

**APPALTO NON GENUINO e INTERMEDIAZIONE di MANODOPERA  
Firenze, 31 ottobre 2014 – Formazione decentrata della SSM-**

La problematica dell'appalto illecito ( o non genuino) presuppone di delineare i rapporti tra la figura dell'appalto lecito ( art. 29 comma 1 D.Lgs. 276/03 e successive modificazioni), della somministrazione di manodopera ( art. 20 D.Lgs. 276/03 e successive modificazioni) e della interposizione illecita di manodopera, fattispecie giuridica ancora esistente nel nostro ordinamento, se pure con un contenuto parzialmente diverso da quello previsto dagli artt. 1 e 3 della L. 1369/60, ora abrogati.

**Art. 29 comma 1 D.Lgs. 276/2003 :**

*Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, 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.*

Dal testo di tale norma si evince che :

1- il contratto di appalto è stipulato e regolamentato ai sensi dell'**art. 1655 c.c.**. Si intendono pertanto richiamati tutti i requisiti di tale figura contrattuale, se non diversamente regolati dalla norma speciale in questione.

Quando l'impresa non sia “ autentica”, essendo priva di una reale autonomia produttiva ed organizzativa ( anche sotto il profilo della gestione del personale) i lavoratori addetti allo svolgimento dell'appalto finiscono con l'essere utilizzati di fatto dall'impresa appaltante. In tali ipotesi non si è di fronte ad un vero appalto ex art. 1655 c.c., bensì ad una mera fornitura o somministrazione di manodopera, e quindi ad una interposizione di un datore di lavoro puramente fittizio, in un rapporto che in realtà intercorre tra i lavoratori e l'appaltante, vero datore di lavoro.

2- il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per la **organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore.**

Sotto la vigenza della L. 1369/60 l'accertamento della intermediazione illecita era facilitata, in quanto era prevista una presunzione assoluta di illegittimità dell'appalto allorché vi era da parte dell'appaltatore l'utilizzo di mezzi e capitali di proprietà dell'appaltante.

2<sup>a</sup>) – **l'organizzazione dei mezzi va valutata in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto.** Se per esempio si verte in ipotesi di appalto c.d. “pesante”, cioè che richiede l'impiego di importanti mezzi materiali, l'appaltatore , oltre al lavoro, dovrà anche necessariamente organizzare tali mezzi ( a prescindere dalla titolarità degli stessi in capo a lui), se invece ricorre un appalto c.d. “ leggero”, cioè un appalto la cui attività si risolve nel lavoro o poco più, è sufficiente una organizzazione del solo lavoro.

2b) – **l'organizzazione dei mezzi può quindi anche consistere nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto.** Da ciò consegue che qualora l'appaltante comandi direttamente i dipendenti dell'appaltatore, questo è sempre un indice sufficiente della non autenticità dell'appalto: infatti il controllo dell'appaltante deve essere relativo all'attività dell'appaltatore e non alle persone da questo dipendenti.

3- il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per **l'assunzione da parte dell'appaltante del rischio di impresa.**

La gestione “a proprio rischio” da parte dell'appaltatore va oltre il mero significato economico con riguardo alle prospettive di convenienza dell'affare, acquisendo l'espressione “a proprio rischio” un valore giuridico preciso nel senso che l'assunzione del rischio nell'esecuzione del rapporto contrattuale è a carico delle parti per quello che ciascuna vi impegna direttamente, quindi nel caso dell'appaltatore egli assume su di sé il rischio della gestione dell'intera attività lavorativa complessivamente valutata.

Questo è un elemento fondamentale su cui si basa la distinzione fra appalto genuino e appalto di

manodopera: nel primo caso il committente deve il corrispettivo pattuito solo contro la prestazione del risultato (opera o servizio) originariamente pattuito, nel secondo il committente retribuisce comunque l'appaltatore a prescindere dal conseguimento di un risultato, per il solo fatto di aver svolto il lavoro.

Solo quando l'organizzazione del lavoro si accompagna all'assunzione del rischio di impresa (evitandosi ad esempio correlazioni tra il corrispettivo dell'appalto e il costo dei lavoratori in esso impiegati) potrà ragionevolmente escludersi di essere all'interno del perimetro vietato dell'interposizione illecita.

In sintesi : se non si ha l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, né l'assunzione del rischio di impresa e non si verte in una ipotesi di somministrazione lecita di manodopera, si ha un appalto non genuino.

**La somministrazione di lavoro** è in sostanza una forma di appalto di manodopera autorizzata dal legislatore : essa costituisce una eccezione al divieto di interposizione ( l'altra eccezione è l'ipotesi del distacco disciplinato dall'art. 30 D.Lgs. 276/03), e cioè al principio della necessaria coincidenza tra titolarità formale ed utilizzatore sostanziale del rapporto di lavoro.

**Nella somministrazione di lavoro il potere direttivo è in capo all'utilizzatore, difformemente da ciò che capita nell'appalto**, ove è in capo all'appaltatore.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 18 e 84 D.Lgs. 276/03, l'interposizione illecita si sostanzia in qualunque comportamento negoziale ( appalto, fornitura, contratto d'opera) posto in essere da due datori di lavoro che coincida di fatto con una somministrazione di manodopera.

## **CRITERI di IDENTIFICAZIONE dell'APPALTO ILLECITO nella GIURISPRUDENZA**

Al fine di verificare la non genuinità dell'appalto – ossia la presenza di un'impresa fittizia, priva cioè di un'autonoma organizzazione - soccorrono alcuni indici frutto dell'elaborazione della giurisprudenza. Quest'ultima ritiene infatti sussistere interposizione di manodopera anche quando l'appaltatore è dotato di una vera e propria organizzazione d'impresa, ma si limita, in concreto, a fornire solo la manodopera, non assumendo alcun rischio economico in merito alla realizzazione del servizio dedotto in contratto

Affinché si abbia un contratto di appalto genuino, i lavoratori dell'appaltatore non devono sostituire in alcun modo i dipendenti del Committente; essi devono essere riconoscibili come lavoratori dell'Appaltatore e non devono confondersi con i lavoratori del Committente. Per le stesse ragioni, è altresì necessario che non vi sia alcuna previsione che attribuisca rilievo a indicazioni/istruzioni del Committente. I lavoratori dell'Appaltatore non devono infatti prendere ordini da soggetti diversi dall'Appaltatore, non sono soggetti al potere direttivo e di controllo del Committente o di un suo dipendente, e non possono quindi essere allontanati né sanzionati dal Committente. Il Committente non può cioè sostituirsi all'Appaltatore riducendolo a mera entità di trasmissione delle proprie direttive e, per tale ragione, non può, ad esempio, decidere volta per volta il numero di lavoratori da utilizzare.

L'esercizio del potere direttivo e organizzativo dell'Appaltatore nei confronti del proprio personale utilizzato nell'appalto, costituisce uno degli elementi più qualificanti di un contratto di appalto lecito, in quanto implica l'esclusione dell'intromissione del Committente nell'esecuzione dell'appalto.

### **Cass. lav. n. 25270 del 2011 (est. Meliadò)**

*<<...merita di essere, innanzi tutto, ricordato come anche di recente la giurisprudenza di questa Suprema Corte abbia ribadito come costituisca regola generale dell'ordinamento lavoristico il principio secondo cui il vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro (datore apparente) e*

*prescindendosi da ogni indagine (che tra l'altro risulterebbe particolarmente difficoltosa) sull'esistenza di accordi fraudolenti (fra interponente ed interposto) (così SU n. 22910/2006).*

*Regola - giova soggiungere - che si è correttamente ritenuto non abbia perduto consistenza nemmeno a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 267 del 2003, dal momento che le forme di dissociazione fra titolarità del rapporto e destinazione effettiva della prestazione ivi previste debbono considerarsi come tipologie negoziali eccezionali, in deroga al principio che parte datoriale è solo colui su cui in concreto fa carico il rischio economico dell'impresa nonché l'organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione il lavoratore, e l'interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest'ultimo, con la conseguenza che chi utilizza tali prestazioni deve adempiere tutte le obbligazioni a qualsiasi titolo derivanti dal rapporto di lavoro medesimo.>>*

#### **Cass. civ. Sez. lavoro, 06/06/2011, n. 12201**

Riguardo all'interposizione nelle prestazioni di lavoro, ai fini della configurabilità di un appalto fraudolento, non è sufficiente soltanto che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, ma è fondamentale anche verificare <<se le disposizioni impartite siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure al solo risultato di tali prestazioni, il quale può formare oggetto di un genuino contratto di appalto>>.

#### **Trib. di Roma Sez. Lavoro sent. n. 1118 del 24.01.2013, G.U dott.ssa Alessandra Trementozzi**

Enuncia il Tribunale:<<A seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs 276/03 l'appalto genuino è caratterizzato dall'assunzione di rischio d'impresa e dall'organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore. Costituisce regola generale dell'ordinamento lavoristico il principio secondo cui "[...] il vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro (datore apparente) e prescindendosi da ogni indagine sull'esistenza di accordi fraudolenti. (...) La subordinazione richiede, l'accertamento della eterodirezione delle modalità, anche di tempo e di luogo, della prestazione, nonché di uno specifico obbligo di presenza e di frequenza, con annessi obblighi di giustificazione dei ritardi e delle assenze, e della correlativa sottoposizione del prestatore d'opera ad un potere disciplinare e sanzionatorio del datore di lavoro>>.

La sentenza del Tribunale di Roma conferma come sia fondamentale, anche ai fini di individuare l'interposizione fittizia, l'identificazione del datore di lavoro che effettivamente eserciti il potere direttivo e disciplinare .

#### **Cassazione civile , sez. lavoro, sentenza 27.11.2012 n° 21030**

Nel caso di specie oggetto di giudizio era la effettiva sussistenza di un illegittima interposizione di manodopera in relazione all'attività svolta dal G. in qualità di dipendente della Portabagagli Palermo Centrale soc. coop. ar.l. nell'ambito dell'appalto stipulato sin dal 1991 da detta cooperativa con l'Ente Ferrovie dello Stato, in virtù del quale il lavoratore ha svolto diverse attività presso le stazioni di Serradifalco, Lascari e Palermo Centrale.

La Suprema Corte ha ritenuto che - nel caso esaminato, concernente un appalto endoaziendale - non potesse ravvedersi una figura di appalto lecito <<difettando qualsiasi carattere di prestazione di servizio o di autonomia gestionale da parte della [omissis] (ndr l'appaltatrice), la quale - nella concreta attuazione dell'obbligazione assunta verso l'appaltante - si era limitata alla gestione amministrativa del rapporto di lavoro del dipendente, senza alcuna ingerenza circa le modalità esecutive della prestazione lavorativa (vedi in tal senso, tra le molte: Cass. 5 ottobre 2002, n. 14302; Cass. 19 luglio 2007, n. 16016, Cass. 17 febbraio 2010, n. 3681)>>. La Cassazione ha fondato il predetto convincimento rilevando che i <<compiti sono stati sempre svolti dal lavoratore

*sotto la direzione dei capistazione, alle cui istruzioni il sig. [omissis] adeguava tempi e modi delle prestazioni stesse in dipendenza delle esigenze della società ferroviaria e senza nessuna seria e concreta possibilità per la società appaltatrice di interferire a riguardo, tanto che le mansioni svolte dal 1994 in poi come addetto al passaggio a livello non erano neppure contemplate nello statuto della suindicata cooperativa>>.*

### **Cassazione civile sez. VI,23/01/2013 n. 1630- relatore Tria-**

Tutte le censure sono incentrate sulla disciplina del contratto di somministrazione disciplinato dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nella sua originaria versione (applicabile *ratione temporis*), e sulla distinzione tra tale tipologia di contratto e quello di appalto, alla luce di quanto stabilito dal citato D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 29, oltre che sul regime probatorio.

Il fatto è il seguente:

La sentenza impugnata, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Brescia n. 467/10 del 19 maggio 2010: 1) conferma la decisione del primo giudice di rigetto della domanda di M.M.N., volta ad ottenere l'accertamento e la dichiarazione della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato alle dipendenze della convenuta Savelli s.p.a., con le conseguenziali pronunce; 2) compensa tra le parti le spese dei due gradi di merito del giudizio.

La Corte d'appello di Brescia precisa che: 1) il N., nel ricorso introduttivo del giudizio, ha dedotto la natura fittizia del rapporto di lavoro alle dipendenze della Metaltecnica s.r.l. Formale datrice di lavoro, desumibile dalla circostanza che per tutto il periodo di durata del rapporto (dal 28 ottobre 2005 al 30 giugno 2006) egli avrebbe lavorato, con la qualifica di operaio saldatore di 3<sup>o</sup> livello dell'industria metalmeccanica, sotto la direzione e la vigilanza degli amministratori della società convenuta; 2) tuttavia quella su riportata è l'unica circostanza di fatto specifica allegata a dimostrazione della prospettata violazione delle norme in materia di contratto di somministrazione e di appalto; 3) infatti, tutti i testi, sia pure laconicamente, hanno escluso che gli amministratori della convenuta abbiano svolto la suddetta attività nel reparto saldatura ed hanno invece riferito che il N. era diretto e sorvegliato da un responsabile della società Metaltecnica; 4) inoltre le prove testimoniali stesse non hanno consentito di accertare la non genuinità dell'appalto endoaziendale, descritto nel contratto prodotto dalla società Savelli, benchè si tratti di un contratto dal quale non è agevole desumere con esattezza quale sia stata la lavorazione commissionata e l'autonomia della stessa rispetto all'intero procedimento produttivo; 5) è da escludere che la mancata predeterminazione di un prezzo già stabilito possa determinare la nullità del contratto indicato, visto che l'art. 1657 cod. civ., prevede la possibilità della successiva determinazione del corrispettivo; 6) poichè l'onere della prova della natura fittizia del rapporto con la società Metaltecnica o della violazione delle norme in materia di somministrazione e appalto, posto a carico del N., non è stato da questi assolto la sua domanda va respinta; 7) tuttavia, -trattandosi di onere della prova di non agevole assolvimento, va disposta la compensazione delle spese del doppio grado di merito.

*<<Secondo quanto affermato da questa Corte in una analoga controversia (Cass. 15 luglio 2011, n. 15610) il D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 20, comma 1, stabilisce che il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 4 e 5, mentre il precedente art. 1, comma 3, prevede che un tale tipo di contratto può essere concluso a termine o a tempo indeterminato, con la specificazione, al comma 2 del citato articolo, che per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonchè sotto la direzione dell'utilizzatore.*

*L'art. 20, comma 4, individua precise condizioni di liceità del ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato, mentre per la individuazione dei limiti quantitativi di*

*utilizzazione della stessa tipologia contrattuale la norma rimanda ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, in conformità alla disciplina di cui al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 10.*

*Con riferimento all'apparato sanzionatorio civilistico, è bene chiarire che lo schema di fondo che regolava le sanzioni dell'interposizione di manodopera è sostanzialmente sopravvissuto alla riforma introdotta dal legislatore con il D.Lgs. n. 276 del 2003. Infatti, la sanzione prevista per il ricorso alla somministrazione di lavoro al di fuori dei limiti previsti dalla legge (cd. somministrazione irregolare) è quella della imputazione del rapporto di lavoro direttamente all'utilizzatore della prestazione lavorativa. Ciò risulta espressamente dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 27, comma 1, in base al quale: "quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui all'art. 20 e art. 21, comma 1, lett. a), b), c) d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 cod.proc. civ., notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione". A tale sanzione prevista per la violazione delle condizioni di utilizzo della somministrazione di lavoro si affianca quella della nullità, contemplata per il caso di mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione (art. 21, comma 4), E' bene sottolineare che la previsione della possibilità riconosciuta al lavoratore di adire l'autorità giudiziaria per ottenere la costituzione del rapporto di lavoro anche e solamente con l'utilizzatore (di cui al citato art. 27, comma 1) è in linea con l'orientamento consolidatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità con riferimento alla L. n. 1369 del 1960 (abrogata dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 85), che nel giudizio instaurato dal lavoratore per l'accertamento della intermediazione illecita di manodopera e la sussistenza del rapporto lavorativo con il committente, escludeva la sussistenza di un litisconsorzio necessario tra utilizzatore della prestazione e soggetto interposto (vedi per tutte: Cass. SU 22 ottobre 2002, n. 14897 e Cass. 29 luglio 2009, n. 17643).*

*In definitiva, oltre ai casi di nullità del contratto di somministrazione privo di forma scritta (art. 21, comma 4) o di somministrazione fraudolenta (art. 28 sulle relative sanzioni penali ed amministrative), è contemplata la possibilità di costituzione del rapporto lavorativo in capo all'utilizzatore nell'ipotesi di somministrazione irregolare, che si verifica, in base al combinato disposto dell'art. 27, comma 1, e del citato D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 20 e art. 21, comma 1, lett.a), b), c), d) ed e), nei seguenti casi: 1) contratto di somministrazione concluso da un soggetto privo di autorizzazione o nel quale gli estremi di tale autorizzazione non risultano indicati; 2) somministrazione a termine conclusa senza il rispetto delle ragioni giustificative indicate all'art. 20, comma 4; 3) somministrazione a tempo indeterminato conclusa al di fuori delle esigenze indicate all'art. 20, comma 3, ovvero senza che tali giustificazioni risultino dal contratto di somministrazione; 4) violazione dei limiti quantitativi indicati dalla contrattazione collettiva (c.d. clausole di contingentamento) per la somministrazione a tempo determinato ovvero mancata indicazione nel contratto del numero dei lavoratori da somministrare; 5) mancata indicazione nel contratto di somministrazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle relative misure di prevenzione; 6) contratto di somministrazione privo dell'indicazione della data di inizio e della durata prevista.*

*Da quel che si detto, risulta che in sede giudiziaria, non è certamente consentito il sindacato sulle valutazioni tecniche ed organizzative dell'utilizzatore, però il giudice deve poter accertare la esistenza delle ragioni che consentono la somministrazione di manodopera e, a tal fine, l'utilizzatore medesimo è tenuto a dimostrare in giudizio l'esigenza alla quale si ricollega l'assunzione del lavoratore, instaurandosi, ove tale onere non sia soddisfatto, un rapporto a tempo indeterminato tra il prestatore di lavoro e l'utilizzatore della prestazione (Cass. 15 luglio 2011, n. 15610).*

*La ratio della disciplina, infatti, è quella di escludere il rischio di ricorso abusivo a forme sistematiche di sostituzione del personale atte a mascherare situazioni niente affatto rispondenti a quelle contemplate dal D.Lgs. n. 276 del 2003 se non addirittura il rischio del superamento del limite rappresentato dalla necessità che non siano perseguite finalità elusive delle norme inderogabili di legge o di contratto collettivo atte ad integrare l'ipotesi, sanzionata, della*

somministrazione fraudolenta.

Alla stessa logica risponde la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 29, in materia di appalto.

Il comma 1 del suddetto art. 29, stabilisce, infatti, che: "ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 cod. civ., 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".

Inoltre, il successivo comma 3-bis dello stesso articolo dispone che:

"Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 cod.proc. civ., 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'art. 27, comma 2".

Va, altresì, precisato che, quanto alla connotazione temporale che viene ad assumere il rapporto che si instaura con l'utilizzatore, in caso di esito del giudizio favorevole al lavoratore, è da ritenere (conformemente a quanto già affermato da Cass. 15 luglio 2011, n. 15610 cit.) che si venga ad instaurare un rapporto a tempo indeterminato, sia nel caso di contratto di somministrazione sia nel caso di contratto di appalto stipulati in violazione della rispettiva disciplina.

Ciò si desume dall'espressa previsione, contenuta nell'art. 27, comma 1, della costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore della prestazione "con effetto dall'inizio della somministrazione" e dal fatto che l'art. 29, comma 3-bis, nel fare riferimento alla costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, rinvia al disposto dell'art. 27, comma 2.

La stessa efficacia ex tunc che la normativa in esame ricollega alla sentenza costitutiva provocata da un tale tipo di ricorso rappresenta un valido elemento letterale e logico che autorizza a ritenere che se il legislatore avesse voluto riferirsi alla costituzione di un rapporto diverso da quello a tempo indeterminato non avrebbe certamente avuto ragione di dover far riferimento ad una costituzione del rapporto con effetto dall'inizio della somministrazione stessa.

D'altra parte, diversamente opinando, verrebbe anche ad essere facilmente aggirata la disciplina limitativa del contratto a termine, che come è noto, si collega alla generale presunzione di sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato (vedi, per tutte: Cass. 13 aprile 2007, n. 8930).

5.2.- La Corte d'appello di Brescia, senza prendere in considerazione tale normativa speciale, ha respinto la domanda del N. non attribuendo il dovuto rilievo al carattere lacunoso - soprattutto se valutato alla luce dell'indicata normativa dettata dal D.Lgs. n. 276 del 2003 - del contratto depositato dalla società convenuta e, d'altra parte, addossando sul lavoratore l'onere probatorio - dalla stessa Corte considerato di "non agevole" assolvimento - sulla denunciata violazione delle disposizioni in materia di somministrazione e di appalto, quando invece avrebbe dovuto essere la società convenuta ad allegare e provare la reale sussistenza delle condizioni - formali e sostanziali - per la regolare stipulazione di un contratto di somministrazione di lavoro o di appalto, alla luce dell'indicata disciplina speciale".

che, quindi, il relatore ha proposto la trattazione del ricorso in camera di consiglio, in applicazione degli artt. 376, 380-bis e 375 cod. proc. civ., per esservi accolto per quanto detto in precedenza.

Considerato che il Collegio condivide, sostanzialmente, la proposta di definizione contenuta nella relazione ex art. 380-bis cod.proc. civ.;

che, in particolare, il Collegio, anche alla luce della giurisprudenza di questa Corte intervenuta medio tempore in materia, ritiene opportuno sottolineare altresì, come considerazioni di carattere generale, che: 1) se un contratto di lavoro viene stipulato utilizzando un tipo contrattuale particolare in assenza dei requisiti specifici richiesti dal legislatore e la legge prevede come conseguenza dell'utilizzazione irregolare del tipo la costituzione di un rapporto di lavoro, senza precisare se a termine o a tempo indeterminato, nel silenzio del legislatore non può che valere la

regola per cui quel rapporto di lavoro è a tempo indeterminato (Cass. 8 maggio 2012, n. 6933); 2) se il datore di lavoro convenuto sostiene che l'attività descritta nel ricorso introduttivo e la sua difformità rispetto alla causale indicata nel contratto di somministrazione non sussistono e non corrispondono alla realtà dei fatti, ha l'onere di contestare specificamente tali affermazioni e di provare le circostanze di segno contrario da lui indicate, cosa che nel caso specifico, non risulta essere stato fatto (Cass. 8 maggio 2012, n. 6935); 3) ai fini della liceità o meno di un contratto di appalto di manodopera - prima dell'intervenuta abrogazione ad opera del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 85, comma 1, lett. c), della L. 23 ottobre 1960, n. 1369 - ciò che rileva è la natura delle prestazioni appaltate che deve essere indicata nel contratto stesso, stante la specificità del suddetto rapporto e la rilevanza sociale degli interessi ad esso sottesi (Cass. SU 26 ottobre 2006, n. 22910);

che, inoltre, il Collegio sottolinea come non debba essere dimenticato, proprio tenendo conto del richiamato del D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 29 (nel testo applicabile ratione temporis), il consolidato orientamento di questa Corte secondo cui il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro (di cui alla L. n. 1369 del 1960, art. 1), in riferimento agli appalti "endoaziendali", caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di tutte le attività, ancorchè strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore-datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo (vedi Cass. 28 marzo 2011, n. 7034; Cass. 9 marzo 2009, n. 5648; 30 agosto 2007, n. 18281; 5 ottobre 2002, n. 14302);

che, pertanto, ferma la ratio della disciplina di cui al D.Lgs. n. 276 del 2003 (il cui art. 85, comma 1, lett. c, ha abrogato la su richiamata L. n. 1369 del 1960) e l'autonomia e la specificità degli istituti ivi previsti, rispetto alle disposizioni previgenti abrogate dal medesimo decreto e alle disposizioni del codice civile, l'interprete può, tutt'ora, rinvenire nei principi sopra richiamati alcuni parametri significativi al fine della verifica della ricorrenza o meno di un contratto di appalto attraverso il quale si intenda eludere le norme che disciplinano il mercato del lavoro (Cass. 15 luglio 2011, n. 15615).>>.

### **Appello Roma, 8 luglio 2011 (est. Di Paolantonio)**

<<Nel merito l'appello è fondato.

Secondo il consolidato e condivisibile orientamento della Corte di legittimità "il divieto di cui alla L. 23 ottobre 1960, n. 1369, art. 1 opera ogni qual volta l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo eventualmente in capo a lui, datore di lavoro, i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo" (in questi termini fra le più recenti Cass. 6 aprile 2011 n. 7898).

La Corte ha anche osservato che, una volta accertata l'estraneità dell'appaltatore alla organizzazione e direzione dei prestatori di lavoro nell'esecuzione dell'appalto, è del tutto ultronea qualsiasi questione inerente il rischio economico e l'autonoma organizzazione del medesimo, nè rileva che l'impresa appaltatrice sia effettivamente operante sul mercato, atteso che, se la prestazione risulta diretta ed organizzata dal committente, per ciò solo si deve escludere l'organizzazione del servizio ad opera dell'appaltante (in questi termini Cass. 11720/2009; Cass.17444/2009; Cass. 9624/2008 che ha ritenuto sussistenti gli indici rivelatori della intermediazione vietata in fattispecie nella quale era stato accertato che la direzione tecnica e il controllo della prestazione lavorativa era affidata nella sostanza alla competenza esclusiva del committente mentre le società appaltatrici, lungi dall'interferire sulla organizzazione del servizio appaltato, si limitavano alla gestione dei turni, alla corresponsione della retribuzione, alla gestione

delle ferie ed in genere all'amministrazione del personale).

La sentenza impugnata non appare rispettosa dei principi di diritto sopra sintetizzati, atteso che il primo Giudice ha sostanzialmente fondato la pronuncia di rigetto su elementoni decisivi ai fini della soluzione della controversia (natura non fittizia delle imprese appaltatrici, contenuto del contratto d'appalto, gestione amministrativa del rapporto da parte del datore di lavoro apparente) mentre ha omesso qualunque indagine sulle effettive modalità di svolgimento del rapporto, valorizzando un unico documento prodotto dalla difesa della resistente (segnalazione inviata in data 10.11.2005 alla società appaltatrice in merito alla assenza di una "risorsa") ed omettendo di esaminare il contenuto delle numerosissime mail inviate dai dirigenti del Consorzio all'appellante ed agli altri componenti dell'unità Assistenza Tecnica.

....

Ritiene, pertanto, il Collegio che gli elementi tuttisopra evidenziati consentano di ravvisare gli elementi necessari ai fini del riconoscimento di una fattispecie interpositoria vietata, giacché le varie società con le quali formalmente il Rainone ha stipulato numerosi contratti di lavoro, non risultano aver assunto alcuna gestione e organizzazione del servizio di assistenza tecnica informatica. È significativo poi che l'appellante, al pari degli altri addetti al servizio, abbia continuato a svolgere la medesima attività con le stesse caratteristiche per un arco temporale di oltre sei anni nonostante l'avvicinarsi di ditte appaltatrici e subappaltatrici.>>.

## **APPALTO ESEGUITO UTILIZZANDO IL RAMO di AZIENDA CEDUTO**

Si tratta del fenomeno del c.d. *insourcing*, che si contrappone al c.d. *outsourcing*, detto anche esternalizzazione originaria, operazione che cioè prescinde da un precedente trasferimento di ramo di azienda.

Questa tipologia di appalto è consentita nel nostro ordinamento atteso che l' art. 32, co. 2, d. lgs. n. 276 del 2003 ha aggiunto un ultimo comma all'art. 2112 c.c. :

*<<Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo di azienda oggetto di cessione tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art. 29 co. 2>> .*

Questa disposizione implica che sia sempre legittimo e genuino l'appalto eseguito utilizzando il ramo di azienda ceduto?

A mio giudizio questa disposizione comporta solo che non potrà ritenersi non genuino l'appalto solo per il fatto che esso sia seguito alla cessione del ramo di azienda ( essendo questa operazione consentita) ma ciò non comporta un esonero del contratto in questione dall'osservanza dei requisiti di organizzazione di mezzi e di rischio di impresa richiesti dall'art. 29 D.Lgs. 276/03 „sicché l'eventuale rientro di mezzi e uomini privi di una vera (e non semplicemente dichiarata) identità economico-organizzativa si presterà ad essere sanzionato come mera somministrazione di lavoro ( e quindi come intermediazione illecita di manodopera) per carenza di una vera organizzazione imprenditoriale in quanto incapace di coagularsi nella fornitura di un opus ovvero di un servizio autonomamente apprezzabili.

E' questa ipotesi conforme alla direttiva europea n. 2001/23/CE?

**Trib. Trento, 20 settembre 2012 (est. Flaim)- rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia**

1 [ ...omissis]

2 se la disciplina dell'Unione europea in tema di trasferimento di parte di azienda (in particolare l'art. 1 n.1 lett. a) e b), in riferimento all'art. 3 n. 1, della direttiva del Consiglio 1 marzo 2001, n. 2001/23/CE) osti ad una norma interna, come quella dettata dall'art. 2112 co. 5 cod. civ., che

consente la successione del cessionario nei rapporti di lavoro del cedente, senza necessità del consenso dei lavoratori ceduti, anche qualora l'impresa cedente eserciti dopo il trasferimento un intenso potere di supremazia nei confronti della cessionaria che si manifesti attraverso uno stretto vincolo di committenza ed una commistione del rischio di impresa.

Nel caso in questione avanti quel tribunale, il giudice aveva accertato che la funzione trasferita era stata istituita soltanto poco più di due mesi prima della sua alienazione e che dopo la sua istituzione e finanche dopo l'atto di cessione, erano seguiti i rapporti di collaborazione con la struttura preesistente, al punto che l'alienante aveva impartito disposizioni in tema di limiti di spesa e di parametri di qualità dopo la cessione.

**La sentenza della Corte di Giustizia 6 marzo 2014- causa C-458/12- Lorenzo Amatori e altri c. Telecom Italia spa, Telecom Italia Information Technology srl.**

La Corte di Giustizia, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale del Tribunale di Trento ha statuito che:

1 [ omissis]

2 <<L'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b) della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui, dopo il trasferimento della parte di impresa considerata, tale cedente eserciti un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario>>.

Punti rilevanti della motivazione :

**Punto 47-** Non risulta da alcuna disposizione della direttiva 2001/23 che il legislatore dell'Unione abbia voluto che l'indipendenza del cessionario nei confronti del cedente costituisse un presupposto per l'applicazione della direttiva stessa;

**Punto 48-** Con la direttiva si è inteso disciplinare qualunque mutamento giuridico della persona del datore di lavoro, qualora siano per il resto soddisfatte le altre condizioni da essa stabilite, e che pertanto detta direttiva può essere applicata ad un trasferimento tra due consociate di uno stesso gruppo, che costituiscono persone giuridiche distinte ognuna delle quali ha contratto rapporti di lavoro specifici con i rispettivi dipendenti. A questo proposito è irrilevante il fatto che le società di cui trattasi abbiano non soltanto gli stessi proprietari, ma anche la stessa direzione e gli stessi locali e siano impegnate nell'esecuzione della stessa opera.

**Punto 49-**Nulla giustifica che, ai fini dell'applicazione della citata direttiva, l'unità del comportamento tenuto sul mercato dalla capogruppo e dalle consociate prevalga sulla separazione formale tra queste società aventi personalità giuridiche distinte. Infatti una soluzione del genere, che porterebbe ad escludere dall'ambito dell'applicazione della direttiva in parola i trasferimenti tra società di uno stesso gruppo, si porrebbe precisamente in contrasto con l'obiettivo di tale direttiva, che è di garantire, per quanto possibile, il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore, consentendo loro di rimanere in servizio del nuovo imprenditore alle stesse condizioni pattuite con il cedente;

**Punto 51-**Una diversa interpretazione permetterebbe di eludere facilmente l'obiettivo perseguito da detta direttiva, mirante, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, ad assicurare la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica, indipendentemente dal cambiamento del proprietario.

## Mie Considerazioni

L'ottica e le esigenze di tutela del Giudice dell'Unione sono diverse da quelle tenute presenti dai giudici italiani : mentre questi ultimi sono chiamati a dare una risposta alle richieste di tutela non solo “ nella cessione di azienda” ma anche “ dalla cessione di azienda” ( avendo i lavoratori in molti casi un interesse a che l'azienda non venga frazionata e a non essere ceduti senza il loro consenso- che sarebbe necessario qualora l'operazione non fosse qualificabile come cessione di ramo di azienda-, preferendo rimanere alle dipendenze della cedente, che magari si qualifica per essere azienda più solida o più affidabile), il legislatore europeo, con la direttiva 2001/23, si è prefisso esclusivamente di garantire negli stati aderenti all'Unione una tutela “ nella cessione di azienda”, e quindi ritiene come “ condizioni di migliore favore” quelle norme dei diritti interni che applicano la disciplina della cessione del ramo di azienda anche ad operazioni che tali non possono qualificarsi. Il giudice europeo non prende in alcuna considerazione l'esigenza di difesa “ dalla cessione” e dalla conseguente esternalizzazione della fase produttiva, non essendo questa la finalità della direttiva in questione.

## IL NUOVO REGIME DELLA DECADENZA nelle INTERPOSIZIONI di MANODOPERA

### Art. 32, comma 4, l. n. 183 del 2010 :

*<<Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche:.....d) in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto.>>*

In riferimento alla pretesa di imputazione del rapporto in capo all'utilizzatore effettivo della prestazione, i diritti potenzialmente pregiudicabili dalla decadenza sono non solo tutti quelli maturati per effetto dello svolgimento delle prestazioni (quali, ad esempio, quelli alle differenze retributive che possono discendere dall'applicabilità di un contratto collettivo più favorevole), ma anche quelli aventi ad oggetto la “stabilizzazione” del rapporto presso l'utilizzatore stesso.

La lacuna derivante dalla mancata individuazione, da parte del legislatore, del *dies a quo*, va colmatafacendo decorrere i termini solo dal momento nel quale l'intera fattispecie sostanziale di riferimento risulti perfezionata. La decorrenza, quindi, va fissata, in tutti i casi, nella cessazione del rapporto, o più precisamente nella *cessazione della prestazione presso l'utilizzatore*, il quale, in quanto destinatario della pretesa, è anche l'unico soggetto legittimato alla ricezione dell'impugnazione. In costanza di rapporto di lavoro interposto non decorre alcun termine.

Ben più complessa, invece, sarà la lettura della fattispecie, nel caso di adibizione “a singhiozzo” del lavoratore presso l'appaltatore.

Il momento di perfezionamento della fattispecie, costituito dalla cessazione della prestazione contestata, delimita anche l'ambito temporale di applicazione della disciplina, che, mancando anche in questo caso la clausola di retroattività, va applicata nei soli casi nei quali detta cessazione si collochi dopo l'entrata in vigore della norma.

Al proposito recentemente il Ministero del Lavoro – Direzione generale per l'attività ispettiva-, in risposta ad interpello proposto da Assotrasporti ,( interpello n. 12/2014 del 25 marzo 2014), ritenendo che per tutte le ipotesi il lavoratore, nel chiedere la costituzione o l'accertamento del rapporto di lavoro nei confronti dell'utilizzatore, debba provare in via giudiziale la sussistenza degli elementi di irregolarità della somministrazione e di non genuinità e illegittimità dei contratti di appalto e

distacco e contestualmente l'illegittimità del licenziamento, con riferimento al *dies a quo* per la decorrenza dell'enunciato termine di 60 giorni per la relativa impugnazione, distingue l'ipotesi in cui il licenziamento sia stato comunicato o meno per iscritto.

Nel caso di licenziamento scritto con contestuale comunicazione scritta dei motivi il termine decorrerebbe dalla data di ricezione, da parte del lavoratore, della comunicazione medesima.

Di contro, in caso di licenziamento verbale o di fatto o senza comunicazione dei motivi, il licenziamento sarebbe inefficace (art. 2, comma 3, L. n. 604/1966), nel qual caso non si riterrebbe mai applicabile il termine di decadenza di 60 giorni che postula l'esistenza di un licenziamento scritto.

L'interpretazione sopra riportata a mio giudizio non può essere condivisa, in quanto postula che anche nell'ipotesi disciplinata dall'art. 32, comma 4, lett.d) L. 183/2010 l'oggetto dell'impugnazione, a pena di decadenza, sia il licenziamento, mentre invece deve ritenersi che sia la costituzione del rapporto di lavoro con il reale datore, utilizzatore delle prestazioni.

La cessazione del rapporto ( in qualunque modo avvenuta) non è l'oggetto dell'impugnativa, ma il momento in cui l'intera fattispecie interpositoria si consuma, ( è infatti una condotta illecita permanente) e per questo diventa rilevante quale *dies a quo* da cui comincia a decorrere il termine di decadenza, a prescindere dal fatto che vi sia o meno un licenziamento, essendo la norma comunque operante.

Non possono essere altresì condivise le argomentazioni del Ministero in punto di onere della prova, atteso che, come sopra abbiamo già visto ( cfr. Cass. 1630/2013), non è onere del lavoratore provare l'illegittimità dell'appalto, e cioè la difformità dell'attività prestata rispetto alla causale dell'appalto, né l'illegittimità del licenziamento ( quando esistente).

Firenze, 31 ottobre 2014

Marilena Rizzo