

L'appalto nel diritto del lavoro

di Salvatore Italia

Introduzione

Secondo quanto stabilito dall'art. 41 della nostra Costituzione, *l'iniziativa economica privata è libera*. In linea di principio, a ciò dovrebbe conseguire il diritto dell'imprenditore di organizzare al meglio la propria impresa, senza che le sue scelte possano essere sindacate da alcuno. Tuttavia, quando queste scelte coinvolgono i lavoratori, la libertà dell'imprenditore trova un limite in altre norme costituzionali, quali l'art. 35 e l'art. 36, che garantiscono la protezione del lavoro nell'ambito dei rapporti economici, fissando principi per i quali «il lavoro è tutelato in tutte le sue forme e applicazioni e il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro». Le scelte dell'imprenditore dovranno, quindi, tenere conto dei diritti dei lavoratori e saranno sindacabili dall'autorità giudiziaria in relazione al rispetto di detti diritti.

Tra le scelte finalizzate alla organizzazione produttiva dell'impresa particolare rilievo assume quella dell'appalto, con l'affidamento a terzi dell'incarico di fornire un'opera o un servizio, che l'impresa ritiene non sia praticabile o vantaggioso procurarsi tramite la propria organizzazione. Quanto alla possibile incidenza di tale scelta sui diritti dei lavoratori impiegati nell'appalto, fondamentale è che sia garantito il rispetto dell'art. 2094 c.c., in forza del quale datore di lavoro è l'imprenditore alle dipendenze e sotto la cui dire-

zione il lavoratore effettivamente presta il proprio lavoro. Quando si è in presenza di un appalto genuino, il diritto in questione è rispettato, in quanto la manodopera impiegata nell'appalto è a tutti gli effetti alle dipendenze dell'appaltatore, mentre ciò non avviene nell'interposizione illecita di manodopera, che si realizza quando le prestazioni lavorative vengono utilizzate dal committente a fronte di un'imputazione formale del rapporto di lavoro in capo allo pseudo appaltatore. Al fine di evitare ai danni del lavoratore un trattamento (sia sotto il versante economico che sotto quello normativo) ingiusto perché non corrispondente alle prestazioni rese e non parametrato sulla reale inserzione delle sue prestazioni nell'organizzazione produttiva dell'impresa, vero datore di lavoro dovrà considerarsi quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro (datore apparente) ⁽¹⁾.

Nel diritto del lavoro, la fattispecie è ora regolamentata dall'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (come modificato dall'art. 6 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251), che definisce l'appalto, in contrapposizione alla somministrazione, nei seguenti termini: «il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione del lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servi-

zio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa».

Oltre a detta disposizione, non potrà non tenersi conto anche della giurisprudenza formatasi in relazione alla previgente disciplina in materia di *interposizione illecita di manodopera*, in quanto, seppure la l. 23 ottobre 1960, n. 1369, sia stata abrogata dall'art. 85, primo comma, del d.lgs. n. 276/2003, in realtà il divieto di interposizione non è affatto scomparso nel nostro ordinamento ⁽²⁾.

Come è stato giustamente evidenziato in dottrina, «nella prassi operativa permangono, in effetti, condizionamenti culturali, retaggio della regolazione degli anni Sessanta, che ancora oggi determinano fraintendimenti e incertezze. E ciò nella convinzione della persistenza di vincoli e limiti alle pratiche di esternalizzazione, non più presenti nell'ordinamento e che pur tuttavia impediscono di portare a definitivo compimento la modernizzazione dei modelli di produzione e organizzazione del lavoro» ⁽³⁾.

Il superamento di tali condizionamenti culturali non può che passare da un'interpretazione delle singole fattispecie sottoposte allo scrutinio dei tribunali, che si fondi su un esame non orientato da pregiudizi, ma piuttosto finalizzato ad un'indagine su un piano della realtà concreta caso per caso, che sia incentrata sulla effettiva esistenza di un appalto e, quindi, sul fatto che i lavoratori prestino il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione dell'appaltatore, onde garantire la piena tutela della loro posizione lavorativa. Quando sia accertata la corretta imputazione del rapporto di lavoro sul piano non solo formale ma anche sostanziale, non vi è più ragione di ostacolare l'impresa nelle proprie scelte organizzative, anche quando queste riguardino la manodopera.

«L'interpretazione della normativa in esame, quale espressione di un atteggiamento di assoluto sfavore nei confronti delle pratiche di decentramento produttivo, non è oggi più aderente alla realtà. Le tradizionali fattispecie interpositorie, strumentali all'elusione delle tutele previste per i lavoratori subordinati, sono infatti sempre più affiancate da forme maggiormente sofisticate di

decentramento, per molti versi indotte dall'odierna struttura del tessuto produttivo. Alla luce della costante evoluzione tecnologica e del processo di globalizzazione, le imprese si vedono sempre più costrette ad affidare a terzi i segmenti del processo produttivo ritenuti non più strategici e a concentrarsi sulle proprie competenze di base (c.d. *core business*), allo scopo di rispondere alle sfide di mercati ad altissimo tasso di concorrenzialità» ⁽⁴⁾.

L'appalto e la somministrazione

In base all'art. 1655 c.c., con il contratto di appalto l'appaltatore si impegna al compimento di un'opera o di un servizio, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a fronte di un corrispettivo in denaro.

La distinzione tra appalto d'opera e appalto di servizi riguarda l'oggetto del contratto, che può consistere sia in opere che in servizi, intendendosi per *opera* qualsiasi modificazione dello stato materiale di cose preesistenti e per *servizio* qualsiasi utilità, diversa dalle opere, purché abbia ad oggetto attività suscettibili di costituire un servizio autonomo in sé compiuto ⁽⁵⁾.

L'appalto si definisce endoaziendale quando i servizi sono resi all'interno dell'azienda del committente. È questa la tipologia di appalto nella quale è più difficile tracciare la linea di demarcazione tra appalto genuino e somministrazione di manodopera, che resta vietata allorché l'impresa somministrante non rientra fra le agenzie autorizzate ex art. 4 ss., d.lgs. n. 276/2003.

La difficoltà in questione nasce dall'esigenza di confermare l'autonomia dell'appaltatore rispetto al committente quando la contiguità, anche dal punto di vista logistico, dei lavoratori dell'uno e dell'altro comporta una maggiore possibilità di ingerenza del committente ⁽⁶⁾ e, comunque, rende talvolta complesso operare una distinzione tra le rispettive organizzazioni e, quindi, potrebbe mettere in dubbio la necessaria coincidenza tra imputazione formale e sostanziale del rapporto di lavoro.

Avendo a mente l'art. 1559 c.c., che definisce la somministrazione come «il contratto con il quale una parte si obbliga verso corrispettivo di un

prezzo ad eseguire a favore dell'altra prestazioni periodiche o continuative di cose», «quello che differenzia l'appalto dalla somministrazione è il diverso obbligo in capo ai soggetti del rapporto. Nel primo caso, l'appalto, l'appaltatore si impegna a fornire con continuità servizi o opere a proprio rischio e a mezzo della propria organizzazione, la sua pertanto è obbligazione di fare, mentre nel secondo caso, somministrazione, il somministratore si limita a procurare all'utilizzatore i lavoratori che quest'ultimo in via diretta utilizzerà inserendoli nella propria organizzazione lavorativa [...]. In questo secondo caso il tipo di obbligazione che viene in luce è quella di dare» (7).

La verifica sulla genuinità dell'appalto dovrà, poi, avvenire tramite sia un'analisi del contratto stipulato tra committente e appaltatore che della realtà concreta nella quale il contratto ha trovato attuazione, mentre resta irrilevante rispetto all'accertamento dell'interposizione vietata un intento fraudolento o simulatorio delle parti (8).

In ogni caso, l'accertamento in questione dovrà essere costantemente improntato da una visione complessiva dell'operazione, avendo sempre a mente i caratteri essenziali della figura giuridica dell'appalto, rispetto ai quali gli indici individuati dalla giurisprudenza, quali rivelatori o meno di un appalto genuino, dovranno essere calati nella fattispecie oggetto di indagine, per cui non sempre e in ogni contesto potranno essere ritenuti decisivi rispetto alla soluzione del caso concreto.

I caratteri di un appalto genuino: autonomia organizzativa e gestionale/rischio d'impresa

Possono costituire oggetto di un appalto "endoaziendale" tutte le attività, anche se strettamente inerenti al ciclo produttivo del committente, alla condizione che sia possibile individuare un'organizzazione e una gestione autonoma dell'appaltatore, con l'assunzione dei correlativi rischi economici (9).

Il servizio oggetto di appalto può coincidere con qualsiasi fase del ciclo produttivo del committente (10). Per cui, l'imprenditore può affidare in appalto (lecito) tutte le attività in grado di fornire un *autonomo risultato produttivo*, senza che sia

consentito escludere l'ipotesi in cui l'organizzazione del committente sarebbe in grado di eseguire direttamente la lavorazione, sfuggendo al sindacato giurisdizionale l'esistenza di valide ragioni per il ricorso alla convenzione di appalto (11). Pertanto, il risultato che si vuole conseguire con l'appalto non deve essere necessariamente diverso ed ulteriore rispetto all'attività del committente, potendosi inserire normalmente nel ciclo produttivo dell'azienda anche relativamente ai risultati tipici della stessa, ma chiaramente in modo tale da costituire una segmentazione autonoma del ciclo produttivo (12).

Nell'ipotesi in cui i servizi affidati all'appaltatore siano parte del ciclo produttivo del committente e vengano svolti presso l'azienda di quest'ultimo, la imputazione dei rapporti di lavoro dei lavoratori impegnati dall'appalto sarà centrata sull'esistenza di una reale organizzazione imprenditoriale in capo all'appaltatore e sull'effettivo inserimento dei lavoratori in detta organizzazione. Occorre di volta in volta procedere ad una dettagliata analisi di tutti gli elementi che caratterizzano il rapporto instaurato tra le parti allo scopo di accertare se l'impresa appaltatrice, assumendo su di sé il rischio economico dell'impresa, operi concretamente in condizioni di reale autonomia organizzativa e gestionale rispetto all'impresa committente, se sia provvista di una propria organizzazione d'impresa, se in concreto assuma su di sé l'alea economica insita nell'attività produttiva oggetto dell'appalto, infine, se i lavoratori impiegati per il raggiungimento di tali risultati siano effettivamente diretti dall'appaltatore ed agiscano alle sue dipendenze e nel suo interesse (13).

È evidente che, se manca una struttura organizzativa e/o i lavoratori non sono diretti e organizzati dall'appaltatore, quest'ultimo non sarà in grado di produrre un'opera o un servizio che siano suscettibili di essere oggetto di un appalto, in quanto risultato di un'attività produttiva autonoma.

Innanzitutto, quindi, sarà essenziale per la sussistenza di un vero e proprio contratto di appalto «che i lavori appaltati siano effettivamente svolti da un'impresa che abbia concretamente la forma e la sostanza di una impresa, sia con riguardo al profilo tecnico sia sotto l'aspetto strettamente economico ed organizzativo» (14).

«Invero, l'organizzazione dell'appaltatore è il più rilevante degli indici utilizzabili nell'ispezione per accertare o meno la genuinità dell'appalto in quanto esso racchiude in sé entrambi i requisiti dell'art. 1655 c.c., cioè l'organizzazione dei mezzi necessari e l'assunzione da parte dell'appaltatore del rischio d'impresa. Pertanto, già in mancanza di un'organizzazione imprenditoriale, sarà difficile che sussistano entrambi i requisiti. Essenziale, per la sussistenza di un appalto lecito e regolare, è che i lavori appaltati siano svolti da un'impresa che possa essere definita tale sia dal punto di vista tecnico, economico ed organizzativo e che non ci si trovi in presenza di un'apparente imprenditore senza alcuna struttura»⁽¹⁵⁾.

Tale verifica va compiuta avuto riguardo anche alle prestazioni in concreto affidate all'appaltatore, da correlare alle qualità, alle caratteristiche e alla specializzazione dell'impresa e, in particolare, anche nel caso di attività esplicitate all'interno dell'azienda appaltante, deve tendere a stabilire se il presunto appaltatore ha dato vita, in tale ambito, a un'organizzazione lavorativa autonoma e ha assunto, con la gestione dell'esecuzione e la responsabilità del risultato, il rischio d'impresa relativo al servizio fornito⁽¹⁶⁾.

Pertanto, l'appaltatore deve:

- preesistere rispetto al conferimento dell'incarico;
- svolgere la propria attività d'impresa per conto di una pluralità di committenti;
- avere una significativa esperienza nel settore interessato dall'appalto;
- disporre di personale tecnicamente preparato, con il quale abbia una stabile relazione professionale⁽¹⁷⁾, mentre è irrilevante rispetto all'interposizione vietata la natura giuridica del soggetto appaltatore⁽¹⁸⁾.

In secondo luogo, l'autonomia dell'appaltatore dovrà trovare espressione nell'ampiezza dello spazio decisionale, che gli è riservato in relazione a modalità e organizzazione dell'incarico affidato dal committente, il quale non dovrà avere poteri direttivi e d'ingerenza. Questione centrale rispetto all'accertamento della genuinità dell'appalto diviene la presenza di una reale *autonomia organizzativa e gestionale* dell'appaltatore⁽¹⁹⁾. «L'appaltatore genuino è colui che organizza i fattori della produzione, secondo le proprie intui-

zioni e considerazioni, orientando l'organizzazione verso il raggiungimento del risultato dedotto in contratto»⁽²⁰⁾. Per cui si ha appalto genuino se l'impresa appaltatrice organizza in proprio quei fattori della produzione che è necessario, ma anche sufficiente, utilizzare per eseguire, in concreto, l'attività dedotta in appalto⁽²¹⁾.

Non ricorre l'ipotesi di intermediazione vietata dalla legge «se l'appalto richiede solo forza lavoro, essendo un appalto di servizi in cui i mezzi non sono materiali, ma sono costituiti dalle conoscenze tecniche necessarie per realizzare un risultato specifico. Ciò che conta è che il lavoro sia organizzato e diretto dall'appaltatore, e che l'appaltatore abbia una certa consistenza imprenditoriale. Per modo che non sia considerato datore di lavoro chi utilizzi semplicemente il lavoro gestito e organizzato da altri»⁽²²⁾.

L'appaltatore genuino, prima di tutto, «è il vero ed effettivo datore di lavoro degli uomini impegnati nell'esecuzione dell'opera e/o servizio e, solo in seconda battuta – e per l'effetto di tale posizione – è anche l'organizzatore dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto»⁽²³⁾. Per cui l'appalto è genuino se l'appaltatore, oltre ad assumere il rischio d'impresa, è responsabile dell'organizzazione dei mezzi ed (ovvero) esercita i poteri datoriali anche quando i lavoratori si recano ad operare presso l'organizzazione dell'appaltante. L'appalto scivola, invece, «nella mera somministrazione di lavoro se l'appaltatore, dopo aver assunto i lavoratori, li abbandona nella sfera organizzativa dell'appaltante, il quale li guida e li dirige»⁽²⁴⁾.

Pertanto, innanzitutto all'appaltatore spetterà organizzare al meglio i lavoratori e dirigerli, gestendo il rapporto di lavoro nelle modalità più confacenti al raggiungimento del risultato, che è oggetto dell'appalto. Infatti, qualora mancassero l'organizzazione e la gestione dei lavoratori impiegati nell'appalto, i servizi resi al committente non sarebbero più distinguibili dalla mera prestazione delle energie lavorative di detti lavoratori né tanto meno sarebbero attribuibili all'appaltatore stesso.

Invero, in ordine alla precisazione dei limiti in cui opera il divieto di intermediazione, l'esame dell'elaborazione giudiziale di legittimità formatasi sul tema consente di cogliere un elemento

comune rappresentato sostanzialmente dal rilievo che l'appalto di cui si discute è illecito tutte le volte in cui non è l'appaltatore a gestire concretamente il rapporto di lavoro, bensì l'appaltante⁽²⁵⁾, rimanendo in capo all'appaltatore/datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto⁽²⁶⁾. Mentre sono leciti gli appalti di opere o servizi che, pur espletabili con mere prestazioni di manodopera o con l'ausilio di attrezzature e mezzi modesti, costituiscano un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore e con assunzione da parte dello stesso dei relativi rischi economici, senza diretti interventi dispositivi e di controllo dell'appaltante sulle persone dipendenti dall'altro soggetto⁽²⁷⁾.

Perché si abbia appalto lecito, occorre che l'intervento direttamente dispositivo e di controllo delle strutture gerarchiche dell'appaltante si esplichi sulla attività dell'appaltatore e non sulle persone da questo dipendenti⁽²⁸⁾. Inoltre, le mansioni svolte dai dipendenti dell'appaltatore dovranno essere funzionali esclusivamente alla realizzazione dell'opera o del servizio dedotti in contratto, essendo precluso ai dipendenti dell'appaltatore di dedicarsi a mansioni diverse da quelle assegnate con l'appalto⁽²⁹⁾.

Pertanto, l'appaltatore dovrà:

- decidere quali e quanti dei propri dipendenti impiegare nel lavoro;
- dirigere, controllare e coordinare i propri dipendenti;
- esercitare il potere gerarchico e disciplinare;
- determinare i carichi e gli orari di lavoro;
- rilevare le presenze al lavoro;
- determinare e corrispondere le retribuzioni;
- decidere ferie e permessi e stabilire sostituzioni in caso di assenze;
- rispettare la normativa legislativa e collettiva e quella sulla sicurezza sul lavoro;
- stipulare idonea polizza assicurativa per danni derivanti a terzi nell'esecuzione delle opere appaltate, rispetto ai quali l'appaltatore è di regola responsabile⁽³⁰⁾.

L'utilizzazione da parte dell'appaltatore dei locali lavorativi, delle attrezzature e dei sistemi tecnologici del committente non implica di per sé intermediazione di manodopera vietata⁽³¹⁾. Invece, «potrà ritenersi compatibile con un appalto

genuino anche un'ipotesi in cui i mezzi materiali siano forniti dal soggetto che riceve il servizio, purché la responsabilità del loro utilizzo rimanga totalmente in capo all'appaltatore e purché attraverso la fornitura di tali mezzi non sia invertito il rischio d'impresa, che deve in ogni caso gravare sull'appaltatore stesso»⁽³²⁾.

L'effettiva autonomia gestionale e organizzativa dell'appaltatore presuppone, oltre alla direzione del personale e all'esistenza di una reale organizzazione alla quale detto personale fa capo, anche l'assunzione del *rischio d'impresa*, vale a dire che l'appaltatore deve essere esposto all'eventuale risultato negativo della sua attività, qualora, in ipotesi, l'opera o il servizio non fossero portati a compimento ovvero si manifestasse un rapporto negativo tra costi e benefici dell'attività stessa o, ancora, venisse imposto all'appaltatore il pagamento di penali o la risoluzione del contratto in caso di inadempimento. Infatti, se il rischio d'impresa ricadesse esclusivamente sul committente, verrebbe così a mancare uno dei connotati fondamentali del contratto di appalto, secondo quanto stabilito dall'art. 1655 c.c., che fornisce la definizione di tale figura contrattuale.

Come evidenziato in dottrina, «su questo scoglio si frange l'onda della distinzione fra appalto genuino e appalto di manodopera: nel primo caso il committente deve il corrispettivo pattuito solo contro la prestazione del risultato (opera o servizio) originariamente pattuito, nel secondo il committente retribuisce comunque l'appaltatore a prescindere dal conseguimento del risultato, per il solo fatto di aver svolto il lavoro»⁽³³⁾.

È evidente allora che i corrispettivi dovuti all'appaltatore devono essere prefissati in contratto in relazione al risultato che il committente intende ottenere tramite i servizi richiesti, mentre è precluso ad un appalto genuino che detti corrispettivi siano legati alle ore effettive di lavoro e/o al numero di dipendenti impiegati o, comunque, siano fissati in proporzione ai costi sostenuti dall'appaltatore⁽³⁴⁾.

La responsabilità solidale

Secondo quanto stabilito dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 (come modificato dall'art. 6 del d.lgs.

n. 251/2004 e dall'art. 1, comma 911, della l. n. 296/2006) «in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti».

La responsabilità solidale del committente «opera esclusivamente con riferimento alle ipotesi di appalto lecito e cioè genuino»⁽³⁵⁾ e, come esattamente rilevato, «risponde ad un principio di civiltà giuridica: si tratta di responsabilizzare lo stesso nella scelta delle imprese a cui affidare i lavori, imprese che debbono fornire le idonee garanzie tecniche ed economiche»⁽³⁶⁾.

«La garanzia relativa ai trattamenti economici (retributivi e contributivi) si applica anche agli appalti conferiti dalla pubblica amministrazione, allorché questa assuma la posizione contrattuale di committente»⁽³⁷⁾. Dal campo di applicazione di detta norma restano fuori soltanto i committenti persone fisiche che non esercitano attività d'impresa o professionale.

Nel subappalto, la responsabilità solidale si estende oltre alle retribuzioni e ai contributi previdenziali e assicurativi anche alle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente, in forza di quanto stabilito dall'art. 35, comma 28, del d.l. n. 223/2006 (convertito nella l. n. 248/2006).

Quanto ai beneficiari della responsabilità solidale, si ritiene che la tutela accordata riguardi esclusivamente i lavoratori dipendenti, anche in considerazione dell'esplicito riferimento al lavoro subordinato nella citata disposizione della l. n. 248/2006, mentre ne sarebbero esclusi i collaboratori dell'appaltatore che abbiano contratti di collaborazione a progetto e gli associati in partecipazione⁽³⁸⁾, sempre che si tratti di contratti che rispondano ai requisiti di legge per tali forme di collaborazione e non siano invece da ascrivere a rapporti di lavoro subordinato.

La responsabilità solidale del committente è sancita, altresì, in materia di sicurezza sul lavoro dall'art. 26, comma 4, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dell'appaltatore o del subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Inail o del-

l'Istituto di previdenza per il settore marittimo (Ipsema), con la precisazione che detta responsabilità solidale non si applica ai danni, che sono conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici.

Le sanzioni

Se l'appalto viene giudicato non genuino, si configura il reato di somministrazione illecita di lavoro posta in essere da soggetto non autorizzato. Per conseguenza, quello che secondo la l. n. 1369/1960 era considerato appalto di mere prestazioni di lavoro è qualificato come somministrazione di lavoro ed è ugualmente punito se esercitato da soggetti non abilitati o fuori dalle ipotesi previste dalla legge⁽³⁹⁾.

La violazione di legge comporta per il committente e l'appaltatore la pena di un'ammenda pari a euro 50 per ogni lavoratore e per ogni giornata di occupazione (art. 18, comma 5-bis, del d.lgs. n. 276/2003). In forza dell'art. 15 del d.lgs. n. 124/2004, in caso di regolarizzazione della situazione illegale, con la cessazione o modificazione delle condizioni dell'appalto, i due contravventori saranno ammessi al pagamento dell'ammenda ridotta ad 1/3. Nel caso in cui vi sia sfruttamento di minori, la somministrazione illecita è sanzionata con l'arresto fino a 18 mesi e ammenda fino a euro 300.

Quanto al lavoratore impiegato nell'appalto illecito, questi avrà facoltà di presentare ricorso al giudice del lavoro al fine di ottenere la costituzione del rapporto di lavoro con il committente, in quanto effettivo utilizzatore delle sue prestazioni di lavoro. Il rapporto dovrà considerarsi costituito sin dall'inizio con l'appaltante e dovrà ritenersi a tempo indeterminato⁽⁴⁰⁾ e, per il periodo in cui la somministrazione irregolare avrà avuto esecuzione, il lavoratore avrà diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello spettante ai lavoratori alle dirette dipendenze del committente⁽⁴¹⁾. In tale ipotesi, le prestazioni previdenziali e retributive graveranno solo sul committente e non sull'appaltatore, in quanto i lavoratori saranno considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che ne ha utilizzato le prestazioni⁽⁴²⁾.

Infine, l'art. 28 del d.lgs. n. 276/2003 prevede il reato di somministrazione fraudolenta, che è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, e che comporta un aggravio di pena con una ulteriore ammenda a carico del committente e dell'appaltatore di euro 20 per ciascun lavoratore coinvolto e per ogni giorno di impiego. In tal caso, «ci si trova davanti ad una fattispecie di illecito penale a dolo specifico dove non soltanto viene considerata l'intenzionalità del reato, ma la specifica finalità dello stesso, chiedendo che vi sia un'intesa fra utilizzatore e somministratore o quanto meno la consapevolezza effettiva riguardo all'utilizzo illecito di manodopera»⁽⁴³⁾. Anche in questo caso, comunque, il reato è assoggettato al potere di prescrizione degli ispettori del lavoro, con possibile riduzione dell'ammenda.

La certificazione

La certificazione dei rapporti di lavoro è una delle innovazioni più importanti introdotte dal d.lgs. n. 276/2003, che all'art. 75, primo comma (come modificato dal d.lgs. 6. ottobre 2004, n. 251), ha previsto testualmente che «al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro le parti possono ottenere la certificazione del contratto secondo la procedura volontaria stabilita dal presente Titolo».

Detta procedura è estesa anche ai contratti di appalto dall'art. 84 del D.lgs. n. 276/2003 «sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'art. 1655 del codice civile sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto».

Il secondo comma dell'art. 84 prevede l'adozione di un «codice di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita», che dovrebbe essere di ausilio ai fini della certificazione dei contratti oltre che delle stesse imprese che intendono stipulare un contratto di appalto, ma che ad oggi non risulta sia stato ancora emanato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

La certificazione è affidata ad apposite Commis-

sioni istituite presso istituzioni pubbliche e private individuate dalla legge nelle Direzioni provinciali del lavoro, Province, università, Consigli provinciali dei Consulenti del lavoro, enti bilaterali, che operano nei rispettivi ambiti territoriali di competenza.

La procedura è attivata su base volontaria e regolamentata in base ad una procedura dettagliata nell'art. 78 del d.lgs. n. 276/2003. Il procedimento è avviato con un'istanza, che dovrà essere sottoscritta da entrambe le parti del contratto e accompagnata da una scheda informativa a fine di rendere edotta la Commissione degli elementi contrattuali e dell'attività lavorativa dedotta nel contratto stesso. L'avvio del procedimento di certificazione deve essere comunicato alla Dpl, che ha il compito di notificare l'istanza a tutte le autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto certificativo è destinato produrre effetti (Inps, Inail, Agenzia delle entrate), affinché possano presentare osservazioni alle Commissioni di certificazione interessate.

Il procedimento prevede l'audizione delle parti e dovrebbe concludersi entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza, secondo un termine che avrebbe dovuto essere perentorio, ma che è stato, in via operativa, dichiarato ordinatorio⁽⁴⁴⁾.

L'atto di certificazione deve essere motivato e deve indicare il termine e l'autorità presso il quale può essere impugnato.

Il fatto di aver ottenuto una certificazione positiva del contratto di appalto non potrà proteggere il committente da eventuali azioni giudiziarie da parte dei lavoratori, che contestino la genuinità dell'appalto, ma riduce in maniera significativa le possibilità di essere oggetto di ispezione, tenuto anche conto della direttiva impartita dal Ministro del lavoro con la quale è stato disposto che l'attività investigativa si concentri sui contratti che non siano stati oggetto di certificazione⁽⁴⁵⁾.

Salvatore Italia
Avvocato in Roma

Note

- (¹) Cass., sez. un., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *RIDL*, 2007, II, 296, con nota di F. PATERNÒ, *Interposizione illecita e titolarità della responsabilità datoriale*, e in *RGL*, 2007, n. 1, 23, con nota di A. MANNINO, *Sull'interposizione di manodopera: l'epilogo sulla responsabilità dell'interposto*, e nota di A. RAFFI, *Le Sezioni unite e la responsabilità dell'interposto in caso di illegittimo appalto di manodopera*.
- (²) L. VALENTE, *Appalto (diritto del lavoro)*, in *DDPCom*, 2007, 50; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, 129 ss.; R. ROMEI, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *RIDL*, 2005, II, 726 ss.
- (³) M. TIRABOSCHI, *La vera partita si gioca sul know-how*, in *Boll. Adapt*, 2009, n. 31.
- (⁴) E. LEONE, *Appalti endoaziendali: la sottile linea di confine tra liceità e illiceità*, in *NGCC*, 2003, I, 577.
- (⁵) Cass. 17 aprile 2001, n. 5609, in *GC*, 2001, I, 2963.
- (⁶) F. RIVELLINI, *Appalto non genuino. Riconoscimento e conseguenze*, in *DPL*, 2009, n. 9, 559.
- (⁷) V. MANFREDI, *La somministrazione di lavoro: norme e procedure per l'appalto e il distacco*, *Finanze & Lavoro*, Napoli, 2005, 106.
- (⁸) Cass. 30 maggio 2001, n. 7362, in *RIDL*, 2002, II, 40, con nota di O. BONARDI, *la Cassazione ricorda alla Nato i criteri di distinzione tra appalto e interposizione; contra Trib. Roma 5 settembre 2005*, in *LG*, 2006, 709. L'intento fraudolento assume, invece, rilievo nel d.lgs. n. 276/2003, in quanto distingue l'appalto non genuino tout court dalla somministrazione fraudolenta.
- (⁹) Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337, in *NGCC*, 2003, 569.
- (¹⁰) F. PIRELLI, *Appalto genuino e indici rivelatori*, in *DPL*, 2010, n. 7, inserto, V.
- (¹¹) Cass. 5 ottobre 2002, n. 14302, in *RIDL*, 2003, II, 262, con nota di A.V. D'ORONZO, *Sulla distinzione fra interposizione e appalto di servizi a carattere continuativo*; cfr. Cass. 20 giugno 2003, n. 9906; Cass. 9 aprile 2008, n. 9264.
- (¹²) Trib. Napoli 11 agosto 2001, in *NGL*, 2002, 172.
- (¹³) Cass. 27 gennaio 2005, n. 1676; cfr. Cass. 3 luglio 2009, n. 15693; Cass. n. 7362/2001, cit., 41; Trib. Novara 13 marzo 2007, in *Il Corriere del Merito*, 2007, 835.
- (¹⁴) P. RAUSEI, *Somministrazione di Lavoro*, Ipsoa, Milano, 2007, 3^a ed., 353.
- (¹⁵) N. FIACCHINI, *Ispezione sugli appalti*, in *DPL*, 2009, n. 34, 2018.
- (¹⁶) Cass. 12 dicembre 2001, n. 15665, in *RIDL*, 2002, II, 776, con nota di S. NAPPI, *Interposizione, appalti interni leciti e limiti del sindacato giurisdizionale*.
- (¹⁷) Cfr. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 dicembre 2004, n. 48.
- (¹⁸) Cass. 11 settembre 2003, n. 13373.
- (¹⁹) L. VALENTE, *op. cit.*, 54.
- (²⁰) P. RAUSEI, *op. cit.*, 353.
- (²¹) R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 145.
- (²²) L. VALENTE, *op. cit.*, 54.
- (²³) Cfr. il contributo di R. De Luca Tamajo e F. Paternò in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di) *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Cedam, Padova, 2007, 432.
- (²⁴) Ivi, 431.
- (²⁵) Cass. 23 novembre 2009, n. 24625.
- (²⁶) Cass. 20 febbraio 2009, n. 4721.
- (²⁷) Cass. n. 15693/2009, cit.
- (²⁸) Cass. 29 agosto 2003, n. 12664, in *RIDL*, 2004, II, 50, con nota di L. CALCATERRA, *Interposizione e appalto di servizi: la cassazione anticipa la riforma*; cfr. Cass. 20 maggio 2009, n. 11720.
- (²⁹) Cass. n. 14302/2002, cit.
- (³⁰) Trib. Milano 31 dicembre 2005, n. 13995.
- (³¹) Trib. Milano 27 maggio 2000, in *LG*, 2001, 87.
- (³²) Interpello 22 ottobre 2009, n. 77 (Confindustria).
- (³³) P. RAUSEI, *Appalto genuino e interposizione illecita di manodopera: criteri e indici rivelatori per una corretta certificazione dei contratti*, Working Paper Adapt, 2006, n. 18, in *www.adapt.it*, sezione *Pubblicazioni*.
- (³⁴) Cass. 25 luglio 2003, n. 11545.
- (³⁵) P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, cit., 379; Cass., sez. un., n. 22910/2006, cit.
- (³⁶) E. MASSI, *Responsabilità solidale negli appalti dopo le ultime abrogazioni*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2008, n. 24, 19.
- (³⁷) L. VALENTE, *op. cit.*, 65.
- (³⁸) P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, cit., 377.
- (³⁹) Cass. pen. 11 novembre 2003, n. 2583, in *OGL*, 2004, I, 143.
- (⁴⁰) Per la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in base all'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003, si veda Trib. Milano 24 gennaio 2007, in *RGL*, 2007, 681, con nota di F. AIELLO, *Alcune questioni sul lavoro somministrato a termine*; con le stesse conclusioni per la giurisprudenza in base alla l. n. 1369/1960, si veda Cass. 24 marzo 2004, n. 5915; Cass. 4 febbraio 1988, n. 1144, in *FI*, 1988, I, 1561.
- (⁴¹) M. TIRABOSCHI, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006, 402.
- (⁴²) Cass. 16 febbraio 2000, n. 1733; Trib. Roma 24 maggio 2007, n. 10135.
- (⁴³) N. FIACCHINI, *op. cit.*, 2019.
- (⁴⁴) P. RAUSEI, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2008, n. 18, inserto.
- (⁴⁵) Direttiva del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali 18 settembre 2008.