

Con l'avvenuta conversione del **d.l. n. 25/2017**, ieri al Senato, il Governo ha abrogato la natura sussidiaria del vincolo obbligatorio nonché la facoltà derogatoria del medesimo ad opera della **contrattazione collettiva nazionale**, con ciò evitando la celebrazione del referendum indetto per la fine di maggio ed il suo (temuto) esito. Accanto alla finalità immediata del predetto atto governativo, è possibile scorgerne un'ulteriore, relativa alla **tecnica di regolazione** degli appalti prescelta.

Infatti, per quanto in apparenza limitato a definire l'assetto di interessi, obblighi e diritti delle parti toccati dalla scelta datoriale tra acquisire all'esterno l'opera e/o il servizio ovvero provvedervi direttamente, l'**art. 29, c. 2, d. lgs. n. 276/2003**, ospita la preferenza per un **modello regolatorio** ben definito. In particolare, onerando ciascun attore della filiera negoziale dell'assolvimento del debito retributivo e/o contributivo nascente dall'appalto, la citata norma adotta uno **schema legislativo di tipo risarcitorio**, caratterizzato dalla «moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità», com'è stato efficacemente evidenziato (M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, 118-119).

In base a tale tecnica di disciplina delle esternalizzazioni, **la presenza di più soggetti beneficiari**, a vario titolo e secondo differenti modalità, delle prestazioni lavorative, implica un **loro coinvolgimento immediato** qualora il datore di lavoro non paghi il dovuto. L'abrogazione del beneficio di preventiva escussione, infatti, permette ora al lavoratore e/o all'ente previdenziale o assicurativo di azionare il proprio credito direttamente verso il vertice della filiera contrattuale, senza dover attendere l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'obbligato principale. Per l'effetto, è possibile intravedere in questo schema una forma di **responsabilità di tipo oggettivo**, in capo al committente e/o appaltante/subappaltante, posto che, ricorrendo determinati presupposti normativi - l'inadempimento datoriale e la commissione dell'opera e/o del servizio -, scatta la responsabilità solidale, senza alcuna possibilità di evitarla ad opera del coobbligato.

Accanto all'esposta **soluzione**, ne sussiste un'altra di **tipo preventivo**, per la quale il debito retributivo e/o contributivo, in luogo di esser garantito aumentando il numero dei soggetti chiamati a risarcirlo - i debitori, appunto -, è evitato tramite il **ricorso** alla **diligenza** dell'esternalizzante,

ovverosia responsabilizzando in modo qualificato il committente e/o appaltante/subappaltante, il quale può quindi sottrarsi al vincolo obbligatorio assumendo contegni che assicurino l'adempimento datoriale. Un esempio di detta tecnica regolatoria è ravvisabile nell'art. 12, paragrafo 5, direttiva 2014/67/UE sul distacco comunitario in una prestazione di servizi, per il quale «Gli Stati membri possono, nei casi di cui ai paragrafi 1, 2 e 4 (responsabilità solidale da subcontratto, ndA), prevedere che il contraente che abbia assunto gli obblighi di diligenza definiti dal diritto nazionale non sia responsabile».

Benché il predetto art. 12 lasci liberi, a determinate condizioni, gli Stati membri di disciplinare in modo più severo il vincolo solidale (paragrafo 4), occorre notare come proprio il **sistema di due diligence** costituisca un **efficace strumento di regolazione** delle catene negoziali: in questo senso depone il considerando 37 dell'atto normativo in parola, alla cui stregua «Gli Stati membri che hanno introdotto misure per conformarsi alle norme applicabili nei casi di subcontratto a catena dovrebbero avere la possibilità di stabilire che un (sub)contraente non sia responsabile in circostanze specifiche o che la responsabilità possa essere limitata nel caso in cui siano state adottate misure di dovuta diligenza da parte del (sub)contraente. Tali misure dovrebbero essere definite dal diritto nazionale tenendo conto delle circostanze specifiche dello Stato membro in questione, e possono comprendere fra l'altro misure adottate dal contraente in merito alla documentazione comprovante il rispetto degli obblighi amministrativi e delle misure di controllo necessari per assicurare l'effettiva vigilanza sul rispetto delle norme applicabili in materia di distacco dei lavoratori».

Ciascun modello presenta vantaggi e limiti, rispondendo a beni giuridici specifici: nel merito, la tecnica regolatoria di **tipo risarcitorio** privilegia i **crediti** dei **lavoratori** impiegati negli appalti e degli **enti** previdenziali ed assicurativi, la soddisfazione dei quali è così decisiva e dirimente da implicare il contemporaneo interessamento di tutti gli attori della catena contrattuale, prescindendo dalla loro colpa, negligenza e/o partecipazione diretta all'inadempimento datoriale. Al contempo, la contemporanea **proliferazione** di **figure debitorie** può **scoraggiare il ricorso** al **negozio** giuridico **tipico** - magari utilizzando per finalità elusive di obblighi normativi altri contratti affini all'appalto, stante la maggioritaria interpretazione in senso restrittivo dell'ambito applicativo del vincolo obbligatorio -, non mancando altresì di determinare un appesantimento dei rapporti tra imprenditori, per definizione ispirati all'elasticità negoziale.

D'altro canto, il **modello di ispirazione preventiva** esalta maggiormente le **esigenze di flessibilità e/o agilità nei rapporti fra imprese, circoscrivendo la solidarietà** per l'inadempimento datoriale a *quell'imprenditore* - e non a *tutti* i soggetti presenti nella filiera - che **non ha usato la diligenza necessaria e dovuta** per la verifica dell'avvenuto versamento delle retribuzioni e/o dei contributi. Nondimeno, una certa **indeterminatezza su cosa, quando, come e quanto verificare**, in capo all'obligato in solido, può rendere il ricorso a tale modello indeterminato ed incerto in relazione alle conseguenze dei comportamenti diligenti.

In ottica sistematica, entrambi i paradigmi sono assimilabili a quanto è stato autorevolmente proposto per la responsabilità civile: infatti, la tecnica regolatoria di tipo risarcitorio è affiancabile al modello della **cd. prevenzione specifica**, che attribuisce le conseguenze del fatto - in quel caso l'evento lesivo, nel nostro l'inadempimento datoriale - al **soggetto più affidabile economicamente** (metodo della cd. tasca profonda), ovvero fraziona il rischio fra tutti i consociati, nel nostro caso i soggetti della filiera negoziale. Viceversa, la tecnica regolatoria di tipo preventivo è accostabile al modello della **cd. prevenzione generale**, che affida alla **logica del mercato** l'individuazione del soggetto che, nel rapporto costi-benefici, può meglio realizzare l'obiettivo, ovvero sia evitare/ridurre l'evento lesivo o l'inadempimento datoriale (G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè 2015, ristampa inalterata, 63 ss. e 103 ss.).

Nulla vieta che un ordinamento giuridico ospiti entrambe le soluzioni regolatorie, come accade proprio in Italia, in cui, accanto all'impostazione risarcitoria nell'appalto delineata dall'art. 29, c. 2, d. lgs. n. 276/2003 - come emersa dall'ultimo intervento normativo -, sussiste l'opzione legislativa di tipo preventivo per l'esecuzione del contratto di trasporto merci per conto terzi, di cui all'art. 1, c. 246-247, l. n. 190/2014, per quanto sia arduo individuare, a prima vista, la *ratio* di un differente trattamento tra figure contrattuali tra loro piuttosto affini.

Probabilmente, un **assetto regolatorio efficace**, in grado di soddisfare i crediti dei lavoratori e degli enti senza tuttavia paralizzare e/o condizionare eccessivamente le scelte imprenditoriali, richiederebbe l'**alternanza e/o l'integrazione di un'impostazione risarcitoria con una di tipo preventivo**, individuando lo strumento di volta in volta capace di realizzare l'obiettivo, non essendo sempre possibile stabilire *a priori* il modello più idoneo. Per esempio, nel caso di

esecuzione di opere e/o servizi eseguiti in determinati settori produttivi a forte rischio di occupazione irregolare e/o di lavoratori extracomunitari e/o senza regolare permesso di soggiorno, l'impostazione di tipo risarcitorio potrebbe rivelarsi inefficace in ragione del tempo comunque necessario all'accertamento del credito inadempito ed alla conseguente escussione patrimoniale dell'obbligato in solido. Viceversa, un'opzione di tipo preventivo potrebbe riscuotere miglior sorte, nei fatti anticipando il coinvolgimento del terzo ad una fase precedente, in cui il fatto dell'inadempimento può ancora esser evitato.

Tale impostazione, tuttavia, richiederebbe **una profonda riflessione** – allo stato svolta soltanto a livello embrionale, quando non del tutto disattesa – **sulle potenzialità e sui limiti del vincolo solidale** nell'ottica della promozione dell'osservanza normativa nelle filiere negoziali, che sappia misurare l'efficacia di un modello regolatorio alla luce dell'obiettivo da perseguire (cfr. D. Izzi, *La promozione della regolarità negli appalti attraverso la responsabilità solidale per i crediti da lavoro: sperimentazioni concluse e in corso*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro* 2016, 4-5, 810 ss.). L'impegno non è dei più semplici, ma appare **ineludibile nell'elaborazione di una solida ed utile proposta regolatoria** della complessità degli interessi emergenti nei fenomeni di *outsourcing*.

Giovanna Carosielli

Funzionario ispettivo ITL Bologna (*)

 [@GiovCarosielli](https://twitter.com/GiovCarosielli)

() Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autrice e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.*

Scarica il **PDF** 