



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Scuola di Alta formazione Dottorale

Corso di Dottorato in Formazione della persona e Mercato del Lavoro

Ciclo XXIX

Settore scientifico disciplinare: IUS 07

LA RESPONSABILITA' SOLIDALE NEGLI APPALTI

TRA PROPERTY E LIABILITY RULE

Direttore della Scuola di Dottorato:

Chiar.mo Prof. Giuseppe Bertagna

Supervisore:

Chiar.mo Prof. Michele Tiraboschi

Tesi di Dottorato

Giovanna CAROSIELLI

Matricola n. 1031626

Anno Accademico 2015/16

A Filippo

*Ci sono due cose che è meglio non sapere come sono fatte:
le salsicce e le leggi.*

Ottone von Bismarck

INDICE

<i>Ringraziamenti</i>	8
<i>Introduzione</i>	10

CAPITOLO I

Literature Review

Parte I: Il decentramento produttivo nelle scelte organizzative aziendali

1 – Posizione del problema.....	16
2 – Il decentramento produttivo: punti critici e proposte di classificazione.....	17
2.1 – Segue: cenni sulle cause del fenomeno e sugli effetti.....	20
3 – Le risposte degli ordinamenti all’ <i>outsourcing</i>	22
3.1 – Segue: i principali modelli regolativi del decentramento produttivo.....	22
3.2– Segue: la “fuga” dalla relazione biunivoca.....	26
3.3 – Segue: la responsabilità solidale.....	29
4 – La soluzione (alternativa) della codatorialità.....	31
4.1.1 – Segue: l’ammissibilità della codatorialità nel nostro ordinamento.....	33
4.1.2 – Segue: la compatibilità con la responsabilità solidale.....	35

Parte II: La disciplina dell’obbligazione in solido

1 – La regolazione italiana delle esternalizzazioni: dalla legge n. 1369 alla legge Biagi.....	38
2 – La legge Biagi e le obiezioni alla nuova disciplina dell’appalto come tecnica regolatoria.....	40

2.1 – Segue: le critiche di merito alla disciplina degli appalti.....	43
3 – La previsione della responsabilità solidale negli appalti.....	48
3.1 – Le iniziali formulazioni della solidarietà.....	48
3.1.1 – Segue: il difficile rapporto con la solidarietà fiscale	49
3.1.2 – Segue: la (successiva) abolizione della responsabilità solidale fiscale.....	55
4 – Le novità introdotte dalla legge Fornero: i profili sostanziali.....	56
4.1 – La ‘prima versione’ della solidarietà.....	57
4.1.2 – La ‘seconda versione’ della solidarietà.....	58
4.2 – Le novità processuali.....	62
5 – Le precisazioni decreto Giovannini.....	66
6 – Le ulteriori previsioni di responsabilità solidale.....	68
6.1 – Il rapporto con l’art. 1676 c.c.....	68
6.2 – Il distacco comunitario.....	70
6.3 – La (quasi) sconosciuta ipotesi di solidarietà per occupazione di manodopera extraeuropea irregolare.....	73
6.4 – La ‘nuova’ solidarietà nel contratto di autotrasporto merci per conto terzi.....	76
7 – Il rapporto con l’art. 8, legge n. 148.....	78

*Parte III: L’inquadramento sistematico
dell’obbligazione in solido*

1 – Posizione del problema: la natura del vincolo solidale.....	81
2 – Le elaborazioni civilistiche sulle obbligazioni plurisoggettive.....	83
2.1 – Le obbligazioni soggettivamente complesse e le obbligazioni solidali.....	83
2.2 – Le questioni relative alle obbligazioni solidali: la sussidiarietà delle prestazioni.....	87
3 – La fideiussione.....	91

4 – Le obbligazioni senza prestazione.....	93
5 – La responsabilità oggettiva.....	94
6 – L’inquadramento sistematico dell’obbligazione solidale nelle sue diverse formulazioni.....	95
6.1 – Segue: l’art. 3, c. 3, legge n. 1369.....	95
6.2 – Segue: l’art. 1676 c.c.....	97
6.3 – Segue: l’art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276.....	99
7 – Un differente inquadramento: le <i>Property</i> e le <i>Liability Rules</i>	102
7.1 – Segue: l’applicazione delle <i>Property</i> e <i>Liability Rules</i> nel diritto del lavoro.....	105
7.1.2 – Segue: l’opportunità di una differente applicazione della <i>Property</i> e <i>Liability</i> <i>Rule</i> nelle esternalizzazioni.....	107
7.2 – Una più estesa applicazione della <i>Liability Rule</i> per regolare la solidarietà retributiva nelle esternalizzazioni.....	108

CAPITOLO II

La “mutazione funzionale” dell’obbligazione in solido

1 – Posizione del problema.....	110
2 – Le numerose formulazioni dell’obbligazione in solido.....	112
3 – L’art. 29, c. 2, legge Biagi, e l’art. 35, c. 28, decreto Bersani.....	115
4 – L’attenzione ai crediti dello Stato.....	119
5 – La legge Fornero ed il decreto Giovannini.....	122
6 – L’obbligazione in solido tra <i>Property Rules</i> e <i>Liability Rules</i>	125
7 – Segue: la solidarietà contributiva come <i>Property Rule</i> e la retributiva come <i>Liability</i> <i>Rule</i>	129
8 – La difficoltà di individuare la regola generale.....	132
9 – Il doppio paradosso della responsabilità solidale negli appalti.....	134

CAPITOLO III

La regolazione e la natura dell'obbligazione solidale: spunti per una riflessione comparata

1 – Posizione del problema.....	138
2 – Le opzioni nell'inquadramento della responsabilità solidale.....	139
2.1 – Segue: come obbligazione soggettivamente complessa... ..	142
2.2 – Segue: ...e come solidarietà sussidiaria di garanzia.....	144
3 – Le fattispecie di solidarietà in alcuni Paesi europei.....	148
4 – Segue: la responsabilità solidale retributiva in Belgio.....	148
4.1 – Segue: la solidarietà contributiva e fiscale in Belgio.....	152
5 – Segue: la responsabilità solidale retributiva in Francia.....	153
5.1 – Segue: la solidarietà contributiva in Francia.....	156
5.1.2 – Segue: la natura del vincolo solidale in Francia.....	159
6 – Le ipotesi di responsabilità solidale in Spagna.....	161
6.1 – Segue: la fattispecie del settore delle costruzioni.....	163
7 – L'analisi comparativa tra le soluzioni regolative europee.....	166

CAPITOLO IV

Le prospettive della responsabilità solidale

1 – Posizione del problema.....	171
2 – Il rafforzamento della direttiva distacchi.....	172
2.1 – Segue: la disciplina comunitaria della responsabilità solidale nei subcontratti a catena.....	176
3 – L'attuazione italiana degli obblighi comunitari.....	180
3.1 – Segue: l'impostazione della normativa italiana.....	183
3.2 – Segue: la regolazione della responsabilità solidale.....	185
4 – La responsabilità solidale oltre l'appalto?.....	188
5 – L'opzione regolatoria comunitaria: i comportamenti di diligenza.....	193
6 – Un'interpretazione della solidarietà retributiva negli appalti.....	195

6.1 – Segue: la flessibilità della <i>Liability Rule</i> ed i vantaggi per l’obbligazione solidale retributiva.....	195
6.2 – Segue: un cambio di paradigma nella distribuzione del rischio.....	198
6.3 – Segue: il <i>cheapest costs avoider</i>	201
7 – Le ulteriori frontiere della responsabilità solidale retributiva.....	202
<i>Conclusioni</i>	205
Bibliografia.....	208

Ringraziamenti

Al termine di questa non comune esperienza professionale ed umana che ho vissuto, vorrei esprimere un ringraziamento particolare ad alcune persone, che hanno inciso in modo significativo sul triennio appena trascorso.

Innanzitutto, il mio pensiero riconoscente va al Professor Michele Tiraboschi, non solo e non tanto per avermi offerto quest'opportunità irripetibile, quanto, in modo più indiretto ma non meno profondo, per le numerose occasioni in cui una sua indicazione di lettura di un articolo o di un saggio, una sua proposta di partecipazione ad un convegno, seminario o lezione, o anche una sua richiesta di scrivere un commento su un argomento non sempre pertinente al mio progetto di ricerca – al pari del convegno, del saggio o del seminario –, si sono rivelate utili per almeno due ragioni: perché mi hanno permesso di allargare i miei orizzonti conoscitivi e perché hanno costituito l'occasione per abbandonare le mie certezze e mettermi in gioco in settori in cui potevo sentirmi meno a mio agio. Naturalmente, non è stato sempre facile, ma ha avuto un indubbio valore formativo, e questo conta.

Vorrei anche esprimere un sincero ringraziamento al Dott. Davide Venturi, molto più di un semplice tutor accademico ed uno *sparring-partner*, bensì un costante punto di riferimento, sempre disponibile e pronto, messo a conoscenza delle acquisizioni da me fin lì raggiunte, ad indicarmi il risvolto successivo del ragionamento da compiere nello sviluppare il mio progetto di ricerca, esibendo una generosità davvero rara.

Desidero altresì manifestare la mia profonda gratitudine a Guido Calabresi, Giudice presso la U.S. Court of Appeals for the Second Circuit e Sterling Professor Emeritus alla Yale Law School, per il prezioso tempo che ha voluto generosamente dedicarmi nell'approfondire alcuni aspetti del mio progetto di ricerca, schiettamente debitore delle sue classificazioni teoriche sulle *property e liability rules*, e per avermi indicato, come solo ogni vero mentore sa fare, l'evoluzione della sua impostazione, che ho cercato di applicare al mio lavoro.

Non da ultimo, vorrei condividere la mia gratitudine verso il carissimo amico Pierluigi Perri, per avermi messa in contatto con l'illustre accademico italo-americano, e per aver caldamente incoraggiato il mio soggiorno presso la Yale Law School, permettendomi di vivere un'esperienza straordinaria ed indimenticabile.

Sono queste quattro persone che vorrei ringraziare, perché senza le prime due il mio progetto di ricerca non avrebbe nemmeno avuto inizio, ed in assenza delle ultime due non avrebbe avuto l'esito straordinario che l'ha caratterizzato.

Introduzione

L'approfondimento della disciplina della responsabilità solidale negli appalti regolata dall'art. 29, comma 2, decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (d'ora in poi, anche solo "decreto legislativo n. 276", oppure "legge Biagi"), presenta una certa criticità di indagine dovuta a molteplici fattori: innanzitutto, un'insolita frenesia normativa, da cui è derivata una pluralità di previsioni legislative non sempre indirizzate ad una migliore comprensione della disposizione, bensì spesso portatrici di visioni incoerenti quando non addirittura contraddittorie; altresì, la difficoltà di individuare, una volta per tutte o a seguito della modifica di turno, l'assetto regolatorio prescelto dal legislatore, risultando tuttora incerto se il diritto positivo nazionale prediliga o meno la diligenza dell'obbligato in solido quale canone attraverso cui disciplinare i fenomeni di disintegrazione verticale dell'attività produttiva; del pari, la nebulosità, anche ad uno sguardo superficiale, della *ratio* di fondo che l'istituto dell'obbligazione solidale è chiamato ad assolvere in una moderna economia di mercato; infine, l'appartenenza del nostro ordinamento all'Unione Europea, con relativo adeguamento delle leggi del primo agli atti normativi emanati in argomento dalla seconda.

L'accavallamento dei piani di indagine, benché giustificabile considerando che nessuna disposizione giuridica è di per sé neutra celando piuttosto una visione sottostante, nel caso della solidarietà retributiva, contributiva e fiscale del committente appare tuttavia disfunzionale, anche perché può aver indotto la letteratura scientifica nazionale a concentrarsi più sui profili di politica del diritto introdotti dal decreto legislativo n. 276 che sul merito della questione. Infatti, la legge Biagi è stata accusata di aver indebolito le ragioni creditorie dei lavoratori coinvolti nei fenomeni di *outsourcing*, scontando in questo modo una minore attenzione alla centralità della questione che viceversa ha posto, ovverosia il necessario cambio di paradigma normativo dovuto alla differente espressione dei processi produttivi verificatasi a partire dalla seconda metà del secolo scorso. A prescindere dalla condivisibilità o meno del fervore polemico talvolta indirizzato all'iniziale formulazione dell'art. 29, c. 2, e non sempre reiterato con pari intensità nel corso delle sue successive modifiche, sembra sia stato posto in secondo piano un importante aspetto del dibattito accademico, che la presente ricerca vorrebbe analizzare.

Infatti, l'evoluzione della natura e della funzione dell'obbligazione in solido per i trattamenti retributivi, contributivi e fiscali tra il committente e l'appaltatore, e tra questi e gli eventuali subappaltatori, appare un settore di indagine ancora poco esplorato e che, viceversa, molto può dire non solo della visione del diritto del lavoro ispiratrice di ciascun emendamento introdotto al rimedio solidale, bensì, in termini più concreti, anche degli interessi che il legislatore intende salvaguardare. Tuttavia, in luogo di una ricerca delle possibili motivazioni poste alla base del **mutamento funzionale dell'obbligazione in solido**, è più utile esplorare differenti temi di indagine.

Un interrogativo cui la presente ricerca tenta di rispondere, dedicandovi il secondo capitolo della tesi, è infatti il seguente:

- com'è cambiata l'obbligazione solidale per i trattamenti retributivi, contributivi e fiscali previsti nell'esecuzione di un appalto?

La risposta appare tutt'altro che semplice. Le continue modifiche normative all'art. 29, comma 2, legge Biagi, legittimano il dubbio che lo strumento ivi contenuto sia profondamente mutato nel corso degli anni, anche se tale aspetto ha ricevuto una sporadica attenzione da parte degli studiosi, come la seconda parte del primo capitolo prova ad evidenziare. Al contrario, un'analisi delle diverse formulazioni della disposizione sembra suggerire il passaggio da tecnica normativa contemplata per disciplinare le opzioni di esternalizzazione dell'attività produttiva di impresa, a rimedio impositivo per assicurare il versamento degli oneri contributivi e fiscali legati ad una prestazione lavorativa terzariata. Il sintomo legislativo più significativo della tendenza in parola riposa sull'intercorsa limitazione, a valere quale interpretazione autentica della *voluntas legis*, della derogabilità della solidarietà ai soli trattamenti retributivi, con ciò producendo due effetti.

Da un lato, la sussunzione a fonte del diritto primario del *favor* per i crediti statali già espresso in un consolidato orientamento di prassi; dall'altro, ed in modo più rilevante, un certo "tradimento" della tradizionale funzione assegnata alla responsabilità solidale, consistente nella salvaguardia dei lavoratori dai possibili effetti negativi derivanti dalle triangolazioni produttive in cui sono loro malgrado coinvolti.

Sfuggendo alla tentazione di spiegare la certezza del versamento dei contributi e degli oneri fiscali alla luce della prevalenza delle ragioni di finanza pubblica sulla garanzia di un'effettiva e leale competizione tra imprese che scoraggi il *social dumping*,

la presente ricerca prova ad offrire un'**impostazione sistematica del cambiamento funzionale del vincolo solidale**, applicando al diritto del lavoro ed alle esternalizzazioni in particolare – come peraltro già compiuto – la distinzione tra *Property, Liability* ed *Inalienability Rules*, in ragione delle modifiche che hanno interessato la responsabilità solidale negli appalti.

Rinviando all'indicato capitolo della tesi ogni approfondimento sul punto, vale la pena soltanto segnalare, presentando la ricerca, come la particolare impostazione sistematica ivi suggerita non affianchi più due diverse disposizioni (l'art. 29, c. 2, legge Biagi, e l'art. 2112 c.c.), bensì tenti un differente inquadramento all'interno della medesima previsione legislativa (art. 29, c. 2, cit.), con ciò volendo porre in rilievo proprio *quel* cambiamento della funzione dell'obbligazione in solido del committente/appaltatore.

Delineato il *file rouge* che unisce l'esito di un quindicennio di disciplina della solidarietà, può allora avere senso porsi un ulteriore interrogativo, che occupa il terzo capitolo del presente lavoro di ricerca:

- qual è oggi la **natura dell'obbligazione solidale**?

La risposta è tutt'altro che immediata e sicura, avendo il legislatore mescolato gli ingredienti di ciascun istituto astrattamente invocabile. Infatti, come la terza parte del primo capitolo palesa, le frequenti oscillazioni legislative hanno disorientato gli interpreti, talvolta obbligati a vere e proprie acrobazie teoriche per riuscire a dare senso ad un'obbligazione che, prevista per riequilibrare il vantaggio del committente/appaltante di avvalersi di prestazioni di lavoro dissociate dal proprio ruolo direttivo e per rafforzare la tutela dei terzi estranei al negozio (lavoratori ed enti), contempla in capo all'obbligato in solido una facoltà – il beneficio dell'escussione preventiva del patrimonio dell'obbligato principale – non pacificamente inquadrabile nelle diverse modalità di attuazione dell'obbligazione in capo ai coobbligati, come previsto dall'art. 1293 c.c.. Altresì, la derogabilità della solidarietà per i trattamenti retributivi dei lavoratori occupati nell'appalto dimostra scarse affinità giuridiche con l'evitabilità del vincolo obbligatorio mediante contegni ispirati alla diligenza, apparendo semmai più vicina alla rinuncia alla solidarietà disciplinata dall'art. 1311 c.c..

Se difficoltoso risulta l'inquadramento della solidarietà *ex art. 29*, comma 2, decreto legislativo n. 276, all'interno della categoria delle obbligazioni solidali, non meno

semplice è il tentativo di invocare le obbligazioni soggettivamente complesse, con cui il vincolo solidale previsto dalla legge Biagi condividerebbe soltanto alcuni aspetti, emergendo la criticità maggiore nel mancato coordinamento – tanto a livello logico quanto sul piano sistematico – tra il litisconsorzio necessario processuale e la parità di trattamento tra i condebitori, da un lato, e la preventiva escussione del patrimonio del debitore principale, dall'altro.

Né più agevoli sono gli sforzi di inquadramento sistematico della solidarietà *de qua* nell'ambito dell'istituto della codatorialità, di derivazione americana e timidamente frequentato dal legislatore italiano, ovvero dell'obbligazione senza prestazione, quale frontiera moderna della responsabilità contrattuale volta a tutelare terzi estranei al negozio sottoscritto tra committente ed appaltatore ma dal medesimo tutelabili. Infine, se la declinabilità dell'obbligazione solidale nella categoria fideiussoria non è praticabile stante le specifiche caratteristiche dell'istituto di garanzia, l'inquadramento della solidarietà nel *genus* della responsabilità oggettiva incontra nella sua derogabilità l'ostacolo applicativo maggiore.

Se, in linea teorica, scarse criticità sono riscontrabili tra il mutamento funzionale dell'obbligazione in solido negli appalti e la sua natura sussidiaria presidiata dal litisconsorzio necessario, a livello applicativo qualche incongruenza si manifesta in tutta la sua concretezza, come il breve *excursus* nelle discipline della solidarietà in alcuni Paesi dell'Unione Europea tenta di dimostrare. La normativa italiana, infatti, pur apparendo alquanto audace nell'estensione della solidarietà alla filiera negoziale nella sua interezza ed alla totalità dei settori produttivi, arretra la tutela delle ragioni creditorie così prevista privilegiando la sussidiarietà del vincolo obbligatorio, che, in uno con la derogabilità dei soli profili retributivi, legittima qualche dubbio sull'efficacia del rimedio quantomeno verso i lavoratori interessati dai fenomeni di *outsourcing*.

L'esito della ricerca potrebbe indurre ad un certo scoraggiamento, per la disciplina italiana della solidarietà, a seguito del confronto tra la medesima e la normativa comunitaria in materia di distacco dei lavoratori nelle prestazioni transnazionali di servizi, recentemente rafforzata dalla direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio emessa in data 15 maggio 2014 (d'ora in poi anche solo “direttiva 2014/67/UE” o “direttiva *enforcement*”), soprattutto alla luce della scelta operata dal legislatore nazionale di recepire l'atto comunitario sul punto tramite un rinvio ‘secco’

all'art. 29, c. 2, legge Biagi. Così operando, infatti, in alcun modo è stata corretta l'innegabile distonia esistente, a livello di impostazione sistematica, tra la derogabilità del vincolo solidale e la sua evitabilità tramite la diligenza, cui è dedicato il quarto capitolo della tesi nel tentativo di rispondere all'ultimo quesito della presente ricerca:

- quale **prospettive** concrete per l'**obbligazione solidale**?

Scartata la pur seducente ipotesi di sciogliere il predetto interrogativo proponendo un'ulteriore modifica della disciplina della solidarietà, confidando che il legislatore italiano rivisiti la complessiva disciplina della materia ove la richiesta di referendum abrogativo di recente proposto dalla più importante organizzazione sindacale¹ registri il consenso della consultazione popolare, *de jure condito* appare preferibile percorrere un'altra soluzione. Quest'ultima si fonda su un doveroso ritorno al concetto di **diligenza**, vero architrave della solidarietà, cui il legislatore nazionale tuttavia presta scarsa attenzione pur potendo il medesimo costituire l'essenza di una disciplina moderna delle esternalizzazioni.

Per recuperare, ad assetto normativo invariato, la diligenza quale paradigma regolatorio dell'obbligazione solidale in caso di appalto, avvicinando altresì l'istituto italiano alla disciplina comunitaria, occorre valorizzare l'intrinseca flessibilità della *liability rule*, come di recente posto autorevolmente in evidenza. Nel merito, e senza voler anticipare l'oggetto della specifica trattazione sul punto, l'inquadramento sistematico della solidarietà retributiva quale regola di responsabilità, ad onta delle apparenze, può rivelarsi estremamente utile nella tutela degli interessi che la contrattazione collettiva intende tutelare, posto che questa, attraverso i «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti», può individuare meccanismi di salvaguardia e/o compensazione dei crediti dei lavoratori sfruttando proprio la capacità della *liability rule* di adeguarsi meglio delle altre due alle posizioni giuridiche soggettive che intende proteggere.

In questo modo, ed in attesa di conoscere se ed in quale modalità il legislatore italiano correggerà le molteplici aporie che i ripetuti interventi emendativi all'art. 29, c.

¹ Pubblicato in G.U. del 23 marzo 2016, n. 69, riguardante la vigenza dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, in ordine al beneficio di preventiva escussione opponibile dall'obbligato in solido ed alla derogabilità della solidarietà retributiva. La proposta è consultabile al seguente sito: www.gazzettaufficiale.biz/atti/2016/20160069/sommario.htm. Per un breve commento, sia consentito rinviare a G. CAROSIELLI, *Il (prossimo) referendum della Cgil sugli appalti*, in *Bollettino Adapt* del 26 aprile 2016, n. 14.

2, legge Biagi, non sono riusciti ad evitare, l'esaltazione della flessibilità della regola di responsabilità a presidio del vincolo solidale retributivo potrebbe consegnare alla materia *de qua* una disciplina duttile ed avanzata, in grado di restituire alle parti sociali, quali *best decision makers*, la facoltà di declinare in modo concretamente funzionale un presidio che, per come è attualmente formulato, rischia al contrario di essere un contenitore di principi il cui suono può emettere soltanto un rumore sordo.

CAPITOLO I

Literature Review

Parte I: Il decentramento produttivo nelle scelte organizzative aziendali

1 – Posizione del problema

La responsabilità solidale negli appalti costituisce il punto di approdo dell'analisi della scelta, ovvero anche solo tendenza, delle organizzazioni imprenditoriali a trasferire segmenti più o meno rilevanti del proprio processo produttivo ad altri soggetti, presenti nel medesimo ordinamento giuridico e/o localizzati altrove. Tale "rivoluzione copernicana" nel modo d'essere e di agire delle imprese è dovuta a molteplici ragioni, non esclusivamente di tipo economico, e ha registrato declinazioni concrete piuttosto differenti tra i vari Paesi: né le une, né le altre troveranno una compiuta disamina nella presente ricerca, rispetto alla quale, tuttavia, è sufficiente notare un comun denominatore, rappresentato dall'esigenza di regolare il fenomeno economico-sociale in parola, nel senso di determinare un **definito assetto** degli **interessi coinvolti**, privilegiando gli uni o gli altri, ovvero tentando un difficile equilibrio funzionale ed efficace tra i medesimi.

Il contesto produttivo in cui è stata sviluppata la soluzione regolatoria della responsabilità solidale è altresì utile per comparare le diverse opzioni giuridiche ipotizzate da ciascun ordinamento, al fine di individuare punti di possibile convergenza, ma, soprattutto, di distanza, preziosi per cogliere l'essenza dell'istituto oggetto della presente indagine. Occorre pertanto capire, sia pure in termini generali, *cosa* si è verificato e le implicazioni giuridiche che ne sono derivate, per analizzare quindi *come* ciò è stato regolato dal diritto positivo, approfondendo in seguito la disciplina italiana dell'obbligazione in solido per dare conto delle principali questioni emerse nel corso

delle diverse formulazioni della disposizione che si sono succedute negli anni e/o alla luce delle ulteriori previsioni legislative emanate in argomento.

2 – Il decentramento produttivo: punti critici e proposte di classificazione

Il decentramento produttivo costituisce uno dei fenomeni economico-sociali, verificatesi a partire dalla seconda metà del secolo scorso, che più hanno inciso sul mercato del lavoro nel suo complesso e sull'assetto normativo in particolare. La complessità del mutato scenario aziendale, infatti, segna il passaggio dalla gerarchia verticale tipica dell'organizzazione imprenditoriale di impostazione taylorista-fordista ai processi di integrazione negoziale tra imprese, fino alla loro organizzazione reticolare mediante aziende molecole, come ben osservano U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto e post-taylorismo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT. 2003, 5, 49 ss., e P. ICHINO, *Le nuove forme di decentramento produttivo*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 1999, 3, 149 ss., nei fatti ribaltando le ragioni della nascita e della natura dell'impresa, sotto il profilo della convenienza della produzione di beni/servizi dentro un'unica realtà produttiva rispetto alla loro acquisizione fuori della medesima, in ragione della prevalenza dei costi di transazione su quelli di organizzazione, come insegnato nel classico di R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, 4, 386 ss., spec. 388-391 e 393.

In termini generali, per descrivere il fenomeno è stato impiegato il concetto di **disintegrazione dell'impresa**, a voler significare lo smembramento verso l'esterno di settori e/o attività fino a quel momento eseguiti nella realtà produttiva: N. D. ZATZ, *Working Beyond the Reach or Grasp of Employment Law*, in A. BERNHARDT, H. BOUSHEY, L. DRESSER, C. TILLY, *The Gloves-off Economy: Problems and Possibilities at the Bottom of America's Labor Market*, 2008, Labor and Employment Relations Association, 31 ss., spec. 37 ss., distingue tre modalità di frantumazione dell'impresa. La prima, di tipo verticale (*vertical disintegration*), trova la sua ragion d'essere nel subcontratto, collocabile, in un ipotetico schema descrittivo dell'assetto organizzativo aziendale, in posizione antitetica rispetto all'impresa integrata; la seconda è orizzontale (*horizontal disintegration*), implicante, anche tramite il ricorso ad agenzie di lavoro

interinale, un passaggio del potere direttivo dal titolare formale del rapporto lavorativo al soggetto beneficiario della prestazione; la terza consiste in una disgregazione temporale (*temporal disintegration*), e si verifica nei casi di subentro di una diversa figura datoriale in occasione di cessione di attività e/o di una sua parte, ovvero nel caso di fallimento. Ciascuno di questi fenomeni sfida il diritto del lavoro nella definizione di un assetto regolativo che consideri le peculiarità venutesi a creare nel tessuto economico-sociale.

In relazione alla disintegrazione verticale dell'impresa, infatti, il punto critico principale attiene proprio alla possibilità che, in ragione della **molteplicità** dei **oggetti negoziali** creata dalle filiere, i beneficiari delle prestazioni lavorative limitino, o addirittura eludano, gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, a detrimento dei crediti dei lavoratori e dell'ordinamento. In particolare, la disintegrazione verticale dell'impresa crea una **doppia dimensione** della **flessibilità**, sia con riferimento al variabile atteggiarsi dei rapporti tra imprese, sia alle relazioni di lavoro: in merito al primo aspetto, segnando il passaggio dal modello organizzativo gerarchico dell'impresa fordista alla sua frammentazione con sviluppo di integrazioni relazionali secondo assetti organizzativi di mercato e/o di *network*; quanto al secondo, polarizzando i rapporti di lavoro, distinguendo i lavoratori con alte competenze professionali, che possono incidere sulla relazione lavorativa godendo di potere negoziale, da quelli a bassa specializzazione, impiegati nelle filiere produttive, a rischio di precarietà economica e debole tutela giuridica, come rilevato da J. FUDGE, *Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: the Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, 4, 610 ss..

Sulla base della **frantumazione aziendale** realizzata nella cd. terza rivoluzione industriale, M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, 20 ss., rileva come le aziende, dovendo fronteggiare l'incertezza rispetto all'imprevedibilità degli eventi, abbiano inteso la flessibilità come una risorsa, abbandonando il paradigma organizzativo integrato ed affidando all'esterno alcuni processi, con riserva dei settori strategici e/o fondamentali. I possibili schemi di acquisizione produttiva da parte delle aziende sono quindi sintetizzabili in due concetti cardine, utili anche ai fini definitivi: da un lato, sussistono le *esternalizzazioni in senso ampio* (o terziarizzazioni), in cui l'imprenditore affida all'esterno lo svolgimento di una

o più attività, principale e/o accessoria, utilizzando a tal fine lo strumento negoziale dell'appalto. Dall'altro lato, sono rinvenibili le *esternalizzazioni in senso proprio*, in cui l'affidamento a terzi riguarda un'attività già svolta dall'imprenditore con mezzi nella propria disponibilità, caratterizzandosi per un'alienazione dell'attività, dei mezzi e del personale per realizzarla, usando lo strumento giuridico della cessione del ramo d'azienda.

Sottolinea il differente atteggiarsi dell'assetto organizzativo rispetto al passato, L. CORAZZA, "*Contractual integration*" e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoro*, CEDAM, Padova, 2004, 16 e 17, in considerazione di elementi di tipo sistematico e contenutistico: non è estemporaneo, rispondendo al contrario ad una capillare e sistematica frammentazione dell'impresa e del relativo processo produttivo, determinando uno sviluppo capillare di relazioni negoziali; altresì, la disgregazione dell'attività produttiva investe non più solo la produzione industriale, bensì profili di conoscenze e competenze, essendo quindi preferibile parlare di **decentramento dell'attività di impresa**, piuttosto che di semplice attività produttiva.

Sulla base di tali acquisizioni e ritenendo compiuto il passaggio dalla gerarchia fordista alla fase intermedia dell'impresa integrata, per giungere alla fabbrica multisocietaria o modulare, caratterizzata dalla cooperazione fra le imprese e dal coinvolgimento stabile e strutturale delle imprese-fasi da parte dell'impresa-guida, M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari, 2013, 26 ss., ravvisa nelle scelte imprenditoriali, in luogo di un apparente 'ritorno al mercato', un'evoluzione verso la *partnership* fra imprese, con conseguentemente riarticolazione fra realtà produttive.

Per una diversa declinazione semantica del concetto di decentramento produttivo, mutuata dagli economisti, P. ZANELLI, voce *Decentramento produttivo*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. comm., Utet, Torino, 1989, IV, 226 ss., che si esprime in termini di **deconcentramento** e specializzazione flessibile per indicare un fenomeno che, lungi dal costituire un sintomo patologico del sistema industriale, «costituisce l'effetto di un positivo processo di scomposizione di un apparato produttivo fortemente specializzato sul piano professionale» (p. 235), determinato da una professionalità elevata, un forte potere contrattuale sul mercato ed un'alta scolarizzazione dei quadri affiancata da un'efficiente cultura imprenditoriale.

La complessità del fenomeno in parola, dunque, si svolge su molteplici piani di analisi: da un lato, il non semplice punto di equilibrio tra la riduzione degli oneri e/o dei vincoli burocratici alle imprese – la cui attività non può che essere incoraggiata e, per quanto possibile, facilitata dall’ordinamento – e la tutela effettiva dei lavoratori coinvolti, apparendo evidente come le opzioni regolative delle esternalizzazioni riposino su differenti approcci di politica legislativa; dall’altro, la complessità del fenomeno derivante dal suo modo d’essere, considerato che spesso ad una fase espulsiva segue una di *insourcing*.

2.1 – Segue: cenni sulle cause del fenomeno e sugli effetti

Costituisce ormai un dato acquisito nella letteratura internazionale la circostanza per cui le scelte imprenditoriali verso le esternalizzazioni rispondano ad esigenze di tipo **economico**, tanto nell’ottica dell’efficienza produttiva quanto in quella della limitazione delle responsabilità nascenti dal rapporto di lavoro, con conseguente riduzione del costo del lavoro: in questo senso, A. KUN, *Liability models in supply chains – The flow of an innovative regulatory idea in a global legal space*, in G. G. SANDER, V. TOMLJENAVIC, N. BODIROGA-VUKOBRAT, Springer, 2017.

Più complessa, invece, l’indagine sulle **ragioni imprenditoriali** alla **base** del **passaggio** dal *make* al *buy* svolta 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 ss., per il quale occorre guardare sia alla mera riduzione dei costi di transazione per fronteggiare il cambiamento globale dell’economia, sia alla ricerca di aziende con maggiore *know-how* e specializzazione produttiva, sia ad esigenze di tipo finanziario, che palesano la convenienza all’esternalizzazione di segmenti/reparti produttivi infruttuosi, nonché alla diffusione di un modello e di una cultura manageriale più sofisticati, che teorizzano ed adottano un diverso assetto organizzativo delle imprese.

Per un’interpretazione difforme delle cause del fenomeno *de quo*, H. COLLINS, *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, 3, 353 ss., spec. 358 ss., il

quale evidenzia l'inconferenza delle ragioni economiche convenzionalmente poste alla base del processo di disintegrazione verticale dell'impresa, non essendo possibile stabilire *a priori* la convenienza o meno dell'esternalizzazione di un segmento produttivo: quest'ultima è quindi ascrivibile, dal lato manageriale, a minori conglomerati aziendali dovuti ai costi di gestione del capitale umano, e, dal lato dei lavoratori, all'indebolimento del potere contrattuale, incapace di opporsi alle esternalizzazioni, a causa degli alti livelli di disoccupazione e delle mutate regole dell'agire industriale. Tuttavia, detta analisi si distanzia solo parzialmente da quella economicista, posto che il medesimo Autore ritiene che a fondamento delle scelte aziendali sussista in ogni caso l'esigenza di risparmiare sul costo del lavoro, riducendo gli oneri di assunzione/gestione del personale e profittando della minore incidenza delle retribuzioni assicurata dalle esternalizzazioni, scalfendo/eliminando i costi di *compliance* dei diritti dei lavoratori, nonché esercitando maggiore potere negoziale tramite contratti di breve durata e disponendo, di conseguenza, di maggiore capacità persuasiva sui propri fornitori al momento del rinnovo negoziale (p. 360).

Un approccio del tutto singolare, che pur concedendo agli studi economici l'ineluttabilità del fenomeno dell'*outsourcing*, pensa tuttavia criticamente il rapporto tra diritto del lavoro ed economia, in ragione delle finalità di equità, solidarietà, salute e sicurezza dei lavoratori perseguiti dal primo e della sua conseguente autonomia "scientifica e valoriale", è offerto da V. SPEZIALE, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il D. Lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2006, I, 3 ss., che suggerisce l'approccio alla sfida della competitività produttiva superando il tentativo al ribasso sul costo del lavoro, destinato al fallimento, in favore dello **sviluppo delle competenze umane** e di **modelli produttivi** in cui sia il capitale umano a costituire un fattore competitivo in termini di valore aggiunto. Le esternalizzazioni, pertanto, lungi dall'essere l'esito indefettibile del rapporto negativo tra i costi organizzativi e quelli di transazione, derivano dal diverso rapporto tra i costi organizzativi e gli omologhi operativi, rendendo invocabile il ricorso alla terziarizzazione per usufruire di un servizio ad un prezzo inferiore, piuttosto che per eludere i costi normativi e/o di gestione del lavoro subordinato.

3 – Le risposte degli ordinamenti giuridici all’outsourcing

Accanto all’analisi delle cause della disintegrazione verticale dell’impresa, qui brevemente riportate, l’attenzione accademica si è concentrata sugli strumenti di sua regolazione. In questo senso, è interessante dar conto di alcune soluzioni proposte dai vari ordinamenti e/o in chiave teorica, con preferenza immediata, per ragioni di chiarezza espositiva, alle classificazioni generali e/o a vocazione comparata, per analizzare in seguito due fattispecie: da un lato, la tendenza ad oltrepassare la figura datoriale formale ed il classico rapporto binario di questi con il lavoratore; dall’altro, l’opzione della responsabilità solidale del soggetto beneficiario della prestazione lavorativa, oggetto del presente lavoro di ricerca.

3.1 – Segue: i principali modelli regolativi del decentramento produttivo

In ottica internazionale, K. LUCAS, L. PLANK, C. STARITZ, *Securing Labour Rights in Global Production Networks*, 2010, offrono un’interessante analisi dei rimedi esperibili per colmare il «vuoto di responsabilità» (*accountability gap*) nel rispetto dei diritti dei lavoratori coinvolti nei processi produttivi globali caratterizzati dalle esternalizzazioni, partendo dai **rimedi nazionali**, per poi affrontare quelli di tipo europeo ed internazionale. In relazione ai primi, gli Autori analizzano innanzitutto il Paese in cui si verifica la violazione di legge (*host state*), con il vuoto di responsabilità materializzabile allorché l’ordinamento giuridico di delocalizzazione non riesce a – ovvero non ritiene di – proteggere i diritti dei lavoratori. Lo strumento nazionale maggiormente adottato consiste nella responsabilità solidale, molto diffusa nel settore edile in cui tuttavia il fenomeno delle delocalizzazioni è meno significativo – posto che, di norma, le opere vengono realizzate nel luogo in cui ha sede il committente, al contrario di quanto accade nelle catene negoziali globali –, con copertura delle retribuzioni, contributi e ritenute fiscali. Detto rimedio, tuttavia, presenta un triplice limite: è applicato/applicabile per lo più nel settore edile, non garantisce una tutela identica, in termini di effettività, ai lavoratori irregolarmente occupati, distaccati ovvero somministrati o a tempo parziale, ed ha un’efficacia territoriale, relativa al luogo in cui ha sede il committente. Accanto

alla responsabilità dell'*host state*, sussiste quella del Paese in cui ha sede il committente (*home state*), di cui costituisce un esempio la disciplina degli appalti pubblici, con previsioni sociali di tutela dei lavoratori poste dalle autorità pubbliche, pur scontando tale soluzione il duplice limite della vocazione nazionale e del criterio economicistico, volto all'efficienza piuttosto che alla salvaguardia dei lavoratori. In relazione ai **rimedi europei**, gli Autori sottolineano come il vecchio Continente sia la più interessante macro-area di disciplina uniforme in cui potrebbe essere sperimentata tanto l'estensione della responsabilità solidale "a catena" in tutti i settori produttivi, quanto il riconoscimento della responsabilità dell'azienda nel cui interesse è avvenuta la delocalizzazione, ancorché l'inosservanza normativa sia stata consumata in un altro ordinamento giuridico. Infine, con riferimento ai **rimedi internazionali**, a parte le convenzioni di diritto sovrastatale, occorre menzionare i codici di condotta, i quali, tuttavia, in ragione del loro carattere volontario, tradiscono un deficit di effettività non facilmente colmabile.

Nel merito, i tentativi normativi di regolare il fenomeno *de quo*, offrendo soluzioni diverse in considerazione del relativo approccio di politica del diritto accolto, trovano in R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo*, cit., una puntuale disamina, sussistendo **sistemi giuridici** che distinguono fenomeni di esternalizzazione sani da quelli frodati, bilanciando, all'interno dei primi, le esigenze produttive con le tutele ai lavoratori. Le risposte del diritto positivo adottate nei diversi ordinamenti giuridici sono sintetizzabili nei seguenti rimedi: distinzione tra appalto lecito e non, con conseguente imputazione della titolarità del rapporto di lavoro all'effettivo fruitore della prestazione, previsione del regime della codatorialità e/o dell'obbligazione solidale, imposizione dell'obbligo di parità di trattamento dei dipendenti dell'appaltatore rispetto ai lavoratori del committente, ovvero dell'obbligo di informativa sindacale sull'identità e le caratteristiche della committenza. La diffusione del primo e terzo rimedio in diversi Paesi – la codatorialità essendo tipica della zona anglosassone, statunitense ed australiana – si spiega, rispettivamente, nell'applicazione del principio di "trasparenza" antifraudolenta e nella tutela dei lavoratori rispetto a chi beneficia della loro prestazione, realizzando una sorta di «codatorialità sostanziale». Infatti, il regime di solidarietà, previsto inizialmente solo per i profili di igiene e sicurezza dei lavoratori, viene successivamente esteso ai crediti retributivi, laddove in pochi ordinamenti

(Canada, Cile ed Italia) è invocato anche per gli obblighi contributivi e previdenziali. Ugualmente pochi sono i Paesi in cui tuttora vige il principio della parità di trattamento per i lavoratori occupati nell'appalto – pacifico essendo tale rimedio per la somministrazione –, considerate le difficoltà pratiche dovute alla comparazione tra differenti contratti collettivi e mansioni cui sono adibiti i lavoratori. L'evidenza comparatistica sottolinea l'esiguità del numero di ordinamenti che, conservando tuttora diffidenza verso i fenomeni di esternalizzazione, li proibiscono, intravedendovi scopi frodatori, in favore della maggioranza di Paesi che li regolano, laddove pochi ordinamenti vietano la stipulazione di contratti di mera fornitura di forza lavoro, ovvero ignorano del tutto il divieto interpositorio, o, infine, prevedono forme di condizionamento sindacale sulle scelte datoriali relative alle esternalizzazioni, obbligando gli imprenditori a fornire informazioni sulle caratteristiche dell'operazione industriale programmata.

Altresì, A. KUN, *From transnational soft law to national hard law: regulating supply chains*, in PÉCSI MUNKAJOGI KÖZLEMÉNYEK 8.:(12) 2015, 53 ss., individua **due** possibili **opzioni**: le *hard laws* – diffuse a livello nazionale, fondanti una responsabilità di tipo oggettivo, ovvero evitabile con la diligenza –, che imputano la responsabilità solidale per le retribuzioni, i contributi e le ritenute fiscali, nonché la salute e sicurezza dei lavoratori, e le *soft laws* – adottate maggiormente sul piano internazionale e/o frutto di prassi virtuose poste in essere da alcune corporazioni mediante accordi contrattuali o codici di condotta –, relative alla contrattazione collettiva, al riconoscimento delle libertà e diritti sindacali. A livello applicativo, l'Autore suggerisce una loro regolazione ibrida, con una ponderata integrazione tra previsioni rigide ed incentivanti: infatti, mentre le *soft laws* costituiscono le premesse e le piattaforme regolative per le discipline di diritto positivo adottate dai vari ordinamenti, le *hard laws* inducono e stimolano verso prassi e contegni aziendali virtuosi, miranti proprio a selezionare *partners* negoziali affidabili. Del resto, l'insufficienza, da un lato, delle *soft laws* a regolare i fenomeni di esternalizzazione e/o delocalizzazione e l'inefficacia, dall'altro, delle *hard laws* a coniugare snellezza amministrativa e tutela dei diritti, fanno emergere l'utilità di una loro **applicazione ibrida ed integrata**, anche in ragione della natura del diritto del lavoro, considerabile sempre più come un ampio "spazio di regolazione" in cui convergono differenti assetti

di disciplina, al fine di realizzare una tendenza verso la *joint liability*: per tali considerazioni, anche A. KUN, *Liability models in supply chains – The flow of an innovative regulatory idea in a global legal space*, cit..

Per una differente, ma non meno interessante, impostazione classificatoria delle tecniche di regolazione delle molteplici forme di *outsourcing* – subappalto, somministrazione, *franchising*, *network* tra imprese – accumulate dalla dissociazione della figura datoriale e dal conseguente declassamento, in termini di tutele, dei lavoratori dei fornitori (*secondary employees*) rispetto a quelli dell'utilizzatore (*primary employees*), Y. FELDMAN, *Ex-Ante vs. Ex-Post: Optimizing State Intervention in Exploitive Triangular Employment Relationships*, in *Bar-Ilan University Public Law and Legal Theory*, W.P. n. 05-10. A giudizio dell'Autore, infatti, le **tecniche** per avversare tale ridotta protezione sono indirizzate verso una triplice direzione: il contrasto delle esternalizzazioni fraudolente, la lotta alla sostanziale disparità di trattamento tra lavoratori ed il superamento di un'assenza di disciplina per i lavoratori *latu sensu* interposti. In quest'ottica, quindi, distingue gli **approcci ex-ante** da quelli **ex-post**: i primi afferiscono ad una dettagliata regolazione di fonte normativa delle condizioni dei lavoratori interposti, limitando il potere discrezionale curiale; i secondi poggiano su un sistema di disciplina piuttosto generico, affidando la decisione del caso al contenzioso giudiziario. Le tecniche di tutela *ex-post* operano attribuendo lo *status* datoriale all'utilizzatore, obbligando alla parità di trattamento tra *primary* e *secondary employees* ed alla condivisione del rapporto di lavoro e/o delle responsabilità in capo al fruitore della prestazione. A fronte di realtà produttive e negoziali complesse, l'adozione di un rimedio *ex-ante* può rivelarsi utile, perché, pur indebolito da pratiche imprenditoriali elusive, non presuppone la verifica della natura genuina ovvero fraudolenta dell'operazione posta in essere, né determina incertezza nei lavoratori sulla sorte della transazione commerciale in cui sono coinvolti, nel senso che la legittimità delle medesime è accertata soltanto a seguito di un giudizio i cui esiti sono imprevedibili. Infatti, benché la Suprema Corte israeliana abbia chiarito che «The purpose of a legitimate transaction is to achieve managerial flexibility, while the purpose of an artificial transaction is to escape the duties of the employer toward its employees» (A 438/03), è difficile selezionare, tra le molteplici ragioni che inducono all'*outsourcing* – volatilità della domanda di prodotti/servizi, sostituzione di lavoratori stabili,

flessibilità, risparmio del costo del lavoro –, quelle non lecite. Allo stesso modo, la conformità alla legge di alcune opzioni organizzative può apparire soltanto successivamente, tramite prassi negoziali reiterate da molteplici soggetti in un apprezzabile arco di tempo, fino a diventare socialmente tipiche. Pertanto, poiché in alcune circostanze può rivelarsi utile una definizione anticipata della natura del rapporto intercorrente tra lavoratore e soggetto imprenditoriale, l'Autore sottolinea l'importanza di un **approccio rimediale combinato** (p. 26 ss.), che fornisca ai giudici rimedi variegati, sottraendoli al manicheismo del “o tutto o niente”, posto che spesso il coinvolgimento del terzo fruitore della prestazione a titolo di garanzia delle obbligazioni datoriali costituisce un rimedio più efficace della mera instaurazione del rapporto di lavoro con il dipendente altrui.

3.2 – Segue: la “fuga” dalla relazione biunivoca

L'inidoneità degli strumenti giuridici predisposti dagli ordinamenti per regolare la disintegrazione verticale delle imprese è ben analizzata nella letteratura internazionale, le cui acquisizioni, pur riferendosi maggiormente alle pratiche di delocalizzazione globale realizzate dalle corporazioni – poco diffuse nella realtà produttiva italiana –, nondimeno risultano utili anche per comprendere le diverse opzioni legislative.

Innanzitutto, occorre considerare, come rilevato da M. H. RUBINSTEIN, *Employees, Employer and Quasi-Employers: an Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between an Employer-and-Employee Relationship*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2012, 14, 605 ss., spec. 638 ss., che la realtà produttiva conosce sempre più la figura di datori di lavoro “putativi” (*quasi-employers*), i quali, pur incidendo in modo significativo sul rapporto di lavoro di cui non risultano titolari, riescono nondimeno a sottrarsi agli obblighi datoriali. Per contrastare tale tendenza, l'Autore elenca le teorie elaborate per coinvolgere nell'osservanza degli obblighi datoriali anche soggetti terzi rispetto al rapporto di lavoro, sulla base dell'interferenza esercitata sul medesimo (teoria dell'interferenza), dei poteri delegati il cui esercizio si ripercuote sui lavoratori altrui (teoria della delega), dell'imputabilità a due entità imprenditoriali separate degli obblighi datoriali (*joint employer doctrine*),

ovvero della considerabilità di dette entità quale unico datore in ragione della gestione condivisa della prestazione lavorativa (teoria del singolo datore).

Invero, la doppia dimensione della flessibilità può rendere superflua l'individuazione di un datore di lavoro unitario, posto che se le **relazioni lavorative** sono divenute **multilaterali**, il paradigma del rapporto di lavoro subordinato appare inerme rispetto a più soggetti datoriali ed alla conseguente dissociazione del soggetto beneficiario della prestazione lavorativa: così, J. FUDGE, *Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: the Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation*, cit., la quale dubita che il contratto di lavoro subordinato, fondato sull'impostazione bilaterale della relazione lavorativa, offra effettive tutele, ritenendo al contrario preferibile un ripensamento della tradizionale definizione di contratto di lavoro, adottando un approccio funzionale che consideri datore di lavoro non solo chi gestisce/coordina il processo produttivo, ma anche colui cui attribuire costi sociali: ciò in quanto il diritto del lavoro non si limita a regolare l'economia ed il mercato, ma persegue anche scopi di giustizia sociale, invocando un onere di condivisione dei rischi derivati dalle attività svolte, a titolo di responsabilità sociale dell'impresa.

Che la tradizionale relazione bilaterale datore di lavoro-lavoratore presenti criticità nella regolazione dei fenomeni di frammentazione del lavoro è un dato acquisito anche da chi, come B. ROGERS, *Toward Third-party Liability for Wage Theft*, in *Berkley Journal of employment & labor law*, 2010, 31, 1 ss., esprime perplessità sui *control test* o sulla realtà economica, lamentando il «furto retributivo» (*wage theft*) che i lavoratori a bassa specializzazione professionale subiscono per effetto della riduzione dei salari e del costo del lavoro attuata alienando i processi produttivi ai fornitori e/o intermediari – generando fenomeni di *spot market e just-in-time labor* –, quale scelta organizzativa delle imprese per affrontare la globalizzazione economica, che ha impedito loro di gestire la sfida competitiva trasferendo sui consumatori il costo del lavoro. A fronte di ciò, certificato il fallimento dei sistemi curiali in ragione della loro genericità, imprevedibilità, costosità, arbitrarietà ed inattendibilità perché basati sul perimetro aziendale del fondamento giuridico del rapporto di lavoro, scartate le misure di deterrenza per la loro onerosità ed inefficacia dovendo superare, in termini di valore unitario, la compensazione per una *compliance* normativa anteriore – nel senso di rendere più conveniente il preventivo rispetto della legge rispetto alla sua successiva

violazione –, l'opzione teorica proposta converge su misure di **diligenza**. Queste ultime, infatti, risultano positivamente applicabili alle filiere negoziali in diversi settori, tra cui quello agricolo, edile, manifatturiero e tessile, in cui più forte è la ricaduta in termini di ridotta protezione retributiva dei lavoratori, rendendo possibile il fondamento della responsabilità del committente a prescindere dal rapporto negoziale diretto che questi abbia con il responsabile materiale della violazione di legge, allorché al medesimo committente siano imputabili, in termini di conoscenza/conoscibilità, le altrui inosservanze normative poste in essere.

Sempre nell'ottica di superamento del dato formale del soggetto titolare del rapporto di lavoro, T. P. GLYNN, *Taking the Employer Out of Employment Law? Accountability for Wage and Hours Violations in an Age of Enterprise Disaggregation*, in *Employer Rights and Employment Journal*, 26/05/2011, 101 ss., propone di estendere il concetto di impresa, attribuendo la responsabilità in ragione della parte di bene o servizio acquistata, distribuita, venduta o prodotta. L'analisi dell'Autore, infatti, condivide con B. ROGERS, *Toward Third-party Liability for Wage Theft*, cit., le critiche di inidoneità della responsabilità fondata sul datore di lavoro di fatto e/o sulla *joint employer doctrine*, dovendo in questi casi esser provato il controllo esercitato dal committente, con il rischio di generare esiti arbitrari e di non comprendere la natura del fenomeno disaggregativo in atto, che può anche corrispondere ad una moderna prassi di coordinamento dell'assetto produttivo. Tuttavia, l'Autore ritiene che occorra superare un'imputazione di responsabilità a seguito di negligente contegno assunto dall'azienda, posto che, al netto di casi di incontrovertibile inosservanza di legge, tale impostazione non riesce a sottrarsi agli esiti arbitrari della casistica, dovendo i giudici accertare se l'azienda era a conoscenza della violazione di legge, se poteva evitarla e quali contegni concreti ha adottato in questa direzione. Oltretutto, questa soluzione espone al rischio che il giudice si accontenti di un rispetto "cosmetico", ovvero sia di mera facciata, della legge, giungendo all'esito paradossale di avere prassi aziendali conformi alla *compliance* normativa e tuttavia lavoratori sprovvisti di tutele, essendo preferibile una **concezione estesa di "datore di lavoro"**, che vincoli ciascun soggetto che acquista/distribuisce/vende/produce per la sua parte nella filiera negoziale, dovendo essere dimostrata soltanto la violazione e la sua attribuibilità all'azienda.

Infine, partendo dall'analisi delle ragioni profonde delle violazioni dei diritti dei lavoratori nelle filiere negoziali globali, M. ANNER, J. BAIR, J. BLASI, *Towards Joint Liability in Global Supply Chains: Addressing the Root Causes of Labor Violations in International Subcontracting Networks*, in *Comp. Labor Law & Pol'Y Journal*, 2013, 35 ss., suggeriscono di valorizzare il **livello negoziale di regolazione** tra i committenti ed i fornitori del bene/servizio, saltando i contraenti intermedi, per poi replicare detti accordi nei contratti stipulati dai datori di lavoro fornitori ed i lavoratori. La contrattazione diretta, peraltro, favorisce una certa stabilizzazione dei subfornitori, evitando oscillazioni negli ordini del committente con possibili ricadute negative sulla quantità e qualità del lavoro dei fornitori, individuando trattamenti sociali in favore dei lavoratori (*benefits portable*) direttamente a carico dei committenti, al fine di sottrarre alcune voci del costo del lavoro dalle dinamiche competitive al ribasso.

3.3 – Segue: la responsabilità solidale

Uno strumento di regolazione del fenomeno di decentramento produttivo piuttosto diffuso consiste nella **responsabilità solidale**, i cui **scopi** sono ravvisabili nella redistribuzione delle conseguenze derivanti dalle catene negoziali, nell'adeguamento degli obiettivi e delle finalità delle leggi lavoristiche ai nuovi assetti produttivi, nell'eliminazione del divario tra le previsioni legislative e la condizione effettiva dei prestatori di lavoro nelle catene negoziali, nonché nel contrasto all'elusione delle responsabilità datoriali e degli abusi nelle filiere negoziali, come ben evidenziato da A. KUN, *From transnational soft law to national hard law: regulating supply chains*, cit.. Tre sono, secondo l'Autore, gli argomenti utilizzati per giustificare la responsabilità solidale: in primo luogo, ragioni di tipo sociale, per cui la parte economicamente più affidabile deve essere vincolata da responsabilità; altresì, aspetti di natura economica, alla cui stregua occorre eliminare le distorsioni del libero mercato e la concorrenza scorretta realizzata mediante pratiche di *dumping* sociale; infine, profili di finanza pubblica, per i quali i contributi e le ritenute fiscali sulle retribuzioni vanno versati.

Peraltro, proprio A. KUN, *Liability models in supply chains – The flow of an innovative regulatory idea in a global legal space*, cit., offre un'efficace immagine della

responsabilità solidale alla stregua di un ponte necessario per colmare il divario creatosi tra le leggi lavoristiche ed i moderni assetti organizzativi delle imprese, posto che ai processi produttivi integrati di queste ultime deve necessariamente corrispondere un'omologa responsabilità.

Nel merito, la letteratura internazionale distingue, a livello teorico e terminologico, **due ipotesi di responsabilità solidale**: l'una, che vincola soltanto il contraente diretto ed immediato del datore di lavoro (*joint or several liability*); l'altra, che si estende all'intera filiera negoziale (*chain liability*). I due termini, benché talvolta usati in modo reciprocamente fungibile, meritano al contrario di non essere sovrapposti, assolvendo a funzioni diverse: per tali considerazioni, M. R. AMON, *Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability be the 21st Century European Approach?*, in *The Journal of International Business & Law*, 4/15/2010, 231 ss., spec. 235-236, e A. KUN, *Liability models in supply chains – The flow of an innovative regulatory idea in a global legal space*, cit..

Rientranti nel rimedio solidale sono, altresì, le soluzioni esposte da L. CORAZZA, O. RAZZOLINI, *Who is the Employer?*, W.P. C.S.D.L.E. “Massimo d’Antona” – INT., n. 110/2014, le quali, in ragione della mutevolezza e non staticità del concetto di datore di lavoro emergente dall'esame delle scelte aziendali – composte di fusioni, acquisizioni, esternalizzazioni, incorporazioni –, accanto al modello diffuso in Europa continentale che intravede nel soggetto datoriale l'entità indivisibile che dia maggiori sicurezze in termini di affidabilità economica, generando un **rapporto bilaterale** (lavoratore-datore di lavoro), affiancano l'altro, tipico degli U.S.A., attento alla **relazione di lavoro condivisa** ed imputante responsabilità a quei soggetti in grado di incidere sulle questioni rilevanti del rapporto di lavoro, sulla base di quanto emerso dai test. Questi ultimi si fondano, rispettivamente, sul potere di fatto esercitato (*control test*), sulla dipendenza economica dei lavoratori (*economic reality test*), sull'interferenza esercitata dal committente sul fornitore (*interference test*), ovvero sulla combinazione dei primi due elementi (*hybrid test*), esplicando un rapporto trilaterale o anche plurilaterale. Il successivo superamento del divieto interpositorio con conseguente disciplina dei fenomeni di *outsourcing* ad opera delle legislazioni europee ha facilitato la convergenza fra i predetti modelli.

Muovendo proprio dai limiti derivanti dall'applicazione del *control* e del *reality test*, S. LUNG, *Exploiting the Joint Employer Doctrine: Providing a Break for Sweatshop Garment Workers*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2003, 34, 291 ss., spec. 331 ss., valorizza l'impiego della *joint employer doctrine* al fine di coinvolgere nella tutela delle retribuzioni dei lavoratori impiegati nel settore tessile – ma il ragionamento è applicabile anche ad ulteriori attività – il soggetto imprenditoriale che, beneficiando delle prestazioni lavorative, gestisce in concreto il controllo economico sul fornitore, esercitando anche un potere di ricatto negoziale nei confronti di quest'ultimo.

Sempre sulle risposte normative al decentramento produttivo, a giudizio di P. ZANELLI, voce *Decentramento produttivo*, cit., queste dovrebbero indirizzarsi verso un'estensione della responsabilità solidale fra gli attori dell'operazione giuridica conclusa, dando altresì la facoltà alla contrattazione collettiva di gestire il rimedio in parola – dovendo essere affidato alla legge solo un intervento di cornice che espliciti i punti di partenza – piuttosto che al modello di relazioni imprenditoriali di tipo orizzontale incrinanti il principio dell'unicità del datore di lavoro.

Infine, per una panoramica trasversale del concetto di solidarietà nei fenomeni interpositori nazionali, G. ZILIO GRANDI, M. SFERAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione del lavoro*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, n. 1, 129 ss..

4 – La soluzione (alternativa) della codatorialità

A livello di impostazione teorica, alcuni Autori hanno intravisto nella **codatorialità** una diversa tecnica di **regolazione** dei processi di **disintegrazione verticale** dell'impresa: tuttavia, poiché l'istituto è poco diffuso nell'ordinamento nazionale, sussistono alcune difficoltà che verranno affrontate soltanto per quanto di rilievo nel presente lavoro di ricerca.

In termini generali, occorre segnalare la qualificazione dell'istituto in parola alla stregua di strumento di tutela dei lavoratori coinvolti nelle operazioni di scomposizione/integrazione e cooperazione produttiva, con specifico riferimento alle reti di impresa: in questo senso, oltre che per un'interessante illustrazione delle

soluzioni adottate nei vari ordinamenti giuridici, A. PERULLI, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 83 ss., per il quale «le imprese partecipanti al programma di rete risultano responsabilizzate rispetto ai crediti dei lavoratori coinvolti, non tanto sulla base dell'obbligazione contrattuale individuale assunta nei loro confronti, quanto in considerazione delle modalità organizzative e produttive sancite dal contratto di rete le quali concretamente incidono sui rapporti di lavoro considerati come fattori produttivi necessari per la realizzazione dello scopo comune» (p. 94).

Infatti, come opportunamente rilevato da O. RAZZOLINI, *Lavoro e decentramento produttivo nei gruppi di impresa*, in M. AIMO e D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 678 ss., spec. 700 ss., il decentramento produttivo può realizzarsi anche per il tramite dei gruppi di impresa – attraverso un'integrazione verticale dell'impresa compiuta in modo gerarchico – ovvero un contratto di rete, in cui realizzare sinergie di produttività, *know-how* e competitività. La codatorialità, quindi, costituisce il collegamento funzionale volontario sulla base di un contratto che determina un'**intensa integrazione** fra **imprese** e **prestazione di lavoro** finalizzata a soddisfare un **interesse comune**.

Un'iniziale criticità riscontrabile a proposito della codatorialità attiene ai **profili definitivi**: infatti, M. BLASI, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità*, W.P. C.S.D.L.E. “Massimo d'Antona” – IT., n. 218/2014, 3 ss., la intende quale impiego cumulativo e promiscuo di uno o più lavoratori, formalmente dipendenti di un singolo retista con prestazione gestita in funzione di un interesse condiviso, secondo modalità e contenuti definiti nel medesimo contratto di rete, realizzando una sorta di *job sharing* dal lato datoriale e generando una situazione di fatto non dissimile da quella riscontrabile nell'utilizzo cumulativo dei lavoratori nei gruppi di impresa, con aggiunta di ulteriori soggetti al datore di lavoro formale nell'esercizio del potere direttivo. Pertanto, la codatorialità differisce dalla contitolarità in quanto implica un esercizio condiviso del potere direttivo e conformazione ad opera di ciascun retista, laddove la seconda presuppone l'acquisizione congiunta della qualità di datore di lavoro sulla base del contratto.

Viceversa, M. G. GRECO, *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2012, 4, 380 ss., rileva la scarsa utilità della

distinzione tra codatorialità e contitolarità, posto che nel diritto del lavoro l'esercizio del potere direttivo implica la titolarità del relativo rapporto, pur in assenza di un contratto, dovendo la codatorialità esser letta come strumento di tutela del lavoratore.

Pur ritenendo i gruppi di impresa non sovrapponibili alle reti di impresa in ragione della struttura verticale e gerarchica dei primi (*networked firm*) a fronte di quelle orizzontale e paritaria delle seconde (*network of firms*), a giudizio di M. BLASI, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità*, cit., p. 9 ss., spec. note 44 e 60, l'orientamento curiale nazionale ha negato al gruppo di impresa la configurabilità di un centro di imputazione di rapporti di lavoro nell'ipotesi di utilizzo cumulativo/alternativo del lavoratore: inizialmente, basandosi sulla finalità fraudolenta dell'operazione, inibente detta imputazione; in seguito, prescindendone e tutelando il lavoratore sulla base di criteri ed elementi sintomatici variamente combinati, privilegiando la responsabilità solidale delle altre aziende del gruppo per i crediti retributivi dei lavoratori.

Peraltro, le ripetute oscillazioni, incertezze e contraddizioni, anche a livello di giurisprudenza di legittimità, nell'individuazione e regolamentazione, nel nostro ordinamento, della contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo di impresa, sono ben evidenziate da M. G. GRECO, *La ricerca del datore di lavoro nell'impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 117 ss., cui occorre rinviare per una rassegna delle pronunce sui fenomeni di scomposizione delle imprese, con distinzione, in quelli genuini, tra responsabilità solidale e vera codatorialità, posto che la prima – al pari della somministrazione ed appalto – non implica una duplicazione della figura datoriale, che al contrario avviene con la seconda.

4.1 – Segue: l'ammissibilità della codatorialità nel nostro ordinamento

Tra gli studiosi che più si sono spesi per l'ingresso nel diritto positivo nazionale della codatorialità, è doveroso il rinvio a V. SPEZIALE, *Gruppi di impresa e codatorialità: introduzione a un dibattito*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 3 ss., che spiega il fondamento della codatorialità quale meccanismo di regolazione dei

fenomeni di esternalizzazione: «l'impresa "orizzontale", organizzata con contratti commerciali, può frustrare la finalità protettiva del diritto del lavoro nei confronti dei lavoratori in condizioni del tutto analoghe, dal punto di vista della dipendenza economica e organizzativa, rispetto a quelli assunti da un unico imprenditore» (p. 5).

Infatti, sia pure in un'ottica *de jure condendo*, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., propone la codatorialità per garantire la tutela ai lavoratori coinvolti nei processi di integrazione contrattuale tra imprese, estendendo la responsabilità del lavoro a tutti i soggetti beneficiari della prestazione: secondo lo schema proposto, il lavoratore resta alle dipendenze dell'appaltatore, godendo in ogni caso della parità di trattamento economico ed organizzativo rispetto ai lavoratori del committente, nonché della solidarietà per i crediti sorti nell'esecuzione dell'appalto e dell'imputazione ad entrambi gli imprenditori di determinate discipline. La codatorialità è limitabile agli appalti di prestazioni inerenti il ciclo produttivo e nei casi di filiere di appalti, allorché ciascun "anello" della catena è in posizione di integrazione rispetto all'altro.

Tuttavia, tale impostazione ha ricevuto alcune obiezioni, legate, da un lato, alla sua **coniugabilità** con il "dogma" della **subordinazione** e, dall'altro, alla complessiva impostazione legislativa.

In ordine al primo aspetto, O. MAZZOTTA, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 19 ss., rilevata la valenza polisemantica – o, meglio, applicativa – della codatorialità quale distribuzione atipica dei poteri tra datore (formale) ed utilizzatore (sostanziale) alla stregua di accollo di oneri economici relativi ai dipendenti del datore di lavoro, con sostituzione al datore di un terzo nella titolarità del rapporto di lavoro, osserva come nelle reti di impresa la codatorialità in senso forte sia possibile in caso di uso cumulativo di lavoratore, al fine di tutelarlo. L'Autore sottolinea il carattere "eversivo" della codatorialità rispetto alla subordinazione, «cioè alla sequenza o circolo virtuoso che dalla subordinazione va al divieto di interposizione e vi ritorna» (p. 26), segnalando una lacuna nella giustificazione della distinzione del potere direttivo rispetto al potere di direzione e controllo di cui l'altro utilizzatore è titolare: infatti, tramite il divieto interpositorio, l'ordinamento vieta l'acquisizione di lavoro attraverso schemi giuridici diversi dal contratto di lavoro subordinato, derivandone che la titolarità del rapporto va

riconosciuta sulla base dell'effettività, come prescritto dall'art. 2094 c.c., per il quale chi presta lavoro alle condizioni indicate è dipendente di quell'impresa, a prescindere dal negozio giuridico utilizzato. Il paradigma del contratto di lavoro subordinato svolge quindi una funzione selettiva del datore di lavoro effettivo e non può fondare la codatorialità (p. 26-27).

Altresì, con riferimento all'**impostazione legislativa** di fondo, a giudizio di V. PINTO, *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 55 ss., la codatorialità realizza un'imputazione soggettiva *ex latere creditoris*, essendo tuttavia preferibile declinare il concetto non già in termini di "monarchia" – ovvero sia dislocazione altrove del potere decisionale e produttivo/organizzativo –, quanto piuttosto di "poliarchia", quale moltiplicazione dei centri di potere, autonomi tra di loro, per ottenere sinergie produttive. La codatorialità, quindi, è l'opzione teorica che «tenta di ricondurre a unità (di responsabilità giuridica) la pluralità imprenditoriale che contraddistingue i fenomeni di integrazione produttiva» (p. 63); tuttavia, l'Autore rileva criticamente la mancata coerenza con il sistema di diritto positivo dell'assunto per cui dalla mera cooperazione produttiva emerge la volontà degli operatori economici di condividere poteri e responsabilità derivanti dal contratto di lavoro subordinato: infatti, negli altri casi di "confusione" datoriale, quali la subfornitura o la cassa integrazione per gli imprenditori artigiani soggetti ad un «influsso gestionale prevalente», l'ordinamento giuridico non fa discendere alcuna coimputazione dei rapporti, derivandone, di conseguenza, l'inammissibilità della codatorialità nell'ordinamento.

4.1.2 – Segue: la compatibilità con la responsabilità solidale

Un ulteriore aspetto critico concernente la codatorialità e rilevante ai fini della presente ricerca, afferisce alla **coniugabilità** della **codatorialità** con l'**obbligazione solidale**, che ha diviso la dottrina.

Infatti, se V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., in ragione dell'integrazione intensa tra imprese, teorizza un collegamento negoziale e prestazione lavorativa resa nell'interesse del gruppo, O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di*

gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 29 ss., spec. 44 ss., preferisce la teoria dell'obbligazione soggettivamente complessa, intravedendo nell'*aedem causa obligandi* il legame negoziale che, nella sostanza, intercorre tra lavoratore e diverse società. Tale impostazione, secondo l'Autrice, spiega meglio l'utilizzo di una prestazione per il perseguimento di un interesse condiviso dalla collettività organizzata e ricondotto ad un unico rapporto obbligatorio imputato ad una pluralità di soggetti. Peraltro, l'obbligazione soggettivamente complessa risulta preferibile anche per il vincolo solidale verso più soggetti partendo da un unico fatto: la solidarietà, quindi, è effetto immediato della codatorialità, intesa come una «rilettura aggiornata» della tecnica delle responsabilità congiunte (p. 49), posto che l'idea che si va diffondendo in ordine alla migliore tutela dei lavoratori interessati dall'*outsourcing*, in luogo della ricerca di un solo datore responsabile, valorizza la moltiplicazione dei soggetti chiamati a rispondere, con conseguente redistribuzione del rischio del corretto adempimento degli obblighi retributivi, contributivi e fiscali.

Nello stesso senso, sebbene con motivazioni meno estese, di V. PINTO, *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, cit., che intravede un'obbligazione soggettivamente complessa *ex latere creditoris*, nonché M. G. GRECO, *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, cit., la quale rileva come l'estinzione del contratto di lavoro ad opera di un datore si propaghi anche agli altri, stante l'unicità del rapporto e responsabilità solidale per i profili retributivi e contributivi.

Viceversa, O. MAZZOTTA, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, cit., alla codatorialità ritiene estranea la responsabilità solidale, posto che in quest'ultimo caso sussiste l'aggiunta di un'ulteriore garanzia alle obbligazioni senza alcuna modifica della struttura binaria del rapporto di lavoro.

Contra rispetto alla teorica dell'obbligazione soggettivamente complessa ad interesse comune, di cui è espressione l'art. 31, c. 3bis ss., legge Biagi, sulle assunzioni congiunte in agricoltura, optando per l'individuazione di tanti rapporti quanti sono i retisti in ragione del beneficio tratto dalla prestazione lavorativa e/o dell'esercizio del potere direttivo, con estensione agli altri soggetti del rapporto di lavoro originario e configurabilità di obbligazioni alternative, come previsto dall'art. 30, c. 4ter, decreto legislativo n. 276, M. BLASI, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità*, cit.. A giudizio dell'Autore, comunque, le due ipotesi non vanno sovrapposte, atteso che la

responsabilità solidale è ineludibile per l'assunzione congiunta ma solo eventuale nel contratto di rete, essendo altresì il consenso del lavoratore superfluo nel primo caso e tutelato da una *property rule* nel secondo.

Infine, L. RATTI, *La codatorialità come rimedio: profili comparati e prospettiva nazionale*, in M. T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alla rete di impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015, 153 ss., dopo aver svolto una rapida panoramica comparata delle soluzioni adottate in Francia, Spagna, Regno Unito ed Italia sul coinvolgimento di più figure datoriali in caso di confusione di interessi, attività e gestione tra le imprese (*triple confusion*), ai fini della codatorialità quale alternativa alla responsabilità solidale nell'ottica di tutela del lavoratore, ritiene la prima svolgente una sorta di funzione di "esimente" rispetto al divieto di dissociazione tra titolarità del rapporto ed esercizio del potere direttivo, al pari di quanto accade per la somministrazione e distacco.

1 – La regolazione italiana delle esternalizzazioni: dalla legge n. 1369 alla legge Biagi

Tra le possibili opzioni di disciplina dei fenomeni di scomposizione del segmento produttivo, la **legge 23 ottobre 1960, n. 1369** (d'ora in poi anche solo "legge n. 1369"), fa proprio l'assetto fondato sul duplice principio di trasparenza e responsabilità gravante su chi beneficia delle prestazioni altrui, come ravvisato da M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro*, cit., 24 ss., generando un **sistema di parificazione dei costi diretti ed indiretti del lavoro** affidato in appalto e favorendo le forme di segmentazione dell'attività produttiva virtuose a discapito di quelle fondanti la propria convenienza economica sul differenziale di trattamento economico e normativo tra i dipendenti dell'appaltatore e quelli del committente. In quest'ottica, quindi, l'art. 3 di detta legge funge da vero «spartiacque tra quegli appalti fondati (appunto) sulla specializzazione e sulla maggiore efficienza organizzativa dell'appaltatore e quelli finalizzati ad un mero abbattimento del costo del lavoro, promuovendo indirettamente i primi» (p. 36), attuando concretamente i limiti posti dall'art. 41, comma 2, Costituzione all'esercizio dell'attività di impresa.

Infatti, secondo un'interpretazione piuttosto diffusa, accolta anche da P. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 169 ss., la legge n. 1369 **favorisce la modularizzazione dell'impresa inevitabilmente virtuosa**, sancendo la parità di trattamento rispetto ai lavoratori che operano alle dipendenze del committente (art. 3, c. 1), aggiungendovi il regime della responsabilità solidale tra committente ed appaltatore (art. 3, c. 3), con una *ratio* ravvisabile, appunto, nel principio di responsabilità, alla cui stregua appropriarsi del frutto del lavoro altrui implica l'assunzione su di sé dei rischi e dei costi che esso comporta. In ragione di ciò, quindi, la legge n. 1369 non si limita a riprodurre le regole civilistiche dell'appalto sulla direzione ed organizzazione dell'attività, bensì introduce un **principio specifico di tutela del lavoro e dei lavoratori**, la cui effettività implica la coincidenza fra datore di lavoro ed utilizzatore della prestazione (art. 1).

Sempre P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2003, I, 887 ss., esplicita il principio della legge n. 1369 nella coincidenza nella figura datoriale di chi effettivamente utilizza la prestazione lavorativa, disciplinando due ipotesi: da un lato, l'assunzione di un lavoratore per farlo utilizzare da altri, ovvero la somministrazione pura e semplice (il lavoro da organizzare); dall'altro, la direzione ed organizzazione del lavoro tramite un servizio e/o una fase produttiva dell'attività imprenditoriale del committente, e quindi l'appalto di mera manodopera (il lavoro organizzato), con divieto di appalto di "solo lavoro", allorché mezzi ed attrezzature non appartengono all'appaltatore. Viceversa, nel caso di appalti genuini, la responsabilità solidale del committente e la parità di trattamento economico e normativo tra lavoratori dell'appaltatore e quelli del committente assicurano il ricorso ai soli appalti tecnicamente necessari.

Infatti, la **parità di trattamento normativo e retributivo** sancita dall'art. 3, legge n. 1369, è giustificata, secondo G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, in *Massimario della Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, 7, 528 ss., alla luce dell'inserimento degli appalti nei processi intermedi dei cicli produttivi, con presupposta appartenenza al medesimo settore merceologico e conseguente applicazione dell'identico contratto collettivo: in questo modo, risulta vietato il ricorso all'appalto per eludere l'applicazione degli istituti normativi propri del settore del committente. Nell'interpretazione diffusamente accolta, sintetizzata da M. G. GRECO, *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2004, 10, 921 ss., quindi, la legge n. 1369 evita che lavoratori dipendenti di imprenditori diversi, che lavorano nel medesimo ambiente e/o concorrono alla realizzazione di opere o servizi, subiscano trattamenti economici e normativi differenti in ragione della diversa titolarità giuridica del rapporto di lavoro.

Il fondamento della legge n. 1369 è ben spiegato da L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoro*, cit., 155 ss., ponendone in rilievo la *ratio* di tecnica di tutela dei lavoratori per il tramite rimediale – ovverosia dell'attribuzione di una posizione giuridica soggettiva in ragione della tutela riconosciuta – del generale divieto di dissociazione tra la titolarità del rapporto di lavoro e dell'organizzazione produttiva, al fine di evitare un sistema di

sottoprotezione dei lavoratori, individuando nel soggetto più adatto a garantire la tutela dei lavoratori la figura di datore di lavoro.

Non sono tuttavia mancate analisi opposte della legge n. 1369, di cui è stato messo in rilievo lo **stampo dirigista** ed evolutivo delle iniziali ipotesi di ricorso del lavoro altrui tramite organizzazioni intermedie: la predetta normativa, infatti, generalizza il divieto interpositorio in qualsiasi espressione e per qualsivoglia tipologia di attività esercitata, posto che la regola della solidarietà prevista dall'art. 2127 c.c. – che vieta all'imprenditore di affidare ai propri dipendenti lavori a cottimo eseguibili da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti, con esclusiva responsabilità dell'imprenditore rispetto ai crediti dei lavoratori assunti dai dipendenti – costituisce solo una timida forma di regolazione del mercato. Pertanto, muovendo dalla constatata difficoltà di distinguere in concreto tra un'opera e/o servizio svolto con organizzazione e gestione propria dalla mera prestazione di lavoro, la legge n. 1369 opta per una presunzione assoluta, stabilendo l'imputazione dei lavoratori interposti alle dipendenze dell'utilizzatore. Per siffatta impostazione, A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, CEDAM, Padova, 2004, 83 ss., il quale interpreta la legge 24 giugno 1997, n. 196, autorizzante l'impiego temporaneo di manodopera, come un'apparente deroga al divieto interpositorio, posto che la tassatività dei casi di ricorso alla fornitura temporanea di lavoro, le svariate ipotesi di divieto di lavoro interinale, i requisiti di forma e contenuto richiesti per la validità ed efficacia del contratto, nonché l'obbligazione solidale del committente nel caso di inadempimento degli obblighi gravanti sul fornitore, rendono la deroga *de qua* solo apparente, dovendo l'ordinamento attendere il 2003 per assistere ad una svolta: solo da questo momento, infatti, l'imprenditore sarebbe libero di scegliere se eseguire da sé l'opera e/o il servizio, utilizzare lavoratori somministrati, o, infine, affidare la prestazione a terzi tramite l'appalto.

2 – La legge Biagi e le obiezioni alla nuova disciplina dell'appalto come tecnica regolatoria

Nel 2003 la complessiva riforma del mercato del lavoro operata tramite il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (d'ora in poi anche solo “decreto legislativo n.

276” o “legge Biagi”), interviene anche sulle esternalizzazioni, accogliendo le risultanze emerse dalla giurisprudenza formatasi sotto la vigenza della legge n. 1369 sui criteri discretivi dell’appalto genuino e, nella sostanza, liberalizzando il ricorso all’appalto: ne deriva che all’abrogazione della vecchia normativa fa seguito una **differente disciplina** dei **fenomeni** di *outsourcing*, con eliminazione della parità di trattamento normativo e retributivo, riservata solo alla somministrazione, e l’estensione della solidarietà a tutte le ipotesi di appalto di servizi. Tali ed ulteriori considerazioni sono svolte da M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004, 225 ss., il quale evidenzia come l’organizzazione dei mezzi necessari e la gestione dell’appalto a proprio rischio costituiscano gli elementi caratterizzanti le fattispecie genuine dell’appalto; peraltro, a fronte della possibilità di parificare la disciplina dell’appalto alla somministrazione, il legislatore delegato – anche alla luce dalla prioritaria esigenza di regolare e favorire l’emersione delle ipotesi di pseudo-appalto tramite una disciplina per quanto possibile effettiva e leggera – evita il rischio di un sistema rigido per il mercato italiano, posto che la previsione della parità di trattamento anche per gli appalti eseguiti in regime di monocommittenza economica potrebbe favorire pratiche abusive della normativa.

Tuttavia, l’esposta interpretazione della legge Biagi riceve diverse osservazioni critiche, ravvisabili nell’avvio di un fenomeno di deregolazione, nella riduzione delle tutele dei lavoratori tramite l’eliminazione della parità di trattamento e conseguente maggior convenienza dell’appalto rispetto alla somministrazione, nonché nell’inopportuna distinzione, a livello di disciplina, proprio tra l’appalto e la somministrazione.

Con riferimento al primo appunto alla normativa del 2003, V. SPEZIALE, *Le “esternalizzazioni” dei processi produttivi dopo il D. Lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, cit., sottolinea come la prevalenza delle esigenze imprenditoriali rispetto alle tutele dei lavoratori nei processi di *outsourcing* faccia parlare di “**regolazione deregolata**”, attuata con il decreto legislativo n. 276, non trovando tuttavia l’adesione di M. TIRABOSCHI, *Le riforme del mercato del lavoro dell’ultimo decennio: un processo di liberalizzazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2006, 4, 477 ss., che ritiene

preferibile parlare di **riformalizzazione** della disciplina, ridefinendo un'area regolamentata da una legge, la n. 1369, scarsamente efficace, e quindi inadeguata a governare i mutati modelli di organizzazione e produzione del lavoro: l'abrogazione della legge n. 1369 va letta alla luce della necessaria rivisitazione della disciplina, piuttosto che come forma di deregolamentazione.

Per quanto attiene al sacrificio dei lavoratori, il rilievo critico principale mosso alla legge Biagi sulla disciplina delle esternalizzazioni è di reagire alla globalizzazione **riducendo** il costo del lavoro e, conseguentemente, le **tutele dei lavoratori**, senza tuttavia garantire un'effettiva maggiore competitività per le imprese rispetto alle realtà economiche emergenti: così P. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, cit., 168 ss., intravedendo nella “modularizzazione” dell'impresa un'occasione espressiva della norma del 2003, e M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro*, cit., 28 ss., per il quale il decreto legislativo n. 276 legittima l'appalto fondato sul differente trattamento retributivo e normativo quale vantaggio competitivo d'impresa. Sul punto, tuttavia, R. DE LUCA TAMAJO, *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2005, 2, 307 ss., obietta come il decreto legislativo n. 276 circoscriva l'area dell'illiceità, limitandola ai soli processi organizzativi ispirati a logiche fraudolente e/o capaci di alterare la “trasparenza” nell'imputazione dei rapporti di lavoro, preservando un nucleo essenziale di tutele dei lavoratori: la legge Biagi, quindi, realizza una **scelta di politica del diritto**, preferendola alla rivisitazione delle tutele “interne” al rapporto di lavoro, consentendo alle imprese più ampi margini di riorganizzazione e liberalizzando le prerogative “manageriali” in luogo di quelle direttive, sull'assunto per cui soltanto un'impresa più libera di realizzare un moderno assetto produttivo garantisce la salvaguardia dei livelli occupazionali e la qualità del lavoro. La “riscrittura” della fattispecie dell'appalto, quindi, costituisce il necessario contraltare per evitare lo scivolamento nel lavoro nero e/o irregolare salvaguardando livelli di occupazione, imperante il divieto comunitario di sovvenzioni statali alle aziende, liberalizzando il contesto normativo ed adeguandolo ai nuovi assetti organizzativi, senza tuttavia alterare la *ratio* ispiratrice della legge n. 1369 sul divieto interpositorio.

In ordine alla persistenza, nell'ordinamento lavoristico, del divieto interpositorio, L. CORAZZA, *Contractual integration. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*,

cit., pur non contestandone l'abolizione, osserva l'inadeguatezza del divieto di dissociazione a garantire i lavoratori in situazioni in cui rileva meno la titolarità di un complesso di beni e/o attrezzature usate per la produzione, in favore di un insieme di relazioni commerciali – la *contractual integration*, appunto – tra molteplici soggetti: in tali contesti, a metà strada tra i costi organizzativi e quelli di mercato, tra elemento gerarchico e relazionale, appare più utile il ricorso al regime della solidarietà, quale «paradigma e regola generale dell'ordinamento giuridico» almeno per i fenomeni di decentramento produttivo ed a prescindere dal negozio giuridico utilizzato (p. 252). A favore della persistente vigenza del divieto interpositorio si esprime M. T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesso – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2007, 4-5, 1019 ss., in ragione sia del sistema autorizzatorio dell'attività di somministrazione, sia delle sanzioni in caso di somministrazione illecita e/o distacco non consentito. Il contenuto di tale divieto riposa sul principio di non dissociazione tra il datore di lavoro formale e quello sostanziale, essendo vietata la vendita del lavoro altrui, al fine di impedire l'elusione della disciplina protettiva del lavoro subordinato da parte dell'utilizzatore. La legge Biagi, quindi, implicitamente conserva l'impostazione di fondo volta a tutelare i lavoratori, ribaltando la prospettiva tramite l'autorizzazione della somministrazione di lavoro, nei fatti limitandosi ad aggiornare l'assetto regolatorio precedente adeguandolo alle esigenze di flessibilità emergenti dalla realtà produttiva: sul punto, anche R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, 1, 129 ss., specialmente § 5.

2.1 – Segue: le critiche di merito alla disciplina degli appalti

Come detto, le obiezioni alla disciplina del 2003 riguardano anche il **superamento** della **parità di trattamento** e la **distinzione** tra **somministrazione** ed **appalto**, che non considera, a giudizio di U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2009, 1, 91 ss., alcune caratteristiche dell'ordinamento giuslavoristico italiano, consistenti

nell'assenza di un trattamento salariale minimo e di una contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes*, nonché nei requisiti dimensionali aziendali rilevanti per l'applicazione della normativa in tema di licenziamenti e/o sicurezza, determinando, nei fatti, un ricorso alle esternalizzazioni non soltanto per conseguire una maggiore flessibilità organizzativa e/o in ragione dell'altrui specializzazione produttiva, ma anche per una mera riduzione del costo del lavoro. Pertanto, sebbene l'estensione della solidarietà all'intera filiera degli appalti costituisca un indubbio rafforzamento della tutela dei lavoratori ivi coinvolti, tale rimedio non assicura la conformità dei crediti lavorativi ai valori di mercato, ponendo l'interrogativo sulla sua utilità, essendo preferibile cercare più efficaci strumenti di bilanciamento tra le esigenze dell'impresa e la tutela dei lavoratori, stante l'inopportunità del ritorno 'secco' al principio della parità di trattamento.

Peraltro, il punto di partenza del superamento della parità di trattamento dei lavoratori in favore della solidarietà consiste nella distinzione, ritenuta fallimentare, tra appalto lecito ed illecito, senza contare che l'opzione dell'appalto espone il committente al doppio costo derivante dalla solidarietà, potendo esser richiesto del pagamento delle retribuzioni/contributi anche avendo già saldato l'appaltatore, mancando nella formulazione dell'art. 29, c. 2, le limitazioni al contrario previste dall'art. 1676 c.c.: in questo senso, 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 Giurisprudenza*, 2012, 3, 463 ss..

Altresì, M. G. GRECO, *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, cit., rileva come la differente disciplina introdotta dall'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, sul confine piuttosto incerto tra somministrazione ed appalto, ponga la norma *de qua* a livello intermedio tra l'art. 3, legge n. 1369 e l'art. 1676 c.c., difettando al cospetto del primo per l'abolizione della parità di trattamento ed eccedendo rispetto al secondo con riferimento alla totale copertura del credito tutelato. L'esito finale consiste in una «**riduzione delle tutele** innegabili» per un triplice ordine di motivi: innanzitutto, perché il venir meno della parità di trattamento può favorire l'uso dell'appalto per ridurre il costo del lavoro, piuttosto che per effettive esigenze produttive; altresì, perché la previsione di detta parità può far preferire, viceversa, l'appalto rispetto alla somministrazione per la fornitura di manodopera; infine, perché

l'art. 3, c. 3, decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72 (d'ora in poi anche solo "decreto legislativo n. 72", ormai abrogato, su cui § 6.2), prevedendo la parità di trattamento in capo ad imprese distaccanti lavoratori in Italia, conserva l'applicazione del principio in caso di appalto. La legge Biagi, quindi, migliora la precedente omologa n. 1369 soltanto con riferimento alla superata distinzione tra appalti endoaziendali o meno, tutelando maggiormente i lavoratori occupati in appalti di servizi e/o svolgenti le prestazioni saltuarie ed occasionali menzionate nell'art. 5, legge n. 1369, non destinatari del regime di parità di trattamento.

In senso non dissimile anche P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, cit., sul rilievo per cui l'impostazione della legge n. 1369, che la successiva legge 24 giugno 1997, n. 196, incrina di poco inserendo ipotesi eccezionali di fornitura di lavoro da organizzare, è modificata dalla legge Biagi, che realizza una «sorta di esplosione stellare» (p. 893) tra le due fattispecie inizialmente disciplinate in modo unitario, **separando la fornitura di manodopera non organizzata (somministrazione)** da quella **regolata** da poche disposizioni e senza più la parità di trattamento (**appalto**). Oltretutto, tale distinzione, unita alle differenti regole previste ed al fatto che "chiunque" possa eseguire una prestazione in appalto, rendono quest'ultimo più conveniente rispetto alla somministrazione, pur volendo tralasciare la contraddittorietà dell'appalto di solo lavoro, posto che un'organizzazione di mezzi, che è qualcosa di tangibile e reale, non può risultare dall'esercizio di un potere giuridico, esistendo quindi a prescindere da questo.

Ugualmente, L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoro*, cit., 255 ss., non nasconde il rischio che la maggior tutela accordata ai lavoratori somministrati rispetto a quelli occupati negli appalti con riferimento alla parità di trattamento, alla responsabilità solidale ed all'esercizio dei diritti sindacali, unita alla criticità distintiva tra somministrazione a tempo indeterminato ed appalto di servizi, dischiudano il ricorso all'appalto per mere esigenze di contrazione dei costi del lavoro, suggerendo, a tal proposito, un ampliamento della responsabilità solidale anche al trattamento normativo, al fine di garantire il ristoro degli eventuali danni personali patiti dai lavoratori.

Tuttavia, le riportate obiezioni sembrano non cogliere né la differenza dell'appalto rispetto alla somministrazione, né il diverso paradigma regolatorio ivi sotteso.

Come notato da M. BIAGI (continuato da M. TIRABOSCHI), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 2012, 299 ss., la **parità di trattamento** di cui beneficiano i lavoratori somministrati risponde all'esigenza di sottrarre la fornitura di lavoro intermittente tramite agenzia a possibili fenomeni di mercificazione del lavoro altrui, impedendo che il somministratore, come pur accaduto secoli addietro e tristemente ripetuto con il caporalato, lucri sul differenziale tra il corrispettivo ricevuto dal cliente e quanto pagato al lavoratore per la sua prestazione, derivandone che «il margine di lucro dell'impresa di somministrazione (...) potrà basarsi sulla capacità di fornire in modo tempestivo e professionale prestazioni di lavoro che sarebbero eccessivamente costose per la singola impresa senza l'intervento dell'intermediario, o che, comunque, si caratterizzano per particolari contenuti o qualità (..). L'utile ricavato dalla impresa di somministrazione, in questi casi, si giustifica allora come profitto in ragione della assunzione di un rischio tipico di impresa, in quanto l'impresa di somministrazione è costretta a offrire sul mercato un servizio che (...) comporta un costo superiore rispetto a quello che sopporterebbe, naturalmente in astratto, l'impresa utilizzatrice se dovesse assumere direttamente il lavoratore» (p. 312). Nell'appalto endoaziendale, viceversa, la difficile attuazione pratica della parità di trattamento ne ha indotto l'eliminazione in favore del solo **vincolo solidale**, la cui ampia rilevanza riposa sulla piena **corresponsabilizzazione** del **committente** per indirizzarlo verso imprese solide ed altamente qualificate. Nella somministrazione, infine, il regime solidale assolve alla funzione di ripartizione delle posizioni giuridiche passive tra fornitore ed utilizzatore, mediante un assetto di interessi ed oneri giuridici tipizzato ed interamente disciplinato dal legislatore, al fine di escludere il trasferimento sul lavoratore somministrato del costo economico dell'operazione di fornitura di lavoro temporaneo: per tali rilievi, anche M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, 330-334.

Considerazioni non difformi sono svolte DE LUCA TAMAJO R., F. PATERNÒ, *Appalto e distacco*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, CEDAM, Padova, 2007, 439 ss., in relazione alla differente funzione economico-sociale svolta

dall'appalto rispetto alla somministrazione: infatti, mentre quest'ultima si caratterizza per la vicinanza tra i dipendenti somministrati e quelli dell'utilizzatore, il primo evidenzia, al più, una contiguità logistica tra i lavoratori impiegati nell'appalto e gli omologhi del committente, derivandone, a livello logico, la previsione della parità di trattamento nella somministrazione – in cui i lavoratori sono considerati all'interno di un'organizzazione produttiva unitaria – e la sola responsabilità solidale nell'appalto, ove sussiste una differente imputazione formale ed organizzativa del datore di lavoro. Peraltro, gli Autori evidenziano come la legge n. 1369 incongruamente imponga la rivalutazione in termini quantitativi e qualitativi della prestazione lavorativa quale parametro ai fini della determinazione retributiva del risultato produttivo realizzato con la prestazione dedotta in appalto, posto che «Poco si comprenderebbe perché la stessa prestazione, resa nel medesimo contesto organizzativo (dell'appaltatore), alle dipendenze del medesimo soggetto, debba dar luogo a trattamenti economico-normativi differenziati per il lavoratore in conseguenza del fatto che essa viene resa a favore (su commessa) di un'impresa di grandi o di piccole dimensioni, che applica, quindi, ai propri dipendenti contratti collettivi e trattamenti più o meno favorevoli» (p. 440), sussistendo, al contrario, autosufficienza logica dell'appalto rispetto all'organizzazione produttiva in cui verrà eseguito.

In parte in linea con le considerazioni riferite alla scelta del solo regime solidale nella regolazione dei fenomeni di esternalizzazione, L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, n. 93/2009, per la quale la novità principale della novella del 2003 è costituita dall'introduzione di un **nuovo concetto** di **appalto** e di **datore di lavoro**: infatti, avendo i processi di disintegrazione verticale dell'organizzazione d'impresa e di decentramento produttivo generato una dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e titolarità dell'organizzazione produttiva, il datore di lavoro non è più ricavabile dal sistema di responsabilità gravanti sul soggetto che beneficia dell'altrui prestazione, bensì dal maggior coinvolgimento del committente stabilito dall'ordinamento. Il legislatore del 2003 realizza la tutela del lavoratore affiancando il committente all'appaltatore/datore di lavoro nella previsione della responsabilità solidale, delineando un processo che dall'imputazione della figura del datore di lavoro per utilizzo del lavoratore giunge alla **distribuzione**, e quindi condivisione, delle **responsabilità**:

traccia di tale orientamento normativo è ricavabile, oltre che dall'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, anche dall'art. 35, c. 28, decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248 (d'ora in poi anche solo "decreto Bersani") e dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

3 – La previsione della responsabilità solidale negli appalti

La modifica più rilevante introdotta dalla legge Biagi alla disciplina dell'appalto consiste nella previsione del regime della solidarietà tra committente ed appaltatore per i trattamenti retributivi, assicurativi e previdenziali relativi ai lavoratori occupati nell'esecuzione di opere o servizi. Le elaborazioni ricavate dalla normativa previgente ed il difficile equilibrio tra istanze reciprocamente divergenti sono state alla base di numerose variazioni all'iniziale formulazione che, unitamente alla prima giurisprudenza formatasi in argomento, hanno prodotto oscillazioni dell'istituto tra la solidarietà in senso stretto e la vocazione fideiussoria, producendo incertezze interpretative e/o applicative, nonché un'estensione ermeneutica oltre la medesima formulazione normativa. In questo capitolo verrà pertanto dato conto della stratificazione del diritto positivo verificatasi in poco più di un decennio, affidando ad un passaggio successivo (capitolo I, parte III) l'analisi della natura dell'obbligazione solidale.

3.1 – Le iniziali formulazioni della solidarietà

Il panorama normativo sul punto è piuttosto variegato e non del tutto coerente, in ragione sia di disposizioni non dissimili tra loro, sia, al contrario, di assetti regolatori oltremodo differenti, quando non addirittura antitetici, con esiti a dir poco paradossali.

L'iniziale formulazione del 2003, nel disciplinare l'obbligazione solidale per gli appalti di servizi – con più frequente rischio di lavoro nero –, differenziandoli dagli appalti di opere, compie una distinzione che, come opportunamente osservato da C. BIZZARRO, *Lavoro in appalto e regime della responsabilità solidale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La Riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo Welfare*, Giuffrè,

Milano, 2008, 117 ss., oltre a non essere agevole all'atto pratico, non è nemmeno delle più felici, rischiando di lasciare sguarnito di tutela l'intero settore edile, caratterizzato da un concreto rischio di elusione normativa; oltretutto, tale distinzione costituisce una dubbia attuazione della delega contenuta nella legge del 14 febbraio 2003, n. 30, secondo l'analisi di L. IMBERTI, *La responsabilità solidale negli appalti: alla ricerca di un'adeguata tutela della posizione creditoria dei lavoratori*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2008, 2, 523 ss., e di M. G. GRECO, *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, cit., per i quali detta differenziazione, non agevole in relazione ai beni immateriali e/o per lavori richiedenti la realizzazione di opere e di servizi, risulta in palese contrasto sia con la rubrica dell'art. 29 – che parla di appalto –, sia con il suo c. 1, disciplinante il negozio in modo omogeneo per la totalità delle ipotesi.

Prova a spiegare in termini differenti la scelta normativa in parola, senza tuttavia negare una certa forzatura del testo di legge, L. CORAZZA, *Contractual integration. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, cit., 168-169, sottolineando come proprio la natura “dematerializzata” del concetto normativo di «organizzazione dei mezzi», esplicantesi ai sensi dell'art. 29, c. 2, anche come esercizio del potere direttivo, renda il settore dei servizi più sensibile alla tutela dei lavoratori, posto che in questa tipologia di appalti è necessaria la verifica della genuinità della posizione datoriale tramite l'esercizio del potere direttivo. L'integrazione del testo legislativo con la solidarietà anche per gli appalti di opere avviene con il decreto legislativo 6 ottobre 2004 n. 251, cui fa seguito, poco dopo, l'estensione della responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatori per le ritenute fiscali da lavoro dipendente, disposta dall'art. 35, c. 28, decreto Bersani, i cui commi da 29 a 34, tuttavia, sono successivamente abrogati per effetto del decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, convertito in legge 2 agosto 2008, n. 129.

3.1.1 – Segue: il difficile rapporto con la solidarietà fiscale

Il rapporto tra l'art. 29, c. 2, legge Biagi, e l'art. 35, c. 28, decreto Bersani, non è affatto agevole, considerata la sovrapponibilità delle disposizioni con riferimento a diversi aspetti, primi fra tutte le finalità perseguite.

Infatti, la **duplice finalità** di estensione delle **garanzie creditorie** dell'**erario** e di **contrasto all'evasione fiscale** del decreto Bersani è un'acquisizione piuttosto diffusa in dottrina: per tutti, C. BIZZARRO, *Lavoro in appalto e regime della responsabilità solidale*, cit., ed I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2007, 3, 507 ss., i quali evidenziano il coinvolgimento dei privati nell'accertamento della sussistenza e correttezza della denuncia dei debiti erariali, nonché la responsabilizzazione dei committenti nella selezione dei *partner* commerciali affidabili.

In termini differenti, D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, in AIMO M. e IZZI D., (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, 51 ss., rilevando la spiccata novità del decreto Bersani, il quale «presenta[va] l'indubbio merito di mirare a prevenire gli inadempimenti economici dei datori di lavoro, piuttosto che a porvi rimedio *ex post* secondo l'impostazione tradizionale, e quello di istituire un legame giuridico, seppure in termini di corresponsabilità, fra due soggetti privi di rapporti contrattuali diretti come il subappaltatore e il committente posto al vertice della filiera» (p. 59).

Nondimeno, il decreto Bersani non è esente da vizi. Questi ultimi, infatti, consistono nelle diverse condizioni in cui far valere titoli sostanzialmente coincidenti, posto che mentre l'appaltatore è esonerato da limiti temporali ed assoggettato al vincolo solidale entro il corrispettivo dovuto, il committente non ha limiti quantitativi ma soggiace al termine decadenziale biennale. In ogni caso la convergenza dei commentatori non va oltre le finalità di salvaguardia dei crediti statali contenute nel decreto Bersani, essendo al contrario registrabili differenti valutazioni sulla disciplina della responsabilità solidale fiscale, caratterizzate per limiti ed incongruenze concernenti tanto profili soggettivi quanto oggettivi.

In relazione ai **soggetti coinvolti**, è evidenziata la diversa declinazione che la responsabilità solidale fiscale riserva all'appaltatore ed al committente, posto che solo nei confronti del primo esiste l'esplicito riferimento normativo, con il conseguente dubbio sulla **configurazione** di un **divergente regime solidale** nell'**appalto rispetto al subappalto**: nel dettaglio, come notato da V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, cit., 473 ss., mentre risalendo dal subappaltatore al committente la

responsabilità solidale per i crediti retributivi e contributivi è piena, per i profili fiscali la solidarietà si blocca all'appaltatore, generando una diversità tipologica tra appalto e subappalto.

Viceversa, I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., obietta come il subappalto non vada considerato un tipo contrattuale autonomo rispetto all'appalto – pur non coincidendo la posizione del committente con quella dell'appaltatore-subcommittente, su cui non grava il vincolo solidale per i profili retributivi – in ragione della funzione del subappalto, che reimpiega la posizione derivata dal negozio di appalto. Oltretutto, la non chiara formulazione della norma inibisce verso il committente, ma non verso l'appaltatore-subcommittente, l'azione dei dipendenti del subappaltatore per le retribuzioni: non è chiaro, infatti, se i lavoratori di subappaltatori possano rivolgersi fino al “committente” letteralmente inteso, ovvero debbano fermarsi al successivo dante causa, “committente” sostanziale, per così dire.

Fra le due opposte valutazioni, può esser letta a livello intermedio l'analisi di D. IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, 3, 439 ss., la quale, riconosciuta la non agevole distinzione tra la responsabilità dell'appaltatore-subcommittente, vincolato alla solidarietà, e quella del committente, soggetto a sanzione amministrativa, evidenzia alcuni meriti del decreto Bersani, sottolineando come il provvedimento dell'estate 2006 introduca un **innovativo sistema di accertamento preventivo** della regolarità fiscale e contributiva dei soggetti coinvolti nel processo di integrazione contrattuale fra imprese.

Tali incertezze ermeneutiche alterano, a giudizio di C. BIZZARRO, *Lavoro in appalto e regime della responsabilità solidale*, cit., la logica del rimedio solidale e del controllo indiretto sul mercato, posto che la «solidarietà permette alle parti di regolare contrattualmente la propria relazione economica (tipicamente attraverso garanzie personali di carattere fideiussorio) in modo che in caso di eventuale inadempimento dell'obbligato solidale ricada comunque sul titolare dell'obbligazione principale (l'appaltatore): in questo modo possono rimanere sul mercato solo le imprese che effettivamente sono in grado di sostenere tale costo con la propria organizzazione. Il sistema di regolazione individuato dal Bersani, invece, priva sostanzialmente di rilevanza ogni strumento dell'autonomia contrattuale e impone alle imprese, come costo vivo, una responsabilità oggettiva di controllo sostitutiva di compiti propri della

amministrazione» (p. 122). L'impostazione del provvedimento dell'estate 2006 è quindi estranea all'ispirazione liberale della legge Biagi, che individua nella solidarietà uno strumento di corresponsabilizzazione del committente e dell'appaltatore, rendendo più che opportuna l'abrogazione dei commi da 29 a 34 dell'art. 35, pur avendo il legislatore rinunciato alla revisione dell'intera disciplina lasciando il c. 28 del medesimo articolo.

In merito al differente **oggetto** della **solidarietà**, secondo C. BIZZARRO, *Lavoro in appalto e regime della responsabilità solidale*, cit., questa è totale ai sensi dell'art. 29, c. 2, laddove l'art. 35, c. 28, esclude i debiti retributivi, provocando una **duplice irragionevolezza** tanto sulla duplicazione delle tutele in favore degli enti previdenziali – che beneficiano del termine biennale per la decadenza e quinquennale per la prescrizione – quanto sull'onere gravante sull'appaltatore, vincolato alla solidarietà per i profili fiscali, ma non per quelli retributivi. Al contrario, a giudizio di D. IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti*, cit., il decreto Bersani stabilisce la responsabilità solidale dell'appaltatore subcommittente anche per le retribuzioni ed in ogni caso l'art. 35, c. 28, e l'art. 29, c. 2, non hanno coperture diverse, atteso che quest'ultimo, pur non nominandole, comprende implicitamente le ritenute fiscali riferendosi ai «trattamenti retributivi» tutelati dal rimedio solidale; viceversa, le divergenze tra le citate disposizioni riguardano il profilo soggettivo – essendovi un differente riferimento all'appaltatore ed al subappaltatore, piuttosto che al committente ed all'appaltatore – ed oggettivo, rivolgendosi il decreto Bersani anche ai premi Inail.

A livello sostanziale, il vincolo solidale copre, secondo A. SGROI, *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, WP Adapt n. 58/2008, 13 e 14, l'intero credito retributivo maturato dal lavoratore effettivamente impiegato nell'esecuzione della prestazione appaltata, ivi compreso il trattamento di fine rapporto *pro quota*, con esclusione dei crediti di natura indennitaria e/o risarcitoria; silente il legislatore, nulla osta a che il credito in parola sia vantato da un lavoratore irregolarmente occupato (lavoro “nero” o “grigio”), ovvero in caso di rivendicazione di un maggior numero di ore prestate e/o un differente inquadramento contrattuale in ragione delle mansioni effettivamente svolte, con conseguenti ricadute sui contributi. Ne deriva anche per il committente la regola per cui i pagamenti parziali operati dal datore di lavoro inadempiente sono imputabili all'obbligato in solido, con perdita per quest'ultimo di eventuali benefici contributivi goduti in quel momento: tuttavia, la riportata

conclusione, oltre a non essere confortata da alcun esplicito elemento dispositivo, risulta eccessivamente penalizzante per il committente, anche alla luce dell'evoluzione della natura e della funzione dell'obbligazione in solido, come verrà di seguito precisato (cfr. capitolo I, parte III).

Il rapporto tra le citate norme è nuovamente oggetto di analisi all'indomani delle modifiche introdotte all'art. 29, c. 2, legge Biagi, dalla 27 dicembre 2006, n. 296 (d'ora in poi anche solo "**legge finanziaria 2007**"), che pone l'interrogativo sull'implicita abrogazione delle disposizioni del decreto Bersani, a fronte dell'inevitabile sovrapposizione delle disposizioni di legge: la tesi non sembra convincere I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., per il quale sul committente grava la responsabilità per le ritenute fiscali a fronte dell'inadempimento del subappaltatore per le seguenti ragioni: innanzitutto, una diversa tesi non è coerente con la *ratio* degli interventi normativi in materia; inoltre, non è invocabile l'art. 15 preleggi, mancandovi l'incompatibilità fra la vecchia e la nuova disciplina, essendo al contrario evincibile una graduale estensione della responsabilità; infine, la finanziaria 2007 non disciplina la materia in modo organico, limitandosi a settoriali interventi correttivi per contrastare l'evasione fiscale e contributiva e responsabilizzare il vertice della filiera contrattuale.

Secondo L. IMBERTI, *La responsabilità solidale negli appalti: alla ricerca di un'adeguata tutela della posizione creditoria dei lavoratori*, cit., alla finanziaria 2007 è ascrivibile l'«effetto dirompente» della moltiplicazione dei criteri di imputazione della responsabilità patrimoniale solidale, potendo il lavoratore dell'ultimo subappalto agire anche verso il vertice della filiera contrattuale – il committente, appunto –, nei fatti compensando la sostanziale mancata attuazione del decreto Bersani. La moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità, quindi, implica un ricorso all'appalto etico ed effettivo, dovuto a reali esigenze produttive piuttosto che ad una mera riduzione del costo del lavoro, pur restando il limite, a livello di impostazione normativa, dell'induzione indiretta al controllo della regolarità della filiera negoziale tramite la responsabilizzazione del committente, sintomatica della tendenza alla monetizzazione del rischio piuttosto che alla sua prevenzione, che, al contrario, si realizza valorizzando norme che, con contegni ispirati alla *due diligence*, esonerano dalla responsabilità, in luogo di una sua estensione a soggetti terzi, come viceversa avvenuto con la legge finanziaria del 2007.

Valutazioni positive su quest'ultima, soprattutto in termini di obiettivi perseguiti, sono espresse da D. IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti*, cit., con riferimento all'eliminazione dell'ostacolo del subappalto nella declinazione del vincolo solidale, alla duplicazione del termine previsto per azionare il rimedio in parola ed all'inderogabilità della solidarietà in capo alla contrattazione collettiva, laddove P. RAUSEI, *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2007, 44, 2628 ss., precisa come, benché dopo la finanziaria del 2007 l'art. 29, c. 2, legge Biagi, non comprenda esplicitamente nella solidarietà anche i premi Inail, i medesimi vadano inclusi, posto che l'art. 7, c. 3bis, decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, novellato proprio dalla legge finanziaria 2007, stabilisce che il committente risponde anche di detti premi: ne deriva che la solidarietà del committente è riferita necessariamente anche ai premi Inail.

Sottolineano il chiaro intento protettivo della legge in parola verso i lavoratori mediante il contrasto di un uso fraudolento dell'appalto per eludere le responsabilità del committente, il cui interesse finale viene soddisfatto dalla totalità delle prestazioni lavorative a prescindere dalla titolarità formale e/o sostanziale del rapporto – ovverosia, se rese in regime di appalto o subappalto –, DE LUCA TAMAJO R., F. PATERNÒ, *Appalto e distacco*, cit..

Infine, un recupero dell'impostazione del decreto Bersani pare realizzata con le diverse formulazioni del superstite comma 28, art. 35, inizialmente novellato dall'art. 2, c. 5bis, decreto legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito in legge 26 aprile 2012, n. 44, e ritoccato dall'art. 13ter, decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, mediante la riscrittura/reintroduzione dei commi c. 28, 28bis e 28ter dell'art. 35: i predetti interventi normativi annoverano tra i crediti tutelati dalla responsabilità solidale l'I.V.A., oltre alle ritenute fiscali, generalizzando la responsabilità solidale per tutti i soggetti coinvolti nella filiera contrattuale, reintroducendo il meccanismo di verifica preventiva della regolarità dei versamenti e, con esso, la poco condivisibile distinzione tra responsabilità del committente, esposto a sanzione amministrativa, ed appaltatore, chiamato al vincolo solidale.

La responsabilità solidale fiscale, tuttavia, di lì ad un anno è nuovamente ritoccata dal decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98 («decreto del fare»), con l'opportuna espunzione dei crediti I.V.A. dalla solidarietà,

senza alcun ulteriore intervento sul “doppio regime” di solidarietà tra l’art. 29, c. 2, legge Biagi, e l’art. 35, c. 28, 28bis e 28ter, decreto Bersani, l’esame comparativo fra i quali è efficacemente compiuto da 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 ss., spec. 498, sotto un quadruplice aspetto: i lavoratori beneficiari (dipendenti, parasubordinati ed autonomi nel primo caso, ma non gli autonomi nel secondo); i destinatari dell’obbligazione (committente e tutti i soggetti coinvolti nell’intera filiera per l’art. 29, c. 2, ma solo l’appaltatore per l’art. 35, c. 28); l’inapplicabilità alla P.A. (espressa nel primo caso, ma con inclusione delle stazioni appaltanti nel secondo); il contenuto, la decadenza e la derogabilità (quanto dovuto entro il biennio dall’appalto e derogabilità per l’art. 29, c. 2, a fonte del residuo senza alcun limite temporale ed un sistema di *due diligence* per la sua evitabilità, alla stregua dell’art. 35, c. 28 ss.).

In ogni caso, il duplice rischio di un’erronea valutazione in ordine alla convenienza economica degli strumenti giuridici, da un lato, e di un indebolimento dei mezzi di tutela creditoria dei lavoratori, dall’altro, secondo I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., impongono un’omogeneizzazione dei vari regimi di responsabilità per tutti gli imprenditori interessati dal decentramento produttivo, favorendo l’uso “conveniente” delle esternalizzazioni, volte alla ricerca di imprenditori economicamente solidi, e quindi solvibili. L’esigenza di una disciplina armonica e coerente del rimedio solidale è condivisa anche da P. CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2012, 4, 997 ss..

3.1.2 – Segue: la (successiva) abolizione della responsabilità solidale fiscale

L’abrogazione della responsabilità solidale fiscale operata dal decreto legislativo 21 novembre 2014, n. 175, con l’art. 28, c. 1-3, nel porre fine al complesso rapporto tra le due fattispecie, non risparmia un ulteriore intervento all’art. 29, c. 2, legge Biagi: infatti, incorporando un orientamento di prassi, la norma così ritoccata prevede che qualora il committente effettui i trattamenti retributivi e contributivi rimasti inadempiti

dall'appaltatore/subappaltatore, debba altresì assolvere anche agli **obblighi del sostituto d'imposta** ai sensi del d.P.R. n. 600/73. Sul punto, G. GAMBERINI, D. VENTURI, *Appalto: le responsabilità delle imprese dopo il c.d. decreto Semplificazioni fiscali*, ne *Il giurista del lavoro* 2015, 1, 10 ss., con apprezzamento della novella in ordine al tentativo di armonizzare gli oneri relativi all'utilizzo dei lavoratori a carico delle imprese della filiera, pur sussistendo dubbi sulle modalità di esecuzione di detti obblighi e sull'applicabilità della solidarietà a negozi diversi dall'appalto, essendo auspicabile un'estensione in tal senso, come evidenziato da G. GAMBERINI, *La solidarietà nelle figure contrattuali assimilabili all'appalto*, in *La circolare di lavoro e previdenza* 2014, 36, 14 ss..

In realtà, i problemi maggiori della citata modifica riguardano il **diritto intertemporale**, posto che, a giudizio di G. GAMBERINI, D. VENTURI, *Appalto: le responsabilità delle imprese dopo il c.d. decreto Semplificazioni fiscali*, cit., il principio del *favor rei* non è invocabile per la responsabilità solidale fiscale prevista dall'abrogato art. 35, c. 28, decreto Bersani, fermo restando che la solidarietà va intesa con riferimento ai comportamenti ed atti in concreto richiesti con la norma vigente, non estendendosi ai nuovi atti posti in essere dalle parti del subappalto dopo l'abrogazione.

Contra sul punto, F. MARIOTTI, *Abrogazione della responsabilità solidale fiscale negli appalti e novità per le società estinte*, in *Corriere Tributario*, 2015, 3, 181 ss., la quale, stante la natura parasanzionatoria della solidarietà, intende il principio del *favor rei* per i profili sanzionatori, di cui all'art. 3 decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, esteso non solo al committente ma anche all'appaltatore.

Infine, con riferimento alle perplessità sulle modalità esecutive degli obblighi di natura fiscale, A. ASNAGHI, G. TOLVE, *Appalti: la responsabilità solidale fiscale dopo il c.d. decreto semplificazioni fiscali*, in *Bollettino ordinario Adapt* del 1° dicembre 2014, n. 42.

4 – Le novità introdotte dalla legge Fornero: i profili sostanziali

Trascorso poco più di un quinquennio dall'ultimo intervento, l'art. 29, c. 2, legge Biagi, conosce un periodo di frenetiche e compulsive modifiche, raccolte in poco meno

di un anno: tale processo inizia con i provvedimenti d'urgenza della primavera del 2012 e culmina in un ulteriore atto governativo dell'estate del 2013, coinvolgendo altresì la complessiva riforma del mercato del lavoro operata dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (d'ora in poi anche solo "legge Fornero"). L'obiettivo delle illustrate novità legislative del 2012 volge nel senso di **alleggerire** la **posizione economica** del **committente**, il cui eventuale mancato rinnovo dell'appalto, talvolta, si traduce nella conseguente esposizione agli obblighi retributivi non adempiuti da appaltatori evidentemente privi di scrupoli, sebbene la soluzione legislativa individuata, nell'analisi compiuta da D. IZZI, *La responsabilità solidale negli appalti: una tutela in declino*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2013, 3, 635 ss., leda gli interessi creditori dei lavoratori.

4.1 – La 'prima versione' della solidarietà

Innanzitutto, infatti, occorre ricordare che l'art. 21, c. 1, decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, al netto dei premi assicurativi espressamente inseriti nel testo normativo, specifica che nel mentre la solidarietà riguarda il trattamento di fine rapporto maturato dal lavoratore con riferimento allo specifico appalto, non comprende le sanzioni civili derivanti dal mancato versamento dei contributi, di cui resta unico responsabile il datore di lavoro, operando una **doppia precisazione** che G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, cit., ritiene superflua, essendo la prima delimitazione agevolmente desumibile, da un lato, dall'estraneità del committente rispetto al rapporto di lavoro e, dall'altro, dalla cessazione dell'appalto quale termine di decadenza per la delimitazione del credito.

Indi, la legge 4 aprile 2012, n. 35, di conversione del predetto atto normativo d'urgenza, emenda la previsione della solidarietà alleggerendo la posizione dell'obbligato in solido, che, sia pure a determinate condizioni, può invocare il beneficio di preventiva escussione se unico convenuto per il pagamento delle retribuzioni e/o dei contributi.

Per i risvolti processuali della nuova formulazione dell'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, è doveroso il rinvio al successivo § 4.2.

4.1.2 – La ‘seconda versione’ della solidarietà

Di lì a breve, l’art. 4, c. 31, legge Fornero, ritocca nuovamente il più volte citato art. 29, c. 2: sul profilo sostanziale, mediante la reintroduzione della deroga della solidarietà da parte della contrattazione collettiva; su quello processuale, rivisitando il litisconsorzio e la posizione dell’obbligato in solido, come verrà analizzato *infra* nel § 4.2.

In termini più generali, S. CASSAR, *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, 11, 834 ss., osserva che le riforme lavoristica e fiscale del 2012 uniformano i centri di imputazione della solidarietà del committente, confermando l’impostazione di salvaguardia delle **ragioni creditorie dello Stato**, estese anche ai profili fiscali. La riforma Fornero, peraltro, quasi svolgendo una funzione di interpretazione autentica, chiarisce maggiormente i **contenuti oggettivo e soggettivo della solidarietà**, individuando nell’appalto la fonte generatrice della responsabilità solidale e trovando applicazione anche nel caso in cui la P.A. sia committente, malgrado la persistente incertezza normativa sul termine “committente”, riferibile a ciascun subappaltante o meno.

Quasi al pari della legge Biagi, anche l’omologa Fornero è presto destinataria di **obiezioni critiche**, sintetizzabili nell’impostazione schiettamente liberista emergente dalla derogabilità del rimedio solidale riservata alla contrattazione collettiva, negli introdotti oneri processuali in tema di litisconsorzio necessario, nella necessaria azione esecutiva successiva a quella di accertamento e nel beneficio della preventiva escussione in favore del committente: elementi che, secondo G. MARCUCCI, S. GARIBOLDI, A. GHIDONI, *Le modifiche alla disciplina degli appalti*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero. I Quaderni di Wikilabour*, 2012, 1, e-book, 73 ss., da un lato, creano un vero e proprio «ritorno al passato», recuperando l’impostazione legislativa del 2003, e, dall’altro, inficiano le ragioni creditorie dei lavoratori, generando un rimedio la cui natura confligge con la funzione della responsabilità solidale, che al contrario salvaguardia il creditore aggiungendogli un ulteriore debitore.

Altresì, le novità della novella del 2012, sintomatiche di un'erosione inesorabile delle **ragioni** creditorie dei **lavoratori** coinvolti nell'appalto in antinomia rispetto al progressivo allargamento dell'oggetto e dei soggetti interessati dal rimedio in parola – compiuti con i provvedimenti d'urgenza del 2012 e, successivamente, con le precisazioni interpretative del testo normativo del 2013, su cui § 5 –, sono valutate da D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., nell'ottica di una vera e propria «retromarcia» rispetto al paradigma emerso dalla legge finanziaria 2007 in termini di effettiva tutela dei lavoratori. Ugualmente critica, seppur sotto un diverso angolo di visuale, è l'analisi svolta da V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, cit., 473 ss., per i quali, lungi dall'introdurre un regime speciale di tutela dei crediti degli enti e dei lavoratori, la legge Fornero si limita ad applicare la **disciplina fideiussoria** al rimedio in parola, in ogni caso inapplicabile in via analogica e/o estensiva al contratto di servizi di trasporto, benché tale problema sia parzialmente risolto (cfr. § 6.4). Si esprime in termini negativi anche M. BARBERIO, *Effettività delle tutele e aspetti processuali dell'appalto di servizi*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2015, 8-9, 546 ss., per la quale la legge Fornero rende apparente la tutela accordata al lavoratore, posto che l'alleggerimento della posizione del committente e la derogabilità della solidarietà ivi introdotta riducono le garanzie creditorie del lavoratore, rivalutando il rimedio dell'art. 1676 c.c..

Con riferimento ai **crediti garantiti** dalla solidarietà, le innovazioni traslate dalla riforma del mercato del lavoro del 2012 non sono di secondaria importanza, posto che confermano la delimitazione del rimedio ai soli trattamenti retributivi maturati nel corso del singolo appalto dai lavoratori ivi concretamente e direttamente impiegati, non considerando, quindi, i lavoratori con mansioni di tipo amministrativo e/o diversamente propedeutiche all'esecuzione dell'opera o del servizio. Per quanto concerne gli istituti previdenziali, per i quali era già stata esclusa la solidarietà per le sanzioni amministrative, la novella del 2012 lascia tuttavia un'incertezza in ordine agli interessi moratori sulle somme dovute e non versate, le quali, nel silenzio normativo, appaiono alla quasi totalità dei commentatori comprese nel vincolo solidale.

L'ulteriore novità a livello sostanziale di cui è latrice la legge Fornero riguarda, come detto, la possibilità, riconosciuta alla contrattazione collettiva nazionale, di

derogare all'obbligazione in solido, controbilanciandovi metodi e procedure per verificare ed assicurare la regolarità delle esternalizzazioni realizzate.

Secondo una prospettiva più ampia, vale la pena notare, con C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, 2010, 487 ss., spec. 498-499, il crescente ruolo ricoperto dal contratto collettivo e dalla contrattazione collettiva, assumendo il primo le caratteristiche di una fonte del diritto, ancorché di tipo materiale, e costituendo la seconda a tutti gli effetti un sistema regolatorio. L'attribuzione al contratto collettivo di «funzioni ulteriori e diverse da quelle normative tradizionali» (p. 498) ha legittimato la dottrina ad elaborare una classificazione di quattro figure negoziali collettive: il contratto normativo, quello gestionale, l'accordo di regolazione del conflitto ed il contratto delegato, svolgente funzioni derogatorie, autorizzatorie, integrative o persino qualificatorie di concetti e/o precetti legislativi.

Nel merito, le questioni sono almeno di due tipi: in termini generali, riguardano la 'portata', per così dire, della derogabilità condizionata; nello specifico, afferiscono alla fonte negoziale autorizzata a circoscrivere la responsabilità solidale. In proposito, se G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro, Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012, 205 ss., esprimono un giudizio non negativo, sottolineando come l'esaltazione del **sistema di due diligence** introdotto dalla legge Fornero contribuisca a responsabilizzare i protagonisti delle operazioni commerciali poste in essere, D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., 57, rileva viceversa l'aporia normativa in ordine proprio alle procedure alternative alla derogabilità della solidarietà, omettendo il legislatore del 2012 di chiarire se le prime siano una *condicio sine qua non* per realizzare la seconda, ovvero una mera eventualità.

P. TOSI, "Appalto di opere o di servizi" e solidarietà dopo la l. n. 92/2012, ne *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2012, 10, 977 ss., non manca di rilevare la potenziale portata derogatoria esperibile dall'art. 29, c. 2, vuoi con riferimento alla documentazione ufficiale, vuoi in merito all'effettivamente dovuto, pur restando dubbia la capacità della contrattazione collettiva di assolvere a detto compito e di evitare il

contenzioso, anche in ragione dell'estrema genericità della formulazione normativa, ferma restando la differenza tra la ripristinata derogabilità della solidarietà tramite cautele idonee ad evitarla ed il rimedio adottato dall'art. 35, c. 28, decreto Bersani, la cui portata è limitata esclusivamente alla documentazione relativa all'avvenuto assolvimento degli oneri retributivi e previdenziali.

Altresì, con riferimento al **merito della derogabilità solidale**, P. CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, cit., 1003, risolve il punto sottolineando come, fondandosi il sistema normativo in parola sull'equilibrio tra la facoltà derogatoria esercitabile dal contratto collettivo e la necessità di effettuare controlli e verificare la regolarità degli appalti, la deroga funzioni soltanto tra imprese operanti nel medesimo settore ed applicanti un egual contratto. Altri commentatori, pur condividendo il nesso funzionale tra la deroga concessa alla contrattazione collettiva e la regolarità del negozio di esternalizzazione, elaborano tuttavia opzioni ermeneutiche opposte: G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, cit., sin dall'entrata in vigore della legge Fornero, propongono che la deroga sia contenuta nel **contratto collettivo applicato dall'appaltatore**, sottolineando la maggiore adesione di detta interpretazione alle finalità dell'istituto della solidarietà. Infatti, posto che il regime solidale costituisce un rimedio in favore dei lavoratori coinvolti nell'appalto e che i medesimi possono agire in giudizio per la tutela delle proprie ragioni creditorie, i sindacati comparativamente più rappresentativi potrebbero efficacemente rappresentarne gli interessi, disponendo di tale tutela: per tali rilievi, G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2014, 1, 182 ss., spec. 186-187.

Al contrario, M. M. MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, 726-727, valorizzando il sistema di *due diligence* fatto proprio dalla novella del 2012, suggerisce come il **contratto collettivo** ospitante la deroga alla solidarietà debba essere quello del **committente**, sia per evitare continue variazioni della deroga al mutare dell'appaltatore – e quindi del contratto collettivo – cui affidare l'esecuzione dell'opera e/o del servizio, sia per coerenza sistematica rispetto ad un precedente provvedimento normativo, ovvero sia i commi da 29 a 34 dell'art. 35,

decreto Bersani, la cui intervenuta abrogazione non toglie pregio all'intenzione di responsabilizzare il committente nell'adozione di cautele idonee per sottrarsi al vincolo solidale.

4.2 – Le novità processuali

Gli innesti normativi operati nel 2012 all'art. 29, c. 2, legge Biagi, oltre alle criticità di diritto sostanziale e funzionale, generano dubbi e perplessità anche in ordine alle novità di tipo processuale.

Innanzitutto, l'art. 21, c. 1, decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in legge 4 aprile 2012, n. 35, permette al coobbligato in solido, convenuto in giudizio senza l'appaltatore, di usufruire del *beneficium excussionis* a condizione di indicare i beni su cui i creditori possono soddisfarsi. L'esposta disciplina è da subito criticata per l'appesantimento procedurale introdotto e non poche **indeterminatezze terminologiche**: per un commento critico, G. GAMBERINI, *Responsabilità solidale negli appalti: ecco le novità processuali*, in *Guida al lavoro 2012*, 17, V e VI, in merito al triplice aspetto della facoltà del coobbligato solidale di indicare i beni altrui su cui il lavoratore può facilmente soddisfarsi, dell'individuazione del soggetto nei cui confronti il coobbligato solidale opera la predetta individuazione dei beni, e dell'uso dell'avverbio «agevolmente», che rischia di vanificare, privandolo di effettiva applicazione pratica, la facoltà prevista in favore del coobbligato solidale.

Tuttavia, a giudizio di M. BARBERIO, *Effettività delle tutele e aspetti processuali dell'appalto di servizi*, cit., l'indicazione dei beni su cui il creditore può soddisfarsi svolge la funzione di responsabilizzare il committente, derivandone che l'intervenuta eliminazione di tale adempimento in capo all'obbligato in solido – su cui *infra* – rischia di tradursi in un defatigante ostacolo alla tutela creditoria del lavoratore, non essendo stata posta alcuna compensazione, in termini di bilanciamento delle rispettive posizioni, alla qualificazione della responsabilità del committente in termini di solidarietà sussidiaria (su cui capitolo I, parte III, § 2.2): pertanto, l'eccezione posta dal committente, rendendo improcedibile la domanda piuttosto che sospendere il processo

contro l'obbligato in solido, ha senso se trova fondamento in una collaborazione fattiva dell'obbligato solidale al soddisfacimento delle ragioni creditorie del lavoratore.

Altresì, in relazione all'espressione «prima difesa», non è chiaro se, stante il carattere processuale del beneficio di preventiva escussione, la medesima vada riferita, come proposto da G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, cit., alla costituzione oltre i termini di cui all'art. 416 c.p.c., essendo necessaria l'instaurazione di un giudizio in luogo dell'invocazione del beneficio in sede stragiudiziale. L'operatività del rimedio in parola afferisce alla sede esecutiva, con corrispondenza fra la condanna solidale del committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori, e gli oneri dell'obbligato in solido e del lavoratore, consistenti rispettivamente nell'indicazione dei beni del debitore principale e nella proposizione dell'azione contro il debitore sussidiario solo dopo infruttuosa e/o incapiente escussione di detti beni. Peraltro, il diverso regime processuale individuato dall'atto normativo d'urgenza non soddisfa un'elementare regola di buon senso qualora venga citato in giudizio il solo committente, essendo difficile, in quest'ipotesi, definire il credito azionato, posto che il terzo non può sollevare le eccezioni sostanziali di cui può avvalersi il datore di lavoro debitore principale.

La questione interpretativa non è pacifica, potendo i concetti di «prima difesa» ed «infruttuosa escussione», nella valutazione di D. IZZI, *La responsabilità solidale negli appalti: una tutela in declino*, cit., riferirsi alla costituzione del convenuto oltre l'art. 416 c.p.c., nel primo caso, ed acquisire un senso rigido ovvero elastico nel secondo caso, implicando diverse conseguenze sulla tutela del lavoratore in ragione dell'opzione ermeneutica scelta; comunque, i costi della procedura esecutiva gravano sui lavoratori, e non sul committente, con conseguenti dubbi sul regime solidale quale effettiva tutela delle ragioni creditorie dei lavoratori in ragione del beneficio di preventiva escussione e della derogabilità della responsabilità solidale.

Probabilmente, anche in considerazione delle riportate obiezioni, la formulazione è alleggerita dall'art. 4, c. 31, lett. a), legge Fornero, il quale, introducendo il litisconsorzio necessario tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori, ammette l'invocabilità – da parte del primo verso gli altri e, per coerenza sistematica, del secondo verso i terzi – del beneficio di preventiva escussione anche con riferimento

ai crediti degli enti e senza il previsto onere probatorio: per tali considerazioni, P. TOSI, *“Appalto di opere o di servizi” e solidarietà dopo la l. n. 92/2012*, cit., 980 ss..

La prima innovazione, consistente nel **litisconsorzio necessario**, non riscuote l’apprezzamento di molti commentatori per una serie di ragioni: in termini più generali, in quanto incompatibile con la natura stessa delle obbligazioni solidali, la cui autonomia strutturale, nel permettere al creditore di esigere da uno dei condebitori l’intera prestazione, prescinde del tutto dalla necessaria compresenza dei soggetti sul cui patrimonio incide l’esercizio del diritto del creditore comune, come osservato da M. BARBERIO, *Effettività delle tutele e aspetti processuali dell’appalto di servizi*, cit.. Altresì, il litisconsorzio necessario è interpretato quale gravoso onere per il dipendente di un subappaltatore, costretto a citare in giudizio anche il committente, oltre al proprio datore di lavoro ed al suo dante causa, potendo al contrario rinunciarvi: in tal senso, R. RIVERSO, *Appalti, processo e azioni (l’art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*, ne *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 10, 853 ss., per il quale ulteriori difficoltà operative sorgono nel caso di fallimento dell’appaltatore, con incertezze sul possibile stralcio della sua posizione e la prosecuzione del giudizio nei confronti dell’obbligato solidale, non essendo invocabile la *vis attractiva* del fallimento trattandosi di un litisconsorzio soltanto processuale, non attributivo al giudice fallimentare di una competenza verso il committente.

Peraltro, a giudizio di M. M. MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, cit., il litisconsorzio necessario introdotto dalla legge Fornero riguarda soltanto l’ipotesi in cui il lavoratore convenga in giudizio il committente, e non l’ipotesi inversa, posto che, in questo caso, l’appaltatore-datore di lavoro conosce le eventuali eccezioni da opporre al lavoratore.

Tuttavia, le aporie maggiori si riferiscono alla natura della pronuncia nel giudizio sulla solidarietà derivante dal **beneficio di preventiva escussione**: secondo P. TOSI, *“Appalto di opere o di servizi” e solidarietà dopo la l. n. 92/2012*, cit., in tale fase è possibile solo l’accertamento della solidarietà, senza alcuna condanna del committente, al fine di scongiurare una proliferazione processuale in danno dell’obbligato, posto che, essendo il beneficio in parola invocabile nel processo di merito e non in quello esecutivo, l’azione sul patrimonio del committente ha seguito solo a fronte

dell'accertamento della di lui responsabilità solidale e della prova dell'infruttuosa escussione dei patrimoni dei coobbligati principali.

Chi, viceversa, offre un'interpretazione opposta a quella testé riportata, ne evidenzia l'incapacità di garantire le ragioni creditorie del lavoratore, pacifico essendo che, al contrario, il committente è tutelato proprio del beneficio di preventiva escussione: pertanto, la sentenza non è di mero accertamento, bensì di condanna contestuale con azione esecutiva esperibile solo dopo l'infruttuosa escussione dell'appaltatore, con un titolo esecutivo già pronto ma azionabile successivamente. Il beneficio di preventiva escussione, infatti, è eccezionale non solo nel giudizio di merito ma anche in quello esecutivo – apparendo privo di senso imporre al coobbligato la costituzione nel giudizio di cognizione per fargli opporre un beneficio di natura processuale –, laddove, nel silenzio normativo, qualunque atto, anche di natura stragiudiziale, è idoneo a bloccare la decadenza, anche per facilitare, in capo al committente, la conoscenza del credito vantato dal lavoratore e determinarsi di conseguenza, per esempio interrompendo i pagamenti all'appaltatore: per tali rilievi, R. RIVERSO, *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*, cit., e M. BARBERIO, *Effettività delle tutele e aspetti processuali dell'appalto di servizi*, cit..

In sostanziale sintonia, M. M. MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, cit., per un triplice ordine di ragioni: in primo luogo, la norma chiarisce come tutte le parti siano convenute in giudizio per il «pagamento», postulando la natura di condanna dell'azione esercitata e della conseguente decisione giudiziaria; altresì, il fulcro interpretativo non va posto sul termine «accerta» – fermo restando che ogni sentenza di condanna implica un accertamento – bensì su «tutti», rispetto ai quali distinguere i soggetti nei cui confronti muovere l'esecuzione; infine, la tesi opposta non chiarisce la formazione di un titolo separato da porre in esecuzione verso il committente, lasciando altresì incerte le modalità di “trasformazione” della sentenza, di mero accertamento verso il committente, in decisione di condanna dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore.

Infine, per una recente riflessione sui risvolti processuali dell'istituto, L. DE ANGELIS, *Responsabilità solidale nell'appalto e processo*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, n. 314/2016.

5 – Le precisazioni del decreto Giovannini

Il decreto legge 26 giugno 2013, n. 76, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 99 (d'ora in poi anche solo "decreto Giovannini"), compie una serie di interventi correttivi alla legge Fornero sulla solidarietà negli appalti, mediante una triplice precisazione.

In primo luogo, occorre considerare la tecnica legislativa dell'**interpretazione autentica** impiegata nel testo di legge, come prontamente segnalato da G. GAMBERINI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, 312 ss. ed accolto da D. IZZI, *La responsabilità solidale negli appalti: una tutela in declino*, cit., e successivamente in D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., 59 e 66 ss., sia pure con riferimento alla sola derogabilità retributiva: le restanti novità, al contrario, ricoprono per l'Autrice valore sostanziale e quindi precettivo, con efficacia *ex nunc*, stante l'incertezza sull'invocabilità anche verso la P.A. del vincolo solidale fino all'entrata in vigore del decreto Giovannini, come evidenziato da S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. AIMO e D. IZZI, (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, 194 ss., spec. 228 e 229.

La qualificazione in termini di interpretazione autentica, piuttosto che di novella normativa, ha invero ricadute non secondarie in ordine agli effetti retroattivi delle disposizioni in parola, come ben argomentato da G. GAMBERINI, *La responsabilità solidale negli appalti*, cit., 313-315.

I tre chiarimenti ermeneutici afferiscono all'estensione del vincolo solidale anche a compensi e profili contributivi dei prestatori con contratto di lavoro autonomo, all'esclusione dell'obbligo solidale con la Pubblica Amministrazione committente ed alla non derogabilità, da parte della contrattazione collettiva nazionale, della solidarietà riferita ai trattamenti contributivi, realizzando, secondo G. GAMBERINI, *La responsabilità solidale negli appalti*, cit., un **complessivo favor** per la P.A.. Quest'ultima, infatti, nella misura in cui vede rafforzate le proprie entrate contributive in ragione dell'ampliamento del regime solidale anche ai lavoratori parasubordinati ed autonomi e della simultanea inderogabilità della solidarietà dei trattamenti previdenziali ed assicurativi, essendo altresì esclusa dall'invocabilità del rimedio in parola se committente, trae un duplice vantaggio tanto in termini creditori quanto debitori.

Su tale linea interpretativa S. BUOSO, *Il recente “decreto-lavoro”: un nuovo e leggero maquillage alla legislazione lavoristica?*, in *Studium Iuris* (prima parte), 2014, 3, 282 ss., sottolineando come l’art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, introduca tanti centri di imputazione della responsabilità solidale quante sono le catene del subappalto.

Nondimeno, la critica di scarsa chiarezza della recente riforma accomuna gli interpreti con riferimento alla **copertura della solidarietà**, non avendo il decreto Giovannini disvelato se il rimedio in parola riguardi la rivalsa previdenziale che il lavoratore autonomo recupera dal committente, e che in caso di inadempimento può chiedere all’appaltatore, ovvero solo i compensi al lordo della medesima rivalsa, permettendo in questo modo al lavoratore autonomo di ottenere quanto di spettanza rispetto all’appaltatore. L’interpretazione preferibile a giudizio della dottrina appare la seconda, essendo possibile scongiurare in questo modo che committente ed appaltatore siano chiamati a supplire ai versamenti dei contributi previdenziali e premi assicurativi non effettuati dal lavoratore autonomo: in questo senso, A. TURSI, P.C. VINCENTI, B. RAIMO, *Il nuovo mercato del lavoro dopo la legge Giovannini. Commento organico alla legge 9 agosto 2013, n. 99. L’art. 19 dello Statuto dei lavoratori alla luce della sentenza n. 231/2013 della Corte Costituzionale*, Dike, Roma, 2013, 127 ss., nonché G. GAMBERINI, *La responsabilità solidale negli appalti*, cit., 318-319, pur osservando come la formulazione della norma non avvalorò l’esposta interpretazione.

In definitiva, le ripetute modifiche alla disposizione sono lette da S. CIUCCIOVINO, *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in L. CORAZZA, R. ROMEI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, Bologna, 2014, 159 ss., come sintomo della persistente difficoltà, in capo al legislatore, di raggiungere il punto di equilibrio tra le ragioni del mercato e le istanze di protezione sociale del lavoro in caso di esternalizzazione. Pertanto, la responsabilità solidale, lungi dal costituire una regola generale disciplinante le relazioni di lavoro, rappresenta una rilevante deroga al principio di diritto comune dell’efficacia soggettivamente limitata del contratto individuale, non essendo stato scalfito l’assetto binario datore di lavoro/lavoratore tuttora accolto dal nostro ordinamento.

In linea latamente adesiva, D. Izzi, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., ponendo l’interrogativo sulla persistente idoneità della responsabilità solidale a costituire lo strumento di regolazione delle ipotesi dissociative tra titolarità formale e sostanziale del

rapporto di lavoro, atteso che le modifiche normative si sono risolte in un arretramento nella salvaguardia delle ragioni creditorie dei prestatori di lavoro.

6 – Le ulteriori previsioni di responsabilità solidale

La disciplina dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, e le formulazioni succedutesi in meno di un decennio impongono una comparazione fra questa e le diverse ipotesi normative di responsabilità solidale previste in favore dei lavoratori occupati nei processi di esternalizzazione: infatti, pur non essendo questa la sede per una trattazione approfondita di tali disposizioni, è opportuno dar conto quantomeno delle questioni interpretative e/o applicative più rilevanti sul loro reciproco rapporto, con la precisazione che la presente indagine sorvolerà sulla solidarietà prevista dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in quanto afferente profili indennitari e/o risarcitori derivanti dall'inosservanza degli obblighi di sicurezza gravanti sui soggetti interessati dagli appalti.

6.1 – Il rapporto con l'art. 1676 c.c.

La prima fattispecie normativa che occorre confrontare con l'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, è la più risalente nel tempo, ovverosia l'**art. 1676 c.c.**, per il quale «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», sul cui rapporto con la legge Biagi la dottrina è apparsa divisa.

Il rimedio civilistico consente ai lavoratori di rivolgersi verso il committente, anche pubblico, per ottenere, fino alla concorrenza del proprio debito con l'appaltatore, la soddisfazione del credito patrimoniale vantato verso quest'ultimo – comprensivo, quindi, anche di eventuali voci risarcitorie e/o indennitarie e non solo retributive, come osservato da R. RIVERSO, *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*,

cit., e G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, cit., che parla di «funzione risarcitoria» della disposizione –, esercitando un'azione diretta finalizzata a rendere indisponibile il credito vantato dall'appaltatore verso il committente, dovendo esser provati, al momento della domanda, l'esistenza sia del credito lavorativo, sia del debito del committente.

In modo quasi del tutto unanime i commentatori propendono per la **cumulabilità** dei **due rimedi**, stante la loro diversità strutturale – per la quale occorre rinviare al capitolo I, parte III, § 6.2 – avendo L. IMBERTI, *La responsabilità solidale negli appalti: alla ricerca di un'adeguata tutela della posizione creditoria dei lavoratori*, cit., precisato che l'art. 1676 c.c. può esser azionato per crediti non rientranti nell'altro rimedio e/o se spirato il termine di decadenza, costituendo, in ultima analisi, una sorta di norma di chiusura del sistema. Peraltro, se l'iniziale formulazione dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, risultava più efficace, non essendo la tutela limitata nell'ammontare del debito del committente, le successive formulazioni di quest'ultima disposizione, pur avendone estesa la portata applicativa in favore dei lavoratori parasubordinati ed autonomi, la rendono meno conveniente rispetto all'art. 1676 c.c., non gravato dal litisconsorzio necessario e dal beneficio di preventiva escussione. La previsione di diritto comune, quindi, assurge a **norma di carattere generale**, applicabile tanto agli appalti privati quanto ai pubblici, ovvero al contratto di vendita o nel subappalto allorché occorra garantire la protezione degli interessi dei lavoratori, qualora specifici strumenti non siano più esperibili, ovvero per ottenere quanto altrove non consentito: in questo senso, E. RAIMONDI, *La garanzia dei crediti dei lavoratori negli appalti*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2012, 2, 226 ss., nonché R. CIPPITANI, *L'art. 1676 c.c. e gli strumenti di tutela dei lavoratori dell'appalto*, cit., D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., e M. BARBERIO, *Effettività delle tutele e aspetti processuali dell'appalto di servizi*, cit., costituendo l'art. 29, c. 2, a giudizio di quest'ultima Autrice, una disposizione di carattere speciale, per quanto la sua formulazione sia più ampia del rimedio civilistico.

Tuttavia, secondo V. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona – IT, n. 41/2006, 18, sussiste incompatibilità tra le due norme, implicante un'abrogazione da parte della successiva nei confronti della precedente, emergendo in difetto di tale opzione esegetica un'antinomia logica: pertanto, il

lavoratore deve scegliere uno dei due rimedi, non potendo azionarli contemporaneamente, stante l'identità di fattispecie disciplinata da entrambi.

Altresì, per quanto attiene al **contenuto** dell'obbligazione di cui all'art. 1676 c.c., coincidente con la minor somma tra la retribuzione spettante ai dipendenti impiegati nell'appalto ed il debito che il committente ha verso l'appaltatore, G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, cit., evidenzia l'aporia dispositiva in relazione all'omessa specificazione dell'oggetto di tutela, non essendo specificato, infatti, se il credito dell'appaltatore reso indisponibile riguardi solo quello maturato per l'esecuzione dell'appalto, ovvero qualunque credito, venendo nel primo caso valorizzata l'estraneità del terzo rispetto al rapporto debitorio principale, nel secondo la tutela delle ragioni creditorie del lavoratore: per la prima opzione ermeneutica propende I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., laddove M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., osserva che, stante il silenzio normativo sul punto, è plausibile l'interpretazione comprensiva di tutti i crediti del lavoratore, pur se maturati *aliunde*.

6.2 – Il distacco comunitario

Le difficoltà applicative e di coordinamento generate dall'art. 29, c. 2, legge Biagi, riguardano anche il rapporto con l'**art. 3 decreto legislativo n. 72**, attuativo della direttiva comunitaria 96/71/CE del 16 dicembre 1996 (d'ora in poi anche solo "direttiva 96/71/CE") relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi². La norma stabilisce che ai lavoratori distaccati si applichino «le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali (...) comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe», sancendo altresì il **vincolo solidale** per il **trattamento retributivo e normativo** disposto in loro favore e gravante

² L'attuale disciplina italiana del distacco comunitario verrà diffusamente trattata nel capitolo IV del presente lavoro di ricerca (§§ 2 ss.), dando conto dell'intervenuta abrogazione del decreto legislativo n. 72: in questa sede, tuttavia, è importante segnalare le difficoltà interpretative sorte al momento dell'entrata in vigore della legge Biagi.

sugli imprenditori che appaltano servizi «da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria di un appaltatore transnazionale».

Le principali differenze tra il citato art. 3 e l'art. 29, c. 2, legge Biagi, attengono all'**ambito applicativo**, che riguarda solo gli appalti interni per l'art. 3 ed anche quelli esterni ed i subappalti per l'art. 29; l'**oggetto della solidarietà**, coprendo il primo qualsiasi credito lavorativo senza contributi, mentre il secondo solo il trattamento retributivo e contributivo; il **profilo soggettivo**, riguardando soltanto gli imprenditori il primo, coinvolgendo anche i datori di lavoro il secondo; il **termine di decadenza**, di un anno nel primo caso, di due nel secondo; la medesima **natura e derogabilità** del rimedio solidale, diretta e non consentita per il primo, sussidiaria ed ammessa per il secondo: per tali rilievi, G. ORLANDINI, *Il distacco transnazionale*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, 640 ss..

Il difettoso coordinamento tra le norme è diversamente spiegato dai commentatori: da un lato, vi è chi, come G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, n. 137/2012, 54 ss., pone l'attenzione sulla non perfetta adesione dell'art. 3 all'atto comunitario, sotto il duplice profilo del rispetto dei contratti collettivi per assicurare la «parità di trattamento retributivo e normativo» ai lavoratori coinvolti negli appalti interni – più gravoso rispetto a quanto previsto dalla direttiva, fermo restando che si riferisce ad un contratto collettivo diverso per settore rispetto a quello applicato dall'appaltante – e della discriminazione delle imprese straniere operanti in Italia, onerate dell'obbligo della parità di trattamento non più esistente nel panorama nazionale. In ragione di ciò, ove negli appalti transnazionali, in quanto norma generale sulla solidarietà, l'art. 29, c. 2, prevalesse sull'art. 3, i lavoratori occupati negli appalti interni riceverebbero una tutela diversa rispetto a quella accordata agli omologhi occupati negli appalti esterni, venendo ai primi riconosciuta una parità di trattamento ristretta tuttavia ad un solo anno dalla cessazione dell'appalto, laddove ai secondi spetterebbe soltanto il rimedio della solidarietà, esteso nondimeno anche ai subappalti e di durata biennale; ove, viceversa, l'art. 29, cedesse, *ratione materiae*, rispetto all'art. 3, il paradosso non sarebbe minore, posto che i lavoratori occupati negli appalti esterni sarebbero privi di tutele, mentre la disciplina più stringente riservata a quelli interni realizzerebbe una disparità di trattamento verso le imprese straniere distaccanti in Italia. Né il contrasto applicativo

troverebbe una soluzione nell'implicita abrogazione dell'art. 3, c. 3, decreto legislativo n. 72, vuoi per la natura speciale di detta norma che la rende impermeabile all'emanazione di norme contrarie successive, vuoi per l'assenza di una chiara intenzione normativa sul punto, avendo la legge Biagi sorvolato sull'articolo in parola.

Sottolineano la **disparità di trattamento** tanto in danno dei lavoratori italiani, destinatari di una tutela inferiore rispetto ai dipendenti stranieri distaccati in Italia, quanto degli imprenditori stranieri operanti nel nostro Paese, dovendo questi sopportare, a parità di valore complessivo dell'appalto, un maggiore costo del lavoro rispetto a quello sostenuto dagli omologhi nazionali, anche G. MARCUCCI, S. GARIBOLDI, A. GHIDONI, *Le modifiche alla disciplina degli appalti*, cit., nonché M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro*, cit., 43 ss., per il quale il principio di parità di trattamento stabilito dall'art. 3, decreto legislativo n. 72, è stato superfluo fino alla vigenza della legge n. 1369, essendo, al contrario, imputabile al decreto legislativo n. 276 l'alterazione del sistema, avendo l'abrogazione della legge del 1960 lasciato la parità di trattamento soltanto per i lavoratori europei impiegati in prestazioni transnazionali di servizi.

Peraltro, la differente interpretazione del panorama giuridico deriva anche da una diversa percezione della normativa comunitaria, rilevando M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro*, cit., che le due "anime" della direttiva 96/71/CE – l'una, economica, favorente la concorrenza tra imprese e l'altra, sociale, mirante a salvaguardare i lavoratori coinvolti nel distacco –, determinano un doppio 'profilo soggettivo' della libertà comunitaria della prestazione di servizi, coinvolgente tanto la persona dell'imprenditore distaccante quanto quella dei lavoratori ivi occupati. D'altro canto, il ricorso alle esternalizzazioni motivate dalla mera esigenza di riduzione del costo del lavoro non appare vietato dalla medesima normativa europea, la quale, con riferimento alle prestazioni transnazionali di servizi, prima con la direttiva 96/71/CE e successivamente con la direttiva 2014/67/UE, a giudizio di G. ORLANDINI, *Il distacco transnazionale*, cit., ammette e disciplina un «quantum di dumping sociale tollerabile nell'ambito del mercato unico», essendo i Paesi membri autorizzati a prevedere, in alternativa alla responsabilità solidale per le tariffe minime salariali e/o contributive in favore dei lavoratori occupati, un sistema di *due diligence*.

6.3 – La (quasi) sconosciuta ipotesi di solidarietà per occupazione di manodopera extracomunitaria irregolare

Nel contesto normativo della responsabilità solidale negli appalti merita menzione anche quella prevista dalla **direttiva 2009/52/CE** del 18 giugno 2009 (d’ora in poi anche solo “direttiva 2009/52/CE”), sull’introduzione di misure minime relative alle sanzioni ed i provvedimenti rivolti ai datori di lavoro occupanti cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. Per quanto rileva ai fini della presente ricerca, l’atto normativo comunitario *de quo* introduce la **responsabilità solidale** dell’appaltante, di cui il datore di lavoro è subappaltatore diretto, per le sanzioni finanziarie e gli arretrati retributivi, con possibilità di coinvolgere i soggetti della filiera in caso di loro conoscenza/conoscibilità dell’irregolare soggiorno del lavoratore occupato, e ferme restando, da un lato, la facoltà dello Stato di prevedere norme più rigorose sul punto e, dall’altro, l’esonero da responsabilità per l’appaltante che abbia assunto i contegni di *due diligence* stabiliti dalla legislazione nazionale (considerando 20 ed art. 8 direttiva). L’iniziale formulazione della responsabilità solidale svincolava l’estensione del vincolo nella filiera negoziale dall’elemento soggettivo, così come riguardava anche il debito fiscale e previdenziale, successivamente espunti dall’oggetto della solidarietà. Anche in ragione di ciò, quindi, la trasposizione della direttiva sul punto avrebbe richiesto un recepimento coordinato con l’art. 29, c. 2, legge Biagi, differendo le due ipotesi sotto il profilo del contenuto – essendo le sanzioni finanziarie, gli arretrati ed i costi per il trasferimento della somma previsti solo nella fonte comunitaria – e dell’automatico coinvolgimento di tutti i datori interessati dalla filiera contrattuale.

Al contrario, l’ordinamento italiano, in ritardo di oltre un anno rispetto al termine fissato per la sua trasposizione, attua la direttiva in parola con il **decreto legislativo 16 luglio 2012, n. 109** (d’ora in poi anche solo “decreto legislativo n. 109”), novellando le fattispecie penalistiche contemplate nel decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e prevedendo la presunzione della durata del rapporto di lavoro intercorso con il clandestino, l’attività di controllo e la procedura di emersione, nulla stabilendo in materia di responsabilità solidale, nei fatti **attuando parzialmente l’atto europeo**, come pacificamente rilevato in dottrina, sia pure con riferimento ad altri aspetti della medesima direttiva: infatti, E. COTTU, “*Morte e trasfigurazione*” di una legge

comunitaria, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2011, 6, 1374 ss., lamenta l'eccessivo margine di intervento concesso al Governo nella definizione dei presupposti penalistici delle fattispecie; A. CIERVO, *UNA PURA FORMALITÀ. Alcune osservazioni critiche a margine del recepimento della dir. 2009/52/CE da parte del legislatore italiano*, in *Questione giustizia*, 2014, 3, 145 ss., osserva che lo scopo del decreto legislativo n. 109, invero, è non solo di paralizzare gli effetti positivi per i lavoratori immigrati contenuti nella fonte comunitaria, bensì di introdurre una serie di formalismi giuridici per disincentivare le denunce dei lavoratori.

Con espresso riferimento alle conseguenze derivanti dalla mancata/parziale trasposizione di una direttiva nell'ordinamento, richiamati i rimedi di natura applicativa, interpretativa e risarcitoria ottimamente illustrati da A. DI MAJO, *Diritto dell'Unione Europea e tutele nazionali. La responsabilità civile degli Stati*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 2, 311 ss., le soluzioni teoriche offerte dalla dottrina sono diverse: dalla declaratoria di incostituzionalità della disposizione domestica – per contrarietà all'art. 11 Cost. – fungendo l'atto giuridico europeo da parametro interposto di costituzionalità nella conseguente questione di conformità alla Carta sollevata dal giudice nazionale, proposta da R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, 3, 585 ss.; ad una sorta di primato "in concreto" vantato dal diritto comunitario, anche se non *self-executing*, rispetto a quello interno, facendo leva sul novellato art. 117 Cost., espressamente riferito al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e costituzionalizzante il primato di quest'ultimo sul diritto interno, senza che occorra la non applicazione della normativa domestica in favore dell'omologa continentale, suggerito da A. M. NICO, *Le direttive comunitarie tra Corte Costituzionale e giudice comune*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, 1, 1 ss.; al necessario riconoscimento degli effetti della direttiva anche nei rapporti tra privati, per evidenti ragioni di parità di trattamento, avanzato da M. BONA, *I limiti incerti dell'efficacia diretta delle direttive inattuato o non correttamente trasposte: il caso delle "motor insurance directives"*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, 4, 1581 ss.; alla più generale osservazione di B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 370, per il quale o alla direttiva viene inibito qualsiasi effetto diretto nell'ordinamento, ed allora non sarà invocabile da

nessuno, ovvero tale efficacia le è riconosciuta, ed allora varrà verso tutti; infine, all'opposta interpretazione elaborata da F. PIRAINO, *L'inadempimento dello stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 3, 707 ss., il quale qualifica come violazione del diritto comunitario soltanto il suo mancato recepimento e/o attuazione inesatta, senza alcuna esperibilità della via risarcitoria.

In ordine al parziale recepimento della direttiva 2009/52/CE ad opera del decreto legislativo n. 109, la dottrina analizza le disposizioni dell'atto comunitario considerabili **direttamente invocabili** nel nostro ordinamento, al netto dell'interpretazione adeguatrice delle norme di questo rispetto a quello: sul punto, T. VETTOR, *Lavoro e immigrazione irregolare nel d. lgs. n. 109 del 2012*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2012, 3, 38 ss., sostiene che tale caratteristica vada riconosciuta alle norme sugli arretrati e sui costi per il loro trasferimento – che l'atto europeo fa gravare sul datore di lavoro –, laddove G. CANNELLA, C. FAVILLI, *La direttiva sulle sanzioni per l'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare: contenuto ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2001, 2, 37 ss., pongono l'attenzione sull'omessa trasposizione delle norme relative alle sanzioni finanziarie ed alle altre misure (artt. 5 e 7 direttiva), che quindi godono di efficacia diretta; viceversa, con riferimento ai costi per il rimpatrio ed il trasferimento degli arretrati, l'aver previsto che i primi «se del caso» ricadano sul datore di lavoro (art. 6, par. 1, lett. c, direttiva), rende dubbia l'efficacia diretta della disposizione.

Altresì, con riferimento alla **responsabilità solidale**, è forse eccessivo – come sembrano ritenere gli ultimi due Autori menzionati – concludere che l'ordinamento italiano disciplini in modo più severo la responsabilità solidale nei subappalti, tale da esonerarlo da una trasposizione della direttiva sul punto, dovendo esser considerato che le predette disposizioni differiscono per disciplina, contenuto ed oggetto del vincolo obbligatorio, nonché per profilo soggettivo, natura della solidarietà e rilievi di natura sistematica, non essendo facilmente ravvisabile, nel nostro ordinamento, un'unica ipotesi di responsabilità solidale negli appalti, al cospetto della quale compiere la valutazione comparativa con il diritto comunitario per stabilire se, effettivamente, l'ordinamento italiano abbia disciplinato l'istituto in modo conforme alla direttiva europea. Per questi ed ulteriori rilievi, sia consentito rinviare a G. CAROSIELLI, *La*

solidarietà retributiva nei subappalti introdotta dalla direttiva 2009/52/CE: un'altra ipotesi di responsabilità?, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, 4, 1197 ss..

6.4 – La ‘nuova’ solidarietà nel contratto di autotrasporto merci per conto terzi

Ad aumentare la complessità del panorama normativo fin qui descritto, con ulteriori dubbi sulla portata applicativa della disposizione contenuta nella legge Biagi alla luce di previsioni normative affini, è intervenuto l'**art. 1, c. 247 e 248, legge 23 dicembre 2014, n. 190**, (d'ora in poi anche solo "legge di Stabilità 2015"), disciplinante la responsabilità solidale per i trattamenti retributivi, contributivi ed assicurativi dei lavoratori impiegati nei contratti di autotrasporto per conto terzi, novellando il decreto legislativo 21 novembre 2005, n. 286, il decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, ed assicurando una copertura integrale delle ragioni creditorie degli enti previdenziali e dei lavoratori occupati nell'esecuzione di un contratto di autotrasporto. Altresì, nel caso di sub-vezione, con cui il vettore affida, in tutto o in parte, l'esecuzione della prestazione ad un sub-vettore assumendo rispetto a questi gli oneri e le responsabilità, anche di tipo solidale, gravanti sul committente in ordine alla verifica della regolarità del soggetto che esegue la prestazione assegnatagli, il contratto è sottoposto ad una serie di requisiti di validità la cui inosservanza determina la responsabilità diretta del vettore delegante nel caso di inadempimento degli obblighi fiscali, retributivi, contributivi ed assicurativi del proprio dante causa diretto. La solidarietà nei trasporti, riguardante i trattamenti retributivi, previdenziali ed assicurativi dei lavoratori «restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni amministrative di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento», può essere evitata adottando alcuni contegni stabiliti dal legislatore, e nel merito accedendo ad un portale informatico per consultare la qualificazione dell'altrui regolarità. La novella del 2015, peraltro, non chiarisce la differente responsabilità cui è esposto il committente rispetto al vettore nel caso di sub-vezione, nonché con riferimento all'ammissibilità dell'ulteriore segmentazione della prestazione fra una pluralità di soggetti.

Sotto un profilo generale, M. FRISONI, *Responsabilità solidale nell'ambito del contratto di trasporto*, in *Il giurista del lavoro*, 2015, 5, 14 ss., osserva come la

solidarietà introdotta dalla legge di Stabilità 2015 per il contratto di trasporto venga usata per **garantire i lavoratori coinvolti e disincentivare comportamenti** variamente **non rispettosi** della **normativa**, così come, pur non essendo richiesta ai fini della validità del contratto di trasporto, la forma scritta è indotta quale garanzia di trasparenza degli accordi negoziali ed esimente da alcuni profili di responsabilità. L'obiettivo della legge di Stabilità, quindi, consiste nella limitazione per quanto possibile della filiera negoziale del trasporto, causa di frammentazione della responsabilità e, di conseguenza, di ridotte garanzie creditorie per lavoratori ed enti previdenziali: a tal proposito, il disvalore legislativo per il sub-affidamento nell'esecuzione della prestazione si materializza nell'assunzione dei medesimi oneri e responsabilità del committente, in capo al vettore, nel caso di sub-vezione. Invero, la disciplina *de qua* genera un vero e proprio «corto circuito» nella filiera dei trasporti, causando un circolo vizioso composto di repentini scambi di ruoli tra controllore e controllato, con inevitabile confusione ed incongruenza tra l'onere del committente di verificare preventivamente la regolarità contributiva, assicurativa e retributiva del vettore, e l'adempimento di detto onere mediante un'attestazione degli enti previdenziali ed assicurativi, fermo restando che quest'ultima non riguarda la regolarità retributiva.

Nel **confronto** con l'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, la solidarietà introdotta con la legge di Stabilità 2015 è strutturata sulla falsariga del sistema di *due diligence*, prevedendo condotte che, se assunte, liberano l'obbligato dal vincolo solidale. Altresì, a differenza della solidarietà per gli appalti, per i contratti di autotrasporto il rimedio è azionabile entro un anno dalla data di cessazione del contratto e non appare derogabile, nemmeno per i soli profili retributivi, non solo dalla contrattazione collettiva, ma anche da quella di prossimità disciplinata dall'art. 8, c. 2, legge n. 148, contenendo tale norma un elenco tassativo di ipotesi di deroga negoziale. Del pari, la solidarietà per il contratto di trasporto non comprende espressamente né il trattamento di fine rapporto, né l'estensione dell'obbligazione ai lavoratori parasubordinati e/o autonomi; peraltro, potendo il committente essere anche una persona giuridica pubblica, la solidarietà andrebbe ritenuta invocabile quando a stipulare un contratto di trasporto sia una Pubblica Amministrazione, al contrario di quanto avviene per l'appalto. A livello di inquadramento sistematico, mancando la solidarietà nell'autotrasporto di qualsiasi riferimento alla disciplina processuale e, maggiormente, al *beneficium excussionis* in

favore del committente al contrario previsto nell'art. 29, c. 2, legge Biagi, le ragioni creditorie dei lavoratori e/o degli enti previdenziali ed assicurativi possono trovare immediata soddisfazione presso il patrimonio del beneficiario della prestazione – il committente, appunto –, dando forma ad una solidarietà diretta, che, unita all'inderogabilità, costituisce un vincolo più oneroso rispetto al rimedio contemplato per l'appalto. Per gli esposti rilievi, sia consentito rinviare a G. CAROSIELLI, *La responsabilità solidale nell'autotrasporto*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, 1, 251 ss..

Oltretutto, il silenzio del legislatore sui rapporti reciproci tra le disposizioni, che chiarisca, per esempio, quale delle due eventualmente si ponga in rapporto di specialità rispetto all'altra, induce a ritenere che anche la novella del 2015 rivesta carattere generale e sia rivolta alla totalità dei negozi di autotrasporto merci per conto terzi e/o presupponenti servizi a quelli ancillari, non risolvendo i dubbi nei casi in cui l'esecuzione di cantieri, opere e/o servizi di rilevante entità economica ed organizzativa richiede necessariamente la stipulazione, magari da parte del medesimo committente verso diversi e/o uguali appaltatori/vettori, di simultanei contratti di appalto e di autotrasporto, determinando una stratificazione di disciplina generatrice di confusione a livello ermeneutico ed applicativo. Per una breve ma puntuale illustrazione dei due filoni curiali formati, a ridosso della novella *de qua*, sull'estensione della responsabilità solidale al contratto di trasporto – argomentando sulla base delle obbligazioni accessorie al negozio di trasporto ovvero dell'effettivo interesse economico perseguito nella complessa operazione economica realizzata –, M. MOLLO, *Articolo 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e contratto di trasporto: una deroga discutibile*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, 1, 113 ss., il quale propende per un'interpretazione della solidarietà negli appalti, di cui accetta una portata definitoria ampia, in termini di responsabilità oggettiva.

7 – Il rapporto con l'art. 8, legge n. 148/2011

Non dissimili criticità interpretative sono individuate dalla dottrina in ordine al rapporto tra l'art. 29, c. 2, legge Biagi, e l'art. 8, legge n. 148, alla cui stregua i contratti

collettivi aziendali o territoriali possono stipulare specifiche intese con efficacia *erga omnes*, le quali, finalizzate alla crescita dell'occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, all'emersione del lavoro irregolare, ad una maggiore competitività e crescita del salario, ovvero alla gestione di crisi aziendali o occupazionali, ad attrarre investimenti o ad avviare nuove attività, possono derogare ad alcune «materie», fra cui il regime di responsabilità solidale sancito nella legge Biagi.

La disposizione dell'estate 2011 non riceve grandi apprezzamenti tra gli studiosi, che ne evidenziano, innanzitutto, **dubbi di costituzionalità** con riferimento al principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39, c. 1 Cost., nonché in misura minore in relazione al contratto collettivo nazionale di categoria, in ragione della dichiarata efficacia *erga omnes* delle intese contenenti deroghe: in questo senso, P. ALBI, *Il contratto di appalto*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI E F. CARINCI, VI (a cura di M. BROLLO), Cedam, Padova, 2012, 1595 ss., spec. § 7-8, che taccia l'art. 8 legge n. 148, di «connotazioni eversive rispetto ai principi ordinatori del sistema giuslavoristico», restando altresì di ardua comprensione il legame tra la rinuncia alle ragioni creditorie e la crisi economica e/o occupazionale da fronteggiare ovvero l'emersione dal lavoro irregolare. Tale ultimo rilievo non trova la condivisione di G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, cit., i quali ravvisano proprio nel rimedio normativo in parola uno strumento per affrontare la crisi in termini di maggiore competitività delle imprese.

Le principali difficoltà sollevate dai commentatori si riferiscono al **contenuto** della disposizione ed al non chiarito rapporto con la disciplina generale della solidarietà operata dall'art. 29, c. 2, legge Biagi.

Con riferimento alla prima criticità, P. ALBI, *Il contratto di appalto*, cit., osserva sia l'ambiguità del termine «materie» usato dal legislatore, esponendosi ad arbitrarie tecniche di classificazione, sia le difficoltà nell'identificarne il contenuto: infatti, non essendo stati specificati il perimetro applicativo e le fonti che regolano tali deroghe, non è chiaro né se le medesime coprano «l'intera materia», ovvero solo una parte di essa, né se possano riguardare anche la disciplina futura della «materia», oltre all'attuale. Peraltro, sussistono dubbi sulla natura del citato art. 8, non essendo precisato in quale misura la deroga operi in relazione alla disciplina del regime della solidarietà, ma

essendo al contrario prevista una (non consentita) deroga generale ad una regola a sua volta generale, senza alcun limite alla derogabilità della complessiva disciplina, con conseguente incoerenza logica e sistematica.

Oltretutto, l'incertezza avvolge anche l'ambito della deroga, potendo questa riguardare il solo art. 29, c. 2, legge Biagi, ovvero anche l'art. 1676 c.c., come osservato da M. BARBERIO, *Effettività delle tutele e aspetti processuali dell'appalto di servizi*, cit., o persino la regola generale sancita dall'art. 1292 c.c., derivandone il possibile rischio, esplicitato da P. ALBI, *Il contratto di appalto*, cit., che la limitazione riguardi non già una disciplina specifica, bensì una regola generale, la solidarietà appunto, prevista dall'ordinamento per tutelare le ragioni dei lavoratori nei fenomeni interpositori.

Nello stesso senso G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, cit., che tuttavia limita il confronto al solo art. 1676 c.c., precisando che la doverosa interpretazione sistematica, dovuta al carattere eccezionale della norma, esclude il rimedio civilistico, fermo restando, tuttavia, che solo l'art. 29, c. 2, espone il committente al rischio di non recuperare quanto pagato a titolo di solidarietà, essendo al contrario il coinvolgimento del committente ex art. 1676 c.c. limitato al «dovuto». Altresì, secondo l'Autore, l'art. 8, c. 2, legge n. 148, non solo non individua quale contratto collettivo, dell'appaltatore ovvero dell'appaltante, possa disporre la deroga – costituendo ciò la ragione dell'eliminazione della derogabilità della solidarietà operata a suo tempo con la finanziaria 2007 –, quand'anche aumenta la confusione individuando un ulteriore livello della fonte derogatoria, l'aziendale/territoriale: la solidarietà, infatti, non può valere a discapito del committente, estraneo al rapporto di lavoro ispiratore delle «specifiche intese», ma solo in suo favore, derivandone, peraltro, un ambito applicativo piuttosto esiguo, quasi teorico risultando l'interesse datoriale e sindacale a compiere una scelta, l'esclusione della solidarietà, che opera a vantaggio esclusivo del committente.

Un ulteriore dubbio attiene alla possibilità che tramite l'art. 8 siano derogabili anche i contributi, ovvero solo questi, essendo preferibile, a giudizio di G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, cit., una risposta affermativa nel primo caso, stante l'inscindibilità tra retribuzione e contribuzione per cui la prima genera la seconda, e non nel secondo, pena il coinvolgimento di normative inderogabili; P. ALBI, *Il contratto di appalto*, cit., sul punto appare dubbioso, posto che la natura pubblicistica dei crediti contributivi li rende indisponibili per definizione, mentre G. GAMBERINI, D. VENTURI,

La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti, cit., lo escludono con certezza ad escluderlo per la medesima ragione. A conforto dell'ultima posizione riportata, sia consentito rinviare anche a G. CAROSIELLI, *Retribuzioni e contributi minimi inderogabili dalla contrattazione di prossimità*, in *La circolare di lavoro e previdenza*, 2016, 9, 38 ss..

In merito al **rapporto reciproco** tra le predette norme, P. CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2012, n. 4, 997 ss., considera implicitamente abrogato l'art. 8, legge n. 148, a fronte delle ripetute modifiche nella formulazione dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, laddove D. IZZI, *La responsabilità solidale negli appalti: una tutela in declino*, cit., ritiene che la norma generale sopravvenuta – l'art. 29, c. 2, appunto – prevalga sulla precedente: sul punto, *contra* G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, cit., spec. § 5, per i quali la natura eccezionale della norma in parola la rende prevalente sulla disciplina generale.

Infine, P. ALBI, *Il contratto di appalto*, cit., ravvisa un'ulteriore incompatibilità, di tipo logico, dell'art. 8, legge n. 148, con l'art. 3 decreto legislativo n. 72, posto che vengono meno sia la parità di trattamento, sia la solidarietà, derivandone che se l'art. 8 prevale sull'art. 3 viene concretata l'inosservanza della normativa comunitaria; se, viceversa, l'art. 8 cede il posto all'art. 3 si realizza un'inaccettabile disparità di trattamento tra i lavoratori comunitari e quelli italiani.

*Parte III: L'inquadramento sistematico
dell'obbligazione in solido*

1 – Posizione del problema: la natura del vincolo solidale

Il secondo quesito che il presente lavoro di ricerca si prefigge di indagare riguarda l'analisi e la comprensione della natura dell'obbligazione in solido. Come anticipato nella presentazione della ricerca, ripercorrere le multiformi formulazioni dell'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, pone, giocoforza, l'interrogativo sulla natura del rimedio *de quo*, non tanto per un mero esercizio teorico ed autoreferenziale – concesse pure l'esattezza ed attendibilità dei risultati raggiunti –, quanto per coglierne la reale portata applicativa, soprattutto in termini di efficacia. Peraltro, un'indagine di tal sorta non potrebbe che prendere le mosse dalla funzione assegnata all'istituto, di volta in volta, dal legislatore, anche inconsapevolmente, con interventi spesso carenti proprio di una visione sistematica della responsabilità solidale e della funzione che è chiamata ad assolvere. Del resto, anche il diritto, come qualsiasi attività umana, si presta oltremodo all'eterogenesi dei fini derivanti dalle scelte e dai comportamenti adottati, dovendo peraltro esser considerata, e debitamente tarata, l'estrema difficoltà nella ricerca di un punto di equilibrio virtuoso tra esigenze tra loro divergenti, se non addirittura contrapposte. Oltretutto, le incertezze ed i ripensamenti che la medesima normativa comunitaria ha registrato nell'individuazione del punto equidistante tra l'effettiva tutela dei lavoratori distaccati e le esigenze di libera circolazione di servizi confermano, e forse parzialmente giustificano, le aporie della cornice regolativa italiana e la criticità nel restare impermeabile a pressioni, di varia natura e provenienza, che mirano a confondere posizioni pregiudiziali con situazioni giuridiche meritevoli di attenzione e tutela.

L'esame delle possibili funzioni assolte dalla responsabilità solidale in quasi un quindicennio di vigenza richiede lo sforzo dell'inquadramento sistematico e, necessariamente, l'ausilio del diritto civile, da cui il diritto del lavoro deriva ed in cui, spesso, 'sconfina', talvolta anche per sottrarsi ad istanze definitive dettate più da motivazioni metagiuridiche, per così dire, che da reali esigenze classificatorie.

Il tentativo del presente capitolo, quindi, consisterà in una rivisitazione critica e ragionata delle principali **formulazioni teoriche** elaborate dalla **dottrina civilistica** in ordine ai **vincoli obbligatori** che interessano una pluralità di soggetti, legati tra loro da rapporti giuridici che tuttavia, pur avendo rilevanza complessiva, quasi mai possono esser apprezzati in termini di unità.

Appare pertanto opportuno dare conto delle principali ipotesi astrattamente sovrapponibili alla disposizione lavoristica, così come previste dalla normativa ed elaborate dalla dottrina, per individuare gli aspetti rilevanti ai fini della ricerca che qui interessa, per successivamente verificare se ed in quale misura ciascuna di esse possa adattarsi al rimedio della legge Biagi, con riduzione – ove l’eliminazione risultasse praticamente impossibile – delle frizioni esistenti verso una piena compatibilità.

2 – Le elaborazioni civilistiche sulle obbligazioni plurisoggettive

L’individuazione dell’istituto civilistico preferibilmente applicabile all’obbligazione in solido disciplinata dall’art. 29, c. 2, legge Biagi, non può che considerare sia i molteplici interessi coinvolti, come peraltro in tutte le vicende obbligatorie plurisoggettive, sia le ripetute modifiche nella formulazione della norma, considerando, rispettivamente, che i primi quasi mai sono convergenti e che le seconde, pur non modificando la *ratio* dell’istituto, hanno tuttavia sovente inciso sulla disciplina e, di conseguenza, sulla figura di diritto comune invocabile.

Il percorso sistematico offerto nel presente capitolo riposa su un ragionamento per approssimazione, muovendo in senso decrescente dalle figure civilistiche più facilmente assimilabili alla disciplina dell’art. 29, c. 2, fino a quelle che con la medesima presentano scarsi elementi di compatibilità.

2.1 – Le obbligazioni soggettivamente complesse e le obbligazioni solidali

Secondo la nota classificazione elaborata da D. RUBINO, *Delle obbligazioni in solido. Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e*

indivisibili: artt. 1285-1320, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1957, 129 ss., le obbligazioni in solido costituiscono una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle obbligazioni soggettivamente complesse, caratterizzate dalla pluralità dei soggetti, dall'identità della prestazione debitoria e dall'unicità della fonte obbligatoria.

Ribalta completamente i termini della questione F. D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Giuffré, Milano, 1974, 38 ss., posto che, sussistendo obbligazioni contratte nell'interesse di tutti i coobbligati (le obbligazioni soggettivamente complesse), e quelle contratte nell'interesse di un solo coobbligato, con affiancamento di un'obbligazione sussidiaria ad una principale (le obbligazioni solidali), è in realtà la solidarietà a rappresentare un insieme più ampio, differenziandosi dalle obbligazioni soggettivamente complesse per l'unicità della fonte obbligatoria, laddove la solidarietà, potendo esser assunta anche nell'interesse di un solo contraente, conosce altresì fenomeni obbligatori sussidiari e di garanzia. Infatti, sempre secondo D. BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré, Milano, 1979, XXIX, 330 ss., gli elementi caratterizzanti le **obbligazioni soggettivamente complesse** consistono nella pluralità dei soggetti legati tra loro dalla contitolarità della posizione giuridica debitoria/creditoria, nell'identica prestazione e nell'unicità della fonte obbligatoria, implicando altresì, a livello di disciplina, l'applicazione dei principi di parità di trattamento tra i debitori ed il litisconsorzio necessario in ambito processuale. Altresì, a livello sistematico, le obbligazioni soggettivamente complesse sono distinguibili in divisibili/indivisibili, in ragione della natura della prestazione, e in parziarie/solidali/congiunte, con riferimento al modo di attuazione: pertanto, le obbligazioni solidali conservano alcuni elementi di comunanza con le soggettivamente complesse, distinguendosi da queste in presenza di un interesse comune dei condebitori. Per quest'ulteriore impostazione, vd. F.D. BUSNELLI, voce *Obbligazione IV) Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1990, XXI, 1 ss..

Altresì, A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1990, XXI, 300 ss., osserva, da un lato, il vizio generato dalla confusione di fondo tra i presupposti di fatto delle obbligazioni soggettivamente complesse ed il procedimento previsto dalle singole fattispecie,

considerato che mentre le obbligazioni indivisibili sono rivolte alla *res* della prestazione, le solidali afferiscono al fatto delle persone obbligate; dall'altro, la non divisibilità della tesi che assegna alle **obbligazioni solidali** una posizione ancillare rispetto a quelle parziarie, derivante dalla loro asserita funzione di ostacolare il ricorso a queste ultime. Lungi dall'essere un sottoinsieme di una categoria più vasta, il fondamento delle obbligazioni solidali, e quindi la ragione per cui viene realizzato lo scopo del rafforzamento delle ragioni creditorie, non consiste nella comunione di interessi – differenziando tra obbligazioni ad interesse comune o unisoggettivo –, bensì in una **razionalizzazione** dei **rapporti plurisoggettivi complessi**: in un'ottica notevolmente semplificata, quindi, assurgono a **schema generale di disciplina** dell'**ordinamento** per i **rapporti *de quibus***, **caratterizzati da identità e/o accessorietà di scopo**. In ragione di ciò, la prestazione non può essere considerata un presupposto delle obbligazioni solidali, bensì una loro caratteristica specifica, che determina un collegamento tra le singole posizioni debitorie.

Nello stesso senso anche A. M. BENEDETTI, *Delle obbligazioni in solido*, in *Commentario al c.c., artt. 1277-1320*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di V. CUFFARO, Utet, Torino, 2013, 239 ss., spec. 246-247, per il quale la solidarietà costituisce uno **schema neutro** volto a semplificare le obbligazioni plurisoggettive, piuttosto che rappresentare una garanzia per il creditore, che è funzione tipica della sola solidarietà passiva. Al contrario, il legislatore, avendo evitato di definire la solidarietà occupandosi solo dei suoi effetti, mostra di volerla considerare un meccanismo, in luogo di una tipologia di obbligazione.

Esalta la **salvaguardia** delle **ragioni creditorie** quale funzione della **solidarietà**, al fine di agevolare e garantire la realizzazione del diritto del creditore, cui verrebbe risparmiato il disagio di rivolgersi a ciascun debitore e per la rispettiva quota – come accadrebbe per le obbligazioni parziarie –, C. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, IV, Giuffrè, Milano, 1993, 492 ss.: benché l'esposta funzione di garanzia della solidarietà passiva possa indurre a ravvisare nella solidarietà una fideiussione, così che ciascun debitore sarebbe obbligato solo per la propria quota restando tuttavia garante per quella altrui, la causa della solidarietà differisce rispetto a quella di (mera) garanzia. Infatti, pur potendo svolgere detta funzione nei casi in cui il debitore sia tenuto per la parte degli altri condebitori, ovvero quando sia assunta nell'esclusivo interesse altrui,

avendo così causa unica nella garanzia, la **peculiarità** delle **obbligazioni solidali** risiede nel loro particolare contenuto, dovendo la **prestazione** esser **eseguita una sola volta da parte di uno** dei **debitori**, realizzando la pretesa creditoria: peraltro, ciò spiega anche l'efficacia estintiva generale del pagamento eseguito da uno dei debitori, erroneamente attribuita al medesimo interesse/scopo/prestazione, ben potendo sussistere molteplici obbligazioni contenenti i predetti elementi, pur non essendo solidali. Pertanto, le obbligazioni solidali non costituiscono né un insieme collegato di plurimi rapporti obbligatori, né uno unico: non il primo, perché ciascun debitore ha un proprio rapporto obbligatorio con il creditore comune; non il secondo, visto che l'unicità dell'interesse creditorio determina l'esistenza di un solo diritto cui corrisponde un solo obbligo, gravante su più condebitori. I presupposti delle obbligazioni solidali, quindi, vanno ravvisati nell'identità della fonte – rinvenibile allorché le obbligazioni originano dalla medesima fattispecie legale/negoziale, ovvero quando i fatti costitutivi sono collegati in modo unitario, rappresentando l'identità della fonte il presupposto per l'applicazione della presunzione normativa della solidarietà – e nell'unica prestazione, nel senso che tutti i debitori sono obbligati per la medesima prestazione, uguale nel contenuto per tutti, pur potendo la legge ovvero la volontà delle parti prevedere che la solidarietà sussista anche in presenza di differenti prestazioni, come accade per la fideiussione.

La letteratura appare al contrario piuttosto pacifica in ordine al requisito dell'**identità** della **prestazione** caratterizzante la solidarietà, medesima per tutti i coobbligati, potendo solo così questi esser liberati dal vincolo obbligatorio. Peraltro, identità della prestazione non vuol dire sua unicità, ma che il contenuto della prestazione non può variare al netto delle diverse modalità stabilite per adempiere. Quello che conta, appunto, è che la pluralità dei soggetti coinvolti sia tenuta ad una prestazione che per contenuto, qualità e quantità è la medesima, laddove la *causa obligandi* può anche essere differente, essendo sufficiente un collegamento quantomeno funzionale e/o strumentale tra gli atti produttivi delle diverse obbligazioni: per questi rilievi, D. RUBINO, *Delle obbligazioni in solido. Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili*, cit., 133, nonché, di recente, G. STELLA RICHTER, *Delle obbligazioni in solido*, in C. RUPERTO (a cura di), *La Giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, Milano, 2012, IV, 958 ss., e U. LA PORTA, *Delle obbligazioni in solido*, in *Il Codice civile commentato*, diretto da F. D.

BUSNELLI, Giuffré, Milano, 2014, 8 ss., spec. 17-19, per il quale ha poco senso anche distinguere tra obbligazioni solidali cd. uguali, contratte nell'interesse comune, e quelle cd. diseguali, assunte nell'interesse esclusivo di un condebitore, rilevando in questo caso soltanto una diversa modulazione di esigibilità della prestazione in capo al creditore.

2.2 – Le questioni relative alle obbligazioni solidali: la sussidiarietà delle prestazioni

Un aspetto non secondario relativo alle obbligazioni solidali è emerso con una certa nettezza dopo le illustrate riforme all'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276: nel merito, con l'introduzione del beneficio di preventiva escussione che l'obligato in solido può eccepire nella prima difesa affinché il creditore principale avvii l'azione esecutiva prima verso il datore di lavoro inadempiente, debitore principale, e solo successivamente – e, soprattutto, eventualmente – nei riguardi del committente e/o subappaltante. La legge Fornero, svincolando l'opponibilità di tale eccezione dall'inizialmente previsto onere di indicare i beni datoriali in grado di appagare i crediti degli istanti, ne ha oltremodo ampliato la portata applicativa – essendo il beneficio invocabile in qualunque situazione – incidendo sulla medesima natura dell'obbligazione solidale, arricchitasi di uno spiccato carattere sussidiario.

Proprio quest'ultimo è il punto giuridico controverso, relativo alla **compatibilità** del **regime solidale** con la **sussidiarietà**, diversamente risolto dalla dottrina.

Infatti, C. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, cit., sul punto insegna che poiché nell'obbligazione solidale passiva ciascun debitore è tenuto per l'intero, il creditore può scegliere a chi rivolgersi per l'adempimento, ben potendo chiedere l'esecuzione della prestazione a più debitori contemporaneamente fintanto che non ha ricevuto il soddisfacimento del proprio interesse. Nondimeno, è possibile stabilire differenti modalità di esecuzione, prevedendo il beneficio di ordine ovvero quello di preventiva escussione, che può comportare l'onere di indicazione dei beni altrui suscettibili di esecuzione, come sancito dall'art. 2268 c.c. – per il quale «Il socio richiesto del pagamento di debiti sociali può domandare, anche se la società è in liquidazione, la preventiva escussione del patrimonio sociale, indicando i beni sui quali

il creditore possa agevolmente soddisfarsi» –, ovvero la dimostrazione, in capo al creditore, dell'insufficienza dei beni del debitore principale, stabilito dal successivo art. 2270, c. 2, a mente del quale «Se gli altri beni del debitore sono insufficienti a soddisfare i suoi crediti, il creditore particolare del socio può inoltre chiedere in ogni tempo la liquidazione della quota del suo debitore (...))»: in entrambi i casi sussiste l'obbligazione solidale sussidiaria rispetto a quella gravante sul debitore principale. La tesi riportata è condivisa anche da G. STELLA RICHTER, *Delle obbligazioni in solido*, cit., per il quale la funzione di garanzia creditoria svolta dall'obbligazione in solido non osta ad una **graduazione** nella misura della **responsabilità** tra **debitore principale** e **sussidiario** anche nel caso di diversificata escussione dei patrimoni assoggettati.

Tale assunto, tuttavia, non trova la condivisione di U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contratto e impresa*, 2014, 2, 266 ss., che ritiene possibile la solidarietà soltanto nella variante del *beneficium ordinis*, ben inquadrabile nelle diverse modalità di esecuzione della prestazione disciplinate dall'art. 1293 c.c., e non per l'altra tipologia di beneficio – l'*excussionis*, appunto –, che fa venire meno il presupposto imprescindibile dell'identità della prestazione. Sembra condividere tale posizione U. LA PORTA, *Delle obbligazioni in solido*, cit., il quale considera detto beneficio idoneo a generare una differenza quantitativa di prestazione tra il debitore originario ed il beneficiario, il cui obbligo a soddisfare l'interesse del creditore è solo succedaneo. Più chiara, viceversa, l'adesione a quanto sin qui detto ad opera di A. M. BENEDETTI, *Delle obbligazioni in solido*, in *Commentario al c.c., artt. 1277-1320*, cit., p. 265 ss., che intravede nella preventiva escussione, e nella conseguente degradazione a sussidiaria dell'obbligazione di chi ne beneficia, un limite alla libera scelta creditoria del debitore cui chiedere l'esecuzione dell'intera prestazione: infatti, mentre il *beneficium ordinis* riguarda soltanto il regolamento di interessi del rapporto e di esecuzione dell'obbligazione di cui la solidarietà rappresenta un meccanismo estintivo, l'*excussionis* incide, viceversa, sull'identità della prestazione comune.

Nel medesimo indirizzo ermeneutico, seppur con motivazione diversa, è collocabile la posizione di F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 1998, 584 ss., per il quale, pur potendo l'identica obbligazione essere eseguita con modalità differenti dai soggetti obbligati e/o esservi pluralità delle fonti purché siano collegate tra loro, le

obbligazioni solidali vanno distinte dalle obbligazioni sussidiarie, in cui il coobbligato adempie la prestazione solo a seguito dell'inadempimento dell'obbligato principale, laddove nelle obbligazioni solidali ciascun condebitore può eseguire la prestazione dovuta a semplice richiesta del creditore.

Offre una convincente spiegazione della **compatibilità** della **sussidiarietà** con il **regime solidale** – pur con le precisazioni di seguito illustrate –, P. RESCIGNO, voce *Delegazione* (dir. civ.), in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, XI, 1962, XX ss., in relazione alla delegazione di pagamento. Infatti, l'art. 1268, cpv. c.c., alla cui stregua «Il creditore che ha accettato l'obbligazione del terzo non può rivolgersi al delegante, se prima non ha richiesto al delegato l'adempimento», è il risultato dell'interpretazione elaborata dalla dottrina sulle norme previgenti il codice del 1942: infatti, poiché, normalmente, il delegante delega un proprio debitore, realizzando così un credito per estinguere un proprio debito, scarso senso pratico ed economico avrebbe vincolare due valori – ovverosia un nuovo debitore associato all'originario – in luogo di uno soltanto. Con lo schema legislativo della delegazione di pagamento, quindi, viene coinvolto un solo debitore, il quale, mediante un'unica prestazione, estingue sia il proprio debito verso il suo creditore, sia il debito che questi ha in favore di un terzo soggetto. Tale plurima operazione eseguita da un solo soggetto conduce al necessario alleggerimento della responsabilità del delegante, che degrada quindi a sussidiaria.

L'esposta necessità di intervenire sulla posizione del debitore principale non è ravvisabile, secondo l'Autore, solo per la delegazione, riguardando altresì l'espromissione e l'accollo cumulativo, traendo conforto di ciò dal dettato normativo: infatti, l'art. 1272, c. 1, c.c., riferito all'espromissione e per il quale «Il terzo che, senza delegazione del debitore, ne assume verso il creditore il debito, è obbligato in solido col debitore originario, se il creditore non dichiara espressamente di liberare quest'ultimo», e l'art. 1273, c. 3, c.c., dedicato all'accollo ed alla cui stregua «Se non vi è liberazione del debitore, questi rimane obbligato in solido col terzo», parlano di obbligazioni «in solido» del debitore originario e del terzo. Viceversa, l'art. 1293 c.c., stabilendo che «La solidarietà non è esclusa dal fatto che i singoli debitori siano tenuti ciascuno con modalità diverse (...)», consente di riportare la «sussidiarietà» nella nozione di «solidarietà» di cui all'art. 1292 c.c.. La costruzione in termini di sussidiarietà dell'obbligazione del debitore originario è altresì rafforzata dalla disciplina di numerose

e significative ipotesi di assunzione *ex lege* di tale fenomeno, confermando che in ogni caso di assunzione cumulativa del debito, la responsabilità debitoria originaria degrada a sussidiaria, valendo per l'espromissione e l'accollo quel che la legge stabilisce per la delegazione. La ragione di ciò riposa sull'espressione normativa usata per l'espromissione e per l'accollo, posto che l'art. 1293 c.c., nel non escludere la solidarietà a fronte di diverse modalità esecutive della prestazione cui siano eventualmente tenuti i singoli debitori, allude proprio ai casi di responsabilità sussidiaria.

La portata per certi aspetti "dirompente" dell'illustrata spiegazione sistematica della compatibilità fra sussidiarietà e solidarietà appare sensibilmente ridotta, tuttavia, a fronte della precisazione per cui la sussidiarietà intesa dall'Autore non si riferisce all'onere della preventiva escussione – salvo che ciò non sia stabilito dalla volontà negoziale, come nell'art. 1944 cpv. c.c. per la fideiussione, ovvero dalla legge –, bensì al meno impegnativo onere di chiedere l'adempimento ad uno dei condebitori, tale per cui se la richiesta resta infruttuosa, è possibile rivolgersi all'altro debitore. Nel codice civile, peraltro, sussistono diversi casi della così delineata struttura di solidarietà, tra cui spiccano l'art. 1408, c. 2, sulla cessione del contratto, per il quale «Il contraente ceduto, se ha dichiarato di non liberare il cedente, può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte», ovvero l'art. 2267, c. 1, che stabilisce che «I creditori della società possono far valere i loro diritti sul patrimonio sociale. Per le obbligazioni sociali rispondono inoltre personalmente e solidamente i soci che hanno agito in nome e per conto della società e, salvo patto contrario, gli altri soci».

L'autorevole posizione, unanimemente accolta dalla giurisprudenza, è stata sia pure solo in parte rivisitata da una dottrina più recente, che ha messo in discussione proprio il 'dogma' della sussidiarietà nelle obbligazioni solidali, in termini di indefettibilità, in favore della libera *electio* del debitore da parte del creditore: infatti, U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contratto e impresa*, 2014, 2, 266 ss., sottopone tale caratteristica alla condizione dell'espressa previsione normativa o negoziale. Nel merito, ragionando sulle ipotesi di obbligazioni derivanti da fonti diverse, U. STEFINI, *La solidarietà nella delegazione, nell'espromissione e nell'accollo cumulativi*, in *Contratto e impresa*, 2014, 3, 674 ss., ricorda che la solidarietà è istituito volto a garantire il *favor creditoris*, essendo quindi necessariamente

fondato sulla libera scelta del soggetto cui poter chiedere l'esecuzione della prestazione, salvo che la legge ovvero le parti non abbiano diversamente disposto. Ciò emerge dall'analisi delle ipotesi di surrogazione *ex latere debitoris*: nella *delegatio promittendi*, caratterizzata da una pluralità di negozi aventi cause diverse, a prescindere dalla natura liberatoria ovvero cumulativa della delegazione, non è ricavabile la regola della sussidiarietà nelle ipotesi di solidarietà proveniente da fonti diverse, posto che il sacrificio delle ragioni creditorie può derivare soltanto da una previsione normativa ovvero da un'esplicita accettazione del creditore, aderendo al *beneficium ordinis*. Anche nell'espromissione, negozio con causa assuntiva dell'altrui obbligo implicante una successione a titolo individuale nel debito, la sussidiarietà va sempre pattuita dalle parti o prevista dal legislatore, sussistendo diversamente la regola della solidarietà e quindi della *libera electio*, senza alcun rischio di confusione dell'espromissione con la fideiussione, sussistendo tra i due istituti una differenza funzionale – l'uno caratterizzato dall'assunzione di un debito altrui, l'altro dalla mera garanzia del medesimo – e sostanziale, posto che l'obbligazione fideiussoria è accessoria rispetto alla principale ed il fideiussore ricopre una posizione maggiormente defilata rispetto al debitore principale. Infine, nell'accollo – che, a differenza della delegazione, non è caratterizzato da una pluralità di negozi, né implica, al pari dell'espromissione, l'assunzione dell'altrui debito, configurandosi piuttosto come una struttura negoziale neutra per intestarsi le altrui passività, con conseguente spostamento del peso economico – la sussidiarietà non è un effetto automatico, anche nell'ipotesi di accollo cumulativo, posto che l'accollato può agire in regresso verso l'accollante, restando mero garante di questi, mentre l'adesione del creditore all'accollo stipulato in suo favore implica la degradazione a sussidiaria dell'obbligazione del debitore originario.

Contra sul punto U. LA PORTA, *Delle obbligazioni in solido*, cit., sul rilievo per cui mentre nella solidarietà cd. uguale la modalità attuativa della prestazione risponde ad un'intrinseca essenza dell'obbligazione, in quella cd. diseguale è il legislatore ad imporre una modalità attuativa per «tradurre l'*alternatività soggettiva* tra i componenti esecutivi della prestazione dovuta» (p. 55), derivandone, quindi, che tutte le ipotesi di solidarietà contratte nell'interesse esclusivo di un condebitore si connotano per la sussidiarietà di un'obbligazione rispetto ad un'altra, atteso che è proprio la pluralità

delle fonti a determinare che tenuto all'esecuzione della prestazione verso il creditore sia prima il debitore principale e solo successivamente quello sussidiario.

3 – *La fideiussione*

Poiché le modifiche del 2012 hanno introdotto presupposti per l'applicazione della solidarietà che lambiscono anche l'istituto fideiussorio, appare opportuno ripercorrere gli aspetti principali della disciplina rilevanti ai fini della presente ricerca.

Invero, lo sforzo teorico di ricondurre l'obbligazione solidale all'interno della **fideiussione** va letto alla luce degli elementi peculiari dell'istituto, ben evidenziati da A. RAVAZZONI, voce *Fideiussione*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. civile, Utet, Torino, 1992, VIII, 254 ss., e consistenti nella fonte negoziale dell'obbligazione, nell'univoca volontà di prestare garanzia, nell'accessorietà rispetto all'obbligazione principale per esistenza e contenuto, e nel beneficio della preventiva escussione dei beni del debitore, azionabile da parte del garante solo a fronte della fruttuosa indicazione dei beni del garantito che possano soddisfare le ragioni creditorie. Peraltro, costituendo la fideiussione un rimedio sproporzionato rispetto alla funzione di garantire l'adempimento altrui, la disciplina normativa cerca di non aggravare la posizione del fideiussore: pur essendo la **fideiussione** una **forma impropria** dell'**obbligazione solidale**, ne differisce per la mancanza della contitolarità dei rapporti giuridici tra debitore principale e fideiussore e per l'assenza dell'autonoma reciprocità tra il diritto del garante e quello del garantito.

Nel medesimo senso, sebbene evidenziando la poco frequente fonte negoziale della fideiussione, C. FALQUI MASSIDDA, voce *Fideiussione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1989, XIV, 1 ss., e S. TRIVELLONI, *ibid.* (appendice di aggiornamento), 1 ss., entrambi rilevando come la **solidarietà** costituisca un **elemento "naturale"** della **fideiussione**, non già essenziale, sia perché il beneficio della preventiva escussione esclude la solidarietà, sia perché nella fideiussione manca l'uguale distribuzione della prestazione fra obbligati, al contrario prevista nella solidarietà.

Una preziosa comparazione tra la fideiussione e le obbligazioni solidali è operata da M. FRAGALI, voce *Fideiussione (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, XVII, 346 ss., sulla scorta di numerosi elementi dirimenti: la divergenza di interessi tra coobbligati, l'accessorietà dell'obbligazione, la direzione unilaterale della solidarietà, la particolare modalità di esclusione della solidarietà, la diversità dello scopo, la differente posizione dei coobbligati, l'ineluttabilità dell'obiettivo di garanzia, l'opponibilità delle eccezioni, l'applicazione della decadenza prima della prescrizione, nonché l'esclusione della solidarietà, nella fideiussione, nel caso di preventiva escussione e/o obbligo legislativo di escutere preventivamente il debitore principale.

Infine, per una ricostruzione storica della figura, con gli istituti della *sponsio*, della *fidepromissio* e della *fideiussio* configuranti la struttura dell'eteroresponsabilità, fino all'evoluzione, in età postclassica e maggiormente giustiniana, della fideiussione quale *sponsio* attivamente accessoria, M. TALAMANCA, voce Fideiussione (parte storica), in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, XVII, 322 ss..

4 – Le obbligazioni senza prestazione

Nell'analisi dell'elaborazioni teoriche sulle figure disciplinanti situazioni soggettive complesse rilevanti ai fini della presente ricerca, merita di esser considerato anche quel filone dottrinario che ha sviluppato la figura delle obbligazioni senza prestazione legate agli obblighi di protezione. Infatti, la dottrina civilistica si è interrogata da tempo, sulla scorta delle elaborazioni degli studiosi di *common law*, sull'esistenza di **obblighi di protezione** verso **terzi**, trovandovi un fondamento nella buona fede in senso oggettivo e nel principio di legittimo affidamento. La violazione di detti obblighi genera una responsabilità di tipo contrattuale, che sorge a prescindere dall'esistenza di un inadempimento della prestazione: C. CASTRONOVO, *Le ragioni del diritto. L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, I, 148 ss., sottolinea come la responsabilità contrattuale non possa più essere intesa come sola prestazione, dovendo, più correttamente, esser declinata alla luce di una sanzione alla violazione di obblighi la cui fonte normativa è rinvenibile nell'art. 1173 c.c., per il quale «Le

obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico». In quest'ottica, quindi, **l'obbligazione costituisce un rapporto complesso** implicante una serie di **obblighi accessori** – definibili di diligenza con riferimento al loro contenuto, ma derivanti dalla correttezza disciplinata dall'art. 1175 c.c. –, che possono esistere e vincolare le parti a prescindere dalle vicende della prestazione. La conseguenza di tale elaborazione, che riconosce relazioni che l'ordinamento rende rilevanti senza la volontà delle parti, implica una diversa definizione, in chiave sistematica, del concetto di responsabilità, consistendo quella cd. extracontrattuale nella lesione di diritti e quella cd. contrattuale nella violazione di obblighi.

Nello stesso senso, ed in un contesto più ampio, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, in Europa e diritto privato*, 2011, 55 ss., per ribadire l'autonomia degli obblighi di protezione rispetto agli omologhi di prestazione, e valorizzazione della relazionalità, intesa quale matrice di qualificazione del reciproco porsi dei soggetti. Pertanto, in un rapporto giuridico complesso insiste sia il rapporto cornice, volto a dare rilevanza giuridica ad una relazione fattuale, sia l'obbligo di prestazione, in cui rileva l'effetto specifico voluto ed il conseguente rapporto obbligatorio che, pur avendo fonte legale, delimita il suo contenuto in ragione dell'interesse specifico che la fonte della prestazione intende perseguire. Ugualmente, F. ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 2, 555 ss., ed ancora C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1991, XXIV, 1 ss., qualifica di protezione quegli obblighi gravanti su ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, finalizzati alla conservazione della sfera giuridica altrui, tutelandola da possibili invasioni lesive facilitate dal contatto sociale realizzatosi nel rapporto obbligatorio.

5 – La responsabilità oggettiva

Per completezza espositiva può apparire opportuno coinvolgere, nell'inquadramento teorico fin qui descritto, anche la **responsabilità oggettiva**, doverosamente rinviando a

C. CASTRONOVO, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, 1991, XXVI, 2 ss., la cui analisi critica, ricostruttiva in chiave storico-giuridica delle esigenze economiche, industriali, sociali e teoriche poste alla base della responsabilità oggettiva, ha evidenziato come nella formulazione codicistica del 1942 sia ancora determinante l'impostazione liberale del precedente codice, dal cui dogma dell'imputabilità per colpa non è riuscita a sottrarsi. Al contrario, una corretta teorica della responsabilità *de qua* è caratterizzata dalla tipizzazione del nesso eziologico tra fatto ed evento, nel senso che verificatosi quel fatto, scatta la responsabilità, che grava su chi era nelle condizioni e modalità di evitare l'evento dannoso.

6 – L'inquadramento sistematico dell'obbligazione solidale nelle sue diverse formulazioni

Le posizioni teoriche fin qui riportate sui principali istituti civilistici invocabili per un corretto inquadramento sistematico dell'obbligazione solidale vanno quindi calate, con i necessari adattamenti, alla disposizione di legge oggetto del presente lavoro. Tuttavia, in considerazione dell'evoluzione storica dell'istituto e del rapporto con l'immutata disposizione codicistica, appare particolarmente utile estendere l'analisi dell'inquadramento sistematico anche all'art. 3, c. 3, legge n. 1369, per dar conto solo in un secondo momento di quanto elaborato intorno all'art. 29, c. 2, legge Biagi.

6.1 – Segue: l'art. 3, c. 3, legge n. 1369

La prima norma nazionale ad aver regolato il fenomeno delle esternalizzazioni mediante il regime della solidarietà è l'art. 3, c. 3, legge n. 1369, in relazione al quale, coerentemente alla propria impostazione, P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Giuffrè, Milano, 1958, 251 ss., parla di **accollo** di fonte legislativa generatore di una solidarietà passiva diretta, in ragione della comunanza di interessi tra committente ed appaltatore, laddove M. G. GRECO, *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, cit., si esprime in termini di **obbligazione fideiussoria**, al pari di M.

T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, art. 2127, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, 530 ss.. Quest'ultima Autrice, nel dettaglio, inquadra i due tipi di obbligazione solidale contenuti nella disposizione in parola – relativi al trattamento economico e normativo ed all'adempimento degli obblighi previdenziali – nei termini di una fideiussione *ex lege*, alla stregua di un'**obbligazione solidale ad interesse unisoggettivo** assunta nell'esclusivo interesse di **uno** degli **obbligati**: poiché l'interesse in nome del quale l'art. 3 contempla il vincolo solidale è del datore di lavoro-appaltatore a ricevere la prestazione, l'obbligo rispetto a cui sussiste la solidarietà consiste nell'osservanza del trattamento economico e normativo ai lavoratori occupati nell'appalto. Benché gli obblighi gravanti sulle parti appaiano differenti – essendo tenuto il datore di lavoro al pagamento retributivo ed all'osservanza del trattamento normativo, laddove l'obbligato in solido lo è alle retribuzioni ed all'equivalente economico, a titolo risarcitorio, dell'inadempimento datoriale –, in realtà la prestazione dovuta è identica, posto che anche il datore di lavoro è obbligato al risarcimento del danno nel caso di inadempimento della propria obbligazione.

Nello stesso senso, M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., 175-176, rileva come all'art. 3, c. 3, legge n. 1369, sia applicabile la disciplina della solidarietà, e non piuttosto quella delle obbligazioni soggettivamente complesse, non essendoci i requisiti previsti, né quella dell'accollo, posto che manca sia l'origine negoziale dell'obbligazione, sia l'interesse comune nella fattispecie dell'accollo, derivandone che la norma in parola costituisce un'ipotesi di obbligazione solidale ad interesse unisoggettivo di fonte legale, avente quale presupposto un complesso schema negoziale realizzato nell'interesse dell'appaltatore a ricevere le prestazioni di lavoro.

In modo più sfumato, esaltando il collegamento funzionale tra una pluralità di negozi realizzato tramite l'appalto ed il trasferimento d'azienda, L. CORAZZA, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, cit.: nell'art. 3, c. 3, legge n. 1369, l'*eadem causa obligandi* va ravvisata nel collegamento negoziale di fonte normativa mentre l'*eadem res debita* è riscontrabile nell'art. 1293 c.c. che ammette diverse modalità di esecuzione dell'obbligazione solidale da parte dei condebitori. Viceversa, la tesi delle obbligazioni solidali in senso stretto appare insufficiente, non trovando

spiegazione, in questo caso, la possibilità per il terzo di esonerarsi dalla obbligazione assumendo un determinato comportamento.

6.2 – *Segue: l'art. 1676 c.c.*

Chiarito il differente profilo applicativo, tanto dal lato dei soggetti beneficiari e coinvolti, quanto da quello relativo al contenuto del vincolo disciplinato, il dibattito sorto in dottrina sulla natura dell'art. 1676 c.c. è utile, ai fini della presente ricerca, per alcune osservazioni valevoli anche per l'art. 29, c. 2, legge Biagi.

Innanzitutto, tra i commentatori non è condivisa la nemmeno la **natura solidale** dell'obbligazione in parola, sussistendo a riguardo interpretazioni difformi: P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 235, invoca l'accollo *ex lege* in cui tale fonte normativa, aggiungendo un nuovo debitore all'originario, modifica il lato passivo dell'obbligazione, che assume efficacia esterna a seguito dell'inadempimento dell'appaltatore; M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 474 ss., inquadra l'azione codicistica alla stregua di una delegazione promissoria legale, in cui al committente debitore dell'appaltatore è imposto un obbligo verso il di lui ausiliario, a sua volta creditore dell'appaltatore, derivandone una delegazione cumulativa – posto che al debitore originario se ne aggiunge un altro –, e titolata, dovendo l'obbligo del committente (delegato) conformarsi a quello dell'appaltatore (delegante) con il solo limite della capienza del proprio debito verso l'appaltatore e ferma restando la natura solidale, potendo la richiesta essere rivolta indifferentemente ad uno degli obbligati; L. CORAZZA, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, cit., la qualifica al pari di un'obbligazione soggettivamente complessa ad interesse comune con fonte dell'obbligazione nel collegamento negoziale tra il contratto di lavoro e quello di appalto; G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, cit., ritiene che il vincolo solidale di cui è onerato il committente *ex art. 1676 c.c.* derivi dal medesimo titolo giuridico – nonché secondo M. BARBERIO, *Effettività delle tutele e aspetti processuali dell'appalto di servizi*, cit., anche dalla medesima prestazione – e legittima il lavoratore a chiedere l'adempimento ad uno dei due debitori, aggiungendosi l'obbligazione del committente a quella dell'appaltatore.

Tuttavia, il doppio onere probatorio gravante sul lavoratore – il quale, come detto, deve provare l'esistenza del proprio credito a carico del datore di lavoro ed il di lui credito verso il committente – non farebbe deporre, in termini così pacifici, verso la natura solidale dell'art. 1676 c.c., testimoniando, viceversa, la diversità dei rapporti e delle relative fonti, da cui originano gli obblighi debitori.

Tali brevi considerazioni sono state svolte da chi **nega** la **natura solidale** della disposizione, pur motivando in maniera differente: infatti, E. RAIMONDI, *La garanzia dei crediti dei lavoratori negli appalti*, cit., distingue dal fondamento della solidarietà, consistente nella medesima causa e nel soddisfacimento del medesimo interesse creditorio, la disposizione codicistica che permette al committente di estinguere la *propria* obbligazione verso l'appaltatore, non già quella che quest'ultimo ha verso i lavoratori, posto che la prestazione di cui è onerato il committente ha il proprio titolo nel contratto di appalto piuttosto che in quello di lavoro, determinando una mera indisponibilità del credito dell'appaltatore, al pari di quanto accade, per esempio, nell'esecuzione di un credito presso terzi.

Aderisce al rilievo dell'assenza del requisito della pari identità di prestazione dell'art. 1676 c.c. rispetto all'art. 1292 c.c. – pur volendo prescindere da quali siano gli elementi costitutivi dell'obbligazione solidale: solo la pluralità dei debitori e l'identità della prestazione dovuta, ovvero anche l'identità della *causa obligandi* –, aggiungendovi la differente fonte di obbligazione e la realizzazione solo mediata dell'interesse dei lavoratori, tanto è vero che il pagamento in loro favore non è dovuto se il committente non è più debitore dell'appaltatore, I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., ritenendo preferibile parlare di un'**obbligazione ad interesse unisoggettivo** con implicazione della solidarietà a prescindere dal collegamento negoziale, essendo sufficiente il verificarsi di una situazione stabilita dalla legge per far scattare l'azionabilità del rimedio. Quest'ultimo, infatti, è di tipo eccezionale, volto a soddisfare le ragioni creditorie economizzando gli strumenti giuridici – come accade per la delegazione di pagamento – con la peculiarità fornita dalla fonte legale, piuttosto che volontaria, dell'operazione. Il risultato concreto realizzato dall'art. 1676 c.c. non è ravvisabile nell'obbligazione solidale, ma nell'economia dei mezzi giuridici mercé il riconoscimento di un'azione diretta ai

lavoratori subordinati che abbiano svolto la propria prestazione nell'esecuzione di un'opera e/o servizio appaltato.

Su una non differente linea interpretativa, R. CIPPITANI, *L'art. 1676 c.c. e gli strumenti di tutela dei lavoratori dell'appalto*, cit., per il quale l'art. 1676 c.c. svolge più una funzione di garanzia, visto che il committente risponde solo se l'obbligato principale non paga, acquisendo più le caratteristiche di un fideiussore che di un coobbligato solidale, dando quindi luogo ad un'**obbligazione sussidiaria**, con **funzione di garanzia**, che sorge automaticamente a fronte dell'inadempimento dell'appaltatore e che moltiplica i centri di imputazione degli interessi e di tutela dei lavoratori coinvolti nei processi di frammentazione dell'impresa post-fordista.

Infine, S. CASSAR, *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, cit., rileva che l'art. 1676 c.c. individua un debitore ulteriore rispetto a quello principale, attribuendo una legittimazione eccezionale, distinta ed autonoma, ai lavoratori dell'appaltatore, senza presupporre alcuna solidarietà, laddove il rimedio di cui all'art. 29, c. 2, legge Biagi, genera un'azione diretta del lavoratore verso il coobbligato.

6.3 – Segue: l'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276

L'inquadramento sistematico dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, è stato oggetto di mutevoli ipotesi teoriche in ragione delle modifiche succedutesi nel corso degli anni.

Innanzitutto, L. CORAZZA, *Contractual integration. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, cit., 174-177, pone in rilievo come il collegamento negoziale esistente tra il contratto di lavoro e quello commerciale, tipico della *contractual integration*, permetta di leggere in modo unitario la complessiva operazione giuridica realizzata, con conseguente inquadramento dell'obbligazione solidale negli appalti quale **obbligazione soggettivamente complessa**, svolgendo l'art. 29, c. 2, una funzione più ampia della sola garanzia creditoria del lavoratore, consistente nell'assurgere a tecnica di regolazione normativa dei processi di utilizzazione della forza lavoro nelle relazioni negoziali tra imprese. In senso non dissimile, G. COSTA, *Solidarietà e codatorialità negli appalti*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona" – IT., n. 302/2016,

28 ss., sul rilievo per cui l'azione di regresso riconosciuta al committente costituirebbe un disincentivo al medesimo nella selezione dei *partners* commerciali inaffidabili.

Viceversa, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., vede nella **codatorialità** l'impostazione giuridica di fondo da cui partire, offrendo un differente approccio alla questione, il quale, muovendo dal processo di decostruzione del dualismo tra titolarità formale e sostanziale del rapporto di lavoro, lo ricostruisca avvalendosi di norme già in vigore, quali la somministrazione. Tale opzione ermeneutica è condivisa anche da T. ORRÙ, *Appalto e somministrazione di lavoro. Codatorialità e tecniche di tutela*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2014, I, 143 ss., che, preso atto del vuoto di tutela dei lavoratori occupati negli appalti che l'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, non colma, propone l'applicazione dell'istituto della codatorialità all'appalto, facendo tesoro della valenza sostanziale del concetto di datore di lavoro che, in materia di sicurezza, emerge dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

Non condivide l'inquadramento sistematico dell'obbligazione solidale nella codatorialità D. VENTURI, *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *Diritto Relazioni Industriali*, 2010, 3, 836 ss., preferendole la **responsabilità da contatto sociale**, interpretando il collegamento fra negozio commerciale e contratto di lavoro alla stregua di una forma di contatto sociale qualificato, fonte di obbligazione. Detto contatto, infatti, impone ai contraenti veri e propri obblighi di protezione nei confronti di soggetti che, pur non essendo del tutto estranei al rapporto, non ne sono tuttavia parti: nel merito, la complessiva operazione economica partecipata da più imprenditori rappresenta *quel* contatto sociale fonte di responsabilità solidale e dell'obbligo di protezione legale dei lavoratori, con conseguente assunzione delle obbligazioni relative al rapporto di lavoro in capo a chi non è parte formale del rapporto. La tesi del contatto sociale, oltretutto, non implica la necessità di mettere in discussione il principio generale di unicità della figura datoriale nel rapporto di lavoro, come al contrario avviene invocando la codatorialità.

Soprattutto a seguito della legge Fornero e delle illustrate modifiche sostanziali e processuali introdotte, all'**obbligato in solido** par essere affidato un mero **ruolo di garanzia**, con conseguenti mutamenti della medesima natura dell'obbligazione in parola, che degrada quindi ad indiretta e sussidiaria, secondo le condivisibili osservazioni di S. CASSAR, *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle*

recenti modifiche legislative, cit., e di G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, cit.. Peraltro, l'interpretazione autentica dei limiti soggettivi ed oggettivi della solidarietà operata dal decreto Giovannini, nell'aver impedito ai privati di intervenire sui crediti di cui siano titolari terzi – gli enti previdenziali ed assicurativi – , conferma l'inquadramento della solidarietà nella disciplina ordinaria delle obbligazioni, non potendo committente, appaltatore e subappaltatore esser qualificati alla stregua di “condebitori” giusta art. 1294 c.c., come segnalato da G. GAMBERINI, *La responsabilità solidale negli appalti*, cit..

Infine, in relazione all'*emendatio* compiuta all'ultima parte dell'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, a seguito dell'abolizione della responsabilità solidale fiscale (cfr. capitolo I, parte II, § 3.1.2), l'onere di effettuazione delle ritenute fiscali sui lavoratori occupati negli appalti gravante sull'obbligato in solido è inquadrabile come **accollo cumulativo ex lege**, secondo la condivisibile analisi compiuta da G. GAMBERINI, D. VENTURI, *Appalto: le responsabilità delle imprese dopo il c.d. decreto Semplificazioni fiscali*, cit..

Infatti, la **configurabilità dell'accollo cumulativo di fonte normativa** ha trovato in P. RESCIGNO, voce *Accollo*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civile, Utet, Torino, 1987, I, 40 ss., una risposta positiva, costituendo l'accollo *ex lege* una «categoria comprendente le diverse ipotesi in cui la trasmissione del debito è disposta per legge a seguito di un negozio che non cade direttamente sul debito: in genere la legge dispone il trasferimento dei debiti quando il negozio ha per oggetto un complesso di diritti o di rapporti patrimoniali cui i debiti ineriscano» (p. 44), derivandone che all'accollo legale possono utilmente applicarsi alcune norme proprie dell'omologo negoziale, tra cui gli artt. 1273, c. 4, 1275 e 1276 c.c.. Nello stesso senso, R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, I, 282 ss., individuando ipotesi di accollo cumulativo *ex lege* allorché la legge annette un nuovo obbligato al creditore, per esempio per rafforzarne la garanzia, come appare per l'art. 29, c. 2, legge Biagi, o come previsto dall'art. 1762, c. 2, sulla responsabilità del mediatore nel caso di contraente non nominato, ovvero dall'art. 1717, c. 1, sul sostituto del mandatario.

Se, quindi, è piuttosto pacifica, per quanto meno diffusa dell'omologa negoziale, la configurabilità della fonte legale nell'accollo cumulativo, l'ulteriore scoglio rappresentato dalla sorte della responsabilità solidale è risolto da G. F. CAMPOBASSO,

voce *Accollo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, I, 1 ss., con un ragionamento così sintetizzabile: poiché lo schema normativo implica l'assunzione del debito altrui, l'obbligazione solidale che ne deriva non prevede la divisione del debito sancita dalla disciplina generale delle obbligazioni di cui all'art. 1292 ss. c.c.. Ne deriva, quindi, l'assimilabilità dell'accollo cumulativo più all'**obbligazione solidale passiva ad interesse unisoggettivo** che ad una solidarietà classica, confermando sia l'unità del fenomeno dell'assunzione del debito altrui e relativo spostamento del peso dal debitore originario ad un nuovo soggetto, di cui sono espressione la delegazione, l'espromissione e l'accollo, sia la conseguente degradazione a sussidiaria dell'obbligazione del debitore originario. Nello stesso senso, S. TRIVELLONI, voce *Accollo*, postilla di aggiornamento, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, I, 1 ss..

Altresì, la configurabilità dell'accollo cumulativo riferito agli oneri tributari è ammessa da F. PAPARELLA, voce *Accollo* (dir. trib.), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, I, 1 ss., il quale riconosce all'istituto giuridico *de quo* una **funzione di garanzia** in senso lato, essendo uno strumento che rafforza l'aspettativa patrimoniale dell'Erario ai fini dell'adempimento dell'obbligazione tributaria in forza dell'intervento del terzo che garantisce l'obbligazione originaria: l'accollo, quindi, è riferibile a qualunque tributo essendo collocabile tra gli istituti estintivi dell'obbligazione tributaria.

7 – Un differente inquadramento: le Property e le Liability Rules

Quanto fin qui descritto in ordine alle interpretazioni degli istituti giuridici di derivazione civilistica applicabili all'obbligazione in solido negli appalti ed i relativi tentativi di inquadramento sistematico della disposizione della legge Biagi compiuti dalla dottrina lavoristica, rappresentano il punto da cui la presente ricerca intende muovere, utilizzando tuttavia una **diversa impostazione** sistematica ai fini della collocazione teorica dell'obbligazione solidale.

La ragione di tale opzione riposa sulla difficoltà, impiegando le categorie fin qui analizzate, di illustrare – ed ove possibile, spiegare – l'inversione di tendenza che sembra interessare la tecnica regolatoria nazionale dei fenomeni di *outsourcing*. Se –

come la presente ricerca intende dimostrare – la disciplina italiana delle esternalizzazioni ha subito una **variazione funzionale**, gli stilemi concettuali condivisi dalla dottrina possono apparire inadeguati e/o insufficienti, rendendo opportuna l'integrazione con altri schemi giuridici pensati in contesti differenti. Si rivela quindi efficace un'autorevole, per quanto non recente, classificazione, la cui *ratio* funzionale sconfinava il settore in cui è stata inizialmente elaborata.

Ciascun ordinamento, nell'assegnare diritti e/o posizioni giuridiche soggettive a determinati soggetti, stabilisce altresì il modo attraverso cui proteggere i primi, predisponendo regole volte a garantirne l'effettività: secondo G. CALABRESI, A. DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 85, 1089 ss., le tutele consistono in **regole di proprietà** (*property rules*), di responsabilità (*liability rules*) e di inalienabilità (*inalienability rules*). Alla stregua delle prime, un diritto/posizione giuridica (*entitlement*) è alienabile solo a seguito della volontaria transazione ad opera del suo titolare, al prezzo dal medesimo stabilito ed accettato dal suo avente causa: la carenza di tale consenso legittima il titolare del diritto ad ottenere un'ingiunzione nei confronti del proprio avente causa, sì da inibirne l'azione di spoliazione non consensuale del diritto. Viceversa, se a presidio di quest'ultimo è prevista una **regola di responsabilità**, la posizione giuridica soggettiva è acquisibile anche a prescindere dal consenso del suo titolare, a fronte tuttavia del risarcimento del danno per la perdita subita; infine, i diritti che l'ordinamento ritiene inalienabili sono sottratti a qualsivoglia ipotesi di trasferibilità e la loro sottrazione comporta il rimedio risarcitorio. Mentre per la regola di proprietà l'intervento dell'ordinamento è minimo, limitandosi all'iniziale attribuzione del diritto e lasciandone la decentrata negoziazione alla trattativa privata, con la regola di responsabilità lo spazio normativo aumenta, essendo prevista, oltre all'attribuzione del diritto, anche la valutazione centralizzata ed oggettiva del suo valore, diventando massimo nell'ipotesi di diritti inalienabili.

Il **criterio** suggerito dagli Autori per individuare la **regola** di tutela che meglio si adatta alla posizione giuridica da salvaguardare è ispirato ad un principio di efficienza derivante dai **costi di transazione** (*transaction costs*), nel senso che quando non sussistono dubbi sull'allocazione del diritto e sul suo valore al momento della negoziazione, ovvero se i costi di transazione sono inesistenti/bassi, sussistendo il

consenso dell'avente diritto, la regola di proprietà è preferibile; viceversa, quando l'attribuzione del diritto non sia chiara e/o i costi di transazione siano di difficile determinazione, risulta più efficace la regola di responsabilità; infine, se i costi di negoziazione sono considerevolmente alti, ovvero intervengono ragioni di natura etica, la regola di inalienabilità è più adeguata.

Come acutamente spiegato da J. E. KRIER, S. J. SCHWAB, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, in *New York University Law Review*, 1995, 70, 440 ss., spec., 450, il fondamento posto alla base di una regola di proprietà è l'efficienza, declinata nel senso di lasciare libere le parti, quando possono farlo, di definire i termini della negoziazione, presumendo che vi riescano meglio ed in modo più accurato rispetto a quanto un giudice sarebbe in grado di stabilire. Tuttavia, poiché nella realtà raramente i costi di transazione sono contenuti, risultando al contrario alti ed ostacolando una decentrata gestione degli interessi affidata al mercato, l'interpretazione maggioritaria, quando non assoluta, della classificazione dei rimedi protettivi accolta dagli studiosi è stata nel senso di privilegiare, in tale circostanza, la regola di responsabilità, sulla base del rilievo per cui con costi transattivi elevati la determinazione del valore del diritto oggetto di lesione può essere meglio determinata, in termini di efficienza, dal giudice.

Benché assunto a dogma, tale soluzione teorica, secondo gli Autori da ultimo citati, non è corretta, posto che accanto ai costi di transazione vanno altresì considerati gli omologhi di informazione (*assessment costs*), relativi ad un'erronea valutazione del danno operata dal giudice. In altre parole, nell'interessante ragionamento sviluppato dai predetti Autori, così i costi transattivi possono ostacolare l'applicazione di regole di proprietà, rendendola inefficiente, come i costi informativi possono inficiare la valutazione effettuata dal giudice a titolo risarcitorio, non soddisfacendo criteri di efficienza per l'invocazione di una regola di responsabilità. Infatti, «The error in this conventional view arises because conventional thinking idealistically ignores uncertainty about damages (due to assessment costs) at the same time that it realistically acknowledge bargaining difficulties (due to transaction costs). But the ideal always outdoes the real. Once we recognize that in the real world both transaction costs and assessment costs are regularly significant, the bald preference for liability rules loses its foundation» (p. 454). La conseguenza di ciò, secondo gli Autori, è tale per cui, mentre

non emerge alcun problema – e quindi vanno bene entrambe le regole – in presenza di costi transattivi bassi, risultando al contrario preferibili le regole di responsabilità ove i costi transattivi lascino intravedere il fallimento della trattativa, con costi di informazione elevati, nessuna delle due regole può andare bene, o, al più in termini di efficienza, è preferibile ricorrere ad una regola di proprietà, avendo A. M. POLINSKY, *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies*, W.P. National Bureau on Economic Research, n. 463/1980, 45 ss., evidenziato che se il giudice dispone di informazioni errate nella propria valutazione del danno da risarcire, nessuna delle due regole prevale sull'altra.

A prescindere dal merito della questione su quale regola meglio soddisfi il criterio di efficienza in determinate circostanze, esulando ciò dal tema della presente ricerca, quanto appena riportato risponde a mere ragioni di completezza espositiva, e dà conto dell'ampio risalto ottenuto dalla classificazione suggerita da Calabresi e Melamed, come peraltro testimoniato dai medesimi J. E. KRIER, S. J. SCHWAB, *The 'Cathedral' at Twenty-Five: Citations and Impressions*, in *Yale Law Journal*, 1997, 106, 2121 ss..

7.1 – Segue: l'applicazione delle Property e Liability Rules nel diritto del lavoro

Ai fini della presente ricerca rilevano altresì alcune precedenti applicazioni, nel diritto del lavoro italiano, dell'importante classificazione compiuta da Calabresi e Melamed.

In termini generali, e ferma la sua trasposizione di detta ripartizione al licenziamento individuale del lavoratore, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Giuffrè, Milano, 2001, 92 ss., osserva come l'obiettivo realizzato con la regola di proprietà consista nell'incondizionato godimento del bene sulla base di un assetto distributivo di valori già dato, scoraggiando attività/iniziativa in contrasto con il medesimo; viceversa, con la regola di responsabilità, l'appropriazione del bene, per quanto illecita, è giuridicamente possibile, a patto di pagarne un prezzo a titolo risarcitorio. Infatti, il criterio discrezionale tra regola di proprietà e di responsabilità può essere fondato «sul fatto che, alla base delle regole di responsabilità, vi è una valutazione (economica) di beni e di interessi stabilita *autoritativamente*

dall'ordinamento (e tale da imporsi a tutti i soggetti) mentre le regole proprietarie sono ancora, in certa misura, "funzionali" all'interesse e alla volontà del soggetto-proprietario» (p. 114). La conseguenza di tale impostazione è tale per cui laddove la *property rule* è assoluta e svolge una funzione di deterrenza – dissuadendo chi vorrebbe ottenere un diritto *prohibente domino* mediante l'attribuzione di una disutilità maggiore del vantaggio conseguibile da quel diritto, per esempio sanzionando con l'invalidità/inefficacia l'appropriazione del bene senza il consenso del proprietario –, la *liability rule* è relativa ed assolve una funzione compensativa, rivalendo della perdita subita l'ex titolare del diritto.

Altresì, applicando detta tripartizione alla disciplina italiana delle **esternalizzazioni**, L. CORAZZA, *Contractual integration. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, cit., 231 ss., descrive il passaggio di paradigma regolatorio caratterizzante il panorama normativo italiano in materia: infatti, prima della legge Biagi, l'esplicito divieto di dissociazione tra titolarità formale del rapporto di lavoro ed organizzazione dei mezzi rende l'*inalienability* la regola più adatta; quindi, i mutati assetti del decentramento produttivo fanno propendere verso una *property rule* nelle operazioni di cessione del ramo d'azienda, in cui è protetto il consenso del lavoratore ceduto, laddove la *liability rule* esprime meglio il suo potenziale nella *joint employer doctrine*, in cui la tutela dei lavoratori dagli effetti negativi dei processi di decentramento produttivo è realizzata non con rimedi inibitori, ma di tipo risarcitorio, moltiplicando i soggetti responsabili e coinvolgendo entrambi gli imprenditori quali datori di lavoro. L'art. 29, c. 2, **legge Biagi**, quindi, configura un esempio di **responsabilità congiunta** realizzata tramite il coinvolgimento del committente attraverso una propria scelta consapevole e responsabile di *partner* commerciali affidabili, con cui condividere gli oneri datoriali, posto che «le norme sulla solidarietà ed il collegamento tra il contratto di appalto e quello di lavoro ad esso sotteso, costituiscono, sul versante del rapporto di lavoro, il terreno d'emersione di legami commerciali alla base della *contractual integration*» (p. 250).

7.1.2 – Segue: l’opportunità di una differente applicazione della Property e Liability Rule nelle esternalizzazioni

Quanto sin qui esposto in ordine all’applicazione della tripartizione delle regole di proprietà, di responsabilità e di inalienabilità ai fenomeni di disintegrazione verticale dell’attività produttiva, merita una riflessione.

Infatti, la declinazione dei canoni di protezione dei diritti proposta dall’Autrice da ultimo citata, pur essendo apprezzabile nello sforzo di offrire uno sviluppo per così dire diacronico dell’assetto normativo italiano, sconta nondimeno il contesto storico in cui è stata elaborata, al momento in cui si è verificato il passaggio dal divieto dei fenomeni interpositori alla loro regolamentazione tramite la legge Biagi: quest’ultima, infatti, abrogata la fonte normativa fondante la regola di inalienabilità – ovverosia il divieto interpositorio sancito dalla legge n. 1369 –, tutela i crediti dei lavoratori coinvolti in una cessione di ramo d’azienda tramite una regola di proprietà, prevedendo viceversa che nel caso di appalto trovi applicazione una di responsabilità, rappresentata dalla responsabilità solidale del committente. Tuttavia, le successive modifiche che hanno interessato la disciplina della responsabilità solidale negli appalti, con l’attuale divaricazione tra l’**inderogabilità** dei **crediti** degli **enti** previdenziali e la **derogabilità** dei **crediti** dei **lavoratori**, suggeriscono una diversa applicazione della distinzione tra *property e liability rules*, non più tra fattispecie normative differenti – l’art. 2112 c.c. e l’art. 29, c. 2, legge Biagi –, bensì all’interno della medesima disposizione.

In questo senso, assegnare alle regole di **responsabilità** la tutela delle **retribuzioni** ed alle omologhe di **proprietà** la salvaguardia dei **contributi**, potrebbe costituire un utile tentativo di spiegazione del mutato assetto funzionale che ha contraddistinto l’istituto della responsabilità solidale: per queste considerazioni, sia consentito il rinvio a G. CAROSIELLI, *La (strana) piega della responsabilità solidale del committente*, in *Bollettino ordinario Adapt* 2015, 37, pur dovendo essere segnalato come, a giudizio di J. FUDGE, *Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: the Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation*, cit., la legge privata del contratto, della proprietà e dell’illecito non costituiscano più l’assetto normativo corretto ed imprescindibile per regolare il mercato del lavoro, essendo preferibile la via della responsabilità sociale dell’impresa (cfr. capitolo I, parte I, § 2).

7.2 – Una più estesa applicazione della Liability Rule per regolare la solidarietà retributiva nelle esternalizzazioni

Se il nuovo inquadramento sistematico proposto in merito ai fenomeni di disintegrazione verticale dell'impresa, con conseguente allineamento della solidarietà contributiva alla stregua di una *property rule* e di quella retributiva quale *liability rule*, può indurre a concludere che la tutela delle retribuzioni dei lavoratori impiegati negli appalti sia stata indebolita, occorre tuttavia dar conto dell'**espansività applicativa** riconosciuta alla **regola di responsabilità**.

Infatti, G. CALABRESI, *A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension*, in *Law & Contemporary Problems*, 2014, 77, 1 ss., rivede la sua posizione sulla *liability rule* quale approccio regolatorio che riproduce l'esito che il mercato non è riuscito a realizzare e che fa coincidere l'entità della compensazione risarcitoria per l'alienazione non consensuale del diritto con il prezzo cui il titolare lo avrebbe alienato se avesse voluto disporne. Tale limitante interpretazione della regola di responsabilità, secondo l'Autore, si riflette anche sulla terminologia impiegata, posto che a proposito di *inalienability rule* e di *liability rule*, al termine prezzo (*price*), spesso pigramente impiegato, andrebbero sostituiti, rispettivamente, i più appropriati termini di sanzione (*penalty*) e di valutazione del danno (*assessment*) (p. 4, nota 17). Poiché nella realtà la regola di responsabilità spesso non riproduce l'esito cui la transazione privata avrebbe condotto se fosse stata possibile, concretandosi in valori maggiori o minori del prezzo della transazione, l'**impiego della liability rule** si dimostra quindi **flessibile**, potendo sfiorare tanto la transazione volontaria – e quindi la *property rule* – quanto l'impossibilità di fatto di alienazione del diritto – ovvero sia l'*inalienability rule* –, derivandone che «liability rule being employed to further *collective* aims, rather than market-mirroring aims, while still not going to a fully command entitlement structure» (p. 11).

In particolare, come precisato in G. CALABRESI, *The Future of Law & Economics*, Yale University Press, New Haven, 2016, 121-124, quando la misura compensatoria stabilita collettivamente per la non volontaria alienazione del diritto è inferiore rispetto al valore che una negoziazione privata avrebbe stabilito, la **funzione** della regola di responsabilità si avvicina all'omologa di proprietà, nel senso di incentivarne il ricorso:

infatti, in termini di efficienza, alienare un *entitlement* al costo di mercato tutelerebbe il titolare del diritto, costretto al contrario ad accontentarsi di un controvalore inferiore. Viceversa, quando ad una *liability rule* viene collettivamente fissato un prezzo molto alto, la regola di inalienabilità è più vicina, posto che il controvalore della spoliazione del diritto è così elevato da scoraggiarla, pur non vietandola in modo esplicito. Con le efficaci parole dell'Autore: «These may be areas in which the collective wishes – for whatever reasons of its own – to make it easier than it otherwise would be in a purely consensual market to shift entitlement as well as to engage in activities that result in entitlement shifts. Just as large extra-compensatory damages may reflect a collective decision to approach inalienability, so too systematically undercompensating damages may be the result of a collective decision to encourage those acts or activities that result in entitlements changes!» (p. 121). Ciò in quanto «liability rules (...) are, in different situations, most cost-effective by approximating prices, penalties, or assessment» (p. 128-129).

Volendo trasporre l'evoluzione del pensiero di Calabresi sulle molteplici applicazioni della regola di responsabilità nella disciplina delle esternalizzazioni, vale la pena rilevare come proprio in capo alla **contrattazione collettiva** sia individuabile un potere derogatorio che, se declinato nel senso autorevolmente esposto, può traghettare una tecnica di regolazione dei crediti dei lavoratori nell'*outsourcing* in apparenza debole e remissiva rispetto all'omologa assegnata ai crediti contributivi, verso un meccanismo di tutela moderno e razionale.

CAPITOLO II

La “mutazione funzionale” dell’obbligazione in solido

1 – Posizione del problema

L’oggetto della presente ricerca riguarda l’istituto dell’obbligazione in solido che, ad un primo sguardo, può presentare un’evidente semplicità d’indagine, riferendosi alla regolazione di un aspetto piuttosto marginale nel più ampio fenomeno delle esternalizzazioni che hanno interessato i processi produttivi della seconda metà del secolo scorso. La marginalità in parola riposerebbe sulla circostanza per cui, nel parlare di disintegrazione verticale dell’impresa, il dibattito accademico si è concentrato maggiormente sulla legittimità/condivisibilità della scelta di politica normativa compiuta con il decreto legislativo n. 276, per analizzare solo successivamente il merito dell’opzione fatta propria dal diritto positivo.

Infatti, l’iniziale formulazione dell’art. 29, c. 2, legge Biagi, ha previsto che «In caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l’appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell’appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti»: la disposizione, quindi, ha liberalizzato l’utilizzo di lavoro altrui tramite appalto, distinguendolo dalla somministrazione, posto che, a differenza di quest’ultima, è venuta meno la parità di trattamento tra lavoratori occupati nell’appalto rispetto ai dipendenti del committente, con conservazione della sola responsabilità solidale.

Il principale torto della nuova disciplina dell’appalto è stato individuato nell’aver inciso sul divieto interpositorio, erodendone la portata³, avviando al contempo un processo di vera e propria deregolamentazione⁴ e fronteggiando la sfida competitiva

³ Cfr. P. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 169 ss..

⁴ V. SPEZIALE, *Le “esternalizzazioni” dei processi produttivi dopo il D. Lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2006, I, 3 ss..

imposta dal mercato globale con una riduzione del costo del lavoro e maggior convenienza economica dell'appalto rispetto alla somministrazione⁵.

Posto in questi termini, il dibattito sulla regolazione dell'*outsourcing* ha tuttavia rischiato, al netto delle posizioni di politica del diritto rispettivamente prescelte, di porre in secondo piano la questione relativa alla **funzione dell'obbligazione in solido**, la cui **complessità** è ricavabile da una serie di aspetti. Innanzitutto, ancora oggi, ad oltre un decennio dall'entrata in vigore della legge Biagi, non è possibile parlare di un istituto unitario, essendo al contrario annoverabili diverse ipotesi di solidarietà nei negozi giuridici implicanti l'utilizzo dell'altrui prestazione lavorativa: senza che l'elenco possa esser ritenuto esaustivo, accanto all'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, occorre menzionare, sempre in relazione all'appalto, l'art. 1676 c.c.; l'art. 12 direttiva 2014/67/UE, recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 136; l'art. 26, c. 4, decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, nel caso di infortunio dei lavoratori; l'art. 8, direttiva 2009/52/CE, discutibilmente recepita *ratione materiae* con il decreto legislativo 16 luglio 2012, n. 109; l'art. 8, legge n. 148, nonché nel caso di trasporto merci per conto terzi l'art. 1, c. 247 e 248, legge di Stabilità 2015.

Tale coacervo legislativo crea intuibili difficoltà operative ed ermeneutiche, vuoi perché quasi mai sono definiti in modo inequivoco i rapporti reciproci – diventando quindi arduo distinguere quale tra le predette disposizioni abbia carattere generale rispetto alle altre –, vuoi perché dischiude una piattaforma normativa che va necessariamente declinata al plurale, essendo doveroso parlare di *obbligazioni solidali*, piuttosto che di un'unica ipotesi di vincolo obbligatorio. Altresì, occorre considerare il doppio piano, sotto il profilo delle **fonti del diritto**, creato dalla contemporanea presenza di almeno due sistemi di regolazione differenti per la medesima fattispecie, posto che, esemplificando, la solidarietà invocabile per i lavoratori distaccati in Italia in esecuzione di una prestazione di servizi non solo continua a divergere, per alcuni aspetti, da quella che vincola il committente un appaltato nazionale⁶, bensì muta rispetto a quella che obbliga il destinatario di una prestazione lavorativa svolta da lavoratori extracomunitari occupati senza regolare permesso di soggiorno in Italia. Né sono di conforto gli specifici requisiti oggettivi e soggettivi previsti da ciascuna fattispecie,

⁵ U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2009, 1, 91 ss..

⁶ Diffusamente, il capitolo IV, §§ 2 ss..

atteso che, esemplificando, laddove sono tutelati dipendenti e parasubordinati il credito è limitato alla sola retribuzione maturata nell'esecuzione dell'appalto (art. 29, c. 2, legge Biagi), ovvero l'osservanza delle disposizioni di legge o del contratto collettivo sottoscritto dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative onera l'imprenditore, ma non il datore di lavoro (artt. 2, c. 1, lett. e, 4, decreto legislativo n. 136), per tacere infine della derogabilità o meno del vincolo solidale, della sua estensibilità all'intera catena negoziale, del termine decadenziale per far valere il diritto o dei destinatari del medesimo.

A completare un quadro già di per sé nebuloso, contribuisce la variante di obbligazione in solido nel caso di contratto di trasporto, la quale, pur sorvolando sui rapporti di interferenza e/o diversità rispetto alle altre disposizioni, pone il **problema**, tutt'altro che secondario, di una **disciplina unitaria** dei fenomeni in cui siano coinvolte prestazioni lavorative formalmente legate ad un soggetto diverso da quello che ne beneficia, realizzando così un'efficace piattaforma regolatoria che prescindendo dal *nomen juris* del contratto di volta in volta adottato. Non da ultimo, le ripetute, frenetiche modifiche all'art. 29, c. 2, legge Biagi, hanno inciso sulla sua natura giuridica e sulla sua funzione, legittimando più di un dubbio sul senso e l'utilità dell'istituto: pur volendo circoscrivere l'indagine alla sola fattispecie contenuta nel decreto legislativo n. 276, l'impresa si rivela meno semplice di quanto l'apparenza potrebbe suggerire, implicando un approccio che vada oltre il diritto del lavoro, da un lato, ed i confini nazionali, dall'altro, provando ad analizzare attraverso questa duplice chiave di lettura un istituto che sempre più pare soffrire lo iato tra la funzione che dovrebbe assolvere e la disciplina che gli è riservata.

2 – Le numerose formulazioni dell'obbligazione in solido

Al netto dell'inspiegabile, iniziale limitazione ai soli appalti di servizi, la diversa regolazione della triangolazione lavorativa introdotta con il decreto legislativo n. 276 predispone una **tutela** dei lavoratori ivi coinvolti **qualitativamente** differente rispetto alla precedente disciplina, alla luce di un duplice rilievo: in primo luogo, in virtù della sostanziale inoperatività del principio di parità di trattamento tra lavoratori

dell'appaltante e dell'appaltatore, stabilito dall'art. 3, legge n. 1369, dovuta alle difficoltà comparative fra mansioni e contratti collettivi differenti; altresì, in un'ottica europea, in relazione alle soluzioni normative adottate negli altri ordinamenti, e vieppiù dalla legislazione comunitaria. Quest'ultima – e salva la proposta di modifica dell'art. 3, direttiva 96/71/CE⁷ – nel consentire l'appalto transnazionale di servizi, prevede l'applicazione della *lex loci laboris* al cd. zoccolo duro di diritti in favore del lavoratore distaccato, senza contemplare la parità di trattamento tra lavoratori del Paese di invio e di provenienza, accettando quindi che la competizione fra imprese possa giocarsi, entro certi limiti, anche alla voce costo del lavoro⁸.

Al pari di un tronco d'albero secolare, la responsabilità solidale negli appalti di cui all'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, contiene in sé la “storia” delle alterne vicende che l'hanno caratterizzata: è quindi sufficiente scorrere in successione cronologica gli interventi al testo di legge per cogliere l'esigenza sentita come prioritaria in un dato momento, non sempre tuttavia coerente con la funzione e la finalità dell'istituto.

Infatti, la prima modifica riguardante l'art. 29, c. 2, legge Biagi, compiuta con il decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, estende, in modo condivisibile ed opportuno, il rimedio solidale anche agli **appalti di opere**, ampliando la platea di lavoratori i cui crediti sono garantiti dalla presenza di un ulteriore debitore – il committente l'appalto, appunto – pur ammettendo, per la solidarietà, una diversa previsione da parte della contrattazione nazionale stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Quest'ultimo emendamento al testo di legge, di innegabile genericità, si dimostra inidoneo a disciplinare in modo corretto ed equilibrato i fenomeni di disintegrazione verticale dell'impresa, non prevedendo alcun onere comportamentale di diligenza a carico dell'obbligato in solido a compensazione della ridotta portata del rimedio previsto in favore dei lavoratori.

Un innesto significativo alla responsabilità solidale è introdotto dalla legge finanziaria 2007, la quale, nell'eliminare le predette «diverse previsioni» di fonte negoziale, ammette il rimedio in parola entro il biennio dalla cessazione dell'appalto, ma, soprattutto, lo estende all'intera **filiera negoziale**, offrendo una tecnica di tutela

⁷ Su cui la sintesi rinvenibile sul sito http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_it.htm.

⁸ In questo senso, G. ORLANDINI, *Il distacco transnazionale*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, 640 ss..

auspicata anche a livello internazionale⁹. La novità non è di poco conto, posto che gli assetti regolatori della responsabilità solidale negli appalti, previsti nella direttiva 2009/52/CE¹⁰ ed in quella 2014/67/UE¹¹, subordinano il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nella catena negoziale alla consapevolezza dell'altrui occupazione di lavoratori extracomunitari senza permesso di soggiorno (art. 8, c. 2, direttiva 52 cit.), ovvero la declinano come mera facoltà, nel caso di prestazioni transnazionali di servizi (art. 12, direttiva 67 cit.). In entrambi i casi, resta tuttavia ferma la possibilità, per ciascun Stato membro, di disciplinare meccanismi di sottrazione alla solidarietà a fronte di contegni diligenti assunti dal contraente-appaltante (artt. 8, c. 3, cit. e 12, c. 5, cit.).

La disciplina della responsabilità solidale negli appalti emersa dalla legge finanziaria 2007 protegge i lavoratori con la doppia previsione, di tipo quantitativo, dell'ascrivibilità a tutti i componenti la filiera negoziale del mancato pagamento delle retribuzioni e della possibilità di coinvolgere gli eventuali subappaltanti entro il biennio di cessazione dell'appalto, con la precisazione che «i due anni, nel caso di subappalto, non possono che decorrere dalla data di cessazione dei lavori eseguiti dal subappaltatore, in forza del relativo contratto di subappalto»¹². Se in linea teorica il rimedio *de quo* appare condivisibile, all'atto pratico rischia tuttavia di tradire **difficoltà operative**, rappresentate dall'onere per il lavoratore di scegliere fra citare in giudizio il contraente successivo della catena, a fronte del mancato pagamento e/o incapacienza del precedente e facendo comunque attenzione al termine decadenziale, ovvero notificare contemporaneamente la propria richiesta di pagamento a tutti gli obbligati in solido, nei fatti tradendo la *ratio* dell'istituto, volta proprio a far risparmiare al creditore il disagio di rivolgersi a ciascun debitore per la rispettiva quota¹³. Oltretutto, com'è stato acutamente notato¹⁴, l'estensione dell'obbligazione solidale all'intera filiera negoziale non scongiura in alcun modo che i crediti dei lavoratori, pur garantiti dall'allargamento del numero dei debitori, siano conformi ai valori di mercato, rendendo preferibile la ricerca di un diverso e più efficace sistema di bilanciamento tra le esigenze dell'impresa e la tutela dei lavoratori.

⁹ LUCAS K., PLANK L., STARITZ C., *Securing Labour Rights in Global Production Networks*, 2010.

¹⁰ Cfr. capitolo I, parte II, § 6.3.

¹¹ Capitolo IV, §§ 2 e 2.1.

¹² Ministero del lavoro, nota del 13 aprile 2012, prot. 7140.

¹³ C. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, IV, Giuffrè, Milano, 1993, 492 ss..

¹⁴ U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, cit..

Differente rispetto a quanto sin qui detto è l'impostazione seguita dall'art. 35, c. 28, decreto Bersani, introducendo la **responsabilità solidale** dell'**appaltatore**, nei limiti dell'ammontare dovuto, per il mancato versamento ad opera del subappaltatore delle ritenute fiscali da lavoro dipendente in relazione al subappalto, salvo che l'obbligato in solido non verifichi, prima di pagare il corrispettivo, l'avvenuto adempimento degli obblighi contributivi e fiscali cui è tenuto il datore di lavoro. In questo caso, infatti, l'approccio è capovolto, preferendo responsabilizzare l'appaltatore-committente tramite l'adozione di **comportamenti diligenti**, che evitino *ex ante* il danno del mancato pagamento delle retribuzioni dei lavoratori, piuttosto che cercare di risolverlo *ex post* moltiplicando i debitori.

Anche in considerazione della predetta tendenza seguita a livello comunitario, sarebbe stato opportuno riflettere sull'efficacia di un sistema fondato sulla *due diligence*, magari preferendolo all'altro di tipo risarcitorio rappresentato dalla responsabilità solidale 'secca' di cui all'art. 29, c. 2, legge Biagi. L'occasione sarebbe stata altresì propizia per una disciplina unitaria e coerente della materia, elaborando un percorso di verifica degli altrui pagamenti snello ed efficace, ben lontano da quanto sintetizzato a livello interministeriale¹⁵ ed opportunamente espunto dall'ordinamento tramite il decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, convertito in legge 2 agosto 2008, n. 129.

Al contrario, il legislatore nazionale preferisce conservare la vigenza di due norme aventi sovrapposizioni contenutistiche di difficile soluzione immediata, nei fatti avviando l'infelice stagione della **proliferazione di ipotesi di responsabilità solidale**, ciascuna di esse diversa dalle altre nella disciplina complessiva, eppure con ognuna delle medesime partecipante di un aspetto, tanto da rendere necessaria una loro trattazione separata.

3 – L'art. 29, c. 2, legge Biagi, e l'art. 35, c. 28, decreto Bersani

Il principale problema causato dal decreto Bersani alla disciplina della solidarietà riguarda, al netto della macchinosa procedura prevista per l'esonero da responsabilità ed

¹⁵ Il riferimento è al decreto del Ministero del lavoro, di concerto con quello dell'Economia e Finanze, del 25 febbraio 2008, attuativo dell'art. 35, c. 28-34, decreto Bersani, mai entrato in vigore a causa dell'abrogazione dei predetti commi ad opera del decreto legge n. 97 cit..

anche a seguito dell'abrogazione dei commi da 29 a 34 dell'art. 35, il **differente trattamento** di cui è destinatario l'**appaltatore** rispetto al committente: infatti, mentre giusta art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, la solidarietà retributiva e contributiva copre l'intera filiera negoziale, partendo dall'ultimo subappaltatore per giungere al vertice della catena, *prima facie* non pare così per la responsabilità fiscale, che esclude dal vincolo solidale proprio il committente. Tale distinzione, che trova fondamento anche nell'orientamento di prassi¹⁶, non appaga tuttavia il ragionamento sistematico, sia in considerazione della **funzione** del contratto di **subappalto**, sia in relazione del compito assolto dal rimedio solidale: in relazione al primo aspetto, infatti, occorre considerare che, mancando nel codice civile una disciplina specifica per detto negozio tipico – limitandosi l'art. 1656 c.c. a prevedere la necessaria autorizzazione al subappalto da parte del committente – è giocoforza, oltre che ragionevole, ritenere il subappalto una *species* dell'appalto, da cui deriva posizioni giuridiche soggettive, obblighi e disciplina. Di conseguenza, quanto previsto dal decreto Bersani per l'appaltatore andrebbe indirizzato anche al soggetto posto al vertice della filiera negoziale, superando il dato formale del termine "committente" in favore di una sua accezione sostanziale, tale essendo chiunque affidi ad altri un lavoro e/o un servizio, o una sua parte. Ciò vale anche pensando alla *ratio* dell'**obbligazione in solido**, che mal si concilierebbe con un'irragionevole distinzione tra i lavoratori occupati nell'appalto, privi della solidarietà di tipo fiscale, e gli altri impiegati nel subappalto, garantiti anche per tale aspetto.

Seguendo tale chiave interpretativa, troverebbero positiva soluzione anche gli ulteriori dubbi relativi alla copertura oggettiva ed al termine per far valere il diritto: letto in chiave sostanziale, infatti, l'art. 35, c. 2, decreto Bersani, comprenderebbe anche la solidarietà retributiva, ad onta dell'avverso orientamento ministeriale¹⁷, posto che le ritenute fiscali presuppongono in modo implicito le retribuzioni, su cui le predette sono applicate, in modo speculare rispetto a quanto argomentabile, in relazione all'art. 29, c. 2, legge Biagi, per i premi assicurativi, rientranti nel regime solidale a seguito delle modifiche introdotte al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, dalla legge

¹⁶ Cfr., ancorché implicitamente, Ministero del lavoro, interpello del 2 aprile 2010, n. 3.

¹⁷ Ministero del lavoro, circolare dell'11 febbraio 2011, n. 5, per la quale l'art. 35, c. 28, decreto Bersani, integrerebbe la fattispecie della responsabilità solidale delineata dall'art. 29, c. 2, legge Biagi, estendendola ai profili fiscali, escludendo tuttavia le retribuzioni.

finanziaria 2007¹⁸. Allo stesso modo, la solidarietà a favore degli enti previdenziali non godrebbe del termine di prescrizione, di durata quinquennale, bensì di quello decadenziale di due anni, riferendosi a diritti relativi ad oneri retributivi e previdenziali¹⁹.

Se il decreto Bersani si sovrappone alla legge Biagi sia per quanto attiene ai soggetti coinvolti (committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori), sia per l'oggetto della tutela (contributi e retribuzioni, pur in modo implicito, nonché premi assicurativi, presupposti anche nel vincolo solidale *ex art. 29, c. 2*), l'unica differenza distinguibile tra i provvedimenti legislativi *de quibus* è quindi rinvenibile nell'estensione della responsabilità solidale ai profili fiscali, compiuta proprio con l'art. 35, c. 28. Tuttavia, se così fosse, risulterebbero orfani di plausibile spiegazione gli unici due elementi delle disposizioni esaminate che trovano l'unanimità della dottrina: da un lato, la tecnica legislativa utilizzata che, pur volendo sorvolare sull'infelice formulazione dell'art. 35, c. 28, sarebbe stata pessima nell'**allargamento** al solo aspetto **fiscale** della **solidarietà** prevista *aliunde*, posto che, se tale era l'intento del legislatore del 2006, gli sarebbe stato sufficiente precisare che l'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, valeva *anche* per il versamento delle ritenute fiscali; dall'altro, la differente platea dei destinatari del rimedio solidale. Infatti, laddove l'art. 29, c. 2, legge Biagi, si riferisce ai «lavoratori» impiegati negli appalti, includendo in tale generica dizione tanto i rapporti di lavoro dipendenti quanto quelli di tipo parasubordinato²⁰, l'art. 35, c. 28, decreto Bersani, parlando di ritenute fiscali, è diretto soltanto ai primi.

Se la prima regola dell'attività ermeneutica consiste nell'offrire un'interpretazione che dia un senso pieno alla disposizione, diventa allora riduttivo reputare, derubricandolo, l'art. 35, c. 28, decreto Bersani, un duplicato dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, essendo al contrario doveroso considerarlo una **previsione autonoma** dall'altra, per quanto con la medesima partecipante di numerosi aspetti. Un convincente riscontro del ragionamento fin qui svolto è ricavabile dall'ulteriore modifica relativa alla responsabilità fiscale, posto che il decreto legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito in legge 26 aprile 2012, n. 44, successivamente ritoccato dal decreto legge 22 giugno 2012, n.

¹⁸ P. RAUSEI, *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2007, 44, 2628 ss..

¹⁹ Circ. n. 5/2011 cit..

²⁰ In questo senso anche l'orientamento di prassi: cfr. circ. n. 5/2011, cit., che vi ricomprende i collaboratori a progetto e gli associati in partecipazione.

83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, introduce nell'oggetto della responsabilità fiscale dell'appaltatore verso il subappaltatore anche l'I.V.A., evitabile a fronte di contegni diligenti, distinguendo altresì, in ordine alle conseguenze derivanti dall'omessa verifica preventiva della regolarità dei pagamenti, tra committente, destinatario di una sanzione amministrativa, ed appaltatore, esposto alla solidarietà. La doppia riforma del 2012 sulla responsabilità fiscale, quindi, ne delinea la portata, espungendo la solidarietà previdenziale ed assicurativa, accorpando alle ritenute fiscali anche il versamento dell'I.V.A., pur conservando la discutibile distinzione tra committente ed appaltatore, confermando in ogni caso la **diversa ipotesi di vincolo solidale**, che si affianca a quella "ordinaria" prevista dalla legge Biagi.

Alla possibile obiezione per cui la privazione dalla solidarietà fiscale del versamento dell'I.V.A. compiuta dal decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98 («decreto del fare»), nonché l'abrogazione dell'intera fattispecie da parte del decreto legislativo 21 novembre 2014, n. 175, e contestuale integrazione dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, con l'assolvimento degli obblighi del sostituto d'imposta a carico dell'obbligato in solido²¹, confermano *a posteriori* l'originaria identità delle due disposizioni, può essere efficacemente replicato che, in realtà, gli ultimi interventi normativi compiono un'operazione di parziale razionalizzazione degli strumenti regolativi degli appalti, evitando confusioni e sovrapposizioni di articoli di legge. Da ciò, tuttavia, non è argomentabile l'esistenza di due disposizioni identiche: semmai, spiega i numerosi interventi sulla disciplina della solidarietà alla luce del progressivo affinamento della definizione applicativa²² per i profili soggettivo ed oggettivo dell'istituto, compiuto dal legislatore negli anni.

Nondimeno, accanto alla pur suggestiva tesi riportata, vale la pena cercare un'altra **chiave di lettura della solidarietà**, che vede nel decreto Bersani l'avvio di una (contro)tendenza degna di approfondimento.

²¹ Cfr. in argomento, Agenzia delle Entrate, circolare del 30 dicembre 2014, n. 31/E, richiamante la precedente risoluzione del 19 dicembre 2008, n. 481/E, sull'obbligo del committente obbligato in solido di effettuare il versamento delle ritenute fiscali giusta art. 23, c. 1, D.P.R. n. 600/1973.

²² S. CASSAR, *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, 11, 834 ss..

4 – L'attenzione ai crediti dello Stato

Che la responsabilità solidale negli appalti e, più in generale nei fenomeni di esternalizzazione, costituisca lo strumento del diritto positivo per regolarli proteggendo i lavoratori ivi coinvolti, è un'acquisizione pacifica nella letteratura, anche di tipo internazionale, che trova puntuale conferma tanto nell'ordinamento giuridico nazionale, quanto nella prassi applicativa.

Sul punto, infatti, merita menzione un consolidato orientamento ministeriale che ravvisa nell'art. 29, c. 2, legge Biagi, una «particolare garanzia retributiva e previdenziale in favore dei lavoratori occupati negli appalti o subappalti di opere e servizi (...) che riguarda (...) tutti i soggetti operanti nella filiera, dal committente all'appaltatore nonché a ciascuno degli eventuali subappaltatori»²³.

Tuttavia, la direzione che il diritto positivo sembra prendere è, se non proprio opposta alla tutela delle ragioni creditorie dei lavoratori, sensibilmente autonoma da quest'ultima, assegnando alla **responsabilità solidale** una funzione che, quando non del tutto estranea, appare quantomeno dubbia: la crescente e prevalente **attenzione ai crediti previdenziali, assicurativi e fiscali**, in luogo di quelli dei lavoratori occupati nei fenomeni di *outsourcing*.

Che l'avvio di tale tendenza coincida con il decreto Bersani è ricavabile da due argomenti: il primo, di tipo letterale, afferisce alla rubrica del medesimo art. 35, c. 28, contenente «Misure di contrasto dell'evasione e dell'elusione fiscale», che rende limpida l'intenzione del legislatore di affidare al rimedio in parola l'obiettivo di fronteggiare pratiche commerciali irrispettose della normativa fiscale, piuttosto che di offrire un ulteriore strumento di tutela dei lavoratori. La fondatezza di tale osservazione trova conferma nell'art. 36bis del decreto Bersani, palesemente rubricato e rivolto, invece, all'adozione di controffensive al lavoro sommerso ed alla promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro. Il secondo aspetto, di ordine sistematico, è colto alla luce del rapporto dell'art. 35, c. 28, decreto Bersani, con l'art. 29, c. 2, decreto legislativo n.

²³ Int. n. 3/2010, cit.. Cfr., seppur incidentalmente, Ministero del lavoro, interpello del 15 maggio 2009, n. 35, per il quale la tutela del lavoratore impiegato negli appalti rappresenta il fine evidente dell'art. 29, c. 2, legge Biagi. Di recente, Ministero del lavoro, interpello del 17 aprile 2015, n. 9, su cui *infra*, fondante la derogabilità della responsabilità solidale nel contratto collettivo dell'appaltatore, potendo disporre della facoltà derogatoria soltanto i sindacati rappresentativi dei titolari della tutela accordata dalla solidarietà, ovverosia i lavoratori.

276²⁴: non potendo il primo esser inteso un mero duplicato del secondo, la sua *ratio* riposa sulla maggiore attenzione riconosciuta ai crediti dello Stato, con ampliamento della responsabilità al profilo fiscale tramite il doppio intervento del 2012 e la ribadita esclusione delle retribuzioni.

In altri termini, se è preferibile ritenere che, per quanto condividenti un sottoinsieme, la solidarietà disciplinata dalla legge Biagi differisce dall'omologa prevista dal decreto Bersani, tale diversità non può che esser ravvisata nella spiccata preferenza di quest'ultimo verso i crediti previdenziali, assicurativi e fiscali derivanti dall'appalto, sintomatica di un interesse dell'ordinamento giuridico che, se poteva apparire indiretto vigente la concorrenza delle due disposizioni, a seguito delle ulteriori modifiche all'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276²⁵, si palesa nella sua interezza.

Un'ulteriore conferma della vocazione della responsabilità solidale a tutelare i crediti erariali è ricavabile da un successivo orientamento di prassi²⁶, per il quale la modificata solidarietà va riferita alla totalità dei settori produttivi, posto che l'art. 35, c. 28, decreto Bersani, è rivolto al contrasto dell'evasione/elusione fiscale.

Peraltro, il 2012 si caratterizza anche per frenetiche modifiche all'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276: la prima è compiuta dal decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5 («decreto semplificazioni»), convertito in legge 4 aprile 2012, n. 35, il quale, a livello oggettivo, include nella solidarietà il t.f.r. maturato dal lavoratore in relazione al periodo di esecuzione dell'appalto, nonché i premi assicurativi, escludendovi le sanzioni civili derivanti dal mancato pagamento, di cui resta esclusivo responsabile il datore di lavoro; altresì, in sede di conversione del provvedimento governativo d'urgenza, trovano spazio le esigenze di alleggerimento della posizione dell'obbligato in solido, il quale, se convenuto in giudizio in assenza del datore di lavoro, indicandone i beni su cui i creditori possono agevolmente soddisfarsi, può eccepire il beneficio di preventiva escussione.

La novità di tipo sostanziale introdotta con il decreto legge n. 5 cit., smentisce l'orientamento di prassi²⁷, contemplante nella solidarietà sia gli interessi sul debito

²⁴ Cfr. § 3.

²⁵ Su cui § 5.

²⁶ Agenzia delle Entrate, circolare del 1° marzo 2013, n. 2/E, contenente chiarimenti sull'art. 13^{ter} del decreto legge n. 83 cit., come inizialmente interpretato dalla circolare del medesimo Ente dell'8 ottobre 2012, n. 40.

²⁷ Int. n. 3/2010, cit..

previdenziale, in ragione del loro stretto rapporto con il medesimo debito per lasciare inalterato il valore reale di quanto dovuto alla P.A., sia le sanzioni civili, stante la loro natura risarcitoria a seguito dell'inadempimento, escludendo soltanto le sanzioni amministrative, la cui natura afflittiva, appunto, comporta una loro applicazione solidale solo quando espressamente previsto²⁸. L'esclusione normativa non è di poco conto, disattendendo la posizione ministeriale che, favorevole alle ragioni creditorie statali, ravvisa la compatibilità tra la natura risarcitoria degli interessi sul debito previdenziale e la funzione di garanzia dei lavoratori svolta dalla solidarietà²⁹.

Invero, il ragionamento sul punto non è pregevole, posto che attribuisce alla salvaguardia del credito contributivo, estraneo alla posizione giuridica dei lavoratori occupati nell'appalto, riflessi positivi e/o anche solo connessioni con la funzione di garanzia della solidarietà in favore dei prestatori di lavoro. In altre parole, sostenere che le sanzioni amministrative non rientrano nel regime solidale stante la loro natura afflittiva afferente il rapporto con la P.A., laddove le sanzioni civili ne fanno parte in virtù della loro natura risarcitoria di un credito vantato dalla medesima P.A.³⁰, vuol dire realizzare un cortocircuito logico-giuridico: infatti, alcuna differenza sussiste, a livello di impostazione, tra un credito della P.A. maturato a titolo di sanzione amministrativa per inosservanza dell'obbligo contributivo, ed un altro nascente dalla sanzione civile legata alla stessa inosservanza.

Nondimeno, il chiarimento del diritto positivo sconta una certa parzialità, non avendo precisato se l'esclusione *de qua* afferisca anche agli interessi sul debito previdenziale, che un successivo parere ministeriale³¹ conferma come dovuti anche dall'obbligato solidale, raggiunta l'entità massima prevista dalla sanzione civile: ciò in considerazione sia della differente previsione legislativa – che, se avesse voluto, ben avrebbe potuto escludere dall'obbligazione solidale anche gli interessi moratori –, sia dal disposto dell'art. 1294 c.c., per il quale la solidarietà è la regola con pluralità di debitori, salvo che il titolo o la legge non disponga diversamente.

²⁸ Per esempio, dall'art. 6, legge 24 novembre 1981, n. 689, sull'illecito amministrativo.

²⁹ Cfr. Int. n. 3/2010, cit., argomentando in risposta al primo quesito, per motivare l'esclusione dell'obbligazione solidale delle sanzioni amministrative.

³⁰ Qual è quello previdenziale ed assicurativo, come verrà precisato *infra*.

³¹ Ministero del lavoro, parere del 21 marzo 2012, prot. 37/0005226, dopo che con la circolare del 16 febbraio 2012, n. 2, il medesimo Dicastero ha preso atto dell'esclusione dalla solidarietà delle sanzioni civili.

Sia pure in controluce, la superata posizione ministeriale anticipa di poco un ulteriore chiarimento che segna il passo dell'istituto in parola. Tuttavia, prima di darne conto, è preferibile illustrare le successive modifiche all'art. 29, c. 2, legge Biagi.

5 – La legge Fornero ed il decreto Giovannini

L'art. 4, c. 31, legge Fornero, ritocca a breve distanza dal precedente intervento la disciplina sugli appalti, stabilendo la **derogabilità** della **responsabilità solidale** ad opera dei «contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti».

Di uguale impatto è l'introduzione, a livello processuale, del litisconsorzio necessario tra datore di lavoro inadempiente ed obbligato solidale, il quale può invocare il *beneficium excussionis*, anche verso gli enti previdenziali³², senza dover più indicare i beni dell'inadempiente su cui i creditori possono agevolmente soddisfarsi.

La derogabilità del rimedio solidale, nella versione del 2012, appare più precisa rispetto alla precedente formulazione del 2004, affiancando alla facoltà in parola l'individuazione di metodi e procedure atte a garantire la regolarità complessiva delle esternalizzazioni compiute: tuttavia, non riesce a sottrarsi a due **lacune** sostanziali, rinvenibili vuoi nell'omessa precisazione del contratto collettivo – dell'appaltatore o del committente – legittimato a prevedere e disciplinare la deroga, vuoi nel non aver definito i termini del legame tra la derogabilità ed i «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti»³³. La circostanza per cui soltanto la prima delle due carenze sia stata chiarita, a distanza di anni e tramite una precisazione ministeriale³⁴, offre la misura della sostanziale **inapplicabilità immediata** delle novità introdotte nel giugno 2012.

³² P. TOSI, "Appalto di opere o di servizi" e solidarietà dopo la l. n. 92/2012, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2012, 10, 977 ss..

³³ D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, in M. AIMO, D. IZZI, (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, 51 ss..

³⁴ Ministero del lavoro, interpello del 17 aprile 2015, n. 9, individuando nel Ccnl dell'appaltatore la fonte negoziale che può prevedere la derogabilità.

Al di là delle obiezioni ricevute dalla legge Fornero sull'effettiva erosione dei diritti dei lavoratori attuata mediante tali modifiche³⁵, ai fini della presente ricerca è importante sottolineare la momentanea inversione di tendenza che sembra delinearsi, a livello di impostazione legislativa, in merito all'obbligazione in solido: infatti, la derogabilità del rimedio, da un lato, ed il litisconsorzio necessario e la più semplice eccezionalità del beneficio di preventiva escussione, dall'altro, lasciano intravedere sia un alleggerimento della posizione dell'obbligato in solido, sia, soprattutto, un timido tentativo di uniformare (almeno) le fattispecie principali dell'istituto, essendo stata da poco rivisitata anche la responsabilità solidale fiscale, emendando l'art. 35, c. 28, decreto Bersani³⁶. In particolare, l'elemento comune di entrambe è rappresentato dai comportamenti di **diligenza**³⁷ che, se posti in essere dal committente ovvero delineati dalle parti sociali per garantire la regolarità degli appalti, consentono, rispettivamente, l'esonero dalla responsabilità solidale fiscale e la derogabilità di quella retributiva/contributiva.

Tuttavia, il cambio di rotta, ove mai effettivo, subisce un'immediata battuta di arresto, posto che a meno di un anno di distanza dall'entrata in vigore della legge Fornero, un intervento di prassi³⁸ limita la **derogabilità** della **responsabilità** solidale alle sole **retribuzioni**, sulla base del principio generale dell'ordinamento per cui la fonte negoziale non può incidere sui saldi di finanza pubblica. Pur concessa la condivisibilità del ragionamento ministeriale – che, in realtà, sembra non considerare che la fonte negoziale deriva il proprio potere dalla legge, potendo quindi incidere sul bilancio, essendo semmai un problema di copertura finanziaria, giusta art. 81, c. 4, Costituzione –, la successiva conferma della posizione ministeriale da parte del decreto Giovannini, incorporante altresì l'estensione del concetto di «lavoratori»³⁹ a parasubordinati ed autonomi ai fini della solidarietà in favore degli enti, sgombera il

³⁵ Su cui capitolo I, parte II, § 4 ss..

³⁶ Cfr. § 3.

³⁷ G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 205 ss..

³⁸ Ministero del lavoro, nota del 22 aprile 2013, prot. 7258 (*Vademecum* legge Fornero).

³⁹ Cfr. *Vademecum* cit., che, nei fatti, recupera la posizione già espressa sul punto dalla circ. n. 5/2011, cit..

campo da possibili dubbi, esplicitando, attraverso la tecnica di interpretazione autentica, il complessivo *favor* verso la P.A.⁴⁰.

Infatti, posto che l'intervento correttivo del 2013 incide sulla responsabilità solidale solo per dilatarne la portata – estendendo il vincolo *de quo* ai lavoratori parasubordinati ed autonomi –, al contempo delimitandola in presenza di un interesse pubblico – inderogabilità dei contributi ed inapplicabilità della solidarietà quando committente sia la P.A. –, appare chiara l'ulteriore **funzione** attribuita alla responsabilità solidale in relazione alla **salvaguardia dei contributi**.

Peraltro, il successivo chiarimento ministeriale⁴¹ sulla reale portata della dilatazione soggettiva dei beneficiari della solidarietà, riferita ai lavoratori dipendenti e parasubordinati ma non agli autonomi versando quest'ultimi direttamente i contributi senza alcuna mediazione del sostituto d'imposta, se appare condivisibile nella sua ragionevolezza, non gode tuttavia del conforto legislativo. A mente dell'art. 9, c. 1, decreto Giovannini, infatti, «Le disposizioni di cui all'art. 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, trovano applicazione anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo», senza che sia possibile argomentare diversamente dall'ampia dizione usata, a meno di non volerne restringere indebitamente la portata applicativa.

L'autentica “mutazione funzionale” subita dalla responsabilità solidale rappresenta, quindi, un punto da cui partire, tramite una duplice chiave di analisi: il piano giuridico nazionale, verificando la compatibilità della torsione della *ratio* dell'istituto con la natura giuridica della solidarietà; il piano europeo e comunitario, esaminando le principali soluzioni extranazionali al fine di indagarne affinità e differenze.

⁴⁰ In ambedue i sensi, G. GAMBERINI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, 312 ss.. Occorre tuttavia precisare che, nella sua recente pronuncia del 10 ottobre 2016, n. 20327, la Corte di Cassazione ha escluso la funzione di interpretazione autentica del decreto Giovannini con riferimento all'invocabilità del vincolo solidale in capo alla P.A. committente, posto che le differenti disciplina, *ratio* e funzioni dell'appalto pubblico rispetto all'omologo privato rendono non invocabile, sin dall'emanazione del decreto legislativo n. 276, l'applicabilità al primo del rimedio in favore dei lavoratori previsto per il secondo. Ciò, pur non potendo esser escluso un qualche “ausilio interpretativo” fornito dalla formulazione dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, emersa dopo le modifiche del 2013.

⁴¹ Ministero del lavoro, circolare del 29 agosto 2013, n. 35, recante indicazioni operative al personale ispettivo a seguito dell'entrata in vigore del decreto Giovannini.

6 – L'obbligazione in solido tra Property Rules e Liability Rules

Come detto, la responsabilità solidale del committente rappresenta, a livello di tecnica di regolazione, il rimedio per tutelare i lavoratori impiegati nei fenomeni di disintegrazione verticale dell'impresa, in cui, venuta meno l'equazione tra fruitore della prestazione lavorativa e datore di lavoro formale, elevato è il rischio che la filiera negoziale favorisca l'elusione degli obblighi datoriali. Infatti, superata l'ostilità, o anche solo la diffidenza, verso le situazioni interpositorie, la maggioranza degli ordinamenti giuridici ha preferito al loro divieto una più funzionale regolazione, trovando nel coinvolgimento del beneficiario della prestazione la tenuta di esigenze contrapposte: da un lato, la salvaguardia dei lavoratori posti alle dipendenze di più figure datoriali; dall'altro, il libero esercizio delle libertà imprenditoriali. Le iniziali discipline della **responsabilità solidale** hanno riguardato soltanto i profili di **salute e sicurezza dei lavoratori** impegnati nei processi produttivi integrati, al fine di salvaguardare la loro incolumità fisica e/o il completo risarcimento in caso di infortuni e/o lesioni permanenti. In un secondo momento, la solidarietà del committente ha interessato anche le **retribuzioni** dei prestatori di lavoro, mentre solo marginalmente ha coperto gli oneri contributivi⁴². La spiegazione di tale impostazione è intuibile: la divaricazione tra la controparte formale del rapporto di lavoro ed il reale beneficiario della prestazione implica che quest'ultimo sia chiamato a corrispondere le retribuzioni del lavoratore ove l'appaltatore non vi abbia provveduto, sollevando la parte debole del rapporto – il prestatore di lavoro, che in alcuni casi potrebbe persino ignorare l'identità del destinatario del proprio lavoro – dal rischio di non ricevere la controprestazione di quanto eseguito. Al contrario, pur potendo riguardare astrattamente i crediti previdenziali e fiscali dello Stato, l'eventualità di un loro mancato versamento appare più facilmente gestibile in ragione dei poteri coercitivi e repressivi di cui dispone il creditore *de quo*.

Il differente trattamento che la maggior parte degli ordinamenti applicanti la responsabilità solidale nell'*outsourcing* riserva agli obblighi contributivi e fiscali rispetto a quelli retributivi, riposa sull'evidente diversa tipologia di creditore le cui ragioni occorre tutelare: massima garanzia per il creditore debole, il lavoratore,

⁴² 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 ss..

mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità; minore salvaguardia per quello forte, lo Stato, senza alcuna previsione di una pluralità di debitori a garanzia del suo credito.

Tuttavia, da alcuni anni, quantomeno a livello continentale, è ravvisabile una tendenza degli ordinamenti ad **allargare** l'oggetto della **responsabilità solidale**, affiancando all'ipotesi retributiva gli **oneri contributivi e/o fiscali**. La tendenza in parola, pur potendo non esser condivisa in linea teorica, non tradisce la *ratio* della solidarietà, limitandosi semmai ad estendere ai crediti statali le medesime garanzie riconosciute a quelli dei lavoratori.

A seguito della parificazione dei crediti sotto il profilo della tutelabilità e sorvolando sulle motivazioni che l'hanno generata, l'analisi va quindi posta sul **grado di salvaguardia** a ciascuno dei medesimi accordato, considerato che buona parte dell'effettività di un diritto riposa sui rimedi previsti per vietarne e/o renderne difficile la violazione. A tal proposito, risulta utile la classica distinzione tra *property rules* e *liability rules*, la cui differente funzione offre la misura del disomogeneo trattamento riservato ad un diritto. Infatti, come acutamente rilevato⁴³, le prime assolvono al compito di garantire la posizione giuridica soggettiva nel suo godimento senza sottoporlo a condizioni e/o limitazioni, sulla base di una gerarchia di valori predefinita dall'ordinamento giuridico. La conseguenza di ciò è ricavabile dagli strumenti predisposti per la salvaguardia di detti valori, considerato che la dissuasività delle misure poste a presidio dei medesimi dovrebbe garantirne l'intangibilità. Viceversa, le regole di responsabilità, piuttosto che vietare l'aggressione a determinati diritti, sanciscono la misura della compensazione nel caso di loro illecita violazione: in questo caso, quindi, il divieto è sostituito dall'obbligo risarcitorio, essendo prioritario per l'ordinamento non già il godimento del diritto, ma un'equa riparazione ad un suo eventuale danneggiamento.

All'incontrovertibile osservazione per cui la regola di proprietà rappresenta il rimedio più forte per assicurare un diritto, va nondimeno notato come la declinazione concreta della sua efficacia afferisca al contesto in cui la medesima va applicata: pertanto, se ad un'analisi superficiale una situazione giuridica soggettiva è poziòre di un'altra se le è accordata una regola di proprietà, rivelandosi minore se protetta da una

⁴³ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Giuffrè, Milano, 2001, 92 ss..

regola di responsabilità, un ragionamento più approfondito disvela la complessità dell'impostazione ivi sottesa. Infatti, in base ad un autorevole insegnamento⁴⁴ sul miglior **criterio** da adottare nell'attribuzione della **regola** per tutelare un **diritto**, la definizione del valore e dell'allocazione di quest'ultimo e l'assenza, o la scarsa incidenza, dei costi di transazione, favoriscono l'assegnazione di una regola di proprietà; al contrario, se incerta è l'attribuzione della situazione giuridica soggettiva e se l'ammontare dei costi transattivi è elevato o indeterminato, la regola della responsabilità si presenta più utile.

Infatti, vietando l'alienazione di un diritto senza il consenso del suo titolare, la *property rule* tutela l'attribuzione giuridica tramite misure dissuasive, imponendo al danneggiante un costo maggiore di quello che avrebbe sostenuto se l'alienazione del diritto fosse avvenuta con il consenso del suo titolare: in tale contesto, quindi, è definita sia l'allocazione del diritto da garantire, sia il costo complessivo della sua eventuale lesione. Dal canto suo, la *liability rule*, ammettendo l'alienazione della situazione giuridica soggettiva anche senza il consenso del suo titolare, assegna alla perdita da quest'ultimo patita un controvalore determinato sulla base di valutazioni estranee all'apprezzamento personale: pertanto, non solo non è possibile stabilire con certezza quale sarà il diritto alienato senza la volontà del titolare, ma, soprattutto, è incerto il controvalore della sua lesione ed, in generale, dell'intero costo transattivo.

Applicando il ragionamento funzionale fin qui svolto alla **responsabilità solidale** negli appalti, secondo un'impostazione inizialmente proposta⁴⁵, il mutato atteggiamento del legislatore italiano verso le esternalizzazioni ha segnato il passaggio da una regola di inalienabilità – il divieto di fenomeni interpositori – ad una di proprietà nelle ipotesi di cessione del ramo d'azienda, in cui l'alienazione del diritto è sottoposto al consenso del suo titolare, mentre per gli appalti vale la regola di responsabilità attraverso la moltiplicazione dei soggetti sottoposti all'obbligo retributivo. Tale classificazione convince nella misura in cui si fonda su una pacifica distinzione tra fattispecie, situazioni giuridiche soggettive tutelate e relative regole di protezione: infatti, alcun dubbio sussiste sulle differenti operazioni realizzate mediante la cessione di un ramo

⁴⁴ G. CALABRESI, A. DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 85, 1089 ss..

⁴⁵ L. CORAZZA, *Contractual integration. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, CEDAM, Padova, 2004, 231 ss..

d'azienda e la conclusione di un contratto di appalto, consistenti, rispettivamente, nel subentro di un nuovo datore di lavoro al precedente e nel risultato finale di cui gode chi beneficia delle prestazioni lavorative altrui. Alla diversità fattuale corrisponde quindi una **differente declinazione** concreta dell'*entitlement* meritevole di tutela: nell'un caso, l'eventuale prosecuzione del rapporto lavorativo con la subentrante controparte contrattuale datoriale; nell'altro, la garanzia che i crediti retributivi dei lavoratori siano onorati anche se a trarre vantaggio dalla loro prestazione è un soggetto diverso rispetto al titolare formale del rapporto.

Sulla base degli illustrati criteri di scelta della migliore tecnica di tutela adottabile, la cessione del ramo d'azienda – e, quindi, dal lato dei lavoratori, del medesimo contratto di lavoro – è presidiata da una regola di proprietà, laddove nel caso di appalto la salvaguardia delle retribuzioni dei lavoratori risponde ad una norma di responsabilità.

In mancanza della **torsione funzionale** della **solidarietà** di cui il presente capitolo ha cercato di dare conto, la classificazione riportata conserverebbe la sua intatta attualità: al contrario, le modifiche legislative riguardanti la responsabilità solidale negli appalti hanno palesato un **differente trattamento**, a livello di tecnica regolatoria, tra i crediti retributivi dei lavoratori e gli omologhi contributivi dello Stato, tale da suggerire un ripensamento dei medesimi in termini di una **nuova classificazione** alla luce dei criteri fin qui analizzati. Ciò in quanto, pur sorvolando sulle ragioni invocabili per giustificare l'inderogabilità dei soli obblighi contributivi, è indubitabile che la tutela accordata agli oneri previdenziali ed assicurativi sia qualitativamente maggiore di quella riconosciuta alle retribuzioni dei lavoratori interessati dai fenomeni di *outsourcing*: ne deriva che una non identica tutela di due situazioni giuridiche più o meno sovrapponibili impone il tentativo di offrire un **cambio di impostazione**, che dia conto di quanto accaduto, a prescindere dalla sua divisibilità⁴⁶.

⁴⁶ Solo in via incidentale, infatti, vale la pena rilevare come la descritta disparità di trattamento di situazioni molto simili tra loro – i crediti retributivi e quelli contributivi, appunto – potrebbe essere posta al vaglio della Corte Costituzionale per violazione dei precetti di uguaglianza e ragionevolezza. Tuttavia, in attesa che ciò eventualmente accada e delle relative motivazioni dell'organo remittente e di quello giudicante, lo sforzo del presente lavoro è nel senso di suggerire criteri di inquadramento giuridico delle scelte del legislatore, in luogo di una loro spiegazione e/o critica.

7 – *Segue: la solidarietà contributiva come Property Rule e la retributiva come Liability Rule*

Ad un'analisi immediata, le correzioni interpretative all'istituto della solidarietà contenute nel decreto Giovannini potrebbero indurre a considerare le retribuzioni dei lavoratori occupati negli appalti coperte da una regola di proprietà ed i contributi da una di inalienabilità. Deporrebbe a favore di tale classificazione la considerazione per cui, da un lato, la deroga non riguarda i contributi, e, dall'altro, le retribuzioni sono derogabili a fronte di accordi collettivi, e quindi, in astratto, dietro il consenso dei lavoratori titolari del diritto protetto.

Tuttavia, la regola di *inalienability* è, di norma, motivata da ragioni di natura etico-paternalistica addotte dall'ordinamento, che si sostituisce al titolare del diritto proibendogliene l'alienazione, con conseguente esclusione di qualsiasi negoziazione. Tale contesto è piuttosto frequente in relazione ai diritti della persona, alla sua integrità fisica e/o morale, apparendo pertanto ultroneo nel caso degli obblighi contributivi, ove la "portata" dell'*entitlement* da tutelare è differente, se non inferiore. Viceversa, l'impiego di una regola di proprietà appare più funzionale all'impostazione del rimedio stabilito dall'ordinamento per tutelare il credito statale, benché, in questo caso, non sia prevista l'astratta alienabilità del bene giuridico dietro il consenso dell'avente diritto.

Infatti, la maggiore aderenza di una *property rule* ai crediti contributivi e fiscali riposa su alcune considerazioni, la cui illustrazione appare tuttavia più funzionale se posticipata alla spiegazione delle ragioni poste alla base dell'inquadramento della solidarietà per le **retribuzioni dei lavoratori** al pari di una **regola di responsabilità**.

Innanzitutto, benché il meccanismo dei «metodi e procedure» previsto dall'art. 29, c. 2, legge Biagi, quale contraltare alla derogabilità della responsabilità solidale, sia assimilabile, in linea teorica, al consenso per l'alienazione del diritto tutelato, va rilevato come, in realtà, la procedura *de qua* assolva ad una funzione compensativa e non precisi, al contrario, il costo complessivo della transazione. Ciò è tanto più vero considerando che il legislatore non ha compiutamente definito l'entità e la portata della facoltà derogatoria.

Infatti, il mancato chiarimento sull'*an* e sul *quomodo* dell'inapplicabilità del vincolo solidale da parte della contrattazione collettiva, non permette di ritenere definito il **costo**

della **transazione**, posto che un conto è subordinare espressamente la derogabilità della solidarietà ad una dettagliata procedura di verifica di regolarità degli appalti, altro è lasciare l'ipotesi allo stadio di mera eventualità. Altresì, occorre evidenziare un ulteriore profilo di incertezza rappresentato dalla discrezionalità, in capo a ciascun contratto collettivo, di prevedere «metodi e procedure» differenti, in ragione delle specifiche esigenze del settore emergenti al momento della negoziazione: tale contesto, in tutta evidenza, determina assetti regolatori variabili, nei fatti creando tante ipotesi di responsabilità solidale quanti sono i suoi potenziali negoziatori. Sono quindi proprio tali margini di incertezza sul valore dell'operazione complessivamente realizzabile a rendere preferibile l'inquadramento della solidarietà retributiva alla stregua di una regola di responsabilità, venuto ormai meno il dubbio sull'attribuzione dell'*entitlement*⁴⁷.

Peraltro, proprio in relazione a tale aspetto è ravvisabile un'ulteriore considerazione afferente ai **contratti collettivi**. Questi ultimi infatti, come sottolineato da autorevole dottrina⁴⁸, nei trascorsi trent'anni hanno ricoperto un ruolo crescente nella produzione di regole, soprattutto svolgendo una **funzione** derogatoria, integrativa e qualificatoria di concetti e/o precetti di legge (contratto collettivo delegato), assurgendo a vera e propria fonte del diritto, almeno sotto il profilo materiale.

La conseguenza degli effetti tipici dell'atto normativo esplicitati dal contratto collettivo, pur nella conservata natura privatistica, implica la fungibilità, quando non addirittura l'**equiparazione**, tra il contratto collettivo e la legge, quantomeno limitatamente agli aspetti al primo espressamente delegati dalla seconda. Nel contesto che rileva ai fini della presente ricerca, il ruolo ricoperto dal contratto collettivo comporta che quest'ultimo, potendo derogare al vincolo obbligatorio solidale per i profili retributivi, eserciti una facoltà i cui effetti si riflettono anche sui lavoratori non iscritti alle organizzazioni sindacali firmatarie del medesimo accordo negoziale delegato dalla legge. Poiché, per quanto selezionate tramite il criterio della maggiore rappresentatività relativa al settore produttivo, in ogni caso le organizzazioni sindacali non rappresentano tutti i creditori dei cui diritti tuttavia pur dispongono, rispetto ai

⁴⁷ Mediante il riconoscimento del diritto di disporre la deroga al Ccnl dell'appaltatore.

⁴⁸ C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, 2010, 487 ss., spec. 498-499.

lavoratori non iscritti al sindacato sottoscrittore del contratto collettivo la scelta negoziale posta in essere è configurabile alla stregua di un **atto di imperio** proprio del legislatore e/o di un potere al medesimo equipollente o comparabile.

Ora, se il contratto collettivo è fonte materiale del diritto, potendo disporre del credito del lavoratore anche in assenza di volontà di quest'ultimo – non iscritto all'organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa firmante l'accordo derogatorio –, ne deriva che la regola tutelante la solidarietà retributiva dei lavoratori impiegati negli appalti tramite la facoltà derogatoria della medesima, è classificabile come *liability rule*, essendo sottratta al titolare della situazione giuridica soggettiva la disponibilità del consenso alla sua eventuale alienazione. La persuasività dell'osservazione rileva maggiormente ove venga infine considerato che, come detto, al singolo contratto collettivo – e quindi alle organizzazioni sindacali che lo firmano – è affidata la duplice scelta di derogare alla responsabilità solidale e di stabilire «metodi e procedure» a garanzia della regolarità degli appalti, nei fatti potendo ridefinire *ex novo* la disciplina del fenomeno.

Tanto chiarito in relazione all'inquadrabilità della solidarietà retributiva, è possibile illustrare le ragioni militanti a favore di un inquadramento della **solidarietà contributiva** quale **regola di proprietà**.

Innanzitutto, vale un argomento di tipo letterale: nella disciplina dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, manca un divieto espresso di derogabilità dei contributi, essendo questo ricavabile per difetto rispetto all'espressa previsione, a valere come interpretazione autentica⁴⁹, della derogabilità dei soli profili retributivi. Nondimeno, proprio la delimitazione della derogabilità della responsabilità solidale alle sole retribuzioni palesa la **gerarchia** di **valori** predefinita dall'ordinamento, che seleziona, tra quelli tutelabili all'interno delle esternalizzazioni, i crediti meritevoli di una garanzia differenziata e rafforzata. La conseguenza di tale preferenza accordata ai contributi rispetto alle retribuzioni è funzionale all'esigenza di assicurare la godibilità incondizionata del diritto tutelato, stabilendone l'indifferenza delle sorti al cospetto della contrattazione collettiva, piuttosto che la sua alienabilità dietro il consenso del titolare.

Altresì, sussiste un duplice argomento per motivare la differente disciplina riservata dal legislatore. Il primo considera la **terzieta** dei **titolari** del diritto di credito in

⁴⁹ Cfr. capitolo I, parte II, § 5.

questione, essendo gli enti previdenziali ed assicurativi estranei rispetto alle parti della triangolazione negoziale, la quale quindi non può disporre di un diritto di cui non sia titolare. La seconda motivazione riposa su un ragionamento per esclusione: se, per le ragioni illustrate, la responsabilità solidale retributiva è coperta da una *liability rule*, e se la regola di inalienabilità, di norma, afferisce a ragioni etiche, ne deriva la tutelabilità dei contributi tramite una *property rule*, offrendo in questo modo una possibile spiegazione, in termini di impostazione sistematica, delle modifiche introdotte dal decreto Giovannini nel 2013.

8 – La difficoltà di individuare la regola generale

Accanto alle criticità di tipo sistematico fin qui illustrate, occorre dar conto di un'ulteriore difficoltà di tipo applicativo caratterizzante la disciplina della materia.

Infatti, la presenza di plurime disposizioni dedicate alla responsabilità solidale negli appalti – pur volendo restringere l'indagine soltanto al livello nazionale – pone il problema del loro rapporto reciproco. In particolare, riferite alla sola fattispecie dell'appalto, al netto della solidarietà a seguito di infortunio dei lavoratori impegnati nell'esecuzione di una prestazione, almeno tre sono gli esempi da considerare: l'art. 29, c. 2, legge Biagi, l'art. 1676 c.c., e l'art. 8, legge n. 148.

Delle tre norme, quella che meglio sembra soddisfare le ragioni creditorie, tanto sotto il profilo dei soggetti vincolati – committente privato, anche non imprenditore, e pubblico –, quanto dell'oggetto di tutela – crediti retributivi ma anche indennitari e risarcitori – è l'**art. 1676 c.c.**, soprattutto considerando che minori sono, rispetto alle altre disposizioni, i presupposti e/o i vincoli per azionare il rimedio verso il committente. A conforto di ciò, oltretutto, valga la funzione assoluta dall'art. 1676 c.c., unanimemente riconosciuta nell'assicurare le ragioni creditorie del lavoratore sancendo l'indisponibilità del credito vantato dall'appaltatore verso il proprio committente, affinché questi paghi al creditore del proprio creditore.

Tuttavia, se tale assunto regge anche tralasciando le differenti valutazioni della dottrina sulla cumulabilità della disciplina della solidarietà contenuta nella legge Biagi

con l'omologa di fonte di diritto comune⁵⁰, il punto non è così pacifico ove all'art. 1676 c.c. venga negata natura solidale, come pur sostenuto⁵¹, posto che in questo caso la definizione dei termini del loro rapporto reciproco sfumerebbe in modo sensibile, avendo poco senso stabilire quale delle disposizioni sia generale se una differisce dalle restanti per struttura.

La questione sembra trovare soluzione nel diritto positivo considerando che, nell'attuare la direttiva 2014/67/UE, il Governo italiano ha previsto, all'art. 4, c. 4, decreto legislativo n. 136, che «Nell'ipotesi di distacco di cui all'articolo 1, comma 1, trova applicazione il regime di responsabilità solidale di cui agli articoli 1676 del codice civile e 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276 del 2003 e, per il caso di somministrazione, l'articolo 35, comma 2, del decreto legislativo n. 81 del 2015». Infatti, l'accostamento, operato dal legislatore delegato, tra la fattispecie di fonte codicistica e quella della legge Biagi chiarisce in modo esplicito, e quindi definitivo, la natura solidale del rimedio codicistico, senza che possa sussistere più alcun dubbio in merito. In questo senso, quindi, ai lavoratori subordinati è concesso, accanto all'omologo contemplato nel decreto legislativo n. 276, l'ulteriore strumento dell'azione diretta verso il committente, nel senso che quello in parola è un mezzo di tipo residuale, da adottare se non è più esperibile l'azione *ex art. 29, c. 2, legge Biagi*, ovvero se il lavoratore preferisce neutralizzare l'invocazione del beneficio di preventiva escussione ad opera dell'obbligato in solido.

Tuttavia, non avendo il legislatore tuttora razionalizzato i rimedi, non è semplice stabilire quale delle due disposizioni, l'art. 1676 c.c. ovvero l'art. 29, c. 2, possa esser ritenuto generale: pur se entrambe riferite all'appalto, infatti, afferiscono a criteri oggettivi e soggettivi differenti, così come la congiunzione di recente utilizzata dal legislatore («Nell'ipotesi di distacco di cui all'articolo 1, comma 1, trova applicazione il regime di responsabilità solidale di cui agli articoli 1676 del codice civile e 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276 del 2003 (...)» di cui al predetto art. 4), conferma la cumulabilità dei rimedi da parte del lavoratore.

In favore di una declinazione della solidarietà di cui alla **legge Biagi** quale **norma** di carattere **generale** muove la disciplina più dettagliata e completa dell'istituto e dei suoi

⁵⁰ Cfr. capitolo I, parte II, § 6.1.

⁵¹ I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2007, 3, 507 ss..

presupposti applicativi ivi contenuta, che fa assurgere la norma a punto di riferimento *ratione materiae*, sebbene un recente orientamento di prassi⁵² possa generare confusione: chiamato a risolvere la *querelle* relativa alla norma applicabile, per la responsabilità solidale contributiva, tra l'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, e l'art. 35, c. 28, decreto Bersani, per il periodo di loro sovrapposizione – e, quindi, fino al 27 aprile 2012, allorché il decreto legge n. 16 cit., ha espunto dalla solidarietà dell'appaltatore i contributi –, il Ministero del lavoro ha precisato che prevale la disposizione della legge Biagi «in quanto di carattere speciale». Pur condivisibile nell'intenzione di offrire un termine decadenziale certo per la richiesta dei contributi, non essendo previsto nulla a riguardo dall'ormai abrogata norma del decreto Bersani, il ragionamento ministeriale non è esente da critiche, non avendo la risposta all'interpello esplicitato rispetto a quale altra disposizione l'art. 29, c. 2, legge Biagi, debba essere considerato «speciale»: non al cospetto del citato art. 35, c. 28, non fosse altro perché questo è successivo rispetto a quello e, sin dall'inizio, diversamente formulato⁵³; nemmeno, tuttavia, rispetto all'art. 1676 c.c., in quanto non menzionato nella risposta al quesito, né conferente rispetto al credito contributivo oggetto della questione interpretativa da risolvere. Al contrario, l'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, *a fortiori* a seguito dell'abrogazione della responsabilità solidale fiscale – correttamente menzionata nel predetto documento di prassi, ma pretermessa nelle conclusioni del ragionamento –, sempre più si caratterizza quale norma generale, laddove l'art. 8, legge n. 148, rappresenta una disposizione di carattere eccezionale⁵⁴, che, sussistendo determinati presupposti, può derogare ai soli profili retributivi⁵⁵.

9 – Il doppio paradosso della responsabilità solidale negli appalti

Se, come detto, l'apparente semplicità del presente tema di ricerca cede subito il passo alla molteplicità di fattispecie di responsabilità solidale nei fenomeni di

⁵² Ministero del lavoro, interpello del 15 dicembre 2015, n. 29.

⁵³ Cfr. § 3.

⁵⁴ G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2014, 1, 182 ss., spec. § 5.

⁵⁵ Cfr. Ministero del lavoro, interpello del 12 febbraio 2016, n. 8, implicitamente argomentando dalla tassatività delle materie elencate oggetto di possibile deroga ad opera della contrattazione di prossimità.

outsourcing, implicando, per una sua corretta comprensione, l'impostazione dell'analisi sul duplice piano dell'approfondimento dell'istituto civilistico dell'obbligazione in solido – per verificare se ed in quale misura il rimedio del diritto del lavoro è compatibile con le corrispondenti categorie del diritto civile –, e del raffronto con la normativa europea e comunitaria in particolare – per saggiare omologhe soluzioni adottate –, è opportuno svolgere qualche riflessione.

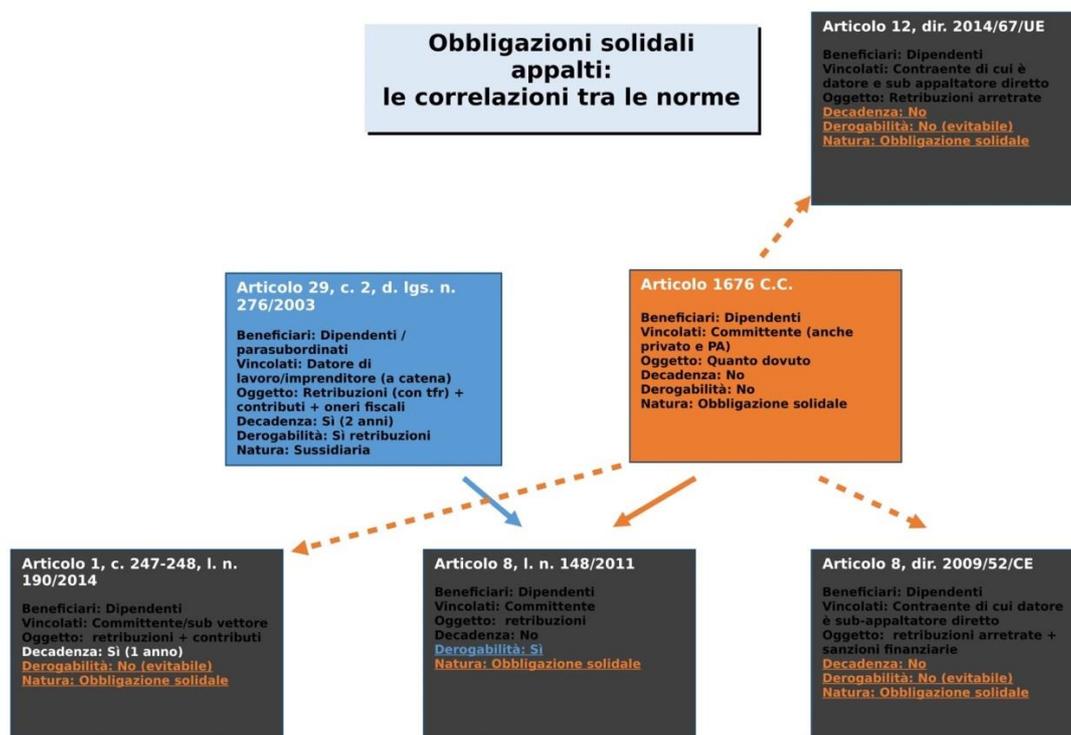
La prospettata **abbondanza di discipline** dell'obbligazione in solido nei fenomeni di disintegrazione verticale dell'impresa si caratterizza per una singolare particolarità: ciascuna previsione legislativa partecipa di uno o più caratteri comuni alle altre, senza che tuttavia possa dirsi alle medesime identica e/o sovrapponibile. La convergenza può consistere ora nell'identità del credito tutelato, ora nella natura di obbligazione solidale diretta, o infine nella sua derogabilità o evitabilità mediante comportamenti diligenti.

Le ragioni del variegato panorama normativo sembrano molteplici, pur se tutte rispondenti ad una scarsa visione legislativa di fondo dell'istituto: dalla progressiva delimitazione e conseguente definizione dei presupposti oggettivi e soggettivi dell'istituto tramite successivi interventi su una medesima disposizione (art. 29, c. 2, legge Biagi), all'introduzione di ipotesi di responsabilità solidale solo in parte coincidenti con la fattispecie già esistente e volte a soddisfare crediti erariali (art. 35, c. 28, decreto Bersani); dal soddisfacimento di esigenze ritenute meritevoli di tutela, all'adempimento di obblighi di natura comunitaria, con necessario adeguamento della legislazione vigente alle fattispecie da regolamentare (art. 4, c. 4, decreto legislativo n. 136, art. 8, direttiva 2009/52/CE, art. 12, direttiva 2014/67/UE); dalla conservazione del classico rimedio in favore dei lavoratori (art. 1676 c.c.), all'introduzione di una fattispecie *ad hoc* per il contratto di trasporto merci per conto terzi (art. 1, c. 247-248 legge di Stabilità 2015).

Un tentativo di rappresentazione grafica delle più significative ipotesi di responsabilità solidale, dando conto della **parziale partecipazione di ciascuna disposizione** con le **restanti**, deve preferire alla tabella lineare l'intreccio delle correlazioni esistenti tra le medesime, che esemplifichi con la freccia continua un legame netto tra la caratteristica di un'ipotesi e quella di un'altra, optando viceversa per una linea tratteggiata ove la correlazione si presenti meno sicura, posto che, per

esempio, solo una certa dose di approssimazione rende avvicinabili la derogabilità dell'obbligazione in solido alla sua evitabilità con l'assunzione di contegni diligenti.

Dallo schema seguente:



la singolarità del panorama legislativo nazionale si caratterizza per un dato incontrovertibile: al netto dell'ipotesi civilistica, la fattispecie generale dell'obbligazione in solido nei processi di esternalizzazione di cui all'**art. 29, c. 2, legge Biagi**, a buon diritto considerabile l'archetipo legislativo cui i successivi esempi si sono più o meno fedelmente ispirati, è l'unica a prevedere la **derogabilità** della responsabilità solidale, sia pure per i soli profili retributivi ed escluso il caso della contrattazione di prossimità *ex lege* n. 148, vincolato a presupposti oggettivi e soggettivi piuttosto stringenti. Viceversa, le **restanti ipotesi** contemplano un vincolo obbligatorio **evitabile** con l'assunzione di contegni ispirati alla **diligenza**.

E' quindi piuttosto paradossale sia che le diverse fattispecie regolative della responsabilità solidale siano tra loro assimilabili solo in parte, sia che quella considerabile principale contenga una disciplina non seguita né a livello nazionale, né nel contesto comunitario. Tale singolarità, se intesa quale sintomo dei successivi dubbi

che hanno raggiunto il legislatore italiano sull'efficacia della derogabilità del vincolo solidale rispetto alla sua evitabilità, non può che confermare la fragile visione d'insieme che ha ispirato il diritto positivo tutte le volte – e le occasioni di certo non sono mancate – che ha regolato la materia, con una spiccata preferenza verso disposizioni affastellate e sovrapposte le une alle altre e conseguente abbandono dell'unica soluzione di politica legislativa opportuna, consistente nell'emanazione di una piattaforma dispositiva chiara, coerente ed omogenea dell'istituto che maggiormente incide sulle esternalizzazioni.

L'**ulteriore paradosso** ravvisabile riguarda il processo legislativo nel suo divenire: infatti, all'**allargamento del rimedio** all'intera filiera negoziale compiuto con la legge finanziaria 2007 e considerabile davvero pionieristico se posto in relazione sia al contesto nazionale, sia a quello europeo, ha fatto seguito, con il decreto Giovannini nel 2013, il **restringimento dell'efficacia del rimedio** in favore di alcuni creditori, stante la spiccata preferenza per i crediti statali rispetto a quelli vantati dai lavoratori, ricavabile dalla non derogabilità del rimedio solidale per i soli contributi. Pertanto, dall'aver elaborato un meccanismo – la filiera negoziale, appunto – che vincolasse effettivamente ciascun soggetto partecipe e, sia pure indirettamente, beneficiario della prestazione lavorativa, l'approdo è stato nel senso di privilegiare il creditore già dotato di strumenti efficaci per tutelarsi – lo Stato, che tramite gli accertamenti ispettivi può far rispettare l'obbligo del versamento contributivo –, lasciando al lavoratore, già di per sé sprovvisto di poteri autoritativi e/o coercitivi, l'alea di un potenziale indebolimento del suo credito derivante dalla derogabilità della responsabilità solidale.

Dei due paradossi descritti, il più interessante appare il secondo, connesso alla “mutazione funzionale” dell'obbligazione in solido. Concesse alla base della decisione le esigenze di bilancio, imponenti la salvaguardia delle entrate erariali complessivamente intese per la “tenuta” del sistema, ai fini della presente ricerca vale verificare la coerenza di tale impostazione alla luce della funzione storicamente assegnata all'istituto e, più in generale, della *ratio* su cui si fonda la previsione di una regola.

CAPITOLO III

La regolazione e la natura dell'obbligazione: spunti per una riflessione comparata

1 – Posizione del problema

Il tentativo del presente capitolo mira a verificare in quale misura il mutato assetto funzionale del rimedio solidale sia compatibile con la **natura** e la *ratio* dell'obbligazione in solido. Infatti, avendo il legislatore più volte emendato il testo dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, variandone la struttura e l'essenza, diventa fondamentale accertare se la differente vocazione della solidarietà, privilegiante i crediti statali in luogo di quelli dei lavoratori, sia sostenibile al cospetto delle trasformazioni di disciplina che il rimedio ha subito nel corso degli anni. Per fornire una risposta a tale quesito, occorre tuttavia chiarire cosa è diventata oggi l'obbligazione solidale negli appalti, interrogando l'esito cui hanno condotto, soprattutto da questo punto di vista, gli interventi legislativi del 2012, per individuare l'istituto civilistico che meglio si attaglia alla risultante di tali modifiche. L'operazione, pur potendo apparire teorica, costituisce nondimeno un passaggio opportuno, a doverosa controprova della sostenibilità della tesi esposta nel presente lavoro.

Infatti, il risultato emergente da tale disamina può chiarire ulteriormente il passaggio funzionale dell'obbligazione solidale negli appalti, posto che esibisce, da un diverso angolo di visuale, in quale misura il bilanciamento degli interessi contrapposti in favore del terzo obbligato in solido ha caratterizzato questo sistema di regolazione dei fenomeni di disintegrazione verticale dell'attività produttiva.

Peraltro, non minori spunti di riflessione e conferme del ragionamento fin qui svolto sono offerti dal **confronto** tra la disciplina nazionale in tema di responsabilità solidale e le omologhe presenti negli **ordinamenti europei** che, per ragioni storiche, giuridiche, economiche e sociali, presentano maggiori affinità con l'assetto italiano. Tale

accostamento, infatti, pur non potendo assurgere ad uno sforzo comparato, permette nondimeno di cogliere le debolezze ed incongruenze delle recenti scelte nazionali, soprattutto alla luce della duplice intuizione del testo di legge, consistente nell'estensione del rimedio solidale all'intera filiera negoziale e nell'applicabilità del rimedio a tutti i settori produttivi.

Una regolamentazione così impostata dei fenomeni di *outsourcing* ha infatti rappresentato, al momento della sua emanazione, un notevole accrescimento delle ragioni creditorie dei lavoratori, tutelate dalla moltiplicazione dei soggetti cui chiedere l'adempimento degli obblighi retributivi rimasti inadempiti dal proprio datore di lavoro. Pur senza voler anticipare quanto sarà oggetto di riflessione a conclusione del presente capitolo, occorre segnalare che proprio l'elevata tutela accordata dal legislatore ai crediti dei lavoratori impiegati nei processi di esternalizzazione è in palese distonia rispetto all'intercorsa mutazione funzionale del rimedio *de quo*, che, viceversa, gli illustrandi ordinamenti europei sembrano non aver subito.

2 – Le opzioni nell'inquadramento giuridico della responsabilità solidale

Stabilire se il vincolo che lega il committente⁵⁶ un appalto al lavoratore che esegue la prestazione vada ascritto alla categoria dell'obbligazione soggettivamente complessa ovvero alla solidarietà sussidiaria implica analizzare, sotto un diverso angolo di visuale, l'istituto in parola, facendo riferimento alla sua collocazione tra gli strumenti offerti dal diritto civile per disciplinare le obbligazioni coinvolgenti una pluralità di soggetti. Due, infatti, sono gli elementi concreti indefettibili generati da una (sia pur minima) triangolazione del processo produttivo: accanto alla presenza di almeno tre persone – il lavoratore, il suo datore ed il committente –, va annoverata la prestazione da adempiere, ovvero sia il pagamento delle retribuzioni e dei contributi dovuti a seguito della prestazione lavorativa posta in essere. Poiché le obbligazioni retributiva e contributiva incombono almeno su due soggetti, richiesti entrambi di onorarle, occorre capire

⁵⁶ Qui ed oltre nel testo inteso in senso lato, ovvero sia come soggetto imprenditoriale che commissiona l'esecuzione totale e/o parziale di un'opera o un servizio, ivi compreso, quindi, anche un subappaltante nel caso di subappalto.

attraverso quale istituto giuridico avviene il coinvolgimento del terzo, estraneo al rapporto di lavoro.

La direzione imboccata dal legislatore italiano non è stata univoca, contenendo la formulazione normativa elementi tra loro non sempre omogenei o coerenti con l'istituto in apparenza applicabile. Ne deriva che occorre trovare argomenti ermeneutici che meglio permettono di invocare un istituto in luogo di un altro. E' tuttavia già possibile escludere alcune opzioni teoriche, la cui dubbia compatibilità con la fattispecie in parola si è atteggiata a certezza a seguito delle variazioni legislative operate nel 2012. In questo senso, infatti, scarsa prospettiva applicativa sembrano avere le ipotesi di inquadramento sistematico della responsabilità solidale negli appalti all'interno dell'**obbligazione senza prestazione** e della responsabilità oggettiva.

Con riferimento alla prima, occorre rilevare come, pur volendo prescindere dalla sua scarsa diffusione nell'ordinamento italiano, il tentativo di giuridicizzare i rapporti di fatto sulla base del legittimo affidamento per cui, nel caso di inadempimento datoriale, l'obbligato in solido paga le retribuzioni ed i contributi in ragione del «contatto sociale» creatosi tra il medesimo ed i lavoratori – e del conseguente obbligo di protezione in favore di questi ultimi –, potrebbe al più spiegare in termini giuridici il coinvolgimento del beneficiario della prestazione per i profili retributivi, non già per quelli previdenziali ed assicurativi. Infatti, non si realizza alcun «contatto sociale» tra chi affida ad un datore di lavoro l'esecuzione di un appalto e gli enti previdenziali ed assicurativi, non a caso pacificamente ritenuti terzi rispetto alla triangolazione produttiva realizzata e titolari rispetto all'obbligato in solido di un autonomo diritto di credito, non passibile né di rinuncia, né di derogabilità.

L'autonomia della posizione giuridica soggettiva vantata dagli enti pubblici in parola, in uno con la loro estraneità alla situazione fattuale, non permette quindi di estendere nei loro confronti quanto a livello astratto applicabile per le retribuzioni, avendo peraltro poco senso richiamare un'opzione teorica soltanto per alcuni obblighi (le retribuzioni), ma non per gli altri (i contributi). Oltretutto, l'invocabilità di obblighi di protezione in favore dei lavoratori – coinvolti, loro malgrado, nei processi di *outsourcing* –, è di difficile estensione agli enti previdenziali ed assicurativi, sia per le ovvie e già esposte ragioni di terzietà, sia, *a fortiori*, alla luce della “mutazione funzionale” dell'obbligazione in solido descritta nel capitolo precedente, posto che

l'indefettibile assolvimento degli obblighi contributivi sembra rispondere più ad esigenze di bilancio pubblico che ad una doverosa conseguenza del pagamento delle retribuzioni ai lavoratori. In altri termini, vano sarebbe lo sforzo di invocare la teoria degli obblighi di protezione anche per i crediti assicurativi e previdenziali, considerato che questi, lungi dal costituire soltanto il derivato del pagamento delle retribuzioni ai lavoratori, sempre più assurgono ad un obbligo autonomo rispetto all'altro⁵⁷.

Infine, a sgomberare il campo da possibili dubbi, l'emendamento alla solidarietà introdotto dalla legge Fornero ha reso inconciliabile la configurabilità dell'obbligazione senza prestazione con un'obbligazione solidale solo eventuale, posto che la *ratio* delle obbligazioni da «contatto sociale» consiste proprio nell'individuazione di un responsabile diretto ed immediato a fronte di situazioni di fatto bisognose di tutela, laddove il beneficio di preventiva escussione mira a posticipare l'intervento del soggetto estraneo al rapporto di lavoro, chiamato in via succedanea a rispondere di quanto inadempito dall'obbligato principale.

Con riferimento alla **responsabilità oggettiva**, la sua scarsa declinabilità nella fattispecie in parola è ricavabile sia dalla previsione della derogabilità, inizialmente stabilita nel 2004 ed, a seguito di abrogazione, reintrodotta nel 2012, sia alla luce del *beneficium excussionis*, posto che una responsabilità di tipo oggettivo è per definizione tanto inderogabile, sussistendo ogniqualvolta si verifica il presupposto applicativo, quanto attivabile nell'immediato, non potendo esser posticipata in un secondo momento, come accadrebbe tramite l'invocazione del beneficio di preventiva escussione. La doppia connotazione attribuita alla responsabilità solidale retributiva – ma la sostanza della questione non cambia in merito ai contributi, stante l'applicabilità anche per loro del beneficio processuale *de quo* – esclude in radice ogni invocabilità di una fattispecie di responsabilità di tipo oggettivo.

Peraltro, come la successiva disamina di alcuni ordinamenti europei porrà in evidenza⁵⁸, è considerabile di tipo oggettivo un vincolo obbligatorio non evitabile in alcun modo, a meno che non vengano a mancare i medesimi presupposti applicativi.

⁵⁷ Tant'è vero che, come detto, la solidarietà è rinunciabile soltanto per i crediti dei lavoratori, non già per quelli degli enti terzi. Se sussistesse una qualche forma di accessorietà dell'obbligo contributivo rispetto a quello retributivo, sarebbero applicabili al primo le regole previste per il secondo. Il che, come ampiamente illustrato, non avviene.

⁵⁸ Cfr. §§ 4 e 5.

Occorre quindi concludere nel senso che tali opzioni teoriche, per quanto suggestive o all'apparenza idonee a salvaguardare le ragioni creditorie di lavoratori e Stato, mal si adattano, all'atto pratico, alla disciplina dell'obbligazione solidale ricavabile dalla successione di interventi legislativi accumulatesi negli anni, dovendo pertanto l'indagine rivolgersi ad altre impostazioni.

2.1 – Segue: come obbligazione soggettivamente complessa...

Un importante spartiacque cronologico nello sforzo di inquadramento sistematico dell'obbligazione solidale negli appalti regolata dall'art. 29, c. 2, legge Biagi, è rintracciabile nelle modifiche a detta disposizione compiute nel 2012: queste, benché di tipo processuale, hanno avuto ricadute anche sul profilo sostanziale.

Prima del 2012, infatti, diffusa è la collocazione della responsabilità solidale negli appalti prevista dal decreto legislativo n. 276 nella categoria delle **obbligazioni soggettivamente complesse**, di cui la prima condivide i presupposti applicativi, consistenti nella pluralità dei soggetti, nell'identica prestazione dovuta (*eadem res debita*) e nell'unità della fonte obbligatoria (*eadem causa obligandi*). In particolare, nel caso degli appalti, la medesima prestazione è intravista nell'assolvimento degli oneri retributivi, previdenziali ed assicurativi nascenti dall'attività lavorativa inserita nel fenomeno di disintegrazione verticale dell'impresa, laddove l'identica origine del vincolo obbligatorio è individuata nel collegamento funzionale tra il contratto di lavoro, intercorso tra datore e lavoratore, e negozio di appalto, stipulato tra committente ed appaltatore.

L'argomento sul punto non persuade del tutto, posto che le obbligazioni soggettivamente complesse si connotano per la comunanza dell'interesse fra i condebitori, che, al contrario, non pare sussistere *icto oculi* nel caso di un appalto sottoscritto per ottenere la realizzazione di un'opera e/o la fornitura di un servizio. Il committente, invero, ha interesse a quest'ultima, non già alla singola prestazione di lavoro, al contrario di quanto accade nella somministrazione, la cui funzione economico-sociale consiste proprio nella fornitura professionale di manodopera. Viceversa, la causa dell'appalto riposa sul sinallagma tra corrispettivo ed *opus*

realizzata, attraverso l'organizzazione imprenditoriale di mezzi e risorse umane, per il conseguimento del risultato pattuito. L'invocazione del collegamento negoziale, quindi, spiega il fenomeno economico meglio di quanto non faccia con gli istituti giuridici, soprattutto con riferimento alla giustificazione dell'interferenza di un terzo nel rapporto biunivoco datore di lavoro-lavoratore⁵⁹.

Altresì, l'**unicità dell'interesse dei condebitori** costituisce il presupposto sostanziale del corollario processuale rappresentato dal litisconsorzio necessario: solo un'obbligazione idonea a soddisfare il medesimo interesse giuridico di più persone può richiederne l'indefettibile presenza nell'eventuale processo, affinché ciascuna di esse possa rappresentare le proprie ragioni. Di qui la doppia previsione della parità di trattamento tra condebitori e del litisconsorzio necessario, alla stregua di indefettibili elementi di disciplina delle obbligazioni soggettivamente complesse e sui quali, tuttavia, il legislatore inizialmente tace, omettendo di precisare se in un eventuale contenzioso giudiziario avviato contro il committente, il lavoratore debba – o semplicemente possa – citare in giudizio anche il proprio datore di lavoro inadempiente.

Pur potendo il silenzio legislativo avallare ambedue le opposte soluzioni ermeneutiche, l'interpretazione prevalente è nel senso della facoltatività del litisconsorzio, indebolendo tuttavia in questo modo la pacifica appartenenza della solidarietà *ex art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276*, alla categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse, già messa in discussione, peraltro, dal richiamo al collegamento funzionale tra il contratto di lavoro e quello di appalto per giustificare in senso giuridico la presenza del terzo in relazione ad obblighi di natura datoriale, e quindi bilaterale, quali quelli *de quibus*.

Il tentativo di superare le illustrate difficoltà sistematiche, implicando l'applicazione di un diverso istituto civilistico, non assicura tuttavia una piana compatibilità tra l'inquadramento sistematico a breve proposto e la disciplina esistente, costringendo in ogni caso l'interprete ad un'individuazione per approssimazione della figura di diritto comune meglio invocabile, previa una doverosa tara delle criticità e/o incongruenze che la convulsa regolazione della solidarietà retributiva e contributiva nei fenomeni di *outsourcing* ha in ogni caso generato.

⁵⁹ Cfr. gli acuti rilievi di O. MAZZOTTA, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 19 ss., relativi alla codatorialità e tuttavia adattabili anche all'ipotesi di appalto.

2.2 – Segue: ...e come solidarietà sussidiaria di garanzia

Come detto, la situazione cambia in modo significativo nel 2012, mediante l'inserimento del litisconsorzio necessario e del beneficio di preventiva escussione che l'obbligato in solido può invocare se richiesto di onorare il debito dell'appaltatore⁶⁰. Il doppio intervento fa virare la direzione del collocamento sistematico dell'obbligazione solidale negli appalti verso le **obbligazioni solidali sussidiarie**. Queste ultime, infatti, potendo essere contratte anche nell'interesse di uno solo dei condebitori, non presuppongono l'identità della *causa obligandi*, essendo necessario per la loro applicazione – accanto alla pluralità dei soggetti vincolati – l'unicità della prestazione, nel senso che i coobbligati sono tenuti ad una prestazione che per contenuto, qualità e quantità, è la medesima, pur potendo le parti eseguirla con modalità differenti. Ciò in quanto l'adempimento ad opera di uno dei coobbligati soddisfa le ragioni del creditore, rispetto al quale gli altri debitori sono liberati quando la pluralità soggettiva riguarda le persone tenute alla prestazione (solidarietà tipo passivo), ovvero estingue il debito verso gli altri creditori, quando la molteplicità attiene a questi ultimi (solidarietà di tipo attivo).

Se, da un lato, il risvolto processuale dell'obbligatoria citazione in giudizio del datore di lavoro inadempiente unitamente all'obbligato in solido sembra confliggere con un vincolo giuridico di tipo sussidiario, dall'altro, il beneficio di preventiva escussione che il committente può opporre al creditore istante caratterizza in modo pregnante l'obbligazione, degradandola a sussidiaria. Sul punto, tralasciando i differenti orientamenti degli studiosi sulla compatibilità del *beneficium excussionis* con la solidarietà⁶¹, occorre rilevare che l'innesto legislativo in parola evoca l'istituto fideiussorio, che, appunto, permette di rispondere dell'altrui inadempimento solo a seguito dell'infruttuosa escussione del patrimonio dell'obbligato principale.

In proposito, tuttavia, occorre rilevare una significativa differenza: mentre l'obbligato in solido è chiamato a rispondere del *quantum* non adempiuto dal datore di lavoro, ovvero sia dell'*eadem res debita* da quest'ultimo non onorata, il garante personale è tenuto ad una prestazione diversa, dovendo tenere indenne il creditore del

⁶⁰ Nel testo non viene considerato l'emendamento di natura processuale compiuto nella primavera del 2012 (su cui capitolo I, parte II, §§ 4.1 e 4.2), stante la breve vigenza temporale dell'innesto.

⁶¹ Cfr. capitolo I, parte III, § 2.1.

danno subito dalla mancata prestazione eseguita dal debitore principale, come evidenziato dalla dottrina classica⁶². I due obblighi, quindi, divergerebbero in ragione delle non coincidenti prestazioni gravanti, rispettivamente, sul coobbligato (identica prestazione del debitore principale) e sul fideiussore (prestazione risarcitoria). Nondimeno, posto che il *debeatur* cui è tenuto il debitore principale consiste nel versamento di una somma di denaro – a titolo di retribuzioni e contributi –, la predetta distinzione tra le prestazioni sfuma in modo sensibile, diventando quasi inesistente, trattandosi di un’obbligazione determinata soltanto nel *genus*, e quindi notoriamente sempre esperibile.

A complicare il percorso ermeneutico contribuisce l’inciso normativo per il quale «Il committente che ha eseguito il pagamento (...) può esercitare l’azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali». Tale precisazione, ad una prima analisi, appare superflua, quando non addirittura fuorviante: infatti, se inteso in senso letterale, l’inciso dell’art. 29, c. 2, legge Biagi, delinea una genuina fattispecie di solidarietà, in cui il debitore che ha eseguito la prestazione recupera la rispettiva quota fra gli altri condebitori, come peraltro previsto dalle «regole generali»⁶³ disciplinanti le obbligazioni solidali. In questo caso, quindi, il terzo fruitore della prestazione lavorativa impiegata per l’esecuzione dell’opera e/o servizio, assolto l’obbligo retributivo e contributivo non adempiuto dal datore di lavoro, agirebbe in regresso verso quest’ultimo – o gli ulteriori coobbligati, nell’ipotesi di una catena negoziale – recuperando quanto versato. Ove così fosse, sarebbe agevole sostenere che l’art. 29, c. 2, legge Biagi, non innova in nulla rispetto alle note regole di diritto civile, apparendo quindi non necessario.

Ciononostante, pur nel silenzio legislativo, dalla disposizione è argomentabile che il terzo adempie un’obbligazione altrui piuttosto che (anche) propria, con la conseguenza che il regresso da lui compiuto verso il datore di lavoro inadempiente andrebbe inteso non *pro quota*, bensì nella sua interezza. Stando così le cose, tuttavia, l’interpretazione rischierebbe di essere sviante, considerato che il regresso integrale azionabile verso il debitore principale inciderebbe sull’obbligazione a suo carico: quest’ultima, infatti, pur restando nel *genus* solidale, andrebbe più correttamente collocata nella *species* della

⁶² A. RAVAZZONI, voce *Fideiussione*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. civile, Utet, Torino, 1992, VIII, 254 ss..

⁶³ Art. 1299 c.c., significativamente rubricato «Regresso tra condebitori».

solidarietà fideiussoria, posto che il vincolo giuridico gravante sul terzo sarebbe di garanzia piuttosto che solidale in senso stretto. Nondimeno, in questa ipotesi andrebbe preso atto che la disposizione è priva degli ulteriori, fondamentali elementi della fattispecie che ne legittimino una collocazione sistematica alla stregua della fideiussione, derivandone l'impossibilità di assimilarla a detto istituto.

In buona sostanza, dall'inciso normativo rischierebbe di derivare un corto circuito, tale per cui l'obbligazione non sarebbe propriamente solidale ma nemmeno fideiussoria. Volendo sfuggire all'antinomia che la fa oscillare tra l'inutilità e la confusione, la precisazione legislativa *de qua* può esser intesa – in un evidente sforzo ermeneutico volto a darle un significato pieno ed efficace – quale espressione della volontà del diritto positivo di alleggerire la posizione debitoria dell'obbligato in solido.

Infatti, il **litisconsorzio necessario** tra obbligato in solido e datore di lavoro ed il **beneficio di preventiva escussione** invocabile dal primo tentano di limitare, sul versante processuale, l'immediato coinvolgimento dell'obbligato in solido, al pari di quanto la facoltà di (integrale) regresso riconosciuta a quest'ultimo sancisce sul piano sostanziale, attribuendo al vincolo solidale carattere meramente eventuale e subsidiario. In altri termini, poiché l'obbligato in solido esegue la medesima prestazione datoriale inadempita *solo* nel caso di incapienza del patrimonio del debitore principale, può agire in regresso verso questi per recuperare quanto versato. Nell'ottica di impostazione sistematica, se da un lato l'identità della prestazione cui è tenuto l'obbligato in solido può in linea astratta distanziare la fattispecie di cui all'art. 29, c. 2, legge Biagi, dal rimedio fideiussorio, dall'altro la facoltà di regresso integrale verso il debitore principale sembra escludere la configurabilità di una solidarietà pura, la quale presuppone che l'onere della prestazione sia divisa tra i condebitori, sia pure non necessariamente in parti uguali.

Il possibile *impasse* venutosi a creare può esser risolto considerando che la **solidarietà** non viene meno se l'obbligazione è contratta nell'**interesse** di un **solo contraente** ed è altresì compatibile con la sussidiarietà, come peraltro autorevolmente affermato in dottrina⁶⁴ e recepito dalla giurisprudenza⁶⁵. Specularmente a quanto accade

⁶⁴ Cfr. capitolo I, parte III, § 2.2.

⁶⁵ Il riferimento è alla "storica" pronuncia della Corte di Cassazione 24 maggio 2004, n. 9982, sull'applicazione analogica dell'art. 1268, c. 2, c.c., a tutte le ipotesi di assunzione cumulativa del debito con degradazione automatica a sussidiaria dell'obbligazione incombente sul debitore principale. Nel

per la delegazione, l'espromissione e l'accollo, anche in questa particolare ipotesi di vicenda cumulativa del debito si verificherebbe un'automatica degradazione a sussidiaria dell'obbligazione gravante sull'obbligato in solido.

Quella nascente dal contratto di appalto, quindi, pare configurarsi alla stregua di un'**obbligazione** *latu sensu* di **garanzia**, sorta per soddisfare l'interesse di un solo contraente – il datore di lavoro, appunto, la cui prestazione viene “garantita” dall'intervento eventuale dell'obbligato in solido – e con previsione di integrale recupero del dovuto nei suoi confronti da parte del terzo, nel tentativo di bilanciare i diritti dei lavoratori e degli enti previdenziali ed assicurativi con quelli del committente. Pertanto, il rischio dell'inadempimento datoriale, quando non interamente trasferito sull'obbligato in solido, verrebbe spalmato tra quest'ultimo ed i creditori, i quali tuttavia non potrebbero aggredire direttamente il patrimonio del debitore sussidiario senza aver prima escusso il patrimonio del debitore principale. Il punto di equilibrio raggiunto, allora, riposerebbe sulla sussidiarietà della prestazione cui è tenuto l'obbligato in solido, il cui coinvolgimento a garanzia dei crediti retributivi e contributivi è appunto solo eventuale.

L'inquadramento sistematico proposto sembra resistere anche a fronte dell'ulteriore delimitazione ermeneutica sull'obbligazione in solido compiuta dal decreto Giovannini a livello soggettivo ed oggettivo, posto che l'impossibilità di incidere in via derogatoria sui crediti degli enti previdenziali ed assicurativi, piuttosto che attrarre l'istituto in parola all'interno della disciplina ordinaria delle obbligazioni in generale⁶⁶, lo conserva nel *genus* delle obbligazioni solidali, di cui mantiene la natura sussidiaria. In buona sostanza, la circostanza per cui i crediti contributivi non sono nella disponibilità delle parti non sembra incidere in alcun modo sull'inquadramento sistematico del rimedio previsto per la loro salvaguardia, fungendo la solidarietà da strumento neutro⁶⁷ per dirimere i rapporti obbligatori plurisoggettivi.

Molte delle esposte difficoltà interpretative – ma il rilievo è intuitivo – verrebbero meno ove alla mitigazione *ex post* della responsabilità solidale del committente tramite

testo, l'orientamento curiale viene tuttavia applicato invertendo il beneficiario della degradazione automatica della prestazione, interessando l'obbligato in solido piuttosto che il debitore principale.

⁶⁶ G. GAMBERINI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, 312 ss..

⁶⁷ A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1990, XXI, 300 ss..

la sua configurazione a vincolo sussidiario, ne fosse preferita una regolazione *ex ante*, con previsione di sua inapplicabilità nel caso di contegni diligenti assunti dal committente: in questo caso, infatti, non sussisterebbe alcuna necessità di degradare la portata del vincolo obbligatorio in capo al terzo, avendo egli neutralizzato con preventive ed opportune verifiche una possibile inosservanza degli obblighi gravanti sul debitore principale. Tuttavia, l'opzione *de qua* non sembra interessare il legislatore nazionale, che al contrario ha generato uno dei due illustrati paradossi caratterizzanti l'obbligazione in solido negli appalti⁶⁸.

3 – Le fattispecie di solidarietà in alcuni Paesi europei

Un'ulteriore verifica che la presente ricerca intende compiere riguarda la compatibilità della mutata funzione della responsabilità solidale negli appalti alla luce delle soluzioni regolatorie adottate in alcuni ordinamenti europei. Come detto, il tentativo di confronto con altri sistemi giuridici si concentra su quelli che, per ragioni storiche, linguistiche, economiche e culturali, presentano maggiori affinità con l'Italia, senza tuttavia dimenticare che, trattandosi di Paesi industrializzati ed ad intensa immigrazione lavorativa – in distacco transnazionale o stabile – conoscono fenomeni sia di frammentazione produttiva, con sua conseguente regolazione, sia di *social dumping*. L'obiettivo, pertanto, consiste nell'indagare se negli altri ordinamenti più affini a quello nazionale la declinazione della solidarietà avviene secondo impostazioni teoriche e pratiche differenti ed, in tal caso, quali fra quelle scelte dalle varie legislazioni meglio risponde al fondamento dell'istituto.

4 – La responsabilità solidale retributiva in Belgio

L'ordinamento belga si caratterizza per **due ipotesi di vincolo solidale retributivo** negli **appalti**, differenti per disciplina, oggetto e creditori tutelati: l'una, definita «regime generale»; l'altra, nota come «regime particolare». Il riferimento normativo è

⁶⁸ Cfr. capitolo II, § 9.

rappresentato dalla legge del 12 aprile 1965 sulla protezione retributiva dei lavoratori occupati nei processi di disintegrazione verticale dell'impresa, che ha introdotto la responsabilità solidale salariale, differenziandola, appunto, in una fattispecie generale (sez. I) ed una speciale, riferita ai lavoratori non legalmente soggiornanti nel territorio belga (sez. II).

Il «**regime generale**» di responsabilità solidale retributiva vincola il committente, l'imprenditore ed i subappaltatori⁶⁹, in presenza o meno di una filiera negoziale, al pagamento dei crediti retributivi – escluse tuttavia le voci indennitarie e/o risarcitorie – maturati dai lavoratori impiegati negli appalti di opere e servizi in **determinati settori produttivi**⁷⁰, divenuti esigibili e non ancora onorati. La responsabilità dell'obbligato solidale è invocabile sia quando gli venga notificato dal personale ispettivo l'avviso di inadempimento datoriale, sia quando la richiesta di pagamento provenga dal lavoratore⁷¹.

La disciplina della solidarietà varia in ragione del soggetto che invoca il vincolo: infatti, se la richiesta proviene dal lavoratore, la responsabilità solidale copre il predetto credito retributivo maturato nel corso dell'intera "vigenza" del vincolo obbligatorio, derivandone che l'obbligato in solido potrebbe essere richiesto di pagare un debito anche superiore al *quantum* effettivamente maturato dal lavoratore nell'esecuzione delle prestazioni appaltate e da cui il medesimo committente ha tratto vantaggio. A tal proposito, all'obbligato in solido, in quanto terzo rispetto al rapporto di lavoro, è consentita la dimostrazione di un minor numero di giornate e/o ore eseguite dal lavoratore nelle opere e/o servizi commissionati, con conseguente riduzione del credito retributivo da onorare in caso di prova positiva dell'obiezione, fermo restando che nulla è dovuto dall'obbligato in solido a fronte della dimostrazione, da parte sua, che il credito retributivo è stato maturato *aliunde*, ovvero sia nell'esecuzione di lavori non posti in essere nel suo interesse.

⁶⁹ Al pari della disciplina italiana, il vincolo obbligatorio non riguarda la persona fisica non imprenditore che commissiona lavori per esigenze personali (per es. la ristrutturazione dell'immobile in cui vive).

⁷⁰ Definiti da due successivi regi decreti, attuativi della disposizione legislativa ed emanati nell'agosto 2013 e nell'aprile 2014, relativi ad: attività di vigilanza, costruzione congiunta, alcune attività agricole e di orticoltura, pulizia, giardinaggio, lavori di installazione e distribuzione, lavori elettrici, industria e trasformazione del legno, costruzioni in metallo, industria e commercio alimentare, alcune attività di trasporto (quest'ultimo successivamente annullato a seguito di una decisione del Consiglio di Stato resa nel giugno 2015).

⁷¹ Artt. 35/1 ss., legge 12 aprile 1965.

Qualora viceversa l'iniziativa derivi da un accertamento ispettivo, l'obbligato in solido è tenuto soltanto per la parte di lavori eseguita in suo favore, direttamente ovvero tramite subappalto, dovendo in questo caso il personale di vigilanza fornire la prova positiva del *quantum* richiesto all'obbligato in solido in ragione dei giorni e/o ore di lavoro contestati. Ove sia impossibile determinare il dovuto per incertezza sulle ore/giornate di lavoro svolte, l'entità del vincolo obbligatorio è ricavata in percentuale del salario minimo stabilito con decreto regio in considerazione del fatturato totale realizzato dall'imprenditore, anche in subappalto, in un periodo di tempo determinato.

Pertanto, provato il beneficio ricevuto dalla prestazione posta in essere dal lavoratore (l'*an debeatur*, appunto), il suo ammontare (il noto *quantum debeatur*) varia in ragione del soggetto che invoca il rimedio, posto che ad una solidarietà ampia e coincidente con il periodo dell'appalto⁷² se l'impulso proviene dal lavoratore, fa da contraltare un vincolo obbligatorio limitato a quanto effettivamente accertato – o, in subordine, ad un minimo presunto – se la solidarietà deriva da un accertamento ispettivo.

Per come è strutturata, la **responsabilità solidale** retributiva prevista dal «regime generale» presenta significative analogie con una fattispecie di tipo **oggettivo**, potendo essere invocata, o al contrario non essendo invocabile, in presenza e/o al venir meno dell'elemento costitutivo, consistente nel beneficio tratto dall'esecuzione della prestazione lavorativa resa da un dipendente altrui. Il terzo debitore che si aggiunge a quello principale non può fare appello ad alcun comportamento diligente per sottrarsi al vincolo obbligatorio, essendogli consentito soltanto avvalersi dell'assenza di un presupposto applicativo di tale responsabilità, la quale, secondo l'assetto dicotomico della tipologia oggettiva, *o c'è o non c'è*.

Al contrario, il «**regime particolare**» disciplina la solidarietà retributiva in favore del lavoratore extracomunitario non legalmente soggiornante in territorio belga, in presenza o meno di una filiera contrattuale ed in **tutti i settori produttivi**, quale attuazione diretta di obblighi comunitari⁷³. Al pari dell'ipotesi generale, non è vincolata alla solidarietà la persona fisica non imprenditore che commissioni opere e/o servizi per finalità personali, così come l'obbligo retributivo afferisce ai crediti non indennitari

⁷² Salva la sua riducibilità su attivazione esplicita del coobbligato, come chiarito nel testo.

⁷³ Il riferimento è all'art. 8, direttiva 2009/52/CE, su cui capitolo I, parte II, § 6.3.

maturati sotto la “vigenza” della solidarietà⁷⁴. Nel merito, pacifica essendo la responsabilità del committente se è a conoscenza dell’occupazione irregolare ad opera di uno qualsiasi dei soggetti della filiera negoziale⁷⁵, per i profili di responsabilità solidale dei soggetti intermedi occorre considerare le ipotesi di subappalto diretto ed indiretto. Infatti, nel primo caso, l’imprenditore se manca la filiera negoziale, ovvero se questa sussiste il contraente intermediario, è solidamente responsabile per le retribuzioni non pagate dall’imprenditore proprio subappaltatore diretto. Tale responsabilità è evitabile a fronte di una dichiarazione scritta dell’imprenditore – o una clausola negoziale di ugual tenore nel contratto di appalto – di non avvalersi di manodopera clandestina nell’esecuzione degli incarichi ricevuti, e sempre che non sussista consapevolezza, in capo all’imprenditore o al suo intermediario, dell’altrui occupazione di lavoratori non legalmente soggiornanti in Belgio, per esempio tramite la successiva notifica di un avviso ispettivo che renda edotte tutte le parti della filiera negoziale dell’inadempimento datoriale di detti obblighi.

Viceversa, qualora l’appalto sia indiretto, e quindi non sussista un legame negoziale immediato tra l’imprenditore inadempiente ed il coobbligato, la solidarietà per i crediti retributivi dovuti onera il contraente principale e l’intermediario, se consci dell’altrui condotta illecita, limitatamente alla quota di prestazione lavorativa irregolarmente occupata di cui abbiano beneficiato.

La solidarietà per le retribuzioni di tipo particolare, quindi, differisce dalla principale per quanto attiene alla disciplina sotto un duplice profilo: innanzitutto, in relazione alla sua evitabilità, fondata su un contegno *latu sensu* definibile di **diligenza** e consistente nell’attestazione sottoscritta dal datore di lavoro di non avvalersi di manodopera irregolare. A dispetto della precedente, infatti, la configurabilità della fattispecie *de qua* non riposa su presupposti fattuali oggettivi, bensì si fonda su comportamenti/elementi soggettivi del coobbligato. Altresì, il contenuto della responsabilità solidale varia non in ragione del promotore del rimedio, quanto della configurazione più o meno complessa della filiera negoziale, vincolando i soggetti il cui interesse sia stato indirettamente soddisfatto alla parte di retribuzione dovuta al

⁷⁴ Cfr. artt. 35/7 ss., legge 12 aprile 1965. Tale fattispecie di solidarietà è in vigore dal marzo 2013.

⁷⁵ Quindi, nel caso di plurimi subappalti, è sempre invocabile la responsabilità solidale del committente se ne è provato l’elemento soggettivo in ordine alla condotta posta in essere anche dall’ultimo subappaltatore intervenuto nell’esecuzione della prestazione dedotta nel contratto.

lavoratore che ha contribuito a tale realizzazione, non potendo quindi estendersi a pretese retributive maturate nell'esecuzione di altri appalti.

4.1 – Segue: la solidarietà solidale contributiva e fiscale in Belgio

Nell'ottica di un complessivo contrasto alla frode fiscale e contributiva, l'ordinamento belga ha emendato la legge 27 giugno 1969, applicando nel settore edile la **responsabilità solidale** anche per i **crediti fiscali e contributivi**⁷⁶. Nel merito, l'intervento ha riguardato un'ulteriore riscrittura dell'art. 30*bis* della predetta legge, nonché l'introduzione del nuovo art. 30*ter*: alla stregua della prima delle citate disposizioni, concluso il contratto con un contraente/subcontraente che, al momento della sottoscrizione, ha pendenze con l'Ufficio Nazionale di Sicurezza Sociale, il committente e l'imprenditore, consapevoli e/o informati di tali mancanze, sono solidalmente responsabili se non trattengono, a garanzia del pagamento di detti debiti, il 35% del corrispettivo – al netto dell'I.V.A. e da versare in un apposito conto corrente – spettante al proprio appaltatore/subappaltatore. Viceversa, qualora l'obbligato in solido verifichi, accedendo ad un database gestito dall'Ufficio Nazionale di Sicurezza Sociale, che le ritenute da lavoro dipendente sono state regolarmente versate, la distrazione della percentuale sul corrispettivo destinato al datore di lavoro inadempiente non è necessaria.

La riforma del 2012, che autorizza il Governo ad interessare settori diversi da quello edile all'applicazione del rimedio in parola⁷⁷, ha introdotto un innovativo **meccanismo cronologico «a cascata»**, alla cui stregua il pagamento del debito non onorato è richiesto al soggetto imprenditoriale immediatamente successivo nella catena negoziale rispetto al datore di lavoro inadempiente, con possibilità di risalire in progressione fino al vertice della filiera nel caso di mancati pagamenti e/o versamenti parziali entro trenta giorni dalla richiesta. La fattispecie solidale fiscale e contributiva, quindi, si caratterizza per una doppia delimitazione: l'una, di tipo oggettivo, afferente a **circoscritti settori produttivi** in cui è prevista; l'altra, di ordine soggettivo, riguardante i coobbligati, che

⁷⁶ Nello specifico, con la legge 29 marzo 2012, sez. II, titolo VII, significativamente dedicato alla «Lotta alla frode».

⁷⁷ Così l'art. 30*ter*, legge 27 giugno 1969. L'estensione è avvenuta nei settori del giardinaggio, vigilanza, macellazione.

solo eventualmente possono essere richiesti del pagamento, delineando una responsabilità solidale **sussidiaria**.

Pertanto, mentre la responsabilità solidale retributiva, sia di tipo generale che particolare, è declinata in modo diretto e, sussistendone i presupposti, copre l'intera filiera negoziale, tale per cui l'istante, a fronte dell'inadempimento del datore di lavoro, può rivolgersi indifferentemente a ciascuno dei coobbligati per la soddisfazione del proprio credito, l'obbligazione solidale fiscale e contributiva pare coinvolgere in modo più sfumato ed indiretto i protagonisti dell'esternalizzazione realizzata, con conseguente richiesta di pagamento del dovuto soltanto nel caso di incapienza del coobbligato precedente, realizzando una sorta di *beneficium ordinis*⁷⁸.

In questo senso, quindi, ed in modo coerente rispetto alla *ratio* dell'istituto, la tutela del creditore più debole – il lavoratore, appunto – è assicurata tramite la contemporanea moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità, cui può rivolgersi per la soddisfazione del proprio credito, laddove il creditore già dotato di strumenti coercitivi – lo Stato – vede garantiti i propri crediti a seguito di un percorso debitorio prestabilito e, soprattutto, eventuale.

5 – La responsabilità solidale retributiva in Francia

Un esempio regolativo della responsabilità solidale nelle esternalizzazioni è rappresentato dalla Francia, che, nell'arco di un biennio (2014-2016), ha emanato una serie di provvedimenti, normativi ed amministrativi, molto interessanti. Occorre precisare che la disciplina della solidarietà si inserisce in un più ampio assetto normativo, le cui direttrici principali consistono nel contrasto a fenomeni di *social dumping* provocati dal distacco transnazionale dei lavoratori⁷⁹ e di concorrenza sleale compiute da imprese stabilmente operanti in Francia non rispettose della normativa.

⁷⁸ Quindi, nell'ipotesi di subappalti, mentre la responsabilità solidale retributiva legittima il creditore a rivolgersi tanto al committente posto al vertice della filiera contrattuale quanto ad uno degli stadi negoziali intermedi, l'omologa contributiva e fiscale impone di richiedere il pagamento in via preliminare al debitore principale e, in caso di esito negativo, al suo contraente diretto, fino a risalire, eventualmente, al committente finale.

⁷⁹ Su cui, diffusamente, il capitolo IV, §§ 2 ss..

In relazione al primo aspetto, come ampiamente documentato da uno dei due rapporti⁸⁰ elaborati per la conoscenza del fenomeno, l'invio in Francia di lavoratori comunitari alloggiati in sistemazioni umanamente poco dignitose e retribuiti in dispregio del salario minimo legale stabilito nel Paese d'oltralpe, hanno portato all'approvazione della legge 10 luglio 2014, n. 790, legge Savary, per la lotta contro la concorrenza sociale sleale.

Benché modificata un anno dopo dalla successiva legge Macron⁸¹, la legge Savary ha colto nel recepimento della direttiva 2014/67/UE, l'occasione per rafforzare il contrasto al lavoro illegale in generale ed al distacco comunitario non genuino, introducendo un cospicuo numero di **obblighi** in capo al committente/ imprenditore appaltante, anche al fuori dell'esecuzione di una prestazione transnazionale di servizi, emendando il Code du travail. Infatti, ai fini della presente ricerca, i più significativi innesti al codice del lavoro francese introdotti dalle leggi Savary e Macron afferiscono, nel caso di lavori con importo superiore ai cinquemila euro netti, all'obbligo di diligenza gravante sul committente/imprenditore appaltante⁸², il quale, reso edotto dal personale di vigilanza dell'omesso pagamento delle retribuzioni nella misura del salario minimo legale da parte del datore di lavoro appaltatore/subappaltatore, anche indiretto, deve adoperarsi per la **cessazione** della **condotta** datoriale illecita⁸³. Nel silenzio legislativo, l'intervento dell'obbligato in solido sull'imprenditore inadempiente dovrebbe consistere in una *moral suasion*, la cui efficacia persuasiva dipende, in tutta evidenza, da eventuali clausole penali e/o risolutorie espresse inserite nel contratto di appalto, cui il beneficiario dell'opera e/o servizio potrebbe appellarsi ove la situazione di legalità non venga ripristinata entro il termine stabilito. In tale evenienza, infatti, il committente/imprenditore appaltante è solidalmente responsabile per il pagamento delle

⁸⁰ Rapporto n. 1785 presentato nel febbraio 2014 dal deputato Gilles Savary, reperibile al seguente sito <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1785.asp>. Un ulteriore rapporto in argomento è il n. 487, presentato nell'aprile 2014 dalla senatrice Anne Emery-Dumas, reperibile al seguente sito <https://www.nossenateurs.fr/document/20132014-487>.

⁸¹ Nel dettaglio, la legge del 6 agosto 2015, n. 990, per la crescita, l'attività e la legalità, che ha preso il nome dall'ormai *ex* Ministro dell'Economia transalpino.

⁸² Anche per la legge francese, è esonerata da tale obbligo la persona fisica che commissioni l'esecuzione dell'appalto per esigenze personali.

⁸³ Così l'art. L 3245-2 Code du travail.

retribuzioni, delle indennità e delle spese dovute ai lavoratori impiegati nell'esecuzione della prestazione appaltata⁸⁴.

Qualora, viceversa, l'esecuzione dei lavori rientri in una **prestazione transnazionale di servizi**, la persistente violazione della legge francese – che, in base alla normativa comunitaria, in quanto *lex loci laboris*, va osservata a prescindere dalla legge scelta dall'impresa distaccante e dal dipendente distaccato per regolare il loro rapporto di lavoro – malgrado l'invito alla regolarizzazione rivolto dal committente/imprenditore appaltante, implica che quest'ultimo, se non risolve il contratto di servizi in essere, sia considerato responsabile solidale per il pagamento delle retribuzioni non corrisposte ai lavoratori. In altri termini, il superamento della circostanza di fatto che costituisce l'occasione per la violazione di legge – la risoluzione del vincolo negoziale, appunto – varrebbe a liberare l'obbligato in solido.

Ad un'interpretazione letterale della disposizione, sembrerebbe possibile dedurre che, per i lavoratori distaccati, il rimedio solidale sia solo eventuale, posto che il coinvolgimento del committente/imprenditore appaltante nell'inadempimento datoriale è sottoposto alla condizione del mancato scioglimento del rapporto contrattuale con l'imprenditore inadempiente. Tale differente esito giuridico in ordine alle ricadute dell'inadempimento datoriale sul committente ha generato il sospetto che ad un'effettiva tutela delle ragioni creditorie dei lavoratori nelle prestazioni transnazionali di servizi sia stata preferita un'osservanza meramente formale della normativa⁸⁵.

Infine, il committente/imprenditore appaltante è onerato da **obblighi di diligenza** e/o **vigilanza** nei confronti dell'imprenditore cui è affidata, anche in modo indiretto, l'esecuzione di un appalto, dovendo chiedere ed ottenere da quest'ultimo, fino alla conclusione dei lavori affidati, il certificato attestante il pagamento dei contributi, nonché l'iscrizione dell'imprenditore al registro di commercio a conferma del regolare e

⁸⁴ Art. L 8222-1, c. 3. Disposizioni analoghe sono state introdotte nel caso di lavoro irregolare (art. R 8222-5 Code du travail) e di distacco comunitario (art. L 1262-4-3 e R 1263-17, c. 2, Code du travail), sia pure con le precisazioni a breve nel testo.

⁸⁵ Nel senso che la risoluzione del contratto di servizi potrà garantire la cessazione della situazione di illegalità – il *social dumping* compiuto da un'impresa comunitaria che non corrisponde ai propri dipendenti il salario minimo legale previsto in Francia –, senza tuttavia assicurare che il credito lavorativo venga onorato, con prevedibile rimpatrio dei lavoratori comunitari non pagati secondo quanto dovuto in base alla legge transalpina. Per tali obiezioni, F. MULLER, *Effectivité des droits des salariés: quelle contribution à la lutte contre la concurrence sociale déloyale?*, in *Droit Social*, dossier, 2016, 7/8, 630 ss., spec. 636.

genuino esercizio delle attività poste in essere⁸⁶. La negligenza del committente comporta che quest'ultimo, accertate le condotte datoriali irregolari dell'appaltatore, perda eventuali riduzioni e/o esenzioni riconosciutegli dall'istituto previdenziale corrisposte a titolo di retribuzione ai propri dipendenti, con pagamento di una sanzione amministrativa per ciascun mese di inosservanza⁸⁷.

In tali ipotesi di responsabilità solidale previste dall'ordinamento giuridico francese, quindi, l'ingresso del committente/imprenditore appaltante nella sfera debitoria dell'imprenditore è collegato ad una serie di comportamenti al primo richiesti e la cui mancata e/o non proficua adozione lo espone al pagamento delle retribuzioni dei lavoratori e/o ad una sanzione. Il credito dei lavoratori risulterebbe quindi garantito dalla responsabilizzazione di un soggetto estraneo al rapporto di lavoro, ma che, avendo beneficiato della prestazione lavorativa e, soprattutto, assunto contegni negligenti, è chiamato a rispondere dell'altrui inadempimento.

5.1 – Segue: la solidarietà contributiva in Francia

Un'ulteriore ragione di interesse verso il panorama normativo francese in tema di responsabilità solidale negli appalti è costituita da una recente pronuncia del Conseil Constitutionnel⁸⁸, chiamata a dirimere una questione pregiudiziale di costituzionalità.

Nel merito, il committente di una prestazione di servizi, a fronte della contestazione di lavoro illegale posto in essere dall'imprenditore cui si era rivolto, è stato richiesto di versare, in qualità di obbligato in solido, le imposte, i contributi obbligatori, le sanzioni e le maggiorazioni dovute in relazione alle prestazioni subordinate rese nell'esecuzione del contratto e rimaste inadempite dal datore di lavoro. La doglianza del ricorrente ha riguardato la violazione dei principi di presunzione di innocenza, personalità e

⁸⁶ E, quindi, che i lavori non sono stati affidati ad un prestanome ovvero ad un somministratore non autorizzato di manodopera.

⁸⁷ Così l'art. L 133-4-5 Code de la Sécurité Social.

⁸⁸ Resa in data 31 luglio 2015, n. 479, in ordine alla censura di incostituzionalità dell'art. 8222-1 Code du travail, in combinato disposto con il successivo art. 8222-2 e con l'art. 1724^{quater}, Code général des impôts. Infatti, il citato art. 1724^{quater} sancisce, in caso di lavoro illegale, l'obbligazione in solido per gli oneri fiscali dovuti a carico di chi beneficia delle prestazioni lavorative, posto che il predetto art. 8222-2 prevede la responsabilità solidale di chi commissiona attività rese in dispregio della normativa lavoristica. La pronuncia è consultabile al sito <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-479-qpc/decision-n-2015-479-qpc-du-31-juillet-2015.144214.html>.

proporzionalità delle sanzioni, nonché del diritto di proprietà, che regolano l'ordinamento francese, con conseguente applicazione di un'irragionevole punizione a proprio carico. Nel rigettare il ricorso e salvare la disposizione da censure di illegittimità, il supremo organo costituzionale transalpino ha valorizzato la **funzione della responsabilità solidale** quale **garanzia anche dei crediti statali**, non ravvisando violazione dei predetti principi costituzionali. Infatti, secondo l'organo giudicante, l'azione di regresso esperibile dall'obbligato in solido verso il responsabile delle violazioni elide in radice l'invocabilità della responsabilità oggettiva e/o per fatto altrui. Al contrario, secondo il Conseil Constitutionnel, al donneur d'ordre è ascrivibile una responsabilità per colpa specifica, in ragione della mancata sorveglianza sull'altrui condotta illecita e dal beneficio che comunque ha tratto dalla prestazione lavorativa. Oltretutto, il rispetto del principio di responsabilità risulta garantito, secondo il giudice transalpino, dalla proporzionalità e rilevanza del coinvolgimento dell'obbligato in solido rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore: ciò sarebbe avvenuto nel caso di specie, ove la responsabilità solidale del committente si è riferita all'entità del lavoro svolto, ai servizi forniti, ed, in definitiva, alla soddisfazione dell'interesse del committente. Infine, il *decisum* francese ha rilevato il rispetto del diritto costituzionale di proprietà, la cui compressione è risultata proporzionata ed equa, posto che l'invocazione della responsabilità solidale ha assicurato il rispetto di interessi di natura generale quali il contrasto al lavoro irregolare e la garanzia dei crediti pubblici.

La rilevanza della pronuncia è ravvisabile nell'aver invocato esplicitamente la **responsabilità solidale** anche per i **crediti** a vario titolo vantati dallo **Stato** qualora l'esecuzione di un appalto costituisca occasione per la realizzazione di lavoro illegale, il contrasto al quale, unito alla salvaguardia dei crediti pubblici, rappresenta la motivazione di fondo che legittima il coinvolgimento del committente.

Due sono i ragionamenti della sentenza meritevoli di approfondimento: da un lato, il fondamento della responsabilità solidale del donneur d'ordre su una sua **colpa specifica** per omessa vigilanza; dall'altro, il collegamento funzionale tra il vincolo obbligatorio e la tutela dei crediti statali. In relazione al primo aspetto, occorre rilevare come, ad onta dell'invocazione di un obbligo di vigilanza gravante sul beneficiario finale della prestazione lavorativa, la responsabilità solidale sul medesimo incombente non differisca molto da presupposti di oggettività, posto che non è contemplata alcuna

ipotesi di sottrazione del committente al vincolo in parola. Lungi dal fornire il pertugio attraverso cui venir meno al vincolo obbligatorio, la *culpa in vigilando* invocata dal Conseil Constitutionnel sembra rappresentare, semmai, l'occasione di espressione dell'inadempimento datoriale e, di conseguenza, del coinvolgimento del terzo. Peraltro, per come è formulata, la disposizione francese non permette a contegni diligenti di evitare il vincolo obbligatorio, apparendo piuttosto strutturata come responsabilità solidale ineludibile.

Il riferimento alla mancata vigilanza ascrivibile al beneficiario della prestazione lavorativa sembra più che altro funzionale al duplice tentativo di eludere l'ostacolo della necessaria personalità della responsabilità per le sanzioni amministrative – quali sono quelle fiscali – e di giustificare *a posteriori* una pregiudiziale di partenza: l'allargamento del numero dei debitori tenuti ad onorare i crediti statali. In altri termini, nel ragionamento curiale, la *culpa in vigilando* sembra rappresentare il grimaldello argomentativo attraverso cui assicurare il coinvolgimento del terzo estraneo agli obblighi datoriali inadempiti.

Tale osservazione trova conferma nella dichiarata **relazione funzionale** tra l'**obbligazione in solido** del committente e la **garanzia** che i **contributi** e gli oneri sociali dovuti in occasione di una prestazione lavorativa siano adempiuti, tale per cui la seconda si palesa come *ratio* e giustificazione della prima. Infatti, dalla pronuncia del collegio giudicante francese è argomentabile che *proprio* in quanto diretta a tutelare interessi meritevoli – il pagamento degli oneri previdenziali e fiscali – la responsabilità solidale del committente non lede i diritti fondamentali sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino.

Pur prescindendo dalla divisibilità o meno di tali ragionamenti, non può tuttavia esserne ignorata la debolezza argomentativa, essendo stata affidata a fragili motivazioni giuridiche la declinazione di un'impostazione di vera e propria politica legislativa. Tale elemento rileva maggiormente osservando che, nell'esperienza francese, la “mutazione funzionale” dell'obbligazione solidale del committente non ha trovato asilo in un provvedimento legislativo – come avvenuto nell'ordinamento italiano⁸⁹ –, bensì in una decisione giudiziaria, per quanto resa da organo così autorevole.

⁸⁹ Cfr. capitolo II, § 4.

5.1.2 – *Segue: la natura del vincolo solidale in Francia*

Volendo tentare un inquadramento sistematico della disciplina francese delle esternalizzazioni, vale la pena verificare a quali istituti le disposizioni transalpine sono più facilmente assimilabili.

Ad un'analisi immediata, la conseguenza derivante dall'omessa e/o superficiale vigilanza esercitata dal committente/imprenditore appaltante pare ispirata ad un sistema latamente definibile di *due diligence*, in cui, per evitare il coinvolgimento nell'inadempimento altrui, al beneficiario della prestazione lavorativa, anche nel caso di subappalti e quindi in assenza di un rapporto negoziale diretto con il debitore principale, è richiesto di attivarsi proficuamente e concorrere al rispetto della legge. Infatti, creando un conflitto di interessi tra il committente/imprenditore appaltante ed il datore di lavoro, tale per cui il primo, se inerte, risponde dell'inadempimento del secondo, si realizza un doppio effetto virtuoso: da un lato, in fase di stipulazione del contratto, una più attenta selezione di *partner* negoziali affidabili, che onorino i propri obblighi datoriali senza successive esposizioni altrui; dall'altro, nel momento esecutivo del contratto, una pressione, anche indiretta, sul datore di lavoro inadempiente, perché provveda a versare il dovuto.

Occorre tuttavia segnalare una certa incertezza legislativa in relazione alla tipologia di intervento dissuasivo che il committente potrebbe in concreto realizzare, posto che il legislatore transalpino non precisa – né affida alle parti sociali tale compito, come disposto al contrario dall'art. 29, c. 2, legge Biagi – quali atti e/o comportamenti del committente possono liberarlo dal vincolo solidale, essendosi soltanto limitato a prevederne l'effetto, stabilendo che l'intervento del committente deve essere finalizzato all'adempimento degli obblighi datoriali. In tale contesto, quindi, la declinazione concreta dell'obbligo di diligenza rischia di non differire molto dall'indeterminatezza tipica di una notte in cui tutte le vacche sono nere, costituendo la **diligenza** richiesta al committente un concetto forse soltanto intuibile, ma di certo **non definibile** in concreto.

La distonia della disciplina transalpina delle esternalizzazioni con una tipica impostazione regolativa ispirata alla diligenza è peraltro ricavabile dal confronto tra quella e la normativa comunitaria, in particolar modo l'art. 12, direttiva 2014/67/UE. Quest'ultima disposizione, infatti, in modo coerente con un approccio ispirato alla *due*

diligence, riconosce agli Stati la possibilità di esonerare dalla responsabilità solidale il committente, a fronte di contegni diligenti dal medesimo assunti. Degno di nota, nella disposizione *de qua*, è appunto l'equazione tra evitabilità del vincolo solidale e comportamento virtuoso adottato, nel senso che quest'ultimo, se corrispondente all'archetipo legislativo indicato, vale ad escludere la solidarietà. Al contrario, pare che per il diritto positivo transalpino il committente/imprenditore appaltante sia solidalmente responsabile *malgrado* abbia assunto contegni diligenti. Tale significativa differenza evidenzia come l'inquadramento sistematico della normativa francese nel novero della responsabilità soggettiva e personale – ovverosia legata se non allo stato d'animo, quantomeno al comportamento dell'obbligato in solido⁹⁰ – sia possibile solo a patto di compiere una certa forzatura ermeneutica.

Né, d'altro canto, meno aporetica appare l'opzione adottata in via interpretativa dalla giurisprudenza⁹¹ tramite l'invocazione di una *culpa in vigilando* che, se non ottemperata, esporrebbe il committente al vincolo solidale. Infatti, la mancata precisazione della consistenza dell'obbligo in capo a quest'ultimo, tale da poter declinare in modo concreto il comportamento atteso anche per accertarne l'effettiva ottemperanza, conduce all'inevitabile configurazione di una responsabilità di tipo oggettivo. Ad una più attenta analisi, infatti, l'inadempimento datoriale, piuttosto che avviare un accertamento del grado di vigilanza posto in essere dal committente onde valutare se ed in quale misura coinvolgerlo nella reazione alla condotta illecita altrui, sembra certificare di per sé il coinvolgimento del *donneur d'ordre*, senza alcuna esimente da parte sua, in ragione del vantaggio da quest'ultimo conseguito dalla prestazione lavorativa realizzata.

Invero, proprio la formulazione delle disposizioni francesi sulla responsabilità solidale negli appalti ne disvela un'impostazione assimilabile ad una **responsabilità del committente** a titolo **oggettivo** e/o **per fatto altrui**, essendo il terzo chiamato a rispondere delle inosservanze datoriali malgrado una sua fattiva collaborazione al rispetto della normativa. Un'utile conferma di tale osservazione è ricavabile dalla natura diretta ed immediata del vincolo gravante sull'obbligato solidale, che risponde dell'inadempimento datoriale non appena questo si è verificato, a differenza di quanto disciplinato in Italia o, quantomeno con riferimento alla solidarietà contributiva, in

⁹⁰ Come avviene nel caso di occupazione di manodopera clandestina: cfr. capitolo I, parte II, § 6.3.

⁹¹ Cfr. § 5.1.

Belgio. In questi ultimi due ordinamenti, infatti, l'intervento del committente/imprenditore appaltante può esser inteso come eventuale e sussidiario, nel senso che il beneficio di preventiva escussione disciplinato nella legge italiana, e la progressiva risalita fino al committente per il pagamento dei contributi contemplata dal diritto positivo belga, segnalano una funzione di garanzia dell'obbligazione solidale che al contrario sembra mancare nella regolazione francese.

6 – Le ipotesi di responsabilità solidale in Spagna

Il sistema giuridico spagnolo relativo alla responsabilità solidale nelle esternalizzazioni consta di due fonti giuridiche essenziali: la prima, più **generale**, applicabile in **qualunque attività produttiva**; la seconda, riferita al settore delle costruzioni, e quindi specifica. Ciascun provvedimento risponde ad una *ratio* differente ed, al netto di una loro possibile intersezione in relazione alla disciplina del subcontratto, configura una particolare fattispecie di vincolo solidale.

Infatti, l'Estatuto de los trabajadores⁹² prevede che gli imprenditori che appaltano/subappaltano l'esecuzione di opere e/o servizi corrispondenti alla propria attività, per andare esenti da responsabilità solidale devono dimostrare che i loro contraenti sono in regola con i versamenti contributivi, mediante l'esibizione di una certificazione rilasciata dalla Tesoreria General de Seguros Sociales – l'ente previdenziale spagnolo – che, entro trenta giorni dalla richiesta di certificazione, attesti l'assenza di pendenze a carico di detti contraenti. Inutilmente decorso il termine di legge per il rilascio della certificazione sulla regolarità della situazione contributiva, gli imprenditori sono liberi da qualsivoglia vincolo obbligatorio⁹³. L'attestazione in parola non differisce, nella sostanza, dal Documento Unico di Regolarità Contributiva – D.U.R.C. – previsto dalla legislazione italiana, sebbene la non invocabilità della responsabilità solidale dell'imprenditore appaltante/subappaltante in relazione all'omesso rispetto del termine previsto per l'emissione del certificato sia esplicitata soltanto nell'ordinamento spagnolo, mancando viceversa in quello italiano. Se la

⁹² Legge n. 8/1980, pubblicata sul Bollettino Ufficiale spagnolo il 10 marzo 1980, più volte modificata, costituente la piattaforma legislativa fondamentale dell'ordinamento lavoristico iberico.

⁹³ Così l'art. 42, c. 1, Estatuto de los trabajadores.

disposizione in parola appare meritevole di apprezzamento perché fissa alla Pubblica Amministrazione un termine considerabile nella sostanza perentorio per l'attestazione di eventuali pendenze contributive dell'appaltatore, d'altro canto occorre considerare che l'inerzia dell'ente previdenziale spagnolo può avere ripercussioni anche sui lavoratori, i cui diritti retributivi, a causa dell'inattività altrui, sono privati della presenza di un ulteriore debitore a garanzia del loro credito.

Nel merito, la responsabilità solidale vincola l'imprenditore principale⁹⁴ all'adempimento delle omissioni contributive e/o retributive dei suoi appaltatori/subappaltatori pertinenti alla realizzazione dell'opera e/o servizio affidato per un periodo, rispettivamente, di tre anni o di un anno dalla cessazione dell'incarico conferito al contraente di livello negoziale inferiore, sempre che l'ente previdenziale abbia emesso la predetta certificazione di esistenza di debiti contributivi. Altresì, il vincolo obbligatorio sussiste nel caso di esternalizzazioni relative all'attività svolta dall'appaltante, riferendosi l'art. 42, c. 1, Estatuto de los trabajadores, all'appalto/subappalto per l'esecuzione di opere e/o servizi corrispondenti alla «propria attività».

Sul punto, la disposizione – che sembra quasi riecheggiare l'art. 3, legge italiana n. 1369 in tema di appalti endoaziendali⁹⁵ – non si sottrae ad incertezze ermeneutiche, posto che il riferimento alla **medesima attività** svolta dall'**appaltatore** per procedere all'esternalizzazione può riferirsi alle sole attività inerenti *al* ciclo produttivo, ovvero, seguendo l'opzione interpretativa dell'attività indispensabile, anche a quelle rientranti *nel* ciclo produttivo, restando escluse soltanto quelle reputabili complementari.

⁹⁴ Dalla formulazione normativa sembrerebbe escluso il committente imprenditore che si rivolga all'*outsourcing* in settori estranei al proprio *core business*, pur con le precisazioni interpretative di cui a breve nel testo. Nessun dubbio, viceversa – essendo espressamente previsto dall'art. 42, c. 2, Estatuto de los trabajadores – sull'esclusione da responsabilità nel caso di opera e/o servizio realizzato per soddisfare esigenze non imprenditoriali, e quindi personali, dell'appaltatore, equiparabile in questo caso ad un privato.

⁹⁵ Infatti, l'art. 3 dell'ormai abrogata legge n. 1369 contemplava la parità di trattamento retributivo e normativo e la responsabilità solidale retributiva e contributiva per «Gli imprenditori che appaltano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore (...)), salvo che, come previsto dal successivo art. 5, non si trattasse di opere di costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, installazione o montaggio di impianti e macchinari, manutenzione straordinaria, trasporti esterni da e per lo stabilimento riferiti a particolari attività produttive richiedenti fasi successive di lavorazione, l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa, nonché per prestazioni saltuarie ed occasionali, di breve durata, non ricorrenti abitualmente nel ciclo produttivo e nell'organizzazione dell'impresa, di lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, ed, infine, della gestione dei posti telefonici pubblici. Per un'analisi critica della legge n. 1369, cfr. capitolo I, parte II, § 1.

L'adesione ad una soluzione piuttosto che all'altra implica evidenti riflessi sull'estensione del vincolo solidale, essendo minore nel primo caso, maggiore nel secondo⁹⁶: infatti, declinare il concetto di «propria attività» in senso ampio, ovverosia comprendendovi anche attività dell'appaltatore le quali, pur non coincidenti con il *business* essenziale del committente, tuttavia lo inglobano, permette di applicare il meccanismo della solidarietà anche a casi di esecuzione di opere e/o servizi che, diversamente, andrebbero considerati complementari e, di conseguenza, esclusi dalla disciplina in parola.

In ogni caso, il meccanismo di **responsabilità solidale** delineato è solo *latu sensu* definibile di **diligenza**, facendo coincidere il contegno rispettoso della normativa ad opera dell'appaltante con la sua richiesta di certificazione in ordine ad eventuali debiti previdenziali gravanti sull'imprenditore incaricato di eseguire l'opera e/o il servizio. Infatti, pur nel silenzio dispositivo sul punto, occorre considerare che la mancata richiesta dell'attestazione *de qua* esporrebbe l'imprenditore appaltante/subappaltante ad una responsabilità solidale per i debiti retributivi e contributivi non onorati dai propri contraenti e/o subcontraenti cui abbia affidato l'esecuzione di un'attività propria. L'ispirazione alla diligenza è ravvisabile, del resto, anche in capo all'ente previdenziale iberico, il quale, per poter coinvolgere un ulteriore soggetto a garanzia dei propri crediti verso gli imprenditori inadempienti, ha l'onere di verificare la posizione debitoria di questi ultimi entro un termine ragionevole.

6.1 – Segue: la fattispecie del settore delle costruzioni

In occasione di ripetuti infortuni, anche mortali, occorsi ai lavoratori nel settore edile nel periodo 1998-2007, consegnata all'evidenza l'equazione tra la scarsa formazione dei lavoratori sui rischi derivanti dallo svolgimento di alcune attività e gli infortuni sul lavoro, l'ordinamento spagnolo ha emanato la legge 19 ottobre 2006, n. 32, disciplinante la subcontrattazione nel settore *de quo*, anche pubblico, su una triplice

⁹⁶ In questo senso, A. GINÈS I FABRELLAS, *Externalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales*, in *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, gennaio-marzo 2016, vol. 4, 1, 1 ss., spec. 5 ss..

direttrice di indirizzo: innanzitutto, **limitando i livelli di segmentazione negoziale** dei lavori, ritenendo la frammentazione produttiva di per sé foriera di elusione degli obblighi di sicurezza con conseguente esposizione al pericolo di infortuni; altresì, introducendo requisiti minimi di qualità e solvibilità delle imprese operanti nel settore, soprattutto in relazione alla formazione dei lavoratori ed alla prevenzione degli infortuni; infine, introducendo adeguati meccanismi di trasparenza e partecipazione dei lavoratori.

Senza pregiudicare l'applicazione dello Estatuto de los trabajadores in materia di subcontrattazione⁹⁷, la legge del 2006 trova applicazione per i contratti conclusi, anche in subappalto, in esecuzione di **lavori di costruzione**⁹⁸, lasciando libero il committente nella scelta del numero di imprese cui affidare i lavori, mentre l'appaltatore contraente principale può delegarne l'esecuzione a subappaltatori e/o a lavoratori autonomi; a loro volta – al netto di ipotesi di appalti *labour intensive*, in cui per l'esecuzione della prestazione dedotta in contratto il valore delle risorse umane impiegate supera quello dei macchinari e/o degli strumenti –, i primi due subcontraenti possono ulteriormente scendere di un livello negoziale, ovvero sia il terzo, oltre il quale non è possibile andare, nemmeno se l'incarico coinvolge un lavoratore autonomo⁹⁹. Tuttavia, se sussistono esigenze di affidamento dell'esecuzione di lavori a manodopera specializzata, ovvero cause di forza maggiore o, infine, complicazioni produttive – ciascuna debitamente motivata –, per le quali, a giudizio della direzione dei lavori, è necessario dar luogo ad un quarto livello negoziale, ciò è possibile a patto che l'appaltante del livello superiore non sia un lavoratore autonomo ovvero non si tratti di attività *labour intensive*, a meno che l'esigenza che induce allo scivolamento dell'ulteriore livello negoziale non derivi dalla forza maggiore¹⁰⁰.

Altresì, sul contraente principale e sui subcontraenti grava un **dovere di vigilanza** in ordine all'osservanza, da parte delle rispettive controparti negoziali, sia della tenuta ed aggiornamento del registro di accreditamento delle imprese ritenute affidabili e quindi meritevoli di ricevere l'esecuzione di lavori mediante subcontrattazione, sia dei livelli di

⁹⁷ Cfr. art. 42, su cui § 6.

⁹⁸ Comprensivi di attività di escavazione, movimentazione terra, costruzione, montaggio e smontaggio di prefabbricati, condizionamento ed installazioni, trasformazioni, reinserimento, riparazione e smantellamento, eliminazione di materiali di scarto, conservazione e lavori di tinteggiatura, pulizia e sanitaria: così gli artt. 1 e 2, legge 19 ottobre 2006, n. 32.

⁹⁹ Così l'art. 5, legge cit..

¹⁰⁰ Perché in tal caso viene meno il divieto ed è consentito concludere un ulteriore subcontratto: in questo senso l'art. 7, legge cit..

frantumazione negoziale consentiti, nonché dei casi di relativa eccezione. Il mancato rispetto della normativa prevista, ed in modo particolare del numero di livelli di subcontrattazione ammessi, espone gli indicati soggetti alla **responsabilità solidale** per le obbligazioni retributive e contributive contratte dai loro contraenti/subcontraenti in esecuzione dei lavori affidati.

Rispetto alla fattispecie delineata nella normativa statutaria, il vincolo obbligatorio che lega l'imprenditore – ma non il committente – si struttura su un più limpido **paradigma di *due diligence***, che sanziona il soggetto imprenditoriale negligente ed inerte a fronte dell'altrui inosservanza della legge. In questo caso, infatti, la verifica dell'iniziale e perdurante rispetto della disciplina in materia di subcontrattazione presuppone un contegno dell'imprenditore appaltante molto meno passivo se confrontato alla semplice ed istantanea richiesta di una certificazione sull'eventuale stato debitorio dell'imprenditore, rilasciata dall'ente previdenziale. Peraltro, mentre la responsabilità solidale delineata dall'Estatuto de los trabajadores sembra dipendere per lo più dal fatto del terzo – nella fattispecie, la P. A. – limitando davvero a poco lo spazio di azione dell'obbligato solidale, lo schema emergente dalla legge 19 ottobre 2006, n. 32, esprime un vincolo obbligatorio più maturo e consapevole, anche in ragione delle specifiche esigenze del settore di regolazione.

Forse perché reggentesi su un atteggiamento di diffidenza verso i processi di disintegrazione verticale dell'attività produttiva – pregiudizialmente considerati quali scenari di elusione normativa –, la legge iberica del 2006 palesa una fattispecie di diligenza imprenditoriale che non riesce ad evitare incompletezza e formalismo nella regolamentazione: infatti, la verifica del registro di accreditamento delle imprese ritenute affidabili e la limitazione dei livelli negoziali potrebbero tralasciare il contrasto a diverse, ma non meno gravi, violazioni della legge e dei diritti dei lavoratori, rispetto alle quali l'osservanza apparente e/o parziale della disciplina della subcontrattazione rischia di risultare del tutto inefficace.

Né può esser taciuta la circostanza per cui, pur costituendo l'edilizia il contesto in cui con maggiore frequenza si esprimono i contegni datoriali elusivi, questi ultimi dimostrano una capacità diffusiva ben oltre il settore produttivo in parola, imponendo una riflessione su un'estensione della responsabilità solidale alla totalità delle attività di impresa. All'eventuale obiezione che eccepisse la previa esistenza di una disciplina

della subcontrattazione alla generalità dei settori produttivi¹⁰¹, andrebbe efficacemente replicato che la normativa statutaria, come visto, configura un'ipotesi poco elaborata di responsabilità solidale fondata sulla diligenza, che non può in alcun modo rappresentare una valida piattaforma di regolazione, soprattutto nei complessi fenomeni di scomposizione dell'attività produttiva.

Il sistema spagnolo, quindi, dimostra un apprezzabile tentativo di disciplina dei fenomeni di esternalizzazione, con una tutela focalizzata innanzitutto sui profili della sicurezza ed incolumità dei lavoratori impegnati nelle filiere produttive. Nondimeno, la sfiducia riposta in tali operazioni di scomposizione dell'attività di impresa incide in modo sensibile sul merito della disciplina, che in modo alquanto squilibrato pende verso i divieti e le limitazioni piuttosto che a favore della regolamentazione vera e propria, senza riuscire ad evitare, peraltro, il rischio sia di un'osservanza meramente formale della normativa, sia di una sua violazione tramite altre condotte, al contrario non considerate.

7 – L'analisi comparativa tra le soluzioni regolative europee

La breve disamina della disciplina della responsabilità solidale nelle esternalizzazioni in alcuni ordinamenti giuridici europei, se posta al cospetto della normativa italiana, permette di svolgere qualche considerazione di tipo contenutistico e funzionale.

In relazione al primo aspetto, occorre rilevare come, al netto di alcune specificità¹⁰², l'oggetto del vincolo obbligatorio solidale riguarda le retribuzioni maturate dal lavoratore impiegato nell'appalto e rimaste inadempite dal datore di lavoro, con esclusione delle eventuali voci indennitarie e/o risarcitorie rientranti a diverso titolo nel diritto di credito del lavoratore. Nel merito, quindi, il coinvolgimento dell'obbligato in solido riposa, in linea di massima¹⁰³, sull'utilità conseguita dalla prestazione posta in essere dal lavoratore e non retribuita dal proprio datore di lavoro, potendo il negozio

¹⁰¹ Contenuta nello Statuto de los trabajadores, come visto nel § 6..

¹⁰² Il riferimento è al trattamento di fine rapporto, elemento differito della retribuzione presente soltanto nell'ordinamento italiano, tra quelli esaminati.

¹⁰³ La differente declinazione del credito retributivo vantato dal lavoratore in ragione del soggetto invocante la responsabilità solidale presente in Belgio (§ 4), può infatti essere considerata non rilevante ai fini delle presenti considerazioni.

giuridico sottoscritto soddisfare un interesse del terzo ed, al tempo stesso, fondare la di lui responsabilità verso il lavoratore impiegato nella realizzazione dell'opera e/o del servizio. Del pari, il diritto positivo di ciascuno dei Paesi considerati esclude il meccanismo solidale se il beneficiario della prestazione lavorativa altrui è una persona fisica che commissioni l'esecuzione dell'opera e/o del servizio per finalità non professionali, considerato che, in tali circostanze, mancando la triangolazione produttiva ed il rischio di elusione degli obblighi datoriali da parte del terzo – che è un privato ovvero agisce come tale –, non sussiste alcuna necessità di regolazione dell'operazione negoziale posta in essere.

Allo stesso modo, nella quasi totalità delle legislazioni considerate¹⁰⁴, i soggetti chiamati a rispondere dell'inadempimento datoriale sono il committente, l'imprenditore che ha ottenuto l'incarico di realizzare l'opera e/o il servizio – *principal contractor* – e gli eventuali subappaltanti che si sono avvalsi delle prestazioni di propri subcontraenti, rilevando semmai il carattere più o meno esplicito di tali soggetti nelle rispettive disposizioni. Sul punto, infatti, merita di essere segnalata l'estrema chiarezza della **formulazione** legislativa **italiana**, che meglio di ogni altra esplicita l'**estensione del vincolo debitorio** sia in senso verticale – delineando un'ipotetica linea obbligatoria che dal committente, posto al vertice della filiera negoziale, giunge fino al dipendente dell'ultimo dei subappaltatori coinvolti nell'esecuzione della prestazione dedotta in contratto –, sia nei rapporti fra gli imprenditori, ciascuno dei quali risponde dell'inadempimento dei soggetti posti ai livelli negoziali inferiori.

La normativa italiana si mostra meritevole di plauso, altresì, nel prevedere la responsabilità solidale nella **totalità dei settori produttivi**, senza operare le distinzioni per ambiti di attività compiute negli altri ordinamenti, le quali, per quanto tendenti all'esaurimento in ragione della progressiva estensione della normativa oltre l'edilizia, costituiscono tuttavia un obiettivo ed irragionevole ostacolo ad una disciplina uniforme dei fenomeni di *outsourcing*.

Al contrario, gli aspetti su cui la disciplina della legge Biagi mostra incertezze, incongruità o vere e proprie contraddizioni attengono ad un duplice rilievo. Innanzitutto, l'ordinamento italiano prevede la responsabilità solidale soltanto nel caso di sottoscrizione di un contratto di appalto e/o subappalto, tralasciando ulteriori **fattispecie**

¹⁰⁴ Qualche dubbio, come detto (§ 6), potrebbe riguardare la disciplina statutaria spagnola in relazione al committente.

negoziali. Se è pur vero che nel 2015 il vuoto normativo è stato parzialmente colmato prevedendo una specifica fattispecie di vincolo solidale nel caso di trasporto merci per conto terzi, è del pari innegabile che, da un lato, la diversa formulazione della solidarietà operata con la legge di Stabilità 2015 ha generato dubbi piuttosto che risolvere incertezze anche in ordine a quale fra le discipline esistenti sia considerabile generale e prevalente; dall'altro, una normativa per tipologie negoziali rischia di lasciare privi di regolamentazione ulteriori fattispecie in cui è coinvolto il lavoro dipendente altrui, aumentando il divario già esistente tra il diritto positivo e la realtà economica con conseguente ritardo del primo verso la seconda. A differenza che in Italia, infatti, nei Paesi europei considerati non è contemplata alcuna distinzione tra tipologie negoziali, nel senso che la responsabilità solidale è prevista nel più ampio concetto di subcontratto, e non soltanto nel caso di appalto e/o subappalto.

Altresì, soltanto l'ordinamento italiano sembra contenere la possibilità, per la contrattazione collettiva nazionale, di **derogare** alla disciplina della **responsabilità solidale retributiva** negli appalti: negli altri ordinamenti esaminati¹⁰⁵, infatti, al più sussistono forme più o meno complesse di diligenza richiesta al terzo, che possono valere a liberarlo dal vincolo obbligatorio. Tuttavia, mentre nei predetti sistemi giuridici il contegno di diligenza richiesto al beneficiario della prestazione lavorativa è finalizzato, in modo più o meno esplicito, all'osservanza della normativa, le incertezze interpretative, nella legge italiana, sulla portata della derogabilità della responsabilità solidale da parte della contrattazione collettiva nazionale potrebbero assegnarle un valore inferiore rispetto al criterio di diligenza, soprattutto in relazione alla limitazione della facoltà derogatoria, come visto, alle sole retribuzioni.

Tale circostanza, peraltro, evidenzia un'ulteriore particolarità italiana, consistente nella "mutazione funzionale" della responsabilità solidale negli appalti, la quale da rimedio regolativo posto a tutela delle retribuzioni dei lavoratori occupati nelle esternalizzazioni sempre più è rivolto ad assicurare i crediti contributivi¹⁰⁶.

Infatti, con riferimento al profilo funzionale, occorre rilevare come il nostro ordinamento appaia l'unico, fra quelli presi in considerazione, ad assegnare alla

¹⁰⁵ Ed al netto di eventuali ipotesi, contemplate in alcuni ordinamenti, di deroga e/o disapplicazione della normativa lavoristica ad opera della contrattazione di prossimità, la quale, essendo in ogni caso legata alle vicende negoziali aziendali, esula dalle presenti considerazioni.

¹⁰⁶ Cfr. capitolo II.

responsabilità solidale una spiccata funzione di **garanzia**, prevedendo soltanto in via sussidiaria il coinvolgimento dell'obbligato in solido. Benché tale impostazione sia stata recentemente adottata in un altro Paese europeo¹⁰⁷, vale precisare che lì ciò è avvenuto soltanto con riferimento ai crediti fiscali e contributivi e che, in ogni caso, la sussidiarietà prevista dall'ordinamento belga è declinabile come un mero ordine di richiesta di pagamento del dovuto, coinvolgente in modo progressivo e cronologicamente determinato i protagonisti del fenomeno di disintegrazione verticale dell'attività produttiva. Viceversa, gli innesti di tipo processuale che hanno interessato l'art. 29, c. 2, legge Biagi, hanno inciso in modo significativo sulla natura della solidarietà, sottoponendone l'invocabilità a determinate condizioni.

Quanto sin qui detto può essere efficacemente rappresentato con il seguente grafico:



dove l'asse delle X indica la natura e la disciplina della responsabilità (oggettiva, fondata sulla diligenza, derogabile), mentre l'asse Y si riferisce ai settori produttivi (determinati o tutti). La dimensione delle bandiere è legata ai soggetti imprenditoriali coinvolti, nel senso che la bandiera maggiore indica la copertura dell'intera filiera negoziale (committente, *principal contractor*, imprenditore appaltante ed eventuali

¹⁰⁷ In Belgio: § 4.1.

subappaltanti), decrescendo quando i soggetti imprenditoriali coinvolti sono inferiori, perché manca il committente, ovvero c'è solidarietà soltanto con il subappaltante diretto.

L'ordinamento italiano sta quindi elaborando e disciplinando una responsabilità solidale negli appalti del tutto *sui generis*: tale direzione appare in spiccata controtendenza non soltanto rispetto agli orientamenti normativi di alcuni Paesi europei, bensì anche con riferimento alla normativa comunitaria, con la quale il diritto positivo nazionale è inevitabilmente chiamato a confrontarsi.

CAPITOLO IV

Le prospettive della responsabilità solidale

1 – Posizione del problema

Un decisivo campo di prova della responsabilità solidale negli appalti è rappresentato dalle sue applicazioni concrete: al di là delle possibili interpretazioni e/o spiegazioni delle scelte fin qui compiute dal legislatore, diventa importante analizzare l'utilità pratica che il rimedio in parola può assicurare nella salvaguardia delle situazioni giuridiche che è chiamato a tutelare. Se il funzionamento della disposizione è un privilegiato terreno di indagine per apprezzarne la bontà, possono essere percorsi in proposito due profili di analisi: la disciplina comunitaria della responsabilità solidale e la persistente efficacia del vincolo giuridico obbligatorio a seguito della “mutazione funzionale” che lo ha caratterizzato.

In relazione al primo aspetto, occorre segnalare che la regolazione della responsabilità solidale nei fenomeni di scomposizione dell'attività produttiva ha conosciuto diversificate impostazioni nelle fonti comunitarie, che sembrano non aver ancora trovato un univoco assetto regolatorio, posto che variano da soluzioni esaltanti l'elemento soggettivo ad altrettante richiedenti comportamenti ispirati alla *compliance* normativa. Con un sufficiente grado di certezza, è possibile rilevare che, per quanto tuttora oscillante, la **disciplina comunitaria** delle esternalizzazioni non è tuttavia orientata verso una 'secca' previsione di responsabilità solidale, che privilegi di per sé il coinvolgimento del terzo senza che possa essergli rimproverato alcun tipo di comportamento e/o di consapevolezza. Benché agli Stati membri sia concesso un potere discrezionale nel determinare in concreto quali e quanti soggetti, ed in quali circostanze, sono vincolati al pagamento delle retribuzioni e/o al versamento dei contributi, il recepimento della disciplina europea implica in ogni caso l'osservanza di tale preferenza di impostazione continentale, che a volte assume le caratteristiche di un vero e proprio limite. E' il caso della **direttiva 2014/67/UE**, la cui previsione sulla

responsabilità solidale, nell'ospitare diverse articolazioni del vincolo *de quo*, le sottopone a stringenti parametri di legittimità¹⁰⁸.

Per quanto attiene all'attuale capacità del rimedio solidale di assolvere alla propria funzione malgrado la chiara preferenza verso i crediti statali che le modifiche legislative hanno palesato, occorre verificare se l'inquadramento sistematico proposto – tale per cui a presidiare il versamento dei contributi sussiste una regola di proprietà, laddove il pagamento delle retribuzioni dei lavoratori è assicurato da una regola di responsabilità¹⁰⁹ – possa in qualche modo indebolire i diritti di credito dei lavoratori impiegati negli appalti, o se, viceversa, la *liability rule* riesca ad esprimere potenzialità applicative ad un primo sguardo inimmaginabili. A riguardo, vale sin d'ora segnalare l'ipotizzabilità di una **proposta ermeneutica dell'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276**, che, a legislazione invariata, consenta alla responsabilità solidale di assolvere la propria funzione, attraverso lo strumento della facoltà derogatoria riconosciuta alle parti sociali.

Quest'ultimo infatti, malgrado le criticità e le obiezioni che ha sollevato¹¹⁰, può costituire la via attraverso cui giungere ad una disposizione moderna ed efficace, da un lato arricchendo il vantaggio di un vincolo solidale già esteso alla totalità dei settori produttivi e coinvolgente l'intera filiera negoziale, dall'altro compensando quei meccanismi che potrebbero ostacolare, o peggio neutralizzare, la salvaguardia delle ragioni creditorie dei lavoratori.

2 – Il rafforzamento della direttiva distacchi

La direttiva 2014/67/UE rappresenta il tentativo a livello continentale, non senza numerosi compromessi, di rafforzare il rispetto e l'effettività della precedente direttiva 96/71/CE in ordine alla tutela minima da riconoscere ai lavoratori temporaneamente distaccati, nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi¹¹¹, in uno Stato membro diverso da quello in cui abitualmente operano.

¹⁰⁸ Nel dettaglio, §§ 2 e 2.1.

¹⁰⁹ Cfr. capitolo II, §§ 6 e 7.

¹¹⁰ Cfr. capitolo II, § 5, nonché, per il dibattito in dottrina, capitolo I, parte II, §§ 4 ss..

¹¹¹ Tale ipotesi applicativa rappresenta solo una delle fattispecie in cui può realizzarsi il fenomeno in parola, essendo le altre rappresentate dal distacco di un lavoratore nello stabilimento e/o nell'impresa

Infatti, senza rinnegare l'impostazione di fondo volta a favorire una sempre maggiore integrazione nel mercato unico ed assicurare la libera prestazione di servizi quale diritto fondamentale dell'Unione Europea, l'atto normativo comunitario del 2014 si pone l'obiettivo di migliorare l'osservanza della disciplina sui lavoratori distaccati in un'ottica di «integrazione applicativa e rafforzativa»¹¹², benché al prezzo di una confermata tendenza erosiva della sovranità nazionale – nell'ottica della territorialità – in ordine alle norme del diritto del lavoro e del *Welfare* che ciascun ordinamento decide di adottare¹¹³.

Nel merito e per quanto rileva ai fini della presente ricerca, la **garanzia della legalità** delle disposizioni comunitarie indirizzate a proteggere i lavoratori inviati in altri Paesi, è riscontrabile nell'attenzione alle ipotesi di distacco non genuino e/o di lavoratore abusivamente distaccato e/o falsamente autonomo o addirittura irregolare¹¹⁴, foriere di intollerabili situazioni di concorrenza sleale tra imprese e compressione dell'insopprimibile tutela che il cd. nocciolo duro dei diritti riconosce al lavoratore (legittimamente) distaccato in un altro Stato membro. A presidio dell'adeguamento alla normativa europea, la direttiva 2014/67/UE valorizza l'assistenza e la reciproca collaborazione ispettivo-amministrativa fra gli ordinamenti, riconoscendo agli Stati ospitanti il distacco la facoltà di imporre obblighi amministrativi e misure di controllo¹¹⁵.

Questi ultimi, tuttavia, per poter essere imposti, devono rispettare una triplice condizione¹¹⁶: la loro necessità rispetto all'obiettivo da perseguire, declinata nel senso di una vigilanza concreta ed effettiva, e non teorica; la giustificazione di tali misure, nel senso di un loro incontrovertibile rapporto di immediata conseguenza dell'osservanza

appartenente al gruppo, ovvero dall'invio di un lavoratore ad opera di un'agenzia di lavoro temporaneo (cfr. art. 1, paragrafo 3, lett. b e c, direttiva 96/71/CE). Tuttavia, nel testo il riferimento alla cd. direttiva madre – la 96/71/CE, appunto – verrà compiuto quasi esclusivamente in relazione ad una prestazione di servizi.

¹¹² M. BANO, *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Lavoro e Diritto*, 2015, 4, 583 ss., qui 590. L'interpretazione funzionale della direttiva del 2014 nel senso esposto è unanimemente accolta dagli studiosi.

¹¹³ M. BANO, *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, cit..

¹¹⁴ In questo senso, i considerando 5, 7, 10 e 27, nonché il medesimo art. 1, direttiva 2014/67/UE.

¹¹⁵ Cfr. artt. 7 e 9, direttiva 2014/67/UE.

¹¹⁶ In realtà, l'art. 9, paragrafo 1, direttiva 2014/67/UE, si esprime in termini espliciti soltanto con riferimento alle ultime due condizioni delle misure, richiedendole giustificate e proporzionali. Tuttavia, anche per quanto verrà chiarito *infra* nel testo ed a maggior ragione con riferimento al recepimento italiano della direttiva (cfr. §§ 3 ss.), è opportuno ritenere anche la necessità degli obblighi statali tra i presupposti condizionanti.

della normativa comunitaria sul distacco; la proporzionalità delle misure, intesa quale indifferibile compressione della libertà di servizi in relazione alla finalità da realizzare.

A ben guardare, infatti, la proporzionalità richiesta al legittimo esercizio della sovranità nazionale mediante l'imposizione di comportamenti doverosi agli operatori economici transnazionali, rappresenta uno degli elementi attraverso cui si disvela la **natura compromissoria**¹¹⁷ della **direttiva enforcement**, posto che la tutela dei lavoratori da questa compiuta non si realizza di per sé, bensì *solo ed in quanto* sia compatibile con la libertà economica di impresa, attraverso la prestazione di servizi, che, come detto, costituisce il bene giuridico autenticamente tutelato.

Anche in relazione all'ambigua formulazione sugli ulteriori obblighi amministrativi e misure di controllo che gli Stati membri possono stabilire a carico degli imprenditori distaccanti, emerge la difficoltà della fonte giuridica europea del 2014 di stabilire un rapporto¹¹⁸ chiaro tra detti ulteriori obblighi e le misure adottabili¹¹⁹ dagli ordinamenti giuridici riceventi i lavoratori: nel merito, dalla lettura del testo normativo non è dato comprendere se sia necessario, ovvero anche solo sufficiente, il previo esaurimento, in termini di efficacia, delle misure già adottate – ed adottabili a mente della direttiva – dallo Stato membro per ricorrere a successive, e se tale esaurimento concerni la totalità degli obblighi imposti ovvero anche solo una loro parte¹²⁰.

In ragione della risposta fornita a ciascuno dei due problemi interpretativi posti – che valorizzi la libera prestazione di servizi mediante il test di proporzionalità, ovvero la tutela sostanziale accordata ai lavoratori distaccati¹²¹ –, è possibile caratterizzare e delimitare il contenuto della legittima sovranità giuridica statale. A dirimere l'esposta criticità ermeneutica possono soccorrere ulteriori elementi: il vincolo metodologico da osservare nell'esame sull'autenticità del distacco; l'aporia comunitaria in ordine alle

¹¹⁷ Per questa lettura, anche in relazione agli ulteriori elementi sintomatici a breve esplicitati nel testo, A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*, reperibile al sito: <http://old.cgil.it/Archivio/Giuridico%5CCommento%20Direttiva%202014-67%20sul%20distacco%20transnazionale%20dei%20lavoratori.pdf>.

¹¹⁸ Menzionato nell'art. 9, paragrafo 2, direttiva *enforcement*.

¹¹⁹ Elencate nell'art. 9, paragrafo 1, direttiva 2014/67/UE ed, in estrema sintesi, ravvisabili in obblighi di dichiarazione del distacco, di esibizione e conservazione della documentazione al medesimo relativa, di designazione di un interlocutore aziendale che si relazioni con il personale ispettivo, nonché di un rappresentante aziendale in grado di avviare negoziati con le parti sociali.

¹²⁰ Cfr. A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*, cit., 10 ss..

¹²¹ Di cui, rispettivamente, ai considerando 23 ed 11 della direttiva in parola.

conseguenze del distacco illecito e/o di suo abuso; la complessiva disciplina della responsabilità solidale nei casi di subcontratto¹²².

Con riferimento alla prima delle opzioni accolte dalla direttiva del 2014, vale la pena segnalare che, in base al suo art. 4, nel mentre gli Stati membri possono utilizzare elementi sintomatici della non conformità alla disciplina comunitaria dell'operazione realizzata (paragrafi 2 e 3), sono tuttavia vincolati ad una loro valutazione complessiva (paragrafo 1), non potendo il disallineamento parziale tra il dato fattuale ed il precetto giuridico fondare la contestata violazione della legge comunitaria (paragrafo 4). Se, quindi, gli «elementi fattuali» non solo sono facoltativi, quand'anche devono essere valutati nella loro totalità dagli Stati membri, appare chiaro come ogni **limitazione** di un **diritto** fondamentale europeo – qual è, appunto, la prestazione di servizi – sia inquadrabile come legittima soltanto a patto della sua **indispensabilità** derivante dalla non eccedenza rispetto all'obiettivo dato.

Né miglior sorte, in tal senso, pare assegnata alle conseguenze sanzionatorie di un'accertata situazione di violazione normativa, posto che la direttiva 2014/67/UE lascia – pericolosamente, verrebbe da aggiungere – liberi gli ordinamenti nazionali di definire – ma anche di non precisare – cosa accade al lavoratore abusivamente distaccato in un altro Paese. Una siffatta libertà di scelta volge nel senso di un indebolimento della già fiacca tutela accordata ai lavoratori non genuinamente distaccati, dischiudendo altresì un apparato normativo differente per ciascun ordinamento nazionale e, per ciò stesso, inefficace, potendo in questo modo indirizzare pratiche elusive della disciplina comunitaria verso Stati la cui legislazione in caso di distacco illecito risulti meno severa.

In ogni caso, le disposizioni della direttiva *enforcement* aventi ad oggetto l'accesso alle informazioni, la cooperazione amministrativa e l'esaltazione dell'attività di vigilanza¹²³, segnalano un'attenzione della medesima in termini di **effettività** della **disciplina comunitaria** sul **distacco**, sempre più qualificabile quale sofisticata espressione interpositoria¹²⁴ nella quale al posto dei soggetti – ovvero sia l'utilizzatore

¹²² Su cui, in modo dettagliato, il § 2.1.

¹²³ Rispettivamente agli artt. 5, 6, 8 e 10, direttiva *de qua*.

¹²⁴ L'efficace immagine è di M. BANO, *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, cit., 599.

interposto e l'imprenditore interponente manodopera – sussistono i luoghi, nel senso di Paesi da cui ricavare il differenziale competitivo del costo del lavoro.

2.1 – Segue: la disciplina comunitaria della responsabilità solidale nei subcontratti a catena

Ugualmente espressiva della **natura compromissoria** che pervade la direttiva 2014/67/UE è la previsione di un coinvolgimento del terzo nell'adempimento delle obbligazioni retributive e/o contributive, oggetto del presente lavoro di ricerca.

In termini generali, infatti, occorre precisare che il vincolo obbligatorio del committente un appalto non solo non è espressamente previsto in tutti gli ordinamenti del vecchio Continente, quand'anche risulta diversamente disciplinato all'interno di quelli che lo contemplano. In relazione al primo aspetto, quasi tutti i Paesi dell'Est Europa, da poco facenti parte dell'Unione Europea sono sprovvisti di un simile meccanismo regolatorio dei fenomeni di *outsourcing*, vuoi perché l'apertura verso l'economia capitalista e le sue regole è avvenuta soltanto negli ultimi decenni, vuoi perché l'assenza di un assetto normativo di tal sorta può aver reso maggiormente competitivi quei mercati agli occhi degli investitori. Accanto a tali esempi ne sussistono altri, quali il Regno Unito, nel quale tuttavia l'assenza di una regola solidale del committente, lungi dal rispondere ad un'impostazione oppositiva all'economia di mercato, ne costituisce semmai l'espressione più radicale, in termini di liberismo assoluto.

Viceversa, gli ordinamenti già dotati di una disciplina in argomento, la declinano secondo esigenze, culture e sensibilità diverse¹²⁵, segnalando un variegato assetto normativo di applicazione concreta della regola di responsabilità solidale. In ogni caso, il previsto recepimento della direttiva *enforcement*¹²⁶ ha imposto una **disciplina minima dell'istituto**, al fine di uniformare i vari ordinamenti: ad un panorama normativo europeo in materia di esternalizzazioni così variegato, quindi, va ascritta

¹²⁵ Per un'esemplificazione non esaustiva, cfr. capitolo III, §§ 4-6.1.

¹²⁶ Fissato al 18 giugno 2016, come ricavabile dal giorno di entrata in vigore dell'atto normativo in parola, ex art. 25, direttiva 2014/67/UE.

l'impostazione compromissoria della direttiva, la cui formulazione in argomento sembra contenere ogni ipotesi possibile.

Infatti, l'art. 12, paragrafo 1, direttiva 2014/67/UE, conformemente all'obiettivo di assicurare il «rispetto pratico delle norme applicabili nel settore del distacco e l'effettiva protezione dei diritti dei lavoratori a tale riguardo [che] destano particolare preoccupazione per i subcontratti a catena e dovrebbero essere garantiti tramite misure appropriate in conformità del diritto e/o delle prassi nazionali e nel rispetto dell'Unione»¹²⁷, riconosce agli Stati membri la facoltà di adottare **misure addizionali** per contrastare contegni frodati e/o di abuso del distacco posti in essere dalle aziende. A tal proposito, a mente della citata disposizione, ciascuna legislazione nazionale può stabilire che, in caso di subcontratti a catena, «il contraente di cui il datore di lavoro (prestatore di servizi) rientrando nell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 96/71/CE è un subcontraente diretto, possa, in aggiunta o in luogo del datore di lavoro, essere tenuto responsabile dal lavoratore distaccato riguardo a eventuali retribuzioni nette arretrate corrispondenti alle tariffe minime salariali e/o contributive dovute a fondi o istituzioni comuni (...)».

Tale facoltà di previsione, nel mentre è obbligatoria nei settori produttivi in cui trova applicazione la direttiva 96/71/CE, nei settori diversi da quelli indicati da quest'ultima può essere contemplata ad opera dei singoli Stati, a patto di risultare proporzionata e non discriminatoria. In ogni caso, la **solidarietà** può essere **esclusa** laddove il contraente diretto abbia assunto contegni ispirati alla **diligenza**, o, infine, in presenza di altre misure esecutive sanzionatorie, idonee a contrastare le frodi tutelando i diritti dei lavoratori¹²⁸.

A riguardo sono opportune alcune considerazioni.

Innanzitutto, va segnalata l'**estraneità** del **committente** – inteso quale beneficiario finale della prestazione di servizi realizzata – dal vincolo solidale in parola, sia nella fattispecie “obbligatoria” del settore delle costruzioni, sia in quella “facoltativa” dei diversi contesti produttivi. Se la ragione di tale opzione fosse addebitabile al compromesso raggiunto adottando l'atto normativo in parola¹²⁹, la negoziazione

¹²⁷ Considerando 36, direttiva *enforcement*.

¹²⁸ Complessivamente, art. 12, paragrafi 2, 4, 5 e 6, direttiva 2014/67/UE.

¹²⁹ A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*, cit., 23 ss..

raggiunta riguarderebbe quindi due livelli, di cui uno ispirato ad criterio oggettivo, l'altro ad uno soggettivo. L'intera disciplina dell'art. 12, direttiva 2014/67/UE, si fonda infatti sulla distinzione tra regole ineludibili ed omologhe possibili in base al settore produttivo, laddove l'estraneità del committente al vincolo giuridico opera a prescindere dal contesto settoriale di riferimento. Detta scelta, nondimeno, potrebbe favorire contegni virtuosi e responsabili *all'interno* della filiera negoziale, a torto o a ragione considerata il punto nevralgico di scomposizione dell'attività produttiva e, di conseguenza, della responsabilità datoriale. L'esclusione del committente dal vincolo solidale, pertanto, deriverebbe dalla potenziale moltiplicazione dei centri di imputazione dell'onere economico retributivo e/o contributivo, che renderebbe se non superfluo, quantomeno non irrinunciabile il mancato coinvolgimento del vertice della filiera negoziale. Tale soluzione, quindi, rappresenterebbe un assetto regolatorio in grado di scoraggiare pratiche abusive – in quanto tutti gli attori della catena contrattuale potrebbero esser chiamati a corrispondere retribuzioni e contributi – e di assicurare una puntuale soddisfazione delle ragioni di chi lamenta il mancato pagamento del dovuto.

Altresì, è palese il **collegamento funzionale** tra l'eliminazione e/o la riduzione delle frodi e gli abusi del distacco ed il previsto coinvolgimento del contraente nel caso di subcontratti a catena. Tuttavia, ad onta della perentorietà di tale affermazione, resta da capire in quale misura un rimedio che, al netto del settore delle costruzioni, è soltanto facoltativo e diversamente declinabile in ciascuno Stato membro e/o escluso in presenza di determinati comportamenti e/o misure sanzionatorie, possa contrastare le frodi o gli abusi in modo efficace. Ciò è tanto più evidente ove venga considerato che l'esercizio della facoltà di intervento riconosciuta agli Stati membri è vincolato al rispetto dei parametri di non discriminazione e proporzionalità, laddove nel caso di subcontratti nelle costruzioni la conformità a tali parametri è presunta¹³⁰. Pertanto, se al di fuori del settore delle costruzioni, l'effettivo rispetto della disciplina comunitaria e della tutela dei lavoratori occupati nei subcontratti a catena va bilanciato con l'esercizio del diritto fondamentale di libera prestazione di servizi, potendo con il medesimo confliggere, ne derivano due conseguenze. Da un lato, che in settori diversi da quello ritenuto "sensibile" delle costruzioni non è possibile escludere un potenziale discostamento dalla

¹³⁰ Cfr. la diversa formulazione, nell'art. 12, tra il paragrafo 1, alla cui stregua «gli Stati membri *possono* adottare misure addizionali in modo non discriminatorio e proporzionato (...)», rispetto a quella contenuta nel paragrafo 2, per il quale «gli Stati membri *prevedono* misure (...)» (corsivo nostro).

disciplina comunitaria, dovendo ciascuna normativa nazionale superare il vaglio di non eccedenza e/o non disparità di trattamento. Dall'altro, la facoltà *de qua* attribuita a ciascun ordinamento giuridico dischiude, anche per il rimedio solidale, discipline parallele dell'istituto, con intuibili "spostamenti" delle aziende distaccanti verso i Paesi che si distinguono per levità nella disciplina del vincolo obbligatorio. Il rischio, quindi, è che, ispirata al contrasto del *social dumping*, la responsabilità solidale da subcontratto a catena costituisca, soprattutto nella sua regolazione facoltativa, il pertugio attraverso cui può ulteriormente insinuarsi una concorrenza sleale tra imprese fondata sulla minor tutela dei lavoratori distaccati.

Peraltro, le «altre **misure esecutive** appropriate» che in tema di responsabilità solidale gli ordinamenti giuridici possono inserire¹³¹, al netto di quanto già detto, sembrano assoggettate ad un ulteriore presupposto applicativo, consistente nella **contestabilità**¹³² – e quindi sanzionabilità – della condotta assunta dal contraente diretto. Nel dettaglio, tenuto conto della preferenza curiale comunitaria verso forme di responsabilità solidale di tipo soggettivo¹³³, l'attribuibilità del vincolo obbligatorio ad un terzo dovrebbe fondarsi su un criterio di diligenza¹³⁴, nel senso che se il contraente diretto, attraverso la richiesta di documentazione da cui risulti l'osservanza degli obblighi amministrativi, ha vigilato, si sottrae al vincolo solidale. Sul punto, occorre rilevare – accanto ad una coerenza applicativa paralizzabile dal test di proporzionalità – una duplice ambiguità della formulazione normativa, caratterizzata dalla specificazione di contenuto del concetto di diligenza che il considerando 37 compie dell'art. 12, paragrafo 5: da un lato, infatti, non è chiarito quale tipo di documentazione occorra per comprovare «il rispetto degli obblighi amministrativi e delle misure di controllo necessari per assicurare l'effettiva vigilanza (...)», restando ciò affidato alle singole legislazioni nazionali; dall'altro, l'esibizione di detta documentazione è solo una delle ipotesi cui possono ricorrere gli Stati membri per regolare l'esonero dalla solidarietà per contegni diligenti, ben potendo essere adottate altre misure, benché non specificate.

¹³¹ Giusta art. 12, paragrafo 6, direttiva 2014/67/UE.

¹³² Nel senso esposto, anche A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*, cit., 23 ss..

¹³³ Ricavabile dalla nota pronuncia della CGUE nella C-433/04 del 9 novembre 2006.

¹³⁴ Come peraltro esplicitato anche nel considerando 37, direttiva *enforcement*.

In questo senso, pur non volendo accogliere un'interpretazione per così dire minimalista del criterio comunitario di **diligenza**¹³⁵, è indubitabile che il possibile architrave di una moderna regolazione delle esternalizzazioni rischia di non andare oltre un buon proposito. Al contrario, proprio il parametro comunitario della diligenza andrebbe valorizzato, sia perché rappresenta il miglior viatico per raggiungere l'equilibrio tra la libertà di prestazione di servizi e la tutela dei lavoratori – quantomeno a normativa comunitaria invariata –, sia perché un coinvolgimento del terzo di questo tipo indirizza l'impostazione normativa in chiave preventiva piuttosto che meramente risarcitoria.

3 – L'attuazione italiana degli obblighi comunitari: il distacco illecito o fraudolento

Con eccezionale ed insolito tempismo rispetto agli standard nazionali, il decreto legislativo n. 136 ha attuato la direttiva 2014/67/UE, intrecciando disposizioni necessariamente intersecanti aspetti lavoristici e processuali¹³⁶. Oltre alle note ipotesi applicative dell'atto normativo comunitario, il decreto legislativo italiano disciplina anche le attività di cabotaggio terrestre, intesa quale fornitura di servizi di trasporto all'interno di uno Stato membro da parte di un vettore residente in un altro Stato membro. Accanto ad un condivisibile affinamento delle definizioni, tra cui spicca quella di lavoratore distaccato¹³⁷ e delle condizioni di lavoro e di occupazione¹³⁸, le quali, ove derivanti dalla legge e dai contratti collettivi *ex* articolo 51, decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, sono applicabili al lavoratore distaccato a prescindere dalla

¹³⁵ D. IZZI, *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione Europea*, in *Lavoro e Diritto*, 2016, 1, 35 ss., a giudizio della quale occorre al contrario valorizzare l'"apertura" compiuta dalla direttiva *enforcement* verso un'estensione del vincolo solidale ad altri settori produttivi ed all'intera filiera negoziale, non costituendo il test di proporzionalità un ostacolo significativo.

¹³⁶ In questa sede, tuttavia, troveranno spazio soltanto le previsioni della novella afferenti il tema di ricerca.

¹³⁷ Che alla stregua dell'articolo 2, comma 1, decreto legislativo n. 136, è «il lavoratore abitualmente occupato in un altro Stato membro che, per un periodo limitato, predeterminato o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo, svolge il proprio lavoro in Italia», sempre che sussista un preesistente rapporto di lavoro tra impresa distaccante e lavoratore distaccato.

¹³⁸ Relative alla durata dell'orario lavorativo e dei riposi, delle ferie annuali retribuite, dei trattamenti retributivi minimi, della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e della temporanea cessione dei lavoratori, nonché della parità di trattamento di genere e tutela delle lavoratrici gestanti o madri, o dei bambini e giovani.

normativa disciplinante il rapporto di lavoro, il testo italiano si caratterizza per un sostanziale **recepimento** della **fonte comunitaria**, soprattutto in relazione all'autenticità del distacco, disciplinata dal successivo art. 3. In proposito, da notare è la scelta compiuta dal legislatore nazionale in ordine alle **ricadute sanzionatorie** nell'ipotesi di **distacco non autentico**. Infatti, l'art. 3, c. 4, decreto legislativo n. 136, stabilisce, in aggiunta alle sanzioni amministrative di cui al successivo c. 5, che «Nelle ipotesi in cui il distacco presso un'impresa stabilita in Italia non risulti autentico, il lavoratore è considerato a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione». L'opzione normativa in parola è radicale, isolata e per certi versi coraggiosa, posto che la quasi totalità degli ordinamenti europei che hanno recepito la direttiva *enforcement* prevedono, in caso di distacco illecito, la mera applicazione delle sanzioni amministrative, nulla disponendo sulle sorti del rapporto di lavoro.

Degno di riflessione, quindi, è il duplice interrogativo sul corretto recepimento della direttiva sul punto e sul rispetto dei **canoni di proporzionalità e non discriminazione**. In primo luogo, va rilevato che alla locuzione in parola va attribuito il significato più esteso possibile, comprendente così le fattispecie di manifesta illiceità dello strumento comunitario, come del suo abuso, inteso quale aggiramento della normativa nazionale con strumenti consentiti. Un'ampia interpretazione del fenomeno, del resto, trova conforto nella *ratio* ispiratrice della direttiva 2014/67/UE, che, come detto, mira proprio ad ostacolare le prassi aziendali lesive della leale concorrenza tra imprese e dei diritti dei lavoratori.

Altresì, la direttiva 2014/67/UE tace sulle possibili **conseguenze** derivanti dalla contestazione di **illiceità** e/o abuso del **distacco**, limitandosi al proprio art. 4 a fornire gli «elementi fattuali» da valutare nel complesso per sancire il rispetto della disciplina comunitaria ed in ogni caso valevoli ai meri fini dell'applicazione del cd. zoccolo duro di diritti riconosciuti ai lavoratori distaccati. In caso di abuso e/o frode, quindi, non trovando applicazione la direttiva 96/71/CE, la pacifica cogenza della legge dello Stato ospitante il falso distacco sarebbe tutta da dimostrare, considerato che la disapplicazione della fonte comunitaria non lascia spazio di per sé alla legge più favorevole al lavoratore, posto che la regolazione del distacco non deroga alla disciplina europea e/o

internazionale sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali¹³⁹. Pertanto, a meno di chiarimenti sul punto da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ad un distacco illecito potrebbe fare seguito l'applicazione di una legge meno protettiva del lavoratore rispetto a quanto garantito dalla direttiva 96/71/CE, se scelta dalle parti al momento della conclusione del contratto di lavoro. L'esito, in questo caso, non potrebbe che essere paradossale¹⁴⁰.

Per ovviare ad una situazione di tal sorta, potrebbe essere valorizzato quanto precisato dalla medesima direttiva 2014/67/UE al proprio considerando 11, alla cui stregua «Nei casi in cui non si configuri un'autentica situazione di distacco e v sia un conflitto di leggi, è opportuno prestare la doverosa attenzione alle disposizioni del regolamento n. 593/2008 (...) o della convenzione di Roma, intese a garantire che i dipendenti non siano privati della protezione loro accordata da disposizioni cui non è consentito derogare convenzionalmente o cui è possibile derogare solo a beneficio dei dipendenti stessi. E' auspicabile che gli Stati membri garantiscano l'adozione di disposizioni intese a proteggere in modo adeguato i lavoratori che non sono effettivamente distaccati». Al di là del tono esortativo che una fonte normativa comunitaria di tal sorta deve ospitare, l'indicazione di rotta di cui è latrice la direttiva 2014/67/UE – sebbene dalla precettività indebolita dalla sua collocazione tra i “considerando” piuttosto che nelle “disposizioni” –, dovrebbe implicare la prevalenza della legge più protettiva del lavoratore illecitamente distaccato, a prescindere dagli accordi negoziali individuali.

Tale appare l'opzione accolta dal **legislatore italiano**, stabilendo che il lavoratore interessato dalla pratica illecita e/o fraudolenta venga considerato a tutti gli effetti dipendente dell'utilizzatore. Tuttavia, pur volendo concedere la piena uniformità dell'impostazione nazionale ai precetti comunitari, la medesima potrebbe non superare positivamente il duplice vaglio di proporzionalità e di non discriminazione. Infatti, a seguito della recente abrogazione della fattispecie della somministrazione

¹³⁹ Di cui al regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, n. 593 (cd. Roma I) ed alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali aperta alla firma a Roma (80/934/CEE).

¹⁴⁰ Sul punto, A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*, cit., 10 ss..

fraudolenta¹⁴¹, sussiste una differente conseguenza punitiva nel caso di prestazione transnazionale di servizi non autentica rispetto ad un appalto illecito: solo nel primo caso, infatti, è prevista *ipso iure* l'instaurazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore della prestazione, laddove nel secondo tale eventualità è rimessa all'iniziativa del lavoratore. La prevedibile censura alla normativa italiana, quindi, riguarderebbe due aspetti: innanzitutto, l'eccedenza rispetto allo scopo, potendo le sanzioni amministrative assolvere alla funzione protettiva del lavoratore senza alcuna necessaria ingerenza nel rapporto di lavoro intercorso tra questi e l'azienda distaccata; altresì, l'effetto discriminatorio, considerato che le imprese utilizzatrici di lavoratori comunitari distaccati sarebbero esposte a conseguenze giuridiche più severe se comparate con quelle che non si avvalgono dell'istituto.

Tale disomogeneità di disciplina troverebbe ardua giustificazione alla luce del parametro di ragionevolezza: infatti, se ragioni linguistiche, economiche e logistiche ostacolano il lavoratore distaccato nella tutela dei propri diritti nel Paese che lo ospita temporaneamente, l'identità di una condotta illecita – ovvero sia l'elusione fraudolenta della normativa – non può tollerare esiti sanzionatori differenti a seconda della tipologia di legge violata, comunitaria ovvero nazionale.

In assenza di chiarimenti, anche solo di fonte ministeriale, sul punto, occorrerà attendere l'applicazione concreta della disciplina italiana per attestarne la piena conformità all'ordinamento comunitario.

3.1 – Segue: l'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione

Una situazione non dissimile è riservata alla disciplina applicabile ai lavoratori distaccati. Questi ultimi, infatti, soggiacciono alle «**medesime condizioni di lavoro** previste dalle disposizioni normative e dai contratti collettivi (...) per i lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui si svolge il distacco», giusta art. 4, c. 1, decreto legislativo n. 136. Modificando la disciplina previgente che sanciva la parità di trattamento retributivo e normativo dei lavoratori distaccati rispetto a quelli occupati presso il committente, l'opzione legislativa

¹⁴¹ Compiuta dall'art. 55, c. 1, lett. d), decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, che, con decorrenza dal 25 giugno 2015, ha abrogato l'art. 28, legge Biagi.

nazionale è nel senso dell'estensione ai lavoratori stranieri delle medesime condizioni previste dalla legge o dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi, uniformandosi così al dettato comunitario ed evitando le difficoltà applicative sorte dalle disposizioni ormai abrogate¹⁴².

Pur in mancanza di un esplicito chiarimento in tal senso, l'analogia delle prestazioni di cui parla la citata disposizione va preferibilmente intesa in senso sostanziale e non formale, dovendo essere analizzato quello che il lavoratore in concreto realizza, piuttosto che il suo mero inquadramento contrattuale. Tuttavia, il pur corretto richiamo compiuto dal legislatore nazionale ai predetti contratti collettivi pone una delicata questione giuridica. Nell'ordinamento italiano, infatti, benché favorente l'accesso ad una serie di benefici normativi e contributivi all'imprenditore stabilmente operante in Italia, l'osservanza della fonte negoziale stabilita dall'art. 51, decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 non è obbligatoria, almeno nell'esecuzione di appalti privati¹⁴³.

Poiché tale è il contesto in cui opera la disciplina comunitaria sul distacco, non è difficile intravedere un'ulteriore ipotesi di **differente disciplina** a discapito delle aziende distaccanti lavoratori in Italia in esecuzione di prestazioni di servizi e di trasporto: queste, infatti, sarebbero tenute ad applicare le condizioni di lavoro stabilite dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, al contrario non vincolanti per i datori di lavoro stabilmente operanti in Italia, per i quali appunto sussiste un onere, non già un obbligo, applicativo di tal sorta.

La questione potrà ragionevolmente essere posta al sindacato della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per violazione del principio di non discriminazione che deve ispirare la legislazione del Paese ricevente i lavoratori stranieri, avendo ricadute tutt'altro che teoriche, ove venga considerato che, per l'affidamento di un servizio, anche e/o soprattutto sul minor costo del lavoro si fonda tuttora il differenziale competitivo vantato dalle aziende straniere se comparate con quelle nazionali.

¹⁴² Il riferimento è al decreto legislativo n. 72, integralmente abrogato ai sensi dell'art. 26, decreto legislativo n. 136.

¹⁴³ Gli appalti pubblici, viceversa, sono presidiati da tale vincolo, come recentemente ribadito dal Ministero del lavoro, nota 26 luglio 2016, n. 14775.

3.2 – *Segue: la regolazione del vincolo solidale*

In relazione alla responsabilità solidale, le scelte compiute dal legislatore nazionale nel recepire la direttiva 2014/67/UE potrebbero destare qualche perplessità.

Innanzitutto, il decreto legislativo n. 136, eccedendo nel realismo, conserva anche nel caso di distacco la disciplina nazionale: infatti, accanto all'art. 1676 c. c. ed all'art. 29, c.2, legge Biagi, per la prestazione di servizi, trova applicazione l'art. 83*bis*, commi da 4*bis* a 4*sexies*, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, per il trasporto¹⁴⁴. Se merita piena condivisione il superamento della precedente previsione della solidarietà che vincolava l'appaltante al pari trattamento normativo e retributivo in favore dei lavoratori distaccati, la conferma della **multiforme** e talvolta poco coerente **piattaforma regolatoria** nazionale dei fenomeni interpositori non sembra una soluzione irresistibile, dovendo le informazioni relative alle condizioni di lavoro vincolanti i prestatori di servizio essere chiare e facilmente accessibili¹⁴⁵. Pacifico essendo, nell'ordinamento italiano, il coinvolgimento del terzo nel rispetto del dovuto retributivo e/o contributivo a titolo di responsabilità solidale, un ginepraio di **fattispecie, differenti** tra loro in relazione ai soggetti coinvolti, al contenuto, ai termini di decadenza e alla disciplina¹⁴⁶, rischia di condurre all'ineludibile esito di una loro sostanziale disapplicazione, o, peggio, di una loro ridotta cogenza verso gli operatori stranieri.

Probabilmente, lo sforzo di omogeneità normativa cui sembra tendere il legislatore italiano, nel comprensibile intento di superare il differente trattamento prodotto dal previgente decreto legislativo n. 72, rischia di produrre esiti incongrui o paradossali. In questo contesto, peraltro, è inquadrabile il medesimo **rinvio** operato all'**art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276**, per la disciplina degli appalti.

Innanzitutto, come già rilevato¹⁴⁷, la responsabilità solidale delineata dalla direttiva *enforcement* esclude dal vincolo obbligatorio il committente, al contrario contemplato nell'art. 29, c. 2, legge Biagi, ed, a differenza di quest'ultimo, declina un profilo di responsabilità fondato sull'evitabilità del vincolo solidale tramite la *due diligence*, pur

¹⁴⁴ Per la somministrazione, invece, il rinvio è all'art. 35, c. 2, decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

¹⁴⁵ In questo senso, l'art. 5, direttiva 2014/67/UE, e, di riflesso, l'art. 7, decreto legislativo n. 136.

¹⁴⁶ Su cui, diffusamente, capitolo I, parte II, §§ 3-7.

¹⁴⁷ Cfr. § 2.1.

se con le dovute riserve. Viceversa, l'assetto regolatorio nazionale ammette la **derogabilità** della **solidarietà**, ponendo una differenza che, più che terminologica, è in realtà sostanziale. In particolare, mentre la sottrazione alla solidarietà tramite contegni diligenti è demandata al singolo imprenditore, il quale, deciso di evitare il vincolo, assume i comportamenti conseguenti previsti *una volta per tutte*, la derogabilità del rimedio di cui parla la legge Biagi presuppone un accordo che deve essere *espressamente* raggiunto tra le rispettive parti, in una negoziazione che può prevedere meccanismi alternativi e/o compensativi del rimedio solidale, ovvero altre pattuizioni. E' quindi intuibile, nel caso di stranieri prestatori di servizi, la criticità applicativa della facoltà derogatoria in parola, non essendo nemmeno pacifica l'individuazione dei **soggetti** titolari del **potere negoziale**.

Infatti, secondo l'orientamento di prassi¹⁴⁸, la fonte negoziale che può disporre la deroga in tal senso è il contratto collettivo nazionale dell'appaltatore, che nel caso del distacco coincide con il prestatore di servizi comunitario. Affinché anche quest'ultimo, nel contesto di una leale e sana competizione tra imprese, possa offrire all'imprenditore italiano il vantaggio della derogabilità della solidarietà retributiva, occorre individuare i rappresentanti dei lavoratori incaricati di negoziare con il datore di lavoro estero il merito della facoltà in parola. Se, ad un sommario esame, la risposta ricadesse sulle organizzazioni sindacali del Paese che distacca i lavoratori in Italia, occorrerebbe risolvere le difficoltà legate ad un diverso sistema di relazioni industriali eventualmente attivo in detto Paese, nonché la possibile pluralità del sistema delle fonti negoziali. Nel merito, ove l'ordinamento giuridico di invio dei lavoratori conoscesse un solo livello di contrattazione – territoriale, o, più probabilmente, aziendale – potrebbe porsi un conflitto tra fonti di contrattazione collettiva difformi tra loro, la cui soluzione in favore della previsione italiana non è scontata, dovendo la medesima essere valutata proporzionata e non discriminatoria da parte degli organi comunitari deputati alla vigilanza sulla corretta attuazione della direttiva *enforcement*.

D'altro canto, la soluzione opposta, che privilegiasse nel negoziato le organizzazioni sindacali italiane, si rivelerebbe pressoché impraticabile, non essendo nemmeno ipotizzabile un accordo tra soggetti appartenenti a diversi sistemi di relazioni industriali. La soluzione intermedia, che ipotizzasse una conferma dell'eventuale rinuncia del

¹⁴⁸ Cfr. capitolo II, §§ 4 e 5.

lavoratore, assistito da rappresentanti sindacali italiani, alla solidarietà, porrebbe il non secondario problema dell'efficacia di detta rinuncia rispetto alla previsione legislativa, per tacere del prevedibile appesantimento degli adempimenti gravanti sull'azienda distaccante.

Un'ulteriore spigolosità applicativa derivante dal recepimento dell'art. 12, direttiva 2014/67/UE, ad opera dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, concerne la difformità tra un vincolo obbligatorio esistente, a mente della prima fonte del diritto, soltanto tra un imprenditore ed il proprio contraente diretto, e l'altro, viceversa, esteso all'intera **filiera negoziale**. Pur volendo concedere la facoltà, tramite l'adozione di misure più severe, di estensione del rimedio solidale a tutti i soggetti interessati dal subcontracto, l'opzione suggerita si palesa tutt'altro che semplice: infatti, ammesso pure il superamento del principio di non discriminazione, valendo tale regola anche per gli operatori stabilmente operanti in Italia, il problema potrebbe porsi per il criterio di proporzionalità, potendo l'estensione del vincolo alla totalità dei soggetti negoziali risultare eccedente rispetto all'obiettivo minimo da realizzare con la direttiva europea 2014/67/UE. Quest'ultimo ben sarebbe ravvisabile nella mera responsabilizzazione del contraente il cui datore di lavoro subcontracto diretto manchi l'adempimento degli obblighi retributivi e/o contributivi, senza alcuna necessità di allargamento indiscriminato – ed evocativamente oggettivo – del vincolo obbligatorio alla molteplicità dei soggetti interessati dal fenomeno negoziale.

Né, d'altro canto, sono più facilmente gestibili i problemi applicativi derivanti dal **litisconsorzio necessario** e dal **beneficio di preventiva escussione** che l'obbligato in solido può eccepire, se richiesto di pagare il debito datoriale inadempito, a seguito delle integrazioni compiute nel 2012 all'articolo 29, comma 2, decreto legislativo n. 276¹⁴⁹. In relazione al primo elemento, occorre considerare la dilatazione temporale provocata dall'integrazione del contraddittorio mediante la citazione obbligatoria del datore di lavoro straniero, pur potendo le criticità in ordine alla notifica all'estero del ricorso introduttivo del processo essere risolte mediante la designazione di un referente aziendale che mantenga rapporti con il personale di vigilanza e le parti sociali¹⁵⁰.

A ciò va aggiunto, conclusa la fase di cognizione del processo, il tempo occorrente per esperire la previa esecuzione del patrimonio del datore di lavoro straniero, al fine di

¹⁴⁹ Cfr. capitolo I, parte II, § 4-4.2.

¹⁵⁰ Come da obbligo previsto dall'art. 10, c. 3, lett. b, e c. 4, decreto legislativo n. 136.

dare seguito al vincolo obbligatorio: tale arco temporale è difficile da quantificare, risentendo inevitabilmente dei riti esecutivi vigenti nel Paese di origine del lavoratore. Né possono essere trascurate le difficoltà in merito all'affidabilità giuridica ed alla traduzione in italiano del provvedimento giudiziario straniero accertante, al termine della fase esecutiva, «l'infruttuosa escussione» del patrimonio del debitore principale.

Probabilmente, una maggiore riflessione sulle caratteristiche tipiche del distacco comunitario di lavoratori – fondate sulla temporaneità della presenza di un dipendente altrui nel territorio italiano – avrebbe dissuasato da un'applicazione completa dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, nel recepire la disposizione comunitaria in argomento, per almeno due ragioni: in primo luogo, considerando i tempi processuali necessari nel nostro Paese per addivenire ad una sentenza di cognizione; altresì, in ragione del ridotto margine di azione che il decreto legislativo n. 136 riconosce alle organizzazioni sindacali nella difesa dei diritti creditorî dei lavoratori¹⁵¹.

4 – La responsabilità solidale oltre l'appalto?

Un aspetto in apparenza secondario in relazione al presente tema di ricerca afferisce alla possibilità di invocare la **responsabilità solidale** anche **oltre il contratto di appalto** e, segnatamente, sotto una duplice prospettiva di analisi: una immediata, avente ad oggetto figure negoziali affini all'appalto; un'altra indiretta, volta ad invocare il rimedio in parola in tutte le ipotesi in cui sia realizzata una triangolazione tra un lavoratore, il di lui datore di lavoro ed un terzo beneficiario della prestazione.

In relazione al primo aspetto, ancor prima dell'introduzione, ad opera dell'art. 1, c. 247-248, legge di Stabilità 2015, della responsabilità solidale per i trattamenti retributivi, previdenziali ed assicurativi a carico del committente/sub-appaltante contratti di trasporto merci per conto terzi, la giurisprudenza, prima, e l'orientamento di prassi, poi, si sono posti l'interrogativo di superare il dato letterale dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, e riconoscere la responsabilità solidale ad **ipotesi negoziali** che, quantunque diversamente nominate, partecipano della **medesima impostazione sistematica** dell'**appalto**. Il punto iniziale ineludibile appare proprio il riferimento

¹⁵¹ Su cui l'art. 5, decreto legislativo n. 136.

compiuto¹⁵² dall'art. 29, c. 1, decreto legislativo n. 276, al «contratto di appalto regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile»: è intuitivo, infatti, che se al predetto richiamo viene assegnata una funzione ristretta, finalizzata solo a chiarire la portata distintiva tra la somministrazione e l'appalto, poche o nulle sono le resistenze ad un'applicazione della solidarietà alla totalità delle figure negoziali rientranti nello schema della *locatio operis*, cui appartiene l'appalto. Viceversa, ove al rimando all'art. 1655 c.c. sia affidata la più ampia funzione di definire, delimitandolo, il perimetro applicativo della complessiva disciplina del titolo III della legge Biagi, diventa più arduo oltrepassare il dato letterale senza violare le regole basilari dell'attività ermeneutica.

Invocati ai fini del riconoscimento del rimedio solidale anche per fattispecie non dissimili dall'appalto, i giudici di merito e di legittimità, nel rispetto del limite rappresentato dall'inequivoca formulazione legislativa¹⁵³, hanno individuato la figura del **contratto di servizio di trasporto**, caratterizzato da servizi non considerabili accessori, bensì frutto di espresse pattuizioni tra le parti e rientranti nell'archetipo legale tipico dell'appalto¹⁵⁴. In casi come questi, dovendo esser considerata la prestazione complessivamente eseguita dalle parti a prescindere dalla denominazione data all'accordo¹⁵⁵, andrà applicata la disciplina del tipo contrattuale prevalente «che maggiormente caratterizza il rapporto» negoziale concretamente realizzato¹⁵⁶.

¹⁵² M. MOLLO, *Articolo 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e contratto di trasporto: una deroga discutibile*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, 1, 113 ss..

¹⁵³ Che precluderebbe l'applicazione dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, al contratto di trasporto/sub-trasporto: cfr. Trib. Milano, 19 maggio 2014, n. 1293; Trib. Milano, 11 luglio 2012, n. 2940; Trib. Milano, 28 maggio 2012, n. 2291; Trib. Milano, 20 giugno 2012, n. 2883, tutte in *Ius explorer. Contra*, Tribunale di Bolzano 13/05/2011, per il quale «La disciplina vigente in materia di responsabilità solidale non è applicabile solo ai contratti di opere e servizi ma anche in tutte quelle ipotesi in cui il rischio d'impresa viene traslato pur in presenza di una genuina segmentazione del tessuto produttivo, dall'imprenditore economicamente più solido a quello fragile, a garanzia delle obbligazioni retributive e contributive dei lavoratori e dell'Inps». Nello stesso senso, anche Trib. Bolzano 10 giugno 2011.

¹⁵⁴ Quali pattuizioni relative a periodiche verifiche, ad opera del committente, dell'operato dell'esecutore della prestazione, ovvero a variazioni della prestazione in corso d'opera e del relativo ammontare del corrispettivo: in questo senso, Trib. Milano, 2 maggio 2012, n. 1946, in *Ius explorer*, e Cass. civ., 13 marzo 2009, n. 6160. Sembra recepire tale orientamento il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nota del 13 gennaio 2012, prot. n. 0002513, la quale, nel rispondere ad un quesito sulla disciplina applicabile in tema di autotrasporto di cose per conto di terzi, chiarisce che «qualora il contratto posto in essere consiste 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 servizi», e non semplicemente di trasporto.

¹⁵⁵ Corte Cost., 5 novembre 1996, n. 386.

¹⁵⁶ In questo senso, Trib. Torino, 23 maggio 2005, n. 3442.

L'orientamento di prassi, pur ammettendo¹⁵⁷ il vincolo solidale ove la pattuizione riguardi prestazioni continuative disciplinate in modo unitario – come accade appunto per l'appalto di servizi di trasporto, in cui l'oggetto della prestazione non afferisce al mero trasferimento di un bene da un luogo ad un altro, sia pure in modo continuativo, bensì all'organizzazione di un complessivo servizio, che richiede la capacità di gestione ed impiego dei mezzi produttivi tipici dell'imprenditore – ha tuttavia escluso¹⁵⁸ che il nolo cd. a caldo – ovvero sia il noleggio di un macchinario cui è unita, ancorché in modo strumentale, l'attività lavorativa di un operatore per farlo funzionare – determini responsabilità solidale, stante il differente inquadramento sistematico di detto negozio atipico rispetto all'archetipo legale dell'appalto¹⁵⁹. Nello stesso senso può esser inteso, nella sostanza, un ulteriore chiarimento di fonte ministeriale¹⁶⁰, che in chiave ermeneutica ha ristretto la portata applicativa della responsabilità solidale fiscale alle sole fattispecie tipiche dell'appalto e del subappalto, non essendo consentita un'interpretazione analogica, o anche solo estensiva, di una disposizione che introduce sanzioni di carattere tributario, stante il suo carattere eccezionale: pertanto, la solidarietà erariale non vale per i negozi di fornitura/subfornitura di beni, né per quelli di trasporto, per i contratti d'opera di cui all'art. 2222 c.c. o resi in regime consortile.

Il tentativo ministeriale di motivare la differente disciplina dei contratti stipulati tra le parti alla luce di una non sovrapponibile impostazione teorica del negozio in essere con l'appalto e/o della natura affittiva del rimedio solidale, appare debole davanti a ragioni di equità sostanziale, da un lato, e di effettiva declinazione della prestazione realizzata, dall'altro, rischiando di cedere al cospetto dell'autorevole orientamento curiale¹⁶¹ che, viceversa, mira ad allargare la tutela dei lavoratori in presenza di situazioni nella sostanza identiche.

La questione, come detto, è risolta con la legge di Stabilità 2015, che nel disciplinare esplicitamente la responsabilità solidale nel contratto di trasporto risolve quantomeno il dubbio sull'invocabilità del rimedio per negozi tipici diversi dall'appalto,

¹⁵⁷ Ministero del lavoro, circolare dell'11 luglio 2012, n. 17.

¹⁵⁸ Ministero del lavoro, interpello del 27 gennaio 2012, n. 2.

¹⁵⁹ La differenza tra i due contratti, secondo il ragionamento ministeriale, consiste in ciò: mentre nel cd. nolo a caldo la prestazione dell'operatore è meramente accessoria rispetto alla fruizione del macchinario, nell'appalto viene realizzata un'opera/servizio mediante l'organizzazione di macchinari e personale.

¹⁶⁰ Circ. n. 2/E cit..

¹⁶¹ Cass. civ. 7 marzo 2008, n. 6028, sull'equiparazione ad un contratto di appalto, con le necessarie conseguenze in termini di responsabilità solidale, dell'affidamento dei lavori dal consorzio ad una consorziata.

lasciando tuttavia interrogativi e perplessità con riferimento a negozi simili e/o intermedi, tra cui occorre annoverare, a titolo meramente esemplificativo, il contratto di spedizione e, maggiormente, quello di logistica. Peraltro, la nuova fattispecie si discosta sensibilmente dall'omologa prevista per gli appalti, generando un vincolo obbligatorio che alla derogabilità privilegia l'evitabilità con la diligenza, non comprende espressamente il t.f.r. maturato dai lavoratori nell'esecuzione della prestazione dedotta in contratto, né contempla alcun beneficio per il committente, tanto per segnalare le differenze più vistose¹⁶².

Nell'ottica dell'estensione della **responsabilità solidale** alla **generalità** dei **negozi giuridici** in cui è dedotta una prestazione di lavoro non vincolata in modo diretto a chi ne beneficia, mette conto menzionare che l'art. 12, n. 4, direttiva 2014/67/UE, concede agli Stati membri la possibilità di prevedere la responsabilità solidale lungo l'intera filiera degli appalti «in settori diversi da quelli di cui all'allegato della direttiva 96/71/CE», nella sostanza facendo assurgere l'istituto a meccanismo regolatore privilegiato dei fenomeni di *outsourcing* latamente intesi. Per quanto l'atto normativo europeo riconosca una mera facoltà agli ordinamenti nazionali e faccia riferimento ad altri settori produttivi piuttosto che a differenti fattispecie giuridiche, occorre precisare che nel linguaggio comunitario il termine «subcontracting» presenta un'accezione più ampia rispetto al nazionale subappalto, potendo quindi esser correttamente riferito alla globalità dei negozi giuridici posti in essere dalle parti. Tuttavia, il legislatore italiano, nel recepire l'atto normativo comunitario, ha preferito non estendere l'ambito applicativo della solidarietà a fattispecie negoziali diverse da quelle oggetto di esplicita disciplina, nei fatti reiterando sia i dubbi di tutela sostanziale accolti dalla giurisprudenza, sia le perplessità in ordine ad un non integrale recepimento della direttiva.

La questione non è peregrina ove venga considerato che un'interpretazione restrittiva del termine *de quo* e, di conseguenza, del regime applicativo della responsabilità solidale, rischia di generare una vistosa disparità di trattamento di difficile ragionevolezza costituzionale: la realtà ha già offerto casi di collaborazioni a progetto stipulate da un soggetto intermedio – un sub-agente, affidatario della realizzazione della campagna promozionale in una determinata zona territoriale – di cui

¹⁶² G. CAROSIELLI, *La responsabilità solidale nell'autotrasporto merci per conto terzi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, 1, 251 ss..

beneficia, nella sostanza, il committente finale, sottoscrittore del contratto di promozione delle adesioni con un agente nazionale. In casi del genere, pur mancando qualsivoglia contatto tanto tra il cliente finale ed il sub-agente territoriale, quanto, *a fortiori*, tra il primo ed i collaboratori a progetto occupati nell'attività promozionale *vis-a-vis*, alcun dubbio sussiste sulla **configurabilità** di una **catena negoziale** e sul conseguente beneficio che il committente principale trae dalla prestazione resa dai collaboratori, nei fatti realizzando una situazione in nulla dissimile da quella riscontrabile negli appalti di opere o servizi, al netto del diverso *nomen juris* del contratto sottoscritto tra le parti (in questo caso, un negozio di agenzia). Diventa pertanto irragionevole non invocare la responsabilità solidale del committente principale ove il sub-agente non versi il corrispettivo ai propri collaboratori o, peggio, si rifiuti di inquadrare i medesimi come lavoratori subordinati nel caso di un accertamento ispettivo e/o di un'azione giudiziale promossa dai lavoratori.

In questo senso interessante appare il recente progetto di redazione di un Codice Semplificato del Lavoro¹⁶³, il cui art. 2128, rubricato «Appalto dipendente, appalto interno e responsabilità solidale nelle esternalizzazioni produttive», equipara all'appalto ad esecuzione continuativa «gli altri contratti, anche atipici, che ne condividano la causa e la struttura della prestazione», stabilendo, da un lato, la sussistenza della rimedio solidale in caso di dipendenza economica – nella triplice ipotesi di: prestazione sottoposta a stringente potere di verifica del committente; svolta all'interno dei suoi locali; fatturazione superiore a tre quarti del fatturato con il medesimo committente nell'ultimo anno –, estensibile al subappalto se presente a detto livello, nonché, dall'altro, la rinunciabilità della responsabilità solidale retributiva, da parte del singolo lavoratore, in sede di certificazione del contratto. In base a quest'ipotesi, quindi, a far scattare il vincolo giuridico in parola sarebbe la prestazione concretamente dedotta in contratto che partecipi della medesima funzione economico-sociale e della struttura del contratto di appalto, a prescindere dalla denominazione formale assegnatale, coprendo l'intero settore delle esternalizzazioni produttive e superando i seppur brevemente esposti profili di irragionevole disparità di trattamento di situazioni uguali.

¹⁶³ G. GAMBERINI (a cura di), *Progettare per modernizzare. Il Codice semplificato del lavoro*, ADAPT Labour Studies e-book, 2014, n. 23, 56-57, a seguito della proposta di revisione della complessiva disciplina lavoristica elaborata da un gruppo di lavoro coordinato congiuntamente del Prof. Ichino e del Prof. Tiraboschi.

5 – *L'opzione regolatoria comunitaria: i comportamenti di diligenza*

Per quanto espressamente rivolta ad un settore produttivo specifico, la disciplina europea della responsabilità solidale nei subcontratti costituisce un'interessante piattaforma di regolazione con cui la disciplina nazionale deve confrontarsi. A rafforzare tale assunto contribuiscono due ragioni: l'appartenenza del nostro ordinamento all'Unione Europea, con conseguente assoggettamento alle regole da questa emanate; la scelta compiuta dal legislatore nazionale nell'attuare gli obblighi continentali, avendo il rinvio alla disciplina esistente costituito un legame tra l'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, e l'art. 12, direttiva 2014/67/UE. In questo senso, quindi, il raffronto fra le particolarità delle due disposizioni¹⁶⁴, oltre a segnalarne le differenze e gli eventuali limiti, va posto di termini di **compatibilità del precetto nazionale rispetto all'omologo comunitario**: ciò non solo in ragione dell'immediato obbligo di corretta e completa attuazione della disciplina comunitaria in argomento, quanto, e soprattutto, in virtù della capacità dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, di regolare i fenomeni di *outsourcing* assicurando un equilibrato ed efficace bilanciamento degli interessi in atto.

Da questo punto di visuale, peraltro, la legge italiana manifesta criticità applicative che il confronto con la disciplina comunitaria si limita ad esaltare, posto che le medesime sussistono a prescindere dall'invio di lavoratori stranieri in Italia per eseguire prestazioni di servizi. Oltretutto, l'accostamento alla disciplina europea permette di cogliere una vistosa carenza della regola generale¹⁶⁵ italiana dell'appalto: l'assenza del riferimento alla **diligenza**. Quest'ultima, infatti, sembra rappresentare il paradigma giuridico attraverso cui il legislatore continentale definisce l'alternativa al rimedio solidale, in ottica di progressivo affinamento del fondamento normativo su cui regge il vincolo obbligatorio in parola. Nel merito, ad un coinvolgimento del terzo beneficiario della prestazione lavorativa invocato sul mero requisito della consapevolezza dell'altrui condotta illecita¹⁶⁶, la recente tendenza europea sembra preferirne uno indirizzato a comportamenti attivi del medesimo soggetto, anche al fine di sostituire all'intervento *ex*

¹⁶⁴ Cfr. § 2.1 per la direttiva europea e § 3.1.2 per il decreto legislativo italiano.

¹⁶⁵ Cfr. capitolo II, § 8.

¹⁶⁶ Quale è, sia pure ammettendo l'ipotesi dell'evitabilità del vincolo solidale tramite contegni diligenti, quella disciplinata dall'art. 8, direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009, su cui capitolo I, parte II, § 6.3.

post – la solidarietà, appunto – un meccanismo di prevenzione *ex ante* del mancato pagamento delle retribuzioni e/o dei contributi.

L'opzione di disciplina compiuta dall'atto normativo europeo, per quanto ancora incerta ed incline ad applicazioni soggettive dei singoli Stati membri, segna tuttavia un passaggio importante, perché individua una possibile alternativa al vincolo obbligatorio che merita di essere seguita e sviluppata per almeno due motivi. Innanzitutto, perché il criterio di diligenza assicura un punto di riferimento pratico, che ciascun legislatore e/o le parti sociali possono declinare in concreto individuando quei comportamenti che, se adottati, liberano il terzo dal vincolo obbligatorio, garantendo il rispetto della normativa, l'assolvimento degli oneri economici legati ad una prestazione lavorativa esternalizzata e, non da ultimo, la certezza del diritto. Altresì, la diligenza configura un' **alternativa efficace** alla responsabilità solidale, perché permette di verificare l'assolvimento degli obblighi datoriali entro tempi definiti, evitando le lungaggini e le incertezze che la traduzione in azione di un diritto inevitabilmente comporta.

Ciò è tanto più vero nell'ordinamento giuridico e processuale italiano, che all'imprevedibile durata del processo – tanto cognitivo, quanto, *a fortiori*, esecutivo – aggiunge il beneficio di preventiva escussione in favore dell'obbligato in solido. In un tale contesto, infatti, il tempo necessario per giungere ad una sentenza di condanna del committente/appaltatore, per escutere previamente il patrimonio dell'obbligato principale e solo allora procedere con ciascuno degli eventuali coobbligati in solido, può esporre i creditori – i lavoratori e lo Stato – ad una parziale, quando non addirittura inesistente, soddisfazione delle proprie ragioni. In questi casi, infatti, la tutela dei diritti riconosciuta ai crediti dei lavoratori ed a quelli dello Stato rischia di restare una mera affermazione di principio.

La circostanza per cui l'ordinamento giuridico italiano non ha accolto l'indicazione europea sulla diligenza suggerirebbe l'opportunità di un ripensamento della disciplina sulla responsabilità solidale negli appalti: tuttavia, in attesa che il legislatore italiano ritorni sulle proprie scelte e rivisiti la disciplina, in luogo di un'ulteriore proposta di riforma più o meno condivisibile, lo sforzo attualmente preferibile è volto ad un' **interpretazione dell'art. 29, c. 2, legge Biagi**, che ne consenta un più sicuro adeguamento alla normativa europea, nonché un più efficace perseguimento degli obiettivi assegnati.

6 – Un’interpretazione della solidarietà retributiva negli appalti

Una possibile interpretazione in chiave evolutiva dell’art. 29, c. 2, legge Biagi, muovendo dall’intrinseca natura flessibile della regola di responsabilità, può valorizzare la negoziazione quale momento di attiva individuazione, da parte dei rappresentanti degli interessi coinvolti, dell’assetto regolatorio più funzionale alla loro realizzazione. Tale soluzione ermeneutica, peraltro, si dimostra capace di oltrepassare gli apparenti limiti riscontrabili in una disposizione che prevede la derogabilità della responsabilità solidale retributiva da parte della contrattazione collettiva nazionale tramite l’individuazione di metodi e procedure che consentano di verificare correttezza e regolarità dell’appalto.

6.1 – Segue: la flessibilità della Liability Rule ed i vantaggi per l’obbligazione solidale retributiva

In base ad un’interpretazione piuttosto diffusa della tripartizione tra *property*, *liability* ed *inalienability rules*, la determinazione collettiva del valore compensativo della perdita del diritto avvenuta senza il consenso del suo titolare (regola di responsabilità), rievoca il prezzo cui il titolare del diritto lo avrebbe venduto se avesse voluto. Secondo tale convenzione, la *liability rule* simulerebbe l’ipotetica negoziazione di mercato sul valore attribuito al diritto oggetto di trasferimento, nei fatti risultando un duplicato, in chiave collettiva, della transazione privata.

Tuttavia, chi ha maggiormente analizzato la regola di responsabilità¹⁶⁷, ha rilevato l’infondatezza dell’indefettibilità di tale equazione, segnalando l’esistenza di situazioni concrete in cui la *liability rule* si dimostra più **flessibile** di quanto la mera imitazione del mercato lasci intendere. In particolare, la regola in parola oscilla tra gli antipodi in cui è posta a livello sistematico, avvicinandosi ora alla regola di proprietà, ora a quella di inalienabilità. Il primo caso si realizza allorché la determinazione collettiva di un indennizzo (*assessment*) a fronte dell’alienazione non consensuale di diritto è così inferiore al suo valore di mercato da rendere preferibile, per il titolare del diritto,

¹⁶⁷ G. CALABRESI, *The Future of Law & Economics*, Yale University Press, New Haven, 2016, 121-124.

l'impiego di una *property rule* negoziando direttamente il valore della situazione giuridica viceversa sottrattagli senza consenso. Il secondo avviene quando la sanzione (*penalty*) derivante dall'alienazione non consensuale di un diritto è così elevata da fungere da regola di inalienabilità, nei fatti dissuadendo i terzi da un possibile intento di spoliamento del diritto. Se tale è la realtà concernente la regola di responsabilità, le implicazioni per la solidarietà retributiva negli appalti meritano un approfondimento.

Innanzitutto, occorre rilevare che delle tre regole, quella di responsabilità si rileva la più flessibile, posto che è la sola a poter realizzare, in concreto, la funzione attribuita a ciascuna delle altre: in questo senso, quindi, è lo strumento che meglio si presta a regolare situazioni in cui gli interessi in gioco sono variabili e non sempre determinabili *a priori*. Una circostanza di tal sorta sembra proprio quella rappresentata dalla **responsabilità solidale retributiva** negli **appalti**, posto che potrebbe non essere agevole conoscere il numero dei soggetti coinvolti nella filiera negoziale, ovvero dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'opera e/o del servizio, o, infine, il concreto assetto delle pattuizioni, fra cui, esemplificando, la previsione di penali in caso di inadempimento datoriale in relazione alle retribuzioni e/o contributi, ovvero altri accordi che in qualche modo garantiscano il committente/appaltante da un successivo proprio coinvolgimento nel pagamento del dovuto. Pertanto, in contesti del genere la regola di responsabilità, in quanto dotata di quell'elasticità che le permette di avvicinarsi così alla regola di proprietà come a quella di inalienabilità, potrebbe rivelarsi molto preziosa.

Posto che i titolari del diritto protetto dalla responsabilità solidale retributiva sono i lavoratori, è al potere negoziale riconosciuto alle organizzazioni sindacali che occorre quindi guardare, e nel merito alla **facoltà derogatoria** riconosciuta alla contrattazione collettiva nazionale. Infatti, i «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti» con cui, a mente dell'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, la contrattazione collettiva nazionale può derogare la responsabilità solidale retributiva, rappresentano lo strumento attraverso cui le parti sociali, sfruttando la flessibilità della regola di responsabilità, possono **caratterizzare** il **vincolo obbligatorio** adattando alle esigenze emergenti e/o rilevanti una protezione adeguata. A livello concreto, ciò si traduce nella possibilità, per le organizzazioni sindacali sottoscriventi accordi che bloccano e/o limitano la responsabilità solidale del

committente/appaltante, di contemplare, in alternativa al rimedio solidale, meccanismi del medesimo compensativi, quali, esemplificando, l'obbligatorietà di un'assicurazione privata in capo al datore di lavoro in favore di parte e/o tutti i lavoratori impiegati negli appalti, con previsione di farvi ricorso in caso di insoluto datoriale accertato secondo modalità agili e definite nei tempi¹⁶⁸.

D'altro canto, la definizione del merito della derogabilità della solidarietà retributiva potrebbe essere articolata secondo una struttura opposta, caratterizzata da obblighi di vigilanza posti in capo al committente/appaltante e così stringenti da "blindare", nei fatti, i crediti dei lavoratori occupati nei fenomeni di disintegrazione verticale dell'impresa: per esempio, una previsione che incrociasse controlli a sorpresa nei luoghi di esecuzione dell'appalto, svolti da incaricati del committente/appaltatore, con un esame della documentazione di lavoro periodicamente esibita dal datore di lavoro, potrebbe costituire un adempimento di diligenza particolarmente impegnativo per il beneficiario della prestazione lavorativa, il quale verrebbe liberato dal vincolo solidale soltanto all'esito della verifica positiva di tutti i presupposti previsti. Tale soluzione potrebbe risultare utile nelle ipotesi di numerosi subappalti, ovvero di nutrita presenza di lavoratori extracomunitari, ovvero di esecuzione di appalti in settori ritenuti particolarmente esposti all'inosservanza normativa.

In altri termini, nulla vieterebbe alle parti sociali di declinare la **derogabilità** della **solidarietà** retributiva alla stregua di un vincolo evitabile assumendo contegni ispirati alla **diligenza**, vuoi adeguando l'ordinamento nazionale all'orientamento comunitario quantomeno per i profili retributivi, vuoi costituendo un rimedio all'atto pratico più efficace perché focalizzato su un assetto preventivo piuttosto che meramente risarcitorio.

Il possibile vantaggio dell'approccio proposto è duplice.

Innanzitutto, sfruttando la flessibilità della regola di responsabilità, le parti sociali in generale e le organizzazioni dei lavoratori in particolare, potrebbero individuare, fra le diverse opzioni possibili, *quel* meccanismo che si presta meglio degli altri ad **assicurare**

¹⁶⁸ Quali potrebbero essere il mancato pagamento delle retribuzioni per un numero previamente concordato di mensilità, ovvero nel caso di inerzia datoriale a seguito della formale messa in mora da parte del lavoratore e/o del sindacato. Peraltro, la medesima assicurazione privata, o una fideiussione bancaria, potrebbe prevedere scaglioni di pagamento dei lavoratori in ragione dell'ammontare del credito maturato, ovvero, in ragione del tempo di pagamento, stabilire che, a fronte di una rivalsa immediata senza attendere gli esiti di accertamento giudiziario del credito, l'importo liquidato sia pari all'80-90% del dovuto ai lavoratori.

la **tutela retributiva dei lavoratori impiegati nell'appalto**, in ragione delle circostanze fattuali legate alla tipologia di lavoro e/o opera da eseguire, del luogo di esecuzione della prestazione dedotta in contratto, della quantità e caratteristica dei lavoratori coinvolti e via dicendo. Così operando, la derogabilità del vincolo obbligatorio retributivo acquisterebbe quella capacità elastica di perseguire nel miglior modo possibile l'obiettivo concreto da realizzare in quel determinato momento, con l'ulteriore vantaggio di non dover seguire un percorso già strutturato e stabilito a livello normativo e quindi valido per tutte le soluzioni.

Altresì, la possibilità di definire una responsabilità "su misura" in relazione al caso concreto, predisponendo un rimedio auspicabilmente efficace, eviterebbe l'esposizione dei lavoratori alle incertezze, in termini di esiti della decisione e di reale recupero del dovuto in tempi ragionevoli, che il procedimento cognitivo-processuale stabilito dall'art. 29, c. 2, legge Biagi, ha previsto per il coinvolgimento del terzo. In particolare, con riferimento all'introduzione del *beneficium excussionis* invocabile dall'obbligato in solido, il problema non è tanto la sua condivisibilità in termini di giustizia e tutela delle ragioni creditorie dei lavoratori impiegati negli appalti, quanto piuttosto l'idoneità di un sistema di solidarietà così inteso di impedire il verificarsi dell'evento.

Lo snodo argomentativo è importante e merita di essere approfondito.

6.2 – Segue: un cambio di paradigma nella distribuzione del rischio

Il fondamento giuridico della responsabilità solidale in caso di triangolazioni dei processi produttivi viene normalmente individuato nella relazione biunivoca esistente tra il datore di lavoro ed il lavoratore: quest'ultimo svolge una prestazione di cui beneficia il primo, obbligato a sua volta nei confronti del lavoratore. Ogni qualvolta detta corrispondenza biunivoca è alterata dalla presenza di un terzo che, pur non essendo parte formale del rapporto giuridico, trae vantaggio – anche solo parziale – da quanto posto in essere dal lavoratore, va individuato un meccanismo per vincolare detto terzo all'adempimento degli obblighi datoriali, e la responsabilità solidale è uno di questi strumenti. Pertanto, potendo il committente/appaltante, in quanto imprenditore dotato di organizzazione e risorse, scegliere tra il soddisfare direttamente un'esigenza

produttiva (*make*), ovvero procurarsela dall'esterno ricorrendo ad altri imprenditori (*buy*), è su tale imprenditore, che opta per una soluzione o per un'altra, che grava la **responsabilità** – intesa come carico delle conseguenze – delle **decisioni adottate**.

Posta in questi termini, la questione appare difficilmente contestabile, anche nelle circostanze in cui il ricorso all'esternalizzazione risponde a mere, per quanto legittime, istanze di razionalizzazione e/o riorganizzazione produttiva, ispirate a ragioni di economicità ed efficienza. Poiché è l'imprenditore a decidere cosa e come fare, sul medesimo ricadranno i costi imputabili alle sue decisioni, al pari di quanto accade per la guida di un veicolo ovvero l'esercizio di un'attività pericolosa. Al committente/appaltante è, quindi, attribuito di norma l'onere di sopportare il derivato delle decisioni prese, che egli avrebbe potuto evitare adottando soluzioni differenti.

Così, volendo paragonare l'omesso **pagamento** delle **retribuzioni** dei lavoratori impiegati negli appalti all'illecito civile, il **sogetto** più in grado di sopportare le conseguenze del fatto sarebbe il committente/appaltante, in ragione della sua maggiore **affidabilità economica**. In questo senso, il "rischio" dell'omesso pagamento delle retribuzioni ad opera del datore di lavoro verrebbe imputato al soggetto imprenditoriale capace di sostenerlo economicamente: un approccio di tal sorta, quindi, più che ad evitare l'evento – rappresentato dall'insoluto datoriale –, sarebbe indirizzato a cercare qualcuno pronto... a pagarne le conseguenze.

Nondimeno, una distribuzione del rischio di tal sorta, fondata esclusivamente su un'imputazione dei danni tramite la tecnica della cd. tasca profonda – ovvero sia la maggiore affidabilità economica –, non terrebbe conto che, anche in tema di responsabilità solidale come per quella civile, accanto alla **riduzione** dei **costi secondari**, occorrerebbe pensare anche ad una riduzione di quelli **primari**. In particolare, mentre intervenire sui costi secondari implica frazionare gli esiti negativi dell'illecito, la riduzione dei costi primari consiste nell'imputazione delle conseguenze dannose a chi le ha provocate, individuando il soggetto che riesce a limitarle al minor costo (*cheapest costs avoider*)¹⁶⁹. Così, continuando nel paragone, una corretta

¹⁶⁹ G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 2015, ristampa, spec. 47 ss., 63 ss., 101 ss., differenzia i costi di un incidente in primari, secondari e terziari: i primi afferiscono al numero/gravità dei sinistri, i secondi ai riflessi dei sinistri ricadenti sulla società, i terzi all'apparato amministrativo necessario per ridurre i primi due. Le tecniche di riduzione possibile – posto che nessuna società si pone l'obiettivo di eliminare gli incidenti «ad ogni costo» (p. 37) – analizzate per la riduzione dei costi primari e secondari consistono, rispettivamente, nella

regolazione dei fenomeni di esternalizzazione potrebbe affiancare alla funzione di diminuzione dei (propri) costi secondari – ovverosia l'imputazione al terzo, *una volta per tutte*, del mancato pagamento delle retribuzioni –, anche quella di riduzione del numero e della gravità degli illeciti, incidendo sui (propri) costi primari e, conseguentemente, cercare il soggetto che, *di volta in volta*, offra il raggiungimento dell'obiettivo al minor costo.

La differenza tra un'imputazione dei danni al soggetto maggiormente in grado di sopportarli ed una a quello che, in base ad un criterio di efficienza, può evitarli, riposa sulle diverse funzioni attribuite alla responsabilità civile: nel primo caso, di natura "risarcitoria", posto che, a livello di politica legislativa – e quindi collettivo – viene deciso che un soggetto è ritenuto responsabile dell'evento, imputandogliene le conseguenze in quanto economicamente affidabile. Viceversa, nella seconda ipotesi, è il mercato ad individuare colui che, al minor costo, può evitare/ridurre l'evento. Calando tale impostazione nell'ipotesi di responsabilità solidale, ad una **logica** meramente risarcitoria sarebbe utile associarne una **general preventiva**, volta a selezionare colui che, alle migliori condizioni di mercato, eviti l'evento. Ciò vuol dire che, quantomeno per la responsabilità solidale retributiva, in luogo della mera imputazione dell'insoluto datoriale al committente/appaltante, è praticabile una soluzione che permetta alle parti di escludere che il medesimo insoluto si verifichi.

Così operando, peraltro, sarebbe possibile scongiurare e/o ridurre i costi terziari dati dalla procedura giudiziaria prevista dall'ordinamento per recuperare il dovuto, con l'obbligatoria citazione in giudizio dell'obbligato in solido, l'accertamento del credito vantato dal lavoratore, l'esecuzione forzata presso il debitore principale e, solo allora, il coinvolgimento patrimoniale del terzo. Poiché l'opzione suggerita indirizza verso l'eliminazione dell'evento imputandolo al *cheapest costs avoider*, è opportuno analizzare chi possa essere tale soggetto.

cd. prevenzione generale, affidando alla logica del mercato il soggetto che, nel rapporto costi-benefici, meglio realizza l'obiettivo, e nella cd. prevenzione specifica (o di "risarcimento"), attribuendo le conseguenze al soggetto più affidabile economicamente (metodo della cd. tasca profonda) o frazionando il rischio fra tutti. Essendo la selezione del soggetto cui imputare i danni affidata al mercato nel primo caso ed ad una valutazione collettiva nel secondo, non è difficile rinvenire, anche in questa impostazione dogmatica, il sostrato coinvolto nella *property* e nella *liability rule*.

6.3 – Segue: il *cheapest costs avoider*

In modo alquanto intuitivo, la scelta del soggetto cui attribuire la funzione di riduzione dei costi primari – e quindi l’eliminazione del mancato pagamento datoriale – ricadrebbe sul committente/appaltante. La ragione di tale scelta riposerebbe sulla circostanza per cui il medesimo imprenditore, decidendo per l’esternalizzazione, avrebbe nei fatti “provocato” l’evento lesivo, posto che se avesse preferito la produzione in proprio dell’opera e/o servizio viceversa richiesto altrove, non si sarebbe verificata alcuna triangolazione produttiva e, di conseguenza, alcuna duplicazione di beneficiari della prestazione lavorativa con rischio di mancato pagamento delle retribuzioni dei lavoratori. In buona sostanza, il committente/appaltante è considerato **responsabile** in quanto colui che **meglio può decidere** (*best decision maker*) in ordine alla esternalizzazione o meno dell’attività e/o settore produttivo oggetto di appalto. L’assunto, o il retropensiero, in base al quale l’appalto sarebbe funzionale alla sottrazione agli obblighi che il committente avrebbe se fosse egli stesso datore di lavoro, con loro conseguente trasferimento all’appaltatore, pur se confortata dall’evidenza, rischia nondimeno di apparire riduttiva.

Infatti, se sono innegabili casi di committenti che, al solo e/o principale scopo di eludere obblighi datoriali, hanno fatto ricorso all’appalto nel tentativo, specie dopo le riforme legislative del biennio 2012-2013, di porre ostacoli – i costi terziari, appunto – alla soddisfazione dei loro crediti da parte dei lavoratori impiegati negli appalti, nondimeno l’insistenza verso la responsabilità solidale del committente tradisce una valenza punitiva, più che regolatoria. Nulla vieta che l’invocabilità del vincolo obbligatorio nei riguardi del terzo risponda ad esigenze di contrasto e/o contenimento dei fenomeni negoziali dalla chiara finalità elusiva della legge lavoristica, a patto tuttavia di riconoscere che accanto a comportamenti indirizzati all’uso fraudolento di legittimi strumenti giuridici ne sussistono altri che, viceversa, impiegano correttamente il negozio tipico.

Occorre annoverare, in particolare, le ipotesi in cui la realizzazione di un’opera e/o un servizio, richiedendo manodopera specializzata di cui l’appaltatore e/o il committente

non dispone, rende inevitabile un subappalto parziale e/o totale¹⁷⁰: in questo caso, l'ulteriore segmentazione della filiera negoziale è imposta dalle circostanze e non predeterminata per eludere la legge e/o anche solo per ricavare un risparmio sui costi produttivi. In circostanze del genere, l'individuazione del committente quale *best decision maker* potrebbe risultare disfunzionale, soprattutto in considerazione dei risvolti amministrativi cui i lavoratori non potrebbero sottrarsi per recuperare il dovuto presso il (pur benintenzionato) committente. Detta altrimenti, se il coinvolgimento del terzo a titolo di responsabilità solidale può apparire una soluzione opportuna, in termini schiettamente punitivi, quando a motivare il ricorso all'appalto è un intento elusivo della legge, qualora la **terziarizzazione** risponda ad esigenze di **necessità** un esito di tal sorta rischia di essere inutile per come è attualmente strutturata la norma, posto che i lavoratori non possono soddisfarsi nell'immediato sul patrimonio del terzo.

Può pertanto risultare preferibile, almeno in alcune circostanze, considerare le **parti sociali** alla stregua del soggetto titolato a prendere le **decisioni più funzionali** alla tutela delle ragioni creditorie dei lavoratori, adottando le scelte migliori. Proseguendo il paragone proposto, come nella responsabilità civile il *best decision maker* può essere rappresentato non solo dal danneggiante, bensì anche dal danneggiato o da un terzo¹⁷¹, così per evitare e/o riparare all'insoluto datoriale il soggetto chiamato a decidere può essere costituito anche dalle parti sociali – nella fattispecie, le organizzazioni sindacali dei lavoratori, considerabili danneggiati, appunto –, in quanto più efficaci interpreti delle esigenze da tutelare.

7 – Le ulteriori frontiere della responsabilità solidale retributiva

L'interpretazione, proposta con il presente lavoro di ricerca, della potenzialità applicativa dell'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, soprattutto in relazione al ruolo

¹⁷⁰ Qual è l'ipotesi contemplata dalla legislazione spagnola in ordine al superamento del divieto di tre livelli di scomposizione negoziale (capitolo III, § 6.1). Nel testo non viene considerata l'ipotesi del ricorso al subappalto parziale, in quanto più conveniente per il committente, non perché vietata dalla legge Biagi, bensì in considerazione del ragionamento sin qui svolto in ordine alle possibili motivazioni elusive ispiranti il ricorso al subappalto, posto che quest'ultimo è consentito non soltanto quando non è possibile fare altrimenti, ma anche se dovuto a ragioni di convenienza economica, che è cosa diversa dall'intento elusivo della legge.

¹⁷¹ G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, cit., 43 ss..

che le parti sociali possono ritagliarsi nella regolazione della responsabilità solidale negli appalti, merita qualche chiarimento.

Innanzitutto, essa cerca di offrire senso e spazio applicativo ad una disposizione – la derogabilità della solidarietà retributiva – che rischia di non andare oltre la mera enunciazione, paralizzata dalla diffidenza delle parti sociali in generale, e dei sindacati dei lavoratori in particolare. Questi ultimi, infatti, intendono la facoltà derogatoria in parola soltanto nell’ottica della riduzione delle tutele dei lavoratori impiegati nei fenomeni di *outsourcing*, ignorando tuttavia come la previsione possa contenere anche risvolti positivi, nel senso fin qui esposto. In particolare, per quanto l’osservazione possa apparire paradossale, il silenzio del legislatore su entità, presupposti e modalità applicative della facoltà *de qua*, permette alle parti sociali di definire un assetto regolatorio diverso per ciascuna circostanza, funzionale alle rispettive esigenze da soddisfare. In altri termini, la vaghezza della disposizione può favorire la **precisione di dettaglio** in sede di contrattazione collettiva in relazione al settore produttivo in cui deve applicarsi: se ciò, da un lato, può dare luogo a differenti discipline della solidarietà¹⁷², dall’altro consente l’introduzione, ove funzionale al raggiungimento dell’obiettivo prefissato, di quel criterio di diligenza del committente/appaltante che il legislatore italiano sembra aver dimenticato e che, viceversa, può costituire la chiave di volta di una moderna regolazione della responsabilità solidale.

L’impostazione di fondo, quindi, è nel senso di provare ad interpretare la **disciplina esistente** nel modo più **funzionale** alla tutela delle rispettive **esigenze** contrapposte, evitando di intendere la facoltà derogatoria prevista dall’art. 29, c. 2, legge Biagi, come supina sudditanza alle ragioni economiche imprenditoriali e/o datoriali. Queste ultime, ad onta di un loro doveroso arretramento al cospetto dei valori, esistono e condizionano in modo significativo la società ed il diritto positivo, sia in sede di formulazione della disposizione, sia, soprattutto, al momento della sua applicazione. L’esempio più evidente è rappresentato dall’abrogata legge n. 1369¹⁷³, il cui divieto interpositorio – il “principio”, appunto – ha incontrato così tante eccezioni, nella medesima previsione dispositiva e nei casi concreti, da rendere necessaria una sua rivisitazione. Tuttavia, ulteriori esempi possono esser rinvenuti nell’iniziale previsione della responsabilità

¹⁷² Cfr. capitolo II, § 7.

¹⁷³ Cfr. capitolo I, parte II, § 1.

solidale fiscale di cui al decreto Bersani¹⁷⁴, ovvero nella recentemente introdotta solidarietà del committente/vettore nel caso di contratto di trasporto¹⁷⁵. Anche in queste ipotesi, infatti, è possibile riscontrare una prevalenza della regola sulle istanze economiche sottese al fenomeno da disciplinare, con inevitabile incapacità e/o difficoltà della prima di offrire meccanismi regolatori applicabili in concreto.

Lungi dal ritenere che la soluzione riposi su un mero cedimento alle istanze economiche, un approccio che non le ignori, provando semmai ad incorporarle in modo esplicito nella regolazione, potrebbe risultare più utile e funzionale all'obiettivo da perseguire, che, almeno per le esternalizzazioni, consiste nel cercare un punto di equilibrio tra i bisogni degli imprenditori che ricorrono alla terzizzazione e quelli dei lavoratori che vi sono occupati. Il **punto di equilibrio** proposto nel presente lavoro di ricerca intravede nel ruolo svolto dalla **contrattazione collettiva** un importante snodo di disciplina, posto che permette di confezionare la regola più capace di soddisfare le esigenze concrete presenti in quel momento in un determinato settore produttivo, optando per una solidarietà *tout court* piuttosto che per l'evitabilità del vincolo obbligatorio con la diligenza, integrando soluzioni più schiettamente risarcitorie con altre orientate verso la prevenzione.

Ciò in quanto evitare – per quanto possibile – l'insoluto datoriale retributivo può rilevarsi più utile della previsione del suo obbligatorio risarcimento.

¹⁷⁴ Cfr. capitolo I, parte II, §§ 3.1.1 e 3.1.2.

¹⁷⁵ Cfr. capitolo I, parte II, § 6.4.

Conclusioni

Le riflessioni emergenti dal presente lavoro di ricerca muovono almeno in due direzioni. La prima di queste prende l'avvio dalla constatata modifica funzionale della responsabilità solidale negli appalti, rispetto alla quale l'inquadramento sistematico suggerito, piuttosto che paralizzare l'istituto nella tutela delle ragioni creditorie dei lavoratori impiegati nei processi di disintegrazione verticale dell'impresa, ne esalta la potenzialità applicativa, indicando un percorso argomentativo degno di approfondimento.

Infatti, la facoltà riconosciuta alle parti sociali dall'art. 29, c. 2, decreto legislativo n. 276, costituisce la via privilegiata attraverso cui correggere il duplice limite che caratterizza la disciplina della materia: da un lato, una sorta di declassamento, in termini di priorità, del grado di protezione accordato alle retribuzioni dei lavoratori in comparazione con quello garantito ai crediti previdenziali ed assicurativi. Dall'altro, la natura sussidiaria della responsabilità in capo al committente/appaltante, che potrebbe differire l'*an* ed il *quantum* della soddisfazione degli obblighi di legge.

Come visto, la capacità della regola di responsabilità di svolgere le funzioni tipiche delle altre due, permette di considerare come solo apparente il limite attribuito alla *liability rule* e di offrire uno strumento di tutela ugualmente efficace. Spetta quindi alle **parti negoziali** dare concretezza ad un meccanismo di regolazione così delineato, scommettendo sulla propria capacità di individuare procedure alternative alla responsabilità solidale che, più di tutto, esaltino la **diligenza** cui devono ispirarsi i contegni del beneficiario della prestazione lavorativa. In questo modo, peraltro, diventerebbe secondaria la selezione del soggetto più affidabile economicamente al quale imputare il danno, in favore di una tecnica regolatoria che abbia come obiettivo primario l'evitamento, per quanto possibile, degli eventi di inadempimento datoriale.

Oltretutto, la medesima moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità, di per sé, potrebbe non rivelarsi idonea nella protezione dei crediti messi in gioco dalle scelte imprenditoriali, posto che nel tempo necessario per ottenere una sentenza di condanna e per escutere i patrimoni dell'obbligato principale e di quelli in solido eventualmente esistenti, non solo tali beni rischierebbero di ridursi e/o risultare insufficienti, quand'anche le medesime esigenze dei creditori potrebbero essere mutate.

In altre parole, se lo spazio cronologico tra il mancato pagamento delle retribuzioni e la distribuzione del ricavato da un'esecuzione forzata supera l'attesa ragionevolmente auspicabile, fino a far perdere al creditore l'interesse alla conclusione della vicenda processuale, il diritto è tutelato soltanto in modo teorico.

Ove, quindi, al pur lodevole impegno nell'elaborazione della miglior soluzione teorica da suggerire al legislatore nella revisione dell'art. 29, c. 2, legge Biagi, venisse preferita la ricerca di un'opzione pratica di immediata applicazione, lo sguardo andrebbe rivolto proprio alla **facoltà derogatoria** della responsabilità solidale retributiva, che permetterebbe di superare i predetti ostacoli ritagliando un meccanismo di tutela effettivamente adeguato alle esigenze del settore e/o delle circostanze.

Un **approccio** di tal sorta vuole essere **funzionale**, sforzandosi di trovare nell'attuale formulazione del testo di legge le vie argomentative preferibili per ottenere in concreto il risultato che il rimedio solidale contemplato nella disposizione dovrebbe in teoria raggiungere. In questo senso può quindi essere inteso il raffronto tra l'inadempimento datoriale degli obblighi retributivi (e contributivi) con l'illecito civile in senso lato, e la conseguente applicazione al primo dell'autorevole impostazione sistematica teorizzata per il secondo. Il vantaggio immediato del percorso ermeneutico proposto consiste nell'emancipazione dai tempi, dalle contraddizioni e dagli eventuali ripensamenti del legislatore nazionale in tema di responsabilità solidale, perché poche cose, nel mondo giuridico, sono peggiori di un diritto sancito soltanto sulla carta.

Proprio l'analisi funzionale seguita conduce verso la seconda direzione ricavabile dal lavoro di ricerca svolto. Infatti, l'attenzione allo stretto rapporto tra il rimedio previsto dal diritto positivo e l'obiettivo da raggiungere disvela un ulteriore confine applicativo della responsabilità solidale, che il legislatore ritiene ancora di non dover valicare: il riferimento è alla possibilità di invocare il **rimedio** di cui alla legge Biagi oltre l'ipotesi negoziale tipica dell'appalto, disciplinando in un sol modo i molteplici casi di **impiego di lavoro altrui** nell'esecuzione di una **prestazione contrattuale**. Il diritto comunitario ed alcuni ordinamenti europei già contemplano tali fattispecie, rendendo il ritardo della legge nazionale sul punto davvero poco comprensibile e, soprattutto, accettabile.

Probabilmente, la liberalizzazione del ricorso all'appalto e l'introduzione del rimedio solidale quale unico sistema di regolazione dell'esternalizzazione consentita,

dovute alla legge Biagi, hanno rappresentato il punto di massima apertura legislativa possibile, in quel momento, ai casi di impiego di manodopera altrui. Tuttavia, la scelta di campo compiuta dal legislatore, consistente nel superamento del divieto interpositorio *tout court*, sembra irreversibile ed, a distanza di oltre un decennio, i tempi sono maturi per un **allargamento del vincolo obbligatorio** – e/o dei sistemi alternativi per evitarlo – alla totalità delle situazioni in cui sia coinvolta una prestazione lavorativa posta non in relazione diretta con il beneficiario della medesima.

Infatti, la recente introduzione di una responsabilità solidale nell'ipotesi di contratto di trasporto merci per conto terzi, pur con le menzionate criticità di impostazione e di applicazione concreta, rappresenta la breccia nel muro dell'irrilevanza normativa delle molteplici situazioni in cui può manifestarsi una triangolazione produttiva e, tra qualche anno, sarà forse possibile commentare una generale fattispecie di solidarietà del committente/subcontraente valida per tutte le ipotesi che la realtà economica suggerisce, posto che l'obiettivo di fondo, la funzione da assolvere, consiste proprio nella regolazione del fenomeno interpositorio latamente inteso.

Bibliografia

ALLAMPRESE A., ORLANDINI G., *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*;

ALBI P., *Il contratto di appalto*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI E F. CARINCI, VI (a cura di M. BROLLO), Cedam, Padova, 2012, 1595 ss.;

ALLEVA P., *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2003, I, 887 ss.;

ALLEVA P., *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 165 ss.;

ALVINO I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2007, 3, 507 ss.;

AMON M. R., *Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability be the 21st Century European Approach?*, in *The Journal of International Business & Law*, 4/15/2010, 231 ss.;

ANNER M., BAIR J., BLASI J., *Towards Joint Liability in Global Supply Chains: Addressing the Root Causes of Labor Violations in International Subcontracting Networks*, in *Comp. Labor Law & Pol'Y Journal*, 2013, 35 ss.;

ASNAGHI A., TOLVE G., *Appalti: la responsabilità solidale fiscale dopo il c.d. decreto semplificazioni fiscali*, in *Bollettino ordinario Adapt* del 1° dicembre 2014, n. 42;

BANO M., *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Lavoro e Diritto*, 2015, 4, 583 ss.;

BARBERIO M., *Effettività delle tutele e aspetti processuali dell'appalto di servizi*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2015, 8-9, 546 ss.;

BENEDETTI A. M., *Delle obbligazioni in solido*, in *Commentario al c.c., artt. 1277-1320*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di V. CUFFARO, Utet, Torino, 2013, 239 ss.;

BIAGI M. (continuato da M. TIRABOSCHI), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 2012;

BIANCA C.M., *Diritto civile, L'obbligazione*, IV, Giuffré, Milano, 1993;

BIZZARRO C., *Lavoro in appalto e regime della responsabilità solidale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La Riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo Welfare*, Giuffré, Milano, 2008, 117 ss.;

BLASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità*, W.P. C.S.D.L.E. “Massimo d’Antona” – IT., n. 218/2014;

BONA M., *I limiti incerti dell’efficacia diretta delle direttive inattuate o non correttamente trasposte: il caso delle “motor insurance directives”*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, 4, 1581 ss.;

BUOSO S., *Il recente “decreto-lavoro”: un nuovo e leggero maquillage alla legislazione lavoristica?*, in *Studium Iuris* (prima parte), 2014, 3, 282 ss.;

BUSNELLI F.D., voce *Obbligazione IV) Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1990, XXI, 1 ss.;

BUSNELLI F.D., voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré, Milano, 1979, XXIX, 330 ss.;

CALABRESI G., DOUGLAS MELAMED A., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 85, 1089 ss.;

CALABRESI G., *A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension*, in *Law & Contemporary Problems*, 2014, 77, 1 ss.;

CALABRESI G., *Il Costo degli Incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffré, Milano, 2015, ristampa;

CALABRESI G., *The Future of Law & Economics*, Yale University Press, New Haven, 2016;

CANNELLA G., FAVILLI C., *La direttiva sulle sanzioni per l’impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare: contenuto ed effetti nell’ordinamento italiano*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2011, 2, 37 ss.;

CAMPOBASSO G.F., voce *Accollo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, I, 1 ss.;

CARABELLI U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto e post-taylorismo*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, n. 5/2003;

CARABELLI U., *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2009, 1, 91 ss.;

CARINCI M. T., *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesso – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2007, 4-5, 1019 ss.;

CARINCI M. T., *La fornitura di lavoro altrui, art. 2127*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffré, Milano, 2000;

CAROSIELLI G., *La nuova responsabilità solidale nel contratto di autotrasporto per conto terzi*, in *Bollettino ordinario Adapt* 2015, n. 1;

CAROSIELLI G., *La responsabilità solidale nell'autotrasporto merci per conto terzi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, 1, 251 ss.;

CAROSIELLI G., *La solidarietà retributiva nei subappalti introdotta dalla direttiva 2009/52/CE: un'altra ipotesi di responsabilità?*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, 4, 1197 ss.;

CAROSIELLI G., *La (strana) piega della responsabilità solidale del committente*, in *Bollettino ordinario Adapt* 2015, n. 37;

CAROSIELLI G., *Retribuzioni e contributi minimi inderogabili dalla contrattazione di prossimità*, in *La circolare di lavoro e previdenza*, 2016, 9, 38 ss.;

CAROSIELLI G., *Il (prossimo) referendum della Cgil sugli appalti*, in *Bollettino Adapt* del 26 aprile 2016, n. 14;

CASSAR S., *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, 11, 834 ss.;

CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, Giuffré, 2011, 55 ss.;

CASTRONOVO C., *Le ragioni del diritto. L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffré, Milano, 1995, I, 148 ss.;

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1991, XXIV, 1 ss.;

CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1991, XXVI, 2 ss.;

CHIECO P., *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2012, 4, 997 ss.;

CICALA R., voce *Accollo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, I, 282 ss.;

CIERVO A., *UNA PURA FORMALITÀ. Alcune osservazioni critiche a margine del recepimento della dir. 2009/52/CE da parte del legislatore italiano*, in *Questione giustizia*, 2014, 3, 145 ss.;

CIPPITANI R., *L'art. 1676 c.c. e gli strumenti di tutela dei lavoratori dell'appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 2, 213 ss.;

CIUCCIOVINO S., *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, Bologna, 2014, 159 ss.;

COASE R. H., *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, 4, 386 ss.;

COLLINS H., *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, 3, 353 ss.;

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 370;

CORAZZA L., RAZZOLINI O., *Who is the Employer?*, WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona" – INT., n. 110/2014;

CORAZZA L., *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoro*, CEDAM, Padova, 2004;

CORAZZA L., *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 1997, 1, 77 ss.;

CORAZZA L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, n. 93/2009;

COSTA G., *Solidarietà e codatorialità negli appalti*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona" – IT., n. 302/2016;

COTTU E., *"Morte e trasfigurazione" di una legge comunitaria*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2011, 6, 1374 ss.;

DE ANGELIS L., *Responsabilità solidale nell'appalto e processo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, n. 314/2016;

DE LUCA TAMAJO R., *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2005, 2, 307 ss.;

DE LUCA TAMAJO R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, 1, 3 ss.;

DE LUCA TAMAJO R., F. PATERNÒ, *Appalto e distacco*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, CEDAM, Padova, 2007, 426 ss.;

DEL PUNTA R., *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, 1, 129 ss.;

DI MAJO A., voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1990, XXI, 300 ss.;

DI MAJO A., voce *Responsabilità contrattuale*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civile*, Utet, Torino, 1998, XVII, 25 ss.;

DI MAJO A., *Diritto dell'Unione Europea e tutele nazionali. La responsabilità civile degli Stati*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 2, 311 ss.;

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, 3, Giuffrè, Milano, 2001;

FALQUI MASSIDDA C., voce *Fideiussione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, Torino, 1989, XIV, 1 ss.;

FELDMAN Y., *Ex-Ante vs. Ex-Post: Optimizing State Intervention in Exploitive Triangular Employment Relationships*, in *Bar-Ilan University Public Law and Legal Theory*, W.P. n. 05-10;

FERRANTE V., BRICCHI M., *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Giurisprudenza*, 2012, 3, 463 ss.;

FERRARA M. D., *La sicurezza dei lavoratori nell'impresa flessibile: somministrazione di lavoro e contratto di appalto*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2009, 3, 483 ss.;

FRAGALI M., voce *Fideiussione (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, XVII, 346 ss.;

FRISONI M., *Responsabilità solidale nell'ambito del contratto di trasporto*, in *Il giurista del lavoro*, 2015, 5, 14 ss.;

FUDGE J., *Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: the Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, 4, 610 ss.;

GAMBERINI G., *La responsabilità solidale negli appalti*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, 312 ss.;

GAMBERINI G., *La solidarietà nelle figure contrattuali assimilabili all'appalto*, in *La circolare di lavoro e previdenza* 2014, 36, 14 ss.;

GAMBERINI G., *Responsabilità solidale negli appalti: ecco le novità processuali*, in *Guida al lavoro* 2012, 17, V e VI;

GAMBERINI G., VENTURI D., *Appalto: le responsabilità delle imprese dopo il c.d. decreto Semplificazioni fiscali*, in *Il giurista del lavoro* 2015, 1, 10 ss.;

GAMBERINI G., VENTURI D., *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2014, 1, 182 ss.;

GAMBERINI G., VENTURI D., *La responsabilità solidale negli appalti*, in MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 205 ss.;

GAMBERINI G., VENTURI D., *Le modifiche alla disciplina della responsabilità fiscale negli appalti*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, 492 ss.;

G. GAMBERINI (a cura di), *Progettare per modernizzare. Il Codice semplificato del lavoro*, ADAPT Labour Studies e-book, 2014, n. 23;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifica Italiana, Napoli, 1998;

GINÈS I FABRELLAS A., *Externalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales*, in *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, gennaio-marzo 2016, vol. 4, 1, 1 ss.;

GLYNN T. P., *Taking the Employer Out of Employment Law? Accountability for Wage and Hours Violations in an Age of Enterprise Disaggregation*, in *Employer Rights and Employment Journal*, 26/05/2011, 101 ss.;

GRECO, M. G., *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2004, 10, 921 ss.;

GRECO M. G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2012, 4, 380 ss.;

GRECO M. G., *La ricerca del datore di lavoro nell'impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 117 ss.;

ICHINO P., *Le nuove forme di decentramento produttivo*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 1999, 3, 149 ss.;

IMBERTI L., *La responsabilità solidale negli appalti: alla ricerca di un'adeguata tutela della posizione creditoria dei lavoratori*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2008, 2, 523 ss.;

IZZI D., *La tutela del lavoro negli appalti*, in *Lavoro e Diritto* 2008, 3, 439 ss.;

IZZI D., *La responsabilità solidale negli appalti: una tutela in declino*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2013, 3, 635 ss.;

IZZI D., *Appalti e responsabilità solidale*, in M. AIMO e D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, 51 ss.;

IZZI D., *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione Europea*, in *Lavoro e Diritto*, 2016, 1, 35 ss.;

KRIER J. E., SCHWAB S. J., *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, in *New York University Law Review*, 1995, 70, 440 ss.;

KRIER J. E., SCHWAB S. J., *The 'Cathedral' at Twenty-Five: Citations and Impressions*, in *Yale Law Journal*, 1997, 106, 2121 ss.;

KUN A., *From transnational soft law to national hard law: regulating supply chains*, *PÉCSI MUNKAJOGI KÖZLEMÉNYEK* 8.:(12) 2015, 53-68;

KUN A., *Liability models in supply chains – The flow of an innovative regulatory idea in a global legal space*, in G. G. SANDER, V. TOMLJENAVIC, N. BODIROGA-VUKOBRAT, Springer, 2017;

LA PORTA U., *Delle obbligazioni in solido*, in *Il Codice civile commentato*, diretto da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2014, 1 ss.;

LOZITO M., *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari, 2013;

LUCAS K., PLANK L., STARITZ C., *Securing Labour Rights in Global Production Networks*, 2010;

LUNG S., *Exploiting the Joint Employer Doctrine: Providing a Break for Sweatshop Garment Workers*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2003, 34, 291 ss.;

MAIORCA C., voce *Responsabilità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, XXXIX, 1004 ss.;

MARCUCCI G., GARIBOLDI S., GHIDONI A., *Le modifiche alla disciplina degli appalti*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero. I Quaderni di Wikilabour*, 2012, 1, e-book, 73 ss.;

MARINELLI M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002;

MARIOTTI F., *Abrogazione della responsabilità solidale fiscale negli appalti e novità per le società estinte*, in *Corriere Tributario*, 2015, 3, 181 ss.;

MASTROIANNI R., *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, 3, 585 ss.;

MAZZOTTA O., *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 19 ss.;

MIMMO G., *Il regime di solidarietà nell'appalto*, in *Massimario della Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, 7, 528 ss.;

MOLLO M., *Articolo 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e contratto di trasporto: una deroga discutibile*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, 1, 113 ss.;

MULLER F., *Effectivité des droits des salariés: quelle contribution à la lutte contre la concurrence sociale déloyale?*, in *Droit Social*, dossier, 2016, 7/8, 630 ss.;

MUTARELLI M. M., *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, MAZZOTTA O., *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 717 ss.;

NICO A. M., *Le direttive comunitarie tra Corte Costituzionale e giudice comune*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, 1, 1 ss.;

ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, n. 137/2012;

ORLANDINI G., *Il distacco transnazionale*, in AIMO M., IZZI D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, 640 ss.;

ORRÙ T., *Appalto e somministrazione di lavoro. Codatorialità e tecniche di tutela*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2014, I, 143 ss.;

PAPARELLA F., voce *Accollo* (dir. trib.), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, I, 1 ss.;

PERULLI A., *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 83 ss.;

PINTO V., *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 55 ss.;

PIRAINO F., *L'inadempimento dello stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 3, 707 ss.;

POLINSKY A. M., *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies*, W.P. National Bureau on Economic Research, n. 463/1980;

RAIMONDI E., *La garanzia dei crediti dei lavoratori negli appalti*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2012, 2, 226 ss.;

RATTI L., *La codatorialità come rimedio: profili comparati e prospettiva nazionale*, in M. T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alla rete di impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015, 153 ss.;

RAUSEI P., *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2007, 44, 2628 ss.;

RAVAZZONI A., voce *Fideiussione*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. civile, Utet, Torino, 1992, VIII, 254 ss.;

RAZZOLINI O., *Lavoro e decentramento produttivo nei gruppi di impresa*, in M. AIMO e D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 678 ss.;

RAZZOLINI O., *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 29 ss.;

RESCIGNO P., voce *Accollo*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civile, Utet, Torino, 1987, I, 40 ss.;

RESCIGNO P., voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, XI, 1962, XX;

RESCIGNO, P. *Studi sull'accollo*, Giuffrè, Milano, 1958;

RIVERSO R., *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 10, 853 ss.;

ROGERS B., *Toward third-party liability for wage theft*, in *Berkley Journal of employment & labor law*, 2010, 31, 1 ss.;

ROLFI F., *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giurisprudenza di merito* 2007, 2, 555 ss.;

RUBINSTEIN M. H., *Employees, Employer and Quasi-Employers: an Analysis of Employees an Employers Who Operate in the Borderland Between an Employer-and*

Employee Relationship, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2012, 14, 605 ss.;

RUBINO D., *Delle obbligazioni in solido. Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili: artt. 1285-1320*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, 1957, 129 ss.;

SGROI A., *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, WP Adapt 2008, n. 58;

SPEZIALE V., *Appalti e trasferimento d'azienda*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT n. 41/2006;

SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, n. 94/2010;

SPEZIALE V., *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il D. Lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2006, I, 3 ss.;

SPEZIALE V., *Gruppi di impresa e codatorialità: introduzione a un dibattito*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, 1, 3 ss.;

STEFINI U., *La solidarietà nella delegazione, nell'espromissione e nell'accollo cumulativi*, in *Contratto e impresa* 2014, 3, 674 ss.;

STEFINI U., *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contratto e impresa* 2014, 2, 266 ss.;

STELLA RICHTER G., *Delle obbligazioni in solido*, in C. RUPERTO (a cura di), *La Giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, Milano, 2012, IV, 958 ss.;

TALAMANCA M., voce Fideiussione (parte storica), in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, XVII, 322 ss.;

TIRABOSCHI M., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 225 ss.;

TIRABOSCHI M., *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio: un processo di liberalizzazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2006, 4, 477 ss.;

TIRABOSCHI M., *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999;

TOSI P., *"Appalto di opere o di servizi" e solidarietà dopo la l. n. 92/2012*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2012, 10, 977 ss.;

TRIVELLONI S., voce *Fideiussione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Utet, 1989, XIV (appendice di aggiornamento), 1 ss.;

TRIVELLONI S., voce *Accollo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, I, postilla di aggiornamento, *ivi*, 1 ss.;

TURSI A., VINCENTI P.C., RAIMO B., *Il nuovo mercato del lavoro dopo la legge Giovannini. Commento organico alla legge 9 agosto 2013, n. 99. L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori alla luce della sentenza n. 231/2013 della Corte Costituzionale*, Dike, Roma, 2013, 127 ss.;

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro*, CEDAM, Padova, 2004;

VARVA S., *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. AIMO e D. IZZI, (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, 194 ss.;

VENTURI D., *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *Diritto Relazioni Industriali*, 2010, 3, 836 ss.;

VETTOR T., *Lavoro e immigrazione irregolare nel d. lgs. n. 109 del 2012*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2012, 3, 38 ss.;

ZANELLI P., voce *Decentramento produttivo*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. comm., Utet, Torino, 1989, IV, 226 ss.;

ZATZ N. D., *Working Beyond the Reach or Grasp of Employment Law*, in BERNHARDT A., BOUSHEY H., DRESSER L., TILLY C., *The Gloves-off Economy: Problems and Possibilities at the Bottom of America's Labor Market*, 2008, Labor and Employment Relations Association, 31 ss.;

ZILIO GRANDI G., SFERRAZZA M., *Solidarietà e tutele nell'intermediazione del lavoro*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, 1, 129 ss.;

ZOLI C., *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, 2010, 487 ss.;

