

APPALTI E SOMMINISTRAZIONE, ESTERNALIZZAZIONI CONTROVERSE

GUIDA ALLA CORRETTA GESTIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO IN OUTSOURCING

Indice

Introduzione	2
1. Appalto e somministrazione: aspetti distintivi	2
2. Appalto e distacco: aspetti distintivi	7
3. Conseguenze civilistiche in caso di appalto non genuino	8
4. Il contratto di somministrazione	12
5. Dall'interposizione fittizia alla responsabilità solidale	14
5.1. Responsabilità solidale: l'evoluzione legislativa	18
5.2. La responsabilità solidale negli appalti: natura e perimetro operativo	20
5.3. L'azione giudiziaria esperibile dal lavoratore e la posizione (debole) del committente	22
6. L'estensione della responsabilità solidale in chiave costituzionale: la sentenza n. 254 del 6 dicembre 2017 della Consulta	23
7. L'intervento della depenalizzazione	26
8. Le fattispecie penali	27
9. Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.)	27
9.1. Soggetti attivi del reato	28
9.2. La condotta del reato	30
9.3. Gli indici di sfruttamento	32
9.4. Intervento dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro	33

INTRODUZIONE

Si può intermediare, somministrare, appaltare senza violare la normativa vigente e restando nell'alveo del lavoro regolare?

La risposta è certamente affermativa, nonostante il settore sia profondamente turbato dalla presenza di soggetti che trovano il modo di eludere le regole, traendone grande profitto. Ma questo non può impedire l'esistenza di una stragrande maggioranza di operatori economici virtuosi, che applicano la normativa cogente cercando di sopravvivere alla concorrenza sleale di chi invece ha fatto dell'illiceità la propria bandiera.

Esiste, dunque, un impianto normativo nel settore da applicare correttamente, la cui complessità viene semplificata con questa circolare, che non poteva che essere scritto da Consulenti del Lavoro e, più in particolare, da dirigenti che declinano per conto dell'intera categoria i principi del lavoro etico e regolare. Non è un caso che questo documento arrivi da Fondazione Studi, che ha fatto della difesa dei valori una vera linea guida dell'operatività giornaliera.

La circolare, infatti, oltre che delineare gli Istituti coinvolti, si sofferma sulle principali criticità, che vanno dalla interposizione fittizia alla responsabilità solidale, dalla somministrazione illecita allo sfruttamento del lavoro. Si analizzano le distorsioni con il fine di disegnare una vera e propria guida alla corretta gestione delle esternalizzazioni lavoristiche; non senza valutare la madre di tutte queste situazioni illecite. Il riferimento, esplicito e non subliminale, è alla depenalizzazione delle violazioni in materia di somministrazione e appalto. Un intervento non da poco che, dal 2016 in poi, ha dato modo alle molteplici centrali dello sfruttamento del lavoro di individuare, proprio in questi depenalizzati istituti, la soluzione per evitare di vedere classificate le proprie attività nel ben più grave reato del caporalato.

Rosario De Luca,
Presidente Fondazione Studi Consulenti del Lavoro

1. APPALTO E SOMMINISTRAZIONE: ASPETTI DISTINTIVI

Alla crescente ricerca di flessibilità e di decentramento dei processi produttivi e organizzativi, si accompagnano spesso fenomeni di esternalizzazione di forza lavoro, realizzata mediante il ricorso ad appalti irregolari, distacchi fittizi, intermediazione illecita ed altre soluzioni che offrono apparenti e illusori vantaggi economici ma nelle quali, in realtà, si annidano effetti distorsivi, di dumping sociale e violazione dei diritti dei lavoratori. Diventa fondamentale, quindi, comprendere la differenza tra i

vari istituti giuridici e delineare le diverse fattispecie, per poter distinguere i comportamenti leciti da quelli contrari alla legge.

Ai sensi dell'art. 1655 c.c. *"L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro"*. Si tratta quindi di un contratto tipico, a prestazioni corrispettive, che presenta delle affinità con l'istituto del mandato di cui all'art. 1703 c.c. o del contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c..

I tratti distintivi dell'appalto si riscontrano nella presenza di un'organizzazione in proprio da parte dell'appaltatore che assume anche il rischio imprenditoriale per la realizzazione di un'opera o di un servizio. Il D.Lgs. n. 276/2003 ha ridisegnato i confini dell'appalto abrogando la legge n. 1369/1960 e all'art. 29 ha statuito che *"il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio 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"*.

Come si può notare, la norma in modo anche tautologico, elenca i requisiti distintivi del contratto di appalto rispetto a quello di somministrazione, riprendendo gli elementi indicati nell'art. 1655 c.c. e l'elencazione di alcuni poteri tipici della subordinazione (direttivo ed organizzativo) indicati nell'art. 2094 c.c. pertanto è possibile affermare che gli elementi da cui non può prescindere un appalto "genuino" sono i seguenti:

- l'appaltatore si configura come imprenditore e pertanto come tale assume il rischio di impresa nella realizzazione dell'opera o del servizio;
- l'impiego di una propria organizzazione di mezzi.

L'appaltatore deve essere un soggetto "imprenditoriale" sotto il profilo tecnico, economico ed organizzativo, con assunzione del rischio economico in merito alla realizzazione del servizio dedotto in contratto.

Per verificare la presenza di tale indice di genuinità dell'appalto, la giurisprudenza ha individuato elementi quali: l'assenza di esperienza professionale dell'appaltatore nel settore di riferimento dell'appalto; la diversità tra l'attività svolta dall'appaltatore rispetto a quella che il suo dipendente avrebbe dovuto eseguire presso il committente; l'inesistenza, nella compagine aziendale dell'appaltatore, di personale qualificato ed idoneo a svolgere le mansioni connesse alle attività appaltate, l'estraneità dell'oggetto dell'appalto rispetto alle attività normalmente fornite dall'appaltatore, rientranti nel suo oggetto sociale.¹

¹ Ex plurimis Cass. 6 aprile 2011, n. 7898

Del tutto diverso dal contratto di appalto è il contratto di somministrazione disciplinato dagli artt. 30 - 40 del D.Lgs. n. 81/2015 e del quale tratteremo successivamente.

Il Ministero del Lavoro, con la circolare 11 febbraio 2011 n. 5, ha sottolineato la diversità nell'oggetto dell'appalto rispetto a quello della somministrazione di lavoro, ribadendo quanto già espresso dalla giurisprudenza, ossia la necessità di un "*fare*" nell'appalto (fornitura di un'opera o un servizio mediante impiego di mezzi e assunzione in proprio dei rischi); mentre di un "*dare*" nella somministrazione, vale a dire la fornitura di forza lavoro affinché l'utilizzatore ne fruisca secondo le proprie necessità e nel proprio contesto produttivo. Con particolare riguardo all'elemento "rischio d'impresa", ricordiamo che la stessa circolare n. 5/2011, a proposito di indici rivelatori della sussistenza di tale rischio, ha indicato (in modo volutamente non esaustivo) la presenza di un'attività imprenditoriale evidente e comprovata, esercitata abitualmente da parte dell'appaltatore e l'esercizio della predetta attività nei confronti di più committenti da più tempo o nel medesimo arco di tempo considerato.

Più di recente, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1571 del 12 marzo 2018, ha fornito importanti indicazioni affermando che è elemento determinante per valutare la linea di confine tra appalto genuino e somministrazione di personale, la mancanza da parte del personale della ditta appaltatrice di un know-how specifico, ovvero di un patrimonio di conoscenze e di pratiche di uso non comune, tale da far emergere un apporto qualitativo specifico, riconducibile all'appalto di servizio. Secondo il Consiglio di Stato, sono indici sintomatici dell'appalto fittizio:

- la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro;
- l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente
- la mancata identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente;
- la proprietà, in capo al committente, delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività;
- l'organizzazione, da parte del committente, delle attività dei dipendenti dell'appaltatore.

La pronuncia del Consiglio di Stato ci offre l'opportunità di esaminare con maggior dettaglio gli indici sintomatici di un appalto fittizio.

In ordine al primo indice, si sottolinea innanzitutto che le richieste da parte del committente, vanno qualificate come "servizi" e non come numero di ore annue. Tale valutazione tende, infatti, a svelare il reale intento delle parti, vale a dire il ricorso ad un vero contratto di appalto ovvero la

dissimulazione di operazioni che mirano esclusivamente alla ricerca di personale da inserire stabilmente nel ciclo produttivo del committente per integrarne il personale interno. Detto comportamento si configura come attività di mero ausilio all'organico già in forza presso il committente, con la fornitura di ulteriori unità lavorative, anziché mirare alla realizzazione di un determinato servizio o al compimento di un'opera. Per completezza si ricorda che, laddove l'appalto abbia ad oggetto "*intere linee di attività*" e non singole collaborazioni in sostituzione di personale, va valutata l'effettiva autonomia delle predette linee, sulla base di elementi di supporto concreti, eventualmente ricavabili dal disciplinare o dal capitolato di gara, onde verificare le reali differenze e la mancanza di omogeneità di contenuto tra le prestazioni svolte dal personale stabilmente inserito nell'organico del committente e quelle appaltate.²

L'effettivo potere **organizzativo** e **direttivo** deve essere esercitato dall'appaltatore, al quale spetta la piena gestione dei lavoratori coinvolti nell'appalto. A tale proposito, la giurisprudenza³ ha ritenuto indici sintomatici di appalto non genuino alcuni elementi, tra cui, a titolo esemplificativo e non esaustivo, ricordiamo:

- la sovrapposizione dell'orario di lavoro tra i dipendenti dell'appaltatore e quelli del committente;
- il pagamento delle retribuzioni dei dipendenti dell'appaltatore da parte del committente;
- il controllo diretto sui dipendenti dell'appaltatore da parte di soggetti preposti del committente;
- la richiesta di ferie o permessi presentata dai dipendenti dell'appaltatore direttamente al committente;
- la scelta del numero dei dipendenti da utilizzare rimessa al committente;
- la cura delle relazioni sindacali dei dipendenti dell'appaltatore da parte del committente.

Ancora, in merito all'individuazione dei requisiti di legittimità, per "*l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore*" va intesa la messa a disposizione dell'appaltatore dei mezzi e delle attrezzature per la fornitura del servizio o per il compimento dell'opera richiesta dal committente. Pertanto, laddove tali strumenti siano riferibili totalmente al

² Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1571.

³ Ex plurimis Cassazione civile sez. lavoro 16 ottobre 2013, n. 23522; Cass. 27 marzo 2017, n. 7796.

committente, l'apporto dell'appaltatore diventa marginale e di conseguenza non è plausibile parlare di appalto.⁴

Si sottolinea, inoltre, che la valutazione dei requisiti di legittimità di un contratto di appalto, assume un grado di complessità maggiore in presenza di appalto c.d. endoaziendale, ossia per quelle fattispecie in cui il committente affida a un terzo, estraneo all'azienda, una parte delle lavorazioni o delle attività relative al ciclo produttivo. In tali casi le lavorazioni vengono eseguite all'interno dell'azienda committente, pertanto risulta meno immediata l'individuazione degli indici rivelatori di un appalto illecito.⁵

Da quanto sin qui descritto consegue che l'attività appaltata deve risultare come autonoma attività imprenditoriale e, all'interno del contratto di appalto, va data evidenza di un'attività "progettuale" e delle relative modalità con cui è organizzato lo svolgimento dell'opera o del servizio.

Ricordiamo, in tal senso, che anche le modalità di coordinamento tra le imprese rappresentano l'indice rivelatore di un appalto fittizio. In sintesi, tanto più dette modalità risultano carenti di misure idonee ad evitare la commistione e l'interferenza tra lavoratori, tanto meno genuino appare l'appalto.

Per quanto invece riguarda le competenze del personale impiegato, ricordiamo che, tra gli elementi determinanti all'individuazione delle differenze tra l'appalto genuino e la mera somministrazione di personale, occorre valutare anche la presenza di un know-how specifico del personale della ditta appaltatrice rispetto a quello già in organico presso il committente. Si tratta di conoscenze specifiche, di pratiche di uso non comune e di un patrimonio di competenze dalle quali emerga un apporto qualitativo specifico diverso da una mera fornitura di manodopera.

Infine, in merito all'elemento "rischio di impresa" dell'appaltatore, giova ribadire che esso deve essere valutabile sulla base di alcuni elementi sintomatici, tra i quali:

- presenza di investimenti a carico dell'appaltatore che sopporta i costi di acquisto di beni e materiali e organizza in proprio i mezzi necessari all'esecuzione della prestazione richiesta;

⁴ Di interesse Cass.31 dicembre 1993, n. 13015 dove la Corte ammette l'apporto del committente in misura minima senza stravolgere o pregiudicare la capacità organizzativa dell'appaltatore che tuttavia conferisce capitale non impiegato in costo del lavoro, know-how, software ed altri beni immateriali.

⁵ La Corte di Cassazione con pronuncia n. 3178 del 7 febbraio 2017, in caso di appalto endoaziendale, ha individuato gli elementi imprescindibili per la valutazione di un appalto genuino nell'effettivo esercizio del potere organizzativo della prestazione lavorativa e nell'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore; ha invece conferito importanza secondaria l'elemento dell'organizzazione "amministrativa" dei rapporti di lavoro da parte dell'azienda appaltatrice e l'esercizio del potere disciplinare di quest'ultima.

- apporto di capitale che non sia riconducibile esclusivamente alle retribuzioni ed al costo del lavoro ma inteso quale know-how e beni immateriali che presentino un elevato grado di rilevanza nell'economia dell'appalto;
- evidenza nel contratto di appalto del fatto che il compenso sia riferito al servizio richiesto o al compimento dell'opera e non ad un numero di ore di lavoro prestate;
- la presenza di idonea copertura assicurativa a tutela degli infortuni subiti dai dipendenti.

2. APPALTO E DISTACCO: ASPETTI DISTINTIVI

Considerati gli elementi che caratterizzano l'appalto, come sin qui delineati, tra le altre forme di esternalizzazione il distacco (o comando), trova la propria definizione nell'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 che ha dato riconoscimento normativo a un istituto già delineato dalla giurisprudenza e dalla prassi aziendale. Dalla precedente elaborazione giurisprudenziale, infatti, venivano evidenziati gli elementi peculiari che legittimano il distacco, ossia il carattere temporaneo, l'interesse del distaccante e un'attività lavorativa determinata.

L'articolo 30 del D.Lgs. n. 276/2003 ha disposto che il distacco *"si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa"*.

La verifica della liceità del distacco non può prescindere dall'analisi dei requisiti sostanziali che lo caratterizzano, non soltanto sulla base di quanto disposto dal D.Lgs. n. 276/2003 ma anche per quanto emerge dalle interpretazioni offerte dalle circolari del Ministero del Lavoro susseguitesi negli anni e da una consolidata giurisprudenza in materia.

Con particolare riferimento all'elemento "interesse", giova innanzitutto precisare che esso deve essere specifico, persistente, rilevante e concreto. In realtà, la norma nulla specifica sull'argomento, sicché, come già affermato, sono la giurisprudenza e la prassi del Ministero del Lavoro ad approfondire le caratteristiche che legittimano il ricorso al distacco. L'interesse deve essere riconducibile a ragioni produttive ed avere carattere oggettivo, inoltre deve perdurare per tutta la durata del distacco⁶.

Secondo le interpretazioni ministeriali, il distacco deve essere riferito ad un'attività lavorativa determinata e non generica, quale diretta conseguenza del requisito dell'interesse. Detto requisito, apprezzabile dall'esterno dei rapporti tra le parti in causa, può assumere connotazioni organizzative o produttive del distaccante ma non può consistere in ragioni

⁶ Cfr. Cass. 3 giugno 2000, n. 7450.

puramente economiche poiché, in tal caso, configurerebbe l'ipotesi di mera somministrazione di manodopera che, per essere lecita, necessita di autorizzazione ex art. 4, D.Lgs. n. 276/2003. Si aggiunga che l'interesse non va inteso in senso esclusivamente economico, peraltro la giurisprudenza ha precisato che esso può fondarsi anche su esigenze di formazione del personale dipendente⁷ o avere natura solidaristica⁸.

Per quanto attiene all'altro requisito, quello della temporaneità del distacco, è bene precisare che essa va intesa quale elemento funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante e non è da interpretare in senso strettamente correlato alla durata del distacco. In altre parole, il termine "*temporaneamente*" non è da intendere come brevità della durata del distacco ma afferma il carattere non definitivo dello stesso.

Da quanto sin qui delineato, emerge una sostanziale differenza tra l'istituto dell'appalto e quello del distacco. Nel primo ricordiamo essere necessario il compimento di un'opera o di un servizio da parte dell'appaltatore, con propria organizzazione di mezzi e con assunzione in proprio del rischio; cosa ben diversa dalla mera messa a disposizione di manodopera impiegata per la relativa esecuzione. L'appaltatore deve essere necessariamente un imprenditore (art. 2082 c.c.), il distaccante, ai sensi del comma 2 dell'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003, resta invece un datore di lavoro a cui fa carico la responsabilità del trattamento economico e normativo dei lavoratori comandati.

È palese la differenza anche nell'elemento "interesse" che nel distacco è quello del soggetto distaccante mentre, nel caso dell'appalto, è quello del committente alla corretta esecuzione dell'opera o del servizio. È evidente che in mancanza dell'elemento "interesse" si configura l'ipotesi di distacco illecito e di somministrazione di manodopera senza la prescritta autorizzazione.

Nelle ipotesi più comuni, le condotte illecite sono facilmente riscontrabili in quelle operazioni che portano all'utilizzo di lavoratori pseudo-distaccati presso il loro ex datore di lavoro con la complicità di soggetti terzi qualificabili come distaccanti fittizi; ovvero le ipotesi di distacco realizzati allo scopo di aggirare il divieto di subappalto nell'ambito di contratti di appalto, in particolar modo nel settore pubblico.

3. CONSEGUENZE CIVILISTICHE IN CASO DI APPALTO NON GENUINO

La disamina sin qui proposta, evidenzia i requisiti formali e sostanziali che contraddistinguono l'appalto genuino in carenza dei quali si configura

⁷ Cfr. Cass. 26 aprile 2006, n. 9557.

⁸ Cfr. Cass. 17 gennaio 2001, n. 594.

l'ipotesi di somministrazione illecita dell'appaltatore e utilizzo illecito di manodopera da parte del committente. A tale fattispecie, come noto, conseguono importanti riflessi che coinvolgono entrambi i soggetti ma anche i lavoratori. È proprio ai lavoratori che la legge riconosce particolari tutele a seguito di procedure di esternalizzazione illegittime. L'art. 1676 c.c. prevede che i dipendenti dell'appaltatore possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto loro dovuto, fino a concorrenza del debito del committente verso l'appaltatore. Sotto il profilo civilistico il lavoratore interessato, può richiedere, mediante ricorso giudiziale ex art. 414 c.p.c., la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dello pseudo committente.

In base al D.Lgs. n. 276/2003, art. 29, comma 3-bis: *“Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1 del decreto legislativo 276/03, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2”*.

Come chiarito anche dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con circolare 11 luglio 2018, n. 10, le violazioni relative ad appalti non genuini, per inadempienze retributive e contributive, per effetto della avvenuta depenalizzazione operata dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, integrano ipotesi di illecito amministrativo per le quali trova applicazione la sanzione di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro, sia nei confronti dello pseudo-appaltatore che nei confronti del committente (utilizzatore) e la violazione che nell'importo complessivo non può essere inferiore ad euro 5.000 né superiore ad euro 50.000, non è diffidabile ex art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004. Qualora venga accertato lo sfruttamento di minori nell'ambito dell'appalto illecito, permane la natura penale della sanzione con l'arresto fino a 18 mesi e l'ammenda fino ad euro 300 per ogni giorno e per ciascun lavoratore minorenni impiegato.

Nella predetta circolare l'Ispettorato Nazionale del Lavoro sottolinea che il riconoscimento del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore non è automatico ma, citando la sentenza n. 25014/2015 della Corte di Cassazione, è subordinato al *“fatto costitutivo dell'instaurazione del rapporto di lavoro su domanda del lavoratore”*.

La stretta relazione tra appalto illecito e somministrazione fraudolenta viene ulteriormente sottolineata nella recente circolare n. 3 del 11 febbraio 2019, con cui l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha integrato i contenuti della circolare n. 10/2018 fornendo anche indicazioni riguardo alla decorrenza dell'apparato sanzionatorio successivo all'entrata in vigore del c.d. Decreto Dignità in materia di somministrazione fraudolenta collegata alle ipotesi di appalto illecito. Ricordiamo che in sede di conversione del Decreto Dignità, la legge n. 96/2018 ha reintrodotto, a far data dal 12 agosto

2018, il reato di somministrazione fraudolenta, inserendo l'art. 38-bis al D.Lgs. n. 81/2015, se quest'ultima è posta in essere con la *"specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo"*.⁹ Detta fattispecie contravvenzionale, dunque di natura penalmente rilevante, si contrappone al sistema di sanzioni amministrative a cui si è fatto cenno poc'anzi, scaturito dalla citata opera di depenalizzazione effettuata dal D.Lgs. n. 8/2016.

Viene ribadito il carattere permanente del reato di somministrazione fraudolenta vale a dire che la condotta antigiuridica perdura per l'intero arco temporale della somministrazione e la sua consumazione coincide con la cessazione della condotta. Ciò assume rilievo al fine della corretta individuazione della normativa applicabile, escludendo qualunque valenza retroattiva. Per condotte iniziate prima del 12 agosto 2018, proseguite dopo tale data, il reato si configura soltanto a decorrere dalla medesima data ed il calcolo della sanzione si effettua per le sole giornate successive ad essa. A fronte dell'illecito in esame, è prevista la sanzione penale dell'ammenda pari a 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ogni giornata di somministrazione, ferma restando la sanzione amministrativa prevista nelle ipotesi di somministrazione illecita ex art. 18 del D.Lgs. n. 276/2003.

Sul piano operativo, la comminazione della sanzione non richiede solo la sussistenza della condotta prevista, ma anche l'esistenza di una condotta posta in essere con specifica finalità elusiva. Risulta particolarmente rilevante l'assioma secondo il quale *«il ricorso ad un appalto illecito – e quindi alla somministrazione di lavoro in assenza dei requisiti di legge – già costituisce, di per sé, elemento sintomatico di una finalità fraudolenta, che il Legislatore ha inteso individuare nella elusione di “norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore”»*.

La circolare n. 3/2019 continua poi nel tentativo di specificare cosa si intende per elusione di *"norme inderogabili di legge o di contratto collettivo"* e cita a titolo esemplificativo *"quelle che stabiliscono la determinazione degli imponibili contributivi (art. 1, comma 1, del D.L. 338/1989) o, più direttamente, in quelle che introducono divieti alla somministrazione di lavoro (art. 32, D.Lgs. n. 81/2015) o prevedono determinati requisiti per la stipula del contratto (art. 32, D.Lgs. n. 81/2015) o, ancora, specifici limiti alla somministrazione (artt. 31 e 33 del D.Lgs. n. 81/2015)"*.

La circolare, che non si limita a ricostruire le condotte riscontrabili nell'ambito dello schema negoziale dell'appalto ma interviene anche su analoghe condotte operate nell'ambito di distacco nazionale e trans-nazionale nonché nell'ambito di operazioni compiute coinvolgendo agenzie di somministrazione autorizzate, nello specifico ambito dell'appalto

⁹ In effetti la reintroduzione del reato in questione non è una novità poiché il reato di somministrazione fraudolenta era già previsto dall'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003 poi abrogato dall'art. 55 del D.Lgs. n.81/2015, come chiarito nella circolare INL.

continua tuttavia, affermando che *"A fronte dell'utilizzo illecito dello schema negoziale dell'appalto, il conseguimento di effettivi risparmi sul costo del lavoro derivanti dalla applicazione del trattamento retributivo previsto dal CCNL dall'appaltatore e dal connesso minore imponibile contributivo, così come una accertata elusione dei divieti posti dalle disposizioni in materia di somministrazione, risulta sicuramente sufficiente a dimostrare quell'idoneità dell'azione antiggiuridica che disvela l'intento fraudolento"*.

Nelle ipotesi di appalto (ma anche di distacco illecito), rinvenuti gli elementi di frodolenza, il personale ispettivo contesta la violazione amministrativa e adotta la prescrizione obbligatoria volta a far cessare la condotta antiggiuridica attraverso l'assunzione dei lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore per tutta la durata del contratto. Il potere di prescrizione obbligatoria è esercitabile nei confronti sia dello pseudo-appaltatore al quale va intimata l'immediata cessazione della condotta illecita, sia dello pseudo-committente al fine di regolarizzare i lavoratori subordinati impiegati nell'appalto fittizio. Nei confronti di quest'ultimo soggetto, in qualità di utilizzatore, il personale ispettivo può adottare la diffida accertativa per i crediti patrimoniali di lavoro ex art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004 in ragione delle differenze retributive effettivamente dovute e non corrisposte, sulla base di quanto stabilito dal CCNL applicato dallo stesso utilizzatore.

Infine, precisando in ordine al provvedimento di prescrizione obbligatoria e di diffida accertativa¹⁰ nella circolare n. 3/2019, l'INL aggiorna le indicazioni fornite con la precedente circolare n. 10/2018 che restano valide limitatamente ai casi in cui l'appalto non risulti genuino a causa dell'assenza dei requisiti previsti dall'art. 1655 c.c.. La circolare n. 3/2019 chiarisce *"A tal fine, del resto, non appare ostativa la previsione di cui al comma 3 bis dell'art. 29 che si riferisce espressamente alle ipotesi di appalto non genuino di cui al comma 1 e non anche alla fattispecie di cui all'art. 38 bis del D.Lgs. n. 81/2015"*.

¹⁰ Secondo quanto espresso nella precedente circolare INL n. 10/2018, l'inerzia del lavoratore che non eserciti l'azione di cui all'art. 414 c.p.c., al di fuori delle ipotesi di imputazione automatica del rapporto di lavoro per la mancanza di forma scritta nel caso di somministrazione (art. 38, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015), determina la possibilità di emettere il provvedimento di diffida accertativa per le retribuzioni non correttamente corrisposte, esclusivamente nei confronti dello pseudo-appaltatore. Al contrario, sotto il profilo contributivo, il recupero contributivo non è vincolato all'azione del lavoratore tesa al riconoscimento del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, pertanto gli obblighi previdenziali gravano sul datore di lavoro di fatto, fatti salvi i pagamenti già effettuati dallo pseudo-appaltatore. Sul punto la circolare INL n.10/2018 sottolinea che l'orientamento è in linea con i principi tracciati dalla Corte Costituzionale con sentenza 6 dicembre 2017, n. 254 in materia di responsabilità solidale ex art. 29, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003, che tende ad evitare che i sistemi di decentramento e dissociazione tra datore titolare del contratto di lavoro e soggetto utilizzatore di fatto della prestazione, si risolvano a danno dei lavoratori.

4. IL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE

La somministrazione di lavoro è una particolare forma contrattuale, disciplinata dall'art. 30 del D.Lgs. n. 81/2015 con cui un'agenzia di somministrazione, autorizzata ai sensi dell'art. 4, comma 1 del D.Lgs. n. 276/2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti che, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore. Sono di immediata evidenza gli elementi che qualificano detta forma contrattuale:

- il rapporto tra tre distinti soggetti (agenzia, utilizzatore e lavoratore);
- l'attività del lavoratore svolta nell'interesse dell'utilizzatore.

Riguardo al primo elemento, il rapporto trilaterale necessita di due distinti rapporti contrattuali: il primo di tipo commerciale, tra l'agenzia di somministrazione e l'utilizzatore (contratto di somministrazione); il secondo, di lavoro subordinato tra l'agenzia e il lavoratore (contratto di prestazione).

In relazione alle obbligazioni relative alla particolare forma di contratto in esame, è possibile riassumere come segue:

- l'agenzia somministratrice è il soggetto obbligato a pagare direttamente la retribuzione al lavoratore ed a versare i contributi previdenziali ed assistenziali;
- l'utilizzatore è tenuto a comunicare all'agenzia tutti gli elementi utili a determinare la retribuzione ed al calcolo dei contributi che andranno poi rimborsati alla stessa agenzia;
- l'utilizzatore esercita il potere di direzione e di controllo sui lavoratori somministrati con obbligo di comunicare all'agenzia le eventuali fattispecie che possano dar luogo a provvedimenti disciplinari (art. 35, comma 6, D.Lgs. n. 81/2015);
- vi è responsabilità in solido tra agenzia e utilizzatore per il pagamento delle retribuzioni al lavoratore in caso di inadempimento da parte dell'agenzia, salvo successiva rivalsa;
- deve esserci fatturazione da parte dell'agenzia, al termine del rapporto commerciale, dei costi per le retribuzioni corrisposte, dei contributi versati e del corrispettivo per il servizio fornito;
- c'è l'obbligo da parte dell'agenzia di comunicare per iscritto al lavoratore, all'atto della stipulazione del contratto ovvero dell'invio in missione, le informazioni sul contenuto del contratto di somministrazione.

Il contratto di somministrazione è l'atto con cui vengono disciplinati i rapporti tra l'agenzia di somministrazione e l'utilizzatore. Esso va stipulato in forma scritta a pena di nullità e, in difetto, i lavoratori saranno considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 38, comma 1). Nel contratto devono essere indicati gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore, il numero dei lavoratori da somministrare, la data di inizio e la durata prevista, le mansioni ed il loro inquadramento, il luogo e l'orario di lavoro, il trattamento economico e normativo spettante ed i rischi legati alla salute ed alla sicurezza nonché le misure adottate per la loro prevenzione. In ordine a quest'ultimo aspetto si sottolinea che, ai sensi dell'art. 26, comma 5 del D.Lgs. n. 81/2015, nel contratto di somministrazione devono essere obbligatoriamente riportati i "*costi relativi alla sicurezza del lavoro*".

La classificazione dei lavoratori somministrati, sulla base di quanto stabilito dal CCNL delle agenzie di somministrazione di lavoro, prevede tre gruppi omogenei, in relazione ai differenti contenuti professionali:

- Gruppo A - comprende i lavoratori di elevata professionalità quali dirigenti, quadri e direttivi;
- Gruppo B - comprende lavoratori di concetto, operai specializzati o corrispondenti alle categorie intermedie con autonomia operativa ma non decisionale e con elevato livello di conoscenze teorico-pratiche;
- Gruppo C - comprende i lavoratori qualificati e d'ordine che prestano l'attività sotto la guida e il controllo di altri.

Ricordiamo che, in realtà, il lavoratore somministrato subisce un doppio inquadramento: il primo all'atto dell'assunzione da parte dell'agenzia somministratrice; il secondo all'atto di ogni missione in relazione alle prestazioni che sarà chiamato a svolgere.

Il contratto di somministrazione può essere instaurato a tempo determinato o indeterminato (c.d. staff leasing). Nella somministrazione a termine, salvo diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore e fermo restando il limite quantitativo per i contratti a termine stabilito dall'art. 23, D.Lgs. n. 81/2015, il numero dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato ovvero con contratto di somministrazione a tempo determinato non può eccedere, complessivamente, il 30% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei contratti. La somministrazione di lavoro a tempo determinato è in ogni caso esente da limiti quantitativi quando il lavoratore rientri in una delle seguenti categorie:

- lavoratori di cui all'art. 8, comma 2, Legge n. 223/1991 (norma peraltro abrogata dalla Legge Fornero dal 1 gennaio 2017);

- soggetti disoccupati che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o ammortizzatori sociali;
- lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi dell'art. 2, n. 4) e 99), Reg. UE n. 651/2014 come individuati dal D.M. 17 ottobre 2017.

Nella somministrazione a tempo indeterminato, salva diversa previsione dei contratti collettivi, il numero dei lavoratori somministrati a tempo indeterminato non può eccedere il limite del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1 gennaio dell'anno di stipulazione del contratto (o alla data del contratto di somministrazione per le attività iniziate in corso d'anno). Possono, inoltre, essere somministrati a tempo indeterminato soltanto i lavoratori assunti a loro volta dall'agenzia di somministrazione con contratto a tempo indeterminato.

In relazione agli aspetti retributivi, ai lavoratori somministrati deve essere garantito un trattamento retributivo non inferiore a quello previsto, a parità di livello, per i dipendenti dell'utilizzatore, secondo la contrattazione collettiva applicata da quest'ultimo. La retribuzione dei lavoratori somministrati viene erogata con periodicità mensile sulla base delle ore lavorate e di quelle contrattualmente dovute nel corso di ciascun mese dell'anno; la peculiarità del settore si riscontra invece nel calcolo del divisore orario mensile poiché il coefficiente per detto divisore viene calcolato moltiplicando l'orario settimanale aziendale per 52 e dividendo il risultato per 12. Per i lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore invece si applica il divisore previsto dal contratto collettivo applicato in azienda. Per completezza, il nuovo CCNL per le agenzie di somministrazione firmato il 21 dicembre 2018 ha introdotto norme che di fatto limitano gli effetti del Decreto Dignità che, come noto, ha ridotto la durata massima del contratto a termine ed ha previsto nuovi limiti per la prosecuzione del rapporto.

5. DALL'INTERPOSIZIONE FITTIZIA ALLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE

Come si è già avuto modo di precisare, l'appalto, la somministrazione di lavoro e il distacco rappresentano le uniche tre ipotesi, espressamente previste dal nostro ordinamento positivo, nelle quali si verifica una dissociazione fra datore di lavoro, in senso formale, obbligato - per l'effetto - agli adempimenti e versamenti afferenti il rapporto giuridico-previdenziale e fiscale, ed il soggetto utilizzatore/fruttore della prestazione lavorativa.

Nella somministrazione e nel distacco si registra anche una ripartizione dei tipici poteri datoriali (direttivo-organizzativo e di controllo, in capo

all'utilizzatore/distaccatario; disciplinare per il somministratore/distaccante).

Ciò spiega la ragione per la quale, nel tempo, il legislatore ha ritenuto di istituire un sistema di garanzie per il lavoratore a tutela dei diritti di quest'ultimo, in particolare per quanto attiene la retribuzione e l'accredito dei contributi previdenziali ed assistenziali, quest'ultimo - invero - anche a tutela della collettività per l'assolvimento dei bisogni dei lavoratori gravanti sullo Stato ex art. 38, comma 2, della Costituzione.

L'insieme delle norme che, nel corso degli anni, si sono sedimentate, in uno alla Giurisprudenza di legittimità, alla documentazione di prassi ed alla recente interpretazione della Corte costituzionale, portano ad affermare che il comune denominatore dei prefati istituti giuridici e, più in generale, di tutte le fattispecie nominate in cui si verifica un processo di "decentramento" produttivo/organizzativo, sia la responsabilità solidale, retributiva e contributiva.

In virtù di detta "solidarietà" il lavoratore, quanto agli aspetti retributivi, è facultato ad agire, indifferentemente ed in via diretta, sul soggetto (committente, appaltatore, subappaltatore, distaccante, distaccatario, somministratore e utilizzatore) che ritiene più solvibile.

In realtà, l'originaria disciplina codicistica era intrisa di divieti, basti pensare all'art.2127 c.c. che vietava¹¹ 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.

Nondimeno, la successiva legge 1369/60 – c.d. "interposizione fittizia" - vietava qualsiasi forma di affidamento di "mere esecuzioni di lavoro", con ciò intendendosi la erogazione di sola manodopera assunta e retribuita da qualsiasi intermediario (imprenditore, dipendente, appaltatore, ecc) che avesse impiegato capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso avesse corrisposto un compenso all'appaltante. La violazione del predetto divieto comportava che il soggetto effettivo beneficiario delle prestazioni lavorative assumesse la qualità di datore di lavoro, oltre alla applicazione delle sanzioni penali all'imprenditore/appaltatore e intermediario coinvolti.

L'imprenditore poteva lecitamente, senza incorrere nel divieto di "interposizione fittizia", affidare a soggetti terzi (imprenditori, dotati cioè con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio), mediante contratto di appalto, il compimento di un'opera o di un servizio, così come previsto dall'art. 1655 c.c.

L'appalto è, dunque, l'istituto giuridico che, prima degli altri, ha trovato una sua specifica (ed attuale) disciplina già nel 1942.

Il legislatore dell'epoca si era già preoccupato di individuare una "primitiva" forma di "responsabilità-solidarietà retributiva" con l'art. 1676, disposizione

¹¹ L'utilizzo dell'imperfetto deriva non dal fatto che la predetta disposizione sia stata abrogata ma che la attuale normativa assorbe anche la fattispecie codicistica.

tutt'ora in vigore ed applicabile - per concorde posizione giurisprudenziale - agli appalti pubblici.

Infatti, è ivi previsto in favore di *“coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio”* di potere *“proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda”*.

È evidente che detta disposizione incontra due limiti concatenati che ne ridimensionano l'efficacia. In particolare:

- 1) il committente risponde nei limiti di quanto ancora dovuto all'appaltatore, il che riduce la garanzia in presenza di più lavoratori (subordinati);
- 2) il lavoratore (solo subordinato) dovrà proporre domanda (giudiziaria) velocemente, quindi verosimilmente durante il rapporto, per evitare che il committente esegua l'intero pagamento all'appaltatore ovvero che altri lavoratori si muovano in anticipo ed assorbano la capienza massima della garanzia.

Il cambiamento nei sistemi di produzione e l'influenza della sempre più vicina Europa, hanno indotto il legislatore del 1997, proprio mutuando esperienze già maturate in altri paesi, ad introdurre il c.d. “lavoro interinale”. La legge 196/97, c.d. “pacchetto Treu”, introduceva –per la prima volta– una deroga al divieto di interposizione di manodopera. In sostanza si prevedeva che determinate società (appositamente autorizzate dal Ministero del Lavoro previo riscontro di rigorosi requisiti) potessero assumere lavoratori con contratto di lavoro temporaneo per metterli, con contratto di fornitura, a disposizione di un altro soggetto che ne utilizzava la prestazione. Le ipotesi erano circoscritte e limitate.

Tuttavia, la legge del 1960, la “ridotta portata” della garanzia codicistica in materia di appalti, l'esperienza del “lavoro interinale”, in uno al mutato contesto storico e produttivo, in cui si registravano fenomeni di decentramento produttivo, in ragione anche della specialità e della informatizzazione del lavoro, hanno poi indotto il legislatore del 2003 a revisionare il meccanismo di “decentramento del lavoro”.

Cadeva, così, con il decreto delegato 276/2003, la legge 1369/1960 e l'interinale e nascevano il “lavoro somministrato”, “il distacco”¹². Prendeva, inoltre, corpo la responsabilità solidale, ex art. 29 comma 2.

In particolare, l'abrogazione della legge 1369/1960 non deve indurre l'interprete a ritenere cancellata la “interposizione fittizia di manodopera”, così come peraltro *ex professo* (ri)affermato dalla **Corte di cassazione con la sentenza n. 2990 del 7 febbraio 2018** in cui testualmente si afferma: “*va,*

¹² Quest'ultimo invero era già presente e molto utilizzato –di fatto- nei c.d. “gruppi imprenditoriali”, nei quali, cioè, per soddisfare esigenze tecnico, produttive ed organizzative, si assisteva ad uno spostamento di dipendenti, in particolare, fra società collegate/controllate .

*preliminarmente, ricordato che **la fattispecie in esame dell'interposizione di manodopera è regolata dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 29** (come modificato dalla L. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 911). Il richiamato decreto legislativo, pur nella ridefinizione dei confini del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro - che, originariamente previsto ex art. 2127 c.c., soltanto per i lavori a cottimo, era stato poi esteso ad ogni attività di lavoro subordinato dalla L. 23 ottobre 1960, n. 1369, art. 1 (poi abrogata dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 85, comma 1, lett. c) - **ha ribadito la sostanza del divieto di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro**, dettando la disciplina degli strumenti leciti all'interno della vicenda interpositoria (appalti, somministrazione, distacco), nonché quella sanzionatoria nelle ipotesi di somministrazione irregolare e appalto non genuino”.*

In sostanza, con il decreto 276 - in particolare l'art. 29 comma 1 - vengono tracciati, come già precisato, i confini fra appalto e somministrazione e, quanto al primo, i requisiti di “genuinità”¹³ che, in chiave più moderna, reinterpretano le disposizioni di cui all'art. 2127 c.c. e della abrogata legge 1369/60. In maniera speculare, viene previsto, in favore del lavoratore, lo specifico rimedio di cui all'art. 29, comma 3-bis.

Quindi, come già ricordato, al lavoratore è rimessa la facoltà di agire, nei confronti dell'effettivo utilizzatore, con azione ex art. 414 c.p.c. (ricorso innanzi al Giudice del Lavoro) per la costituzione del rapporto (*ex tunc*) alle dipendenze dello (pseudo)committente/utilizzatore.

La formulazione letterale della disposizione in commento esclude, così come anche specificato dalla circolare n. 10 dell'11 luglio 2018 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, la possibilità per l'ispettore di ricondurre (in assenza dell'azione del lavoratore) il rapporto di lavoro alle dipendenze dello pseudo committente/utilizzatore¹⁴. Infatti, nel predetto documento di prassi, sotto un profilo retributivo, viene evidenziato che la eventuale diffida accertativa per crediti patrimoniali ex art. 12 del d.lgs. 124/2004 può essere emessa soltanto nei confronti dello pseudo-appaltatore (titolare del formale rapporto di lavoro).

Diversamente, sotto il profilo contributivo, così come già statuito dalla giurisprudenza nomofilattica¹⁵, il recupero va fatto nei confronti dell'effettivo fruitore, *recte* il datore di lavoro effettivo, a prescindere dalla diretta imputabilità del rapporto di lavoro, considerato che l'obbligazione

¹³ Organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio 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.

¹⁴ Come, *ex adverso*, avveniva con la legge 1369/1960 – in cui all'art. 1 u.c. si prevedeva testualmente: *i prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni.*

¹⁵ *Ex pluribus*, Cassazione sentenze 20/2016 e 463/2012, richiamate nella circolare INL 10/2018.

contributiva nasce direttamente dalla legge ed è sottratta alla disponibilità delle parti.

5.1. Responsabilità solidale: l'evoluzione legislativa

La presenza, *ex adverso*, di un appalto (genuino) consente al lavoratore di poter invocare la responsabilità solidale, come delineata dall'art. 29 comma 2 del decreto legislativo 276/2003.

È bene precisare subito che **detta responsabilità solidale opera**, per espressa previsione normativa¹⁶, **solo per gli appalti privati e nei confronti dei committenti imprenditori**. Stante il disposto di cui all'art. 9 comma 1 del D.L. 76/2013 convertito da Legge 99/2013, richiamante le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, **deve ritenersi applicabile per gli appalti stipulati da società partecipate da enti pubblici**.

Solo per completezza, si segnala che in materia di appalti pubblici, secondo le previsioni di cui al decreto legislativo 50/2016 (codice degli appalti), nel testo novellato dal d.lgs. 56/2017, opera il meccanismo dell'intervento diretto di cui all'art. 30 commi 5 e 6 cui si rinvia.

L'art. 29 comma 2 del decreto legislativo 276/2003, è stata più volte oggetto di modifiche legislative.

Una efficace e sintetica esegesi storica è offerta dalla recentissima **sentenza n. 444 del 10 gennaio 2019** che testualmente si ripropone.

Il testo, vigente *ratione temporis*, della disposizione normativa a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 911, recita: *"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"*.

Successivamente, negli anni dal 2012 al 2014 il regime della responsabilità solidale è stato modificato con sei successivi interventi legislativi, che, dapprima, hanno definito con maggior chiarezza l'area dei crediti e prevedendo la sussidiarietà dell'obbligazione solidale (D.L. n. 5 del 2012, art. 21, comma 1, convertito in L. n. 35 del 2012), poi hanno dettato una disciplina autonoma con riguardo alla responsabilità solidale per il versamento all'Erario delle ritenute sui redditi e dell'imposta sul valore aggiunto scaturente dalle fatture inerenti alle prestazioni effettuate

¹⁶ Art. 1 comma 2 del decreto legislativo 276/2003 laddove è precisato che *il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale*; in maniera più pregnante art. 9 comma 1 D.L. 76/2013 convertito da Legge 99/2013 in cui si prevede espressamente *le medesime disposizioni non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*.

nell'ambito del subappalto (D.L. n. 83 del 2012, art. 13-ter, comma 1, convertito in L. n. 134 del 2012), poi ancora hanno conferito alla contrattazione collettiva la possibilità di derogare alla solidarietà, prevedendo il litisconsorzio necessario con l'appaltatore e il beneficium excussionis (L. n. 92 del 2012, art. 4, comma 31). Successivamente è stata abrogata la regola concernente la responsabilità solidale per le imposte sul valore aggiunto (D.L. n. 69 del 2013, art. 50 convertito in L. n. 98 del 2013). Inoltre, si è intervenuti su questioni concernenti la responsabilità solidale ai crediti di lavoro autonomo, alle pubbliche amministrazioni e all'ampiezza derogatoria conferita alla contrattazione collettiva (D.L. n. 76 del 2013, art. 9 convertito in L. n. 99 del 2013). Infine, è stata rimossa la responsabilità solidale per i debiti fiscali (D.Lgs. n. 175 del 2014, art. 28, comma 2), poi infine, è stata soppressa la facoltà derogatoria della contrattazione collettiva (D.L. n. 25 del 2017, art. 2 convertito in L. n. 49 del 2017).

[Ciò posto, al fine di analizzare le caratteristiche ed il perimetro di intervento, si ripropone di seguito l'attuale formulazione della norma, con uno stralcio dall'ultimo citato intervento del 2017:](#)

*“Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti,] **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 subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento.** [Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori”.*

Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

5.2. La responsabilità solidale negli appalti: natura e perimetro operativo

Con la responsabilità solidale è consentito al lavoratore¹⁷ di poter esigere - entro due anni dalla cessazione dell'appalto -¹⁸ *i trattamenti retributivi comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali ed i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto* nei confronti del suo datore di lavoro (appaltatore/subappaltatore) e del committente imprenditore/appaltatore. **Il termine di due anni è stato interpretato dalla Giurisprudenza maggioritaria come di decadenza** entro cui è necessario depositare il ricorso presso la cancelleria del Giudice del Lavoro. Dunque, **non è stata ritenuta sufficiente una diffida stragiudiziale ovvero l'invio di un avviso bonario da parte dell'Istituto** di previdenza (per tutte Cassazione sentenza n. 19184 del 28 settembre 2016).

Lungi dal voler ricostruire la genesi giuridica della solidarietà nel diritto del lavoro, è chiaro che la riflessione vada *prime facie* rivolta alle obbligazioni solidali di matrice civilistica, ex art. 1292 c.c. Esse, come noto, sono caratterizzate da: a) pluralità di soggetti, b) identica prestazione dovuta (*eadem res debita*), c) unità della fonte obbligatoria (*eadem causa obligandi*). Tuttavia, è apparso poco persuasivo che l'identità di origine del vincolo obbligatorio possa essere individuata, al pari di parte della dottrina, nel collegamento funzionale tra il contratto di lavoro e quello di appalto. È stato, invece, argutamente osservato che nel contratto di appalto l'interesse del committente è verso l'opera o il servizio piuttosto che nella singola prestazione di lavoro, sicché l'istituto evocabile sarebbe più quello fideiussorio (adempimento di una obbligazione altrui ad opera di un terzo a seguito dell'infruttuosa escussione del patrimonio dell'obligato principale, ovvero anche in assenza del *beneficium excussionis*)¹⁹.

La Cassazione, con la **sentenza 10543 del 20 maggio 2016**, ha statuito che **"il committente, in forza dell'art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003, presta una garanzia in favore del datore di lavoro ed a vantaggio del lavoratore, adempiendo alla quale assolve ad un'obbligazione propria, istituita ex lege"**.

Di conseguenza, proprio perché **"adempie ad un'obbligazione propria nascente dalla legge, e, pertanto, non diviene avente diritto dal lavoratore"**, il committente **"è legittimato a surrogarsi nei diritti del lavoratore verso**

¹⁷ Per tale intendendosi non solo il subordinato, ex art. 2094 c.c. (in ciò una delle differenze con l'art. 1676 c.c.) ma anche, stante il richiamo dell'art. 9 comma 1 del D.L. 76/2013 ai lavoratori con contratto di lavoro autonomo.(*recte* i parasubordinati). Infatti, il Ministero del Lavoro, con la circolare 35/2013, ha precisato che la disposizione non vada applicata anche quei *lavoratori autonomi tenuti in via esclusiva all'assolvimento dei relativi oneri previdenziali*.

¹⁸ La previsione iniziale di 1 anno, con l'art. 1 comma 911 della l. 296/2006, è stata ampliata a due anni, risolvendo di tal guisa uno dei limiti evidenziati nell'azione ex art. 1676 c.c.

¹⁹ Cfr. Giovanna Caroselli, in Il Giurista del lavoro n. 2/2019, *"responsabilità in solido negli appalti: obbligazione diretta del terzo di natura accessoria"*.

l'appaltatore, ex art. 1203, n. 3, c.c., ma non ha titolo per ottenere l'intervento del Fondo di garanzia di cui all'art. 2 della l. n. 297 del 1982".

Parimenti, con la **sentenza n. 515 del 14 gennaio 2016 della Corte di cassazione**, è stato precisato che *«in materia di appalto, l'apertura del procedimento fallimentare nei confronti dell'appaltatore non comporta l'improcedibilità dell'azione precedentemente esperita dai dipendenti nei confronti del committente, ai sensi dell'art. 1676 c.c., per il recupero dei loro crediti verso l'appaltatore-datore di lavoro, atteso che la previsione normativa di una tale azione risponde all'esigenza di sottrarre il soddisfacimento dei crediti retributivi al rischio dell'insolvenza del debitore e, d'altra parte, si tratta di un'azione "diretta", incidente direttamente sul patrimonio di un terzo (il committente) e solo indirettamente su un credito del debitore fallito, sì da doversi escludere che il conseguimento di una somma, che non fa parte del patrimonio del fallito, possa comportare un nocumento delle ragioni degli altri dipendenti dell'appaltatore, che fanno affidamento sulle somme dovute (ma non ancora corrisposte) dal committente per l'esecuzione dell'opera appaltata; né tale situazione suscita sospetti di incostituzionalità, con riferimento all'art. 3 Cost. (letto in corrispondenza del principio della "par condicio creditorum"), non essendo irrazionale una norma che accordi uno specifico beneficio a determinati lavoratori, anche rispetto ad altri, per l'attività lavorativa dai medesimi espletata e dalla quale un altro soggetto (il committente) abbia ricavato un particolare vantaggio.*

Acclarato, dunque, che il committente (imprenditore) adempie ad una propria obbligazione, si rende necessario comprendere il perimetro di detta obbligazione. La norma fa riferimento ai *trattamenti retributivi comprese le quote di trattamento di fine rapporto*».

Sul punto, la Cassazione, **sentenza n. 10354 del 19 maggio 2016**, ha avuto modo di precisare che *«non può ritenersi compresa, nell'area dei debiti garantiti, l'indennità sostitutiva delle ferie non godute che, pur avendo natura mista (di carattere risarcitorio, compensando un danno derivante dalla mancata fruizione del riposo, e di carattere retributivo, attenendo al sinallagma contrattuale), va esclusa dal concetto di "trattamenti retributivi" da interpretarsi in senso restrittivo posto che il committente rimane estraneo alle vicende relative al rapporto tra lavoratore e appaltatore*».

Inoltre, detta garanzia opera soltanto per la prestazione resa dal lavoratore seppur nell'ambito dello specifico appalto stipulato da committente ed appaltatore (e subappaltatori).

La responsabilità riguarda, pertanto, solo i crediti maturati, come già declinati, in uno alla sola quota parte di TFR maturato dal lavoratore nell'ambito dello specifico appalto, ergo nel periodo di durata del contratto di appalto e in ragione della prestazione resa per la realizzazione dell'opera o del servizio commissionati.

Agli Enti previdenziali ed assistenziali, specularmente, è assicurata la possibilità di recuperare la porzione di contributi e premi non versati dall'appaltatore/subappaltatore inadempiente. La norma espressamente esclude da detto recupero le sanzioni civili connesse al mancato pagamento, atteso che la sanzione riveste carattere personale e, dunque, non è "ribaltabile" su altro soggetto.

Infine, la norma pone a carico del committente che abbia assolta alla obbligazione propria e, pertanto, abbia effettuato il pagamento delle retribuzioni e del TFR nei limiti indicati, l'onere proprio dei sostituti d'imposta. Quindi, questi sarà tenuto a calcolare, trattenere e versare le ritenute fiscali su quanto effettivamente pagato. Fermo il diritto di rivalsa. Infine, per completezza, si segnala che **l'art. 26 comma 4 del decreto legislativo 81/2008 prevede che**, ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, **l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo**. Le disposizioni in commento non si applicano ai danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici.

5.3. L'azione giudiziaria esperibile dal lavoratore e la posizione (debole) del committente

La attuale configurazione della norma legittima il lavoratore ad un'azione diretta nei confronti del committente imprenditore. È escluso sia il litisconsorzio necessario, ex art. 102 c.p.c., sia il beneficio della preventiva escussione, rispetto al datore di lavoro (appaltatore/subappaltatore): unico onere in capo al lavoratore è, come già precisato, quello di esperire l'azione entro il termine decadenziale di due anni dalla conclusione dell'appalto.

Ciò comporta che il committente possa trovarsi da solo a dover rispondere di trattamenti retributivi di cui non ha alcuna contezza (si pensi, per esempio, agli straordinari) e, parimenti, alcuna possibilità di una puntuale difesa.

Ebbene, tuttavia, questa situazione di "inferiorità giuridica" deve essere superata tenendo presente l'*esprit* della disposizione in commento.

Infatti, la *ratio* che sorregge la disposizione è quella di **incentivare un utilizzo più virtuoso del contratto di appalto, inducendo il committente a selezionare imprenditori affidabili e a controllarne successivamente l'operato per tutta la durata del rapporto contrattuale**.

Tuttavia, non va sottaciuta la necessità che il committente ponga in essere una adeguata contrattualizzazione dell'appalto, inserendo garanzie, oltre

che documentali (Durc, documentazione dalla quale risulti il pagamento dei lavoratori coinvolti nell'appalto) anche e soprattutto assicurativo/fideiussorio ovvero con un adeguato sistema di ritenute da svincolare solo dopo la cessazione dell'appalto e, a seguito, di conciliazioni con i lavoratori dipendenti nelle sedi protette.

Ovviamente, fermo l'esercizio di un monitoraggio costante durante i lavori, nessun margine di certezza, potrà avere il committente in ordine alle differenti e più svariate richieste in cui potrà essere chiamato in virtù della previsione *ex art. 29 comma 2* (si pensi, per esempio, ad un lavoratore completamente in nero).

Resta, dunque, **un'incertezza che, in parte, potrebbe essere dissipata dall'inserire, nell'ambito della selezione per la scelta dell'appaltatore, il possesso dell'Asse.Co. in corso di validità, oltre che certificare il contratto di appalto**²⁰. Trattasi di strumenti che, seppur non risolutivi di tutte le problematiche che possono presentarsi, sono sintomatici di un virtuosismo (retributivo, contributivo e di conformità alla legge ed ai contratti collettivi) dell'appaltatore/subappaltatore nei confronti dei propri dipendenti e degli istituti di assistenza e previdenza.

6. L'ESTENSIONE DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE IN CHIAVE COSTITUZIONALE: LA SENTENZA N. 254 DEL 6 DICEMBRE 2017 DELLA CONSULTA

La **Corte costituzionale**, con la **sentenza n. 254 del 6 dicembre 2017**, ha affermato che **la ratio dell'introduzione della responsabilità solidale del committente è quella di evitare il rischio che i meccanismi di decentramento e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale.**

Per l'effetto, non può essere giustificata una esclusione (che si porrebbe, altrimenti, in contrasto con il precetto dell'art. 3 Cost.) della **predisposta garanzia nei confronti dei dipendenti del subfornitore**, atteso che la tutela del soggetto che assicura una attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli del decentramento.

Pertanto, all'obiezione per cui la natura eccezionale della norma sulla responsabilità solidale del committente osterebbe ad una sua applicazione estensiva in favore di una platea di soggetti diversi dai dipendenti

²⁰ Al riguardo si segnala la recente circolare n. 6 del 15 aprile 2019 della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro con la quale sono state diramate le linee guida per la certificazione dei contratti di appalto. Si confronti anche INL nota 3861 del 19 aprile 2019.

dell'appaltatore o subappaltatore²¹ si replica, infatti, che l'eccezionalità della responsabilità del committente è tale rispetto alla disciplina ordinaria della responsabilità civile - che esige di correlarsi alla condotta di un soggetto determinato - ma non lo è più se riferita all'ambito, ove pur distinto, ma comunque omogeneo in termini di lavoro indiretto, dei rapporti di subfornitura.

Si ricorda che la subfornitura è quel contratto disciplinato dalla legge 192/1998 in forza del quale *un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.*

Sulla base di tale interpretazione, l'INL con la circolare n. 6 del 29 marzo 2018 ritiene applicabile anche alla ipotesi del distacco, ex art. 30 del decreto delegato 276/2003, l'art. 29 comma 2.

Al riguardo è necessario precisare che, a differenza di quanto *funditus* si vedrà per la somministrazione, in caso di appalto, ex art. 30 del decreto delegato 276/2003, la norma non prevede alcuna "responsabilità solidale" del distaccatario, ponendo –*ex adverso*– in capo al datore di lavoro (distaccante) la responsabilità del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore.

Invero, l'INL, proprio facendo leva su detta interpretazione costituzionale, precisa che la responsabilità ex art. 29 comma 2 spiega effetti anche sulle ipotesi di distacco ex art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 e del distacco di cui al D.Lgs. n. 136/2016 comportando l'applicazione dell'art. 29, comma 2, tra società estera distaccante e società utilizzatrice in Italia, non soltanto nei casi in cui la prestazione di servizi sia riconducibile ad una filiera di appalto/subappalto ma anche laddove la stessa consista in altre operazioni commerciali (cfr. art. 4, comma 4, D.Lgs. n. 136/2016).

Inoltre, come già emerso con la sentenza n. **6208/2008** e successivamente con la sentenza **24063/2015**, i Giudici nomofilattici hanno ritenuto responsabili i **raggruppamenti di imprese (ATI) o di consorzi, le imprese mandatarie e consortili per i crediti vantati dal singolo dipendente di una delle imprese associate o consorziate** ai fini della realizzazione di lavori pubblici.

Sulla base della prima statuizione, il Ministero del Lavoro, richiamando anche una decisione di merito (Tribunale di Bologna, sentenza del 22 novembre 2009), con l'**interpello n. 22 del 27 gennaio 2012**, aveva ritenuto

²¹ Ai quali la norma fa testualmente riferimento ed in conformità ad alcune pronunce di merito (*ex multis*, Tribunale Genova 9 marzo 2016, Monza 3 marzo 2016, Milano 5 febbraio 2015, Roma 14 luglio 2014, Parma 25 maggio 2012, Venezia 9 marzo 2011).

applicabile la responsabilità solidale²² per i **noli a caldo** (quindi con operatore) eccedenti il 2% dell'importo complessivo delle prestazioni effettuate.

Per completezza, si deve ricordare che **uno specifico regime di solidarietà opera nella somministrazione di lavoro e nel contratto di trasporto**.

Invero, l'**art. 35 del decreto delegato 81/2015**, prevede che “per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori del somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte, a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore.

Il secondo comma, invece, statuisce che **“utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore”**.

Infine, **la legge 190/2014 art. 1 comma 248**, intervenuta a modificare l'art. 83-bis del D.L. 112/2008 convertito dalla L. 133/2008, ha previsto che in materia di contratto di trasporto **il committente è tenuto a verificare la regolarità del vettore** con riferimento agli adempimenti degli obblighi retributivi, previdenziali e assicurativi.

A tale fine, all'atto della conclusione del contratto, il vettore è tenuto a fornire al committente un'attestazione rilasciata dagli enti previdenziali, di data non anteriore a tre mesi, dalla quale risulti che l'azienda è in regola ai fini del versamento dei contributi assicurativi e previdenziali.

Laddove il committente non dovesse eseguire la verifica di cui sopra **sarà obbligato in solido con il vettore, nonché con ciascuno degli eventuali sub-vettori, entro il limite di un anno dalla cessazione del contratto di trasporto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi** agli enti competenti, dovuti limitatamente alle prestazioni ricevute nel corso della durata del contratto di trasporto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni amministrative di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento, fermo l'esercizio dell'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

Ne deriva che, sulla base dell'insegnamento della Corte costituzionale, al fine di evitare la mortificazione del principio di uguaglianza (sostanziale) di cui all'art. 3, la responsabilità solidale debba essere estesa a tutti i fenomeni di decentramento produttivo/organizzativo.

²² Ancorché con specifico riguardo al versamento delle ritenute fiscali (vigendo, *ratione temporis*, l'art. 35 comma 28 del D.L. 223/2006 convertito da Legge 248/2006) e dei contributi previdenziali ed assistenziali.

7. L'INTERVENTO DELLA DEPENALIZZAZIONE

La conclusione di un contratto di appalto privo dei requisiti del richiamato art. 29 comma 1 ovvero di distacco in assenza dell'interesse del distaccante (ex art. 30 comma 1 del D.Lgs. 276/2003, espone entrambi i soggetti alle sanzioni di cui all'art. 18 comma 5-*bis* del decreto 276/2003, oltre che alle già evidenziate conseguenze ex art. 29 comma 1 del predetto decreto.

A partire dal 26 ottobre 2004, con le modifiche introdotte dall'art. 4 comma 5 del D.Lgs. 251/2004, l'art. 18 comma 5-*bis* prevedeva a carico dell'utilizzatore e del somministratore la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi fosse stato sfruttamento dei minori, la pena era dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.

La fattispecie in esame, dunque, configurava l'applicazione di una sanzione penale.

Tuttavia, con **l'art.1 comma 1 del decreto delegato 8/2016 sono state depenalizzate tutte le violazioni per le quali era prevista la sola pena della multa o dell'ammenda.**

Pertanto, a fra data dal 6 febbraio 2016, data di entrata in vigore della predetta novella, la violazione di cui all'art. 18 comma 5-*bis* è soggetta ad una sanzione amministrativa, mediante pagamento di una somma di denaro.

Per l'effetto, nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all' articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all' articolo 30, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la sanzione amministrativa di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.

La depenalizzazione trova applicazione anche nei riguardi delle violazioni commesse prima del 6 febbraio 2016, se il procedimento penale non è stato definito con sentenza o con decreto irrevocabili.

Inoltre, in attuazione del principio del *favor rei* la sanzione amministrativa applicabile non può essere superiore al massimo della pena originariamente prevista per il reato depenalizzato.

Bisogna tener presente che, in ogni caso, **il procedimento sanzionatorio amministrativo segue le regole proprie** dell'art. 13 del decreto legislativo 124/2004 (verbale unico) e della legge 689/81 (notifica, art. 14 e definizione agevolata, art. 16).

Quanto al diritto intertemporale, ex artt. 8 e 9 del decreto legislativo 8/2016, si rinvia - in particolare - alla circolare n. 6 del 5 febbraio 2016 del Ministero del Lavoro che ha tracciato un quadro anche esemplificativo a seconda che l'azione penale sia o meno stata esercitata.

Sul punto, si rinvia, altresì alle circolari 5/2016 e all'approfondimento del 19.10.2016 della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro.

Risulta parimenti depenalizzata la fattispecie di cui all'art. 18 comma 1 del D.Lgs. 276/2003, *recte* l'esercizio abusivo della somministrazione e l'utilizzazione di personale da parte di soggetti non autorizzati.

8. LE FATTISPECIE PENALI

La legge n. 96/2018, di conversione del D.L. 87/2018, c.d. "Decreto Dignità", reintroduce nel nostro ordinamento positivo, con decorrenza dal 12 agosto 2018, il reato della "somministrazione fraudolenta".

Con la **somministrazione fraudolenta** il legislatore, attraverso la riproposizione della precedente formula letteraria²³, ha inteso punire penalmente, con l'ammenda pari a € 20,00 per ciascun lavoratore e per ogni giornata, la somministrazione che sia **posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore**.

La norma, inoltre, sempre in materia di somministrazione fraudolenta, fa salve le richiamate sanzioni amministrative ex art. 18 del decreto delegato 276/2003.

Con il recente intervento di prassi, circolare n. 3/2019, l'INL ha fornito al proprio corpo ispettori istruzioni operative²⁴ sulla ricorrenza di tale fattispecie.

Invero, la citata circolare aggiorna le indicazioni fornite con la precedente circolare n. 10 dell'11.07.2018, emessa - ancorché in materia di appalto illecito - in vigenza della precedente normativa che, come già precisato, non contemplava più la ipotesi della somministrazione fraudolenta²⁵.

Con il documento di prassi n. 3/2019, l'Ispettorato mette a confronto l'appalto illecito ed il distacco, anche transnazionale, in relazione al reato di somministrazione fraudolenta. Alla lettura della stessa si rinvia per ogni approfondimento.

Un'altra fattispecie a rilievo penale è rappresentata dalla c.d. norma sul "caporalato", di cui all'art. 603-*bis* del codice penale.

9. INTERMEDIAZIONE ILLECITA E SFRUTTAMENTO DEL LAVORO (ART. 603 BIS C.P.)

L'art. 603 bis c.p., introdotto dal D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla L. 14 settembre 2011, n. 148 e, successivamente, così sostituito

²³ Dell'abrogato art. 28 del decreto delegato 276/2003.

²⁴ Così almeno nell'oggetto della circolare n. 3/2019.

²⁵ Risultando l'art. 28 del decreto delegato 276/2003 abrogato dall'art. 55 del decreto legislativo 81/2015

dall'art. 1, comma 1, L. 29 ottobre 2016, n. 199, a decorrere dal 4 novembre 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 12, comma 1 della suddetta L. 199/2016, introduce nell'ordinamento giuridico una specifica fattispecie volta a sanzionare penalmente lo sfruttamento lavorativo²⁶, che si concretizza nella violazione della dignità umana, valore costituzionalmente garantito. Secondo l'art. 36 Cost., infatti, *"Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa"*.

Il legislatore, all'uopo, ha inserito la fattispecie in commento tra i delitti contro la personalità individuale.

L'art. 380 c.p.p. prevede, poi, che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedono all'arresto di chiunque è colto in flagranza di delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro previsti dall'articolo 603-bis, secondo comma, del codice penale. In base a ciò le vittime dei delitti in questione possono essere avviate ad un percorso socio-assistenziale ai sensi dell'art. 18 del D.Lgs. 286/1998 (Testo unico immigrazione), il quale trova applicazione sia nei confronti dei lavoratori stranieri irregolari o irregolari, si nei confronti dei cittadini dell'Unione europea in virtù dell'art. 18, comma 6 bis, D.Lgs. 286/1998 sopra menzionato.

9.1. Soggetti attivi del reato

Diversamente dal vecchio art. 603 bis c.p.²⁷, che prevedeva la responsabilità solo in capo al c.d. caporale, ora la novella della norma estende tale responsabilità anche al datore di lavoro.

²⁶ Con l'art. 12 del d.l. 13.8.2011 n. 138 conv. in l. 14.9.2011, n. 148 era stata introdotta la vecchia fattispecie di cui all'art. 603 bis (reato di caporalato).

²⁷ Si riporta di seguito il testo previgente dell'art. 603 bis c.p.:

"Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato.

Ai fini del primo comma, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti circostanze:

- 1) la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;*
- 2) la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;*
- 3) la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale;*
- 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti.*

Costituiscono aggravante specifica e comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà:

- 1) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre;*
- 2) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa;*

Il nuovo articolo 603 bis c.p. stabilisce che: *“salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque: 1) **recluta manodopera** allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; 2) **utilizza, assume o impiega manodopera**, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno”*.

Il datore di lavoro utilizzatore, quindi, è punibile a titolo autonomo e non più solo in via concorsuale con il c.d. caporale.

Art. 603-bis vecchio (primo comma)	Nuovo art. 603-bis (primo e secondo comma)
<p>Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato.</p>	<p>Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque:</p> <p>1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori;</p> <p>2) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno.</p> <p>Se i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la pena della reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato.</p>

3) *l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori intermediati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro”*.

Sia nella vecchia formulazione, sia nella novella dell'art. 603 bis c.p. il legislatore ha mantenuto l'inciso "salvo che il fatto costituisca più grave reato". Ciò, impone all'interprete una attenta valutazione, al fine di verificare se l'ipotesi possa essere ricondotta in via preventiva in un'altra fattispecie delittuosa, come ad es. in quella di cui all'art. 600 c.p. ("Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù") o in quella di cui all'art. 629 c.p. (estorsione). L'applicazione dell'art. 603 bis c.p. citato risulta essere del tutto sussidiaria -appunto- rispetto ad altre ipotesi di reato più gravi.

9.2. La condotta del reato

Il nuovo reato pone una distinzione: da un lato la condotta di mediazione illecita tra domanda e offerta di lavoro, dall'altro lato quella di sfruttamento del lavoro stesso.

Ne deriva che sia la condotta di colui che **recluta manodopera** (intermediario), sia la condotta di colui che **utilizza, assume o impiega manodopera (datore di lavoro)** devono essere caratterizzata dallo sfruttamento e dall'approffittamento dello stato di bisogno dei lavoratori. Peraltro, giova sottolineare che il datore di lavoro è responsabile quando utilizza o impiega manodopera, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno, anche quando tale manodopera non sia reclutata con l'utilizzo di caporalato.

L'utilizzo di violenza o minaccia costituisce l'ipotesi aggravata del reato.

Le nozioni di sfruttamento e di stato di bisogno, di seguito esplicate, debbono essere intese in stretta connessione tra loro, costituendo la condizione di vulnerabilità di chi versa in stato di bisogno il presupposto della condotta approfittatrice del soggetto agente attraverso la quale realizzare lo sfruttamento. Senza queste due condizioni non c'è reato²⁸.

A. Approfittarsi dello stato di bisogno del lavoratore

Per quanto concerne il concetto di stato di bisogno sembra potersi fare riferimento all'attuazione della direttiva 2011/36/UE (decreto legislativo n. 24 del 2014) in cui, in tema di tratta degli esseri umani, si stabilisce che la cd. "posizione di vulnerabilità" presuppone una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima²⁹.

²⁸ Cfr. Note illustrative su AC 4008 disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo, Donatella Ferranti Presidente Commissione Giustizia Camera dei deputati, in http://www.cesaredamiano.org/wp-content/uploads/2016/10/Note_caporalato.pdf

²⁹ Rispetto alla previgente disciplina, contenuta nella decisione quadro 2002/629/GAI, attuata con la legge sulla tratta del 2003, la direttiva europea, approvata dopo l'entrata in vigore del Trattato

In proposito si ritiene che, anche l'attività d'impiego dei migranti, vada ricondotta nell'alveo dell'art. 603 *bis* c.p., rubricato «intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro»³⁰.

Secondo la Corte di Cassazione³¹, lo stato di bisogno si identifica con uno stato di necessità tendenzialmente irreversibile, che, pur non annientando in modo assoluto qualunque libertà di scelta, comporta un impellente assillo, tale da compromettere fortemente la libertà contrattuale della persona.

B. Sfruttamento

Secondo la Cassazione³² il reato di caporalato “è finalizzato a sanzionare quei comportamenti che non si risolvono nella mera violazione delle regole poste dal D.Lgs. 276/2003, senza peraltro raggiungere le vette dello sfruttamento estremo, di cui alla fattispecie prefigurata dall'art. 600 c.p. [riduzione in schiavitù]”. Pertanto, il concetto di sfruttamento va ricondotto a qualsiasi comportamento, anche se posto in essere senza violenza o minaccia, che inibisca o limiti la libertà di autodeterminazione della vittima senza che si renda necessario realizzare quello stato di totale e continuativa soggezione che caratterizza il delitto di riduzione in schiavitù³³.

Valutate le caratteristiche della condotta propria del reato di cui all'art. 603 *bis* c.p., sembra opportuno, attesa l'applicazione sussidiaria di tale norma rispetto ad ipotesi di reato più gravi, volgere l'attenzione alla fattispecie di cui all'art. 629 c.p. (estorsione)³⁴.

di Lisbona, provvede a riordinare la materia in maniera più organica proponendo, in particolare, una nuova e più ampia definizione del delitto di tratta di esseri umani. In quest'ultima nozione rientrerebbero il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità sulle vittime, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento (art. 2, par. 2). In presenza di tali mezzi di coercizione, il consenso della vittima è irrilevante (art. 2, par. 4); vedi Camera dei Deputati, documentazione parlamentare in www.temi.camera.it

³⁰ Cfr. *Tratta, sfruttamento e smuggling: un'ipotesi di finium regundorum* a partire da una recente sentenza di Chiara Stoppioni, in www.lalegislazionepenale.eu

³¹ Ex multis, Cass. sez. 2, sent. n. 18778 del 25 marzo 2014

³² Cfr. Cass. sez. 5, sent. n. 14591 del 4 aprile 2014

³³ Cfr. nota 28

³⁴ **Estorsione:**

1. Chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni e con la multa da euro 1.000 a euro 4.000.

2. La pena è della reclusione da sette a venti anni e della multa da euro 5.000 a euro 15.000, se concorre taluna delle circostanze indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente.

Orbene, secondo la S.C. integra il delitto di estorsione la condotta del datore di lavoro che:

- in presenza di una legittima aspettativa di assunzione, costringa il lavoratore ad accettare condizioni di lavoro del tutto inaccettabili, in quanto contrarie alla legge e alla contrattazione collettiva;
- approfittando della difficile situazione del mercato del lavoro, caratterizzata da una carenza di occupazione, costringa i lavoratori, sotto la minaccia di intimare un licenziamento, ad accettare il pagamento di retribuzioni non adeguate alla qualità e quantità di lavoro prestato³⁵.

Va sottolineato che ai fini dell'integrazione del reato di estorsione la minaccia può realizzarsi:

- come la prospettazione di un male irreparabile alle persone o alle cose, tale da non lasciare al soggetto passivo una libertà di scelta;
- come prospettazione di un male che, in relazione alla situazione concreta, possa generare nella vittima il timore di un reale pregiudizio.

Risulta chiaro che, laddove si individuassero gli estremi dell'estorsione, il datore di lavoro verrebbe punito in relazione a tale delitto, in quanto la fattispecie di cui all'art. 603 bis c.p., anche nella sua ipotesi aggravata dalla minaccia e dalla violenza di cui al secondo comma sarebbe comunque inferiore e, quindi, non applicabile in virtù della sussidiarietà su menzionata.

9.3. Gli indici di sfruttamento

Al fine di dare un concreto significato al concetto di **vulnerabilità**³⁶, in rapporto allo **stato di bisogno** e allo **sfruttamento** di cui sopra, sono significativi gli indici declinati nel menzionato art. 603 bis c.p.. Tali indici hanno carattere orientativo e non costitutivo di immediate ipotesi delittuose, essendo rimessi alla valutazione del giudice. Infatti, le condizioni richiamate dall'articolo 603 bis c.p. costituiscono mero indicatore dell'esistenza dei fatti oggetto di incriminazione, di cui il giudice deve tenere conto nell'accertamento della verità, ma certamente non si identificano con gli elementi costitutivi del reato³⁷. Si può, quindi, affermare che il

³⁵ Cfr. Cassazione Penale sez. VI, 31 agosto 2010 n. 32525

³⁶ Cfr. Relazione esplicativa della Convenzione di Varsavia, ove per «*abuso di una condizione di vulnerabilità*» è inteso l'abuso «*di qualsiasi situazione in cui la persona coinvolta non ha altra scelta reale ed accettabile che quella di soggiacere all'abuso. Può quindi trattarsi di qualsiasi tipo di vulnerabilità, che può essere fisica, psicologica, affettivo, familiare, sociale od economica. Questa situazione potrebbe, ad esempio, essere una situazione amministrativa precaria o illegale, una situazione di dipendenza economica o uno stato di salute fragile. In breve, si tratta dell'insieme delle situazioni di estrema difficoltà che possono indurre un essere umano ad accettare di essere sfruttato*» (Relazione esplicativa della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, par. 83, in sito: <https://rm.coe.int/168047cd71>).

³⁷ Cfr. nota 28

legislatore, con l'elencazione degli indici di sfruttamento, semplicemente agevola i compiti ricostruttivi del giudice, orientando l'indagine e l'accertamento in quei settori (retribuzione, condizioni di lavoro, condizioni alloggiative, ecc.) che rappresentano gli ambiti privilegiati di emersione di condotte di sfruttamento e di approfittamento³⁸. Né tantomeno tali indici possono rappresentare un espediente per introdurre una "inversione dell'onere della prova" a carico dell'imputato in quanto la pubblica accusa rimane comunque tenuta a soddisfare tale onere in ordine alla sussistenza delle circostanze che il legislatore definisce indici di sfruttamento e l'onere di fornire la prova contraria, secondo i principi generali e l'ordinaria dialettica processuale, grava comunque sull'imputato. Tali indici pertanto, se si vuole rimanere nell'ambito di una interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie, non possono che essere "percorsi preferenziali" di natura meramente orientativa rimessi al libero apprezzamento del giudice e per la formazione del suo convincimento in ordine alla sussistenza o meno, nel caso di specie, degli estremi della condotta penalmente rilevante.

Orbene, l'art. 603 bis c.p. prevede che : *"ai fini del presente articolo, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni:*

- 1) **la reiterata corresponsione** di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;
- 2) **la reiterata violazione** della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;
- 3) la sussistenza di **violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene** nei luoghi di lavoro;
- 4) la sottoposizione del lavoratore **a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti"**.

L'introduzione del concetto di reiterazione (indici di cui al n. 1 e 2) da parte del legislatore del 2016 fissa una linea di demarcazione tra il reato di cui all'art. 600 c.p. ("Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù"), che ha carattere permanente, essendo la condotta sistematica, ed il reato di cui all'art. 603 bis c.p. in commento, che, invero, ha carattere abituale.

9.4. Intervento dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro

In relazione agli indici di sfruttamento l'INL ha emanato alcune istruzioni interpretative con la circolare n. 5 del 28 febbraio 2019.

³⁸ Cfr. nota 28

In riferimento all'indice di cui al punto 1) **la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme**, l'Ispettorato asserisce che:

- la reiterazione va intesa come comportamento reiterato nei confronti di uno o più lavoratori, anche nel caso in cui i percettori di tali retribuzioni non siano sempre gli stessi in ragione di un possibile turn over;
- l'allusione ai contratti collettivi è evidentemente da intendersi ai contratti sottoscritti dalle organizzazioni "comparativamente" più rappresentative.

Nulla, invece, viene detto in merito al concetto di "retribuzioni in modo palesemente difforme", concetto che, evidentemente, rimane nella discrezionalità dell'accertatore.

In riferimento all'indice di cui al punto 2) **la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro**, nella circolare 5/19 citata, si afferma che trattasi sostanzialmente della negazione del diritto ai riposi previsti dagli artt. 7 (riposo giornaliero), 9 (riposo settimanale) e 10 (ferie annuali) del D.Lgs. n. 66/2003 e/o del diritto alla aspettativa obbligatoria, cioè del diritto di assentarsi dal lavoro in tutti i casi in cui è obbligatoriamente previsto (ad es. per gravidanza); anche rispetto a tale fattispecie, lo sfruttamento può realizzarsi in relazione a diversi lavoratori.

Per quanto riguarda invece il punto 3) **violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro**, l'INL correttamente individua un criterio di gradualità, affermando che l'indice sarà tanto più significativo quanto più gravi saranno le violazioni di carattere prevenzionistico accertate, mentre avranno evidentemente meno "peso" eventuali violazioni di carattere formale o altre violazioni che non vadano ad incidere in modo diretto sulla salute e sicurezza del lavoratore o la mettano seriamente in pericolo.

Infine, per il punto 4) **sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti**, occorre porre attenzione alla necessità di individuare un tratto distintivo rispetto alla fattispecie di cui all'art. 600 c.p. ("Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù"), che, come sopra si è specificato, ha carattere permanente, essendo la relativa condotta sistematica. Al riguardo, va tenuto presente che il bene giuridico protetto dall'art. 600 c.p. si identifica con la facoltà di ogni essere umano di perseguire un proprio progetto di vita, di realizzarsi secondo le proprie inclinazioni e aspirazioni, per mezzo dell'esercizio cosciente di tutte le forme di libertà garantite dall'ordinamento, realizzando, quindi, il concetto di dignità umana. Infatti,

l'art. 600 c.p. è inserito nel capo rubricato “delitti contro la libertà individuale” e nella sezione dedicata ai “delitti contro la personalità individuale”. Orbene, la interpretazione data dall'INL sembra condivisibile, ponendosi in un'ottica di gradualità aggravata dell'art. 600 c.p. rispetto all'articolo 603 bis c.p., che come noto trova una sua applicazione in via sussidiaria rispetto a reati più gravi.

Così, l'Ispettorato ritiene possano essere integrati gli estremi del reato di cui all'art. 600 c.p. in alcune situazioni degradanti: *“le ipotesi di condizione lavorativa degradante possono rinvenirsi nelle situazioni di significativo stress lavorativo psico-fisico, ad es. quando il trasporto presso i luoghi di lavoro sia effettuato con veicoli del tutto inadeguati e superando il numero delle persone consentito così da esporli a pericolo; lo svolgimento dell'attività lavorativa avvenga in condizioni meteorologiche avverse, senza adeguati dispositivi di protezione individuale; quando sia del tutto esclusa la possibilità di comunicazione tra i lavoratori o altri soggetti; quando siano assenti locali per necessità fisiologiche ecc.. La sorveglianza non è invece da intendersi nel senso letterale della parola, spesso essendo sufficiente una costante presenza fisica del datore di lavoro/fiduciario affinché nel lavoratore si generi il pensiero di essere controllato e quindi di dover produrre al fine di conservare il lavoro”*.

Da quanto sopra si evince la difficoltà interpretativa in cui si trovano gli operatori nella soluzione delle casistiche accertate, atteso che l'applicazione del principio di sussidiarietà in relazione all'art. 603 bis c.p. , pone lo stesso in una paradossale situazione di inapplicabilità, laddove ricorrano altre ipotesi più gravi, quali quelle di cui all'art. 600 c.p. (“Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù”) o di cui all'art. 629 c.p. (estorsione) sopra menzionate, che non sempre trovano una corretta collocazione nelle situazioni lavoristiche analizzate.

Dipartimento Scientifico
Fondazione Studi Consulenti del Lavoro
AREA NORMATIVA

A cura di:
Luca De Compadri – coordinatore
Paolo Pennesi – coordinatore
Francesco Capaccio
Mario Cassaro