



Associazione per gli Studi internazionali e comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

Obbligazione contributiva e responsabilità solidale

ANTONINO SGROI

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Appalto e tutela dei lavoratori nel codice civile. – **3.** La disciplina in tema di intermediazione di manodopera e appalto introdotta dal legislatore del 1960. – **3.1.** La giurisprudenza in tema di individuazione del datore di lavoro obbligato ad assolvere l'obbligo contributivo in ipotesi di intermediazione illecita di manodopera. – **4.** Appalto, distacco e somministrazione nel decreto delegato del 2003. – **4.1.** Profili generali. – **4.2.** La somministrazione. – **4.2.1.** Somministrazione lecita e solidarietà. – **4.3.** Somministrazione illecita. – **4.4.** Somministrazione irregolare. – **4.5.** Interposizione fraudolenta. – **4.6.** L'appalto. – **4.6.1.** Appalto e solidarietà. – **4.7.** Appalto non genuino. – **4.8.** Distacco non genuino. – **5.** La responsabilità solidale fra appaltatore e subappaltatore.

Working Paper n. 58/2008

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

1. Premessa

Secondo quanto evidenziato dalla dottrina più avvertita il disvalore dell'ordinamento nella scissione fra utilizzazione del lavoro e titolarità è insito nell'invenzione stessa del concetto di subordinazione e, in questo quadro, a nulla rileva l'abrogazione della l. 23 ottobre 1960, n. 1369, in tema di divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e servizi¹.

È attraverso la menzionata norma del codice civile – e dunque prima ed oltre il divieto di interposizione – che prende capo la regola generale che preclude forme di organizzazione del lavoro in cui l'effettivo utilizzatore della prestazione non coincida con il titolare del rapporto di lavoro ovvero – il ché è eguale – quella che esclude che l'acquisizione di energie lavorative possa svincolarsi dall'impiego dello strumento giuridico che è appellato “contratto di lavoro subordinato” e che è tuttora descritto dal codice civile² e che rappresenta, nonostante qualsivoglia tentativo di riduzione, la categoria maggiormente utilizzata³. All'interno di questa ricostruzione si pone anche l'istituto della somministrazione, con la conseguenza che il bilanciamento delle ragioni dell'impresa con quelle del lavoro intanto è conforme all'art. 41 Cost. in quanto si caratterizza come eccezione rispetto alla regola della necessaria inerenza del rapporto di lavoro alla struttura produttiva nel cui contesto si inserisce e che ne beneficia, tuttora predisposta dall'art. 2094 c.c.⁴.

2. Appalto e tutela dei lavoratori nel codice civile

Come noto la disciplina dettata dal legislatore del 1942 in tema di contratto di appalto dedica alla tutela dei lavoratori l'art. 1676 c.c., norma eccezionale e non estensibile analogicamente e che, infine, non detta alcuna disciplina afferente alla posizione degli enti previdenziali, né al recupero della contribuzione omessa da parte dell'appaltatore con riguardo ai propri dipendenti, con la conseguenza pertanto che l'azione riconosciuta a costoro dovrebbe essere limitata al recupero della retribuzione spettante, ivi compresa la contribuzione previdenziale posta a loro carico.

Si osservi ancora, da ultimo, che di una disposizione di tal fatta se ne potrebbe predicare l'applicazione anche in favore dei lavoratori a progetto, lavoratori la cui posizione economica e previdenziale è più vicina ai lavoratori subordinati piuttosto che ai lavoratori autonomi.

Per quel che interessa in questa sede, con riguardo alla menzionata disposizione è sufficiente evidenziare che, in forza di essa, si riconosce in capo ai dipendenti dell'appaltatore di proporre un'azione speciale 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 domanda⁵.

3. La disciplina in tema di intermediazione di manodopera e appalto introdotta dal legislatore del 1960

La predetta azione diretta spetta a qualsiasi dipendente dell'appaltatore, qualunque sia stata la natura e la durata delle funzioni, comprendendovi pertanto sia gli operai sia gli impiegati, a condizione, però, che l'attività lavorativa sia stata prestata in quel determinato appalto.

La medesima regola si applica altresì ai dipendenti del subappaltatore i quali hanno l'azione diretta verso l'appaltatore nei limiti del debito di questi verso il subappaltatore, perché anche il subappalto è un appalto⁶.

La richiesta di pagamento può essere fatta anche con domanda stragiudiziale, non apparendo necessaria la promozione di un'azione giudiziaria. Dal momento di tale richiesta il committente non può pagare all'appaltatore e se lo fa il pagamento è valido ed efficace nei confronti di questi, rimanendo priva di efficacia nei confronti del lavoratore, con la conseguenza che permane in capo al committente l'obbligo di pagare quanto dovuto al lavoratore.

L'art. 1 della l. n. 1369/1960 introduce il divieto generale di interposizione illecita di manodopera, considerando appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto, subappalto, anche per esecuzione di opere e di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso sia corrisposto un compenso all'appaltante (commi 1 e 3).

A sua volta l'art. 3 introduce una deroga al precitato divieto, consentendo appalti di opere o servizi, da eseguirsi nell'interno dell'azienda con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore (comma 1).

Infine il successivo art. 5 preclude l'applicazione della regola derogatoria di liceità degli appalti endoaziendali, facendo riespandere tale regola derogatoria per determinate ipotesi (lett. *f* e *g*), previa autorizzazione amministrativa, o nell'esistenza di determinati caratteri di svolgimento dell'appalto (lett. *e* e *h*).

Il legislatore ha, con riguardo alle regole generali fissate dagli artt. 1 e 3, individuato gli effetti scaturenti dall'applicazione delle medesime.

Con riguardo all'ipotesi delineata dall'art. 1 si fissa la regola che i prestatori di lavoro sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni (ultimo comma).

A sua volta, l'art. 3, con riguardo agli appalti endoaziendali, prevede che appaltanti e appaltatori siano tenuti in solido nei confronti dei lavoratori dipendenti da questi ultimi:

- a) a corrispondere un trattamento minimo inderogabile retributivo;
- b) ad assicurare un trattamento normativo non inferiore a quello spettante ai lavoratori dipendenti dell'appaltante;

3.1. La giurisprudenza
in tema
di individuazione
del datore di lavoro
obbligato ad assolvere
l'obbligo contributivo
in ipotesi
di intermediazione
illecita di manodopera

c) a provvedere all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi in materia di previdenza e assistenza.

Per quel che riguarda il profilo previdenziale, per la prima volta, innovativamente, il legislatore, limitatamente agli appalti endoaziendali, pone a carico non solo dell'appaltatore ma anche dell'appaltante l'obbligo di pagare gli oneri previdenziali in favore dei lavoratori dell'appaltatore.

In questa sede è opportuna una breve digressione afferente all'individuazione del soggetto obbligato al pagamento della contribuzione previdenziale e assistenziale in ipotesi di intermediazione illecita di manodopera (art. 1, ultimo comma).

Sino all'ottobre 2006 una parte della giurisprudenza di legittimità aveva acceduto a una ricostruzione secondo la quale i lavoratori, se pure sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze di chi ne abbia utilizzato le prestazioni, possono richiedere comunque l'adempimento degli obblighi previdenziali al datore di lavoro interposto.

La Suprema Corte, con decisione resa, a sezioni unite, il 26 ottobre 2006, n. 22910⁷, accedendo a diversa opzione interpretativa, ha ritenuto che esclusivamente sull'appaltante (o interponente), e non anche sull'appaltatore (o interposto), gravano gli obblighi in materia di assicurazioni sociali nati dal rapporto di lavoro, senza che possa configurarsi una concorrente responsabilità di quest'ultimo.

Ciò detto, la Corte riconosce sempre la possibilità, nel caso che il prestatore di lavoro subisca un deterioramento della propria posizione, di agire nei confronti dell'interponente (appaltante/committente) con un'autonoma azione che, in presenza di una condotta produttiva di danni per il lavoratore, trova fondamento in un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.).

Questa affermazione, applicabile alla posizione degli enti previdenziali, conduce a ritenere che anche per costoro operi tale possibilità, nei limiti e secondo le regole della responsabilità aquiliana e a decorrere dal momento in cui si è prodotto il danno.

Ma la Suprema Corte, in questa decisione, non ferma la sua attenzione solo sulla legge passata, ormai abrogata, ma si spinge a esaminare la disciplina in materia di somministrazione e distacco introdotta con il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, ritenendo che la disciplina in questione, pur presentandosi come un'innovazione – seppure rilevante per le implicazioni di carattere tecnico sulla sistemazione dogmatica del rapporto di lavoro –, si configura anche nell'attuale assetto normativo come un'eccezione, non suscettibile né di applicazione analogica né di interpretazione estensiva, sicché allorquando si fuoriesce dai rigidi schemi voluti dal legislatore per la suddetta disarticolazione si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro come avvie-

ne in ipotesi di somministrazione irregolare *ex art. 27*, o di comando posto in violazione di tutto quanto prescritto dall'art. 30; fattispecie che continuano ad essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione⁸.

Una volta acclarato che il datore di lavoro è quello vero, con riguardo al profilo previdenziale resta, in questa sede, da chiedersi quale sia il valore degli eventuali versamenti fatti dal datore di lavoro apparente e se gli stessi possano essere utilizzati dal datore di lavoro reale per ridurre o eliminare il proprio debito.

La Suprema Corte, può dirsi ormai con giurisprudenza costante, ha ritenuto che in ipotesi di interposizione nelle prestazioni di lavoro non è configurabile una concorrente obbligazione del datore di lavoro apparente con riferimento ai contributi dovuti agli enti previdenziali, rimanendo tuttavia salva l'incidenza soddisfattiva dei pagamenti eventualmente eseguiti da terzi, ai sensi dell'art. 1180 c.c., comma 1, nonché dallo stesso datore di lavoro fittizio, senza che abbia rilevanza la consapevolezza dell'altruità del debito, atteso che nell'ipotesi di pagamento indebito dal punto di vista soggettivo il coordinamento tra gli artt. 1180 e 2036 c.c. porta a ritenere che sia qualificabile come pagamento di debito altrui, ai fini della relativa efficacia estintiva dell'obbligazione (con le condizioni di cui al comma 3 dell'art. 2036 c.c.), anche il pagamento effettuato per errore (da ultimo, Cass. 26 maggio 2008 n. 13548).

Il pagamento da parte del datore di lavoro apparente avrà effetto estintivo, totale o parziale, a seconda della sua entità e del regime contributivo del rapporto di lavoro effettivo e di quello apparente (Cass. 15 gennaio 2008 n. 657).

4. Appalto, distacco e somministrazione nel decreto delegato del 2003

4.1. Profili generali

Il contratto di somministrazione, il contratto di appalto e il contratto di distacco rappresentano uno strumento di esternalizzazione dell'attività di impresa.

Il contratto di somministrazione e il contratto di distacco configurano ipotesi di interposizione nel rapporto di lavoro, anche se si differenziano tra loro sotto l'aspetto dell'interesse del datore di lavoro interposto.

In particolare nel contratto di somministrazione l'interesse è raffigurato nel compenso per la fornitura del personale, mentre nel distacco l'interesse del datore di lavoro distaccante e la temporaneità sono elementi significativi per la validità dell'istituto che non è caratterizzato dal percepimento da parte del distaccante di un compenso⁹.

Il distacco (art. 30) è una forma di somministrazione non esercitata professionalmente, ma posta in essere da qualsiasi datore di lavoro, purché in via temporanea e per soddisfare un proprio interesse¹⁰.

Il contratto di appalto (art. 29) si distingue dalla somministrazione di lavoro in virtù dell'oggetto:

- nel primo caso, l'appaltatore fornisce al committente/appaltante un'opera o un servizio, che realizza tramite la propria organizzazione di uomini e mezzi (obblighi di fare) e correndo il rischio di non coprire con i ricavi i costi dell'attività (rischio d'impresa);

- nel secondo caso, invece, il somministratore si limita a fornire lavoro senza alcuna implicazione di un'organizzazione, si limita cioè a inviare il lavoratore da lui assunto al terzo, che lo utilizzerà secondo le proprie esigenze (obblighi di dare)¹¹.

La disposizione dell'art. 29 è confermativa di quanto stabilito dall'art. 1655 c.c., anche se le due disposizioni non sono identiche: infatti nell'art. 29 si presuppone, per l'appaltatore, la qualità di imprenditore, qualità non prevista espressamente nell'art. 1655 c.c.¹².

4.2. La somministrazione

È stato rilevato che, a fronte dell'esplicita abrogazione della l. n. 1369/1960, l'impianto normativo della c.d. Legge Biagi sostanzialmente riecheggia le tre fattispecie regolate dalla legge del 1960.

Nello specifico:

- l'interposizione illecita di manodopera (art. 1, l. n. 1369/1960) rinviene il suo omologo nelle ipotesi di somministrazione illecita di cui agli artt. 18, 27 e 28;

- gli appalti endoaziendali di cui all'art. 3 della legge del 1960, appalti su cui si radicava la solidarietà appaltante/appaltatore, trovano la loro corrispondente disciplina sia nella disciplina intermedia della l. 24 giugno 1997, n. 196, artt. da 1 a 9, sia nella vigente normativa dedicata alla somministrazione (artt. da 20 a 26);

- gli appalti leciti ai sensi dell'art. 5 della l. n. 1369, ovvero sia le ipotesi regolari di contratti di appalto, trovano la loro corrispondenza nell'appalto di servizi dell'art. 29¹³.

La fattispecie lecita di somministrazione si compone di due contratti, il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro subordinato, possiede determinati requisiti soggettivi e oggettivi, in difetto dei quali si ricade nell'area dell'illecito e scattano, simultaneamente o separatamente, una sanzione civile (art. 27), una sanzione penale (art. 18) e una sanzione amministrativa (art. 18.3).

Sono proprio le citate norme sanzionatorie che denotano chiaramente che la somministrazione di lavoro non è, neppure nel

4.2.1. Somministrazione
lecita e solidarietà

nuovo sistema, libera, ma ammessa a condizione che siano rispettate le regole. Con la conseguenza che, come detto nelle pagine iniziali di questo scritto, il contratto avente a oggetto il lavoro altrui rimane, anche nel nuovo sistema, vietato¹⁴.

La somministrazione lecita, in questo quadro ricostruttivo, si pone pertanto in rapporto di *genus ad speciem* rispetto all'interposizione illecita; di quest'ultima ha tutti gli elementi qualificanti, sottraendosi al giudizio di illiceità a motivo dell'esistenza dei connotati specializzanti di legge, ovverosia: gli attributi soggettivi e oggettivi e le condizioni formali e sostanziali imposte imperativamente¹⁵.

Il contratto di somministrazione, al pari del contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196/1997, è il contratto che regola la fornitura di prestazioni di lavoro da un soggetto, somministratore, a un soggetto, utilizzatore, in vista di esigenze lavorative di quest'ultimo¹⁶; nel contratto di somministrazione – osserva altro Autore – ciò che conta è la genuinità della natura imprenditoriale retrostante del somministratore di manodopera, che prepara e rende possibili le mere prestazioni lavorative da parte dei lavoratori somministrati¹⁷.

L'art. 23.3 prevede che l'utilizzatore sia obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali.

Il comma 1 del medesimo articolo prevede, a sua volta, che i lavoratori dipendenti del somministratore abbiano diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte.

Il successivo comma 6, nel caso in cui l'utilizzatore adibisca il lavoratore a mansioni superiori o comunque mansioni non equivalenti a quelle dedotte nel contratto, prevede che di tale difformità nell'espletamento del rapporto di lavoro l'utilizzatore ne debba dare immediata comunicazione scritta al somministratore, consegnandone copia al lavoratore medesimo. Allorché l'utilizzatore non abbia adempiuto a tale obbligo di comunicazione, nel rispetto delle forme dal legislatore medesimo delineate, l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni superiori.

Le disposizioni dinanzi sommariamente delineate, ivi compreso l'obbligo solidale e la sua *rottura* nell'ipotesi delineata dal comma 6, si devono connettere, per quel che attiene al profilo previdenziale, con le disposizioni dettate nel successivo art. 25, articolo esplicitamente dedicato agli aspetti previdenziali nel contratto di somministrazione.

4.3. Somministrazione illecita

Il comma 1 di quest'ultimo articolo dispone che gli oneri contributivi previdenziali, assicurativi ed assistenziali siano a carico del somministratore che è inquadrato nel settore terziario.

La disposizione così congegnata non ci dice però se siffatto obbligo contributivo rimane a carico del somministratore anche quando il lavoratore è stato utilizzato con modalità difformi e senza che ne sia data informazione, secondo le note modalità, al somministratore.

Pare si possa affermare che in questa ipotesi l'obbligo contributivo si radichi esclusivamente in capo all'utilizzatore, soggetto che pertanto dovrà direttamente pagare la contribuzione previdenziale dovuta secondo l'inquadramento dello stesso e nel rispetto della contrattazione collettiva nazionale che applica ai propri lavoratori.

L'onere esclusivo a carico dell'utilizzatore dovrebbe riguardare solo il differenziale contributivo e non l'importo regolarmente pagato a titolo di contribuzione da parte del somministratore.

All'opposto se vi è stata regolare comunicazione si dovrà concludere che resta fermo l'obbligo solidale e il pagamento degli oneri contributivi da parte del somministratore secondo la regola generale.

La somministrazione sarà illecita, anzi "irregolare", sul versante civilistico (art. 27), nelle ipotesi previste dal citato articolo.

Di somministrazione illecita si tratterà anche e soprattutto quando sia stipulato e adempiuto un simulato contratto di appalto con un soggetto non autorizzato, per dissimulare un reale contratto di somministrazione¹⁸.

Nell'ambito della somministrazione illecita lo stesso legislatore del d.lgs. n. 276/2003 ritaglia *ex novo* una specifica figura, quella della somministrazione fraudolenta, fatta oggetto di distinta e incisiva sanzione penale.

La somministrazione fraudolenta sorge quando non solo siano integrati gli elementi della somministrazione illecita, ma si riscontri il dolo specifico «di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore»¹⁹.

La distinzione fra somministrazione irregolare e fraudolenta è stata introdotta con l'intendimento originario di differenziare nettamente le sanzioni civili applicabili nei due casi, secondo il modello francese: annullabilità su iniziativa del lavoratore interessato nel primo caso; nel secondo nullità (quando il contratto è stato stipulato per una finalità fraudolenta comune alle parti, *ex artt. 1344 e 1418.2 c.c.*)²⁰.

Pare che, come osservato da parte della dottrina, il binomio somministrazione irregolare/fraudolenta costituisca un tentativo maldestro di introdurre distinzioni giuridiche incompatibili con il quadro complessivo: ciò vale per l'idea che la somministrazione

4.4. Somministrazione irregolare

irregolare possa essere appaiata a una sorta di annullabilità e quella fraudolenta a una sorta di nullità.

Il discorso non regge: il contratto di somministrazione non conforme alle regole è nullo per contrarietà a norma imperativa e dunque quella che è qualificata come mera irregolarità è una *species* del *genus* nullità.

In questo quadro la somministrazione fraudolenta appare come un inutile doppione della disciplina sanzionatoria della somministrazione irregolare.

Se infatti della nozione di frode alla legge si dà un'accezione oggettiva, sfuma l'autonomia concettuale fra le due situazioni, dal momento che sempre e comunque la somministrazione irregolare ha la funzione di eludere la disciplina garantistica²¹.

L'art. 27.1 riconosce in capo al lavoratore il potere di agire per la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione.

In questa ipotesi tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, sono idonei a liberare l'utilizzatore, reale datore di lavoro, dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata (art. 27.2, I periodo).

La questione giuridica da risolvere, per quel che può rilevare in questa sede, attiene all'esclusività o meno di siffatto potere in capo al lavoratore, ovvero se altri soggetti, fra i quali si annoverano gli enti previdenziali, potranno far valere tale vizio del contratto di somministrazione.

Pare che si possa accedere a quell'opzione ermeneutica secondo la quale il regime di annullabilità su iniziativa esclusiva del lavoratore sia applicabile soltanto nel caso, del tutto residuale, di contratto stipulato correttamente in forma scritta, con tutte le indicazioni di cui all'art. 21, ultimo comma, da somministratore debitamente autorizzato, ma in violazione di uno dei divieti di cui al comma 5 dell'art. 20, lett. *b* o *c*.

Si deve invece ritenere di essere davanti a un'inevitabile nullità di tutti i contratti stipulati con un somministratore non debitamente autorizzato, nonché l'inevitabile nullità (originaria o sopravvenuta nel corso dello svolgimento del rapporto) dei contratti con somministratore debitamente autorizzato ma stipulati o attuati al di fuori dei casi o in difetto delle ragioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 20²².

Si può ritenere che il potere riconosciuto al solo lavoratore attiene alla disciplina degli obblighi tra le parti; nulla impedisce tuttavia che per altri effetti l'accertamento dell'irregolarità della somministrazione sia promosso da altri soggetti. Con la conseguenza pertanto che l'accertamento dell'irregolarità della somministrazione, così come dell'illiceità dell'interposizione sotto

forma di (non genuino) appalto, sub-fornitura, potrà comunque avvenire anche su richiesta degli enti previdenziali, su azioni delle OO.SS. interessate²³.

Chi ha affrontato la questione dal solo versante previdenziale ha ritenuto che dal momento che il titolare del rapporto contributivo è l'Inps, al quale – al pari di tutti i soggetti titolari di diritti – non può essere sottratto il diritto di agire per l'adempimento delle proprie pretese creditorie, la lettura del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 27 costituisce un decisivo argomento a favore della tesi che ammette anche per l'ente previdenziale la possibilità di far accertare in giudizio l'irregolarità di un contratto di somministrazione e di agire per le eventuali differenze contributive dovute nel caso di riconoscimento giudiziale del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore²⁴.

Altro Autore, aderendo anch'egli alla tesi qui accolta sempre con riguardo al versante degli enti previdenziali, osserva altresì che il divieto di interposizione continua ad esistere, ed i servizi ispettivi costituiscono l'insostituibile presidio finalizzato al contrasto di questo fenomeno di sfruttamento di lavoro e di evasione fiscale e contributiva, ed è evidente che una fattispecie tanto contraria ai principi e all'interesse generale da configurare gli estremi del reato non può essere ricondotta a causa di annullabilità, perché si tratta di un'ipotesi di illiceità della causa del contratto, che civilisticamente non può che dare luogo alla nullità del contratto medesimo; nullità che potrà essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, e quindi anche dagli enti previdenziali, che vantano autonomi diritti di credito scaturenti dalla nullità del contratto²⁵.

Si osservi però che il Ministero del lavoro, nella circolare del 22 febbraio 2005, n. 7, pare escludere un qualsivoglia potere di annullamento del contratto di somministrazione irregolare, con evidenti effetti dirompenti sul sistema previdenziale, in capo ad altri soggetti diversi dal lavoratore.

In entrambe le ipotesi, azione del lavoratore o degli enti previdenziali, l'effetto, una volta accertata l'irregolarità del contratto, è il venir meno del vincolo di solidarietà fra somministratore e utilizzatore, con il sorgere dell'obbligo di pagamento della contribuzione solo in capo all'utilizzatore, nel rispetto della contrattazione collettiva applicabile a questi, nonché l'applicazione della regola giurisprudenziale, nelle pagine precedenti menzionate, in tema di effetto estintivo dell'obbligo contributivo da parte del finto datore di lavoro.

Il legislatore non prevede quale sia l'effetto scaturente dalla declaratoria di frodolenta del contratto di somministrazione; si può affermare che la comminatoria della nullità con conseguente imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore sia desumibile

4.5. Interposizione fraudolenta

dal combinato disposto degli artt. 1344 o 1345 e dell'art. 1418.2 c.c.²⁶.

Effetto di tale soluzione, con riguardo al profilo previdenziale, a parere di chi scrive è quello descritto da ultimo nel precedente paragrafo in ipotesi di somministrazione irregolare, ovvero sia l'imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore, nonché l'utilizzo da parte di questi dei versamenti eventualmente effettuati dal somministratore ai fini del calcolo dell'omissione contributiva dovuta.

4.6. L'appalto

L'art. 29 ha subito numerosi rimaneggiamenti, dei quali, in questa sede, basta rammentare quelli apportati dall'art. 26 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, e dall'art. 1, comma 911, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, Legge Finanziaria per l'anno 2007.

Il comma 1 dell'articolo citato, preliminarmente, elenca gli elementi che distinguono l'appalto dalla somministrazione²⁷ individuandoli:

- nell'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore per eseguire l'opera;
- nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo da parte del datore di lavoro appaltatore nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto;
- nell'assunzione del rischio di impresa in capo all'appaltatore.

L'*elenco della spesa* compiuto dal legislatore delegato rappresenta una ricognizione di parte degli elementi individuati dalla dottrina allorquando si individua la figura codicistica dell'appalto e, certamente, non comporta la possibile esistenza di un contratto di appalto nel caso in cui dovessero mancare gli ulteriori requisiti previsti per l'esistenza del contratto di appalto dal codice civile e di cui nella disposizione in commento non si fa menzione.

Quest'ultima considerazione dovrebbe fra l'altro comportare, con riguardo al profilo qui sommariamente investigato, in ipotesi di inesistenza o nullità del contratto di appalto, che i lavoratori del soggetto che assumeva essere appaltatore siano dipendenti del committente e l'obbligo contributivo e retributivo grava su quest'ultimo.

Secondo la dottrina la *ratio* dell'art. 29 va cercata non tanto nell'indicazione di criteri discretivi fra appalto e somministrazione, quanto nell'intento di stabilire i tratti essenziali dell'appalto rispetto all'interposizione illecita²⁸.

Con l'espressione "potere organizzativo e direttivo" il legislatore ha inteso riferirsi al potere di direzione, nel cui ambito rientrerebbe sia la funzione organizzativa, sia la funzione direttiva.

È dunque necessario:

- in senso positivo (attivo) un "minimo" di organizzazione e di direzione da parte dell'appaltatore;

4.6.1. Appalto
e solidarietà

- in senso negativo (passivo) che i dipendenti dell'appaltatore non debbano essere soggetti al potere direttivo dell'appaltante, al quale compete, peraltro, il diritto di verifica e di controllo, *ex art.* 1622 c.c.²⁹.

Ancora, sempre secondo lo stesso Autore, l'uso della menzionata espressione significa che la sua concreta esistenza rende genuino l'appalto, anche in assenza di mezzi da parte dell'appaltatore, beninteso in presenza di «esigenze dell'opera e del servizio dedotti nel contratto»³⁰.

In ipotesi di appalto genuino, di opere o di servizi, il legislatore introduce un vincolo di solidarietà tra committente imprenditore o datore di lavoro e appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, entro il limite di 2 anni dalla cessazione dell'appalto, per il pagamento in favore dei lavoratori dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti (art. 29.2)³¹.

Il menzionato comma 2, pur a prima vista riproducendo la norma dell'art. 3 della l. n. 1369/1960, riduce in modo significativo le tutele per il lavoratore, configurando una sorta di garanzia fra il menzionato art. 3 e l'art. 1676 c.c.

Si prevede, infatti, una responsabilità solidale fra appaltante e appaltatore per il debito, relativo al solo trattamento retributivo (non più all'intero trattamento economico e normativo *ex art.* 3, l. n. 1369/1960) dell'appaltatore verso il lavoratore (questi non gode più di un diritto alla parità di trattamento con i dipendenti del committente); la solidarietà però si estende a tutto il debito retributivo e contributivo e non è contenuta nei limiti del debito che il committente ha verso l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori al tempo della domanda³².

Il vincolo di solidarietà in commento, come detto, rappresenta l'utilizzo di un modulo legislativo noto al legislatore e con il quale lo stesso vuole rafforzare l'adempimento delle obbligazioni retributive e previdenziali, ponendo a carico del soggetto economico che utilizza lavoratori dipendenti da altro imprenditore il rischio economico di dovere rispondere in prima persona, senza beneficiare nemmeno del beneficio di escussione, delle eventuali omissioni degli imprenditori da lui utilizzati.

Non pare che tale modello, che trovava già cittadinanza nel nostro ordinamento, violi principi costituzionali, dovendosi invece immaginare che proprio tale vincolo di solidarietà assolve al compito di rafforzare la tutela di diritti costituzionali quali quelli prefigurati dagli artt. 36 e 38 Cost.

Con riguardo al predetto vincolo di solidarietà fissato dal legislatore delegato può rilevarsi, in via di prima approssimazione, che:

- il vincolo di solidarietà riguarda tutti i membri della catena

che possono essere solo il committente e l'appaltatore e ai quali possono aggiungersi, se esistenti, gli eventuali subappaltatori;

- soggetti destinatari della disposizione sono anche gli enti pubblici che stipulano appalti, allorquando i soggetti privati appaltatori non provvedano ad adempiere gli obblighi contributivi posti a loro carico;

- il vincolo di solidarietà non opera allorquando i committenti sono persone fisiche che non esercitano un'attività d'impresa o professionale;

- il vincolo di solidarietà attiene sia all'appalto di opere (menzione introdotta dall'art. 26 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251), sia all'appalto di servizi;

- il vincolo di solidarietà non ha limiti pecuniari, estendendosi all'importo della contribuzione previdenziale dovuta, ivi comprese le sanzioni civili;

- il vincolo di solidarietà viene meno dopo 2 anni dalla cessazione dell'appalto (l'estensione del termine da annuale a biennale è stata operata con l'art. 1.911 della l. 27 dicembre 2006, n. 296), ma si osservi che tale termine opera diversamente se si è davanti a subappaltatori; in questa ipotesi si deve ritenere che il biennio cominci a decorrere dal momento in cui finisce il subappalto.

Delineata sommariamente la disciplina può in questa sede osservarsi ancora che:

- il vincolo di solidarietà attiene a qualsivoglia omissione contributiva posta in essere dall'appaltatore o, se esistente, dal subappaltatore, comprendendosi qualsivoglia forma di contribuzione da versare agli enti esercenti forme di previdenza obbligatoria e, se esistenti, agli enti esercenti forme di previdenza complementare;

- una volta che si accerti l'esistenza del vincolo di solidarietà il committente perde fra l'altro il diritto ad eventuali benefici contributivi di cui ha fruito, dovendosi ritenere che l'omissione contributiva da parte dell'appaltatore o del subappaltatore riverberi effetti indiretti anche sulla posizione previdenziale del committente;

- il termine "lavoratori" potrebbe condurre a ritenere che con esso si individuino non solo i lavoratori subordinati ma, altresì, in una prima progressiva approssimazione i lavoratori a progetto e, in una seconda progressiva approssimazione, i lavoratori in nero;

- il termine di decadenza di 2 anni potrebbe non applicarsi alla contribuzione previdenziale in forza: a) della raffazzonata stesura del comma 2 che, erroneamente, parla di diritto, in capo ai lavoratori a vedersi corrisposti i contributi previdenziali, contributi che, come noto, sono dovuti all'ente previdenziale; b) di quanto affermato dalla Corte di cassazione nella sentenza del 17 gennaio 2007, n. 996³³;

- anche in ipotesi di appalto genuino si deve ritenere applicabile la regola, introdotta esplicitamente solo per le ipotesi di somministrazione irregolare e di appalto nullo, che consente al committente di ridurre la propria esposizione debitoria nei confronti degli enti previdenziali proporzionalmente alle somme pagate dall'appaltatore o dal subappaltatore.

4.7. Appalto non genuino

Il comma 3-*bis*, introdotto dall'art. 6 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, ripropone, anche sul piano testuale, la disposizione dettata dall'art. 27.2 in tema di somministrazione irregolare, ponendosi entrambe le disposizioni in continuità con l'art. 1.5 della l. n. 1369/1960, nella parte in cui ripropongono il dato dell'effettiva utilizzazione quale discrimine fra modelli contrattuali e, a un tempo, criterio di imputazione soggettiva³⁴.

Gli approdi interpretativi sommariamente delineati in queste pagine si ritiene possano essere estesi anche a questa norma.

4.8. Distacco non genuino

Il Ministero del lavoro, con circolare n. 3 del 15 gennaio 2004, ha individuato i requisiti di legittimità dell'istituto nella temporaneità della prestazione presso il distaccatario e nell'interesse legato a esigenze produttive del distaccante.

La responsabilità del trattamento economico e normativo, ivi compreso anche quello previdenziale non espressamente menzionato, a favore del lavoratore è a carico del solo datore di lavoro distaccante.

Anche per l'ipotesi di distacco non genuino, al pari che per l'ipotesi di appalto non genuino, il legislatore ha introdotto, con il d.lgs. n. 251/2004, la regola originariamente prevista per la somministrazione irregolare, valendo, anche per questo caso, gli approdi interpretativi di cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti.

5. La responsabilità solidale fra appaltatore e subappaltatore

La disciplina contenuta nell'art. 35 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, ha introdotto una nuova ipotesi di solidarietà, cumulativa alla solidarietà dell'art. 29.2, fra appaltatore e subappaltatore.

Originariamente tale nuova figura di solidarietà, sempre in ipotesi di appalto e subappalto lecito, era disciplinata dai commi da 28 a 34 dei menzionati articoli, nonché dal d.m. 25 febbraio 2008, n. 74.

Da ultimo è però intervenuto nuovamente il legislatore con il d.l. 3 giugno 2008, n. 97, che, con l'ultimo comma dell'art. 3 ha previsto l'abrogazione dei commi da 29 a 34 dell'art. 35 della legge citata, nonché esplicitamente, senza che ve ne fosse necessità e con dubbia tecnica legislativa, del d.m. n. 74/2008.

In considerazione di quest'ultimo intervento l'unica norma vigente è quella contenuta nel comma 28 dell'art. 35, in forza della quale l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore

dell'effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore.

Si è in presenza di un vincolo di solidarietà che opera esclusivamente fra appaltatore e subappaltatore e che riguarda, nonostante la puntigliosa elencazione del legislatore, tutti i contributi dovuti ad enti previdenziali secondo l'interpretazione data precedentemente alla disposizione dettata dall'art. 29.

Con riguardo poi ai lavoratori tutelati, contrariamente all'ipotesi interpretativa prospettata in relazione all'appalto, il tenore testuale del comma, dove si parla di dipendenti, conduce a concludere che la tutela riguardi esclusivamente i lavoratori dipendenti regolari, non potendosi predicare l'ampliamento del beneficio ai co.co.pro. e ai lavoratori in nero utilizzati dal subappaltatore.

Si noti che, con le disposizioni contenute nei commi ora abrogati, si prevedeva fra l'altro:

- la limitazione del rischio economico scaturente dal vincolo di solidarietà al solo ammontare del corrispettivo dovuto dall'appaltatore al subappaltatore (comma 30);

- l'esclusione della solidarietà allorché l'appaltatore ha dimostrato di avere verificato, prima del pagamento di quanto dovuto e attraverso l'acquisizione della idonea documentazione, il corretto adempimento da parte del subappaltatore di tutti gli oneri fiscali e previdenziali (comma 29, I periodo);

- il potere in capo all'appaltatore di legittimamente sospendere quanto dovuto, sino all'esaurimento di tale compito di vigilanza pubblica assegnatogli dall'ordinamento (comma 29, II periodo).

Orbene a fronte di tale abrogazione si è in presenza di un vincolo di solidarietà senza limiti economici, al pari del vincolo fissato dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, ma anche senza vincoli temporali, con la conseguenza che, diversamente dalla figura di solidarietà delineata dal citato art. 29, la solidarietà del comma 28 rimane sino al momento di prescrizione della contribuzione.

Ancora, al pari della solidarietà dell'art. 29, non vi è possibilità alcuna da parte dell'appaltatore di sottrarsi a tale vincolo di solidarietà.

Infine, il legislatore nulla dice in ipotesi di subappalto illecito, dovendosi pertanto chiedere quale sia la disciplina applicabile nel venir in essere di un'ipotesi siffatta. Si può, con buon grado di approssimazione, invocare, anche per questo caso, l'applicazione delle regole dettate in tema di somministrazione irregolare, con la conseguenza che il rapporto di lavoro è instaurato *ex tunc* con il vero datore di lavoro, ed anche costui, con riguardo al versante previdenziale, potrà beneficiare dei versamenti contributivi effet-

tuati dal falso datore di lavoro.

* *Avvocatura Centrale Inps.*

Il presente scritto costituisce la relazione, integrata e per certi versi modificata, tenuta il 28 maggio 2008 al Forum ANIV 2008 “Sulle attività di vigilanza”, e sarà pubblicato anche in DRI, 2008, n. 3.

¹ O. MAZZOTTA, *L'appalto di lavoro tra vecchie e nuove norme*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema *Lavori flessibili e giurisprudenza*, 31 gennaio-2 febbraio 2007, 8-9.

² O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 10.

³ M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, WP C.S.D.L.E. “M. D’Antona”, 2008, IT, n. 65.

⁴ O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 11.

⁵ sin da ora si veda D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1992, 494

⁶ in questi termini, D. RUBINO, G. IUDICA, *op. cit.*, 496, e ivi, alla nota 4, richiami di giurisprudenza.

⁷ La si veda, fra l'altro, in *ADL*, 2007, II, 1011, con nota di 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 connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico.*

⁸ La Corte fa propria la ricostruzione *retro* menzionata, *sub* § 1, in punto regola/eccezione e che riserva la qualifica di regola di sistema al rapporto di lavoro subordinato.

⁹ C. RUSSO, *La nuova disciplina in tema di appalto e distacco*, in C. RUSSO (a cura di), *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda. Nuova disciplina. Profili contrattuali e previdenziali*, Giappichelli, Torino, 2006, 115-116.

¹⁰ M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II, Ipsoa, Milano, 2004, 17.

¹¹ M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 16; M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La Riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 225.

¹² L. ANGIELLO, *L'appalto di servizi*, in L. GALANTINO (a cura di), *La Riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 327-328.

¹³ A. PALLADINI, *Interposizione illecita e divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro dopo la riforma Biagi*, in *MGL*, 2005, 112; *ante* cfr. C. MAZZAMAURO, *Il contratto di somministrazione*, in *D&G*, 2003, 696.

¹⁴ M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 156.

¹⁵ F. BASENGHI, *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in L. GALANTINO (a cura di), *op. cit.*, 311.

¹⁶ G. NICOLINI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in L. GALANTINO (a cura di), *op. cit.*, 171.

¹⁷ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 317.

¹⁸ M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 16.

¹⁹ M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 17.

²⁰ P. ICHINO, *op. cit.*, 317-318.

²¹ O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 24.

²² P. ICHINO, *op. cit.*, 319.

²³ F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 429. Chieco osserva, parlando della somministrazione irregolare, che ritenere che in presenza di queste violazioni tutto possa continuare come se niente fosse, salvo che il lavoratore promuova l'azione di cui all'art. 27.1, sia insostenibile. Secondo l'Autore infatti ci si trova di fronte a un negozio illecito e illegittimo, e perciò palesemente nullo, la cui persistente vitalità può occasionalmente darsi nella realtà dei fatti materiali, non ancora plasmata dal diritto e dalle sue scelte, ma non certo all'interno dell'ordinamento giuridico che non può coltivare anomalie capaci di minarne sino a tal punto la razionalità (P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore di terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 138-139). Per la ricostruzione del significato da assegnare all'art. 27 si veda anche P. ICHINO, *Prime*

note sulla somministrazione di lavoro nel D. Lgs. n. 276 del 2003, in *GC*, 2004, II, 71, Autore che riconosce come i commi 1 e 2 dell'art. 27 siano tratti senza alcun mutamento da una bozza inviata dallo stesso a Michele Tiraboschi (nota 57). Per l'opzione ermeneutica che esclude la possibilità in capo a terzi, in specie gli enti previdenziali, di agire si veda, da ultimo, R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RGL*, 2008, I, 152-155.

²⁴ F. BORLA, *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro*, in *IPrev*, 2003, 1507.

²⁵ P. CAPURSO, *I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca dell'interposizione illecita perduta*, in corso di pubblicazione in *IPrev*, 2008, per gentile concessione dell'Autore, § 3.

²⁶ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 2004, 318.

²⁷ su questa distinzione e sull'attenzione posta in tutti i casi di attività ad alta intensità di manodopera, per individuare i reciproci spazi di efficacia fra le due figure, all'esercizio del potere direttivo e organizzativo nei confronti dei lavoratori utilizzati, si veda, fra l'altro, P. ICHINO, *Prime note sulla somministrazione di lavoro nel D. Lgs. n. 276 del 2003*, cit., 71.

²⁸ L. ANGIELLO, *op. cit.*, 322.

²⁹ L. ANGIELLO, *op. cit.*, 326.

³⁰ L. ANGIELLO, *op. cit.*, 325.

³¹ Da ultimo sul tema, con intento riepilogativo e prima dell'intervento legislativo del d.l. 3 giugno 2008, n. 97, si veda L. IMBERBI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2008, IT, n. 72.

³² M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 200-201.

³³ La si veda in *RGL*, 2007, I, 544, con nota di P. CAPURSO, *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*.

³⁴ O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 14.