

Indicazioni operative

Appalto illecito e fraudolento: responsabilità di appaltatore e committente

Vitantonio Lippolis - Coordinatore delle aree della vigilanza presso l'ITL di Modena

In presenza di un appalto non genuino le retribuzioni dei lavoratori restano a carico dell'appaltatore, ma le inadempienze contributive si addebitano al committente. È quanto prevede l'Ispettorato nazionale del lavoro con la circ. n. 10/2018 per mezzo della quale sono state fornite, al personale ispettivo, specifiche indicazioni operative. Per contrastare, inoltre, il preoccupante fenomeno del *dumping* sociale il Parlamento, nell'*iter* di conversione in legge del "Decreto Dignità", ha ripristinato il reato di somministrazione fraudolenta di manodopera.

In virtù di queste due novità, il quadro punitivo che ne consegue prevede un'apprezzabile aggravamento della posizione dello pseudo committente.

Esternalizzazione dell'attività produttiva

È risaputo come le aziende ricerchino nella flessibilità produttiva lo strumento per adattare, fra l'altro, la propria struttura alle mutevoli esigenze del mercato e alle situazioni imprevedute. La ricerca di tale flessibilità, in uno col desiderio di ridurre i costi fissi aziendali, spinge gli imprenditori alla ricerca di nuovi modelli di organizzazione del lavoro il cui approdo spesso si materializza nell'esternalizzazione di fette più o meno cospicue del ciclo produttivo (c.d. *outsourcing*).

Nell'ambito del nostro ordinamento giuridico l'esternalizzazione dell'attività è regolamentata secondo diversi modelli contrattuali (fra i quali, ad esempio, la somministrazione di lavoro, il distacco di manodopera, la subfornitura, il contratto d'opera, ecc.) ma, fra tutti, l'istituto che probabilmente è utilizzato con maggior frequenza è rappresentato dal contratto d'appalto.

Va tuttavia rilevato come il legislatore domestico abbia sempre considerato con sospetto in particolare quel contratto d'appalto che implichi un forte impiego di manodopera (c.d. *labour intensive*). Ciò deriva essenzialmente dal fatto che tale istituto, per effetto dell'apprestamento del tipico meccanismo interpositorio, ben si presta ad essere utilizzato con finalità elusive della disciplina legislativa e contrattuale vigente (con la conseguente dispersione delle responsabilità e la potenziale disparità di trattamento tra i dipendenti del committente e dell'appaltatore), con la conseguenza di rendere spesso difficoltosa la corretta imputazione del rapporto di lavoro e dei conseguenti obblighi.

Appalto genuino

Il punto di partenza della disamina non può che essere la definizione - sulla base della vigente disciplina normativa nonché dei consolidati orientamenti giurisprudenziali - del perimetro di liceità all'interno del quale è consentito agli operatori economici di muoversi, vale a dire la definizione del cosiddetto appalto genuino.

Per fare ciò occorre necessariamente prendere le mosse dalla definizione contenuta nell'art. 1655, Codice civile secondo cui

"l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro".

Per distinguere l'appalto lecito da quello illecito questa definizione dell'istituto va, tuttavia, attualizzata in base alla successiva disciplina contenu-

Approfondimenti

ta nell'art. 29, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003 in virtù della quale

“il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655, 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”.

Dal raffronto delle due norme si evince come i criteri che contraddistinguono e legittimano il c.d. appalto genuino sono:

- 1) l'organizzazione di mezzi, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto;
- 2) L'esercizio, da parte dell'appaltatore, del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto;
- 3) l'assunzione, da parte dell'appaltatore, del rischio d'impresa.

Nel puntualizzare, difatti, la distinzione tra i due fenomeni interpositori la circolare del Ministero del lavoro n. 5/2011 affermava che:

- l'appalto ha per oggetto un “fare”, giacché l'appaltatore fornisce al committente un'opera o un servizio, da realizzare tramite la propria organizzazione di uomini e mezzi, assumendosi il rischio d'impresa;
- la somministrazione di lavoro ha, invece, per oggetto un “dare”, in quanto il somministratore si limita a fornire a un terzo forza-lavoro da lui assunta, affinché questi ne utilizzi la prestazione secondo le proprie necessità, adattandole al proprio sistema organizzativo.

In definitiva un appalto può essere definito “genuino” quando l'appaltatore non risulti essere un intermediario, ma un vero e proprio imprenditore che, come tale, impieghi una propria organizzazione produttiva ed assuma i rischi della realizzazione dell'opera, o del servizio pattuito. L'appalto, invece, maschera un'interposizione illecita di manodopera, quando l'interposto si limita a mettere a disposizione dello pseudo committente le mere prestazioni lavorative dei propri dipendenti.

Conseguenze in caso di appalto illecito

In assenza degli elementi sostanziali e formali dell'appalto, si configura un'ipotesi di somministrazione abusiva a carico dello pseudo appaltatore, ed una conseguente utilizzazione illecita a carico dello pseudo committente.

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.

Per l'appalto privo dei requisiti è prevista, inoltre a carico tanto dell'utilizzatore quanto dello pseudo appaltatore, la sanzione amministrativa di 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di irregolare occupazione (la violazione non è diffidabile ex art. 13, D.Lgs. n. 124/2004 e, nell'importo complessivo, non può essere inferiore a 5.000 euro, né superiore a 50.000 euro).

Qualora venga accertato lo sfruttamento di minori nell'ambito dell'appalto illecito, il legislatore ha previsto un aggravamento delle conseguenze sanzionatorie contemplando, a carico dei contravventori, la pena dell'arresto fino a 18 mesi e l'ammenda fino a 300 euro per ogni giorno e per ciascun lavoratore minore illecitamente impiegato. In tal caso non è ovviamente prevista la procedura premiale della prescrizione obbligatoria.

Per mezzo della circ. n. 10/2018 l'INL ha ribadito (1) che gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto di lavoro s'intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione con conseguente preclusione, per gli ispettori, in questi casi, di applicare la maxi-sanzione per lavoro “nero” e le altre sanzioni amministrative legate agli adempimenti di costituzione e gestione del rapporto di lavoro o del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale.

Somministrazione fraudolenta

La legge n. 96/2018 di conversione del D.L. n. 87/2018 (cosiddetto “Decreto Dignità”) ha reintrodotto, a far tempo dall'11 agosto 2018, il reato di somministrazione fraudolenta (2) in base al quale

(1) Cfr. pure Mlps, interp. n. 27/2014.

(2) Il reato era già previsto dall'art. 28, D.Lgs. n. 276/2003

“Ferme restando le sanzioni di cui all’articolo 18, Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore, il somministratore e l’utilizzatore sono puniti con la pena dell’ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione”.

Al riguardo si rimarca come una lettura sistematica e rispettosa del dettato normativo porti ad escludere che la condotta fraudolenta possa ridursi alla sola finalità di aggirare, per quanto intenzionalmente, i limiti posti all’attività di somministrazione di lavoro dal Capo IV, D.Lgs. n. 81/2015, in quanto essa costituisce un’ipotesi di somministrazione di lavoro irregolare, espressamente disciplinata dall’articolo 38, stesso Decreto, mentre, la somministrazione di lavoro fraudolenta presuppone una lesione ulteriore e sostanziale di un diritto dei lavoratori o di un interesse generale, che risulti direttamente o indirettamente compromesso dall’interposizione di persona nella titolarità dei rapporti di lavoro.

È il caso che si verifica, ad esempio, allorché un’azienda, per ridurre i costi, licenzia il proprio personale facendolo assumere da un’altra azienda (che magari applica un contratto collettivo meno oneroso e che può eventualmente fruire anche di esoneri o sgravi contributivi) che a sua volta, mediante lo schema formale dell’appalto, lo somministra all’originario datore di lavoro creando così una lesione ai diritti dei lavoratori coinvolti.

Le conseguenze a carico dei contravventori, in tal caso, saranno evidentemente di maggiore gravità. Difatti il legislatore ha previsto, in aggiunta alle sanzioni (peraltro depenalizzate) contemplate per la fattispecie dell’appalto illecito, l’ulteriore pena dell’ammenda di euro 20 per ogni lavoratore impiegato e per ogni giorno di lavoro.

In questi casi, riprendendo un precedente orientamento ministeriale (3) ed in attesa delle prevedibili indicazioni operative dell’INL, il personale ispettivo adotterà il provvedimento di prescrizione obbligatoria (4) intimando all’utilizzatore la regolarizzazione alle proprie dipendenze di tutti i lavoratori illecitamente impiegati per tutta la durata di effettivo impiego nell’appalto fraudolento. Di converso, la prescrizione dell’organo ispettivo al somministratore s’incentrerà sulla cessazione della fornitura di manodopera, nonché sulla tenuta di una condotta idonea ad agevolare l’assunzione dei suddetti lavoratori alle dipendenze dell’utilizzatore.

Difatti, come già in passato evidenziava la circ. n. 7/2005, il contratto stipulato con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo deve - a prescindere dall’esistenza o meno di un contratto scritto - ritenersi nullo per frode alla legge ai sensi del combinato disposto degli artt. 1344 e 1418 c.c. con le conseguenze oggi previste dall’articolo 38, D.Lgs. n. 81/2015 secondo cui “*il contratto di somministrazione è nullo ed i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell’utilizzatore*”. Tale conclusione risulta, peraltro, coerente con la necessità di tutelare l’interesse pubblico protetto dalle norme inderogabili di legge e dalla contrattazione collettiva, vantaggio che i singoli

ma, dal 25 giugno 2015, era stato abrogato dall’art. 55, D.Lgs. n. 81/2015.

(3) Mlps, circ. n. 5/2011.

(4) La prescrizione obbligatoria è un provvedimento impartito dal personale ispettivo dell’INL nell’esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, conseguente all’accertamento di violazioni che costituiscono reato e si applica non soltanto quando l’inadempimento può essere sanato, ma anche nelle ipotesi di reato a “condotta esaurita” (vale a dire nei reati istantanei, con o senza effetti permanenti), nonché nelle fattispecie in cui il reato abbia autonomamente provveduto all’adempimento degli obblighi di legge sanzionati precedentemente all’emanazione della prescrizione. In origine l’istituto riguardava solo i reati in tema d’igiene e sicurezza del lavoro (v. art. 20, D.Lgs. n. 758/1994); successivamente (v. art. 15, D.Lgs. n. 124/2004) questo istituto è stato esteso a tutti i reati contravvenzionali in materia di lavoro e legislazione sociale puniti con la sola ammenda o con l’ammenda in alternativa all’arresto. La finalità di questo istituto è quella di eliminare i pericoli gravi e immediati per la sicurezza o per la salute dei lavoratori anche mediante l’individuazione in positivo delle misure atte a garantire la re-

golarizzazione. La prescrizione è definita dalla legge come “obbligatoria” in quanto deve essere formulata in ogni caso venga accertata, da parte dell’organo preposto, una violazione contravvenzionale punita con la pena dell’ammenda o con l’ammenda in alternativa all’arresto (come accade proprio per la violazione in esame). Resta comunque l’obbligo, in capo all’accertatore, di riferire all’Autorità giudiziaria la notizia di reato ai sensi dell’art. 347 c.p.p. Con la prescrizione l’ispettore impartisce al contravventore, con atto scritto, le direttive per porre rimedio alle irregolarità riscontrate, fissando un termine (*max* 6 mesi) per la relativa regolarizzazione. Entro 60 gg. dalla scadenza del termine prescritto l’organo di vigilanza verifica se la violazione è stata eliminata nei modi e nei termini indicati nella prescrizione. In caso di ottemperanza alla prescrizione il procedimento sanzionatorio si conclude col pagamento, entro 30 gg., di una sanzione amministrativa pari a un quarto del massimo dell’ammenda stabilita per la contravvenzione ed il reato si estingue. In caso di non ottemperanza da parte del trasgressore, invece, viene data, entro 90 gg., comunicazione dell’inadempimento all’A.G. ed al contravventore stesso ed il procedimento penale (nel frattempo sospeso) riprende il suo corso.

Approfondimenti

lavoratori coinvolti potrebbero non avere interesse o la possibilità di difendere.

Inoltre, pur trovando applicazione l'art. 38, c. 3, D.Lgs. n. 81/2015 (5), sotto il profilo economico e normativo il lavoratore avrà diritto, per tutta la durata della somministrazione illecita/fraudolenta, ad un trattamento non inferiore a quello corrisposto ai lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

Come ulteriore conseguenza del ripristino della fattispecie penale si ritiene, infine, che gli ispettori del lavoro debbano riferire all'Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 347 c.p.p, l'accertamento del reato in parola anche in presenza di un eventuale contratto di appalto certificato e senza necessità di eseguire la preventiva procedura conciliativa obbligatoria tracciata dall'art. 80, D.Lgs. n. 276/2003.

Fonte normativa	Illecito	Norma sanzionatoria	Conseguenze sanzionatorie
Art. 18, c. 1 e 2, D.Lgs. n. 276/2003	Somministrazione abusiva e utilizzazione illecita di manodopera	Art. 1, c. 1, e 6, D.Lgs. n. 8/2016	Sanzione amministrativa di € 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione a carico del somministratore e dell'utilizzatore (1) (2). <i>Violazione non diffidabile ex art. 13, D.Lgs. n. 124/2004.</i>
Art. 18, c. 5-bis, D.Lgs. n. 276/2003	Appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003	Art. 1, c. 1, e 6, D.Lgs. n. 8/2016	Sanzione amministrativa di € 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di illecita occupazione a carico dello pseudo committente e dello pseudo appaltatore (1) (2). <i>Violazione non diffidabile ex art. 13, D.Lgs. n. 124/2004.</i>
Art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015	Somministrazione fraudolenta: quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore	Art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015	Ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18, D.Lgs. n.276/2003, somministratore e utilizzatore sono puniti con la pena dell'ammenda di € 20 per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione. <i>Violazione prescrivibile ex art. 15, D.Lgs. n. 124/2004.</i>
(1) La violazione resta penalmente sanzionata nel caso di accertato sfruttamento di minori con applicazione della pena dell'arresto fino a 18 mesi e dell'ammenda aumentata fino al sestuplo; (2) La sanzione applicata non può, in ogni caso, essere inferiore a € 5.000, né superiore a € 50.000.			

Obblighi retributivi

A differenza di quanto previsto per il contratto di somministrazione nel quale il legislatore ha previsto che i lavoratori dipendenti dal somministratore - a parità di mansioni svolte - abbiano diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore (6), nel caso degli appalti privati la determinazione dei trattamenti minimi dei lavoratori impiegati è rimessa, invece, all'autonomia contrattuale collettiva, con la possibilità di prevedere - anche a parità di mansioni - diver-

genze salariali sostanziali tra dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore.

La prassi ministeriale (7), tuttavia, rammenta che tale autonomia non è assoluta. Difatti l'art. 1, c. 1175, legge n. 296/2006 stabilisce l'obbligo, al fine di usufruire dei benefici normativi e contributivi, del rispetto

“degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

(5) Art. 38, c. 3, D.Lgs. n. 81/2015: “Nelle ipotesi di cui al comma 2 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti o ricevuti dal som-

ministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione”.

(6) Art. 35, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015.

(7) Da ultimo cfr. INL, circ. n. 3/2018.

Oltretutto il contratto collettivo sottoscritto dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale rappresenta il parametro ai fini del calcolo della contribuzione dovuta, indipendentemente dal Ccnl applicato ai fini retributivi, secondo quanto prevede l'art. 1, comma 1, D.L. n. 338/1989 unitamente all'art. 2, comma 25, legge n. 549/1995.

Fatti salvi i casi di in cui vi sia la costituzione del rapporto di lavoro direttamente in capo all'utilizzatore (8), la recente circ. n. 10/2018 chiarisce che, per soddisfare gli eventuali crediti retributivi vantati dai lavoratori impiegati nell'appalto, l'eventuale diffida accertativa (9) andrà adottata "esclusivamente" nei confronti dello pseudo appaltatore quale formale titolare del rapporto di lavoro.

Al fine di rafforzare la tutela dei crediti retributivi vantati dai lavoratori illecitamente impiegati nell'appalto, forse, sarebbe stato, invece, opportuno prevedere la possibilità di notificare il provvedimento di che trattasi anche nei confronti dell'interponente quale datore di lavoro di fatto ovvero di obbligato in solido (10).

Recuperi contributivi

Richiamando alcuni orientamenti giurisprudenziali (11) l'INL, con la recente circolare, afferma che il rapporto previdenziale intercorrente tra il datore di lavoro e gli Istituti presuppone esclusivamente l'instaurazione di fatto di un rapporto di lavoro e non necessita (a differenza di quello civile) della stipula di un atto negoziale; tale rapporto, pertanto, trova la propria fonte esclusiva nella legge e resta quindi svincolato dall'eventuale decisione del lavoratore di chiedere in giu-

dizio la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore.

Da tali considerazioni l'Agenzia ne fa discendere che

"(...) gli obblighi di natura pubblicistica in materia di assicurazioni sociali, una volta accertato che la prestazione lavorativa è resa in favore dell'utilizzatore - che si configura, pertanto quale datore di lavoro di fatto - gravano per l'intero su quest'ultimo" (12).

All'atto pratico quest'affermazione comporta la conseguenza che il personale ispettivo determinerà, ai sensi dell'art. 1, c. 1, D.L. n. 338/1989, l'imponibile contributivo - per il periodo di esecuzione dell'appalto illecito - avendo riguardo ai livelli retributivi individuati dal Ccnl del committente e addebitando prioritariamente a quest'ultimo (datore di lavoro sostanziale-effettivo) i relativi oneri anche nel caso in cui il rapporto di lavoro resti formalmente ancorato all'interposto (datore di lavoro formale-apparente) (13).

Tale impostazione - si legge nella nota - risulta peraltro in linea col principio tracciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 254/2017, secondo cui "*la tutela del soggetto che assicura un'attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli del decentramento*", a prescindere dalla fattispecie negoziale utilizzata. Al fine di rafforzare la tutela dei lavoratori l'INL puntualizza che, qualora non vada a buon fine il recupero contributivo nei confronti dello pseudo committente, i relativi oneri potranno essere subsidiariamente richiesti allo pseudo appaltatore evidentemente non estraneo alle violazioni accertate.

(8) La circ. n. 5/2011 del Ministero del lavoro prevedeva che, valutate tutte le circostanze, il personale ispettivo può adottare, nei confronti del committente utilizzatore fraudolento, anche il provvedimento di diffida accertativa per i crediti patrimoniali maturati dai lavoratori impiegati nell'appalto, in ragione delle eventuali differenze retributive riscontrate.

(9) Prevista dall'art. 12, D.Lgs. n. 124/2004, si tratta di un provvedimento assegnato agli ispettori del lavoro che consente di riconoscere al lavoratore interessato la soddisfazione più rapida dei crediti pecuniari vantati nei confronti del datore di lavoro in conseguenza del rapporto di lavoro.

(10) Così la circ. n. 1/2017 secondo cui - per i crediti vantati dai lavoratori in regime di distacco transnazionale - il personale ispettivo può notificare il provvedimento di diffida accertativa anche al distaccatario stabilito in Italia quale obbligato in solido (e non soltanto al datore di lavoro titolare del rapporto). Per quest'ultimo, tuttavia, l'INL opportunamente evidenziava che il provvedimento, stante la formulazione letterale dell'art. 12,

D.Lgs. n. 124/2004, non ha comunque efficacia di titolo esecutivo.

(11) Cass., sent. n. 17355/2017 e n. 6001/2012.

(12) Già in vigore della legge n. 1369/1960 la Cass. S.U., con sentenza n. 22910 del 26 ottobre 2006, aveva autorevolmente affermato il principio secondo cui la responsabilità solidale del committente non opera nei casi di interposizione illecita per pseudo appalto in quanto la nullità del contratto di appalto comporta che "solo sull'appaltante (o interponente) gravano gli obblighi in materia di trattamento economico e normativo scaturenti dal rapporto di lavoro nonché gli obblighi in materia di assicurazioni sociali, non potendosi configurare una (concorrente) responsabilità dell'appaltatore (o interposto) in virtù dell'apparenza del diritto e dell'apparente titolarità del rapporto di lavoro stante la specificità del suddetto rapporto e la rilevanza sociale degli interessi ad esso sottesi".

(13) Nella circ. n. 10/2018 si afferma che vengono comunque fatti salvi i pagamenti effettuati dallo pseudo appaltatore.

Approfondimenti

L'individuazione di una responsabilità contributiva primaria a carico dell'interponente si colloca indubbiamente nel solco del *favor prestatoris* (principio della prevalenza del trattamento più favorevole al lavoratore) anche se suscita qualche perplessità l'individuazione di una responsabilità sussidiaria a carico dell'interposto non prevista per legge.

Si legge nella nota, infine, che tali principi trovano debita applicazione nell'intera catena degli appalti (quindi anche con riguardo ai contributi maturati in presenza di eventuali subappalti illeciti) e nei casi di affidamento dell'esecuzione dell'appalto da parte del consorzio a società consorziate.