

Via A. De Gasperi n° 55
80133 – Napoli

Prot. n° 1430/22
Circolare N° 15/2009

LUGLIO 2009
A tutti i colleghi (*)



Appalto e subappalto: una risposta ministeriale ad interpello faziosa o bislacca?

La recente risposta da parte del Ministero del Lavoro all'interpello n° 35 del 15 maggio 2009 **in materia di responsabilità solidale tra committente ed appaltatore per gli adempimenti previdenziali ed assistenziali**, ci offre lo spunto per approfondire l'istituto dell'appalto anche alla luce delle novità introdotte dalla Riforma Biagi e successive modificazioni.

L'appalto, come è noto, rappresenta uno degli strumenti contrattuali attraverso i quali può realizzarsi la legale segmentazione del ciclo produttivo.

L'appalto, ai sensi dell'articolo 1655 c.c., è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e con la gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

Gli elementi che tracciano la tipologia contrattuale dell'appalto sono dunque: l'organizzazione di mezzi e il rischio d'impresa.

Da un punto di vista squisitamente giuslavoristico, l'appalto è una delle tre ipotesi¹ nelle quali si realizza una "dissociazione" fra soggetto utilizzatore della prestazione lavorativa e datore di lavoro formale².

In sostanza, lo schema tipico di cui all'art. 2094 c.c., fondato sulla perfetta corrispondenza fra la figura del datore di lavoro formale ed utilizzatore della prestazione, è di fatto sovvertito.

Lo stravolgimento di questo schema comporta necessariamente delle ripercussioni in ordine al regime delle garanzie previste in favore dei lavoratori interessati.

Per molto tempo queste ripercussioni sfociate in preoccupazioni hanno indotto il legislatore del codice civile prima e quello del 1960 poi a reprimere queste forme di lavoro nelle quali si verificava la imputazione del rapporto di lavoro ad un soggetto diverso dall'effettivo utilizzatore attraverso una serie di secchi divieti.

L'art. 2127 del codice civile vietava all'imprenditore di affidare a propri dipendenti la esecuzione di lavori a cottimo da eseguire mediante prestatori di lavoro assunti e retribuiti dai medesimi dipendenti. La fattispecie, come agevole individuare, operava esclusivamente in presenza di due presupposti: intermediario fosse il dipendente dell'imprenditore e che si trattasse di lavori affidati a cottimo. **Tale previsione decisamente limitativa fu estesa - con la legge 1369/60 - a qualsiasi forma di affidamento di "mere esecuzioni di lavoro" mediante manodopera assunta e retribuita da qualsiasi intermediario (imprenditore, dipendente, appaltatore, ecc). La violazione del predetto divieto comportava che il soggetto effettivo beneficiario delle prestazioni lavorative assumesse la qualità di datore di lavoro.**

Fu inoltre introdotta, in ossequio al concetto di impresa strettamente legato ai beni materiali che la componevano, una presunzione *iuris et de iure* - contenuta nell'art. 1, comma 3, della legge 1369/60 - secondo la quale **era considerato appalto di mere prestazioni di manodopera ogni appalto o subappalto in cui l'appaltatore impiegava capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante anche qualora vi fosse un corrispettivo per la utilizzazione.**

¹ Le altre due sono rappresentate dalla somministrazione di lavoro e dal distacco.

² Nel senso di soggetto che ha provveduto ad inoltrare la comunicazione di assunzione.

A seguito dell'evoluzione del tessuto economico si sono leniti i rigori interpretativi al punto che – fin dagli anni '90³ - l'organizzazione del lavoro e del *know-how* provenienti dall'impresa appaltatrice **prevalgono sull'eventuale disponibilità di strumenti di lavoro offerti dal committente.**

Attualmente, il presupposto dell'organizzazione di mezzi non è più rinvenibile nella presenza di un'imponente struttura aziendale di proprietà dell'appaltatore, ma – congiuntamente ed anche disgiuntamente⁴ - nell'impulso organizzativo della forza lavoro da parte dell'appaltatore che rappresenta il valore aggiunto che connota l'impresa.

Quanto, invece, al *rischio d'impresa* è necessario verificare non solo che l'appaltatore abbia effettuato gli investimenti funzionali, ma che la gestione dell'appalto avvenga effettivamente a rischio dell'appaltatore.

L'attuale normativa è quella introdotta con il D. Lgs. 276/2003 che ha abolito sia la legge 1369/60, sia la legge 196/97, introducendo – in sostanza – "la somministrazione di lavoro" e il criterio della "genuinità" nell'appalto di opere e servizi.

Relativamente a quest'ultimo aspetto è considerato "genuino" l'appalto di opere e servizi realizzato in presenza dei due elementi richiamati: "assunzione di rischio d'impresa da parte dell'appaltatore" e "organizzazione di mezzi necessari da parte dell'appaltatore".

Sotto il profilo strettamente sanzionatorio, **l'utilizzo di lavoratori attraverso un contratto di appalto non genuino è disciplinato dall'art. 29, comma 3-bis, del D. Lgs. 276/2003 il quale stabilisce che, in tale ipotesi, il lavoratore interessato possa chiedere – con ricorso ex art. 414 c.p.c. – la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore.**

La formulazione letterale dell'articolo in commento aveva posto qualche dubbio interpretativo circa la decorrenza degli effetti della pronuncia giudiziale. In particolare, il dibattito era incentrato sul fatto che gli effetti dovessero decorrere *ex tunc* ovvero, così come previsto per le sentenze costitutive⁵, solo dal momento del suo passaggio in giudicato.

A dipanare i dubbi è intervenuto lo stesso legislatore che, con l'art. 4 del D. Lgs. 251/04, ha introdotto il comma 5-bis all'art. 18 del D. Lgs. 276/2003 che, oltre ad introdurre una sanzione penale⁶, definisce lo "pseudoappaltatore" con la parola "somministratore", di fatto estendendo gli effetti della somministrazione priva dei requisiti normativi all'appalto non genuino. L'articolo 27, comma 1, del D. Lgs. 276/2003 prevede che, in caso di somministrazione irregolare, **la costituzione giudiziale del rapporto debba avvenire dall'inizio della somministrazione**⁷.

Sul punto è decisamente interessante la sentenza della Cassazione civile, sezioni unite, n° 22910 del 26.10.2006 con la quale è stato stabilito che, in caso di appalto illegittimo, gli obblighi contributivi e retributivi gravano esclusivamente su chi ha materialmente beneficiato della prestazione del lavoratore e non sullo pseudoappaltatore, quantunque quest'ultimo risulti essere il datore di lavoro formale.

Per quanto attiene, invece, il regime delle garanzie poste a favore dei lavoratori impiegati nella esecuzione – in regime di appalto – di opere o di servizi bisogna precisare che accanto alla garanzia prevista dal codice civile – ex art. 1676 – si è aggiunta quella – decisamente più ampia – di cui all'art. 29 comma 2 del D. Lgs. 276/2003.

³ Cfr. la sentenza della Cassazione civile, sezione unite, n° 10183 del 19.10.1990.

⁴ In particolare negli appalti di servizio.

⁵ Trattasi di sentenza che modificano la situazione giuridica preesistente.

⁶ L'art. 18 comma 5-bis del D.Lgs. 276/2003 prevede che, nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29 comma 1, l'utilizzatore ed il somministratore sono puniti con la pena dell'ammenda di € 50,00 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione.

⁷ In senso conforme si colloca la circolare n° 7 del 22.02.2005 del Ministero del Lavoro con la quale si afferma che: "in caso di appalto non genuino o di distacco fuori dai limiti individuati dall'art. 30 del D. Lgs. 276/2003, poiché tali ipotesi integrano un'ipotesi di somministrazione senza autorizzazione e quindi irregolare, il legislatore ha espressamente previsto che il lavoratore possa chiedere la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione.

In particolare, l'art. 1676 c.c. stabilisce che, coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, abbiano prestato la propria attività al fine di eseguire un'opera o un servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino a concorrenza dell'ammontare del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda.

La garanzia pertanto riguarda esclusivamente i crediti del lavoratore sia di natura retributiva, sia quelli di natura risarcitoria.

Mentre, l'art. 29 comma 2 del D. Lgs. 276/2003 prevede che il committente⁸ 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 dovuti⁹.

L'articolo in commento non contiene alcuna indicazione in merito ad una eventuale "preventiva escussione" il che, sostanzialmente, lascia liberi sia i lavoratori, sia gli enti previdenziali di aggredire il patrimonio dei vari committenti che si collocano lungo la catena dell'appalto di opere o di servizi.

Infatti, il meccanismo della responsabilità solidale riguarda sia il committente, sia i singoli appaltatori nei confronti della catena di subappaltatori agli stessi a valle¹⁰.

Dubbi sono, invece, sorti se nel meccanismo di responsabilità solidale sia coinvolta o meno la pubblica amministrazione nei rapporti con i propri appaltatori, stante il contenuto dell'art. 1 comma 2 del D. Lgs. 276/2003¹¹.

La giurisprudenza¹² e la dottrina maggioritaria¹³ si sono entrambe espresse in senso affermativo, precisando che l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione del decreto 276 - ex art. 1 comma 2 - non può che essere riferito alle stesse in qualità di datori di lavoro.

In sostanza, la norma espliciterebbe in modo chiaro l'impossibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare le nuove forme contrattuali flessibili (somministrazione, distacco, ecc) se non espressamente e puntualmente richiamate dalla normativa.

Non appare, pertanto, convincente la interpretazione fornita dal Ministero del Lavoro con l'interpello n° 35 del 15 maggio 2009 con il quale è stata negata l'operatività dell'art. 29, comma 2, del D. Lgs. 276/2003 nei confronti dell'INAF (Istituto Nazionale di Astrofisica) in quanto ente pubblico.

Il Ministero fonda il proprio convincimento sulla previsione contenuta nell'art. 1 comma 2 del decreto 276/2003, precisando espressamente che tale previsione ha carattere generale e risulta essere derogata esclusivamente da disposizioni speciali contenute nel decreto stesso, citando - a titolo esemplificativo - l'art. 86 comma 9.

Conclude, pertanto, per la applicabilità - nei confronti dei lavoratori impiegati in appalto di opere o servizi di natura pubblica - della **sol**a garanzia di cui all'art. 1676 c.c.

E' evidente che tale bislacca interpretazione oltre che collocarsi in antitesi rispetto alla interpretazione dottrinale e giurisprudenziale crea una profonda e molto dubbia disparità di garanzie nei confronti dei lavoratori che, qualora operanti in un'attività o in servizio *pubblico*, vedrebbero ristretta, inopinatamente, la loro garanzia esclusivamente ai soli trattamenti retributivi ma solo fino a concorrenza del debito che la pubblica amministrazione avrebbe nei confronti del proprio datore di lavoro nel momento della proposizione della domanda; qualora, invece, operanti in attività *private*, godrebbero della piena operatività della garanzia ex art. 29 comma 2 del D. Lgs. 276/2003.

Ma tale interpretazione pone, inoltre, ancora un ulteriore inquietante interrogativo: *quid iuris* ai lavoratori dell'eventuale subappaltatore, stante la concorde posizione della dottrina e della

⁸ Con la sola esclusione dei committenti persone fisiche che non esercitino attività di impresa o professionale (cfr. comma 3-bis dell'articolo 29).

⁹ Il Legislatore è stato poco attento nella formulazione letteraria della disposizione in commento. E', infatti, chiaro che - con riferimento ai trattamenti previdenziali - il credito riguarda l'ente previdenziale e non i lavoratori come lascerebbe intendere l'espressione "corrispondere ai lavoratori".

¹⁰ Gli appaltatori sono, infatti, committenti dei propri subappaltatori.

¹¹ Tale articolo prevede, infatti, che: "le disposizioni del presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale".

¹² Tribunale di Pavia, sentenza del 29.04.2006.

¹³ Cfr. I. Alvino, *Il regime della responsabilità negli appalti*, in "Giornale di diritto del Lavoro e di Relazioni industriali" n° 115, 2007. In senso conforme F. Capurro, *Garanzie relative ai trattamenti economici spettanti ai lavoratori impegnati in appalti conferiti dalla pubblica amministrazione*, in "D&L Rivista critica di diritto del lavoro", 2006, 545.

giurisprudenza¹⁴ in ordine al fatto che il committente (pubblico) non può essere destinatario dell'azione diretta ex art. 1676 c.c. da parte dei lavoratori del subappaltatore?
Se, dovesse essere confermata la posizione ministeriale, tali lavoratori vedrebbero preclusa sia l'azione ex art. 29 comma 2 del D. Lgs. 276/2003 sia quella ex art. 1676 c.c., risultando di fatto privi di ogni tutela, a vantaggio esclusivo di una poco solerte¹⁵ e decisamente *faziosa* amministrazione pubblica.

Siffatta interpretazione, faziosa o bislacca giudicatelo voi, ci rievoca la celebre orazione tenuta da Marco Tullio Cicerone da cui trae origine la notissima espressione: "*Cicero pro domo sua!*".

**Consiglio Provinciale
Consulenti del Lavoro di Napoli
Il Presidente
F.to Dott. Edmondo Duraccio**

**A.N.C.L. U.P. NAPOLI
Il Presidente
F.to Rag. Maurizio Buonocore**

**A.N.C.L. U.P. di Napoli
Centro Studi "O. Baroncelli"
il Coordinatore
F.to Dott. Vincenzo Balzano**

**A.N.C.L. U. P. di Napoli
Centro Studi "O. Baroncelli"
Il Responsabile delle Divisione "Lavoro
F.to Dott. Francesco Capaccio**

**(*) DOCUMENTO INTERNO RISERVATO ESCLUSIVAMENTE AGLI
ISCRITTI ALL'ORDINE DEI CONSULENTI DEL LAVORO DI NAPOLI. E'
FATTO DIVIETO, PERTANTO, DI RIPRODUZIONE ANCHE PARZIALE.
DIRITTI RISERVATI AGLI AUTORI**

¹⁴ Cfr. Cassazione sentenza 120478 del 09.08.2003, Tribunale di Torino sentenza del 01.04.2000 e Tribunale di Monza sentenza del 07.11.2007.

¹⁵ Per non aver esercitato il potere di controllo sull'appaltatore – ex legge 55/90 e D. Lgs. 163/2006.