equipara il contratto di subvezione – «rapporto che si instaura tra l'impresa esercente l'attività di trasporto di merci su strada [...] ed un terzo al quale è commissionato il trasporto o una tratta del medesimo»⁽³⁹⁾ –, sia dotato di autonoma disciplina e pertanto si ritiene che la medesima non debba essere integrata con le norme che regolano l'appalto. Di conseguenza i lavoratori impiegati nell'ambito di un contratto di trasporto non potranno essere tutelati dalle norme relative alla protezione dei lavoratori operanti nell'ambito di un contratto di appalto.

Tale impostazione, giuridicamente sostenibile, pare tuttavia idonea ad indurre, nella prassi commerciale, gli imprenditori più smaliziati ad utilizzare il *nomen iuris* del contratto di trasporto anche per fattispecie che, seppur simili rispetto al medesimo o derivanti dallo stesso, presentano elementi differenziali, al solo fine di rimanere comunque esentati dalla normativa a protezione dei lavoratori.

Per scongiurare tale rischio la Direzione generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del lavoro ha indicato al proprio personale di vigilanza i criteri da valutare per verificare la genuinità delle tipologie contrattuali che si troveranno ad analizzare. Tali elementi sono stabiliti in maniera coerente con il dettato del codice civile e valorizzano la circostanza che la esecuzione del contratto di trasporto comporti «esclusivamente le operazioni tipiche del trasporto e eventualmente quelle meramente strumentali alla sua esecuzione, quali la custodia, deposito, carico e scarico delle merci»⁽⁴⁰⁾.

Analogamente era anche la posizione emersa nell'unico atto di prassi amministrativa rinvenibile in materia prima della circolare del Ministero del lavoro n. 17/2012 – il riscontro fornito dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento Trasporti terrestri e intermodale, a Fedit (associazione datoriale di trasportatori) con nota del 13 gennaio 2010, prot. n. 0002513⁽⁴¹⁾ – che riteneva sussistere un contratto di trasporto unicamente ove la prestazione pattuita tra le parti consistesse nel «solo trasferimento delle cose da un luogo ad un altro (ed eventualmente nell'esecuzione delle tipiche obbligazioni accessorie al trasporto stesso)».

Posta la inapplicabilità al contratto di trasporto dei regimi di responsabilità solidale previsti in relazione al contratto di appalto e, più in generale, delle ulteriori normative a

⁽³⁹⁾ Circ. Ministero delle finanze n. 257-E/1997 consultabile in banca dati *Leggi cit.*

⁽⁴⁰⁾ Circ. Ministero del lavoro n. 17 dell'11 luglio 2012, *cit.*

⁽⁴¹⁾ Consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Trasporto (contratto di)*.

protezione dei lavoratori ivi impiegati, non si può invece affermare lo stesso per altre fattispecie negoziali che, seppur presentando elementi in comune con il contratto di trasporto, se ne differenziano per alcuni rilevanti profili. La continua evoluzione dei rapporti commerciali ha infatti portato nel mondo dei trasporti una situazione nuova con risvolti di due aspetti. Da un lato il contratto di trasporto ha subito una estensione sotto l'ambito dei servizi offerti dal vettore; circostanza che, andando a ricomprendere prestazioni e figure professionali prima disciplinate autonomamente, richiede un adattamento della figura contrattuale in questione. Dall'altro lato, invece, alcune attività precedentemente considerate marginali e/o ricomprese nel contratto di trasporto hanno assunto maggiore rilievo, tanto da meritare rilevanza autonoma.

Alla luce di tali considerazioni è necessario definire con chiarezza le caratteristiche non solo del contratto di trasporto, ma anche di alcune figure complementari ed affini allo stesso quali l'appalto di servizi di trasporto, i contratti aventi ad oggetto le operazioni di logistica ed il contratto di spedizione, con l'avvertenza che esse non sono esaustive nel novero dei contratti complementari al trasporto – che ricomprendono anche il noleggio (di autoveicolo, di *charter* e di diritto comune), il contratto di viaggio ed il contratto di crociera turistica – ma sono senza dubbio le figure più problematiche e significative per la determinazione dei tratti distintivi rispetto alla fattispecie dell'appalto ⁽⁴²⁾.

2.2. L'appalto di servizi di trasporto.

Tra le fattispecie contrattuali più comuni nella prassi commerciale si distingue il contratto di appalto di servizi di trasporto, introdotto nell'ordinamento italiano dall'articolo 6 del regio decreto legge n. 1924/1937, un provvedimento finalizzato a discernere la fattispecie dell'appalto, soggetta all'obbligo di registrazione ed alla conseguente applicazione della imposta di registro, dal contratto di trasporto, che invece ne era esente. Il legislatore stabiliva che la differenza tra una serie di semplici contratti di trasporto ed un appalto per servizi di trasporto si rinvenisse nella organizzazione apprestata dal trasportatore per la esecuzione del contratto e che la medesima potesse essere evinta anche da elementi presuntivi «quali la molteplicità e sistematicità dei

⁽⁴²⁾ Per una ricostruzione delle fattispecie affini al trasporto si veda, A. ANTONINI, *cit.*, 115-138.

servizi, la pattuizione di un corrispettivo unitario, e l'assunzione dei rischi da parte del trasportatore stesso»⁽⁴³⁾. Si riteneva quindi che ove tra le parti del rapporto fosse «pattuita una serie continua di trasporti da eseguire reiteratamente in un certo periodo di tempo, a breve distanza l'uno dall'altro, riguardanti tutti il medesimo oggetto, con unitarietà di disciplina e di previsione e con conseguente organizzazione di mezzi»⁽⁴⁴⁾ si applicasse la disciplina dell'appalto. Nonostante originariamente non venisse individuata una nuova tipologia contrattuale, ma ci si limitasse ad inquadrare un rapporto o come appalto o come trasporto, vi è stato chi, in maniera evolutiva, ha utilizzato tali indici per affermare la esistenza, nella prassi, di un contratto atipico a causa mista di appalto e di trasporto⁽⁴⁵⁾. Tale fattispecie – sussistente in presenza dei predetti indicatori – sulla base degli orientamenti giurisprudenziali citati sarebbe sottoposta sia alla disciplina del contratto di trasporto, sia a quella del contratto di appalto, a seconda del collegamento di ogni singolo aspetto contrattuale «alla concreta tipologia della prestazione»⁽⁴⁶⁾. Tale impostazione, in contrasto con la teoria della prevalenza, porterebbe così a dare vita ad un *tertium genus*. Molti commentatori tuttavia non hanno riconosciuto la esistenza di una forma autonoma individuabile come contratto di appalto di servizi di trasporto, in quanto il contratto di trasporto è per sua stessa natura una fattispecie di *locatio operis* che, nel corso del tempo, si è distinta dall'appalto divenendo un contratto nominato autonomo, caratterizzato da una disciplina legale specifica. Più specificamente, non avrebbe senso parlare di contratto misto di trasporto e di appalto con prevalenza causale del contratto di appalto, posto che il contratto di trasporto disciplinato dal codice civile è una *species* nominata rientrante nell'alveo del contratto di appalto, che inevitabilmente condivide con il proprio *genus* contrattuale, l'appalto appunto, gran parte degli elementi essenziali, ad eccezione dell'oggetto, che è tipicamente rappresentato dal trasferimento nello spazio di beni o di persone. Secondo questo orientamento, poi, si ha un contratto di appalto di servizi, e non un contratto di trasporto, qualora l'oggetto del contratto non si limiti al trasporto ma

⁽⁴³⁾ Cass. 29 aprile 1981, n. 2620, in banca dati *Leggi, cit.*

⁽⁴⁴⁾ Commiss. Trib. II grado Matera, Decis. 15 giugno 1979, n. 253, in banca dati *Leggi, cit.*; in senso conforme, seppur con espressioni leggermente diverse, cfr. Commiss. Trib. Centr., 9 giugno 1982, n. 3109, in banca dati *Leggi, cit.* e Cass. civ., 29 aprile 1981, n. 2620, in banca dati *Leggi, cit.*

⁽⁴⁵⁾ Si veda ad esempio Cass. 30 novembre 2010, n. 24265, in banca dati *Leggi, cit.*; Cass. 13 settembre 1997, n. 9128, in banca dati *Leggi, cit.*; Trib. Roma, 14 luglio 2011, in banca dati *Leggi, cit.* e Trib. Torino, 26 giugno 2009, in banca dati *Leggi, cit.*

⁽⁴⁶⁾ Cass. 13 settembre 1997, n. 9128, *cit.*, peraltro richiamata anche da Cass., 30 novembre 2010 n. 24265, *cit.* e Trib. Roma, 14 luglio 2011, *cit.*

comprenda anche ulteriori attività che esulano dal trasporto medesimo e che finiscono per spostare l'asse della causa contrattuale dal trasporto alla prestazione integrata di servizi, di cui il trasporto è solo una parte, e non sempre la più rilevante. A questo orientamento pare ricondursi anche il Ministero dei trasporti nella citata nota del 2010. Al contrario, il Ministero del lavoro, nella circolare n. 17/2012, sembra far propria la visione che afferma la esistenza del contratto di appalto di servizi di trasporto. A ben vedersi, tuttavia, il Ministero del lavoro, pur menzionando l'appalto di servizi di trasporto quale «particolare fattispecie negoziale», ritiene che la medesima sia sottoponibile alle disposizioni che regolano il contratto di appalto in virtù della teoria della prevalenza, non riconoscendo quindi il *tertium genus* che pareva emergere dalla lettura congiunta delle pronunce giurisprudenziali.

Anche la discrasia tra le posizioni del Ministero dei trasporti e quello del lavoro sembra essere più formale che sostanziale, in quanto il secondo si limita di fatto a dare conto di un orientamento che si considera pacifico da lungo tempo. Si ritiene infatti che si possa applicare la disciplina dell'appalto ad una serie di trasporti solo nel caso in cui operino congiuntamente tutti gli indici presuntivi, il più importante dei quali è, per espressa definizione giurisprudenziale, laendiadi «predeterminazione e sistematicità dei servizi», la quale deve essere completata dalla presenza della pattuizione di un corrispettivo unitario e della assunzione dei rischi da parte del trasportatore. Diversamente, opinando per una interpretazione estensiva della fattispecie, dando cioè rilievo alla sussistenza nel caso concreto di singoli indicatori, quali la sola presenza di una serie continuata di trasporti tra mittente e vettore, per riconoscere la riconducibilità del contratto allo schema dell'appalto piuttosto che a quello del trasporto, si incapperebbe in valutazioni errate. Infatti, la circostanza che i medesimi soggetti si accordino per effettuare più trasporti in un periodo di riferimento non fa mutare la qualificazione del contratto da trasporto ad appalto. Non è cioè la mera ripetitività dei trasporti a comportare l'inquadramento del contratto come appalto di servizi di trasporto, quanto piuttosto la esistenza di un contratto di appalto di servizi la cui prestazione principale è costituita dal trasporto, ma la cui unitarietà e programmazione del servizio si configura nei fatti per la presenza cumulativa degli indicatori sopra richiamati.

Più in generale, è evidente che la circolare n. 17/2012 del Ministero del lavoro intende inserirsi nel filone interpretativo, giurisprudenziale e di prassi, che tende ad estendere i

meccanismi di solidarietà tra committente ed appaltatore al fine di garantire maggiori tutele ai lavoratori sul piano retributivo e contributivo. Infatti, con questa circolare si assiste ad una evoluzione dell'orientamento Ministeriale rispetto a quanto già affermato nella risposta ad interpello n. 2/2012 sull'applicabilità della disciplina dell'appalto rispetto alla figura del nolo a caldo ⁽⁴⁷⁾. In tale atto il Ministero aveva sostenuto che «la disciplina in materia di responsabilità solidale è evidentemente legata alla figura dell'appalto e non a quella del nolo a caldo», sebbene poi avesse constatato la presenza di «un importante indirizzo giurisprudenziale volto a interpretare il complessivo quadro normativo nel senso di una estensione quanto più ampia possibile del regime solidaristico in ragione di una maggior tutela per i lavoratori interessati». Tale tendenza redistributiva delle tutele attraverso lo strumento della responsabilità solidale, pur comprensibile e forse anche condivisibile nell'intento di tutelare maggiormente i lavoratori, tuttavia non sempre appare pienamente rigorosa nella distinzione tra le fattispecie contrattuali e nella estensione delle relative discipline. In particolare, anche aderendo alla tesi che afferma la esistenza del contratto di servizi di trasporto, come propone il Ministero del lavoro nella circolare n. 17/2012, qualora in concreto si intendesse configurare nell'alveo dell'appalto la semplice ripetitività in un lasso di tempo di più contratti di trasporto tra medesimi soggetti, senza verificare la sussistenza o meno di una organizzazione stabile e predeterminata, si cadrebbe in errore. La mera ripetitività di contratti di trasporto, infatti, non potrebbe far mutare di per sé la natura negoziale degli stessi: in questo caso si sarebbe di fronte ad una serie di contratti di trasporto e non ad un unico contratto di appalto di servizi di trasporto.

D'altra parte esiste l'appalto di servizi nel contesto del trasporto, che si realizza ove vi sia «l'assunzione di un insieme di obbligazioni contrattuali non rinvenibili e non riconducibili alla sola disciplina del trasporto» ⁽⁴⁸⁾. A titolo esemplificativo, ciò avviene ove le attività dedotte in contratto comprendano anche «stoccaggi, catalogazione della merce, gestione della stessa all'interno del magazzino, promozione, vendita e

⁽⁴⁷⁾ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, risposta ad interpello n. 2 del 27 gennaio 2012, avente ad oggetto «Art. 9, d.lgs. n. 124/2004 – contratto di nolo a caldo eccedente il 2% dell'importo delle prestazioni affidate – responsabilità solidale ex art. 35, comma 28, l. n. 248/2006», in *www.bollettinoadapt.it*, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*. Per un commento alla risposta ad interpello si veda S. COLANTONIO, A. DI BENEDETTO, *Nolo a caldo e responsabilità solidale: i chiarimenti del Ministero*, in *GLav*, 2012, 7, 18. Per un approfondimento sulla dilatazione della nozione di appalto effettuata dalla giurisprudenza, si veda F. CAPURRO, *Tecniche di tutela degli interessi dei lavoratori nel contesto di forme di decentramento produttivo particolari*, in *LG*, 2011, 11, all. n. 1, 51.

⁽⁴⁸⁾ Circ. Ministero del lavoro n. 17 dell'11 luglio 2012, *cit*.

commercializzazione dei prodotti trasportati»⁽⁴⁹⁾. Evidentemente in questo caso si applicheranno le norme ed i regimi della responsabilità solidale propri dell'appalto.

2.3. Il contratto di logistica.

Figura particolare che si è sviluppata recentemente è quella del contratto di logistica, nel quale la prestazione di trasporto è soltanto una di quelle cui si obbliga l'operatore logistico.

Tale soggetto è colui che si obbliga nei confronti generalmente di una impresa, allo svolgimento di attività di vario genere quali il magazzinaggio, l'imballaggio, la manipolazione, l'assemblaggio, il trasporto di materie prime, prodotti semilavorati o finiti, nonché altre operazioni alle stesse ricollegate quali la fatturazione e la predisposizione di documenti od ancora alcuni soltanto di tali servizi, nei tempi e con la frequenza richiesti dal ciclo produttivo e da quello distributivo.

Il servizio di logistica comprende pertanto una serie di attività coordinate, complementari al servizio tradizionale di trasporto che vanno dalla presa in consegna delle merci, alla loro collocazione a magazzino, al controllo quantitativo e qualitativo, allo stoccaggio, alla gestione dei flussi, all'imballaggio, alla raccolta degli ordinativi, alla fatturazione, sino alla consegna finale ai destinatari. Si tratta di prestazioni assai diversificate tutte finalizzate alla distribuzione del prodotto. Esso rappresenta una evoluzione dell'attività tradizionale del magazziniere o dello spedizioniiere, resa al servizio della impresa.

Nell'ambito di tale contratto, che non trova alcun riferimento di natura legislativa, possono essere dedotte tutte od alcune di tali attività normalmente accessorie al mero trasporto, al fine di ottimizzare il ritmo della produzione in funzione delle necessità di produzione.

In sostanza le prestazioni che nel contratto di trasporto, di deposito o di spedizione sono normalmente accessorie, assumono in questo ambito una loro autonomia collocandosi sul medesimo piano della prestazione di trasporto, trasformando la figura dello spedizioniiere-vettore e del depositario in quella di operatore logistico.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem.*

Nel contratto di logistica, dunque, il trasporto diviene una delle numerose prestazioni cui è obbligato l'operatore logistico, al fianco delle altre che perdono i caratteri di mera accessorietà ed acquistano valenza autonoma.

Ciò impedisce di qualificare questo contratto secondo il metodo della sussunzione o dell'assorbimento, nell'ambito del tipo legale del trasporto, essendo il trasporto, al pari delle altre prestazioni, solo strumentale e non prevalente rispetto al complesso ed ai risultati programmati.

Essendo, però, come detto, il contratto di logistica un contratto atipico, la disciplina di riferimento si può desumere di volta in volta da quella dei contratti tipici riferibili alle singole prestazioni, e quindi, tra gli altri, il trasporto, l'appalto od il deposito.

Si è anche affermata la qualificazione del contratto in questione come appalto di servizi, oppure come somministrazione di servizi, pervenendosi all'identico risultato di considerare applicabile, in virtù dell'articolo 1570 del codice civile, la disciplina dei singoli contratti cui le prestazioni somministrate si riferiscono.

Particolarmente complessa è quindi la determinazione della disciplina applicabile al contratto di logistica, definito dal Ministero del lavoro come forma atipica che «risponde alla sempre più frequente tendenza del mercato ad accorpate più servizi in una unica transazione negoziale, contemplando, di norma, la gestione del magazzino e le relative operazioni di carico e scarico, nonché il trasporto e le attività di organizzazione e di gestione dello stesso»⁽⁵⁰⁾. Rispetto a tale fattispecie, il Ministero, in maniera del tutto condivisibile, torna ad indirizzare il proprio personale di vigilanza verso l'attività realizzata durante il concreto svolgimento del rapporto, così che si applicherà la disciplina del contratto di appalto laddove all'interno del contratto di logistica risulteranno prevalenti le attività che, ben lungi da essere accessorie al trasporto, ne configurano un vero e proprio servizio aggiuntivo, «quali ad esempio lavori di imballaggio, raccolta ordinativi, trasferimento, gestione della conservazione delle merci, deposito, riconsegna a differenti destinatari»⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem.*

⁽⁵¹⁾ *Ibidem.*

2.4. Il contratto di spedizione.

Il contratto di spedizione consiste in un mandato senza rappresentanza in virtù del quale un soggetto (c.d. spedizioniere) si obbliga a concludere un contratto di trasporto in nome proprio, ma per conto e nell'interesse del committente, oltre che a compiere, se individuate nel contratto, tutte le operazioni accessorie allo stesso, quali, tra le altre, l'imballaggio, la custodia temporanea, la consegna, l'assicurazione della merce.

Tale contratto è disciplinato dal codice civile sia agli articoli da 1737 a 1741 (*Della spedizione*), sia agli articoli da 1703 a 1730 (*Del mandato*).

Posta la specifica disciplina del contratto di spedizione, si potrebbe ritenere applicabile la disciplina del trasporto, con le possibili variazioni sopra esposte, solo nella ipotesi in cui lo spedizioniere assuma in prima persona la obbligazione del trasporto ed acquisisca «in tal modo gli obblighi ed i diritti del vettore ai sensi dell'art. 1741 Cod. civ.»⁽⁵²⁾. La evoluzione dei rapporti commerciali ha infatti portato ad una graduale e sempre maggiore sovrapposizione del ruolo dello spedizioniere con quello del vero e proprio vettore, essendo, per un soggetto che riceve molti ordini di spedizione, sempre più conveniente assumersi l'onere ed il rischio di effettuare egli stesso anche il servizio di trasporto.

Si è andata creando in questo modo la figura del c.d. imprenditore di trasporti e spedizioni. In altre parole, i soggetti una volta meri spedizionieri, nella maggior parte dei casi tramite l'affidamento a soggetti terzi delle vere e proprie operazioni di trasporto, stipulano con il committente un contratto di trasporto.

La medesima figura contrattuale, che nel caso specifico assume la forma del subtrasporto, viene poi utilizzata da questi soggetti anche per regolare il rapporto con i terzi a cui affidano il trasporto materiale delle merci.

In questo modo, l'imprenditore di trasporti e spedizioni non rivestirà più il ruolo di spedizioniere e nemmeno quello di spedizioniere-vettore, bensì quello di vero e proprio vettore, assumendosi di conseguenza tutte le obbligazioni ed i rischi tipici di tale figura. È dunque necessario individuare quei criteri concreti identificativi di una forma contrattuale piuttosto che dell'altra. Per discernere quindi un contratto di spedizione da un contratto di trasporto è opportuno analizzarne alcuni aspetti. È indicativo della

⁽⁵²⁾ *Ibidem*.

stipula di un contratto di trasporto, ad esempio, il fatto che il soggetto si presenti come esecutore materiale, diretto od indiretto, delle operazioni di trasporto, il fatto che possieda veicoli propri od il fatto che sia iscritto agli albi professionali di riferimento. Deve poi essere valutato il regime regolatorio e di responsabilità deducibile dal testo contrattuale, il grado di autonomia dell'operatore nella esecuzione del servizio e la individuazione del corrispettivo, in particolare nel rapporto tra quello pattuito con il committente e quello pattuito con l'esecutore materiale del trasporto.

Appare infine opportuno segnalare la presenza di una figura particolare di spedizioniere, decisamente diversa da quella sopra descritta. Il riferimento è allo spedizioniere doganale, per il quale è prevista la iscrizione in un apposito albo. Tale soggetto, incaricato tramite mandato con rappresentanza, si occupa, in nome e per conto del mittente, dell'adempimento di tutte le operazioni doganali eventualmente necessarie in relazione al trasporto. La sua responsabilità, di conseguenza, di natura solidale con il proprietario della merce, è limitata a suddetti adempimenti.

Nel settore dei trasporti sono pertanto comuni prassi commerciali in cui spesso i contratti di trasporto, nonostante il *nomen iuris* ad essi attribuito dalle parti, dissimulano veri e propri rapporti di appalto di servizi.

2.5. Il contratto di appalto ed il contratto di trasporto: differenze ed analogie di due fattispecie.

La rassegna delle caratteristiche essenziali del contratto di appalto e del contratto di trasporto di cose consente di individuare, almeno in linea teorica, alcuni elementi distintivi dei due schemi contrattuali.

Come detto, oggetto del contratto di appalto è una opera od un servizio.

Anche nel trasporto l'oggetto del contratto è un servizio, ma questa volta specifico, che si sostanzia, essenzialmente, nel trasferimento di cose (o persone).

Infatti, nel trasporto, a differenza dell'appalto, l'oggetto della prestazione consiste in un risultato di lavoro tipico rappresentato dallo spostamento di cose da un luogo ad un altro, verso il pagamento di un compenso. Secondo giurisprudenza consolidata «il criterio distintivo tra il contratto di appalto ed il contratto di trasporto risiede nel fatto che il

primo ha per oggetto il risultato di un *facere* il quale può concretarsi nel compimento di un'opera o di un servizio che l'appaltatore assume verso il committente dietro corrispettivo e dall'esistenza di un'organizzazione d'impresa presso l'appaltatore, nonché dal carico esclusivo del rischio economico nella persona del medesimo. Si ha invece contratto di trasporto quando un soggetto si obbliga nei confronti di un altro soggetto a trasferire persone o cose da un luogo all'altro, mediante una propria organizzazione di mezzi e di attività personali e con l'assunzione a suo carico del rischio del trasporto e della direzione tecnica dello stesso»⁽⁵³⁾.

Sulla diversità dell'oggetto dei due contratti si è espresso anche il Ministero dei trasporti, con la citata nota del 2010 in cui ha evidenziato la completa autonomia, sotto il profilo della disciplina applicabile, del contratto di trasporto rispetto ad altre fattispecie contrattuali che abbiano ad oggetto, anch'esse, il compimento di servizi. In quella circostanza, seguendo e sintetizzando il portato della giurisprudenza sul tema, la prassi amministrativa ha affermato che «pur potendo avere il contratto di appalto (in quanto appalto di servizi) ad oggetto anche servizi di trasporto, qualora il contratto posto in essere consista nel compimento di servizi ulteriori rispetto ai singoli trasporti, per la realizzazione dei quali è necessario effettuare anche prestazioni di trasporto che si pongono in funzione strumentale o accessoria rispetto ai servizi oggetto del contratto stesso, quel rapporto contrattuale sarà qualificabile come contratto di appalto di servizi. Al contrario, allorché l'*opus* dedotto dalle parti in contratto consista unicamente in una o più operazioni di trasporto, si avrà un contratto di trasporto. In sostanza, anche in presenza di un contratto di durata che preveda una serie continuativa di trasporti, quel contratto con il quale una parte si impegna ad eseguire più trasporti per conto di un altro soggetto, laddove non comprenda la previsione di ulteriori prestazioni, non è configurabile quale appalto di servizi, bensì quale contratto disciplinato dalle norme in materia di trasporto».

Tale interpretazione sembrerebbe escludere, quindi, la configurabilità di un contratto di appalto di servizi di trasporto, che abbia ad oggetto esclusivamente la obbligazione di trasporto, e ciò perché la disciplina generale dell'appalto di servizi verrebbe a sovrapporsi alla disciplina specifica del trasporto, senza che vi sia in concreto la

⁽⁵³⁾ Cass. 17 ottobre 1992, n. 11430 in banca dati *Leggi cit.*

possibilità di individuare dei criteri distintivi, oggettivi, in grado di definire il confine tra appalto di servizi e trasporto.

Per ragioni di completezza occorre, però, ricordare una giurisprudenza di merito, rimasta isolata, che ha individuato nel carattere continuativo della prestazione l'elemento distintivo delle due fattispecie: «quando un soggetto si obbliga ad eseguire prestazioni continuative di servizi consistenti nel trasporto di merci, con organizzazione propria ed a proprio rischio, si è in presenza non già di una pluralità di servizi di trasporto, ma di un contratto oscillante tra l'appalto e la somministrazione»⁽⁵⁴⁾.

Ed allora, se la obbligazione dedotta nel contratto attiene al mero trasferimento di cose da un luogo ad un altro, questa non potrà che essere ricondotta alla disciplina del trasporto.

Diversamente, l'assunzione di obbligazioni ulteriori, non meramente accessorie e comunque non riconducibili ad un contratto di trasporto, portano a configurare la fattispecie concreta nell'ambito del contratto di appalto.

Ulteriore elemento di differenziazione tra le due tipologie è rappresentato dall'assenza nel trasporto del potere di controllo sulla esecuzione della opera da parte del mittente.

Tale potere, tipico del contratto di appalto, è invece riservato al committente.

Se è vero che l'appaltatore gode di un certo grado di autonomia nella esecuzione della opera – autonomia collegata al rischio della gestione – è altrettanto vero che il committente può, durante lo svolgimento dei lavori, operare un controllo nel merito al fine di verificarne lo stato⁽⁵⁵⁾.

Nonostante le diversità tra i due contratti, nel loro concreto esplicarsi i rapporti possono presentare delle assonanze tali da rendere difficile un inquadramento nella una o nell'altra tipologia.

A tal riguardo, occorre evidenziare che nella prassi è invalso l'uso di ricorrere al contratto di trasporto in sostituzione del contratto di appalto per la fornitura di servizi, soprattutto con riferimento alle attività di logistica e trasporti.

Tale preferenza, il più delle volte, è dettata, non da un eventuale differenziale del costo del lavoro, bensì dall'intento da parte del datore di lavoro per il quale si compie la opera od il servizio (mittente/committente) di sottrarsi alla più rigida e severa disciplina

⁽⁵⁴⁾ App. Torino 05 luglio 1991 in banca dati *Leggi cit.*

⁽⁵⁵⁾ Cfr. art. 1662 c.c.

normativa che regola il rapporto di appalto, soprattutto in tema di responsabilità solidale e di salute e sicurezza dei lavoratori.

La incertezza dei confini è resa ancora più grande per quei rapporti contrattuali che si collocano in una posizione intermedia tra trasporto ed appalto e cioè in una zona grigia in cui si sommano alcune delle caratteristiche di entrambe le tipologie contrattuali.

Occorre, allora, compiere una indagine sia sul piano formale della regolamentazione contrattuale voluta dalle parti, sia sul piano della realtà concreta nella quale il contratto ha avuto attuazione, e ciò al fine di distinguere il falso contratto di trasporto, da reprimere e ricondurre nell'ambito dell'appalto, dal vero trasporto, da promuovere in un quadro di maggiori garanzie.

Invero, molti contratti di trasporto, nonostante il *nomen juris* ad essi attribuito dalle parti, dissimulano un vero rapporto di appalto di servizi. Ciò si ha nel caso in cui il trasporto costituisca una tra le tante obbligazioni, e neppure la più rilevante, a cui è tenuto il vettore. Per questi rapporti, allora, la disciplina applicabile non potrà che essere quella dell'appalto.

Nella pratica dei trasporti terrestri, invero, sono sempre più gli accordi fra le grandi imprese manifatturiere e le imprese di trasporto, aventi ad oggetto la esecuzione continuativa del trasporto di prodotti finiti o di materie prime e semilavorati da e per lo stabilimento.

In tal modo è assicurata alla impresa la distribuzione e l'approvvigionamento in maniera costante nel tempo ed in conformità alle esigenze della produzione.

Tali fattispecie – in cui la organizzazione del servizio di trasporto assume carattere essenziale e prevalente rispetto alla stessa prestazione del trasferimento di cose – esulerebbero dal tipo legale di trasporto, dal momento che la loro essenza risiederebbe non nel trasferimento di cose, ma nella organizzazione del relativo servizio.

Diversamente, per i rapporti di trasporto genuini, la cui obbligazione tipica e principale è il trasferimento di cose, è indubbio che l'attuale disciplina normativa non prevede forme specifiche di tutela nei confronti di eventuali lavoratori (dipendenti o collaboratori) utilizzati nell'ambito del trasporto ad opera del vettore.

Pertanto, al fine di impedire, o quantomeno contenere, una fuga dal contratto di appalto occorrerà prevedere un sistema di garanzie normative ed economiche per i prestatori impiegati nel trasporto, secondo il modello dell'appalto.

Anche queste forme di lavoro necessitano, quindi, di una specifica attenzione.

Come detto, il contratto di trasporto è un tipo negoziale che presenta una propria disciplina che non contempla una responsabilità solidale del mittente per le obbligazioni (retributive e contributive) del vettore nei confronti dei lavoratori da questi utilizzati.

Sembra che ci sia una generale tendenza a ridefinire i confini della protezione del lavoro oltre gli ambiti tradizionali del contratto di appalto, e certamente alcuni formulano auspici per nuovi interventi normativi in questo senso, non essendo attualmente possibile estendere automaticamente al contratto di trasporto le previsioni normative riferibili, esclusivamente, al contratto di appalto.

In tale direzione sembra andare anche la citata risposta ad interpello n. 2/2012 del Ministero del lavoro, che – con riferimento alla possibilità di estendere il regime di responsabilità solidale dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori per il versamento delle ritenute fiscali e dei contributi previdenziali ed assicurativi dei dipendenti impiegati nell'esecuzione dei lavori (*ex* articolo 35, comma 28, del decreto legge n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006) anche al contratto atipico di nolo a caldo – ha affermato che «la disciplina in materia di responsabilità solidale è evidentemente legata alla figura dell'appalto e non a quella del nolo a caldo (ferme restando forme patologiche di utilizzo di tale ultimo strumento contrattuale)».

In tal modo, il Ministero, pur non tacendo della esistenza di un indirizzo giurisprudenziale volto ad interpretare il complessivo quadro normativo nel senso di una estensione quanto più ampia possibile del regime solidaristico, in ragione di una maggior tutela dei prestatori di lavoro, non ha espresso in maniera inequivoca una preferenza per una applicazione estensiva e sostanziale del regime della responsabilità solidale.

L'attuale *gap* tra le due fattispecie contrattuali potrà, quindi, essere colmato o mediante una esplicita estensione selettiva della disciplina dell'appalto, in quanto compatibile, anche al contratto di trasporto o mediante un calmieramento dell'attuale disciplina della responsabilità solidale in materia di appalti contenuta nell'articolo 29, comma 2 del decreto legislativo n. 276/2003, tale da rendere più conveniente e, quindi, più fruibile anche quest'ultimo tipo contrattuale.

3. La subfornitura industriale.

Il settore dei trasporti non è tuttavia l'unico ad essere interessato da tale indeterminatezza normativa, poiché anche al di fuori del medesimo sono largamente utilizzate forme contrattuali con le stesse problematiche. Una di queste è la subfornitura industriale, disciplinata dalla legge n. 192/1998, così come modificata dalla legge n. 57/2001, dal decreto legislativo n. 231/2002 e, da ultimo, dalla legge n. 180/2011. Non è tuttavia chiaro se, con questa disciplina relativamente recente, il legislatore abbia voluto introdurre una nuova fattispecie contrattuale tipica o, piuttosto, apprestare una forma di tutela al subfornitore attraverso una disciplina trasversale che – in quanto tale – andrebbe ad interessare diversi contratti tipici presenti nel nostro ordinamento. Dottrina e giurisprudenza hanno così potuto avanzare diverse proposte interpretative che, tuttavia, ancora oggi, non consentono di delineare con sufficiente certezza campo di applicazione e disciplina applicabile ai profili non espressamente disciplinati dal legislatore.

Questa è tra l'altro la ragione per cui, nel presente scritto, si è generalmente preferito fare riferimento alla dizione “rapporto di subfornitura”, piuttosto che “contratto di subfornitura”, volendo evitare che dall'uso della seconda espressione potesse scaturire un riconoscimento implicito della tipicità del medesimo. Ogni qual volta si farà riferimento al “contratto di subfornitura” la locuzione sarà pertanto da intendersi in senso “a-tecnico” volta a rappresentare una pattuizione tra le parti finalizzata a porre in essere un “rapporto di subfornitura”.

La posizione che pare essere maggiormente condivisa è comunque quella che conferisce alla legge n. 192/1998 il carattere della trasversalità; fulcro di tale tesi è generalmente il raffronto tra la medesima e il c.d. “Codice del consumo” ⁽⁵⁶⁾ – la cui disciplina non si scinde tra le diverse tipologie contrattuali ma si palesa ogniqualvolta rinviene nelle parti le fattezze del “consumatore” e del “professionista” ⁽⁵⁷⁾ – o, meglio, l'assimilazione del “subfornitore” al “consumatore”, entrambi contraenti deboli meritevoli di specifica tutela ⁽⁵⁸⁾. Tale ragionamento valorizza la *ratio* della legge n. 192/1998, sovraordinando

⁽⁵⁶⁾ D.lgs. n. 206/2005.

⁽⁵⁷⁾ Così come delineate dall'art. 3 del d.lgs. n. 206/2005.

⁽⁵⁸⁾ Tra i diversi sostenitori di questa posizione si vedano per tutti R. LECCESE, *Art. 1. Definizione*, in G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, Giuffrè, Milano, 1999, 32; G. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive. Il commento*, in *CG*, 1998, 8, 883; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno*

la istanza di tutela del subfornitore ad ogni altro aspetto ritenuto secondario. Per chi invece non intenda spingersi fino a dipingere con toni paternalisti il legislatore, preferendo rimanere ancorato al dato normativo, può essere convincente la esegesi del quarto comma dell'articolo 5 della legge n. 192/1998, che ha insinuato in molti la convinzione che il legislatore avesse inteso offrire solo una "tutela minima", di natura appunto "trasversale" ⁽⁵⁹⁾, così che ai rapporti di subfornitura si applicherebbe la disciplina delle singole fattispecie contrattuali tipiche che meglio si attagliano al caso concreto, ove non derogate dalla legge n. 192/1998. Tale convinzione troverebbe, tra l'altro, fondamento anche nella disorganicità dell'impianto normativo, scarsamente idoneo a presentarsi quale modello autonomo ⁽⁶⁰⁾. Il rapporto di subfornitura, in qualsiasi modo si configuri, non pare inoltre presentare una causa nuova e diversa rispetto ai contratti a cui viene di volta in volta assimilato ⁽⁶¹⁾.

Tali tesi, come anticipato, non hanno però persuaso tutti i commentatori: taluni hanno disconosciuto l'assimilazione con il Codice del consumo sul presupposto che nella legge n. 192/1998 non è presente un ritratto del subfornitore, ma una descrizione del rapporto di subfornitura ⁽⁶²⁾; altri hanno aggiunto che la pretesa disorganicità dell'intervento normativo potrebbe essere meglio compresa ove fosse letta come disciplina cornice, creata esclusivamente per far fronte alle criticità che il contratto – già socialmente tipico – aveva fatto emergere nella prassi ⁽⁶³⁾. La consistenza di tali affermazioni può essere apprezzata ove si ritenga che condizione necessaria e sufficiente alla identificazione di una nuova fattispecie contrattuale sia la

1998, n. 192: "correzione" della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole?, in *Responsabilità Comunicazione Impresa*, 1998, 3, 403.

⁽⁵⁹⁾ Si vedano, *ex multis*, G. DE NOVA, *Introduzione*, in G. DE NOVA, A. CHIESA, A. DELFINI, D. MAFFEIS, A. SALVADÈ, *La Subfornitura*, Ipsoa, Milano, 1998, 5; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura: la nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Cedam, Padova, 1999, 44; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *I Contratti*, 1999, 2, 191.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. S. POLIDORI, *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2007, 3, 695, e R. LECCESE, *op. cit.*

⁽⁶¹⁾ In tal senso si veda G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *I Contratti*, 1998, 4, 412, e R. LECCESE, *op. cit.*

⁽⁶²⁾ Si confronti infatti l'art. 3 del Codice del consumo con l'art. 1 della l. n. 192/1998. Sul punto si veda V. FRANCESCHELLI, *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Subfornitura*, Giuffrè, Milano, 1999, 14.

⁽⁶³⁾ Cfr. A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *GC*, 1999, 6, 251 e C. BERTI, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Giuffrè, Milano, 2000, 94.

determinazione dei soli elementi essenziali ⁽⁶⁴⁾ (in dottrina vengono in particolare indicati a favore della tipicità del contratto di subfornitura tre aspetti principali: il presupposto soggettivo, la forma ⁽⁶⁵⁾ e la particolarità della prestazione dedotta in contratto ⁽⁶⁶⁾, che, considerate la soggezione del subfornitore alle direttive impartite dal committente e la strumentalità dei beni prodotti dal subfornitore rispetto alle opere complesse del committente, per alcuni parrebbe idonea ad integrare un nuovo profilo causale) ⁽⁶⁷⁾.

Assumono infine rilievo i lavori preparatori della legge n. 192/1998: nella relazione al testo unificato dei disegni di legge Wilde n. 637 e Tapparo n. 644 (XIII Legislatura) si afferma che si è optato per la configurazione autonoma del contratto di somministrazione di subfornitura industriale ⁽⁶⁸⁾. Se per alcuni tale argomento pare decisivo ⁽⁶⁹⁾, per altri – pur riconoscendo la iniziale volontà del legislatore di creare un nuovo contratto tipico – detto intento non è poi stato trasposto nella legge n. 192/1998 ⁽⁷⁰⁾.

La incertezza qualificatoria è tale che, in dottrina, vi è persino chi sostiene che il legislatore del 1998 abbia rinunciato a dettare una disciplina esaustiva del contratto di subfornitura, al più innescando un processo di tipizzazione a metà ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. A. TULLIO, *op. cit.*, e A. DE NICOLA, L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive. Il nuovo contratto di subfornitura ex legge 18 giugno 1998, n. 192. Disciplina civilistica e fiscale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1998, 13.

⁽⁶⁵⁾ Con particolare riguardo al requisito della forma si veda anche Trib. Bari 30 ottobre 2006, in banca dati *Leggi cit.*, secondo cui la «disciplina della subfornitura ha definito un nuovo tipo contrattuale. Un indice assai rilevante nel senso della tipicità deve essere rinvenuto nella norma che commina la nullità del contratto in conseguenza del mancato rispetto della forma scritta (art. 2)».

⁽⁶⁶⁾ Cfr. C. BERTI, *op. cit.*

⁽⁶⁷⁾ Tali elementi vengono presi in considerazione anche dalla giurisprudenza di merito al fine di identificare i contratti ai quali sia applicabile la l. n. 192/1998. Si veda ad esempio: Trib. Rovigo 3 giugno 2008, in banca dati *Leggi cit.*; Trib. Roma 23 gennaio 2008, in banca dati *Leggi cit.*; Trib. Torino 13 dicembre 2007, in banca dati *Leggi cit.*; Trib. Monza 9 maggio 2007, in banca dati *Leggi cit.* In tal senso si veda anche F. BALDASSARELLI, *Ancora a proposito di alcuni aspetti del contratto di subfornitura previsto dalla legge 18 giugno 1998 n. 192*, in *AC*, 2001, 2, 151.

⁽⁶⁸⁾ Consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Subfornitura*. Per un'analisi dell'iter parlamentare della l. n. 192/1998 si veda l'atto del Senato n. 644 (XIII Legislatura), in www.senato.it.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A. TULLIO, *op. cit.*; F. BALDASSARELLI, *op. cit.*; V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*; A. DE NICOLA, L. COLOMBO, *op. cit.*

⁽⁷⁰⁾ Si veda F. BORTOLOTTI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*

⁽⁷¹⁾ R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Rivista di Diritto Privato*, 1998, 4, 712.

3.1. La subfornitura ed alcuni contratti tipici.

Sia che si prediliga la tesi della tipicità⁽⁷²⁾, sia che si condivida maggiormente quella della trasversalità⁽⁷³⁾, appare pacifico che in tutti i casi in cui vi sarà un rapporto identificabile nei canoni previsti dall'articolo 1 della legge n. 192/1998, si applicherà la disciplina sulla subfornitura. Controverso è invece determinare la normativa applicabile a tali rapporti per tutti gli aspetti che esulino dalla legge del 1998. Sul punto si rinvengono in dottrina diversi contributi: chi ha analizzato il problema prima della entrata in vigore della legge n. 192/1998⁽⁷⁴⁾ ha spesso assimilato la subfornitura – in quanto contratto socialmente tipico – alla fattispecie contrattuale dell'appalto, considerata la forte similitudine tra le cause dei due contratti; in tempi più recenti, invece, la subfornitura è stata associata anche ad altre fattispecie contrattuali tipiche, quali il contratto d'opera (articolo 2222 del codice civile), la vendita di cosa futura (articolo 1472 del codice civile) e la somministrazione di beni (articolo 1559 del codice civile)⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ Oltre alla citata dottrina vi è una corrente giurisprudenziale che, pur non qualificando espressamente il contratto di subfornitura come fattispecie tipica, ritiene applicabile la disciplina di cui all'art. 9 della l. n. 192/1998 (abuso di dipendenza economica) solo ai rapporti individuati dall'art. 1 della medesima. Tale interpretazione si pone quindi contro la portata trasversale della l. n. 192/1998. In tal senso si veda: Trib. Roma 4 luglio 2011, in banca dati *Leggi cit.*; Trib. Bologna 19 maggio 2009, in banca dati *Leggi cit.*; Trib. Roma 5 maggio 2009, in *FI*, 2011, 1, 256; Trib. Torino 8 novembre 2006, in banca dati *Leggi cit.* Tuttavia deve essere rilevato come contro tale interpretazione si sia pronunciata Cass., sez. un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in banca dati *Leggi cit.*, stabilendo che «l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura [...] l'abuso in questione si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di "rapporti commerciali"». In precedenza si erano già espresse in tal senso anche alcune corti di merito: Trib. Parma 15 ottobre 2008, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 1, 77; Trib. Isernia 12 aprile 2006, in banca dati *Leggi cit.*; Trib. Catania ord. 5 gennaio 2004, in *Gius.*, 2004, 10, 2293. Una posizione intermedia è invece sostenuta da Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *GI*, 2009, 1, 109, secondo cui «la nullità del patto attraverso cui si realizza un abuso di dipendenza economica è comminata da una normativa settoriale riferibile, oltre che alla subfornitura, a tutti i rapporti che realizzano un'integrazione verticale nel processo produttivo o distributivo fra più imprese, ma non può estendersi in via generale ad altre ipotesi di dipendenza economica che possono determinare uno squilibrio fra le posizioni contrattuali, ad esempio nei rapporti verso la banca finanziatrice».

⁽⁷³⁾ In tal senso – oltre alla citata dottrina – si veda la pronuncia del Trib. Orvieto 27 agosto 2010, in banca dati *Leggi cit.*, secondo cui «il termine subfornitura utilizzato dalla l. 18.6.1998 n. 192 [...] sta ad indicare il rapporto contrattuale atipico in base al quale un imprenditore (committente) conferisce ad un altro imprenditore (subfornitore) l'incarico di predisporre parti del prodotto finale o di svolgere talune fasi del processo produttivo, ove questo sia scomponibile». Sulla stessa linea si veda Trib. Isernia 12 aprile 2006, *cit.*

⁽⁷⁴⁾ Per un approfondimento si veda G. ALPA, *Il contratto di subfornitura*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1989, vol. 11, *Obbligazioni e contratti*, tomo III, 87.

⁽⁷⁵⁾ In merito si è pronunciata anche Cass. 29 maggio 2008, n. 14431, in banca dati *Leggi cit.*, sostenendo che il rapporto di subfornitura, «enucleato al fine di dare adeguata tutela, da abusi che determinino un

L'appalto è certamente la fattispecie che presenta più punti di contatto con il rapporto di subfornitura. Il relativo schema contrattuale pare in effetti il più idoneo a prevedere la necessità che quanto prodotto dal subfornitore corrisponda alle specifiche dettate dal committente, elemento essenziale di tale rapporto ⁽⁷⁶⁾. D'altronde, dall'articolo 1 della legge n. 192/1998 emerge che la subfornitura è sostanzialmente una prestazione di fare, consistente nella realizzazione di una opera o di un servizio *ad hoc* per il committente, così che tra appalto e subfornitura è ravvisabile un rapporto di genere a specie ⁽⁷⁷⁾. Invero alcuni autori osteggiano tale tesi, ritenendo che non sia altro che un mero retaggio dei tempi fondato sulla storica assimilazione della subfornitura al subappalto ⁽⁷⁸⁾. Ciò sarebbe desumibile da un'attenta comparazione tra le discipline, che rivelerebbe come tra le medesime siano presenti diversi elementi di incompatibilità e, pertanto, la una parrebbe essere ausiliare all'altra solo in sporadiche occasioni ⁽⁷⁹⁾.

Parte della dottrina sostiene invece che i rapporti di subfornitura potrebbero ricondursi al contratto di prestazione d'opera, intravedendo similitudini tra lo schema della subfornitura e quanto previsto dall'articolo 2222 del codice civile ⁽⁸⁰⁾. Di contro è stato obiettato che il contratto d'opera appartiene strutturalmente alla categoria del lavoro autonomo, mentre la subfornitura vede come parte necessaria un imprenditore ⁽⁸¹⁾. Tale affermazione pare però non tener conto della categoria dei piccoli imprenditori prevista dall'articolo 2083 del codice civile.

Un'altra fattispecie contrattuale affine al rapporto di subfornitura è stata inoltre individuata nella somministrazione di beni, la cui normativa sarebbe applicabile ove la

eccessivo squilibrio nei diritti e negli obblighi delle parti, alle imprese che lavorino in stato di dipendenza economica rispetto ad altre, riguarda il fenomeno meramente economico della c.d. integrazione verticale fra imprese, ma è riferibile ad una molteplicità di figure negoziali; a volte estremamente eterogenee, da individuarsi caso per caso, potendo assumere i connotati del contratto di somministrazione [di beni], della vendita di cose future, dell'appalto d'opera o di servizi ecc. Distinzione che va quindi fatta non certo in base al grado di "autonomia e discrezionalità" [...] bensì all'effettivo oggetto (lavoro-cosa) e modalità della prestazione».

⁽⁷⁶⁾ Per un approfondimento sugli elementi di sovrapposizione tra il contratto di appalto ed il rapporto di subfornitura si veda C. BERTI, B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 23*, Giuffrè, Milano, 2005, 19.

⁽⁷⁷⁾ *Ivi*, 25.

⁽⁷⁸⁾ Tale assimilazione è presente anche in giurisprudenza, cfr. T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, Sent., 18 marzo 2011, n. 1503, in banca dati *Leggi cit.*

⁽⁷⁹⁾ Cfr. V. FRANCESCHELLI, *op. cit.* In tal senso si veda anche Trib. Bari 30 ottobre 2006, *cit.*

⁽⁸⁰⁾ Cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; G. IUDICA, *op. cit.*; A. FRIGNANI, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*; M. GRANIERI, *Subfornitura industriale: riflessi in ambito distributivo e concorrenziale*, in *Disciplina del Commercio*, 1999, 1, 61.

⁽⁸¹⁾ Cfr. V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*

prestazione del subfornitore avesse natura continuativa e periodica ⁽⁸²⁾. In applicazione di tale disciplina contrattuale, però, il committente non potrebbe impartire direttive o “specifiche tecniche”, e si verificherebbe quindi una incompatibilità tra lo schema contrattuale della somministrazione ed un requisito essenziale del rapporto di subfornitura ⁽⁸³⁾. Inoltre è stato sostenuto che le norme della legge n. 192/1998 andrebbero a derogare quasi interamente la disciplina della somministrazione di beni; pertanto, sarebbero esigui gli ambiti in cui quest’ultima potrebbe essere utilizzata in funzione ausiliaria ⁽⁸⁴⁾.

Alcuni autori hanno infine rilevato come la subfornitura abbia affinità con il contratto di vendita ⁽⁸⁵⁾, ed in particolare con lo schema del contratto di vendita di cosa futura ⁽⁸⁶⁾. Si potrebbe considerare rilevante tale affinità nel caso in cui il subfornitore si impegnasse a fornire al committente un prodotto che potrebbe realizzare apportando solamente modifiche marginali rispetto alla produzione seriale, tali da non comportare una alterazione dei normali mezzi di produzione. Tuttavia, anche in questo caso emergono dubbi rispetto alla compatibilità dello schema contrattuale della vendita con il requisito delle direttive o specifiche tecniche. Appare infatti improbabile che la realizzazione di un prodotto *ad hoc* possa avvenire con modifiche marginali alla

⁽⁸²⁾ Cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; G. IUDICA, *op. cit.*; A. FRIGNANI, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*; M. GRANIERI, *op. cit.*

⁽⁸³⁾ Cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*, 4.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*

⁽⁸⁵⁾ Cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; G. IUDICA, *op. cit.*; A. FRIGNANI, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*; M. GRANIERI, *op. cit.*; F. BORTOLOTTI, *op. cit.*; F. BALDASSARELLI, *op. cit.* *Contra*, A. TULLIO, *op. cit.*, secondo cui «il “subfornitore” non assumerà mai la veste di venditore, né potrà per conseguenza trovare applicazione la disciplina del tipo legale della vendita». L’affinità tra la subfornitura e la vendita è stata, tra l’altro, oggetto della pronuncia del Trib. Modena, sez. II, 12 aprile 2012, n. 617 in banca dati *De Jure* in cui il giudice, dopo aver affermato che «si ha subfornitura ai sensi dell’art. 1 l. n. 192 del 1998 qualora un imprenditore (committente) isoli una (o più) delle fasi in cui si articola il processo produttivo – fasi che, comunque, potrebbe esso stesso svolgere direttamente con una diversa organizzazione della produzione, impiegando risorse (materie prime, macchinari e personale) proprie – per affidarla all’esterno, ad altro imprenditore, il quale, nell’eseguire la prestazione, dovrà attenersi alle indispensabili direttive di carattere tecnico impartite dal committente. La subfornitura è infatti caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull’esecuzione dei lavori da parte dell’impresa committente. Progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli e prototipi sono forniti dall’impresa committente, la quale, dovendo il prodotto o servizio essere inserito nella produzione di un bene complesso, trasferisce al subfornitore il cosiddetto *know how*, nel senso dell’intero patrimonio conoscitivo sul come produrre un determinato bene o servizio», ha ritenuto che il caso di specie integrasse un insieme di vendite e non un rapporto di subfornitura.

⁽⁸⁶⁾ In quanto vi era chi, ad esempio V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, sosteneva che «sia le lavorazioni, sia la fornitura di prodotti o servizi sono incompatibili con i presupposti di cui all’art. 1470, visto che nella vendita la cosa esiste già al momento della stipulazione del contratto».

produzione ⁽⁸⁷⁾. Pertanto, saranno piuttosto rare le ipotesi in cui un rapporto di subfornitura potrà essere assimilato ad un contratto di vendita di cosa futura.

Appare allora evidente come il dibattito sulla tipicità o la trasversalità del rapporto di subfornitura non possa essere ridotto ad una mera istanza classificatoria, ma piuttosto rilevi da un punto di vista più spiccatamente pragmatico. Ai fini della corretta esecuzione di un rapporto di subfornitura sarà infatti necessario conoscere, *in primis*, quale sia il quadro normativo di riferimento ed, *in secundis*, se la normativa *extra* legge n. 192/1998 sia applicabile direttamente in quanto non derogata dalla medesima, come ritengono i sostenitori della tesi della trasversalità, oppure solamente in via analogica ⁽⁸⁸⁾, come ritengono i sostenitori della opposta tesi della tipicità.

3.2. L'applicabilità della disciplina del contratto di appalto.

Ritenendo, tra quelle prospettate, maggiormente condivisibile la tesi dell'applicabilità delle norme relative al contratto di appalto al rapporto di subfornitura ⁽⁸⁹⁾, si ritiene opportuno effettuare una riflessione su alcuni tratti peculiari della disciplina dell'appalto. Sostenere l'applicabilità della disciplina dell'appalto non comporta soltanto l'applicazione di norme di natura commerciale, quali ad esempio quelle che regolano i termini per le contestazioni in merito alla esecuzione della subfornitura ⁽⁹⁰⁾, ma anche quella disciplina a tutela dei lavoratori analizzata sopra. Peraltro al momento della entrata in vigore della legge n. 192/1998 era ancora vigente la legge n. 1369/1960 e, nonostante tale tipologia contrattuale non abbia suscitato particolare interesse tra i giuslavoristi, non è mancato chi ha sostenuto che la sola circostanza che non sia stato previsto un coordinamento tra le due discipline non avrebbe potuto condurre ad

⁽⁸⁷⁾ Cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*

⁽⁸⁸⁾ Si tenga presente che non possono essere applicate in via analogica le norme eccezionali, e l'analogia non è consentita ove la *ratio* delle leggi non sia la medesima. Ove si propenda per tale interpretazione si dovrà quindi verificare, di volta in volta, quali leggi siano applicabili in via analogica e quali no. Per una disamina delle possibili implicazioni si veda C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*, 6.

⁽⁸⁹⁾ In senso conforme cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*; F. BORTOLOTTI, *op. cit.*; S. POLIDORI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; G. IUDICA, *op. cit.*; A. FRIGNANI, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*; M. GRANIERI, *op. cit.*; U. RUFFOLO, *op. cit.*

⁽⁹⁰⁾ Ove si ritenesse applicabile la disciplina dell'appalto al rapporto di subfornitura – considerato il quarto comma dell'art. 5 della l. n. 192/1998 – si potrebbe sostenere che le parti potranno stabilire nel contratto il termine per sollevare eventuali contestazioni in merito alla esecuzione della subfornitura che non potrà derogare i 60 giorni dalla scoperta del vizio previsti dall'art. 1667 c.c.

escludere la applicabilità della legge n. 1369/1960 al rapporto di subfornitura ⁽⁹¹⁾. Infatti, poiché la legge n. 192/1998 regola solamente i rapporti tra i due imprenditori, non si sarebbe potuta intravedere una deroga al dettato della legge n. 1369/1960 riguardo ai rapporti tra i medesimi ed i lavoratori implicati nella filiera contrattuale ⁽⁹²⁾. Peraltro vi è stato anche chi ha sostenuto che proprio la accertata posizione di subalternità economica della impresa subfornitrice rispetto alla impresa committente richiede una forma di tutela a garanzia delle condizioni dei lavoratori impiegati in tali rapporti contrattuali. Tale ragionamento ha inoltre indotto a ritenere che l'articolo 3, della legge n. 1369/1960 si sarebbe dovuto applicare a tutte le situazioni caratterizzate da continuità e mono-committenza, compresi il contratto di agenzia con agente monomandatario, il *franchising* e in generale tutte le altre forme di esternalizzazione (come ad esempio *auditing, factoring, marketing, engineering, etc.*), quando esse si svolgano in condizioni di dipendenza economica ⁽⁹³⁾.

Nonostante tali riflessioni facciano riferimento ad un quadro normativo abrogato, rimane comunque attuale, nel panorama normativo vigente, la *ratio* di tutela del lavoratore impiegato nella filiera dell'appalto e pertanto i predetti ragionamenti possono essere intesi quale premessa concettuale per ogni successiva considerazione volta a comprendere se la disciplina prevista per l'appalto possa ritenersi applicabile anche al contratto di subfornitura. Analizzando gli undici articoli della legge n. 192/1998 non sembra possano rinvenirsi elementi di impedimento; inoltre tale disciplina parrebbe applicabile anche in via analogica, considerato che non sembra trattarsi di norme eccezionali ⁽⁹⁴⁾ e che la *ratio* di tutela del lavoratore che le regge non pare porsi in

⁽⁹¹⁾ M. BIAGI, *Disciplina della subfornitura e rapporti di lavoro*, in *GLav*, 1999, 8, 14.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*. Sulla stessa linea si veda M. SALA CHIRI, *Subfornitura ed appalto di lavoro*, in *ADL*, 2003, 1, 219.

⁽⁹³⁾ P. ICHINO, *Le nuove forme del decentramento produttivo*, in *RIDL*, 1999, 3, 149. *Contra* si veda G. NICOLINI, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *GLav*, 1998, 48, 12.

⁽⁹⁴⁾ Per un'autorevole definizione di "norma eccezionale" si veda AA.VV., *Art. 14. Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Utet, Torino, 1981, vol. 1, 106, in cui viene rilevato che «il concetto di norma eccezionale è un concetto estremamente vago e generico e soprattutto un concetto relativo e storicamente condizionato che dipende dalla stessa relatività del concetto di norma comune o normale [...]. D'altra parte, si soggiunge, non sembra che, dopotutto, gli stessi concetti di norma e di diritto eccezionale, pur essendo concetti di relazione e storicamente condizionati, non possano avere un significato storicamente valido e scientificamente determinabile. E questo significato è appunto da vedere, si dice, nel fatto che le norme eccezionali sono caratterizzate da una collisione o contrasto o deroga rispetto ai principi fondamentali di carattere politico-valutativo dell'ordinamento giuridico in cui esse sono inserite». In tal senso si veda anche A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1999, vol. 1, *Premesse e disposizioni*

contrasto con la tutela del contraente debole apprestata dalla legge n. 192/1998. Pertanto, sia che si riconosca la tipicità del contratto di subfornitura, sia che si preferisca inquadrarlo come disciplina trasversale, non parrebbero esserci ostacoli all'applicazione della normativa dettata per l'appalto.

Volendo invece osservare il predetto scenario da un'altra prospettiva, si potrebbe rilevare come tali norme non siano applicabili in quanto non espressamente previste dal legislatore; per sostenere coerentemente tale tesi bisognerebbe però condividere la posizione minoritaria della tipicità giuridica del contratto di subfornitura.

Come visto sopra, posizione analoga è stata espressa relativamente al contratto di trasporto dal Ministero del lavoro nella circolare n. 17/2012. Tuttavia in tale circostanza – come peraltro già aveva avuto modo di affermare il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ⁽⁹⁵⁾ – si ritiene inapplicabile la disciplina dell'appalto, e segnatamente la normativa sulla responsabilità solidale, sul presupposto dei palesi caratteri di tipicità presentati dal contratto di trasporto. Le considerazioni espresse dalla prassi amministrativa paiono pertanto difficilmente traslabili ai rapporti di subfornitura, considerato che questi difettano di indipendente disciplina autonoma.

Come brevemente accennato sopra, il Ministero del lavoro è intervenuto anche riguardo alle fattispecie atipiche, segnatamente, con la risposta ad interpello n. 2/2012 si è espresso in riferimento alla fattispecie del c.d. “nolo a caldo”, «figura contrattuale atipica diffusa nella prassi commerciale» e per questo assimilabile al rapporto di subfornitura, affermando che «la disciplina in materia di responsabilità solidale è evidentemente legata alla figura dell'appalto e non a quella del nolo a caldo (ferme restando forme patologiche di utilizzo di tale ultimo strumento contrattuale), sebbene non possa sottacersi un importante indirizzo giurisprudenziale volto a interpretare il complessivo quadro normativo nel senso di una estensione quanto più ampia possibile del regime solidaristico in ragione di una maggior tutela per i lavoratori interessati».

preliminari, 429, in cui viene fatto riferimento alla sentenza C. Stato 21 novembre 1990, n. 971, in *CS*, 1990, 1, 1467, con la quale viene chiarito che per “norma eccezionale” si intende «una norma caratterizzata nella sua essenza, da una condizione di contrasto o di deroga, rispetto ai fondamentali principi che un ordinamento esprime, di tal che la regolamentazione intervenuta si appalesa inidonea – proprio per tale anomalia – ad essere estesa a fattispecie in essa non espressamente considerate». Posto che le norme applicabili ai contratti di appalto rivolte alla tutela del lavoratore o del contraente debole *tout court* non sembrano porsi né in contrasto né in deroga rispetto ai principi generali dell'ordinamento giuridico, anche alla luce delle definizioni sopra riportate, difficilmente potrebbero essere identificate come “norme eccezionali”.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, nota del 13 gennaio 2010, *cit.*

Tali conclusioni parrebbero pertanto estensibili anche al rapporto di subfornitura. In tal senso si è peraltro espresso il Ministero del lavoro nella risposta ad una richiesta di chiarimenti pervenuta dalla Direzione territoriale di Pisa recante ad oggetto la possibile applicazione del regime di responsabilità solidale *ex* articolo 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 alle c.d. lavorazioni per conto terzi ⁽⁹⁶⁾. Nel predetto atto la Direzione generale per l'attività ispettiva, Divisione II, ha ritenuto che «sebbene l'applicazione delle tutele solidaristiche dell'art. 29 siano applicabili esclusivamente allo schema contrattuale dell'appalto, non è possibile escludere a priori eventuali posizioni giurisprudenziali che, in analogia alla richiamata sentenza della Suprema Corte [Cass. 07 marzo 2008, n. 6208 ⁽⁹⁷⁾], estendano le medesime tutele in relazione al contratto di subfornitura».

3.3. L'applicabilità delle norme a protezione dei lavoratori.

Elemento nodale della discussione diviene quindi l'applicabilità alla filiera della subfornitura della disciplina a protezione dei lavoratori impiegati nella filiera dell'appalto che, come visto sopra, prevede anche varie forme responsabilità solidale. In tal caso, nei rapporti di subfornitura, il committente sarebbe vincolato sia dalle norme a protezione del contraente debole apprestate dalla legge n. 192/1998, sia da quelle a protezione del prestatore di lavoro, tipiche della disciplina dell'appalto. In dottrina, seppur con riferimento alla disciplina della legge n. 1369/1960, è stato rilevato come sarebbe stato opportuno estendere la normativa a protezione dei lavoratori a tutti quei rapporti tra imprese caratterizzati da dipendenza economica e monocommittenza ⁽⁹⁸⁾. D'altra parte è stato sostenuto come la legge n. 192/1998 proteggendo la impresa subfornitrice avrebbe, indirettamente, fornito anche una forma di tutela ai relativi lavoratori ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁶⁾ Consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Subfornitura*.

⁽⁹⁷⁾ Cass. 07 marzo 2008, n. 6208, in banca dati *Leggi cit.*

⁽⁹⁸⁾ Cfr. P. ICHINO, *Le nuove forme del decentramento produttivo*, cit.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. M. BIAGI, *op. cit.* Per un approfondimento sui temi della responsabilità solidale nei processi di esternalizzazione si veda D. VENTURI, *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *DRI*, 2010, 3, 836, secondo cui «la protezione assicurata ai lavoratori attraverso il vincolo della solidarietà valorizza il collegamento contrattuale tra le operazioni commerciali delle

A fronte del silenzio normativo, della mancanza di un orientamento giurisprudenziale consolidato ⁽¹⁰⁰⁾, ed in presenza di numerose elaborazioni dottrinali che sostengono l'applicabilità della disciplina di contratti diversi dall'appalto ad ipotesi del genere, si intravede il rischio che nella prassi si sviluppi la tendenza a sottoscrivere contratti di subfornitura in cui l'imprenditore committente, per sottrarsi alle norme sulla responsabilità solidale, induca l'imprenditore subfornitore – e quindi contraente debole – ad inserire nel contratto di subfornitura una clausola che disponga che, per tutto ciò che le parti non hanno previsto, verranno applicati gli articoli del codice civile sulla vendita, piuttosto che quelli sulla somministrazione di beni o sul contratto d'opera. E tali scelte – accomunate dall'intento elusivo delle più “pesanti” norme in materia di appalto – potrebbero tra l'altro essere agevolmente giustificate valorizzando una delle tesi sopra brevemente illustrate.

Inoltre, non dovrebbe essere sottovalutato il comportamento di chi stipula un contratto di subfornitura in luogo di un contratto di appalto, sempre al fine di aggirare una normativa copiosa e restrittiva. Si pensi non solo alla richiamata responsabilità solidale, ma anche al necessario rispetto di trattamenti retributivi minimi da garantirsi ai lavoratori impiegati ⁽¹⁰¹⁾, all'obbligo di possesso del documento unico di regolarità contributiva (c.d. Durc) ⁽¹⁰²⁾, all'obbligo di elaborare il documento unico di valutazione

imprese (contratti di appalto, di somministrazione di lavoro, di cessione d'azienda o di ramo d'azienda) ed i contratti di lavoro che interessano i lavoratori coinvolti».

⁽¹⁰⁰⁾ Tra le poche pronunce sul tema si veda ad esempio Trib. Monza 10 marzo 2004, in *Gius*, 2004, 14, 2902, secondo cui «al di fuori degli aspetti regolati espressamente e compiutamente dalla l. 18 giugno 1998, n. 192, il regime della responsabilità del subfornitore deve essere ricavato dalle norme che disciplinano i singoli tipi contrattuali cui di volta in volta il rapporto di subfornitura sia riconducibile». Tale statuizione tuttavia non fa altro che riprendere quanto sostenuto in dottrina senza indicare i criteri da prendere in considerazione al fine di applicare la disciplina dell'appalto piuttosto che quella della vendita, della somministrazione di beni o del contratto d'opera. Analizzando le pronunce della giurisprudenza in materia di subfornitura si coglie chiaramente come l'aspetto di maggior interesse sia stato la verifica rispetto all'applicabilità dell'art. 9 della l. n. 192/1998 (abuso di dipendenza economica) ad altre fattispecie rispetto al rapporto definito dall'art. 1 della suddetta legge. Sul punto, come visto in precedenza, si presume che il dibattito giurisprudenziale seguirà l'orientamento proposto da Cass., sez. un., ord. n. 24906/2011, *cit.*

⁽¹⁰¹⁾ Come ricordato dalla circ. Min. lav. n. 5/2011, *cit.*, infatti, fermi restando il disposto dell'art. 36 Cost. e dell'art. 36 della l. n. 300/1970, il comma 1175 dell'art. 1 della l. n. 296/2006 (c.d. legge finanziaria 2007) stabilisce l'obbligo del rispetto «degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi favorendo pertanto l'applicazione delle tariffe minime retributive previste dalla contrattazione collettiva ed il rispetto delle norme contrattuali relative al personale nei casi di cambio d'appalto.

⁽¹⁰²⁾ Come previsto dal comma 1175, art. 1, l. n. 296/2006, «a decorrere dal 1° luglio 2007, i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale sono

dei rischi interferenziali (c.d. Duvri) ed alla necessità di rispettare tutti gli obblighi previsti dall'articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008 – così come modificato da ultimo dal decreto legge n. 69/2013, convertito con modificazioni dalla l. n. 98/2013 – in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. È pur vero che potrebbe ravvisarsi la nullità del contratto ove si dimostri che esso sia stato posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge; tuttavia la relativa prova appare particolarmente complessa, considerata la spiccata affinità delle due fattispecie contrattuali.

Ove le parti decidessero di “preferire” il contratto di subfornitura al contratto di appalto, da un lato rischierebbero di incorrere nella fattispecie di abuso di dipendenza economica, ma dall'altro eviterebbero di assoggettarsi a numerose norme altrettanto restrittive della libertà contrattuale. Non è quindi detto che qualche imprenditore particolarmente “ben consigliato” non abbia già valutato tale scappatoia.

3.4. La differenziazione dalla somministrazione di lavoro.

La subfornitura, al pari dell'appalto, se utilizzata in maniera fraudolenta, appare idonea a dar vita ad una forma di somministrazione illecita ⁽¹⁰³⁾, pertanto potrebbero ritenersi applicabili anche al rapporto di subfornitura i criteri differenziali individuati dalla legge per distinguere appalto e somministrazione di lavoro. Così non parrebbe ardito richiedere che anche il subfornitore debba farsi carico della organizzazione dei mezzi necessari ⁽¹⁰⁴⁾, eventualmente anche attraverso l'«esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto», e dall'«assunzione [...] del

subordinati al possesso, da parte dei datori di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva». Peraltro, come ricordato dalla circ. Min. lav. n. 5/2011, *cit.*, sotto il profilo strettamente contributivo, l'assenza del Durc comporta già di per sé la esclusione della partecipazione alle gare di appalto.

⁽¹⁰³⁾ Sul punto si è, tra l'altro, pronunciato il Trib. Pisa 20 luglio 2009, n. 339, in banca dati *Leggi, cit.*, ritenendo che sia «illecito il contratto di subfornitura il cui oggetto consista nel mettere a disposizione del committente una prestazione di lavoro subordinato, lasciando al subfornitore i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (retribuzione, assegnazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione mediante le opportune sostituzioni), senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo».

⁽¹⁰⁴⁾ Per un approfondimento sul requisito della organizzazione dei mezzi si veda il Ministero del lavoro, nella risposta ad interpello n. 77 del 20 ottobre 2009, avente ad oggetto «Art. 9, d.lgs. n. 124/2004 – affidamento di attività in subappalto – art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003» in *www.bollettinoadapt.it*, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*.

rischio d'impresa». Tali aspetti rappresentano però punti molto delicati del rapporto di subfornitura: taluni ritengono infatti che il potere organizzativo non si addica alle caratteristiche tipiche del subfornitore, soggetto al controllo diretto della impresa committente e pertanto privato di autonoma capacità valutativa ⁽¹⁰⁵⁾. Contro tale posizione è stato obiettato che il subfornitore non è, comunque, un «supino esecutore delle istruzioni ricevute e pertanto non difetta [...] in capo allo stesso quel minimo di autonomia che caratterizza l'appaltatore» ⁽¹⁰⁶⁾. Le caratteristiche del rapporto di subfornitura lascerebbero poi qualche dubbio sulla presenza, in capo al subfornitore, del rischio di impresa, che tuttavia potrebbe essere intravisto ove si valorizzasse la responsabilità di quest'ultimo rispetto al bene prodotto ⁽¹⁰⁷⁾.

Quelli appena richiamati non sono però gli unici criteri per identificare la genuinità dell'appalto, poiché devono essere presi in considerazione anche i consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia ⁽¹⁰⁸⁾. Tuttavia i pochi spunti sopra indicati paiono già di per sé sufficienti a dimostrare come la fattispecie della somministrazione di lavoro illecita possa celarsi anche in un contratto di subfornitura, e non solo in un contratto di appalto ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Sul punto cfr. App. Firenze 16 agosto 2011, in banca dati *Leggi, cit.*, secondo cui «la supremazia tecnologica della committenza che caratterizza il rapporto di subfornitura [...] vede invece l'impresa esecutrice in posizione di dipendenza cognitiva». Tale dipendenza viene dimostrata dalla circostanza che, «senza il *know-how* procurato dalla committente, l'interlocutore non sarebbe in grado di fare quella certa cosa che pure gli viene chiesto di fare, ciò che lo mette in condizione di dipendenza cognitiva e, conseguentemente, di debolezza contrattuale, non avendo egli la possibilità di guidare autonomamente (come abitualmente fa l'appaltatore) le scelte tecniche che conducono al risultato ed essendo quindi costretto a seguire pedissequamente, se non addirittura ciecamente, l'impostazione tecnica che gli proviene dalla committenza». In senso conforme cfr. anche Trib. Catania 9 luglio 2009, in *FI*, 2009, 10, 1, 2813, e Trib. Bari 30 ottobre 2006, *cit.*

⁽¹⁰⁶⁾ C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*, 22.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁰⁸⁾ Per il cui approfondimento si veda R. ROMEI, *op. cit.*, e P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro, cit.*, 857.

⁽¹⁰⁹⁾ Si veda ad esempio la pronuncia del Trib. Pesaro 5 maggio 2009, in banca dati *Leggi, cit.*, in cui una società contestava un accertamento contenuto in un verbale Inps adducendo di «aver sottoscritto con U. P. due contratti di subfornitura; che a tal fine aveva verificato il positivo adempimento degli obblighi contributivi a carico della subfornitrice; che non era tenuta a svolgere indagini sulla effettiva struttura imprenditoriale della U. P.; che l'attività svolta dai dipendenti dell'appaltatrice non era stata soggetta ad alcuna forma di ingerenza del committente». Il Tribunale di Pesaro nella fattispecie ha respinto il ricorso andando a verificare concretamente le modalità di esecuzione dei contratti ed avvalendosi ai fini della decisione delle testimonianze di due lavoratori della società ricorrente e di un lavoratore della società presunta subfornitrice. Sempre sul punto si veda anche il caso affrontato dal Trib. Milano 24 ottobre 2011, in banca dati *Leggi, cit.*, in cui gli ispettori Inps ritenevano sussistere una somministrazione di lavoro in luogo di un contratto di subfornitura. Anche alla luce di tali situazioni pare condivisibile quanto sostenuto da P. ICHINO, *Le nuove forme del decentramento produttivo, cit.*, secondo cui «la differenza nell'assetto degli interessi coinvolti nel caso della subfornitura e in quello della somministrazione

Per far fronte alle difficoltà che potrebbero nascere ogni qual volta l'interprete fosse chiamato a distinguere tra appalto e somministrazione di lavoro, il legislatore – tramite l'articolo 84 del decreto legislativo n. 276/2003 – ha previsto la possibilità di richiedere la certificazione dei contratti di appalto ⁽¹¹⁰⁾. Si sottolinea quindi come il legislatore abbia «attribuito alle commissioni di certificazione ⁽¹¹¹⁾ il potere di verificare la genuinità dei contratti di appalto, anticipando ed alleggerendo gli oneri delle verifiche ispettive e dando al contempo alle imprese l'occasione per accreditarsi sul mercato attraverso la certificazione, possibile patente di credibilità ed affidabilità per gli appaltatori che vi facciano ricorso» ⁽¹¹²⁾.

Il ricorso all'istituto della certificazione, nella stessa ottica, potrebbe allora costituire una interessante opportunità anche per chi intende concludere un contratto di subfornitura. Si pensi infatti a cosa accadrebbe se un organo ispettivo ritenesse che non presentando la impresa subfornitrice i requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003, sia applicabile la disciplina sanzionatoria vista sopra ⁽¹¹³⁾. Tra l'altro, sulla base del dettato della Direttiva del Ministro del lavoro del 18 settembre 2008 ⁽¹¹⁴⁾, è possibile «ipotizzare che anche nel settore [...] delle esternalizzazioni le ispezioni saranno focalizzate verso quei rapporti non sottoposti a un preventivo controllo, su base volontaria, relativamente alla effettiva sussistenza delle

imprenditoriale di lavoro diventa sempre più impercettibile: fra i due casi, sul piano pratico, non c'è una netta cesura».

⁽¹¹⁰⁾ Sul tema della certificazione dei contratti di appalto si veda innanzitutto P. RAUSEI, *Certificazione dei contratti, indagine ispettiva e sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2006, 42, 2369. Si segnalano, inoltre, C. BIZZARRO, *Le politiche di contrasto al lavoro «nero» tra nuovo regime degli appalti e procedure di certificazione*, in *DRI*, 2007, 2, 517; L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, 3, 110; V. SPEZIALE, *Certificazione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX, Artt. 61-86*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, IV, 140. Per una panoramica sugli aspetti maggiormente dibattuti in dottrina riguardo all'istituto della certificazione si veda F. PASQUINI, *La certificazione dei contratti di lavoro: una rassegna ragionata del dibattito dottrinale*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro. Commentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183 (cd. Collegato lavoro)*, Giuffrè, Milano, 2011, 63.

⁽¹¹¹⁾ Costituite in seno agli organi abilitati ai sensi dell'art. 76, del d.lgs. n. 276/2003, così come modificato dalla l. n. 266/2005 e da ultimo dalla l. n. 183/2010.

⁽¹¹²⁾ F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (l. 183/2010)*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2011, 85.

⁽¹¹³⁾ Cfr. *Prefazione. Quadro generale della disciplina italiana a protezione dei lavoratori impiegati nei contratti di appalto e di somministrazione di lavoro*.

⁽¹¹⁴⁾ Consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Certificazione*.

condizioni che legittimano una utilizzazione mediata della forza lavoro»⁽¹¹⁵⁾ così che ricorrere alla certificazione potrebbe essere oltremodo consigliabile.

È però opportuno ricordare che l'istituto della certificazione non basta a determinare in maniera definitiva ed incontrovertibile la qualificazione del contratto; infatti, a norma dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 276/2003, l'atto di certificazione è impugnabile dalle parti e dai terzi interessati ove questi lamentino una erronea qualificazione del contratto, la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione o vizi del consenso. Tuttavia «l'accertamento svolto dalle commissioni di certificazione stabilisce una presunzione di conformità alla fattispecie legale di cui al *nomen iuris* che le parti hanno allo stesso conferito»⁽¹¹⁶⁾. Pertanto un provvedimento di certificazione potrebbe essere utile anche nella denegata ipotesi di impugnazione giudiziale di un contratto di subfornitura certificato per farne accertare la natura di somministrazione di lavoro illecita⁽¹¹⁷⁾, in quanto le rilevanze dell'attività istruttoria della commissione di certificazione, in un giudizio così delicato, potrebbero costituire prova determinante ai fini della valutazione del giudice. Si pensi infatti come, anche grazie alle regole procedurali predisposte dal legislatore nel decreto legislativo n. 276/2003, nelle circolari e nei decreti successivi in materia, la procedura di certificazione sia «in grado di produrre un cospicuo materiale probatorio che consenta, in caso di contenzioso tra le parti, di ricostruire al meglio la volontà dei soggetti reciprocamente obbligatisi»⁽¹¹⁸⁾. Queste considerazioni dovrebbero valere ancor di più alla luce del secondo comma dell'articolo 30 della legge n. 183/2010 (c.d. “collegato lavoro”) in virtù del quale il giudice si deve attenere alle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione, salvo che il provvedimento di certificazione presenti gli

⁽¹¹⁵⁾ A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e “tenuta” giudiziaria*, in M. TIRABOSCHI, *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010, 11.

⁽¹¹⁶⁾ F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 141. Per un approfondimento sulle novità rispetto alla efficacia del provvedimento di certificazione previste dalla l. n. 183/2010 si veda L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, in *LG*, 2011, 2, 157.

⁽¹¹⁷⁾ Secondo M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *www.csdn.it*, indice analitico, voce *Certificazione*, il lavoratore coinvolto nel rapporto “trilaterale” che si viene a creare per effetto del contratto di appalto o di somministrazione di lavoro potrebbe impugnare la certificazione di tale contratto in quanto terzo sulla cui sfera giuridica questo provvedimento produce effetti. Tale tesi pare quindi estendibile al lavoratore coinvolto in un rapporto di subfornitura.

⁽¹¹⁸⁾ F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *I nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 43.

estremi per essere impugnato (¹¹⁹). Piuttosto che sul vincolo normativo appare però più lungimirante ragionare in merito alle scelte che il buon senso dovrebbe suggerire all'organo giudicante. Si ritiene infatti che quanto più i provvedimenti di certificazione daranno conto di un'attività istruttoria svolta in maniera approfondita e puntuale, tanto più i giudici saranno incentivati a tenerne conto. In questo caso, il giudice non verrebbe spodestato dal suo ruolo naturale, ma troverebbe nel provvedimento di certificazione un utile strumento per realizzare al meglio la propria attività e pervenire alla decisione finale con cognizione piena della singola fattispecie.

Come si è tentato di dimostrare, la difformità di opinioni riguardo alla tipicità od alla trasversalità della disciplina in materia di subfornitura comporta una forte indeterminatezza riguardo alla disciplina applicabile al relativo rapporto per tutto ciò che la legge n. 192/1998 non prevede. Tale mancanza di chiarezza potrebbe, da un lato, indurre in errore le parti che, in buona fede, volendo stipulare un contratto di subfornitura, potrebbero non comprendere chiaramente a quale normativa fare riferimento e, dall'altro, favorire intenti elusivi di chi opera invece proprio in tale ottica. La indeterminatezza che caratterizza la legge n. 192/1998 potrebbe allora ricadere, in particolare, sul contraente debole e sui prestatori di lavoro utilizzati dal medesimo, i quali non potrebbero fare affidamento sulle norme poste a propria tutela presenti nella disciplina dell'appalto.

Una possibile soluzione alla mancanza di certezza giuridica che ad ora caratterizza i contratti di subfornitura potrebbe essere il ricorso alla certificazione (¹²⁰).

(¹¹⁹) Si veda a riguardo F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *I nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria*, cit., 44, dove si afferma che il secondo comma dell'art. 30 della l. n. 183/2010 «non fa che confermare il rinnovato peso che si è inteso attribuire alle dichiarazioni espresse e ai comportamenti tenuti dalle parti in corso di procedura». Sul tema si veda anche L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il collegato lavoro 2010. Commentario alla Legge n. 183/2010*, Ipsoa, Milano, 2011, 110.

(¹²⁰) Per un'analisi sulla opportunità di procedere alla certificazione si veda l'appendice n. 3.

Capitolo II

Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione: un'analisi comparata tra *common law* e *civil law*.

SOMMARIO: 1. Il modello di Robens. - 1.1. L'Health and Safety at Work Act del Regno Unito. - 1.2. Il Work Health and Safety Act australiano. - 1.3. La Direttiva 89/391/CEE. - 1.4. La disciplina italiana in materia di salute e sicurezza: il decreto legislativo n. 81/2008. - 1.4.1. La tutela dei lavoratori somministrati, distaccati ed operanti nell'ambito di un contratto di appalto. - 1.4.2. La tutela dei lavoratori impiegati in forme di esternalizzazione diverse dal contratto di appalto. - 1.4.3. Il caso della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico. - 2. La disciplina italiana per le attività negli ambienti sospetti di inquinamento o confinati. - 2.1. Gli obiettivi perseguiti. - 2.2. Gli strumenti approntati. - 2.3. I modelli di regolazione: *self-regulation* ed *enforced self regulation*. - 2.4. Il sistema di *enforcement*. - 2.5. Il modello normativo spiegato attraverso l'uso della Teoria dei giochi.

1. Il modello di Robens.

Le tutele derivanti dal diritto del lavoro tradizionalmente si applicano alla relazione tra un datore di lavoro ed un lavoratore subordinato. Il diffondersi di forme di lavoro atipico e del ricorso alla esternalizzazione di parte dei processi produttivi ha tuttavia comportato la necessità di un ampliamento della nozione di lavoratore anche ad altri casi rispetto al contratto di lavoro subordinato. L'ambito della salute e la sicurezza sul lavoro costituisce un interessante caso di studio poiché, in ragione della delicatezza dei temi affrontati, si possono rinvenire esempi di normative che, in maniera lungimirante, hanno esteso le tutele a favore dei lavoratori oltre i confini tradizionali. Per comprendere gli approcci utilizzati dai vari legislatori si ritiene quindi necessario analizzare gli ambiti di applicazione di alcune significative norme.

Diversi ordinamenti hanno definito la propria regolamentazione riguardo alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro ispirandosi al c.d. modello di Robens creato nel Regno Unito negli anni settanta dalla c.d. Commissione Robens, che era stata incaricata di analizzare la vigente legislazione⁽¹²¹⁾. Il modello si fonda sul principio che l'eccesso di regolamentazione è controproducente e gran parte delle leggi sono inefficaci poiché troppo complesse e poco inclini ad adeguarsi ai cambiamenti della economia. Pertanto

⁽¹²¹⁾ Cfr. R.C. SIMPSON, *Safety And Health At Work: Report Of The Robens Committee 1970-72*, in *Mod. L. Rev.*, 1973, 1, 36, 191

proponeva di sostituire la normativa vigente con un testo unico applicabile in tutti i settori ed a tutte le tipologie di lavoro. La idea posta alla base del modello era che la normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro, per essere efficace, dovesse essere flessibile e basata su standard minimi da implementare a seconda del caso concreto. Tale concetto si concretizza nella c.d. “*performance standard legislation*”⁽¹²²⁾, un tipo di normativa che si limita a determinare gli obiettivi da raggiungere senza imporre un metodo per raggiungerli, lasciando così le parti libere di trovare la soluzione migliore riguardo alla situazione in cui si trovano ad operare. Tale modello si contrappone alla c.d. “*specification standard legislation*”, che individua un soggetto come responsabile principale, solitamente il datore di lavoro, e detta le specifiche misure da adottare. La “*performance standard legislation*”, piuttosto che specificare esattamente come impostare un sistema che consente di svolgere le prestazioni di lavoro in sicurezza, preferisce definire un obiettivo generale lasciando agli operatori del mercato la scelta di come raggiungere tale obiettivo. Tale impostazione presuppone pertanto un modello di autoregolamentazione in cui viene coinvolto sia il datore di lavoro sia il lavoratore, richiedendo il c.d. “*duty of care*”, cioè un controllo continuo da parte di tutti coloro che attraverso la propria condotta possono influire sulle condizioni in cui è svolta l’attività lavorativa. Anche i lavoratori sono così obbligati a non compiere atti che possano provocare infortuni ad altri e, nel caso in cui sia prevedibile che una certa condotta possa essere pericolosa, ad adottare tutte le misure possibili per evitare l’infortunio. Nel caso in cui avvenga un infortunio che poteva essere previsto poiché non sono state adottate le misure necessarie ad evitarlo, il danneggiante deve poi risarcire il danneggiato per il danno causato dalla propria negligenza secondo i principi della *Tort Law*⁽¹²³⁾.

I presupposti su cui si regge il modello di Robens non sono stati tuttavia condivisi da tutta la dottrina⁽¹²⁴⁾, essendovi chi ha ritenuto che non vi sia un eccesso di normativa poiché, di fatto, della mole di disposizioni in materia di salute e sicurezza, ogni singola impresa deve rispettarne solo una piccola parte. Inoltre in alcuni settori può risultare

⁽¹²²⁾ Per un approfondimento si veda N. GUNNINGHAM, *From compliance to best practice in OHS: the roles of specification, performance and systems-based standards*, in *Australian journal of labour law*, 1996, 9 (3), 221.

⁽¹²³⁾ Cfr. *Literature review, Conclusioni*, § 3.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. A. BROOKS, *Rethinking Occupational Health and Safety Legislation*, in *JIR*, 1988, 30, 347.

particolarmente difficile la creazione di una autoregolazione che faccia affidamento sul *duty of care* in quanto è più probabile che i datori di lavoro adempiano ad obbligazioni tassativamente previste *ex lege* piuttosto che si impegnino a configurare modelli idonei a raggiungere determinati obiettivi. Da tale prospettiva, quindi, la “*performance standard legislation*” rischierebbe di essere vaga ed indeterminata, e per questo difficilmente realizzabile, in mancanza di una normativa solida che la supporti.

1.1. L’Health and Safety at Work Act del Regno Unito.

In seguito alle attività della Commissione Robens, nel Regno Unito è stata approvata la normativa principale in materia di salute e sicurezza, l’*Health and Safety at Work Act* del 1974 (HASAWA), una norma quadro, applicabile in tutti i settori e nel cui rispetto sono stati emanati ulteriori regolamenti. L’HASAWA si fonda sul *duty of care* e prevede quindi sia obblighi generali che il datore di lavoro deve rispettare nel rapporto con i propri lavoratori, i lavoratori facenti capo ad altri datori ed i terzi in generale, sia obblighi in capo ai lavoratori stessi di evitare condotte rischiose per la propria salute o per quella degli altri lavoratori. La impostazione varia quindi da una concezione focalizzata sulla determinazione di misure tecniche ad un approccio volto a condizionare le condotte degli attori delle relazioni di lavoro. È interessante notare come il datore di lavoro sia tenuto, nei termini in cui è ragionevolmente possibile, a garantire la sicurezza sul lavoro nei confronti dei propri lavoratori dipendenti, c.d. *employees* (articolo 2 dell’HASAWA) e debba anche fare in modo che le altre persone che a vario titolo possono essere implicate nel ciclo produttivo, c.d. *persons other than their employees*, non siano esposte a rischi fornendo loro le adeguate informazioni riguardo ai profili di pericolo inerenti la attività posta in essere (articolo 3 dell’HASAWA). L’articolo 12 delle *Management of Health and Safety at Work Regulations* del 1999 si occupa di precisare tale disposizione facendo espresso riferimento alla circostanza che all’interno di una impresa committente operino anche lavoratori facenti capo ad un altro datore di lavoro o lavoratori autonomi, i quali dovranno essere informati dei rischi inerenti la attività svolta nella impresa e delle misure di sicurezza adottate. La impostazione inglese lega quindi la responsabilità del

committente in relazione ad un infortunio con l'adozione, in via preventiva, delle misure ragionevolmente possibili necessarie ad evitarlo, richiedendo così un ruolo attivo del medesimo.

Si comprende quindi come, per quanto riguarda i profili di salute e sicurezza sul lavoro, già dagli anni settanta il modello inglese fosse propenso ad estendere gli ambiti di responsabilità del committente principale anche nei confronti di lavoratori con cui non aveva alcuna relazione contrattuale, ma che, indirettamente, contribuivano al ciclo produttivo della impresa. Tale impostazione tuttavia non deve essere attribuita all'HASAWA poiché dalla analisi di alcune sentenze precedenti al 1974 si può constatare come la responsabilità del committente nei confronti dei lavoratori dei propri *partner* commerciali che prestano la propria attività nell'ambito della impresa fosse un concetto già affermato in *common law* ⁽¹²⁵⁾.

1.2. Il Work Health and Safety Act australiano.

Il modello di Robens ha però rivestito un ruolo fondamentale in tutti gli ordinamenti di *common law*, in particolare si ritiene interessante il caso australiano, dove, attraverso il *Work Health and Safety Act* del 2011 (WHS), è stato utilizzato come premessa concettuale per superare la impostazione tipica delle normative tradizionali, che si basavano sulla protezione del lavoro che avveniva all'interno di una determinata impresa tra un datore di lavoro ed un lavoratore con un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, per creare un sistema moderno in linea con le evoluzioni della prassi economica. Il WHS si presenta interessante per l'ambito di applicazione del medesimo che ribadisce la volontà di offrire la più ampia tutela possibile per ciò che concerne i profili di salute e sicurezza, abbattendo i tradizionali dualismi esistenti tra le diverse categorie di lavoratori. Tale disciplina non si applica infatti alle classiche categorie di datori di lavoro e di lavoratori, ma bensì di "persona esercente una attività imprenditoriale" o di "impresa" anche non a scopo di lucro ("*person conducting a business or undertaking*" (PCBU)) e di lavoratori, intesi non come lavoratori subordinati, c.d. "*employees*", ma come "*worker*", definiti quali "persone che, in

⁽¹²⁵⁾ Cfr. *McArdle v. Andmac Roofing Co.* [1967] 1 W.L.R. 356 e, successivamente all'HASAWA, *Regina v Swan Hunter Shipbuilder and Telemeter Installations Ltd* [1982] IRER 403.

qualsiasi ruolo, svolgono un lavoro per una PCBU” (“*people carrying out ‘work in any capacity’ for a PCBU*”). La nozione di PCBU è idonea a comprendere sia un singolo (imprenditore individuale o lavoratore autonomo), sia una società (pubblica o privata), purché con la propria condotta possa influire sulle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, mentre non sono comprese le associazioni di volontariato. Sono invece considerati lavoratori (“*workers*”), coloro che prestano la propria attività come lavoratori subordinati; come lavoratori autonomi (che stipulano un contratto direttamente con il committente od a cui viene subappaltata una attività); come lavoratori dipendenti di una impresa a cui la impresa committente affida, od a cui viene subappaltato, lo svolgimento di una attività; come lavoratori somministrati; come lavoratori a domicilio; come apprendisti; come tirocinanti (curricolari e non curricolari); come volontari. Tale definizione è costruita per fare in modo che, almeno da una prospettiva relativa ai profili di salute e sicurezza, una PCBU non abbia interesse ad esternalizzare alcune attività al solo fine di fruire di forza lavoro senza esserne formalmente il datore, od a ricorrere alla somministrazione di lavoro, od ancora a stipulare contratti di lavoro atipici o di lavoro autonomo in luogo di contratti di lavoro subordinato.

È peraltro interessante notare come un lavoratore autonomo possa essere inquadrato come PCBU o come “*worker*” a seconda delle singole situazioni.

Anche nella normativa australiana vengono quindi poste obbligazioni in capo alla PCBU indipendentemente dalla circostanza che questa abbia una relazione contrattuale con il lavoratore, essendo sufficiente che il lavoratore svolga la propria attività a favore della PCBU e questa ultima possa influire, direttamente o indirettamente, sulla attività del lavoratore.

Oltre alla impostazione adottata dal legislatore, poi, la normativa australiana è stata oggetto di interpretazioni estensive da parte dei giudici che tendono ad adattare le obbligazioni previste *ex lege* agli attori di tutte le relazioni di lavoro, mentre alcune delle normative territoriali, in determinati casi di dipendenza economica, hanno addirittura obbligato le imprese committenti ad adottare le medesime misure di sicurezza che devono adottare per i propri lavoratori anche nei confronti dei lavoratori delle imprese fornitrici. In tale circostanza si assiste quindi ad una gerarchia all’interno della filiera contrattuale che, in termini di responsabilità nei confronti dei lavoratori

impiegati nella medesima, determina sovrapposizioni ed integrazioni negli obblighi dei diversi imprenditori.

1.3. La Direttiva 89/391/CEE.

Il modello di Robens non ha tuttavia limitato la propria influenza solo agli ordinamenti di *common law*, poiché è stato anche fonte di ispirazione della Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro. Tale Direttiva si applica a «tutti i settori di attività privati o pubblici», tuttavia a livello lessicale si nota una differenza con la impostazione britannica riguardo al campo di applicazione della medesima. Ai sensi dell'articolo 3, infatti la Direttiva si rivolge ai lavoratori intesi come «qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro, compresi i tirocinanti e gli apprendisti, ad esclusione dei domestici» ed ai datori di lavoro intesi come «qualsiasi persona fisica o giuridica che sia titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore e abbia la responsabilità dell'impresa e/o dello stabilimento». Emerge quindi una impostazione tradizionale che presuppone un rapporto di lavoro tra un datore ed un lavoratore e che non fa riferimento alle ipotesi di esternalizzazione. Tuttavia all'articolo 10, comma 2, è previsto che «il datore di lavoro prende le misure appropriate affinché i datori di lavoro dei lavoratori delle imprese e/o degli stabilimenti esterni, i quali intervengono nella sua impresa o nel suo stabilimento, ricevano, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, adeguate informazioni in merito ai [rischi per la sicurezza e la salute, nonché alle misure e alle attività di protezione e prevenzione] destinate ai lavoratori in questione». Pertanto, sebbene a livello lessicale la direttiva privilegi un approccio tradizionale, nella sostanza, si intravede la medesima volontà di onerare il committente principale di una obbligazione nei confronti delle imprese che operano all'interno del proprio stabilimento.

Si intravedono poi ulteriori similitudini con il modello di Robens, sia per il ricorso al metodo della “*performance standard legislation*” – poiché vengono definiti solo principi generali e standard minimi a cui il datore di lavoro deve uniformarsi – sia per la

condivisione del principio del *duty of care*, poiché dispone sia obblighi dei datori di lavoro (sezione II), sia obblighi dei lavoratori (sezione III).

1.4. La disciplina italiana in materia di salute e sicurezza: il decreto legislativo n. 81/2008.

Anche l'ordinamento italiano, pur essendo un sistema di *civil law*, ha adottato un approccio derivante dal modello di Robens, poiché attraverso il decreto legislativo n. 81/2008, un testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (¹²⁶), ha riordinato e coordinato le norme precedenti.

Tale disciplina si applica al lavoratore che, ai sensi dell'articolo 2, lettera a) (così come modificato dall'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 106/2009), viene definito come «persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari. Al lavoratore così definito è equiparato: il socio lavoratore di cooperativa o di società, anche di fatto, che presta la sua attività per conto delle società e dell'ente stesso; l'associato in partecipazione di cui all'articolo 2549, e seguenti del codice civile; il soggetto beneficiario delle iniziative di tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196, e di cui a specifiche disposizioni delle leggi regionali promosse al fine di realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro o di agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro; l'allievo degli istituti di istruzione ed universitari e il partecipante ai corsi di formazione professionale nei quali si faccia uso di laboratori, attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici, ivi comprese le apparecchiature fornite di videotermini limitatamente ai periodi in cui l'allievo sia effettivamente applicato alle strumentazioni o ai laboratori in questione; il volontario, come definito dalla legge 1° agosto 1991, n. 266; i volontari del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e della protezione civile; il

(¹²⁶) Per un approfondimento sul d.lgs. n. 81/2008 si veda, per tutti, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Giuffrè, Milano, 2008.

lavoratore di cui al decreto legislativo 1° dicembre 1997, n. 468, e successive modificazioni». L'articolo 3 del decreto legislativo n. 81/2008 precisa poi che il medesimo «si applica a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati», fermo restando quanto previsto specificamente per alcune forme contrattuali non standard. Vengono infatti previste disposizioni speciali nei confronti dei lavoratori a progetto e dei collaboratori coordinati e continuativi «ove la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente»; dei lavoratori che effettuano prestazioni occasionali di tipo accessorio «con esclusione dei piccoli lavori domestici a carattere straordinario»; dei lavoratori a domicilio e dei lavoratori che rientrano nel campo di applicazione del contratto collettivo dei proprietari di fabbricati; dei lavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza mediante collegamento informatico e telematico; dei lavoratori autonomi; dei componenti della impresa familiare di cui all'articolo 230-*bis* del codice civile; dei coltivatori diretti del fondo, degli artigiani e dei piccoli commercianti e dei soci delle società semplici operanti nel settore agricolo e dei volontari.

Il datore di lavoro viene invece definito dall'articolo 2, lettera b), come «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. Nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo».

Rispetto alle altre normative descritte sopra si nota come le definizioni adottate dal decreto legislativo n. 81/2008 siano decisamente più dettagliate ed ambiscono a prevedere ogni possibile ambito di applicazione della normativa per lasciare ai giudici un limitato margine di interpretazione. Da un punto di vista linguistico appare forte il

contrasto tra le definizioni generali ed omnicomprensive presenti nella disciplina britannica e le definizioni di estremo dettaglio utilizzate dal legislatore italiano. Tale discrasia potrebbe far sostenere che la norma italiana sia solo latamente ispirata al modello di Robens – forse conosciuto più attraverso la Direttiva 89/391/CEE che dallo studio dei risultati del report della Commissione Robens – poiché è pur vero che il decreto legislativo n. 81/2008 riunisce in un testo unico la precedente normativa, ma d'altra parte con i suoi 306 articoli e 51 allegati non costituisce certo una agile norma quadro. Pare inoltre meno immediato cogliere le forme di tutela ai lavoratori impiegati nelle filiere contrattuali poiché, nelle definizioni riportate, non viene esplicitata la estensione degli oneri del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori che l'ordinamento inglese definisce "*persons other than their employees*" (altre persone rispetto ai lavoratori del committente che a vario titolo possono essere implicate nel ciclo produttivo).

1.4.1. La tutela dei lavoratori somministrati, distaccati ed operanti nell'ambito di un contratto di appalto.

Sono però presenti specifiche disposizioni anche rispetto alle ipotesi in cui l'attività di lavoro sia caratterizzata dalla presenza di più imprese.

L'articolo 3 del decreto legislativo n. 81/2008 stabilisce precise disposizioni nell'ambito della somministrazione di lavoro, dove «tutti gli obblighi di prevenzione e protezione [...] sono a carico dell'utilizzatore», e nell'ipotesi di distacco del lavoratore in cui «tutti gli obblighi di prevenzione e protezione sono a carico del distaccatario, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali egli viene distaccato».

L'articolo 26 affronta invece gli «obblighi connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione», stabilendo precise obbligazioni per il datore di lavoro che affidi «lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito

dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo».

Al fine di minimizzare il rischio infortuni, il legislatore italiano ha scelto di predisporre un modello volto a selezionare le migliori imprese sul mercato sulla base del rispetto di determinati standard di sicurezza minimi, ritenendo che la esclusione delle imprese che non riescono a soddisfare tali standard determinerà la diminuzione del numero di infortuni. Viene infatti prevista la creazione di un «sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi» fondato sulla verifica della «idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori, ai servizi e alle forniture da affidare in appalto o mediante contratto d'opera o di somministrazione». Una Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro composta da esperti provenienti dal governo, dalle amministrazioni regionali, dai sindacati e dalle associazioni datoriali dovrà determinare i «criteri finalizzati alla definizione del sistema di qualificazione» che dovrà poi essere «disciplinato con decreto del Presidente della Repubblica». Nelle more di emanazione di tale decreto – che non è ancora esistente, nonostante avesse dovuto essere emanato entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 81/2008 ⁽¹²⁷⁾ – l'articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008 prevede le modalità di verifica, provvisorie, utili ad attestare la idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi. La verifica è eseguita attraverso la «acquisizione del certificato di iscrizione alla camera di commercio, industria e artigianato» e la «acquisizione dell'autocertificazione dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi del possesso dei requisiti di idoneità tecnico professionale» ⁽¹²⁸⁾. Inoltre, in maniera simile con quanto previsto dalla normativa britannica, la impresa committente è tenuta a fornire alla impresa appaltatrice od ai lavoratori autonomi di cui si avvale «dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività». Viene poi richiesto che la impresa committente e la impresa appaltatrice od i lavoratori autonomi di cui si avvale cooperino «all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto» e coordinino «gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi

⁽¹²⁷⁾ Il d.lgs. n. 81/2008 è entrato in vigore il 15 maggio 2008.

⁽¹²⁸⁾ Per un approfondimento del sistema di qualificazione delle imprese si veda l'appendice n. 4.

reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva». La cooperazione ed il coordinamento devono poi essere promosse dal datore di lavoro all'interno di «un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non è possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze ovvero individuando, limitatamente ai settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali [...] un proprio incaricato, in possesso di formazione, esperienza e competenza professionali, adeguate e specifiche in relazione all'incarico conferito, nonché di periodico aggiornamento e di conoscenza diretta dell'ambiente di lavoro, per sovrintendere a tali cooperazione e coordinamento». L'articolo 26, comma 4, dispone poi che «l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA)».

1.4.2. La tutela dei lavoratori impiegati in forme di esternalizzazione diverse dal contratto di appalto.

Come emerge da quanto sopra descritto, anche in materia di salute e sicurezza, la normativa cita espressamente il contratto di appalto ⁽¹²⁹⁾ e non fa riferimento ad altri contratti simili quali, ad esempio, il contratto di subfornitura ⁽¹³⁰⁾. Non è pertanto chiaro se in caso di infortunio del lavoratore dipendente dal subfornitore sia chiamato a

⁽¹²⁹⁾ Per un approfondimento rispetto a questi temi si veda circ. Min. lav. n. 5/2011, *cit.* Inoltre rispetto agli appalti di servizi aventi luogo in ambienti sospetti di inquinamento si veda la circ. del Ministero del lavoro n. 13 del 19 aprile 2011, avente ad oggetto «Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; lavori in ambienti sospetti di inquinamento. Iniziative relative agli appalti aventi ad oggetto attività manutentive di pulizia che espongono i lavoratori al rischio di asfissia o di intossicazione dovuta ad esalazione di sostanze tossiche o nocive» consultabile in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*. Sul tema degli appalti nei luoghi confinati si veda invece AA.VV., *Bollettino della Commissione di certificazione dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*, 2012, 4 in <http://www.csmb.unimore.it/site/home/certificazione/bollettino.html>.

⁽¹³⁰⁾ In merito si è pronunciato il Trib. Pisa 20 luglio 2009, n. 339, *cit.*, il quale rispetto ad un contratto di subfornitura «destinato ad operare come “paravento” dell'interposizione» ha affermato che, «accertata la responsabilità dell'effettivo utilizzatore per l'infortunio occorso al lavoratore, deve affermarsi la responsabilità solidale dell'interposto». Per un approfondimento si veda P. ALBI, *Divieto di interposizione e responsabilità da contatto sociale*, in *RIDL*, 2010, 1, 17.

risarcire il danno c.d. differenziale di cui all'articolo 26, comma 4 del decreto legislativo n. 81/2008 anche il committente, o meno. Così come non è possibile affermare con certezza se i sopra citati oneri previsti dall'articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008 debbano essere rispettati anche nel caso di subfornitura endoaziendale. Ove si ritenesse di dare risposta affermativa a tale quesito il committente verrebbe gravato di una serie di oneri non indifferenti: dalla "responsabilità *in eligendo*" all'onere informativo sui rischi; dalla cooperazione con il subfornitore nella predisposizione di adeguate misure volte a prevenire gli incidenti sul lavoro alla elaborazione del documento unico di valutazione dei rischi, oltre alla previsione dei costi relativi alla sicurezza del lavoro.

Per dirimere tale questione potrebbe essere utile fare riferimento alla definizione di datore di lavoro di cui all'articolo 2, lettera b) del decreto legislativo n. 81/2008, come «il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa». Tale definizione sembrerebbe idonea a comprendere anche forme di esternalizzazione endoaziendali e, non facendo alcun espresso richiamo alla fattispecie dell'appalto, parrebbe poter riguardare, ad esempio, anche il committente di un rapporto di subfornitura che avvenga all'interno della impresa del medesimo. In tal caso tuttavia non parrebbe sussistere in capo al subfornitore il requisito della organizzazione dei mezzi necessari, eventualmente anche attraverso l'«esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati», e l'«assunzione [...] del rischio d'impresa»⁽¹³¹⁾ che il legislatore richiede per distinguere un appalto lecito da un appalto illecito e che quindi, dato il medesimo rischio delle due fattispecie contrattuali di dar vita ad una forma di somministrazione illecita, parrebbe opportuno che presentasse anche un rapporto di subfornitura. Pertanto la definizione di cui all'articolo 2, lettera b) del decreto legislativo n. 81/2008 non pare particolarmente idonea a prevedere la responsabilità di una impresa committente verso i lavoratori di una impresa autonoma subfornitrice che prestano la propria attività all'interno dello stabilimento della impresa committente.

L'interrogativo circa l'applicabilità di tali norme al rapporto di subfornitura appare quindi piuttosto rilevante: si può infatti presumere che il committente di un contratto di

⁽¹³¹⁾ Cfr. art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003.

subfornitura non vorrà essere obbligato a rispettare tali ulteriori adempimenti, e che pertanto tenterà di sfruttare la indeterminatezza interpretativa a proprio favore. È evidente che tale atteggiamento, ove si verificasse in concreto, andrebbe a pregiudizio sia del subfornitore, sia dei lavoratori alle dipendenze del medesimo. Pare allora ancor più lampante come la legge n. 192/1998, così come attualmente formulata, apprestando una tutela al contraente debole inerente soltanto ad alcuni aspetti, per altri profili vada – seppur indirettamente – a favorire, di fatto, il committente. E d'altra parte le ulteriori normative a protezione del lavoratore nei processi di esternalizzazione sono sostanzialmente “appaltocentriche”, pertanto non consentono di determinare chiaramente se sono applicabili anche ai lavoratori impiegati in filiere contrattuali diverse da quelle basate sull'appalto.

1.4.3. Il caso della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico.

Come esempio di tale incertezza normativa e delle criticità presenti nell'ordinamento italiano, si riportano qui i risultati di una sperimentazione dell'avanguardistico sistema proposto dal legislatore effettuata nell'ambito della *internship* svolta all'interno della Commissione di certificazione dell'Università di Modena e Regio Emilia.

Tale ricerca ha avuto ad oggetto il settore della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico, settore, notoriamente, caratterizzato da elevata complessità organizzativa, parcellizzazione dei processi produttivi (con elevata articolazione delle aree professionali e delle correlate categorie di rischio) e pluralità dei centri di imputazione – anche per il frequente ricorso all'appalto –, ma nondimeno affetto da fenomeni distorsivi della concorrenza, da infortuni sul lavoro e da malattie professionali. Classica conseguenza di ambiti professionali in cui operano soggetti rispetto ai quali le attestazioni di idoneità tecnico-professionale, basate su criteri meramente cartacei, documentali e formali, non trovano sempre riscontro nella effettiva capacità di gestire in modo sicuro e competitivo i processi produttivi.

In questa ottica la definizione del sistema di qualificazione delle imprese per il settore medesimo è tanto più significativa se si considera che il legislatore ha indicato, lo stesso, a titolo non esaustivo tra i settori “pilota” per la introduzione di un meccanismo

di sbarramento per l'accesso al mercato.

Concretamente la strada perseguita ha riguardato la individuazione di buone pratiche per la ottimizzazione dei processi e la selezione degli operatori nel settore, mediante l'applicazione della certificazione di cui al decreto legislativo n. 276/2003 agli standard organizzativi e contrattuali, ivi inclusi gli appalti ed i contratti di lavoro atipici.

Nel corso della ricerca è stato approfondito un prototipo di sistema di qualificazione delle imprese per il settore della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico attraverso una sperimentazione con cinque imprese pilota selezionate sul territorio italiano, con il supporto della Associazione di Categoria (Assosistema), dell'EBLI Ente bilaterale lavanderie industriali e appunto della Commissione di certificazione dell'Università di Modena e Regio Emilia, alla luce del forte *know-how* che possiede sulla materia.

La metodologia prescelta non si è basata su un approccio puramente formalistico e normativo. Si è optato, infatti, per un'articolazione teorico-sperimentale suddivisa in tre macro-fasi di azione.

Anzitutto si è proceduto ad una fase di ricerca *desk*, quale aspetto più teorico della ricerca, dove effettuata una mappatura dei rischi, dei fenomeni di *dumping* e studio del relativo CCNL applicato, dopo un'attenta analisi normativa della certificazione dei contratti di lavoro e di appalto, come anche delle certificazioni di qualità, dei modelli di organizzazione e gestione e della qualificazione delle imprese si è giunti alla elaborazione di un percorso bibliografico ragionato (*literature review*).

Di seguito, nella seconda fase della ricerca, si è proceduto alla sperimentazione sul campo del prototipo di qualificazione delle imprese. Infatti, dopo aver individuato cinque aziende pilota, definendone il contesto organizzativo, produttivo e contrattuale, si è passati ad una fase formativa attraverso cinque *training seminars* di sensibilizzazione dei vertici aziendali e dei lavoratori, per poi avviare la procedura di certificazione degli standard contrattuali ed organizzativi. Si è tenuto altresì un convegno intermedio per fare il punto della evoluzione della disciplina normativa in materia con tutte le aziende del settore.

La ultima fase, invece, ha visto la valutazione dell'impatto dello strumento certificatorio realizzato, racchiudendo in un report finale i risultati raggiunti corredati da una bozza di decreto del Presidente della Repubblica per la qualificazione delle imprese nel settore

della sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico a sostegno dell'operato sia della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, sia del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Dallo studio del settore è emerso che un'ampia implementazione all'adozione di prassi virtuose è decisamente ostacolata dalla presenza di pratiche di concorrenza sleale adottate da taluni operatori del mercato, che, per sottrarsi ai costi che una produzione accorta e di qualità impone, operano senza rispettare il contratto collettivo di settore e trascurando il rispetto della normativa tecnica in tema di sicurezza igienica dei prodotti lavorati.

Si è rilevato come tale stortura del mercato è resa possibile dall'assenza di una normativa cogente che imponga adeguati livelli di qualità del servizio e di sicurezza degli operatori e degli utenti finali.

Ad oggi, l'adozione di tali cautele è lasciata alla responsabilità sociale di ciascuna azienda, che – come è evidente – è spesso messa a dura prova dalla condotta spregiudicata di alcuni operatori che, avendo come unico obiettivo quello dell'abbattimento dei costi e del prezzo finale, ignorano del tutto qualità e sicurezza. Ciò crea un vero e proprio *dumping* sociale.

In prospettiva, visti anche i risultati dalla fase sperimentale, la via maggiormente percorribile sarebbe quella della qualificazione delle imprese, che da un lato contribuirebbe alla crescita del livello qualitativo del servizio reso dalle imprese che vi operano, e dall'altro potrebbe costituire uno stimolo alla implementazione di buone pratiche relativamente alla corretta gestione dei rapporti di lavoro e la tutela della loro sicurezza, favorendo un percorso di crescita culturale, all'esito del quale sia possibile ritenere "ordinario", "normale" l'agire della impresa virtuosa e si riduca il raggio di azione delle imprese che operano al di fuori delle regole.

Sotto un complementare profilo, la introduzione del sistema di qualificazione delle imprese nel settore della sanificazione del tessile potrebbe consentire ai committenti pubblici e privati di individuare, fra le tante presenti sul mercato, le aziende attente alla qualità della propria attività produttiva, ad una corretta gestione dei rapporti di lavoro, alla tutela della sicurezza dei propri dipendenti. Il tutto al fine di arginare insidiosi fenomeni di concorrenza sleale – praticati da operatori disposti ad offrire un servizio ad

un prezzo più basso, ma scadente – che non fanno altro che sottrarre ampi spazi di mercato alle aziende virtuose.

Per quanto concerne il merito delle problematiche emerse dalla analisi dei modelli contrattuali commerciali utilizzati dalle aziende del settore che si sono prestate alla sperimentazione, è emerso quanto di seguito illustrato.

Uno dei contratti commerciali maggiormente utilizzati nel settore in esame è il contratto concernente il servizio di lavanderia, con eventuale noleggio di biancheria. Le società del comparto della sanificazione del tessile stipulano contratti commerciali che prevedono lo svolgimento diretto del servizio di lavanderia a livello industriale per conto terzi (in via principale hotel, ospedali, ristoranti). Tale servizio richiama le prestazioni continuative o periodiche di servizi ai sensi dell'articolo 1677 del codice civile, che prevede l'applicazione, in quanto compatibili, delle norme del contratto di appalto e del contratto di somministrazione di beni.

La riconduzione del servizio nell'ambito dell'appalto determina non solo l'applicazione della disciplina codicistica ma anche, per quanto d'interesse, di quella lavoristica. In particolare, si evidenzia l'applicazione della normativa in tema di solidarietà ai sensi dell'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, sia tra committente ed "appaltatore" (*rectius* la società che nel contratto concernente il servizio di lavanderia esegue i lavaggi industriali), sia tra questa ed eventuali "subappaltatori".

Inoltre, nel caso in cui almeno una parte dei servizi vengano svolti all'interno di locali che sono nella disponibilità giuridica del committente (ad esempio nel caso di attività eseguite nei locali del committente principale, anche in regime di locazione all'appaltatore/conducente) troverà applicazione l'articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008, con conseguente obbligo di redazione del c.d. DUVRI, vale a dire del documento di valutazione dei rischi da interferenza (obbligo del committente principale) e di specifica indicazione, all'interno del contratto ed a pena di nullità dello stesso, dei costi della sicurezza.

Nel caso, poi, di eventuale appalto endoaziendale nel senso c.d. topografico (attività appaltate che vengono svolte nei locali del committente), si richiama l'attenzione anche alla disciplina di cui all'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003, in tema di legittimità del contratto di appalto e sua distinzione rispetto al contratto di somministrazione di lavoro.

Dall'esame dei modelli contrattuali analizzati, emerge che spesso questa tipologia contrattuale si presenta come contratto misto di noleggio biancheria ed appalto di servizi (ad esempio di lavaggio e/o di gestione del cd. guardaroba nella sede del committente principale). Questa tipologia contrattuale, peraltro utilizzata comunemente nei contratti pubblici con le strutture ospedaliere e/o con le ASL, ma rinvenibile anche nei contratti stipulati con privati (alberghi), integra sul piano civilistico una ipotesi di contratto atipico misto, di noleggio e di appalto. Tenuto conto della presumibile prevalenza (sia quantitativa che qualitativa) del servizio di lavanderia/guardaroba (appalto) rispetto a quello di noleggio biancheria, sulla base del principio della prevalenza la disciplina applicabile appare comunque quella di cui all'articolo 1677 del codice civile e dunque la disciplina della somministrazione (articolo 1559 e seguenti del codice civile) e quella dell'appalto di servizi (ad esempio in tema di responsabilità solidale *ex* articolo 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 e di azione diretta ai sensi dell'articolo 1676 del codice civile).

Si richiama infine l'attenzione sul fatto che, qualora questa tipologia contrattuale sia utilizzata nei riguardi di un Ente pubblico (ad esempio Aziende Ospedaliere od ASL), trattandosi in tal caso di contratti di appalto nell'ambito della operatività del decreto legislativo n. 163/2006 (c.d. codice dei contratti pubblici), opera l'articolo 4, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 107/2010 (regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici), che obbliga le imprese esecutrici di contratti pubblici ad applicare integralmente il CCNL stipulato dalle parti sociali comparativamente più rappresentative, sia nella parte economica, sia nella parte normativa. Tale obbligo si estende anche alle imprese esecutrici che operano in regime di subappalto (sul punto si veda anche l'articolo 118, comma 6, del decreto legislativo n. 163/2006).

Le sopra richiamate disposizioni si applicano alle imprese del settore che lavorano con Enti pubblici, mentre non operano per le imprese, eventualmente di dimensioni limitate e/o operanti in territori circoscritti a vocazione turistica, che effettuano prestazioni a favore soltanto di clienti privati. Tuttavia, date le caratteristiche del settore economico della sanificazione, la ipotesi di imprese che lavorano solo per privati appare piuttosto marginale, e dunque l'applicazione del CCNL sembra certamente da considerare come una necessità attuale nella maggior parte dei casi, o quanto meno come un obiettivo a cui tendere nelle realtà più marginali.

Non è poi raro, nel comparto della sanificazione del tessile, trovare ipotesi di esternalizzazioni più o meno accentuate di alcuni servizi. Si pensi, ad esempio, a quello di stiratura o di sterilizzazione degli strumenti chirurgici. Tenuto conto del fatto che il rapporto “a monte” può essere qualificato come contratto di appalto di servizi, ne consegue che la esternalizzazione di alcuni dei servizi di appalto costituisca una ipotesi di subappalto che, in quanto tale, deve essere autorizzata dal committente privato (solo ove appositamente previsto nel contratto nel caso di committente privato; in ogni caso qualora il committente principale sia un Ente pubblico). Nelle ipotesi di contratto in cui il committente finale sia una stazione appaltante pubblica, si richiamano le questioni sopra evidenziate relative all’obbligo di applicazione del CCNL ai sensi dell’articolo 4, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010 e dell’articolo 118, comma 6, del decreto legislativo n. 163/2006.

Questo tipo di contratto, poi, comporta sempre l’applicazione della disciplina della responsabilità solidale (per i crediti retributivi e contributivi afferenti al personale che esegue l’appalto od il subappalto) sancita dall’articolo 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, che vincola alla solidarietà proprio la impresa di sanificazione (in qualità di sub-committente), la quale deve dunque aver cura, nella ricerca del *partner* contrattuale, di individuare imprese subappaltatrici presenti sul mercato che dimostrino una certa solidità ed affidabilità, ad esempio privilegiando quelle che operano in situazione di pluricomittenza (che oltre ad essere di per sé elemento di valutazione dell’affidabilità della impresa sul mercato, è anche ragione di delimitazione della eventuale responsabilità solidale).

Nel caso in cui la società subappaltatrice esegua il servizio o parte di esso all’interno dei luoghi giuridicamente riconducibili alla disponibilità della impresa di sanificazione, troveranno applicazione anche le norme di cui al decreto legislativo n. 81/2008 già richiamate. La ricorrenza di questa ipotesi, inoltre, potrebbe evidenziare anche lo svolgimento di un appalto endoaziendale in senso c.d. topografico (che si realizza nel caso in cui il subappaltatore esegua la prestazione all’interno di locali fisicamente collocati in quelli della impresa di sanificazione), con la conseguenza che particolare attenzione dovrà essere posta nell’evitare fenomeni di interposizione nei rapporti di lavoro, ricollegati ad una gestione diretta dei lavoratori del subappaltatore da parte della società subappaltante. Conseguentemente, le società del comparto della sanificazione

del tessile potranno specificare, nel regolamento contrattuale, le modalità di svolgimento del servizio, tenuto conto delle eventuali esigenze del cliente finale e delle eventuali specifiche di carattere tecnico in uso nel settore, laddove invece la gestione del servizio e, soprattutto, la organizzazione e gestione del personale addetto, dovranno essere realizzate in via esclusiva da parte del subappaltatore. In questa ottica, quindi, eventuali controlli da parte del committente principale e/o da parte dell'appaltatore/subcommittente (la società di lavaggio che subappalta parte del servizio) possono essere previsti solo nei limiti di cui all'articolo 1662 del codice civile, vale a dire senza compromettere l'autonomia organizzativa del subappaltatore (si veda sul punto l'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003).

Appare, in ultimo, utile ricordare che in ipotesi di verificata illegittimità dell'appalto (o del subappalto) le conseguenze sanzionatorie sono quelle previste dall'articolo 29, comma 3-*bis*, del decreto legislativo n. 276/2003, che prevede, nella sua attuale formulazione, che «quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo», oltre alla specifica ammenda di cui all'articolo 18, comma 5-*bis*, del decreto legislativo n. 276/2003.

Peraltro, nel caso in cui contratto di subappalto (o di esternalizzazione anche a lavoratori autonomi) concerna attività da svolgersi in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n. 177/2011 ⁽¹³²⁾, il ricorso al subappalto è ammesso solamente se autorizzato espressamente da parte del committente e se certificato.

Dalle verifiche contrattuali effettuate, si rileva poi che sovente, in caso di esternalizzazione di servizi da parte delle imprese del settore della sanificazione, si usa stipulare contratti di subappalto con consorzi e/o con società cooperative. Quanto alla prima ipotesi, ancora in tema di responsabilità solidale si segnala che un orientamento della giurisprudenza di legittimità estende la solidarietà anche nel caso in cui i lavori vengano eseguiti da una società consorziata. Infatti, anche se il negozio di affidamento tra consorzio ed impresa consorziata non è assimilabile sul piano giuridico-formale ad

⁽¹³²⁾ Vd. più dettagliatamente cap. II, § 2.

un subappalto, per la Corte di Cassazione esso costituisce un «sostanziale subappalto»⁽¹³³⁾. Quanto alla ipotesi di subappalto di servizi ad una cooperativa, ai fini della responsabilità solidale per i crediti retributivi dei lavoratori si rammenta che per le cooperative trova applicazione la disciplina dell'articolo 7, comma 4, del decreto legge n. 248/2007 (convertito dalla legge n. 31/2008), in tema di applicazione dei minimi del CCNL stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

Sovente, nel settore della sanificazione del tessile, le società esternalizzano il servizio di trasporto da e verso i clienti finali. In tali casi, sembrerebbe pertanto instaurarsi un contratto tipico di trasporto, disciplinato dall'articolo 1678 e seguenti del codice civile con la conseguenza, tra l'altro, della inapplicabilità della disciplina (lavoristica e non) in tema di appalto⁽¹³⁴⁾. Su tale punto, deve però menzionarsi nuovamente la interpretazione fornita dalla circolare del Ministero del lavoro n. 17/2012, nella quale si evidenzia che ricadrebbe nell'ambito di un contratto di appalto di servizi di trasporto (e non già dunque di contratto di trasporto) la ipotesi nella quale vi sia una predeterminazione ed una sistematicità dei servizi, accompagnate dalla pattuizione di un corrispettivo unitario e dalla assunzione di rischi da parte del trasportatore. Inoltre deve rilevarsi come il rapporto non sia più riconducibile al contratto tipico di trasporto nel caso in cui la esternalizzazione concerna una serie di servizi, tra i quali il trasporto (anche laddove tale servizio risulti, nei fatti, preminente). Si pensi alla ipotesi in cui il contratto concerna non solo le attività di trasporto ma anche la gestione del deposito e del magazzino e/o la cernita, divisione e classificazione della biancheria sporca. In tale caso il rapporto appare pertanto riconducibile al contratto atipico (da taluni definito come "di logistica"), relativamente al quale trovano piena applicazione tutte le norme in tema di appalto. Questa è una ipotesi non infrequente tra i contratti analizzati nel settore della sanificazione.

Quanto appena evidenziato comporta, anzitutto, l'applicazione della disciplina in tema di solidarietà, ai sensi dell'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003. Inoltre, ove la prestazione venga svolta, quantomeno in parte (ossia per quanto concerne l'attività di gestione ed organizzazione del magazzino) all'interno di locali giuridicamente riferibili alla società di lavaggio industriale, ne consegue l'applicazione dell'articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008, con conseguente obbligo di redigere

⁽¹³³⁾ Cfr. Cass. 07 marzo 2008, n. 6208, in banca dati *Leggi cit.*

⁽¹³⁴⁾ Cfr. cap. I § 2.

ed allegare al contratto il c.d. DUVRI nonché di specificare, a pena di nullità del contratto di appalto, i costi della sicurezza. Si precisa anche che il citato articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008 si applica non soltanto al contratto di appalto (e subappalto) ma anche alle esternalizzazioni che avvengono mediante ricorso a lavoratori autonomi (articolo 2222 del codice civile) ed a contratti di somministrazione (articolo 1559 del codice civile, anche nel caso della somministrazione di servizi di cui all'articolo 1677 del codice civile).

In alcuni casi sono presenti contratti di appalto dei servizi di mensa, si tratta di contratti di appalto endoaziendale, poiché normalmente la ristorazione avviene presso i locali del committente (nella disponibilità giuridica del committente). Pertanto trova applicazione la disciplina dell'articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008. È quindi necessario che il contratto preveda, a pena di nullità, i costi della sicurezza, e che sia allegato il c.d. DUVRI.

In via generale si ritiene che per tutti i contratti di esternalizzazione analizzati sia opportuno procedere alla certificazione, sia ai fini della verifica della genuinità della esternalizzazione (ad esempio: appalto, trasporto, contratto misto), sia ai fini della individuazione della corretta qualifica del contratto e della relativa disciplina regolatoria (ad esempio: applicabilità di discipline particolari quali la solidarietà per i crediti retributivi e contributivi, ovvero di disposizioni speciali in tema di salute e sicurezza sul lavoro).

2. La disciplina italiana per le attività negli ambienti sospetti di inquinamento o confinati.

Per quanto il modello italiano sia meno semplice da comprendere, soprattutto ad una impresa straniera che intenda avviare una attività in Italia, non può ritenersi che sia meno idoneo a raggiungere lo scopo di minimizzare gli infortuni sul lavoro.

Seppur con punti di partenza diversi, il modello italiano e quello britannico potrebbero addirittura confluire in un risultato comune tendente alla auto-regolazione. Infatti, oltre a comprendere i profili di responsabilità per gli infortuni avvenuti è importante comprendere come le parti della filiera contrattuale potrebbero organizzarsi per creare

un sistema che tuteli i lavoratori minimizzando gli infortuni e riducendo a mera eventualità la questione relativa ai profili di responsabilità.

L'ordinamento italiano ha adottato una normativa riguardo alla tutela della sicurezza dei lavoratori operanti in ambienti confinati che richiede la partecipazione attiva delle imprese e che costituisce un esempio di come anche all'interno delle filiere contrattuali possa esservi una efficace tutela dei lavoratori.

A seguito di diversi infortuni mortali che hanno coinvolto sia lavoratori, sia datori di lavoro in cisterne ed in altri luoghi confinati, è stata approvata in Italia una normativa di sicurezza specifica, il decreto del Presidente della Repubblica n. 177/2011, che prevede uno specifico sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi che operano nell'ambito di ambienti sospetti di inquinamento e in luoghi confinati. La norma obbliga le imprese che intendono operare in tale settore ad ottenere la qualificazione attraverso un adeguamento del proprio modello di organizzazione e gestione a determinati standard minimi di sicurezza.

Ai sensi dell'articolo 66, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2008, per luoghi sospetti di inquinamento si intendono «pozzi neri, fogne, camini, fosse, gallerie e in generale in ambienti e recipienti, condutture, caldaie e simili, ove sia possibile il rilascio di gas deleteri». Non esiste invece una definizione normativa di “luogo confinato”⁽¹³⁵⁾, tuttavia si può intendere come tale quello rientrante nelle tipologie richiamate dall'allegato IV, punto 3, del decreto legislativo n. 81/2008, intitolato «vasche, canalizzazioni, tubazioni, serbatoi, recipienti, silos», a cui peraltro l'articolo 1, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 177/2011 fa espresso riferimento. In molti casi, nella pratica accade che i luoghi definibili come confinati siano anche da considerare a sospetto di inquinamento⁽¹³⁶⁾; tuttavia non sempre si realizza tale identità, e dunque le due tipologie di ambienti devono essere considerate distintamente, anche in

⁽¹³⁵⁾ A livello internazionale si può trovare una definizione di “luogo confinato” in OSHA (Standards - 29 CFR 1910.146) in cui è definito come un luogo: a) abbastanza ampio da consentire ad un lavoratore di entrarci e svolgervi all'interno un lavoro; b) con limitate vie di uscita (ad esempio serbatoi, stive di navi, silos, tramogge, cripte, gallerie, cave); c) non creato per consentire lo svolgimento continuo di una prestazione di lavoro al suo interno.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. W.W. BURNETT, E.G. KING, M. GRACE, W.F. HALL, *Hydrogen sulfide poisoning: review of 5 years' experience*, in *CMA Journal*, 1977, 117, 1277; J.B. S. KAGE, K. TAKEKAWA, K. KUROSAKI, T. IMAMURA, K. KUDO, *The usefulness of thiosulfate as an indicator of hydrogen sulfide poisoning: three cases*, in *J. Legal Med.*, 1977, 110, 220; A. BALLETTA, F. BENEDETTI, L. FRUSTERI, *Le intossicazioni professionali mortali da idrogeno solforato (H₂S) in “ambienti confinati”*, in *G. Ital. Med. Leg. Erg.*, 2011, 33, 3, 246.

ragione del fatto che nel dato normativo vengono configurate separatamente, per quanto poi sia prevista la medesima disciplina per entrambe.

Al fine di inquadrare la norma in esame nell'ambito delle più generali previsioni del decreto legislativo n. 81/2008, è necessario tenere presente che la medesima si inserisce nella scelta legislativa sopra accennata di introdurre un modello di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi che intendono operare in alcuni specifici settori, a forte rischio per i lavoratori. In alcuni settori, infatti, come nel caso dei lavori in ambienti confinati od inquinati, il rischio insito nella tipologia di lavorazione è talmente elevato che senza un'adeguata regolazione dei profili di salute e sicurezza i lavoratori coinvolti finirebbero per essere non soltanto particolarmente a rischio, ma sostanzialmente privi di tutele.

Pertanto, perché una impresa od un lavoratore autonomo possano essere considerati come qualificati per la esecuzione di lavori in ambienti confinati e/o a rischio di inquinamento, è necessario che essi presentino i requisiti richiesti dalla norma (c.d. standard di qualificazione), indipendentemente dalla circostanza che tali attività siano svolte in regime di esternalizzazione produttiva, oppure che restino interne al ciclo produttivo della impresa interessata (si pensi ad esempio ad una stazione per il lavaggio delle cisterne dei camion).

La legge individua i seguenti standard di qualificazione: «integrale applicazione delle vigenti disposizioni in materia di valutazione dei rischi, sorveglianza sanitaria e misure di gestione delle emergenze; presenza di personale, in percentuale non inferiore al 30 per cento della forza lavoro, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, assunta con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ovvero anche con altre tipologie contrattuali o di appalto, a condizione, in questa seconda ipotesi, che i relativi contratti siano stati preventivamente certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 ⁽¹³⁷⁾. Tale esperienza deve essere necessariamente in possesso dei lavoratori che svolgono le funzioni di preposto; avvenuta effettuazione di attività di informazione e formazione di tutto il personale, ivi compreso il datore di lavoro ove impiegato per attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, specificamente mirato alla conoscenza dei fattori di rischio propri di tali attività, oggetto

⁽¹³⁷⁾ Per un approfondimento della certificazione degli appalti in ambienti sospetti di inquinamento o confinati si veda l'appendice n. 5.

di verifica di apprendimento e aggiornamento [...]; possesso di dispositivi di protezione individuale, strumentazione e attrezzature di lavoro idonei alla prevenzione dei rischi propri delle attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati e avvenuta effettuazione di attività di addestramento all'uso corretto di tali dispositivi, strumentazione e attrezzature [...]; avvenuta effettuazione di attività di addestramento di tutto il personale impiegato per le attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, ivi compreso il datore di lavoro, relativamente alla applicazione di procedure di sicurezza [...]; rispetto delle vigenti previsioni, ove applicabili, in materia di Documento unico di regolarità contributiva; integrale applicazione della parte economica e normativa della contrattazione collettiva di settore, compreso il versamento della contribuzione all'eventuale ente bilaterale di riferimento, ove la prestazione sia di tipo retributivo, con riferimento ai contratti e accordi collettivi di settore sottoscritti da organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

2.1. Gli obiettivi perseguiti.

La norma nasce dalla esigenza di garantire un adeguato livello di sicurezza in attività che nel corso degli anni si sono dimostrate particolarmente pericolose ⁽¹³⁸⁾. L'allarme sociale e la commozione che questo tipo di infortuni ha creato nel Paese è stato grande, pertanto, in una ottica di partecipazione generale, si è ritenuto opportuno approvare una normativa speciale di settore con l'obiettivo di azzerare le morti bianche nelle lavorazioni nei luoghi confinati.

La idea generale è che in questo specifico ambito di lavoro il rischio sia un elemento intrinseco nella tipologia stessa delle attività. Pertanto, la unica soluzione possibile è quella di diminuire il rischio del verificarsi di infortuni attraverso un'adeguata organizzazione aziendale della sicurezza ed uno specifico ed elevato livello di

⁽¹³⁸⁾ Secondo uno studio INAIL su un campione di 29 incidenti avvenuti in Italia all'interno di luoghi confinati dal 2005 al 2010 sono decedute 43 persone. Nel 37,9% dei casi gli infortuni erano collegati alla mancanza od all'errato utilizzo dei dispositivi di protezione individuale, nel 28,9% alle condotte dei lavoratori (dovute alla mancanza di formazione, informazione ed alla prassi di adottare condotte pericolose), nel 18,5% a cause materiali (normalmente legate alla trasformazione dei materiali nei luoghi confinati od inquinati), cfr. M. PELLICCI, *Conferenza per la sicurezza sui luoghi di lavoro*, Mantova, 2011, in http://www.aslmmn.it/Docs_File/2_SISTEMA_SORVEGLIANZA_PROGETTO_PANEL.pdf.

formazione degli operatori. Infatti, poiché è necessario che molti lavori in luoghi confinati vengano eseguiti dall'uomo, e poiché questi lavori sono per loro natura ad alto rischio, l'alternativa vera è tra lasciare che essi siano svolti da personale scarsamente qualificato che ha necessità di svolgere qualsiasi tipo di lavoro, per pericoloso che sia, ovvero, al contrario, elevarne il contenuto professionale attraverso la formazione, garantire maggiore consapevolezza attraverso la informazione e l'addestramento e rendere stabile il rapporto di lavoro ed equa la retribuzione.

In altre parole, per fare in modo che i lavoratori non siano gli unici a pagare i rischi intrinseci in determinate attività, il legislatore deve accordare con le imprese un nuovo modo di prevenire gli infortuni attraverso una collaborazione incentrata su una corretta organizzazione aziendale e sulle competenze e la formazione dei lavoratori. Pertanto, dato come obiettivo generale quello dell'azzeramento degli infortuni nel settore, che spesso sono infortuni mortali, possono essere individuati anche altri sotto-obiettivi.

Sul piano organizzativo aziendale gli adempimenti richiesti dalla normativa presuppongono un *know-how* specifico e conoscenze tecniche di settore. La impresa, dunque, deve essere strutturata non soltanto mediante il possesso delle tecnologie necessarie per operare nel settore di riferimento (si pensi ad esempio alle strumentazioni per chi fa saldature o trattamento dei metalli), ma deve avere una organizzazione del lavoro coerente con lavorazioni effettuate in sicurezza (si pensi ad esempio al possesso, all'uso ed alla formazione, dei dispositivi di protezione individuale di terzo livello, delle cinture di sicurezza, dell'abbigliamento antincendio).

La legge prevede inoltre che possano essere utilizzati per le lavorazioni in luoghi confinati soltanto lavoratori dotati di adeguate competenze tecniche, tali da poter lavorare effettivamente in sicurezza. Si ambisce quindi a selezionare lavoratori adeguatamente informati, formati ed addestrati all'uso delle attrezzature di sicurezza. In questo senso, aumentando le competenze medie dei lavoratori impiegati, dovrebbe aumentare anche la consapevolezza del pericolo insito nelle attività lavorative che svolgono, ed essere più frequente il ricorso a comportamenti adeguati.

Per la prima volta in Italia, poi, si stabilisce che deve essere garantito un adeguato livello retributivo ai lavoratori interessati per far sì che i medesimi non siano indotti per motivi economici a tenere comportamenti pericolosi sul lavoro, come affrettare la esecuzione di determinate attività o voler lavorare anche oltre l'orario normale di lavoro,

condotte che di fatto possono essere causa di infortuni. Si comprende quindi come l'obbligo di erogare una retribuzione equa sia strettamente collegato all'obiettivo di favorire la diffusione di comportamenti virtuosi. La condotta del lavoratore è infatti fortemente influenzata dalla condizione economica e normativa del proprio rapporto di lavoro, poiché ove le condizioni di lavoro gli consentono di lavorare serenamente, potrà concentrarsi sulla corretta esecuzione della prestazione, dedicando i tempi necessari anche alle operazioni volte ad evitare gli infortuni, mentre se dalle attività normali non ottiene una equa e sufficiente retribuzione sarà indotto a velocizzare il proprio lavoro per riuscire a portare a termine più incarichi ed a lavorare in regime di orario straordinario.

La equità della retribuzione e la stabilità del rapporto di lavoro sono inoltre connessi alla necessità di accrescere il livello di formazione dei lavoratori per renderla adeguata al livello di pericolosità delle operazioni che devono compiere. Le forme di lavoro atipico non sono adeguate a garantire elevati standard formativi, perché spesso sono solo una soluzione temporanea e mal si conciliano con una professione che necessita di adeguate competenze. Inoltre, obbligando le imprese ad alti costi di formazione e di addestramento, la stabilizzazione e la fidelizzazione dei lavoratori diventano anche una strategia aziendale, per ridurre i costi dell'inserimento lavorativo e potersi avvalere di lavoratori formati e dotati delle competenze tecniche necessarie.

Per quanto riguarda la possibilità che le lavorazioni vengano eseguite da lavoratori autonomi, e non da dipendenti di imprese specializzate, la legge non intende impedire l'utilizzo del lavoro autonomo, ma far sì che i lavoratori autonomi che operano in luoghi confinati siano adeguatamente informati, formati ed addestrati per questa tipologia di lavorazioni.

2.2. Gli strumenti approntati.

La normativa si rivolge tanto alle imprese quanto ai lavoratori, e per entrambi individua alcuni strumenti per il perseguimento dei propri obiettivi, mentre i lavoratori autonomi sono considerati come una categoria a parte che condivide alcune caratteristiche delle imprese ed alcune dei lavoratori.

Per quanto riguarda le imprese, gli strumenti regolatori imposti dalla legge sono molteplici, ed hanno un forte impatto sull'assetto organizzativo. In primo luogo, la impresa deve effettuare la valutazione dei rischi specifica rispetto alle lavorazioni nei luoghi confinati e/o a rischio di inquinamento e dunque deve individuare una specifica procedura di lavoro diretta ad eliminare, o quanto meno a ridurre il più possibile, i rischi insiti in questo tipo di lavorazioni. Proprio la individuazione di una specifica procedura di lavorazione, che deve essere perfettamente nota ed assimilata da tutti i lavoratori interessati che poi hanno il compito di tradurla in comportamenti coerenti, appare interessante perché essa può basarsi sulle "buone prassi" validate dalla Commissione di esperti presso il Ministero del lavoro menzionata sopra.

Sempre sul piano organizzativo, uno strumento che la legge impone è l'adozione di un organigramma aziendale che garantisca la presenza di lavoratori qualificati ed esperti: infatti il 30% dei lavoratori che operano in azienda devono avere almeno tre anni di esperienza specifica nelle lavorazioni nei luoghi confinati ed essere assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato. Inoltre, poiché le lavorazioni nei luoghi confinati avvengono ordinariamente attraverso l'impiego di piccole squadre di lavoratori, è necessario che il capo-squadra, presente alla lavorazione, abbia egli stesso una esperienza specifica nel settore almeno triennale ed un contratto di lavoro a tempo indeterminato. La previsione della presenza di un capo-squadra presuppone un modello organizzativo gerarchico, dove un responsabile coordina il lavoro degli operai della squadra. Naturalmente, però, è anche possibile il ricorso a modelli organizzativi di tipo cooperativo, come avviene nel caso in cui le lavorazioni nei luoghi confinati vengano eseguite da più lavoratori autonomi. In questo caso, il modello organizzativo sarà probabilmente di tipo cooperativo, e non gerarchico, poiché la esecuzione dei lavori avviene in una sorta di società di fatto tra lavoratori autonomi. In tal caso tutti i lavoratori autonomi che "cooperano" nella esecuzione dei lavori dovranno essere in possesso del requisito minimo di qualificazione professionale per la esecuzione dei lavori mentre gli altri lavoratori potranno anche avere minore esperienza.

La legge richiede poi che alcuni lavoratori, in percentuale minima del 30%, abbiano contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Questo mostra un certo sfavore, o quanto meno un sospetto, nei riguardi dell'utilizzo in questo settore di lavoratori con contratti di lavoro non standard. Tali contratti possono in realtà essere utilizzati, ma

devono essere sottoposti alla procedura di certificazione dei contratti, al fine di verificarne la equità e la coerenza con gli obiettivi della legge.

La legge si occupa inoltre di influenzare le condotte dei lavoratori per creare competenza e promuovere comportamenti idonei a ridurre il rischio infortunistico. Viene fatto affidamento su strumenti classici quali la informazione, la formazione e l'addestramento che servono a rendere il più adeguati possibile i lavoratori ad eseguire questo tipo di attività. In particolare, la formazione si distingue dall'addestramento, poiché mentre la prima opera sulle competenze, il secondo incide sui comportamenti. Oggetto di addestramento, poi, sono sia l'utilizzo di strumenti e di dispositivi di protezione individuale, sia la conoscenza delle procedure aziendali specificatamente adottate dalla impresa per eseguire le lavorazioni nei luoghi confinati.

Uno strumento di tutela che la legge eccezionalmente impone è l'applicazione generale della contrattazione collettiva, che così diviene strumento di regolazione dei rapporti di lavoro, non solo nei minimi retributivi, ma anche nelle norme che regolano il rapporto di lavoro che sono la parte normativa dei contratti collettivi. Per l'Italia questo è uno strumento eccezionale, in quanto non opera un regime di applicabilità *erga omnes* dei contratti collettivi. Pertanto il regime di applicabilità *erga omnes*, che pure esiste solo per il pubblico impiego, costituisce una misura davvero eccezionale, il cui intento è appunto quello di annullare possibili differenze sui trattamenti normativi e retributivi tra diverse imprese, che non potranno così giocare il proprio vantaggio competitivo facendo leva su differenziali nel costo del lavoro. Insomma, la scelta normativa è stata quella di neutralizzare il costo del lavoro nella competizione tra imprese che operano in un settore particolarmente rischioso come quello dei luoghi confinati. Non si tratta infatti di neutralizzare il costo diretto del lavoro, applicando *erga omnes* i minimi tabellari, ma piuttosto anche i costi indiretti che derivano da fattori organizzativi disciplinati dai contratti collettivi, come ad esempio l'orario di lavoro e le tipologie contrattuali flessibili utilizzabili nelle lavorazioni; insomma anche il costo del lavoro di tipo "organizzativo" cessa di essere una variabile competitiva per le imprese del settore. Poiché però in Italia non vige in generale il principio di applicazione *erga omnes* della contrattazione collettiva, sono presenti per lo stesso settore produttivo più contratti collettivi (si pensi ad esempio alla metalmeccanica, alla edilizia, alla chimica ed all'agricoltura, tutti settori produttivi dove sono presenti lavorazioni in luoghi confinati).

Pertanto, il meccanismo legale di selezione del contratto collettivo applicabile *erga omnes*, naturalmente limitatamente ai soli lavori in luoghi confinati, è quello della comparazione nella rappresentatività. Si applica cioè il contratto collettivo stipulato dai sindacati che hanno maggiore rappresentatività rispetto agli altri a livello nazionale sia tra i lavoratori sia tra i datori di lavoro.

In questo senso, dunque, anche i contratti individuali di lavoro non solo devono rispettare la contrattazione collettiva, che diviene applicabile *erga omnes*, ma la scelta tra contratti di lavoro stabili e contratti flessibili viene limitata dalla legge, che impone almeno il 30% di contratti individuali a tempo indeterminato. Questa operazione ha la funzione di garantire la presenza stabile presso la medesima azienda di una percentuale significativa di lavoratori, i quali – con la loro continuativa presenza in azienda – sono così i depositari del sapere organizzativo aziendale e delle procedure aziendali di sicurezza, anche a beneficio dei lavoratori con contratto di lavoro flessibile.

Tra gli strumenti di regolazione, la legge prevede una speciale disciplina per le lavorazioni che avvengono in filiere di appalti e subappalti. In particolare si richiede, da un lato, che le parti contrattuali facciano ricorso alla certificazione dei contratti commerciali, al fine di valutarne la congruenza rispetto al modello organizzativo disegnato dalla legge. La Commissione di certificazione, in questo caso, oltre ai suoi ordinari compiti di verifica della legalità e della equità del contratto, deve anche valutare se le inevitabili interferenze tra imprese che operano nel medesimo luogo di lavoro siano state valutate, in modo da ricostruire, anche in un contesto produttivo esternalizzato, la logica organizzativa che la legge impone per effettuare le lavorazioni in sicurezza. In questa ottica, infatti, grande importanza viene data all'attività di informazione e raccordo tra la organizzazione del committente e quella dell'appaltatore e degli eventuali relativi subappaltatori. Queste misure sono di tipo organizzativo e finiscono per incidere notevolmente nella organizzazione produttiva della impresa o dei lavoratori autonomi che materialmente eseguono i lavori.

2.3. I modelli di regolazione: *self-regulation* ed *enforced self regulation*.

L'insieme degli strumenti sopra descritti richiama un modello di regolazione del settore basato su una forte valorizzazione della *self-regulation*. Infatti, poiché l'intero sistema

regolatorio è, nella intenzione del legislatore, un modello integrato di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi che operano in questo settore, la qualificazione avviene attraverso strumenti integrati che valorizzano comunque l'autoregolazione, ma in alcuni casi prevede anche il ricorso a modelli di *enforcement* da parte del legislatore o di appositi organi individuati dalla legge per questa funzione: in questo caso si fa riferimento alle Commissioni di certificazione ed alla Commissione consultiva di esperti in materia di sicurezza che opera presso il Ministero del lavoro.

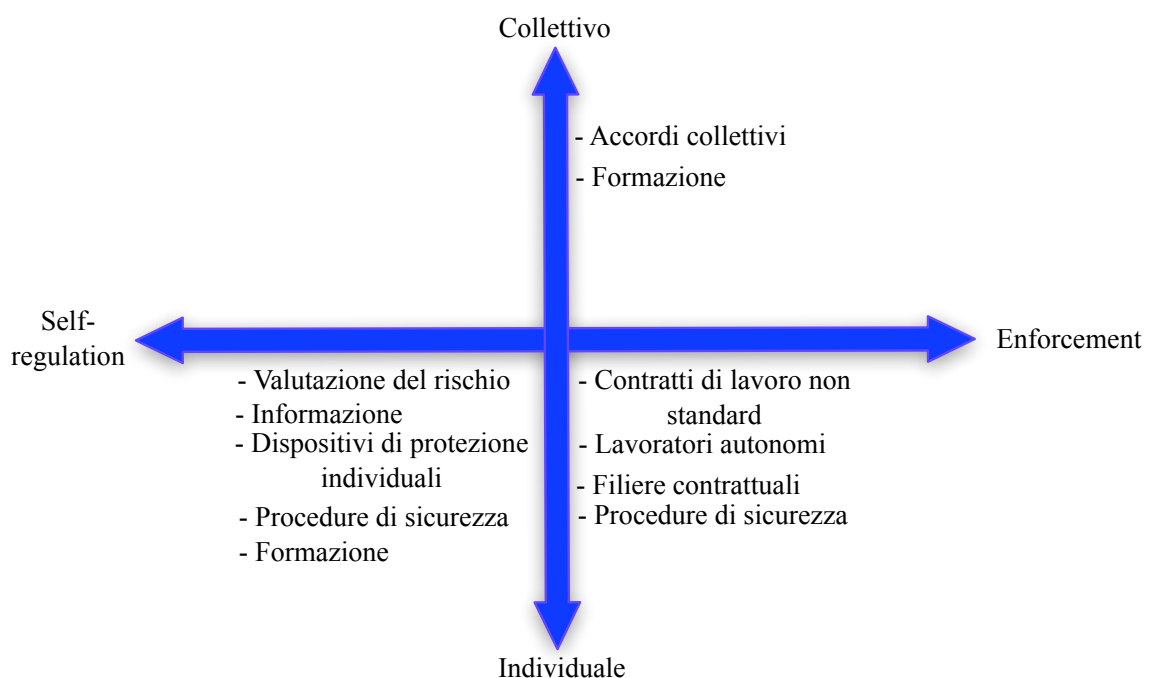
In alcuni casi la legge lascia totalmente all'autoregolazione aziendale la scelta delle misure da adottare. Sono esempi di questa completa *self-regulation* sia la valutazione dei rischi, sia la individuazione della specifica procedura di sicurezza da adottare da parte delle imprese per i lavori in luoghi confinati. L'autonomia organizzativa delle imprese e la specificità della organizzazione di ciascuna impresa richiede che sia la impresa stessa a scegliere, in concreto, le misure organizzative di sicurezza da adottare nelle proprie lavorazioni. L'obbligo che la legge impone è solo di tipo procedurale: è necessario che le imprese si dotino di un modello formalizzato sempre consultabile dai lavoratori interessati e dagli organi di vigilanza in caso di ispezione.

C'è poi un livello di *enforced self-regulation*. Infatti, a questo livello di regolazione appartiene la norma che prevede la certificazione dei contratti di lavoro flessibile e della sub-contrattazione in filiera. Lo scopo è quello di verificare la tenuta del modello organizzativo aziendale rispetto alla norma in termini di rispetto della legge, delle norme di sicurezza e di equità dei rapporti di lavoro dipendente ed autonomo.

In questo senso, appare interessante il fatto che la verifica di *enforcement* da parte della Commissione di certificazione debba avvenire tanto per le forme flessibili di lavoro dipendente quanto per il lavoro autonomo, in quanto spesso nel lavoro autonomo si nascondono situazioni di auto sfruttamento che sono di per sé potenziali aggravanti del rischio insito nelle lavorazioni nei luoghi confinati.

C'è poi un livello di *enforced self-regulation* di dimensione collettiva. Infatti, il ruolo assegnato dalla norma alla contrattazione collettiva, normalmente espressione di pura *self-regulation* tra le parti collettive, è qui declinato nel senso di un *enforcement* speciale che la legge stessa attribuisce ad uno specifico contratto collettivo di settore tra i molti che possono esserci: la legge infatti fa valere *erga omnes* il contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative.

Questo è il contratto collettivo che trova applicazione per tutte le lavorazioni eseguite in luoghi confinati e per tutti i lavoratori coinvolti in esse. La misura in questione è davvero eccezionale per il diritto italiano e si giustifica solo poiché la legge attribuisce fondamentale importanza ad un trattamento equo del lavoratore impegnato in lavori di eccezionale rischio, come appunto quelli nei luoghi confinati. La equità dei rapporti di lavoro è infatti considerata come un veicolo per evitare che inique norme regolanti i rapporti di lavoro possano indurre nei lavoratori comportamenti potenzialmente rischiosi, di rischio organizzativo legato alla organizzazione del lavoro, ovvero di rischio elettivo, ad esempio laddove il lavoratore stesso decida di lavorare oltre l'orario normale di lavoro, per potere ottenere una retribuzione sufficiente. È evidente infatti che il lavoro oltre l'orario normale in questo settore costituisce già di per sé una causa di rischio aggiuntivo, perché i lavoratori sono esposti ad un potenziale calo dell'attenzione e delle forze proprio in situazioni di oggettivo rischio.

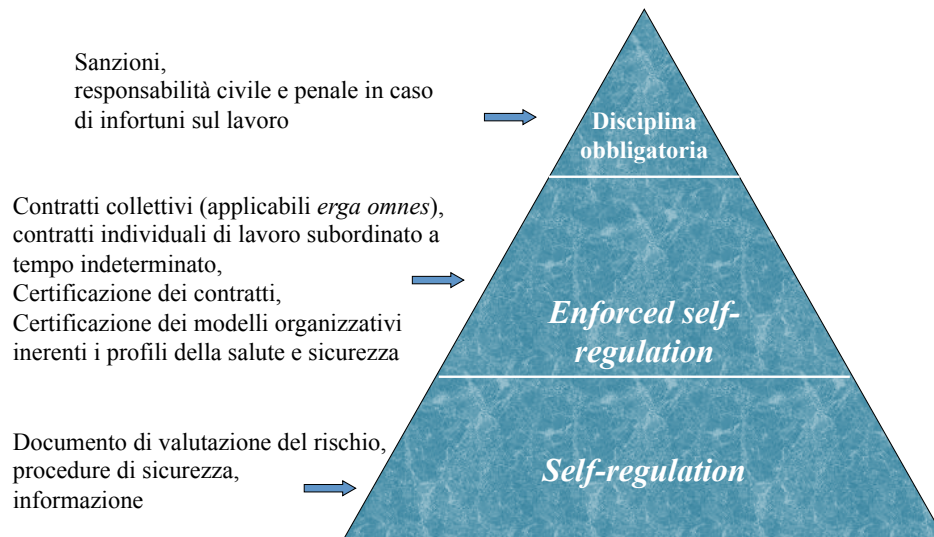


2.4. Il sistema di *enforcement*.

Un aspetto essenziale della norma riguarda il sistema integrato di *enforcement* che essa contempla. È possibile leggere il sistema normativo di *enforcement* attraverso uno

schema che annovera in ordine crescente misure sempre più forti di reazione dell'ordinamento in caso di violazione ⁽¹³⁹⁾.

The Enforcement Pyramid



Alla base della piramide c'è il modello di autoregolazione. Esso ha in sé i meccanismi di reazione nel caso in cui ci sia un discostarsi dalla regolazione stessa. Si pensi ad esempio alla procedura di sicurezza per le lavorazioni nei luoghi confinati. Si tratta di uno strumento di autoregolazione il cui contenuto è lasciato alla scelta aziendale. Nel caso in cui un operaio non segua la procedura, questo si traduce in un biasimo sociale da parte degli altri operai della squadra, così come nel richiamo all'ordine da parte del capo squadra e, a seconda della gravità del comportamento di non *compliance* o della reiterazione della infrazione, nella possibile sanzione disciplinare per il lavoratore che ha compiuto la violazione. Si tratta insomma di un meccanismo di *self-enforcement* posto in essere all'interno della organizzazione.

Tuttavia, è interessante notare che questo sistema funziona in un contesto di *compliance* e di impegno a rispettare la normativa. Infatti, se il clima generale nella impresa è quello per il quale le regole sono solo fastidiosi obblighi formali a cui non si intende

⁽¹³⁹⁾ Lo schema proposto di seguito è basato sul modello creato da I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, Oxford University Press, 1992, 39.

conformare la organizzazione né il comportamento dei singoli membri della organizzazione, allora il sistema di *self-enforcement* risulta del tutto inefficace.

Ad un livello più alto della piramide poi vi sono i modelli di *enforced self-regulation*, che sostanzialmente ricevono conferma (*enforcement*) da una entità esterna che certifica la conformità alla legge e la equità dei modelli di *self-regulation*. La sanzione tipica, in questo caso, è il diniego della certificazione da parte delle Commissioni di certificazione dei contratti o la mancata validazione della procedura specifica di sicurezza da parte della Commissione consultiva permanente presso il Ministero del lavoro. Su questo livello è anche l'applicazione di un contratto collettivo da parte dell'azienda che non sia comparativamente più rappresentativo. La sanzione è che per questo tipo di lavorazioni la impresa deve invece adottare il contratto che è più rappresentativo, naturalmente se più favorevole al lavoratore. Questa regola vale solo per i lavoratori impiegati nelle attività all'interno di ambienti confinati, mentre non si applica ai lavoratori che svolgano altre attività in altri ambiti.

Infine, al livello più alto della piramide si annovera il meccanismo di *enforcement* esterno, cioè di sanzione di tipo penale. Da un lato la violazione di alcune norme procedurali, come la mancata sottoposizione alle procedure di certificazione ove richiesto e la mancata elaborazione delle procedure di sicurezza specifiche per i lavori in luoghi confinati e dall'altro lato la violazione di norme specifiche sostanziali, quali il mancato utilizzo dei dispositivi di protezione individuale, la mancata formazione, informazione e addestramento dei lavoratori, hanno autonome specifiche sanzioni penali di tipo pecuniario. La sanzione più rilevante, infine, è quella che si ha nel caso in cui l'infortunio avviene per causa della violazione delle norme procedurali e sostanziali stabilite dalla legge. In questo caso, questi comportamenti sono considerati dal giudice come rilevanti ai fini della condanna del reo per omicidio colposo, ovvero se non c'è la morte, per lesioni colpose. Naturalmente questi reati riguardano le persone fisiche responsabili per i comportamenti, anche omissivi, posti in essere: il datore di lavoro, il dirigente, il preposto, il coordinatore della sicurezza. Sempre in questi casi, però, si applica una sanzione specifica anche per le persone giuridiche, cioè per le imprese stesse che, oltre ad essere condannate civilmente per i danni, sono anche sanzionate penalmente (cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001).

2.5. Il modello normativo spiegato attraverso l'uso della Teoria dei giochi.

Il decreto del Presidente della Repubblica n. 177/2011 deve intendersi come un nuovo modello normativo per la regolazione dei profili di salute e sicurezza, richiedendo la qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi operanti in un ambito ad alto rischio. Le aspettative che il legislatore italiano nutra di poter realizzare attraverso tale sistema possono essere descritte tramite il ricorso alla teoria dei giochi, ipotizzando un gioco tra lo Stato e le imprese in cui lo Stato possa scegliere tra un approccio tradizionale di regolazione centralista ed un approccio di *self-regulation* ed *enforced self-regulation* ⁽¹⁴⁰⁾.

T = 4 Conformità alla normativa emanata, ma elevati costi di controllo (controlli su tutte le singole operazioni)	Stato		
	<i>Cooperazione</i> (orientata all'obiettivo)	<i>Deterrenza</i> (orientata alla creazione di norme)	
	Si conforma		
	R = 3 ENFORCED SELF-REGULATION r = 3	T = 4 FORZATURA s = 1	
R = 3 Conformità ai sistemi di autoregolazione ed inferiori costi di controllo (controllo dei modelli organizzativi)	Impresa	S = 1 OPPORTUNISMO t = 4	P = 2 BATTAGLIE LEGALI 0 < p < 3
		Si sottrae	
P = 2 Difficoltà con la normativa emanata ed elevati costi di controllo (controlli su tutte le singole operazioni)			
S = 1 Difficoltà ai sistemi di autoregolazione, ma inferiori costi di controllo (controllo dei modelli organizzativi)			
S = 1 Alti costi per conformarsi alla normativa + costi organizzativi (perdita di tempo per agevolare i controlli frequenti e specifici)	0 < p < 3 Alti costi di transazione per risolvere i conflitti (sindacati, Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, ispezioni etc.)	r = 3 Significativi costi per creare un modello, ma idoneità tra il modello creato e le esigenze della impresa	t = 4 Ridotti costi per creare un modello, ma elevati costi in caso di possibili controlli e conseguenti sanzioni

Profitti:

I profitti per lo Stato (lettere maiuscole) rappresentano il tipo di organizzazione relativo alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro che può essere orientato al raggiungimento di un risultato od alla definizione di un sistema completo di norme. In entrambi i casi lo

⁽¹⁴⁰⁾ Il seguente gioco è basato sul modello proposto da J.T. SCHOLZ, *Deterrence, cooperation and the ecology of regulatory enforcement*, in *Law and Society Review*, 1984, 18, 179 e J.T. SCHOLZ, *Voluntary compliance and regulatory policy*, in *Law and Policy*, 1984, 6, 385.

Stato effettua i propri controlli che, nel primo caso, saranno volti alla verifica se gli strumenti adottati dalle imprese sono idonei al raggiungimento del risultato mentre, nel secondo, volti a controllare il rispetto della normativa stabilita.

I profitti per le imprese (lettere minuscole) sono determinati dai costi che dovranno sopportare per adeguarsi alla disciplina prevista dallo Stato o per pagare le sanzioni cui potrebbero essere soggetti in caso di inadempimento.

Preferenze:

T>R>P>S e t>r>p>s. In questo gioco lo Stato ambisce ad arrivare nel quadrato in alto a sinistra (R-r) in cui è presente un equilibrio di Nash.

Descrizione del gioco:

Prima della emanazione del decreto del Presidente della Repubblica n. 177/2011 la situazione relativa ai profili di salute e sicurezza nei luoghi confinati era simile a quella descritta nel quadrato in basso a destra e le imprese non facevano molto per garantire condizioni di lavoro sicure.

In questo gioco lo Stato è il primo ad esprimere la propria strategia, la propria preferenza sarebbe di stabilire una regolazione diretta, abbinata ad un sistema di controlli, per raggiungere il risultato della sicurezza sul lavoro attraverso la imposizione di un determinato sistema normativo. Tuttavia questa soluzione c.d. “*one size fits all*” potrebbe non essere idonea a tutti i tipi di impresa. Dall’altro lato, se lo Stato opta per una strategia basata sulla cooperazione ed orientata al risultato vi sarà spazio per la *self-regulation* e le imprese potranno adottare le misure che ritengono più idonee alla loro specifica situazione.

In entrambe le strategie tuttavia lo Stato dovrà fare un oculato uso del potere di controllo e della irrogazione di sanzioni: nella strategia volta alla regolazione diretta il costo dei controlli sarebbe molto elevato in quanto, per fare in modo che tutti rispettino la regolazione emanata, dovrebbero essere disposte numerose ispezioni. D’altra parte invece ove lo Stato decidesse per una strategia di cooperazione potrebbe utilizzare i controlli solo come strumento di deterrenza verso chi non si attiva autonomamente a creare il proprio modello organizzativo. In tal caso poi varierebbe anche la natura dei controlli che non sarebbero più volti a verificare il rispetto di tante specifiche disposizioni, ma si limiterebbero ad un più rapido controllo della adeguatezza delle procedure adottate con relativo contenimento dei costi per lo Stato. In tal maniera lo

Stato potrebbe concentrare i propri controlli sulle imprese che non hanno creato propri sistemi di *self-regulation*. In entrambi i casi le imprese potrebbero tentare di non adempiere alle richieste dello Stato, ma se i controlli si rivelano efficaci, il timore di incorrere in sanzioni dovrebbe essere decisivo nell'indurre la impresa a cooperare.

Di conseguenza se lo Stato opta per una strategia di cooperazione e riesce a convincere le imprese a cooperare, dovrebbe verificarsi la situazione descritta nel riquadro in alto a sinistra. Questo dovrebbe essere il caso del decreto del Presidente della Repubblica n. 177/2011 che è basato su un approccio di *self-regulation* (richiedendo ad esempio il documento di valutazione dei rischi) e sulla *enforced self-regulation* (richiedendo ad esempio la certificazione dei contratti).

In tal caso le imprese, nel breve periodo, potrebbero considerare vantaggioso non investire per creare un proprio sistema di *self-regulation* (quadrato in basso a sinistra), ma nel medio-lungo periodo tale strategia non sarebbe vantaggiosa poiché è presumibile che lo Stato accerti tale inadempimento ed eroghi le relative sanzioni con conseguente perdita del vantaggio economico per la impresa (quadrato in basso a destra). Pertanto nel lungo periodo la impresa dovrebbe accorgersi che la situazione di cui al quadrato in basso a destra è più costosa che quella descritta nel quadrato in alto a sinistra e di conseguenza dovrebbe decidere di cambiare strategia ed adempiere alle obbligazioni richieste dalla *self-regulation*.

È inoltre possibile che anche lo Stato, dopo aver adottato una strategia di cooperazione decida di cambiare strategia e richiedere alle imprese di alzare gli standard già raggiunti attraverso la imposizione di specifiche norme, tuttavia in questo caso si presume che le imprese tenderanno a non condividere il cambio di approccio e quindi a non adempiere alle obbligazioni imposte dal legislatore (quadrato in basso a destra) con conseguente mancanza di miglioramento delle condizioni dei lavoratori.

In sintesi, se lo Stato agisce come un buon regolatore attraverso una normativa orientata al raggiungimento di determinati obiettivi, dosando i controlli e le sanzioni nei confronti delle imprese che non si attivano autonomamente, anche le imprese saranno propense ad un atteggiamento collaborativo che dovrebbe quindi condurre ad un innalzamento degli standard di sicurezza e ad una diminuzione degli infortuni.

Conclusioni

Verso un nuovo modello di protezione dei lavoratori impiegati nelle filiere contrattuali.

SOMMARIO: 1. La protezione dei lavoratori nelle filiere contrattuali: le fonti comunitarie. - 2. I principi di Tort Law come base concettuale per determinare un modello di attribuzione della responsabilità nei rapporti tra imprese all'interno di una filiera contrattuale. - 3. La certificazione dei contratti come strumento di *enforced self-regulation* per la tutela dei lavoratori nelle esternalizzazioni.

1. La protezione dei lavoratori nelle filiere contrattuali: le fonti comunitarie.

Il tema della protezione dei lavoratori impiegati nell'ambito dei processi di esternalizzazione e la determinazione dei profili di responsabilità applicabili alle imprese facenti parte delle filiere contrattuali ha trovato ampio spazio anche in ambito comunitario.

In ordine cronologico si può ritenere che la prima fonte sia la Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale (“Dichiarazione tripartita”) ⁽¹⁴¹⁾, adottata dalla International Labour Organization (ILO) nel 1977 e modificata, da ultimo, nel marzo 2006. Tale atto enuncia principi di portata universale destinati a guidare le imprese multinazionali, i governi, gli imprenditori ed i lavoratori. La Dichiarazione tripartita invita le imprese multinazionali ad avvalersi di imprese nazionali «per la fabbricazione di pezzi di ricambio e di attrezzature», precisando tuttavia che tali accordi non devono essere effettuati «per eludere le responsabilità insite nei principi della [...] Dichiarazione» stessa. Si comprende pertanto come le criticità non risiedano nel ricorso alla subcontrattazione, che è ritenuta positiva poiché fornisce lavoro alle piccole e medie imprese, ma nei rischi che possono derivare da un uso fraudolento della medesima, ove volto ad avvalersi di tali imprese come meri “contenitori” in cui scaricare responsabilità.

Qualche mese dopo la ultima modifica della Dichiarazione tripartita è stato pubblicato il Libro verde della Commissione delle Comunità Europee, intitolato «modernizzare il

⁽¹⁴¹⁾ Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale, ILO, così come emendata nel marzo 2006, in http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/@multi/documents/publication/wcms_124928.pdf.

diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo» (“Libro verde”) ⁽¹⁴²⁾, che appunto si proponeva di lanciare un dibattito pubblico nell’Unione Europea al fine di riflettere sul modo di far evolvere il diritto del lavoro per adattarlo alle nuove realtà del mondo del lavoro. Nel Libro verde viene considerata superata la «ipotesi che un datore di lavoro unico è responsabile del rispetto degli obblighi che incombono ai datori di lavoro», e per questo tra i temi affrontati è presente anche una sezione dedicata ai «rapporti di lavoro triangolari» in cui si fa peraltro riferimento ai lavoratori «coinvolti in lunghe catene di subappalto». Si ritiene che in tali ambiti vi possa essere disparità di trattamento e di tutele tra i lavoratori della impresa committente e quelli delle imprese della filiera. La Commissione afferma che «numerosi stati hanno tentato di risolvere questi problemi stabilendo un sistema di responsabilità congiunta e solidale dei contraenti principali nei confronti degli obblighi dei loro subappaltatori», sistema che dovrebbe incoraggiare «i contraenti principali a garantire il rispetto della legislazione del lavoro da parte dei loro *partner* commerciali».

Si rileva in effetti come a livello europeo sia generalmente riscontrabile la tendenza a prevedere strumenti idonei a limitare la responsabilità solidale od a sanzionare gli imprenditori che, all’interno delle filiere contrattuali, non rispettino le norme stabilite dalla legge ⁽¹⁴³⁾. Le misure adottate dai diversi Paesi membri dell’Unione Europea sostanzialmente si possono dividere tra strumenti volti ad assicurare l’affidabilità dei contraenti e strumenti volti a garantire che i medesimi eseguano correttamente i pagamenti nei confronti dei lavoratori e degli enti fiscali, previdenziali ed assicurativi ⁽¹⁴⁴⁾. La apposizione di filtri, di natura legale o negoziale, per selezionare i soggetti idonei ad accedere al mercato consente di ridurre il rischio che le imprese poste ai livelli più alti della filiera contrattuale possano essere chiamate a sostenere costi derivanti da inadempimenti dei propri *partner* commerciali. Segnatamente, le modalità rinvenibili nelle esperienze europee sono molteplici e si differenziano tra misure a cui le parti

⁽¹⁴²⁾ Libro verde della Commissione delle Comunità Europee, Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo, COM(2006) 708 definitivo del 22 novembre 2006, in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2006/com2006_0708it01.pdf.

⁽¹⁴³⁾ Si veda la proposta di direttiva della Commissione, attualmente in discussione, che propone la revisione della direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2012)131 final, 21 marzo 2012, in particolare l’art. 12.2, in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Distacco*.

⁽¹⁴⁴⁾ Per una ricognizione dei modelli vigenti nei Paesi dell’Unione europea si veda M. HOUWERZIJL, S. PETERS, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*.

possono ricorrere volontariamente e misure imposte dalla legge, o dalla contrattazione collettiva, che subordinano la possibilità di rivolgersi ad imprese esterne ad una previa verifica di affidabilità. Per entrambe le tipologie spesso viene prevista anche la possibilità di affidarsi agli Istituti previdenziali ed alle Agenzie fiscali per richiedere, al momento della stipula e periodicamente durante la esecuzione del contratto, le attestazioni ufficiali relative ai pagamenti effettuati dai propri *subcontractor*. Tra le misure obbligatorie appare particolarmente interessante la soluzione adottata in Olanda ed in Finlandia che prevede che le imprese possono esternalizzare parte delle proprie attività solo se si rivolgono ad un contraente che applica ai propri lavoratori le disposizioni del contratto collettivo nazionale del settore di riferimento.

La Commissione conclude poi ponendo alcuni quesiti in funzione di una consultazione pubblica prevista per i mesi successivi alla pubblicazione del Libro verde. Tali quesiti sono volti a comprendere: se le responsabilità delle varie parti nell'ambito di rapporti di lavoro multipli dovrebbero essere precisate per determinare a chi incombe la responsabilità del rispetto dei diritti del lavoro; se sarebbe realizzabile ed efficace ricorrere alla responsabilità sussidiaria per stabilire questa responsabilità nel caso dei subappaltatori e, in caso di risposta negativa, se vi siano altri mezzi che consentano di garantire una sufficiente tutela dei lavoratori nei "rapporti di lavoro triangolari".

La consultazione pubblica sul Libro verde ha ottenuto più di 450 risposte da tutte le parti interessate: governi nazionali, amministrazioni regionali, parlamenti nazionali, parti sociali a livello UE e nazionale, ONG, singole imprese, accademici, esperti giuridici e privati cittadini (¹⁴⁵).

I risultati di tale consultazione sono stati pubblicati il 24 ottobre 2007 (¹⁴⁶) e contengono la sintesi delle posizioni più rilevanti quale quella del Parlamento Europeo che, anticipando di fatto la posizione adottata nella Risoluzione del 26 marzo 2009 (vd. *infra*), «ha sottolineato la necessità di regolamentare la responsabilità congiunta e solidale dei contraenti principali per far fronte ad abusi a livello di subappalto o esternalizzazione, al fine di garantire condizioni uniformi per le imprese in un mercato trasparente e competitivo». Condividendo tale obiettivo alcuni Stati membri si sono

(¹⁴⁵) Per la rassegna di tutte le posizioni espresse riguardo agli interrogativi posti nel Libro verde si veda http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_responses_en.htm.

(¹⁴⁶) Risultati della consultazione pubblica sul Libro verde della Commissione "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo", COM(2007) 627 definitivo del 24 ottobre 2007 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0627:FIN:IT:PDF>.

addirittura spinti oltre dichiarandosi «favorevoli a stabilire un principio di responsabilità sussidiaria per garantire il rispetto del diritto del lavoro in tutta l'UE». Sulla stessa linea si è posta anche la Confederazione europea dei sindacati e le organizzazioni settoriali che vi aderiscono rilevando la necessità di «un'iniziativa comunitaria consistente in uno strumento atto a regolare la “responsabilità a catena” delle imprese utilizzatrici e degli intermediari nel caso del lavoro interinale e dei subappalti».

Altri Stati membri invece, probabilmente non convinti dalla complessità di tale operazione, hanno ritenuto sufficienti «le disposizioni di responsabilità secondaria per le relazioni subcontrattuali stabilite dai rispettivi diritti del lavoro». Tale ultima posizione però pare non tenere conto di un mercato globale in cui differenti sistemi normativi potrebbero favorire fenomeni di *dumping* contrattuale.

Evidentemente un siffatto sistema non trova però il favore delle organizzazioni dei datori di lavoro, che «nutrono dubbi sull'efficacia di una proposta volta a stabilire il principio della responsabilità sussidiaria», ritenendo che «le imprese utilizzatrici dovrebbero invece poter contare sul fatto che i subappaltatori hanno obblighi da rispettare in materia di diritto del lavoro». Le imprese committenti che si avvalgono di *subcontractor* genuini considerano infatti la responsabilità solidale per le obbligazioni stipulate dai propri *partner* commerciali come un inutile appesantimento che, indipendentemente dalla cura che ripongono nello scegliere a chi affidare parte del proprio processo produttivo, le lascia sempre esposte al rischio di incorrere in costi e contenziosi futuri.

In generale comunque la consultazione ha fatto emergere la necessità di pervenire ad un «chiarimento dei diritti e dei doveri delle parti coinvolte nella catena dei subappalti, per evitare che i lavoratori si trovino nell'impossibilità di far valere i propri diritti».

Tale criticità è stata affrontata anche nella Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sulla responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione (“Risoluzione”) ⁽¹⁴⁷⁾. In tale documento il Parlamento europeo, in maniera conforme a quanto affermato dall'ILO nella Dichiarazione tripartita, non critica la tendenza alla disintegrazione verticale della impresa, riconoscendo infatti che «il subappalto può essere reputato parte integrante dell'attività economica», e tuttavia

⁽¹⁴⁷⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sulla responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione (2008/2249(INI)) in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:117E:0176:0180:IT:PDF>.

afferma che «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».

Pertanto il Parlamento si pone in maniera propositiva formulando alcune indicazioni, volte a sensibilizzare i lavoratori in merito ai loro diritti; a diffondere una migliore conoscenza delle buone prassi; a garantire rispetto delle norme fondamentali del lavoro ai lavoratori di imprese subappaltatrici; ad escludere dalla partecipazione agli appalti pubblici le imprese che abbiano violato il diritto del lavoro, i contratti collettivi o i codici di condotta; ad adottare un quadro giuridico transnazionale inteso a salvaguardare le norme sul lavoro all'interno delle imprese multinazionali; a fare quanto necessario per chiarire i diritti ed i doveri delle parti coinvolte nelle catene di subappalto; a definire meccanismi nazionali di responsabilità riguardo agli obblighi dei subappaltatori in qualità di datori di lavoro; a non limitare eccessivamente la responsabilità tra le imprese della filiera; a definire uno strumento giuridico comunitario chiaro, che introduca la responsabilità solidale a livello comunitario e rispetti, nel contempo, i diversi ordinamenti giuridici esistenti negli Stati membri ed i principi della sussidiarietà e della proporzionalità; a valutare la fattibilità di uno strumento comunitario sulla responsabilità a cascata come mezzo per accrescere la trasparenza nei processi di subappalto e per assicurare un maggiore rispetto della legislazione comunitaria e nazionale; ad assicurare che i lavoratori siano sistematicamente informati in merito ai loro diritti; a prevedere incentivi che inducano le imprese a compiere con genuino impegno ogni ragionevole sforzo per eliminare le violazioni del diritto del lavoro da parte dei subappaltatori, ad esempio sistemi di certificazione e codici di condotta.

Nel *follow-up* alla Risoluzione adottata il 17 giugno 2009 la Commissione ha mostrato di condividere le posizioni adottate dal Parlamento europeo ed ha affermato la necessità di prevedere sanzioni adeguate ad assicurare il rispetto della normativa in materia di lavoro nell'ambito delle filiere contrattuali. La Commissione ha inoltre espresso il proprio impegno per aumentare la trasparenza all'interno dei processi di esternalizzazione per far sì che non vi siano aree in cui possa essere messa a rischio la tutela dei lavoratori.

Si è tuttavia ritenuto che l'adozione di uno strumento volto a prevedere un meccanismo di responsabilità solidale operante a livello europeo sia un passaggio molto delicato che richieda la accurata analisi dei sistemi vigenti a livello nazionale – poiché a fronte delle differenze esistenti pare complesso ipotizzare una soluzione c.d. “*one fits all*” – ed un confronto con gli Stati e le organizzazioni dei datori di lavoro che si sono dette contrarie. La Commissione ha comunque confermato il proprio impegno a perseguire gli obiettivi indicati nella Risoluzione, affermando inoltre che inizierà un lavoro di analisi delle normative nazionali per verificarne le eventuali criticità ed impegnandosi, di conseguenza, a fornire soluzioni tratte dalle *best practices* riscontrate.

2. I principi di Tort Law come base concettuale per determinare un modello di attribuzione della responsabilità nei rapporti tra imprese all'interno di una filiera contrattuale.

La individuazione di un modello idoneo ad assicurare la protezione dei diritti dei lavoratori impiegati nelle filiere contrattuali, in cui formalmente i lavoratori fanno capo ad un singolo datore di lavoro, ma sostanzialmente sono soggetti alle azioni od omissioni di altri imprenditori della filiera, richiede di individuare una regola per cui le varie imprese dovrebbero essere ritenute responsabili.

Una delle soluzioni possibili potrebbe essere il ricorso ai principi della *Tort Law* anglosassone che, sebbene non faccia riferimento ai rapporti tra imprese, basa il sistema di responsabilità sulla colpa del danneggiante. Il principio generale è quello della responsabilità personale per cui chiunque causi un danno deve risarcire il danneggiato. Tale principio presenta le caratteristiche della equità e della deterrenza dal tenere condotte che possano pregiudicare terzi, tuttavia ne esistono anche alcune eccezioni come la responsabilità oggettiva, c.d. “*strict liability*”, per cui un soggetto è chiamato a rispondere per i danni effettuati da un altro soggetto a prescindere dalla colpa del danneggiante ⁽¹⁴⁸⁾ o la responsabilità solidale, c.d. “*vicarious liability*”, che vede un soggetto rispondere per un'azione od omissione colposa di un altro soggetto.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. G.T. SCHWARTZ, *The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability*, in *Southern California Law Review*, 1996, 69, 5, 1739.

La *vicarious liability* è tipica del caso del datore di lavoro che risponde per i danni commessi dal lavoratore durante l'attività lavorativa, ed è stata ammessa dalle Corti inglesi a partire dal 1700 ⁽¹⁴⁹⁾ sul presupposto che, in tal caso, il danneggiante non deve essere inteso quale entità singola, ma come figura complessa poiché si tratta del datore di lavoro che agisce attraverso il lavoratore ⁽¹⁵⁰⁾.

Vi sono poi anche ragioni di opportunità che ne hanno favorito il diffondersi ed hanno portato Paesi come Regno Unito, Italia, Francia e Canada ad imporre un sistema di *vicarious liability*, mentre altri Paesi, come Germania e Giappone, hanno preferito costruire un sistema che consenta di esonerare il datore di lavoro dalla responsabilità ove sia in grado di provare la assenza di colpa nella selezione e supervisione del lavoratore ⁽¹⁵¹⁾. Tali ragioni sono molteplici, una di queste è la c.d. “*deep pockets practice*” ⁽¹⁵²⁾ per cui è presumibile che in determinate situazioni – quale quella del rapporto datore di lavoro - lavoratore – il danneggiante abbia meno probabilità di risultare solvente rispetto al soggetto obbligato in solido. Nel caso *Ira S. Bushey & Sons, Inc. v. United States* ⁽¹⁵³⁾ veniva inoltre affermato come, nel caso in esame, la *vicarious liability* trovasse la propria giustificazione nella profondamente radicata opinione che una impresa non può essere esonerata dalla responsabilità riguardo agli incidenti che sono intrinseci alla natura della attività che svolge.

Nell'ambito delle relazioni di lavoro la *vicarius liability* si fonda sul concetto del “*respondeat superior*” o “*let the master answer*”, così che il datore di lavoro, c.d. *master*, è responsabile per le azioni od omissioni colpose compiute dai lavoratori, c.d. *servants*. Nel 1800 le Corti inglesi attribuivano il ruolo di *master* a chiunque pagasse per il lavoro finale, senza curarsi se il medesimo potesse effettivamente controllare l'attività del *servant*. Tale impostazione pareva tuttavia ingiusta e pertanto progressivamente si specificò che la categoria dei *servants* dovesse comprendere solo i lavoratori subordinati, c.d. *employees*, sulla cui attività il datore poteva effettuare un

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. *Boson v. Sandford*, 87 Eng. Rep. 212 (1689); *Hern v. Nichols*, 91 Eng. Rep. 256 (1709); *Lane v. Cotton*, 88 Eng. Rep. 853 (1701); *Jones v. Hart*, 91 Eng. Rep. 382 (1698); *Turberville v. Stampe*, 91 Eng. Rep. 1072 (1697).

⁽¹⁵⁰⁾ E.J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, 186.

⁽¹⁵¹⁾ Riguardo alla Germania si veda B.S. MARKESINIS, *The German Law Of Torts*, Hart Publishing, 1994, 677. Mentre riguardo al Giappone si veda J.M. RAMSEYER, F. MCCALL ROSENBLUTH, *Japan's Political Marketplace*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. T. BATY, *Vicarious Liability: A Short History of the Liability of Employers*, Clarendon Press, Oxford, 1916, 154.

⁽¹⁵³⁾ *Ira S. Bushey & Sons, Inc. v. United States*, 398 F.2d 167 (2d Cir. 1968).

controllo, escludendo quindi i lavoratori autonomi, c.d. *independent contractors*, sul cui lavoro invece il datore non poteva influire essendo limitato ad una verifica sul risultato finale. Essendo la *vicarius liability* basata sulla colpa del lavoratore, pareva opportuno obbligare in solido il datore sul presupposto della *culpa in vigilando* che invece non sarebbe potuta intravedersi nel caso del lavoratore autonomo. Ove, al contrario, si fosse ritenuto che il datore fosse obbligato anche nei confronti del lavoratore autonomo, si sarebbe configurata una forma di responsabilità per *culpa in eligendo* od, addirittura, una forma di responsabilità oggettiva che i giudici hanno ritenuto non condividere basandosi sul principio della responsabilità diretta per le obbligazioni intraprese da soggetti autonomi ed indipendenti.

Le Corti si sono quindi spesso trovate a decidere la natura del rapporto tra la parte che svolge un'attività e la parte che ne beneficia dovendo scegliere, ai fini della determinazione della responsabilità in caso di un danno, se classificare la prima come *employee* o come *independent contractor*. Nella visione del rapporto *master and servant* vale il concetto del *respondeat superior* con la conseguenza che se il *master* esercita un controllo sulla attività di un'altra persona, allora quest'altra persona dovrà essere considerata come *servant*. Posto tuttavia che il livello di tale controllo può essere di vario grado ed intensità i giudici hanno sviluppato alcuni test per verificare la natura del rapporto che si trovavano ad esaminare.

Già dalla metà del diciannovesimo secolo nelle Corti inglesi veniva utilizzato il c.d. "*right-to-control test*" ⁽¹⁵⁴⁾, che analizza il diritto di controllo di chi ha commissionato il lavoro sulla attività di chi svolge la prestazione. Il *master* è responsabile delle azioni od omissioni colpose del *servant* solo se ha il diritto di controllarne l'attività, altrimenti non sussiste alcuna responsabilità. In questo caso la *vicarious liability* viene utilizzata come strumento di deterrenza che spinge il datore di lavoro a selezionare meglio i propri lavoratori ed a controllarne le attività in maniera più efficace ⁽¹⁵⁵⁾. I giudici non considerano quindi il *nomen iuris* scelto dalle parti, ma vanno a verificare come si realizza nella prassi la relazione, con la conseguenza che un datore di lavoro non è esonerato dalla responsabilità ove, sebbene sussista un contratto con un lavoratore autonomo, vada poi ad effettuare sul medesimo un controllo simile a quello che esercita

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. *Sadler v. Henlock*, 4 El. & Bl. 570, 119 Eng. Rep. 209 (1855).

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. G.T. SCHWARTZ, *Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?*, in *UCLA L. Rev.*, 1994, 42, 428.

sui propri lavoratori subordinati ⁽¹⁵⁶⁾. Si è poi diffuso anche l'“*organization test*” che verifica se il lavoratore è inserito nella impresa; sostanzialmente si controlla la presenza di una qualifica, della erogazione della retribuzione secondo una tabella predeterminata e dell'obbligo di conformarsi ad un codice disciplinare. Vi è poi un terzo test che valuta la distribuzione dei rischi tra le parti ritenendo siano elementi sintomatici di un rapporto di lavoro autonomo la circostanza che le entrate del lavoratore dipendano dalla propria produttività e dalle proprie capacità o dal rendimento del capitale investito in una impresa ⁽¹⁵⁷⁾.

Evidentemente uno dei problemi di tale impostazione è la difficoltà di prevedere se il giudice adito vorrà classificare un dato lavoratore come *employee* o come *independent contractor* con la conseguenza che, in alcuni casi, le imprese non potranno sapere in anticipo se verranno giudicate responsabili o meno.

In dottrina sono stati inoltre ipotizzati metodi alternativi per la determinazione della responsabilità tra cui la teoria della “*Enterprise Liability*”, secondo cui la impresa committente è responsabile non solo per i danni effettuati dagli *employees*, ma anche per quelli effettuati dagli *independent contractors* di cui si avvale. Tale teoria si basa sulla circostanza che la impresa beneficia ugualmente delle prestazioni dei lavoratori subordinati e di quelli autonomi e pertanto deve sopportare ugualmente gli oneri che possono derivare dalla relativa attività. Peraltro il beneficiario finale della prestazione è nella miglior posizione per risarcire il danno poiché potrà poi considerarlo come un costo di produzione ed ammortizzarlo attraverso un innalzamento del costo del bene finale.

A distanza di trecento anni dalla propria nascita tuttavia il *control test*, sebbene con alcune opportune modifiche richieste dal cambiamento della economia, pare ancora attuale poiché attraverso tale metodo è possibile oltrepassare il *nomen iuris* attribuito dalle parti ad un contratto per verificarne la reale natura. L'attuale congiuntura economica ha infatti favorito il proliferare di realtà formalmente indipendenti, ma, di fatto, subordinate ad una impresa committente, non solo riguardo ad i lavoratori autonomi, ma anche relativamente a piccole imprese fornitrici.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. *McKee v. Brimmer*, 39 F.3d 94, 98 (5th Cir. 1994).

⁽¹⁵⁷⁾ I test adottati dalla giurisprudenza sono stati tuttavia criticati in dottrina, si veda ad esempio H. COLLINS, *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, 10, 353.

Un caso interessante valutato recentemente da diverse Corti anglosassoni è quello del *franchising* che, in assenza di normativa specifica che lo inquadri in una categoria, viene valutato di volta in volta per capire se può rientrare nel rapporto *master and servant*, nella eccezione del rapporto di agenzia o nella esclusione dell'*independent contractor*. Posto che la moderna concezione del *franchising* mal si concilia con il concetto di *master and servant*, per determinare quali delle rimanenti opzioni possa meglio descrivere un dato rapporto di *franchising* i giudici verificano il livello di controllo del *franchisor* sul *franchisee* tenendo come parametri di riferimento da un lato il rapporto di agenzia, in cui il preponente ha il potere di controllare il contenuto della prestazione dell'agente, e dall'altro il rapporto del committente con un *independent contractor*, che può solo controllare il risultato finale della prestazione. La natura del *franchising* tuttavia richiede che il *franchisor* eserciti una forma di controllo sul *franchisee* che si colloca a metà tra il rapporto di agenzia ed il rapporto con l'*independent contractor* ed è quindi complesso stabilire quale delle due ipotesi risulti applicabile. Le Corti anglosassoni hanno allora tentato di superare tale indeterminatezza ritenendo che un indizio del controllo sul contenuto della prestazione può essere la verifica se il *franchisor* effettua un controllo sulla attività ordinaria del *franchisee*. Tuttavia le tecniche dei giudici per effettuare tale controllo sono basate su una molteplicità di elementi del rapporto di *franchising* quali: le modalità di assunzione e di licenziamento; le retribuzioni ed i *benefit*; la imposizione di divise; le modalità di formazione; i prezzi applicati ai clienti; le modalità con cui vengono archiviati i dati; la quantità e la qualità dei beni a disposizione; le modalità di esecuzione dell'inventario; le assicurazioni richieste; gli standard e procedure di manutenzione del luogo di lavoro; l'orario ed i giorni di lavoro e la selezione dei fornitori. Oltre che il diritto del *franchisor* di controllare: la ubicazione, la disposizione e l'arredamento del luogo di lavoro del *franchisee*; i libri contabili; le spese del *franchisee*, le tasse od i reclami contro il medesimo; la pubblicità locale o nazionale. Infine è stato analizzato il diritto del *franchisor* di terminare il contratto a fronte delle violazioni contrattuali effettuate dal *franchisee* ed il potere in generale del *franchisor* sul *franchisee* ⁽¹⁵⁸⁾. Evidentemente una valutazione che si basi su una così ampia gamma di elementi ha fatto sì che rapporti simili venissero giudicati in maniera diversa a seconda del giudice che li analizzasse

⁽¹⁵⁸⁾ La elencazione è riportata in M.R. FLYNN, *The Law of Franchisor Vicarious Liability: A Critique*, in *Colum. Bus. L. Rev.*, 1993, 1, 89.

(¹⁵⁹). In tale situazione di incertezza il *franchisor* non può quindi prevedere se potrebbe essere chiamato, in via solidale, a rispondere alle obbligazioni in capo al *franchisee* o meno.

Pertanto in dottrina si è proposto di introdurre un c.d. “*greater control test*” (¹⁶⁰), attraverso cui il giudice dovrebbe analizzare la relazione di *franchising* ed attribuire la responsabilità alla parte che era nella migliore posizione per evitare il danno o, in altre parole, alla parte che aveva il controllo su ciò che ha determinato il verificarsi del danno. Evidentemente però nemmeno tale impostazione contribuisce a dare certezza alle imprese perché potrebbe essere utile solo *ex post* in seguito al verificarsi del danno.

Tuttavia attraverso il caso del *franchising* si comprende come il sistema utilizzato nella *Tort Law* per comprendere i profili di responsabilità tra le persone riguardo ad un danno potrebbe essere ripreso ed utilizzato anche nei rapporti tra le imprese nell’ambito delle responsabilità per i pregiudizi arrecati ai lavoratori.

È infatti sempre più frequente il caso in cui una impresa committente esternalizzi le attività del proprio ciclo produttivo a piccole imprese fornitrici che, sebbene formalmente autonome, siano, nella prassi, economicamente dipendenti dalla impresa committente. Quest’ultima potrebbe così avvalersi dei processi di esternalizzazione al fine principale di scaricare costi e responsabilità nei confronti di lavoratori su imprese che tuttavia sono strettamente dipendenti dai propri comportamenti. Pertanto i test illustrati sopra potrebbero essere utili anche per comprendere se due o più imprese sono economicamente dipendenti ed attribuire correttamente le responsabilità per un danno ad un lavoratore operante all’interno di una filiera contrattuale. In tal maniera la impresa committente potrebbe essere obbligata nei confronti del lavoratore della impresa facente parte della filiera contrattuale se il pregiudizio subito da questo è determinato da una condotta riferibile alla impresa committente stessa. Con tale metodo non sarebbe rilevante il tipo di accordo commerciale con cui il committente e la impresa fornitrice si sono legati, essendo determinante solo il potere che una impresa può concretamente esercitare sull’altra. Riformulando l’affermazione dei giudici inglesi del 1700 si potrebbe dire che, in questo caso, chi effettua un danno nei confronti del lavoratore di

(¹⁵⁹) Cfr. *Wood v. Holiday Inns, Inc.*, 508 F.2d 167 (5th Cir. 1975) e *Murphy v. Holiday Inns, Inc.*, 219 S.E.2d 874 (Va. 1975) in cui a fronte di comportamenti analoghi del medesimo *franchisee*, una Corte aveva ritenuto sussistere il potere di controllo sul *franchisee*, ma l’altra no.

(¹⁶⁰) Cfr. M.R. FLYNN, *cit.*, 105.

una impresa fornitrice non è la impresa fornitrice stessa, che di per sé ha scarso potere decisionario e margine operativo, ma la impresa committente che agisce attraverso la impresa fornitrice.

Evidentemente tale impostazione continuerebbe tuttavia a richiedere sempre l'intervento del giudice *ex post* rispetto al danno subito dal lavoratore e quindi non consentirebbe alle imprese della filiera di prevedere i costi a cui potrebbero essere esposte. Tuttavia in questo caso potrebbe essere presa in considerazione una impostazione di *self-regulation* ed *enforced self-regulation* quale quella esposta nel secondo capitolo riguardo ai profili di salute e sicurezza.

Posto che il legislatore difficilmente potrebbe determinare un sistema di *specification standard legislation* idoneo a prevedere le tutele dei lavoratori in tutti i processi di subcontrattazione ed individuare un soggetto generalmente obbligato a garantirne il rispetto, potrebbe rivelarsi interessante una impostazione di *performance standard legislation* volta ad stabilire degli obiettivi minimi da raggiungere e lasciare poi le parti libere di realizzarli attraverso una propria autoregolazione che operi all'interno della filiera contrattuale.

Un esempio di apertura verso una forma di autoregolazione nelle esternalizzazioni potrebbe essere intravisto nell'ordinamento italiano in cui la obbligazione solidale tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori avente ad oggetto «i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti [al lavoratore] in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento» ⁽¹⁶¹⁾ prevista dall'articolo 29, comma 2 del decreto legislativo n. 276/2003 – così come da ultimo modificato dall'articolo 4, comma 31 della legge n. 92/2012 ⁽¹⁶²⁾ – può essere inibita, per quanto riguarda i trattamenti retributivi ⁽¹⁶³⁾, ove i «contratti collettivi nazionali

⁽¹⁶¹⁾ Per un approfondimento alla luce delle prassi amministrative si veda A. STANCHI, *Casi e questioni in materia di lavoro*, in *LG*, 2012, 7, 671.

⁽¹⁶²⁾ Per un cui commento sia consentito rinviare a G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in M. TIRABOSCHI, M. MAGNANI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, 205, oltre che a P. TOSI, «Appalto di opere o di servizi» e solidarietà dopo la l. n. 92/2012, in *LG*, 2012, 10, 977.

⁽¹⁶³⁾ L'art. 9, comma 1, del d.l. n. 76/2013 (convertito dalla legge n. 99/2013) è intervenuto sulla materia fornendo una interpretazione autentica dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, in base alla quale la contrattazione collettiva nazionale può derogare soltanto alla obbligazione solidale riguardante i trattamenti retributivi, non potendo influire sulla solidarietà che la legge impone rispetto ai contributi

sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore» dispongano diversamente ⁽¹⁶⁴⁾ individuando «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti». In tale circostanza quindi i caratteri dell'appalto si confondono con quelli della obbligazione derivante dal contratto di lavoro ed i contraenti dell'appalto – negli spazi concessi dalle parti sociali – possono insinuarsi nella obbligazione pecuniaria a favore del lavoratore, che avrà così uno strumento in meno per far valere i propri crediti retributivi nel caso in cui il committente – attraverso «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti» – si liberi dalla responsabilità solidale.

L'articolo 4, comma 31, legge n. 92/2012 lascia ampio margine alle parti sociali per definire «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti» ⁽¹⁶⁵⁾. A fronte della volontà del legislatore di non imporre restrizioni alla autonomia collettiva, si rivela tuttavia necessario un tentativo di riempire di contenuto la locuzione legislativa, tenendo presente che la medesima dovrà comunque essere interpretata richiedendo la previsione di misure che tutelino i lavoratori per quanto

previdenziali ed assicurativi. È stato quindi sostanzialmente trasformato in legge l'orientamento espresso dal Ministero del lavoro nel vademecum sulla l. n. 92/2012 (Prot. 37/0007258/MA008.A001), del 22 aprile 2013 – in *www.bollettinoadapt.it*, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto* – in cui si affermava che «la esclusione della responsabilità solidale in forza alla deroga operata da parte della contrattazione collettiva nazionale sembrerebbe poter afferire ai trattamenti retributivi e non invece alle obbligazioni previdenziali ed assicurative di natura pubblicistica maturate nei confronti degli Istituti, intesi quali soggetti terzi rispetto agli accordi derogatori intercorsi tra le parti sociali» fondandosi peraltro su «un principio di carattere generale del nostro ordinamento secondo cui non sembrerebbe consentito alla fonte contrattuale di incidere direttamente sui “saldi” di finanza pubblica». Ritenendo però la questione come controversa, il vademecum del Min. lav. richiamava anche la posizione – espressa tra l'altro dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro – di chi riteneva che «il CCNL non opera come fonte privatistica, ma opera come fonte delegata dal Legislatore, con conseguente possibilità, da parte del CCNL, di derogare alla legge anche sotto il profilo previdenziale». Per un primo approfondimento degli effetti da un lato dell'art. 9, comma 1, d.l. n. 76/2013 (convertito dalla l. n. 99/2013), e dall'altro lato della riforma della responsabilità solidale in ambito fiscale di cui all'art. 50, comma 1, d.l. n. 69/2013 (convertito dalla l. n. 98/2013), sia consentito rinviare rispettivamente a G. GAMBERINI, *La responsabilità solidale negli appalti*, e a G. GAMBERINI, D. VENTURI, *Le modifiche alla disciplina della responsabilità fiscale negli appalti*, entrambi in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, 312 e 492.

⁽¹⁶⁴⁾ Si precisa come tale facoltà derogatoria fosse già prevista nella versione dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 così come sostituito dall'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 251/2004 (rimasta in vigore sino al 31 dicembre 2006), sebbene non fossero precisate le modalità con cui potesse avvenire la deroga.

⁽¹⁶⁵⁾ Secondo P. TOSI, op. cit., è lecito «nutrire perplessità circa la capacità della contrattazione collettiva di assolvere il compito affidatole dal legislatore, con il rischio comunque che la congruità dei «metodi e procedure di controllo e di verifica» eventualmente individuati sia messa in discussione in sede contenziosa».

riguarda gli aspetti retributivi e finanche contributivi (previdenziali e assicurativi), comprese le quote di trattamento di fine rapporto ⁽¹⁶⁶⁾.

La necessità di disporre diversamente rispetto ai rigidi schemi previsti è fortemente avvertita in Italia e se ne trova concreta testimonianza in un numero rilevante di contratti collettivi nazionali attualmente vigenti, che prevedono l'impegno da parte delle imprese a selezionare i propri *partner* commerciali al fine sia di tutelare i lavoratori, sia di tentare il contrasto ai fenomeni distorsivi della concorrenza. I sistemi di selezione previsti, sebbene non uniformi in tutti i contratti, generalmente comportano l'acquisizione da parte dell'appaltante della documentazione idonea a dimostrare la capacità economico-finanziaria, la regolarità contributiva e fiscale, l'applicazione del contratto collettivo ed il rispetto degli obblighi relativi alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro da parte dell'appaltatore.

Con contenuto più pregnante ed in maniera proattiva si pone invece l'Avviso Comune per la legalità, regolarità e trasparenza del mercato del settore movimentazione merci, logistica e facchinaggio ⁽¹⁶⁷⁾, sottoscritto il 27 gennaio 2011. Attraverso tale atto – che probabilmente ha ispirato il legislatore nella successiva rivisitazione della disciplina in esame – «tutti i soggetti firmatari del C.C.N.L. “Logistica, Autotrasporto e Spedizioni”» proponevano al Governo modifiche normative che, tra l'altro, permettessero «una qualificazione e una più puntuale disciplina sulla responsabilità solidale». Le parti suggerivano di affiancare al principio della responsabilità solidale del committente «il

⁽¹⁶⁶⁾ L'art. 9, comma 1, del d.l. n. 76/2013 (convertito dalla legge n. 99/2013), intervenuto sulla materia nelle more della pubblicazione del presente contributo, fornisce una interpretazione autentica dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, in base alla quale la deroga prevista dal Ccnl trova applicazione rispetto ai crediti retributivi dei lavoratori impegnati nell'appalto, «con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi». Tuttavia, proprio in ragione della funzione della norma di favorire e semplificare i rapporti commerciali posti in essere mediante il contratto di appalto, è ragionevole ritenere che i Ccnl finiranno comunque per stabilire «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti» che possano efficacemente tutelare il committente in senso complessivo, anche sul piano contributivo.

⁽¹⁶⁷⁾ In tale documento – in www.bollettinoadapt.it, indice A-Z, voce *Trasporto (contratto di)* – i soggetti firmatari del Ccnl logistica, autotrasporto e spedizioni (Aite, Aiti, Ansep-Unitam, Assoespressi, Assologistica, Fedespedi, Fedit, Fisi (assistite da Confetra), Federlavoro e Servizi-Confcooperative, Legacoop Servizi, Produzione e Servizi di Lavoro-Agci, Anita, Cna-Fita, Trasportounito Fiap-Unimpresa e Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uiltrasporti), a fronte della presenza in tale mercato di «imprese cooperative “spurie”» la cui attività si caratterizza per «violazioni alle normative sul lavoro con un ricorso sistematico al lavoro “nero”, al mancato versamento dei contributi previdenziali, alla mancata retribuzione del personale con l'unico obiettivo di abbattere drasticamente il costo del lavoro», avevano espresso preoccupazione per un assetto normativo che, «mentre addossa all'appaltante la responsabilità per comportamenti dell'appaltatore, non consente alcuna reale possibilità di controllo da parte dell'azienda committente sui doveri dell'appaltatore del cui rispetto l'azienda è chiamata oggettivamente a rispondere».

potere in capo al committente stesso di esercitare un reale controllo sui doveri dell'appaltatore rispetto ai quali è chiamato a rispondere in maniera solidale» aggiungendo che «il riscontro del rispetto di tutte le formalità e le regolarità previdenziali e contrattuali, da eseguirsi precedentemente alla stipula dell'appalto e da monitorare successivamente, deve comportare l'esonero dalla responsabilità solidale in capo al committente».

Si può pertanto ritenere che le sopra citate buone prassi europee abbiano influenzato prima le parti sociali e poi il legislatore. In tal senso si veda ancora l'Avviso Comune per la legalità, regolarità e trasparenza del mercato del settore movimentazione merci, logistica e facchinaggio in cui le parti contraenti si impegnano ad affidare gli appalti di servizi di logistica e facchinaggio/movimentazione merci «unicamente a soggetti economici che applicano il C.C.N.L. logistica, trasporto merci e spedizioni». I soggetti firmatari del Ccnl, al di là del proprio ambito di competenza, hanno inoltre proposto al Governo la introduzione di «una procedura che se attivata dall'impresa appaltante nell'ambito di una tempistica predefinita la esoneri dalla responsabilità in solido». Tale procedura presuppone, come appunto molte delle prassi europee già esistenti, che la impresa committente debba verificare l'affidabilità della impresa appaltatrice attraverso una serie di documenti (¹⁶⁸).

Piuttosto che prevedere modalità di esonero dalle responsabilità all'interno della filiera, potrebbero forse però essere individuati alcuni standard minimi a tutela dei lavoratori operanti nei processi di esternalizzazione e poi lasciare le parti libere di costruire metodi e procedure che consentano di raggiungere tali obiettivi in maniera adeguata con la filiera contrattuale in cui operano e determinare poi le responsabilità secondo il principio del *duty of care*. In tal modo le imprese della filiera dovrebbero agire in maniera tale da non creare pregiudizi alle altre od ai lavoratori delle altre e la

(¹⁶⁸) Più precisamente nella proposta è previsto che «l'impresa committente chieda all'impresa appaltatrice i seguenti documenti: elenco nominativo dei lavoratori, corredato da codice fiscale, impiegati nell'appalto, la documentazione attestante l'avvenuto versamento delle ritenute fiscali relative ai soggetti impiegati nell'esecuzione dell'appalto, la documentazione attestante l'avvenuto versamento dei contributi previdenziali ed assicurativi relativi ai lavoratori impiegati nell'appalto attraverso l'elenco del nominativo dei lavoratori utilizzati nell'appalto, l'ammontare delle retribuzioni corrisposte ad ogni singolo lavoratore, le indicazioni dell'aliquota contributiva applicata ed i relativi importi versati nonché il documento unico di regolarità contributiva (DURC) secondo cui i versamenti devono essere riferiti anche ai lavoratori impiegati nell'appalto. Nel caso in cui la procedura sopra individuata sia rispettata integralmente, il riscontro, salvo illeciti penali, della documentazione di cui sopra, in sede di contestazione, esonera il committente dalla responsabilità solidale per i lavoratori impiegati nell'opera e indicati nella documentazione fornita».

responsabilità scatterebbe solo ove il pregiudizio arrecato ad un dato lavoratore non dipenda dal proprio formale datore di lavoro, ma da un comportamento di una impresa posta ai livelli più alti della filiera.

Il legislatore potrebbe utilizzare il meccanismo dei test della *common law* per creare un sistema di indici presuntivi di dipendenza economica, lasciando tuttavia le parti libere di provare il contrario così che vi sia attribuzione di responsabilità a seconda del livello di influenza economica che una data impresa è in grado di esercitare nella filiera e la responsabilità sia motivata da una “colpa” piuttosto che dalla mera circostanza di essere in una posizione superiore nella filiera contrattuale.

Un tale meccanismo di *self-regulation* potrebbe però essere accompagnato da uno strumento di *enforcement* che garantisca *ex ante* un controllo qualificato dei profili di responsabilità delle imprese e della idoneità dei metodi individuati a raggiungere gli obiettivi richiesti dal legislatore. Anche qui potrebbe essere presa a modello la soluzione utilizzata dal legislatore italiano nel decreto del Presidente della Repubblica n. 177/2011, che ha previsto l'intervento delle Commissioni di certificazione per attestare la rispondenza di quanto fatto autonomamente dalle parti ai requisiti di legge.

In questo caso tuttavia la qualificazione non sarebbe limitata solo ai profili di salute e sicurezza, in quanto la certificazione potrebbe vertere sugli standard organizzativi all'interno della filiera contrattuale, per verificare la legittimità dei contratti con cui si è proceduto alle esternalizzazioni e per attestare che i modelli organizzativi costruiti dalle imprese per consentire il controllo e la esecuzione degli adempimenti retributivi, ma anche contributivi e previdenziali, siano efficaci ed affidabili e per determinare correttamente la allocazione di responsabilità tra le imprese.

La certificazione in questo senso opererebbe come meccanismo di *enforcement* ⁽¹⁶⁹⁾ con riferimento alla *performance standard legislation*. Le commissioni di certificazione potrebbero infatti verificare concretamente che i parametri fissati dal legislatore siano stati tradotti dalle imprese della filiera in un modello che sia adeguato agli scopi fissati

⁽¹⁶⁹⁾ Sulla funzione regolatoria dell'istituto della certificazione dei contratti in termini di *enforced self-regulation* sia consentito rinviare a C. BIZZARRO, F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, D. VENTURI, *The Certification of Employment Contracts: A legal Instrument for Labour Market Regulation in Italy*, in *IJCLLR*, 2010, 26, 1, 103. Sempre sul medesimo tema, inoltre, a sottolineare la funzione della certificazione quale strumento regolatorio, espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, sia consentito rinviare a F. PASQUINI, D. VENTURI, *La certificazione dei contratti come modello di autoregolazione e strumento di controllo dell'attività d'impresa ai sensi dell'art. 41, comma 3, della Costituzione*, in *Ianus*, 2011, 5, 303.

ed idoneo ad essere continuamente aggiornato nel tempo. La procedura di certificazione sarebbe quindi necessaria *una tantum*.

Considerato quindi che all'interno delle filiere contrattuali si richiede di verificare l'affidabilità delle imprese sia in materia di salute e sicurezza sul lavoro sia relativamente alla tutela dei lavoratori per i crediti retributivi, contributivi ed assicurativi, si coglie la opportunità di costruire un unico sistema che concili i due scopi apparentemente differenti.

3. La certificazione dei contratti come strumento di *enforced self-regulation* per la tutela dei lavoratori nelle esternalizzazioni.

Una possibile soluzione alla mancanza di certezza giuridica per i profili di responsabilità tra le imprese di una filiera contrattuale potrebbe appunto essere il ricorso all'istituto della certificazione dei contratti ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo n. 276/2003.

Il decreto legislativo n. 276/2003 attribuisce alle Commissioni di certificazione sia una funzione di prevenzione delle controversie – e quindi anche dei presupposti delle medesime – in materia di lavoro, sia una funzione di assistenza e consulenza ⁽¹⁷⁰⁾.

Le Commissioni di certificazione, durante la fase di assistenza e consulenza, potrebbero pertanto indicare alle parti, secondo i risultati dei test sopra indicati, quale siano le relazioni di responsabilità tra le imprese della filiera, consentendo quindi di anticipare la valutazione solitamente effettuata dal giudice e prevedere in quali situazioni potrebbero essere ritenute responsabili in solido.

Conseguentemente, le Commissioni potrebbero certificare la idoneità del modello organizzativo adottato dalle parti a raggiungere gli standard di protezione posti dal legislatore e la legittimità della divisione delle responsabilità in una data maniera ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ L'art. 81 del d.lgs. n. 276/2003 prevede espressamente che le commissioni di certificazione possano svolgere funzioni di «consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali». Per un approfondimento sul tema – alla luce delle novità apportate dalla l. n. 183/2010 – si veda il contributo di F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (l. 183/2010)*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2011, 37.

⁽¹⁷¹⁾ In uno dei commenti alla l. n. 183/2010, c.d. collegato lavoro, M. CORTI, *Il cd. Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, conciliazione e arbitrato*, in *RIDL*, 2011, n. 1, 7, rileva come il secondo comma dell'art. 30, l. n. 183/2010 «estend[a] l'obbligo del giudice di rispettare la volontà delle parti anche alla “interpretazione” delle clausole del contratto certificato». Tale aspetto porta a comprendere

In questo senso le Commissioni potrebbero svolgere un ruolo di *enforced self-regulation* che, oltre a verificare la correttezza di quanto autonomamente deciso dalle parti, conferirebbe anche maggior certezza e stabilità all'accordo.

In questo caso verrebbe meno la "originaria" funzione in senso lato qualificatoria delle commissioni di certificazione, poiché le imprese verrebbero ritenute responsabili indipendentemente dal contratto che hanno posto in essere, ma si andrebbe comunque e concretamente a realizzare lo scopo principale per cui il legislatore ha introdotto la certificazione nel nostro ordinamento: la riduzione del «contenzioso in materia di lavoro» ⁽¹⁷²⁾. Sarà infatti meno probabile che sorgano controversie ove le parti conoscano le ripartizioni di responsabilità sin dal sorgere del rapporto ed ove siano state opportunamente accompagnate nella costruzione del modello con cui raggiungere gli standard indicati dal legislatore. In verità pare che l'intento deflattivo dell'istituto possa effettivamente realizzarsi ove le commissioni di certificazione godano di una diffusa autorevolezza: si presume infatti che all'aumentare della competenza dei commissari esercenti la fase istruttoria si infittiscano le maglie del setaccio attraverso il quale dovranno filtrare le pattuizioni delle parti. Di conseguenza dovrebbero confluire nell'accordo finale solo clausole rispondenti ai requisiti di legge, pertanto verrebbero ridotte, se non eliminate, le possibilità che gravi errori contrattuali arrivino sino al vaglio del giudice. Si presume inoltre che, ove vi sia un modello di test condiviso, i risultati a cui potrebbe arrivare il giudice non dovrebbero essere difformi da quelli che potrebbero emergere da una commissione di esperti quale la commissione di certificazione e pertanto non dovrebbe sussistere il rischio di discrasia nelle valutazioni. Deve poi essere tenuto in considerazione anche l'aspetto antielusivo di una scelta quale quella prospettata: la certificazione in questo caso fungerebbe infatti da «patente di credibilità ed affidabilità» ⁽¹⁷³⁾. Si consideri, del resto, che chi certifica il proprio

come l'affermazione di cui sopra risulti non solo condivisibile ma addirittura valorizzata dalle novità introdotte dalla l. n. 183/2010.

⁽¹⁷²⁾ Parte della dottrina sostiene però che l'istituto della certificazione non riesca nell'obbiettivo di deflazione del contenzioso. Tra questi si veda V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276 del 1.9.2003*, Ediesse, Roma, 2004, e, meno fermamente, L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro l. 30/2003*, Ipsoa, Milano, 2004, 233. Positivi sono invece i commenti a riguardo di V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *LD*, 2006, 2-3, 383, e D. MARRAMA, C. FRIGHETTO, *La certificazione come strumento di certezza del diritto*, in *Rassegna di Giurisprudenza del Lavoro nel Veneto*, 2005, 2, 18.

⁽¹⁷³⁾ F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (l. 183/2010)*, *cit.*, 85.

modello sarebbe immediatamente riconoscibile e distinguibile rispetto a chi invece proceda solo ad adottare una propria autoregolazione o, ancora di più, rispetto a chi non si attiva a creare il proprio modello.

Non sembrerebbero poi esserci particolari questioni sull'applicabilità dell'istituto della certificazione ai processi di esternalizzazione in genere, considerato che il quarto comma dell'articolo 30 della legge n. 183/2010 ⁽¹⁷⁴⁾, andando a sostituire l'articolo 75 del decreto legislativo n. 276/2003, ha previsto che, «al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro». Si può quindi ritenere che i contratti commerciali con cui in genere si effettua una esternalizzazione siano tutti contratti in cui viene dedotta almeno indirettamente una prestazione di lavoro e, tenendo conto delle argomentazioni sopra esposte, la certificazione dei medesimi sarebbe conseguentemente volta, per l'appunto, anche a ridurre il contenzioso in materia di lavoro.

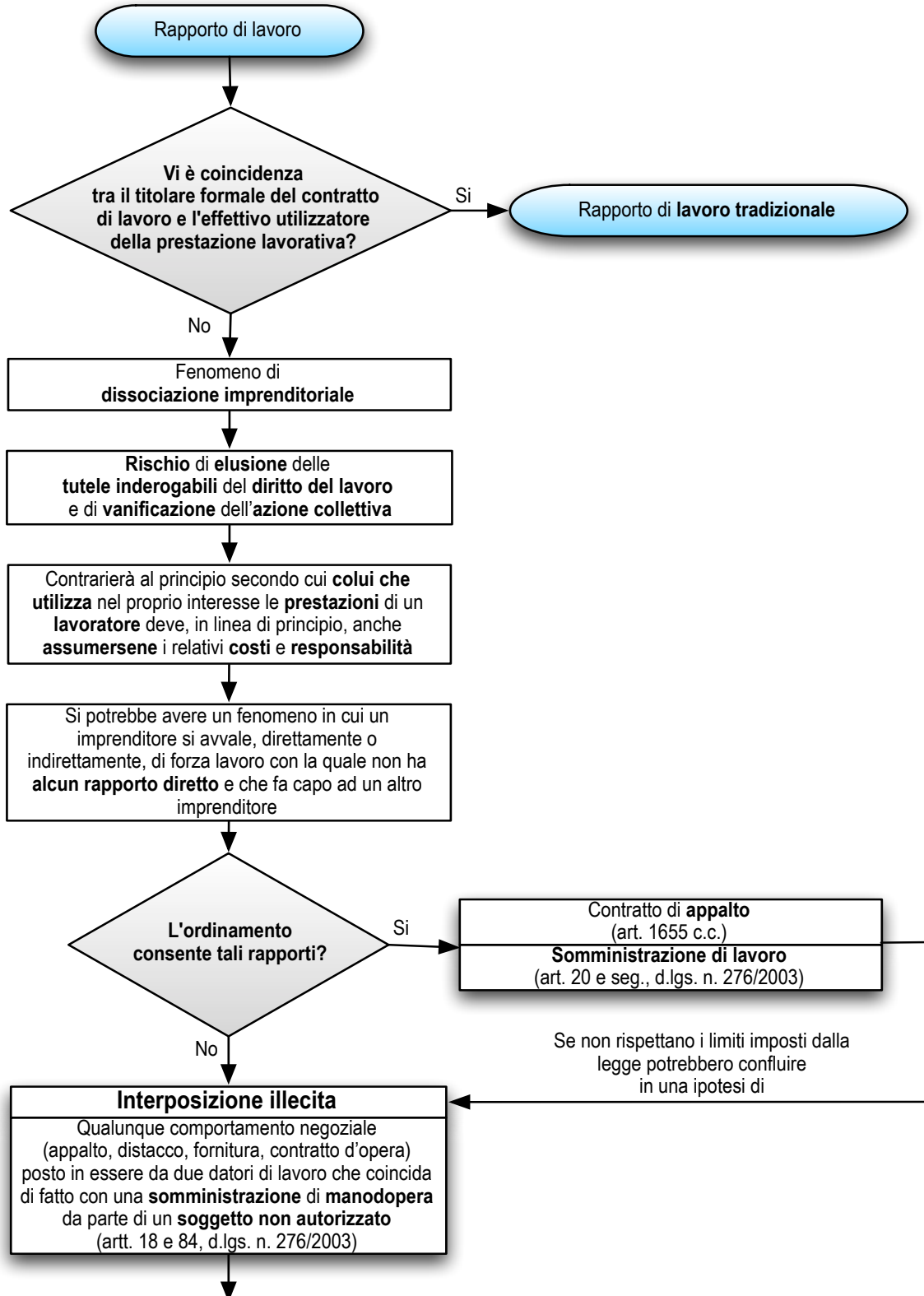
⁽¹⁷⁴⁾ Per una breve analisi delle novità apportate all'istituto della certificazione dalla l. n. 183/2010 si vedano i contributi di V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *DLM*, 2010, 1, 147; E. MASSI, *Commissioni di certificazione: problemi e prospettive*, in *DPL*, 2011, 4, 177; I. AMBROSI, M. D'AURIA, *Il provvedimento «collegato lavoro»: i (ridotti) poteri del giudice in materia di qualificazione del contratto di lavoro certificato e i limiti del risarcimento dovuto al lavoratore (Seconda parte)*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, 2, 158; A. MINERVINI, *La qualificazione del rapporto di lavoro nella certificazione del contratto*, in *LG*, 2011, 3, 301 e M. LAI, *La certificazione nel c.d. collegato lavoro ed il ruolo della bilateralità*, in *RIDL*, 2012, 1, 17.

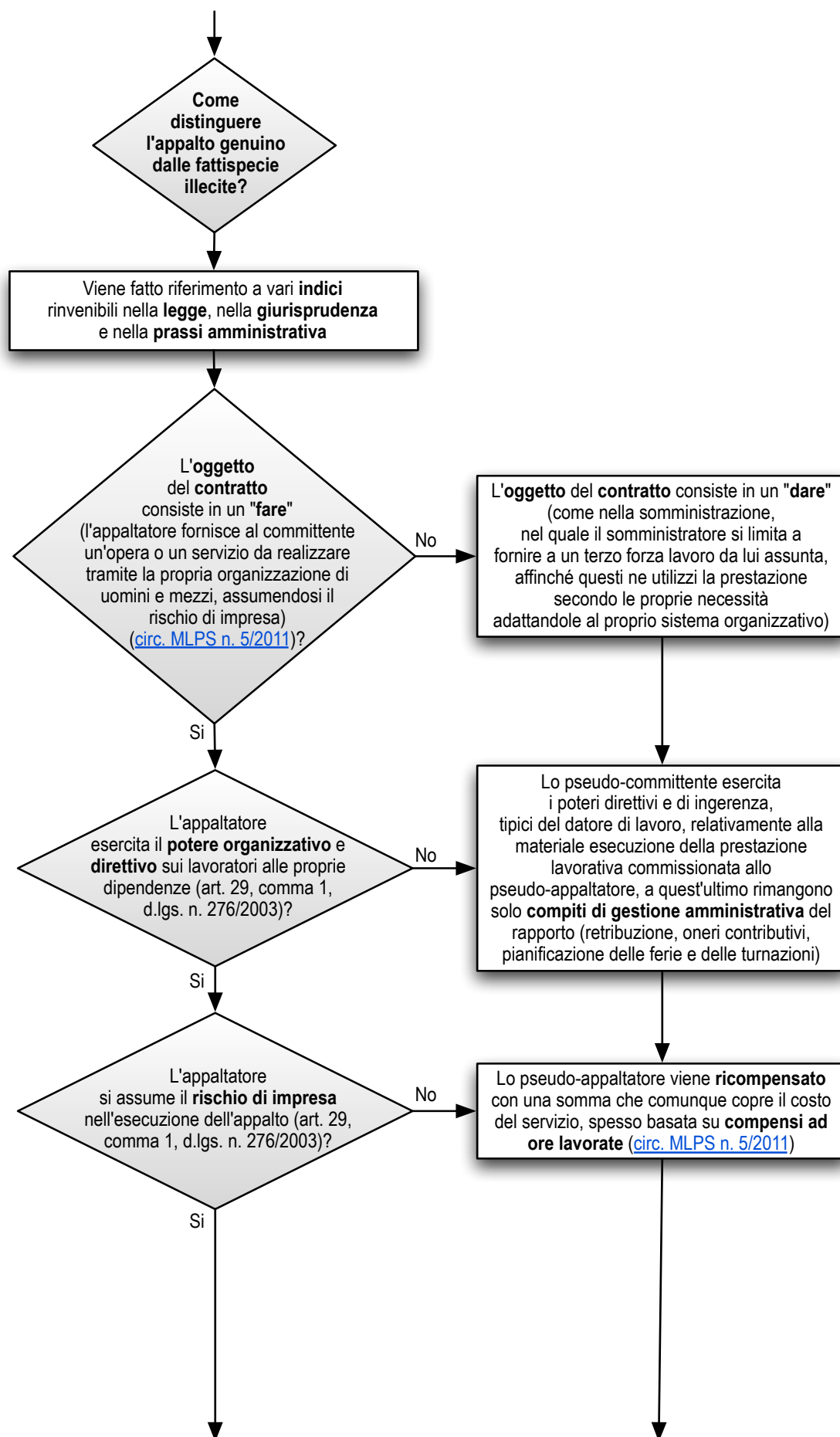
Appendice

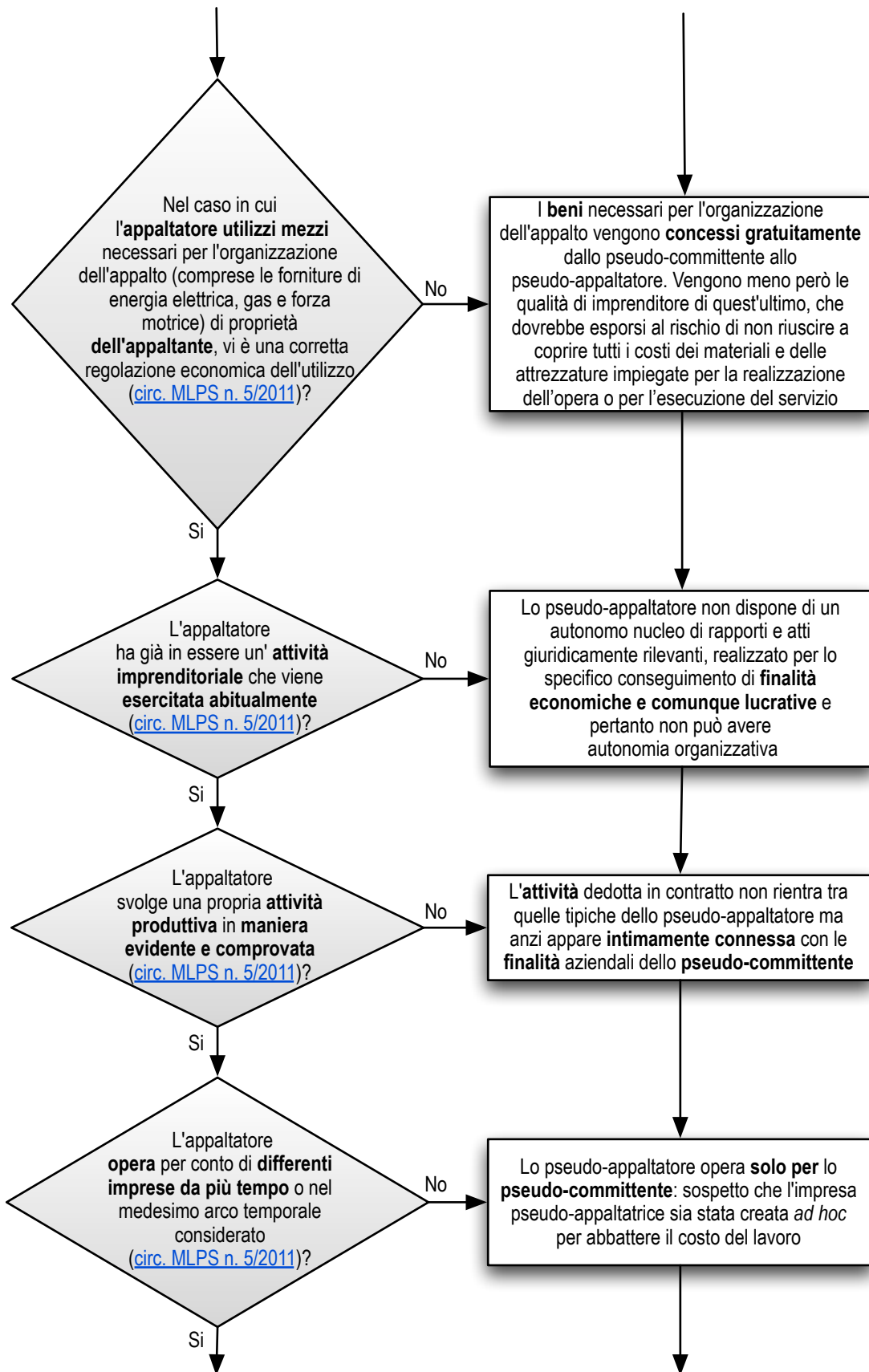
SOMMARIO: 1. Distinzione tra contratto di appalto e somministrazione di lavoro. - 2. Responsabilità solidale negli appalti. - 3. Certificazione del contratto di appalto ai fini della riduzione del contenzioso in materia di lavoro. - 4. Sistema di qualificazione delle imprese. - 5. La certificazione degli appalti in ambienti sospetti di inquinamento o confinati. - 6. Verifica del modello di organizzazione e gestione aziendale. - 7. Procedimento di certificazione di un contratto di appalto.

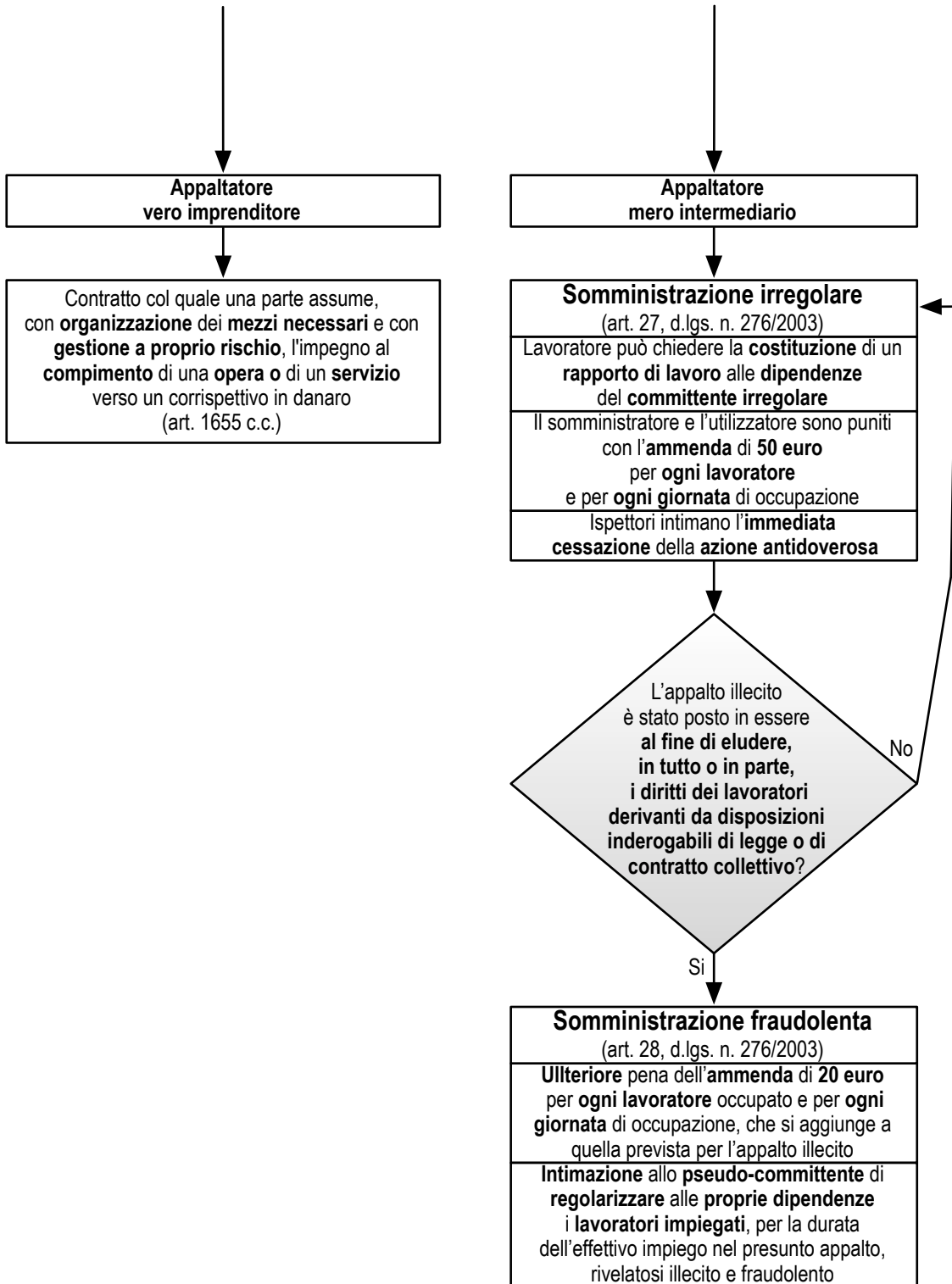
Appendice n. 1

Distinzione tra contratto di appalto e somministrazione di lavoro.



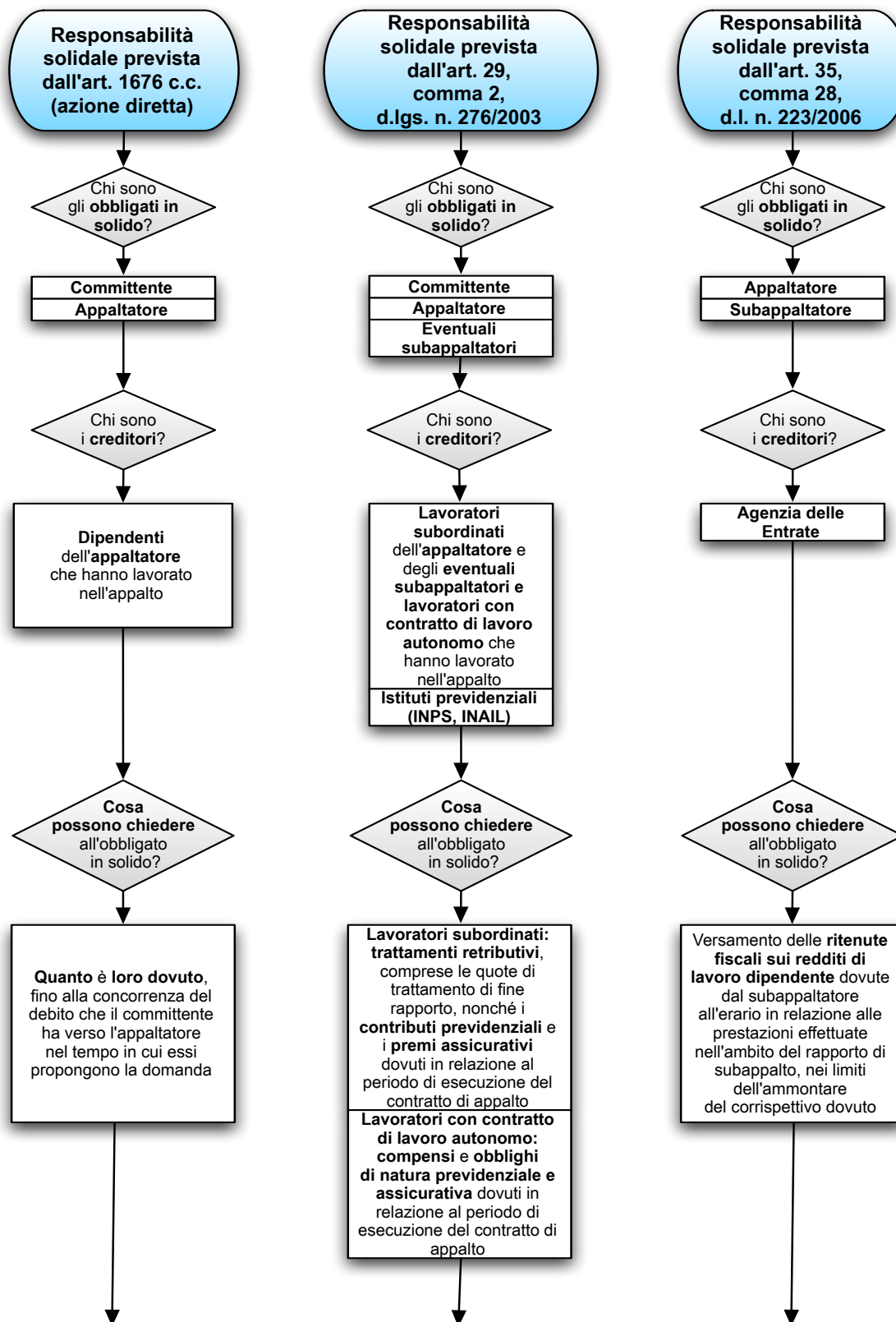


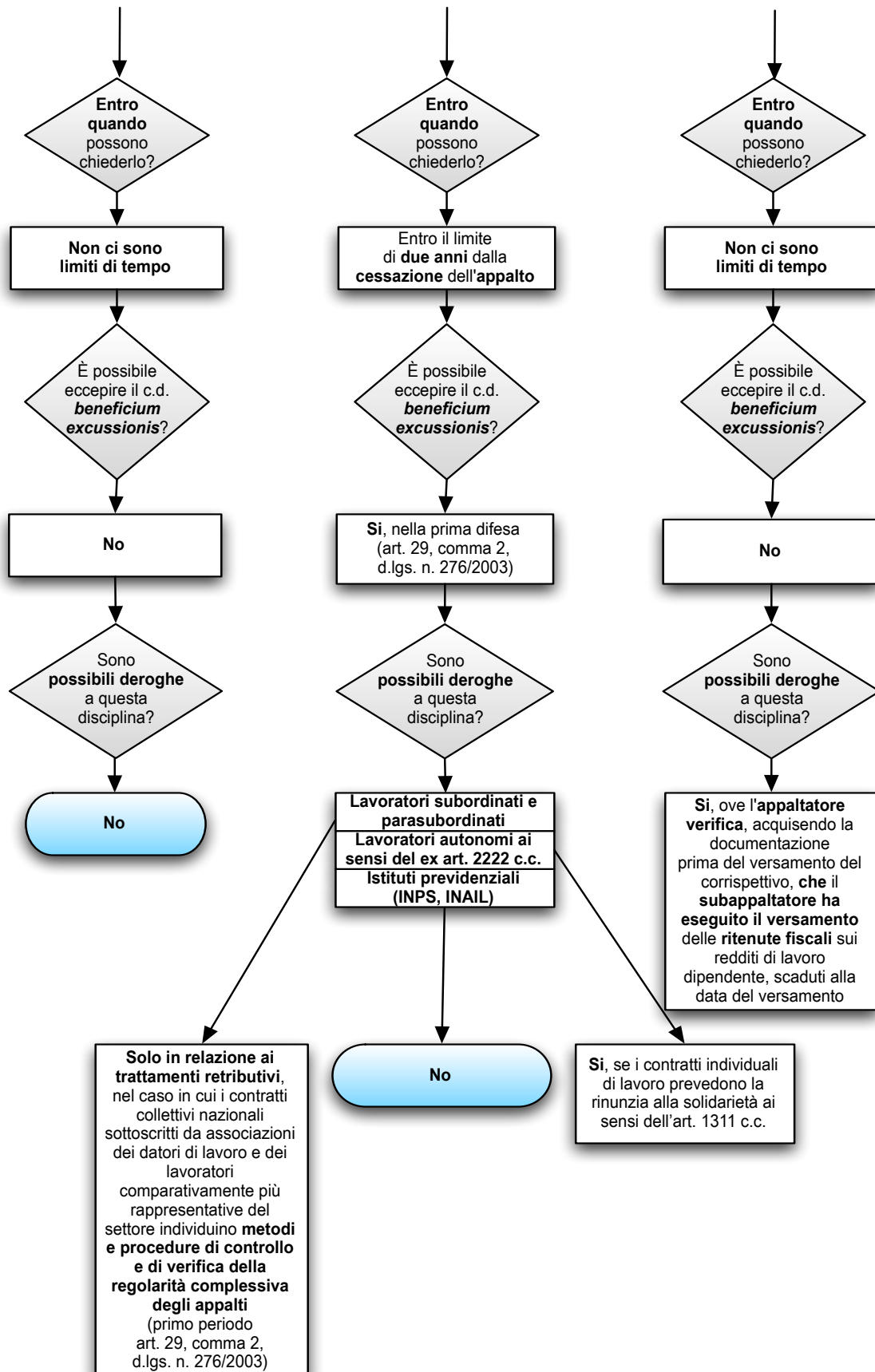




Appendice n. 2:

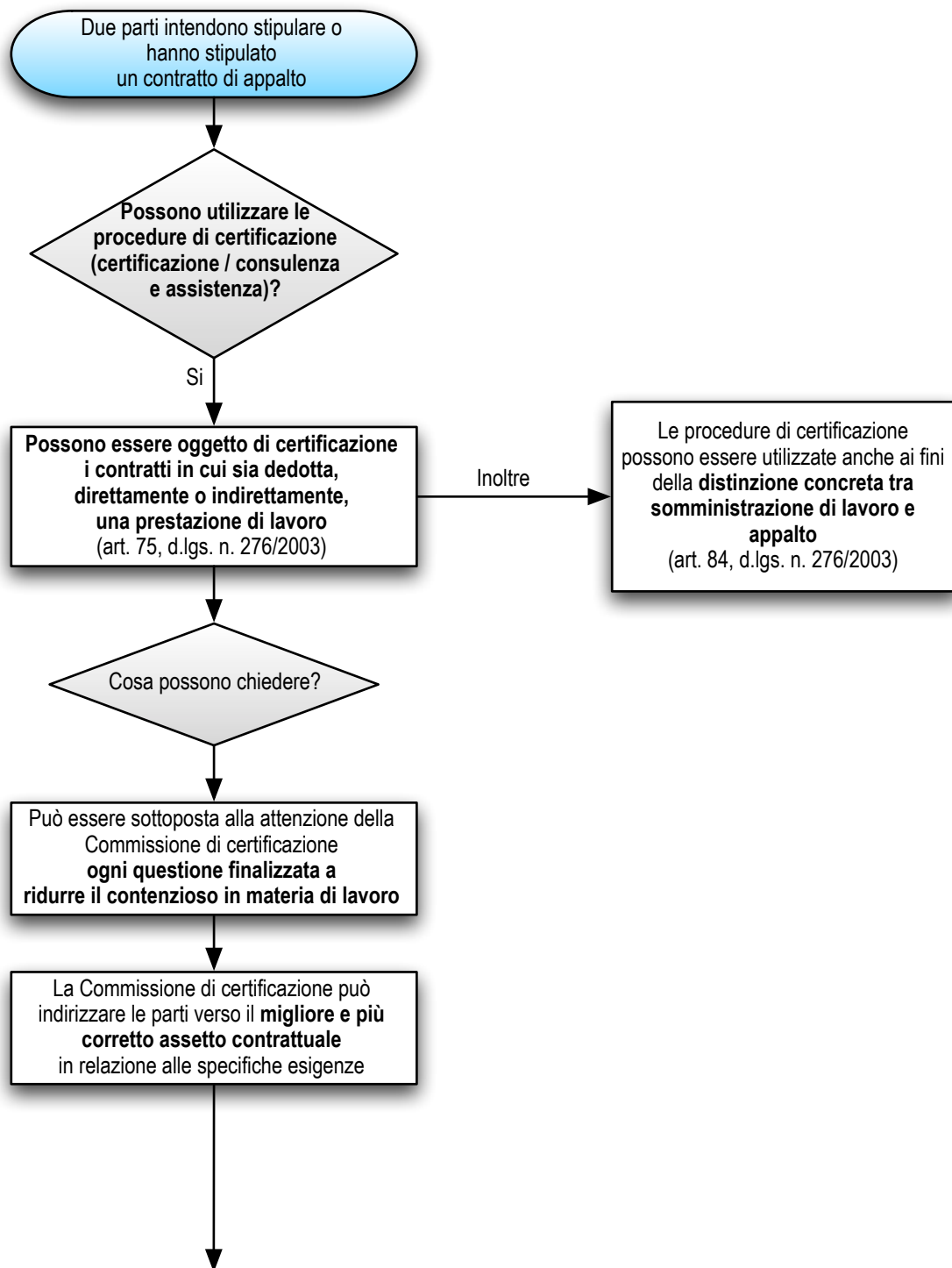
Responsabilità solidale negli appalti.

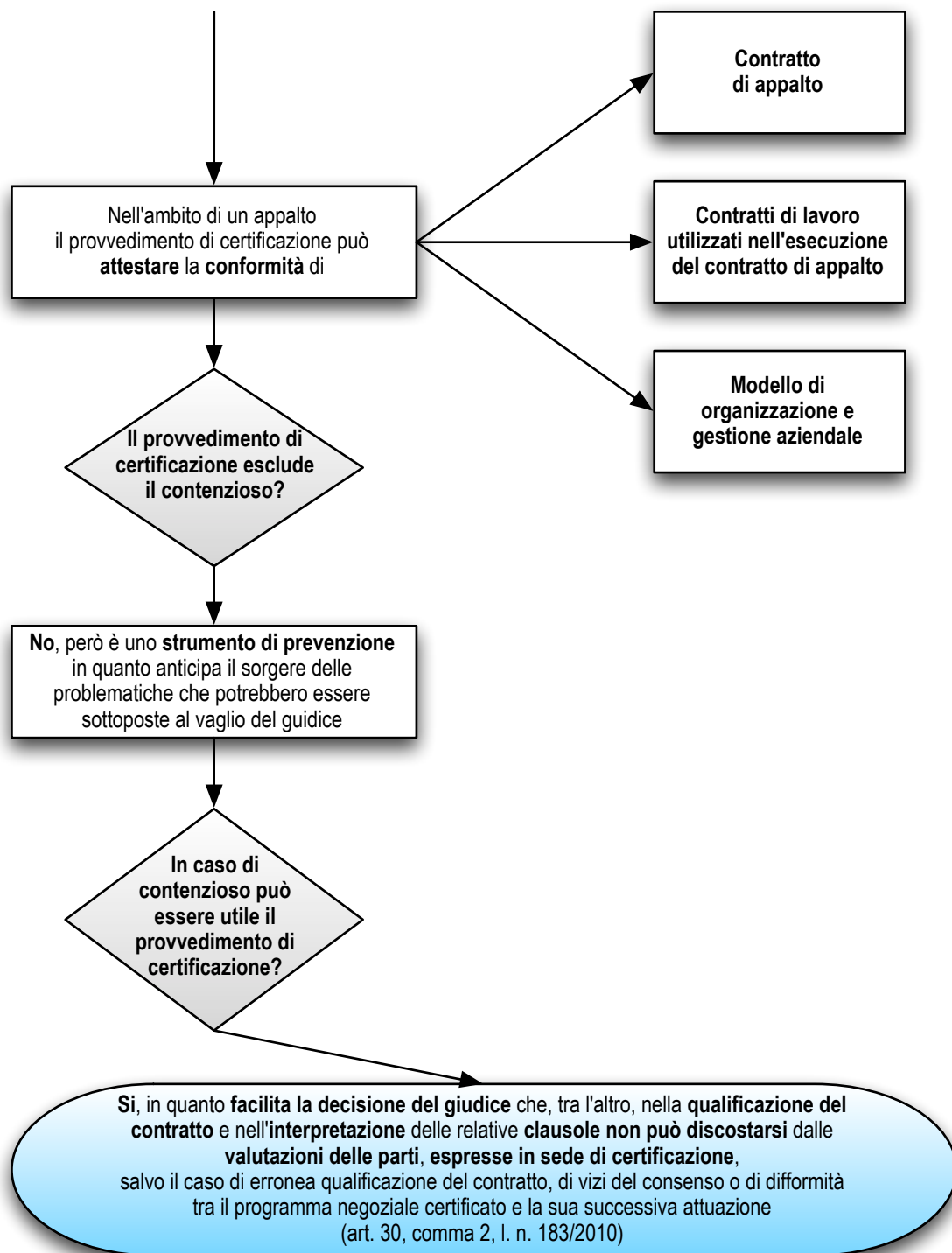




Appendice n. 3:

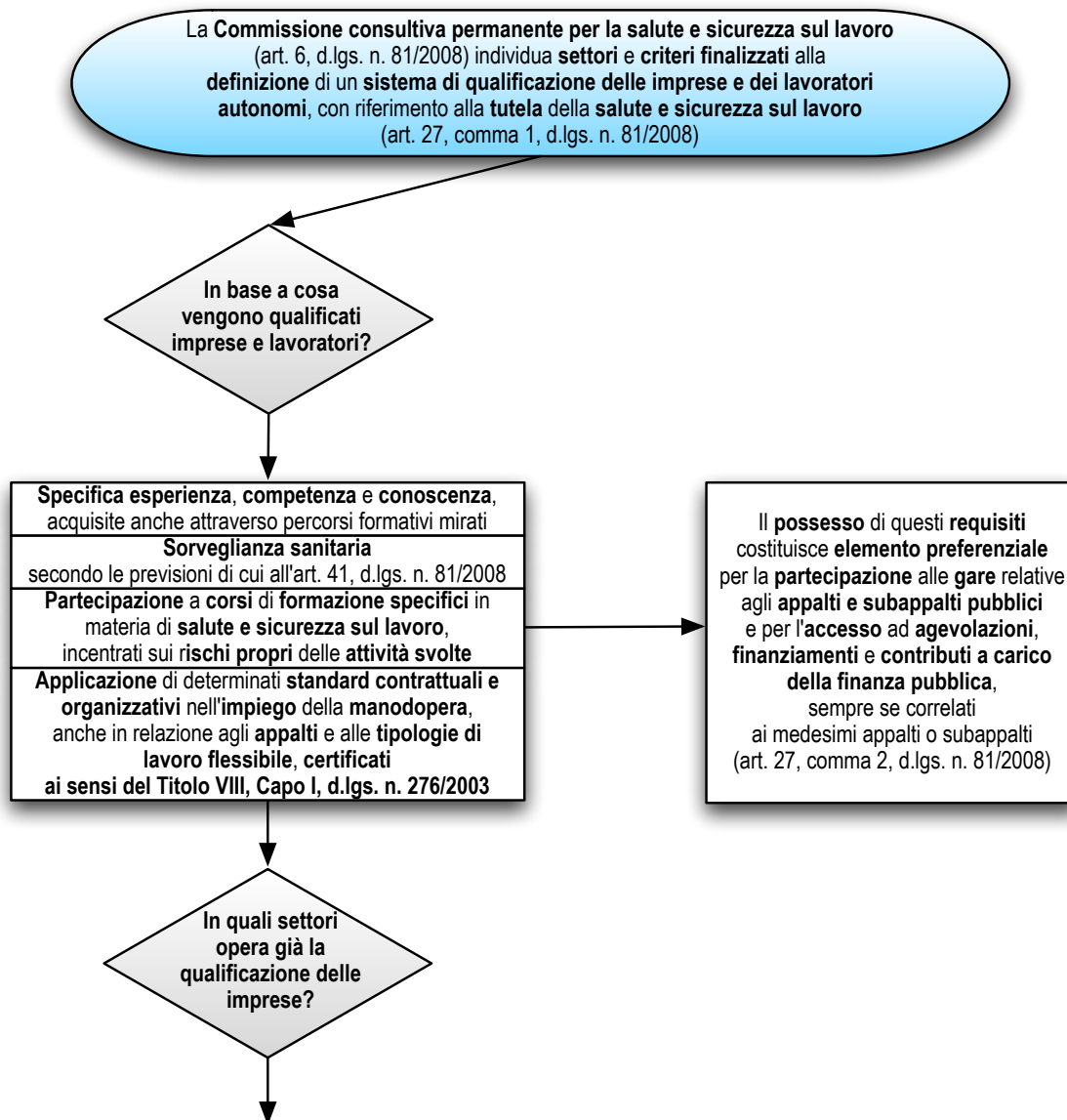
Certificazione del contratto di appalto ai fini della riduzione del contenzioso in materia di lavoro.

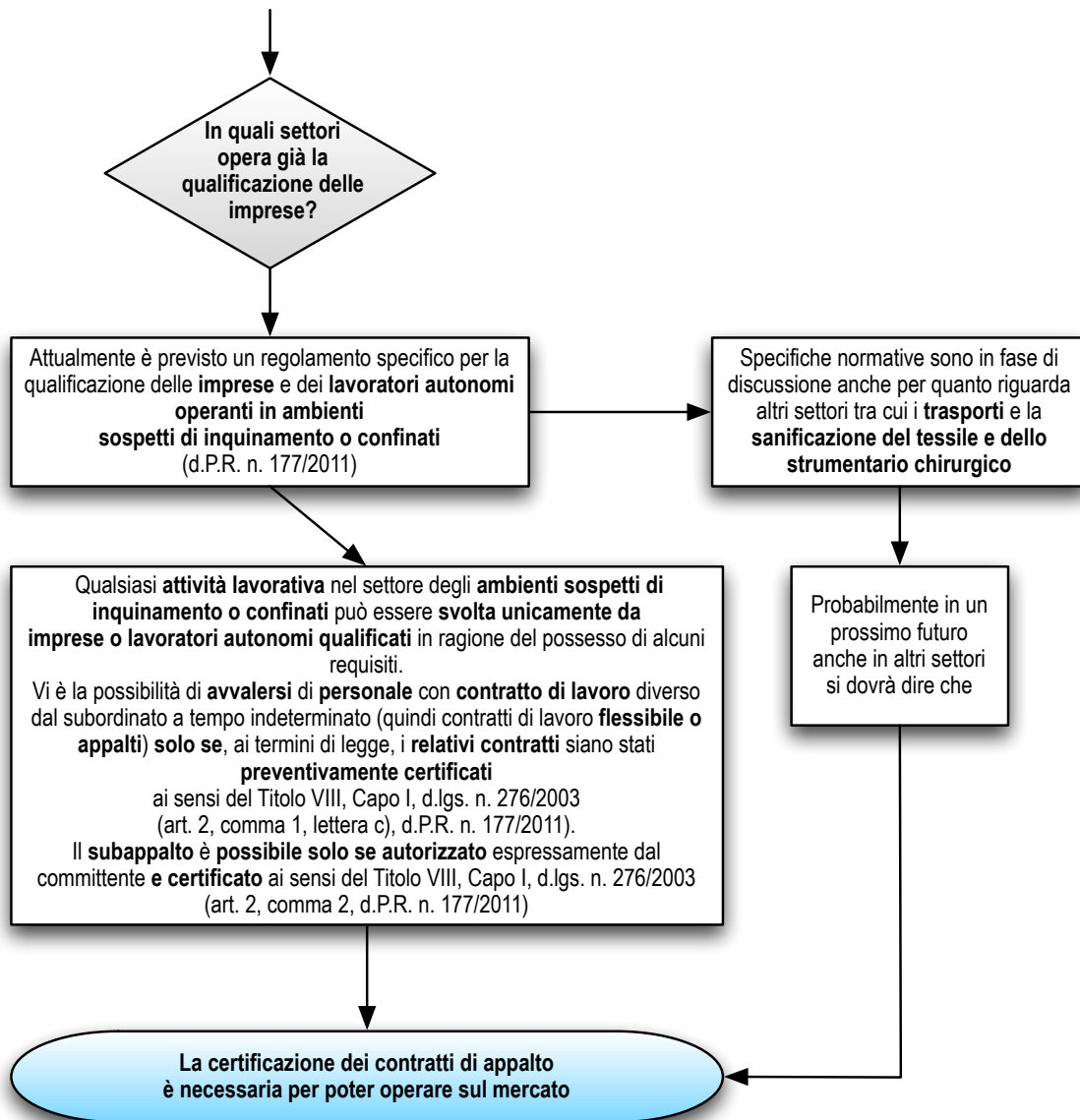




Appendice n. 4:

Sistema di qualificazione delle imprese.

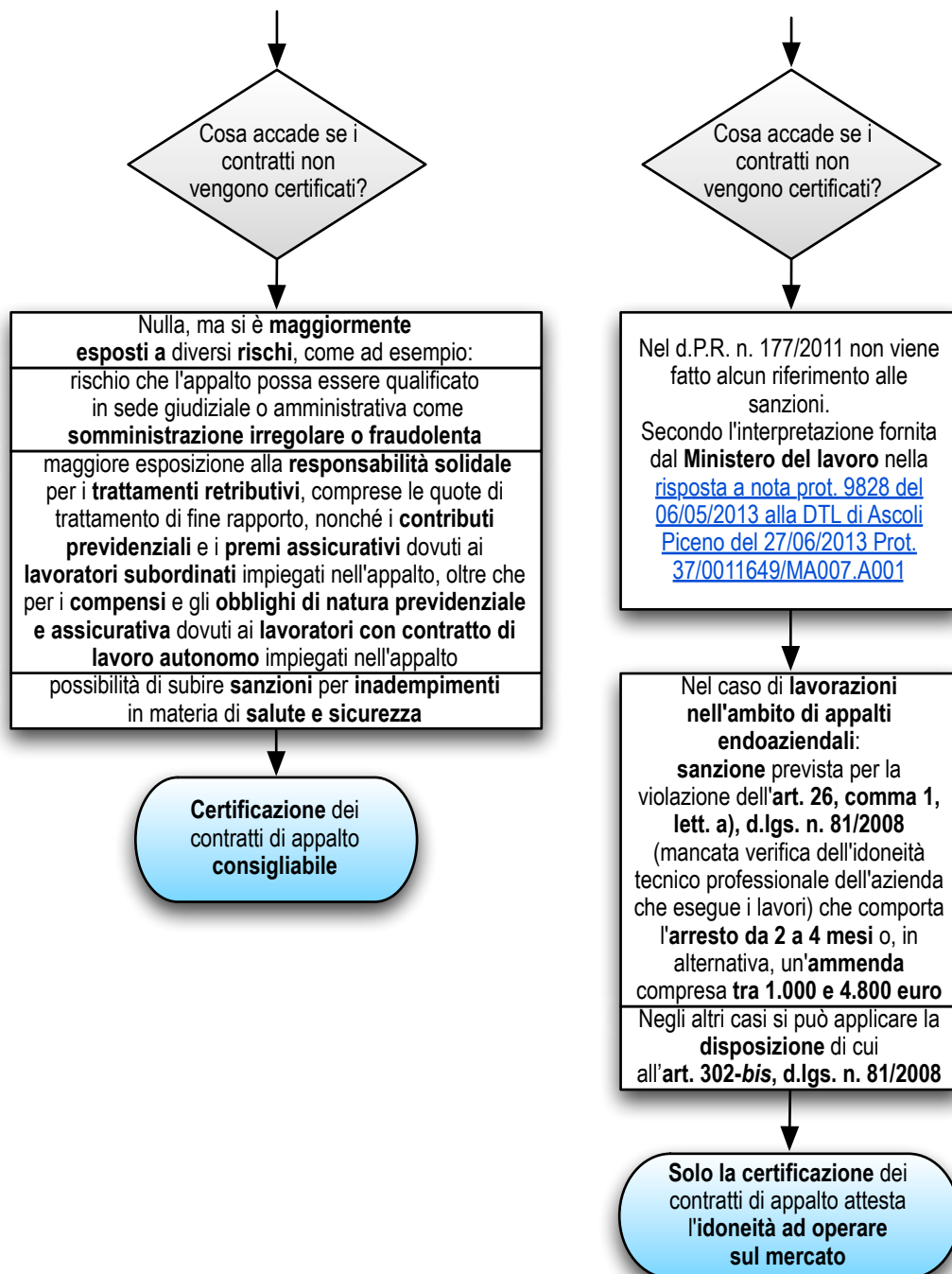




Appendice n. 5:

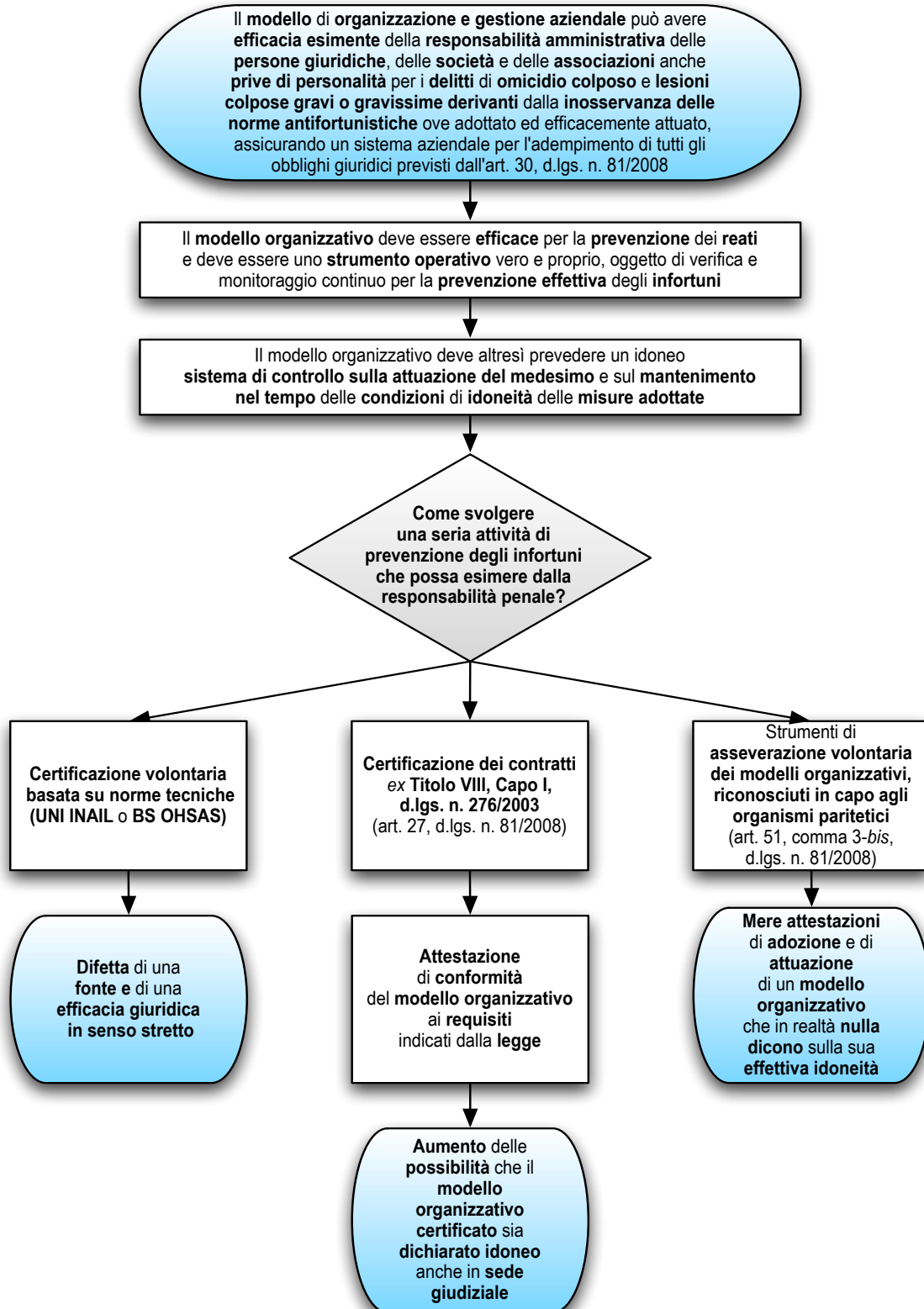
La certificazione degli appalti in ambienti sospetti di inquinamento o confinati.





Appendice n. 6:

Verifica del modello di organizzazione e gestione aziendale.



Appendice n. 7:

Procedimento di certificazione di un contratto di appalto.

