

## Le garanzie difficili nel sistema degli appalti\*

Marco Marazza

1. Il “*sistema interdisciplinare*” del diritto del lavoro applicato ai processi di decentramento produttivo. 34
2. Segue: e le (conseguenti) “*garanzie difficili*” (non solo per il lavoratore). 35
3. Coordinamento industriale dell'appaltatore da parte del committente, rischio di impresa e somministrazione irregolare (anche in assenza di esercizio da parte del committente di potere di organizzativo e direttivo sui lavoratori dell'appaltatore). 36
4. Segue: il confine tra contratto di subfornitura e somministrazione irregolare. 39
5. Il problema degli effetti della certificazione del contratto di appalto sulla esecuzione, in concreto, del suo programma contrattuale. 41
6. Contratto di appalto, distacco e somministrazione irregolare nel contratto di rete quando i retisti scambiano tra loro prestazioni industriali e/o commerciali. 43
7. L'inadeguata valorizzazione dell'autonomia collettiva nei fenomeni di decentramento produttivo. 45

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 393/2019

## 1. Il “sistema interdisciplinare” del diritto del lavoro applicato ai processi di decentramento produttivo.

Il sistema di norme posto a presidio del lavoro nei fenomeni di decentramento produttivo non può essere messo a fuoco con la sola lente della scienza giuslavorista perché l’impianto delle tutele che esso propone, oltre che fortemente condizionato dall’impatto dell’innovazione tecnologica<sup>102</sup>, affonda le sue radici, tra l’altro: in classici istituti del diritto civile, per quanto riguarda la disciplina della responsabilità, dei contratti in generale e della mora del creditore (artt. 1206 e ss. cod. civ.<sup>103</sup>), il regime della responsabilità solidale (artt. 1292 e ss. cod. civ.<sup>104</sup>), l’adempimento del terzo (art. 1180 cod. civ.) e l’indebito soggettivo (art. 2036 cod. civ.)<sup>105</sup>; in sfuggenti fattispecie nel diritto commerciale, per ciò che riguarda la definizione e gli effetti del contratto di subfornitura (legge n. 192 del 1998) e del contratto di rete (art. 3, comma 4ter, del d.l. n. 5 del 2009, convertito in legge n. 33 del 2009)<sup>106</sup>; nel diritto amministrativo, per gli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) e per gli effetti del procedimento amministrativo di certificazione del contratto di appalto (vedi *infra* al n. 5); finanche in quello penale, per quanto attiene al reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603 bis cod. pen.)<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> Molteplici sono gli studiosi che hanno approfondito il tema nei diversi ambiti dell’ordinamento lavoristico; nell’impossibilità di poter rinviare a tutti, si fa riferimento, da ultimo, al bel volume C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANO (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Bari, 2019.

<sup>103</sup> Rilevante, per i profili giuslavoristici connessi ai processi di decentramento produttivo, nei termini chiariti da Cass. sez. un. n. 2990 del 2018 e Corte Cost. n. 29 del 2019.

<sup>104</sup> Per l’applicazione del principio della responsabilità solidale nell’irrelevanza, in caso di pluralità di appaltatori e sub appaltatori, della ripartizione interna dei debiti e, in generale, per la possibilità del lavoratore di richiedere a ciascun soggetto della filiera l’adempimento dell’intero credito, così superando possibili interpretazioni restrittive della catena di responsabilità poste dall’art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, Cass. 15 gennaio 2019 n. 834; Cass. 10 gennaio 2019 n. 444; Cass. 23 marzo 2108, n. 16259 del 2018. Sul regime della responsabilità solidale applicato al lavoro si veda il recente studio monografico di E. VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bologna, 2017.

<sup>105</sup> Disposizioni, queste ultime (artt. 1180 e 2036 cod. civ.), poste a base del confronto, forse non ancora del tutto risolto, sull’efficacia satisfattiva o meno per il titolare del rapporto di lavoro dell’adempimento dell’obbligo retributivo da parte dell’utilizzatore della prestazione di lavoro, oltre che nei casi in cui sia direttamente applicabile l’art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 (oggi art. 38 del d.lgs. n. 81 del 2015) (e, cioè, della somministrazione irregolare). E, quindi, anche in caso di trasferimento di azienda la cui illegittimità sia stata giudizialmente accertata con l’effetto della retrocessione al cedente dei rapporti di lavoro ceduti al cessionario e da quest’ultimo retribuiti (anche dopo la sentenza). È noto come la questione, assai complessa, coinvolge i principi della mora del creditore, prende le mosse da C. Cost. 11 novembre 2001, n. 303 ed è poi stata affrontata da Cass. sez. un. n. 2990 del 2018 per la quale, in un caso di appalto illecito, «il datore di lavoro, indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore, è tenuto a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva» fatta salva, in ogni caso, l’ipotesi in cui il trattamento economico sia stato corrisposto dal datore di lavoro fittizio. In questo caso, infatti, trova applicazione l’art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 (oggi art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2015) la cui effettiva portata viene ricostruita, dalle sezioni unite, mediante il richiamo agli artt. 1180 e 2036 cod. civ. Precisazione, questa, che dopo qualche flebile apertura (Cass. n. 14019 del 2018) è poi risultata, almeno ad oggi, non sufficiente ad estendere i medesimi principi civilistici anche all’ipotesi di cessione di ramo di azienda dichiarata illegittima (per la quale, ovviamente, non può trovare applicazione la speciale disposizione giuslavoristica dell’art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2015). All’esito di C. Cost. 28 febbraio 2019, n. 29, infatti, Cass. 3 luglio 2019, n. 17786 ha, da ultimo, precisato che l’adempimento del cessionario non libera il cedente del ramo di azienda di cui è stata accertata giudizialmente l’illegittimità. Così introducendosi, a mio parere, una discutibile differenziazione tra questa fattispecie e quella dell’accertamento della somministrazione irregolare che non tiene conto della matrice sostanzialmente civilistica dell’art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2015 già evidenziata, come detto, dalle sezioni unite. Diverso, ovviamente, resta il ragionamento sugli effetti dell’eventuale risoluzione del rapporto intimata dal soggetto giudizialmente accertato alla stregua di un datore di lavoro fittizio (Cass. 28 febbraio 2019, n. 5998).

<sup>106</sup> Per le problematiche connesse a questi istituti si rinvia, rispettivamente, nel testo ai paragrafi n. 4 e 6.

<sup>107</sup> Il riferimento è al reato di «intermediazione illecita e sfruttamento», punito all’art. 603 bis, cod. pen., così come modificato dalla legge 29 ottobre 2016, n. 199. Sugli indici di sfruttamento, D. FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell’ottica del legislatore*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), n. 3, ma è interessante evidenziare come

Ne deriva che quel sistema è assai articolato, tendenzialmente connotato da un elevato grado di frammentazione, come spesso accade quando si devono raccordare ambiti disciplinari così variegati, e, in linea con le più moderne evoluzioni della nostra materia (si pensi a lavoro e privacy; lavoro e procedure concorsuali), pretende dall'interprete, qualunque sia il suo ruolo, non solo un approccio contemporaneo, cioè aperto alla comprensione (oltre che delle nuove dinamiche sociali) degli effetti della digitalizzazione dei processi produttivi e della organizzazione del lavoro, ma anche «l'aggancio interdisciplinare [è] ormai indispensabile in molti comparti dell'attività del giurista»<sup>108</sup>, affinché «la frammentazione [non si traduca] nell'isolamento [sterile] dello studioso»<sup>109</sup>.

## 2. Segue: e le (conseguenti) "garanzie difficili" (non solo per il lavoratore).

Ciò comporta, complice una tecnica legislativa non sempre impeccabile, ma anche per effetto di una certa ritrosia dei giuslavoristi a confrontarsi con altri ambiti disciplinari sul terreno del diritto positivo, un rallentamento, per certi versi comprensibile, anche se non proprio del tutto giustificabile, del processo di emersione di "un" (qualsiasi) diritto vivente<sup>110</sup>.

E, quindi, inevitabilmente, anche l'affiorare di uno stato di incertezza del diritto, lamentato per il vero anche altrove e su piani ben più generali<sup>111</sup>, che è l'inevitabile presupposto (logico, prima ancora che giuridico) delle "difficoltà" che tutti gli operatori incontrano, dai loro diversi punti di vista, nell'interpretazione ed applicazione (anche) della legislazione di cui qui intendiamo occuparci.

Mi concentrerò, allora, con l'obiettivo di avanzare qualche proposta interpretativa, su alcune delle possibili zone di incertezza nelle quali, proprio in specifica conseguenza della contamina-

---

la portata del regime sanzionatorio penale, sia in caso di intermediazione che in caso di sfruttamento, è condizionata alla fattispecie dell'«*approfittamento dello stato di bisogno*» (per gli esiti di una interpretazione in senso strettamente oggettivo, T. PADOVANI, *Necessario un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Quot. Dir.*, 2016, pag. 48 segg.) e come tale fattispecie evidenzia tendenze evolutive in grado di ampliare significativamente la portata della norma penale. Appare utile segnalare, a tal riguardo, che il Tribunale di Brindisi con sentenza 8 giugno 2017, a quanto consta inedita (raccolta nel contesto delle attività dell'Osservatorio de L'altro Diritto), ha identificato lo stato di bisogno nella necessità di un lavoratore cittadino italiano di adempiere ai suoi doveri genitoriali e ai costi conseguenti, tra cui i ratei del mutuo, con ciò svincolando lo stato di bisogno dalla specifica situazione, più volte accertata dalla giurisprudenza, di clandestinità del lavoratore (da ultimo Cass. 12 gennaio 2018, n. 17939). Circostanza, questa, importante se letta insieme al fatto che lo sfruttamento, ai sensi dell'art. 603 bis, comma 3, punto 1), si perfeziona anche in caso di corresponsione di una retribuzione palesemente difforme da quella prevista dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali (quali?) più rappresentative. Per i profili più propriamente lavoristici, M. MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in *"Il lavoro nella giurisprudenza"*, 2017, n. 2, pag. 118. Da ultimo, V. FERRANTE, *Appalti, "supply chain" e doveri di controllo sull'uso del lavoro "schiavistico"*, in *Arg.Dir.Lav.* 2018, pag. 1061; con specifico riguardo al lavoro in agricoltura, M. D'ONGHIA – C. DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 352/2018*; D. GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2018, 2, pag. 229 e segg.

<sup>108</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista, un percorso incompiuto*, Torino, 2014, pag. 155. Sui "confini" disciplinari e i loro limiti, M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2009, pag. 8.

<sup>109</sup> S. CASSESE, *Il mondo nuovo del giurista, Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, pag. 30, nt. 32, p. 185.

<sup>110</sup> F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, *Riv.Dir.Proc.*, 1949, I, pag. 41; L. MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto Dir. priv.*, Torino, 1990, pag. 445; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, pag. 54.

<sup>111</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2015, pag. 55; P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, pag. 921 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, pag. 14.

zione interdisciplinare del sistema normativo dedicato alla regolamentazione del lavoro nei processi di decentramento produttivo, possono emergere rischi di effettività delle tutele dei lavoratori. Se non altro perché sono loro i protagonisti deboli del fenomeno che stiamo considerando ed il convegno da cui prende spunto il presente contributo è stato, proprio per questa ragione, dedicato alla *dignità della persona*<sup>112</sup>.

### 3. Coordinamento industriale dell'appaltatore da parte del committente, rischio di impresa e somministrazione irregolare (anche in assenza di esercizio da parte del committente di potere di organizzativo e direttivo sui lavoratori dell'appaltatore).

L'ambito da considerare in via prioritaria è, per ovvie ragioni, giacché si tratta dello snodo che delimita la produttività decentrabile, quello delle possibili aree di incertezza che insistono sul confine tra appalto genuino e somministrazione irregolare<sup>113</sup>.

Come noto, nella tradizionale (e largamente prevalente) prospettiva che tende a perimetrare l'appalto dalla somministrazione irregolare andando ad indagare l'eventuale etero organizzazione da parte del committente dei mezzi necessari all'appaltatore per l'esecuzione del contratto, che può risultare anche dall'esercizio del "*potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati*" (art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003)<sup>114</sup>, l'appalto genuino è ritenuto compatibile con la predeterminazione delle modalità temporali e tecniche di esecuzione dell'opera o del servizio, anche qualora siano impartite dal committente disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore riconducibili al "*risultato delle prestazioni*"<sup>115</sup>.

In altri termini, come si legge nella giurisprudenza di legittimità<sup>116</sup>, con un ragionamento che può effettivamente ampliare il perimetro dell'appalto genuino, soprattutto quando l'esecuzione dell'attività affidata all'appaltatore richiede un'organizzazione che è fatta prevalentemente di persone, non è sufficiente, perché possa configurarsi una somministrazione irregolare, la circostanza che il personale del committente impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore.

<sup>112</sup> Ma non sarebbe corretto omettere, dal diverso punto di vista dell'impresa, e solo per fare un esempio emblematico della serietà dell'impatto dello stato di incertezza del diritto segnalato, i gravi effetti economici riconducibili alla imprevedibilità delle operazioni di qualificazione della fattispecie del ramo di azienda. Sia consentito, sul punto, rinviare M. MARAZZA, *Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, pag. 388 e segg. e ai riferimenti ivi contenuti. Non solo per l'irrisolta questione del requisito della sua preesistenza ma anche, a maggior ragione a fronte dell'evoluzione tecnologica, per le difficoltà che emergono quando si tratta di verificare l'autonomia funzionale di un compendio aziendale soppesando (anche in relazione agli altri beni che compongono l'attività economica organizzata) la sua dotazione tecnologica, il livello di connessione informatica del ramo di azienda al resto dell'impresa cedente ed il limite (oggi più che altro lasciato al libero apprezzamento del giudice) di integrabilità di quel sistema informatico da parte della tecnologia cessionario.

<sup>113</sup> Nell'impossibilità di riportare tutta la corposa letteratura in materia, si rinvia per completezza, anche dei riferimenti bibliografici, da ultimo a D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Atti delle giornate di Studio di Diritto del lavoro dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Cassino, 18-19 maggio 2017, Milano, 2018, pag. 17 e segg.

<sup>114</sup> Nel classico approccio, per intenderci, giusto il quale l'appalto non è genuino in assenza di un concreto potere direttivo nell'esecuzione della prestazione in capo alla società appaltatrice giacché non è sufficiente che la stessa conservi i compiti di gestione amministrativa senza una reale e concreta organizzazione della prestazione stessa, Cass. 7 dicembre 2018, n. 31720; Cass. 10 maggio 2018, n. 27105. Nel merito, Trib. Milano 30 gennaio 2018.

<sup>115</sup> Cass. 22 febbraio 2019, n. 5265; Trib. Roma, 19 febbraio 2019.

<sup>116</sup> Cass. 22 febbraio 2019, n. 5265; Cass. 15 luglio 2011, n. 15615; Cass. 6 giugno 2011, n. 12201; Cass. 14 aprile 2001, n. 8643, Cass. 18 marzo 2000, n. 3196, Cass. 7 settembre 1993, n. 9398.

Ed infatti, fermo restando che quelle disposizioni per rilevare ai fini della qualificazione dell'accordo commerciale sottostante devono essere impartite nella "consapevolezza" del committente<sup>117</sup>, ciò che occorre verificare è se le direttive sono effettivamente riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti alle concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure (com'è consentito in caso di appalto) al solo risultato di quelle prestazioni (onde garantire l'adattamento dell'attività rispetto ai tempi ed alle modalità tecniche di esecuzione dell'opera o del servizio legittimamente predeterminate dal committente)<sup>118</sup>.

In altri termini, senza voler qui indugiare sulla difficoltà che si può riscontrare nel distinguere in modo netto ciò che attiene alle modalità di esecuzione della prestazione dal risultato che essa produce, per la giurisprudenza, ed è a mio avviso giusto che sia così, l'appalto può legittimamente contemplare una forma di coordinamento "industriale" del committente sull'esecuzione del programma contrattuale che l'appaltatore si è impegnato a realizzare.

Si tratta, a ben vedere, di un potere che il committente esercita non solo per assicurarsi che l'opera o il servizio siano realizzati secondo le condizioni stabilite ed a regola d'art (art. 1662, comma 2, cod. civ.) ma anche, soprattutto quando la prestazione è di carattere continuativo, per specificare via via, nel rispetto del regolamento contrattuale<sup>119</sup>, taluni dettagli del risultato che l'appaltatore deve realizzare<sup>120</sup>. Sono prerogative ben distinte da quelle che considera l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 quando pretende che sia l'appaltatore ad organizzare i mezzi necessari. Ciò perché il coordinamento industriale, a differenza del potere organizzativo espressamente vietato al committente dalla norma giuslavoristica: a) non riguarda l'organizzazione dell'attività, e quindi non incide sulla organizzazione dei mezzi e delle persone dell'appaltatore; b) tende, di conseguenza, ad influire sul risultato di quella attività; c) è, normalmente, indirizzato non indistintamente su tutti gli ausiliari dell'appaltatore ma sull'imprenditore o sulla persona da lui incaricata come referente per l'esecuzione del contratto.

Ne deriva, e vengo al punto, che il problema da affrontare, soprattutto alla luce delle nuove tecnologie, siano esse utilizzate per la gestione dei flussi informativi tra committente e appaltatore, o proprio per l'automazione del coordinamento dell'appaltatore nell'esecuzione dell'opera<sup>121</sup>, è

<sup>117</sup> Ed infatti, affinché possa affermarsi la natura fraudolenta dell'appalto per Cass. 16 novembre 2018, n. 29628 «*non basta che il personale della società committente impartisca ordini al personale della società appaltatrice e che questa tolleri che suoi dipendenti svolgano mansioni diverse da quelle oggetto dell'appalto, ma è, altresì, necessaria una manifestazione di volontà degli organi competenti della committente e, comunque, una conoscenza ed una accettazione implicita*».

<sup>118</sup> Per tutte, ancora Cass. 22 febbraio 2019, n. 5265. Ma una posizione ben diversa è oggi assunta dalla giurisprudenza amministrativa (Cons Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1571) per la quale risulta invece incompatibile con la genuinità dell'appalto l'assetto contrattuale in virtù del quale il committente: a) impone all'appaltatore, sulla base delle proprie esigenze, l'adattamento dell'orario di lavoro dei dipendenti; b) definisce obiettivi e regole standard che poi l'appaltatore, per il tramite della sua organizzazione, deve trasmettere ai propri collaboratori.

<sup>119</sup> Sulla possibilità che il contratto di appalto preveda l'esercizio di questi poteri da parte del committente, configurandosi proprio in ciò la fattispecie dell'appalto a regia, Cass. n. 14359 del 2018.

<sup>120</sup> Cass. n. 9152 del 2019 si esprime in termini di "istruzioni" del committente.

<sup>121</sup> Sono a tal riguardo da considerare tutti quei modelli di appalto nei quali l'etero direzione del committente è poco visibile rispetto ai fenomeni che si era soliti considerare perché, ad esempio, veicolata da sistemi tecnologici e algoritmi di cui è difficile conoscere le effettive funzionalità e che neanche sono, almeno a prima vista, facilmente riconducibili al committente o all'appaltatore. Si pensi, ma gli esempi potrebbero essere molti, al settore della logistica dove l'integrazione tra sistemi informatici dell'appaltatore e del committente potrebbe portare quest'ultimo, anche tramite decisioni completamente automatizzate, ad esercitare un ruolo attivo nella definizione dei criteri operativi di movimentazione e stoccaggio della merce. Ma anche al caso dell'appaltatore che, tramite i cui

quello di sapere, anche in totale assenza di direttive impartite dal committente ai lavoratori dell'appaltatore, se esiste e quale è il limite di questo tipo di coordinamento (etero direzione) industriale superato il quale il contratto, se pur formalmente nominato come appalto, deve comunque essere qualificato alla stregua della somministrazione irregolare.

In tal senso, e per evitare che l'intensificazione di questo tipo di prerogative possa nella sostanza svilire la consistenza imprenditoriale che deve qualificare l'appaltatore<sup>122</sup>, nella prospettiva interdisciplinare prescelta un contributo lo si può ricavare dalla evoluzione giurisprudenziale in materia di appalto a regia allorché l'etero direzione del committente, se pur non canalizzata sugli ausiliari dell'appaltatore, raggiunge un livello di profondità tale da non rendere più imputabile all'appaltatore il rischio di inadempimento dell'opera o del servizio pattuito<sup>123</sup>.

Si tratta, a ben vedere, dell'ipotesi in cui l'appaltatore a regia è privato di margini di autonomia in quanto i singoli risultati della sua prestazione sono eterodiretti dal committente e, come sottolineato dalla giurisprudenza civilistica<sup>124</sup>, anche i poteri di controllo sull'esecuzione dei lavori esulano dai normali poteri di verifica.

L'appaltatore, in altri termini, è considerato un mero strumento passivo dell'iniziativa del committente, così da giustificare il suo esonero da responsabilità per difetti dell'opera, una volta provato che per effetto di un eccesso di intensificazione del coordinamento industriale cui è sottoposto abbia assunto il ruolo di "*nudus minister*" del committente.

---

dipendenti, opera direttamente sul sistema informatico del committente dando così evidenza di un'integrazione organizzativa che spinge al limite più estremo il confine tra appalto genuino e somministrazione irregolare. Interessante, per intendere solo una delle possibili implicazioni di tale fenomeno, Cass. 25 settembre 2018, n. 30694 che ha ritenuto genuino un appalto concernente la gestione e l'assistenza tecnica di archivi informatici, affermando che, in una tale ipotesi, "*gli strumenti e le macchine forniti dall'appaltante non costituiscono il mezzo attraverso il quale il servizio viene reso, ma, piuttosto, l'oggetto sul quale l'attività appaltata si esercita, sì da risultare predominante la mera organizzazione dei dipendenti*".

<sup>122</sup> Per certi versi seguendo la logica fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa, Cons Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1571.

<sup>123</sup> Ciò che accade quando il controllo esercitato dal committente sull'esecuzione dei lavori esula dai normali poteri di verifica ed è così penetrante da privare l'appaltatore di ogni margine di autonomia, riducendolo a strumento passivo dell'iniziativa del committente, si da giustificare l'esonero da responsabilità per difetti dell'opera, Cass. 26 giugno 2019, n. 17054 che richiama Cass. 11 febbraio 2005, n. 2752, *Mass. Giur. It.*, 2005. Sulla definizione di appalto "a regia" si vedano: G. MUSOLINO, *I poteri di verifica del committente durante l'esecuzione del contratto d'appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, pag. 81; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, II, pag. 68; D. RUBINO, *L'appalto*, in F. VASSALI, *Tratt. dir. civ.*, VII, 3, Torino, 1980, pag. 193; M. STOLFI, voce *Appalto (contratto di)*, in *Enc. del dir.*, I, Giuffrè, 1958, pag. 632.

<sup>124</sup> Cass. 2 aprile 2019, n. 9152, Cass. 28 marzo 2018, n. 14359, Cass. 9 ottobre 2017, n. 23594, Cass. 4 ottobre 2015, n. 17606, Cass. 30 novembre 2011, n. 25622; Cass. 5 giugno 2008, n. 14945. La giurisprudenza in tali casi ha escluso la responsabilità dell'appaltatore per i vizi e i difetti dell'opera di cui all'art. 1667 cod. civ., quella di cui all'art. 1669 cod. civ., nonché quella nei confronti dei terzi per i danni derivanti dall'esecuzione dell'appalto, ravvisando un'ipotesi di responsabilità esclusiva del committente (cfr. quanto alla responsabilità ai sensi dell'art. 1667 cod. civ., Cass. 11 febbraio 2005, n. 2752, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass. 15 luglio 2003, n. 11064, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, pag. 184; Cass. 12 giugno 2000, n. 6088, *Contratti*, 2000, pag. 1133; Cass. 26 luglio 1999, n. 8075, in *Studium iuris*, 1999, pag. 1288; Cass. 23 dicembre 1994, n. 11132, in *Mass. Giust. civ.*, 1994; Cass. 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, pag. 1920; quanto alla responsabilità ex art. 1669 cod. civ., Cass. 11 febbraio 2005, n. 2752, cit., Cass. 4 giugno 1999, n. 5455, in *Mass. Giust. civ.*, 1999; Cass. 13 marzo 1992, n. 3050, in *Giur. comm.*, 1994, II, pag. 656; quanto alla responsabilità nei confronti dei terzi per i danni derivanti dall'esecuzione dell'appalto: Cass. 5 novembre 2002, n. 16080, in *Boll. legisl. tecnica*, 2003, 83, Cass. 20 novembre 1997, n. 11566, in *Mass. Giust. civ.*, 1997). Proprio per le suddette caratteristiche dell'appalto a regia una parte della dottrina è giunta a negare che tale rapporto, mancando l'autonomia organizzativa dell'esecutore, possa essere considerato un appalto, in tal senso P. RESCIGNO, *Appalto*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, Milano, 1966, pag. 222. Si veda più diffusamente l'analisi di M. BONOMI, *L'appalto a "regia"*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 10, pag. 20471.

Orbene, se è vero che la sussistenza del rischio di impresa in capo all'appaltatore è espressamente posto dalla legge quale autonomo requisito distintivo (ulteriore rispetto a quello della organizzazione di mezzi e persone) dell'appalto rispetto alla somministrazione irregolare (29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003)<sup>125</sup>, se ne può ricavare, accedendo ad una nozione più matura di rischio di impresa ai fini e per gli effetti giuslavoristici<sup>126</sup>, che quando sono oggettivamente configurati i presupposti di fatto che per il diritto civile portano a qualificare l'appaltatore a regia alla stregua di un mero *nudus minister*, quindi non più responsabile dell'adempimento dell'opera o del servizio dedotto nel contratto, contestualmente si dovrebbe anche perfezionare (ai sensi dell'art. 29 del d. lgs. n. 276 del 2003) lo sconfinamento del contratto di appalto nella somministrazione irregolare (anche ove sia del tutto assente l'esercizio da parte del committente del potere organizzativo e direttivo sui lavoratori dell'appaltatore).

Ciò tenuto conto che non sembra correre alcun rischio l'appaltatore esonerato della responsabilità per il puntualmente adempimento del suo obbligo. Soprattutto nel caso in cui ciò derivi dall'eccesso di etero direzione del committente e quando, proprio sul committente, finisce per trasferirsi il rischio economico della mancata corretta realizzazione dell'opera o del servizio appaltato<sup>127</sup>.

#### 4. Segue: il confine tra contratto di subfornitura e somministrazione irregolare.

Seguendo il ragionamento ci si può chiedere se l'intensificazione del coordinamento industriale, spinta al punto di sollevare la controparte dal "rischio di impresa", possa impattare autonomamente (prescindendo dall'esercizio da parte del committente del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati per l'esecuzione dell'attività) sulla qualificazione del contratto di subfornitura<sup>128</sup> (legge n. 192 del 1998) che, per quanto assai discusso sia in dottrina che

<sup>125</sup> Basti ricordare che ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 "il contratto di appalto, ..., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, ..., nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa". Sul punto si veda Cass. 24 maggio 2018, n. 31868.

<sup>126</sup> A tali fini giuslavoristici il rischio di impresa è tradizionalmente inteso (Cass. 27 novembre 2018, n. 30694) in senso economico, come impossibilità di stabilire preventivamente ed esattamente i costi relativi all'esecuzione della prestazione, "per cui l'appaltatore potrà anche perdere nell'affare se i costi si riveleranno superiori al corrispettivo pattuito". Ma questo è un approccio che tende a verificare il requisito del rischio di impresa soprattutto nel considerare le clausole del contratto di appalto che attengono alla struttura del corrispettivo più che all'esecuzione dell'opera o del servizio.

<sup>127</sup> In questo senso può essere utile considerare il rischio di impresa come ciò che giuridicamente chiama a rispondere l'imprenditore dei debiti sorti nell'esercizio dell'impresa o, per altro verso, anche richiamare il forte collegamento tra direzione e rischio dell'impresa, intesi, al di là della fattispecie dell'impresa esercitata nell'interesse altrui da un prestanome, come aspetti inseparabili della figura dell'imprenditore, così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, volume III, Padova, 2015, pag. 524-525. Sul rapporto tra impresa e rischio si rinvia anche a R. SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa*, in *Scritti giuridici*, vol. 1, *Scritti di diritto civile*, Padova, 1996, pagg. 427 e ss., che tende a confinare il rischio tra i "fattori che contano sul piano della realtà economica". Ma nel nostro caso, anche se così fosse, la rilevanza del rischio risulterebbe sul piano del diritto espressamente posta dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 ed opererebbe orientando la qualificazione della fattispecie concreta come appalto o somministrazione irregolare.

<sup>128</sup> In dottrina, sulla subfornitura, si segnalano: G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), *La Subfornitura*, Milano, 1999; C. BERTI, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo*, Milano, 2000; A. BERTELOTTI, *Subfornitura - Noterelle minime in tema di subfornitura*, in *Giur. It.*, 2019, 3, pag.600; id., *I contratti di subfornitura - La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni e internazionali*, Padova, 1998; V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998; G. DE NOVA, *La subfornitura. Una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, pag. 449; V. FRANCESCHELLI, *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Subfornitura*, Milano, 1999, pag. 2 e segg.; N. LIPARI (a cura di), *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Leggi civ. comm.*, 2000, pag. 354.

in giurisprudenza<sup>129</sup>, è comunque oggettivamente connotato rispetto all'appalto dalla tipizzazione legislativa di una forma rafforzata di etero direzione industriale<sup>130</sup> del subfornitore (giacché il suo adempimento, come noto, consiste nella realizzazione di prodotti o servizi *“in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente”*<sup>131</sup>).

Senonché, per quanto la legge abbia tipizzato in modo assai ampio le prerogative esercitabili dal committente nell'ambito del contratto di subfornitura, stando al dato positivo resta comunque da dire: a) che tale stringente forma di collaborazione industriale deve essere formalizzata nel regolamento contrattuale mediante la specificazione delle *“indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali”* dell'opera o servizio, *“anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegare in copia”* (art. 2, comma 5, della l. 192 del 1998); b) che l'esecuzione della prestazione (coerentemente con quanto già detto in materia di appalto) dovrebbe comunque svolgersi (anche per quanto attiene l'eventuale potere di istruzione esercitato dal committente nella fase esecutiva del contratto) in modo coerente con il fatto che, per legge, il subfornitore *“ha la responsabilità del funzionamento e della qualità della parte o dell'assemblaggio da lui prodotti o del servizio fornito secondo le prescrizioni contrattuali e a regola d'arte”* (art. 5, comma 1, legge n. 192 del 1998).

Ond'è che è legittimo chiedersi cosa accade sul piano degli effetti giuslavoristici qualora l'etero direzione industriale del subfornitore si spinga oltre il consentito, riducendolo a mero strumento passivo dell'iniziativa del committente perché, ad esempio, si manifesta in modo non previsto e/o coerente con quanto definito nel regolamento contrattuale o, per altro verso, assume comunque un'intensità tale da privare il subfornitore dei margini di autonomia che giustificano la sussistenza della responsabilità che la legge, espressamente, gli attribuisce per il *“funzionamento”* e la *“qualità”* del prodotto che deve realizzare.

<sup>129</sup> A partire dalla questione di sapere se si tratta o no di un tipo contrattuale autonomo e distinto. Nel senso di una fattispecie *“all'interno della quale possono essere ricondotti vari tipi contrattuali, ovvero tutti i tipi contrattuali e tutti i modelli contrattuali atipici i cui connotati siano compatibili”*, O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, in G. COTTINO (diretto da), *Tratt. Dir. Comm.* Padova, 2009, IX, pag. 633. In questo senso Cass. 29 maggio 2008, n. 14431, secondo cui la subfornitura *“è riferibile ad una molteplicità di figure negoziali, a volte estremamente eterogenee, da individuarsi caso per caso, potendo assumere i connotati del contratto di somministrazione, della vendita di cose future, dell'appalto d'opera o di servizi, ecc.”*. Per una ricostruzione della letteratura sul tipo contrattuale D. GAROFALO, *Le fattispecie contermini all'appalto*, in D. GAROFALO (cura di), *Appalto e lavoro*, Torino, 2017, pag.170.

<sup>130</sup> Secondo la giurisprudenza di merito *“mentre l'appalto è caratterizzato dall'autonomia dell'appaltatore (che, per perseguire il risultato dell'opera, non deve solo attenersi alle norme tecniche ed alle direttive dell'appaltante, ma deve opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico), la subfornitura è caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente, al punto che il subfornitore è privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità delle prescrizioni”* (Trib. di Bronte 9 luglio 2009, in *Foro It.*, 2009, 10, 1, 2813). Nello merito, ancora Trib. Trieste, 5 aprile 2018; Cort. App. di Venezia, 14 luglio 2016. In sede di legittimità, Cass. 23 febbraio 2018, n. 4443 e Cass. 25 agosto 2014, n. 18186.

<sup>131</sup> Tra i giuslavoristi, M. MARINELLI, *La subfornitura*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, vol.VI, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Padova, 2012, pag.1645; M. SALA CHIRI, *Subfornitura e appalto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.* 2003, 1, pag. 219 P. ICHINO, *Le nuove forme di decentramento produttivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 149; V. LECCESE, *Nozione e contenuto del contratto*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998. In giurisprudenza, sulle differenze tra subfornitura ed appalto, Cass. 25 agosto 2014, n. 18186, in *Mass. Giur. Civ.*, 2014, pag. 173.

Ebbene, in tale ipotesi, si dovrebbe orientativamente escludere la configurabilità di una somministrazione irregolare, stante il fatto che la fattispecie concreta non risulterebbe certamente sussumibile in quella contenuta nell'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2015 mancando l'esercizio da parte del committente di qualsiasi forma di potere direttamente nei confronti degli ausiliari del subfornitore.

Resterebbe però da verificare, sotto un diverso profilo, se non è possibile ritenere applicabile anche al contratto di subfornitura l'articolo 29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 per ciò che attiene al requisito distintivo, rispetto alla somministrazione, dell'assunzione del rischio di impresa (ovviamente da adattare, nel caso specifico, al profilo di responsabilità che la legge espresamente attribuisce al subfornitore avuto riguardo all'adempimento della sua specifica prestazione).

Ipotesi, quest'ultima, ad oggi mai considerata, che, probabilmente, merita considerazione alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 254 del 2017 che, come noto, ha già esteso a questo tipo contrattuale l'applicazione dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003<sup>132</sup> con un ragionamento apparentemente adattabile anche al primo comma della medesima disposizione. Ciò almeno nella misura in cui la corte evidenzia l'omogeneità tra appalto e subfornitura "in termini di lavoro indiretto", la sussistenza in entrambi i casi di rischi connessi alla dissociazione tra titolarità del contratto e utilizzazione della prestazione e, infine, la ingiustificabilità della mancata applicazione di garanzie, "a tutti i livelli del decentramento", a favore del "soggetto che assicura un'attività lavorativa indiretta".

##### 5. Il problema degli effetti della certificazione del contratto di appalto sulla esecuzione, in concreto, del suo programma contrattuale.

L'incerto confine tra appalto e somministrazione irregolare (nelle prospettive ora tratteggiate della etero direzione industriale, ma la complessità del tema resta anche seguendo il classico approccio della etero direzione organizzativa) da probabilmente ragione del crescente affermarsi dell'istituto della certificazione applicato al contratto di appalto (artt. 79-81 e 84 d.lgs. n. 276 del 2003).

Ed è stato già segnalato come la certificazione dei contratti di appalto, anche se ha ad oggetto solo il regolamento contrattuale astrattamente considerato, e non anche la sua esecuzione, depotenzia significativamente l'effettività dell'azione ispettiva<sup>133</sup> quando la stessa è orientata sul

<sup>132</sup> Sull'estensione del regime di responsabilità solidale previsto per i committenti in caso di appalto alla subfornitura industriale, tra i diversi commenti alla sentenza, I. ALVINO, *Appalto, subfornitura, lavoro indiretto: la Corte costituzionale amplia l'ambito di applicazione della responsabilità solidale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, pag. 242 e segg.; A. SITZIA, *Subfornitura e responsabilità solidale: "ratio legis" e "lavoro indiretto" secondo la Consulta*, in *Lav. Giur.* 2018, 3, pag. 261 e segg.; E. VILLA, *La responsabilità solidale: dall'appalto alla subfornitura e oltre*, in *giustiziacivile.com*, 2018, pag. 9 e segg. <http://giustiziacivile.com/pdfpage/1561>.

<sup>133</sup> Come correttamente evidenziato da P. RAUSEI, in C. ENRICO – M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano, 2005, la certificazione non è idonea a paralizzare le attività ispettive le quali risultano indispensabili al fine di acquisire materiale probatorio necessario per poter eventualmente impugnare la certificazione. Si veda anche A. TURSÌ, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI, P. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, pag. 95 secondo cui sussisterebbe un potere preclusivo che rilevarebbe sul piano esecutivo inibendo la esecutorietà del potere amministrativo. Sempre sul tema si segnala L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, 102/2010; M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice*. A

concreto svolgimento del programma negoziale giacché, anche in questo ambito specifico, trovano applicazione i principi valevoli in tutti gli altri contratti di lavoro certificati.

Ciò con la conseguenza che quando il contratto di appalto è certificato l'ordinamento ne fa discendere una sorta di presunzione, opponibile al personale ispettivo, in merito alla correttezza del comportamento tenuto dalle parti nella successiva fase di esecuzione del regolamento contrattuale.

Ond'è che, pure a fronte della palese emersione di una etero direzione industriale e/o organizzativa del committente sull'appaltatore, all'autorità ispettiva, ferma restando la possibilità di accertare i fatti, sono preclusi i suoi ordinari poteri esecutivi e sanzionatori giacché soltanto il Giudice potrà accertare che il programma negoziale si è, in concreto, svolto in maniera diversa rispetto al regolamento contrattuale astratto formalizzato dalle parti e verificato dalla commissione<sup>134</sup>.

È un principio che, comprensibilmente, alimenta perplessità di portata generale sull'istituto della certificazione, soprattutto in considerazione del fatto che la commissione di certificazione, nei casi che stiamo ora considerando, non svolge un'attività di indagine sulla esecuzione del contratto perché si limita solo ad accertare la riconducibilità formale del contratto al tipo legale<sup>135</sup>. Ma in caso di appalto queste perplessità tendono a rafforzarsi stante che la certificazione riguarda un contratto di cui i lavoratori non sono parte.

Ne discende, dato atto che non è poi difficile redigere un contratto di appalto dotato di tutti i crismi formali della genuinità, un rischio di indebolimento della effettività delle tutele previste dall'ordinamento nei fenomeni di decentramento produttivo. Quanto meno nei contesti organizzativi di più limitate dimensioni ove, per un verso, è difficile ipotizzare una reale attività di presidio e tutela sindacale e, per l'altro, l'accesso ai tribunali, necessario per superare gli effetti della certificazione, è reso più difficile per il rischio di azioni ritorsive del datore di lavoro e, quando coltivato, rischia comunque di produrre i suoi effetti tardivamente.

Ciò non di meno, si registra in dottrina e nella prassi, anche dell'amministrazione ispettiva<sup>136</sup>, una sorta di rassegnazione nel prendere atto dell'applicazione in materia di appalto delle medesime regole vigenti per la certificazione dei contratti di lavoro, probabilmente sottovalutando il fatto che solo per il contratto di appalto, e non per le altre ipotesi di certificazione, esiste una specifica previsione di legge (art. 84 del decreto 276 del 2003) che, in modo distintivo, contempla due diversi oggetti di certificazione.

---

proposito dell'art. 30, l. 183/2010, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 114/2011 pag. 7; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 19/2004, pag. 33; U. GARGIULO, *Natura ed effetti del negozio certificato*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2003, pag. 321.

<sup>134</sup> Sul punto si vede Trib. Milano del 16.5.2016 secondo cui «l'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio tale difformità»

<sup>135</sup> Si veda, in particolare, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 8/2003; L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, op. cit.

<sup>136</sup> Con circolare n. 9 del 1° giugno 2018 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha definito, coerentemente con l'opzione interpretativa prevalente esposta nel testo, le modalità di azione del personale ispettivo ove, rispetto ad un contratto di appalto certificato, emerge una difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. Si veda, altresì, la nota INL del 19 aprile 2019.

Quella disposizione, infatti, proprio ai fini della distinzione tra contratto di appalto e somministrazione irregolare, distingue chiaramente l'ipotesi di certificazione in "sede di stipulazione di appalto" dalla procedura di certificazione utilizzata "nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale"<sup>137</sup>. Ciò, anche tenuto conto che un'analogia disposizione non esiste per gli altri contratti<sup>138</sup>, probabilmente vuol dire che la certificazione in materia di appalti ha due distinti oggetti e, quindi, anche effetti ben diversificati. Non avrebbe, del resto, alcun senso aver espressamente previsto per legge la certificabilità dell'esecuzione del programma negoziale se il comportamento delle parti successivo al perfezionamento del contratto certificato fosse stato coperto, come avviene per i contratti di lavoro, già dalla sola certificazione del regolamento contrattuale astratto (art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003).

Se ne può a mio avviso ricavare che, proprio in ragione del fatto che il lavoratore (a differenza di quanto avviene in caso di certificazione di contratti di lavoro) è del tutto estraneo al processo contrattuale di perfezionamento del contratto di appalto, al pari di quello amministrativo relativo alla sua certificazione, gli effetti della certificazione sulla esecuzione del rapporto contrattuale di appalto si producono esclusivamente quando la certificazione ha avuto espressamente ad oggetto l'esecuzione del contratto e, comunque, in questo caso, riguardano solo la fase del rapporto che la commissione ha potuto in concreto esaminare e, quindi, certificare (dunque non anche per il futuro).

## 6. Contratto di appalto, distacco e somministrazione irregolare nel contratto di rete quando i retisti scambiano tra loro prestazioni industriali e/o commerciali.

Spostando l'attenzione dai problemi di qualificazione delle fattispecie a quello dei loro effetti, ma sempre restando nella prospettiva di ricerca delle zone d'ombra prodotte dalle contaminazioni interdisciplinari che penetrano il sistema giuslavoristico degli appalti, sono da considerare gli assistamenti che si producono allorché l'appalto e/o la somministrazione irregolare si collocano nello schema del contratto di rete<sup>139</sup>, ove, come noto, la legge autorizza il ricorso all'istituto del distacco<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Con la sentenza del Trib. Novara del 26 ottobre 2017, avente ad oggetto un contratto di appalto certificato di cui veniva dedotta l'illegittimità da parte di due lavoratori, si è affermato il principio secondo cui «la certificazione intervenuta in sede di stipulazione del contratto di appalto non può coprire anche l'eventuale difformità tra il programma negoziale certificato ed il suo svolgimento, proprio perché il rapporto effettivamente realizzato non era stato oggetto di valutazione da parte della commissione».

<sup>138</sup> L'art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 sembra diverso rispetto al successivo art. 84 perché focalizzato più sugli effetti della certificazione del contratto, quando è in corso di esecuzione oppure no, piuttosto che sulle diverse fattispecie della certificazione del contratto o del suo programma esecutivo. Peraltro sempre l'art. 79, comma, del d.lgs. n. 276 del 2003 dispone che gli effetti del contratto certificato in corso di rapporto si producono dal momento di inizio del contratto solo ove la commissione abbia accertato la conformità al regolamento del rapporto già eseguito fino a quel momento.

<sup>139</sup> Senza pretese di esaustività, V. MAIO, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, in V. MAIO, M. SEPE (a cura di), *Profili giuridici ed economici della contrattazione di rete*, Bologna, 2017; T. TREU (a cura di), *Contratto di rete. Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, Milano, 2015, 67; M. BIASI *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, 2014; I. ALVINO, *Percorso di lettura sulle reti di imprese e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, pag. 406 e segg.; A. PERULLI, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità. Una prospettiva comparata*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, 83.

<sup>140</sup> Come noto in materia opera una disciplina speciale del distacco per le imprese che sottoscrivono un contratto di rete, essendo prevista una "presunzione assoluta" per quanto concerne l'interesse dell'impresa in rete al distacco di lavoratori presso un'altra impresa della rete medesima. Si vedano Circolare del Ministero del Lavoro 29 agosto 2013 n. 35, per la quale «ai fini della verifica dei presupposti di legittimità del distacco, il personale ispettivo si limiterà a verificare l'esistenza di un contratto di rete tra distaccante e distaccatario» e, con qualche precisazione, Circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro 29 marzo 2018. In materia di distacco nel

Come noto, ai sensi dell'art. 3, d.l. n. 4 del 2009, *“con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere [...] la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano [...] a scambiarsi prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa”*.

Ond'è che il problema che si pone è quello di sapere cosa accade nell'ipotesi, espressamente contemplata nella norma, in cui i retisti si determinino ad attuare uno scambio (ad esempio) di *“prestazioni di natura industriale, commerciale”* stipulando tra loro (se pur nell'ambito dello schema di cui all'art. 3 del d.l. n. 4 del 2009) un contratto di appalto (di opere o servizi).

In tale ipotesi non siamo in presenza solo di un contratto di appalto ex art. 1655 cod. civ. giacché, per via di un evidente collegamento negoziale<sup>141</sup>, quel contratto concorre alla realizzazione di uno schema causale più complesso, definito mediante il contratto di rete sovrastante, per il raggiungimento dello scopo di accrescere, sulla base di un programma comune, la propria capacità innovativa e competitività.

Pertanto, premesso che i retisti possono, con le peculiarità sopra evidenziate, stipulare tra loro contratti di appalto, ma al tempo stesso anche distaccarsi reciprocamente i relativi lavoratori potendo beneficiare di una predeterminazione legislativa di sussistenza dell'interesse del distaccante (art. 30, comma 4bis, del d.lgs. n. 276 del 2003), la domanda che è doveroso porsi attiene alle conseguenze o, meglio, agli effetti, che si producono nell'ipotesi in cui il contratto di appalto, posto a valle del contratto di rete, risulti fraudolento, dissimulando, ad esempio, un'intermediazione vietata di manodopera<sup>142</sup>.

Si tratta di una prospettiva da non trascurare in quanto pur emergendo una fattispecie di appalto giuslavoristicamente fraudolento la dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e utilizzazione della prestazione del lavoratore risulterebbe, comunque, legittimata sulla base della esplicita presunzione di sussistenza dell'interesse del distaccante (art. 30, comma 4 ter, del d.lgs. n. 276/2003).

Con la conseguenza che, anche tenuto conto che l'art. 2127 cod. civ. non pone alcun divieto assoluto alla dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, quella dissociazione, nel caso specifico che stiamo considerando, pure a fronte di un appalto privo dei requisiti di legittimità cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, non risulterebbe sussumibile nella fattispecie della somministrazione irregolare e, quindi, trovando giustificazione nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003, resterebbe inapplicabile l'apparato sanzionatorio di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 81 del 2015 (somministrazione irregolare)<sup>143</sup>.

---

contratto di rete si da ultimo, I. ALVINO, *La condivisione delle prestazioni di lavoro tra imprese stipulanti il contratto di rete*, in *Labor*, 2018, pag. 517 e segg.; V. MAIO, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, pag. 780 e segg.; M. F. SCARPELLI, *Il distacco nei gruppi di imprese tra interesse della distaccante e interesse del gruppo*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, n. 1, pag. 193 e segg.

<sup>141</sup> Interessante notare che per la Suprema Corte *l'interdipendenza dei contratti collegati produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi "simul stabunt, simul cadent"*. Ciò comporta che se un contratto è nullo, la nullità si riflette sulla permanenza del vincolo negoziale relativamente agli altri contratti" (Cass. n. 21417 del 2014).

<sup>142</sup> A. SITZIA, *Il problema della codatorialità nel sistema del contratto di rete* in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pag. 585.

<sup>143</sup> Ferma restando, in ogni caso, l'applicazione estensiva del regime della solidarietà (Corte Cost. n. 254 del 2017 e Circ. INL n. 7 del 2018) e, semmai, anche l'utilizzabilità dell'apparato sanzionatorio per le omesse comunicazioni del distacco.

Ciò si spiega per il fatto che con il contratto di rete il legislatore ha fortemente incentivato i processi di aggregazione tra imprese, anche sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro, ma non può voler dire che è escluso ogni possibile controllo giudiziale.

Piuttosto, c'è da ritenere che quel controllo dovrà inevitabilmente spostarsi, in ciò rafforzandosi ancora una volta l'esigenza che i giuslavoristi siano attrezzati di sensibilità interdisciplinare, su un piano d'indagine completamente diverso da quello, tipico, del confine tra contratto di appalto e contratto di somministrazione irregolare.

Difatti, per contestare la legittimità del distacco, e quindi della dissociazione tra titolarità del contratto e utilizzazione della prestazione, sia nel caso di appalto illecito che in caso di formalizzazione diretta di un vero e proprio distacco tra i retisti, si dovrà necessariamente dedurre e fare giudizialmente dichiarare, a monte, l'eventuale illegittimità del contratto di rete<sup>144</sup> onde verificarne, in primo luogo, la coerenza dello schema causale concreto<sup>145</sup> (e, quindi, verificare, tra le altre cose, l'esistenza di uno scopo comune, che difficilmente sembra poter coincidere con il mero utilizzo promiscuo delle risorse) e, poi, comunque, l'eventuale esistenza di un negozio in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 cod. civ. (nel caso, ad esempio, il contratto di rete costituisca il mezzo eludere l'applicazione del regime della somministrazione irregolare)<sup>146</sup> o, comunque, nullo per motivo illecito comune e determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.<sup>147</sup>.

## 7. L'inadeguata valorizzazione dell'autonomia collettiva nei fenomeni di decentramento produttivo.

Restano infine da segnalare, se pur in una prospettiva in questo caso ben radicata nel diritto sindacale e del lavoro, talune irrazionali limitazioni del ruolo dell'autonomia collettiva che possono risultare assai controproducenti per l'effettività del sistema di protezione del lavoro nei fenomeni di decentramento produttivo

<sup>144</sup> V. MAIO, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, op. cit., che ipotizza un controllo sulla reale "capacità innovativa e di competitività sul mercato" perlomeno in termini di utilità economica minima preventivata e perseguita, quale antidoto avverso impieghi fraudolenti o sviati dell'istituto". V. MOSCATELLI, *Contratto di rete e network contract*, in *Contratto e Imp.*, n. 2, 2018, pagg. 886 e ss. ipotizza invece la verifica di un livello minimo di razionalità dell'affare intravedendo criticità nella sola ipotesi di un programma manifestamente irrealizzabile o indeterminato. Il tema è ovviamente complesso e non si intende, qui, prendere una posizione se non quella di richiamare la necessità di una rigorosa (più che tendenziosa) applicazione degli artt. 1343-1345 cod. civ.

<sup>145</sup> Si veda sul punto, nella dottrina civilistica, C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contratti*, n. 10, 2009, pag. 96; lvi v. anche F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2009, pag. 615; F. MACARIO, *Il "contratto" di "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *I contratti*, pag. 951.

<sup>146</sup> Sul perimetro del possibile controllo giudiziale si v. V. MAIO, ult. op. cit., in termini di frode alla legge; A. SITZIA *il problema della codatorialità nel sistema del contratto di rete in Arg. Dir. Lav.*, 2015, 3, 585, che focalizza invece l'attenzione sulla rilevanza dell'eventuale sinallagmaticità che, qualora sottesa al contratto di appalto, risulterebbe incompatibile con il contratto di rete. Contra, A. PERULLI, *Contratto di rete, distacco, codatorialità*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2014, pag. 492 segg.

<sup>147</sup> Salvo che non venga a mancare l'effettiva soggettività delle singole imprese retiste, presupposto indefettibile ai fini della genuinità dello schema contrattuale, qualora le imprese retiste si presentino come un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro. Ma da questo punto di vista l'indagine si muoverebbe nel solco già tracciato dalla giurisprudenza giuslavoristica, giacché la comunanza di interessi che il contratto di rete espone non può compromettere l'autonomia dei soggetti che vi partecipano. Pur dovendo considerare le peculiarità del fenomeno, considerato che «nell'ambito di un contratto di rete, [...] la presenza di un'unica struttura organizzativa e produttiva, o di forme comuni di coordinamento amministrative, come anche una integrazione fra le attività economiche, e la condivisione di un medesimo interesse produttivo, appaiono persino scontati», in questo senso V. MAIO, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, op. cit.

In primo luogo, la persistente inesigibilità delle tante (e fondamentali) norme di rinvio al contratto collettivo sottoscritto dai sindacati comparativamente più rappresentativi<sup>148</sup> non determina solo l'incertezza dei trattamenti economici e normativi (anche in caso di cambio appalto) applicabili ai lavoratori degli appaltatori. La situazione di incertezza che da quella inesigibilità deriva è, ancor prima, essa stessa un forte impulso alla diffusione di modelli di decentramento produttivo che non nascono per valorizzare la specificità del *know how* produttivo di imprenditori e lavoratori quanto, piuttosto, per elementari ragioni di riduzione del costo del lavoro.

Se poi si guarda, più nel particolare, all'impatto della contrattazione collettiva in materia di cambi appalto<sup>149</sup> non può essere taciuto che il risultato tutto sommato deludente dei vincoli contrattuali esistenti (ove mai l'impresa subentrante decida di applicare un contratto collettivo dotato di clausola sociale) è, almeno in parte, spiegabile anche alla luce dell'insoddisfacente contenuto della legislazione dedicata a queste fattispecie.

Se è vero che in materia di cambio appalto l'art. 7, comma 4bis, del d.l. n. 248 del 2007 esclude l'applicazione della legge n. 223 del 1991 per i lavoratori assunti, a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti nazionali, da chi subentra nella gestione dell'attività va anche fatto osservare, per altro verso, a) che l'operatività di quella norma è limitata a coloro che sono assunti dal subentrante<sup>150</sup>, peraltro a parità di condizioni<sup>151</sup>, e non riguarda, quindi, anche coloro che possono rientrare nel campo di applicazione della clausola sociale eventualmente esistente o che ricevono una proposta di assunzione dal subentrante (che poi rifiutano). Ciò, oltre a non sostenere la diffusione di clausole sociali, crea quanto meno un'incoerenza nella gestione dei tempi della procedura di cambio appalto perché l'impresa che cessa, e che deve quindi valutare l'apertura di una procedura di licenziamento collettivo, non può certamente sapere, in anticipo, chi verrà assunto e a quali condizioni (né, per altro verso, intende aprire una procedura di licen-

<sup>148</sup> Per qualche primo tentativo della giurisprudenza di legittimità, limitato ai contesti normativi ove il rinvio è al contratto del "settore" o della "categoria" affine sottoscritto dai sindacati comparativamente più rappresentativi (art. 3, legge n. 142 del 1991), si veda Cass. n. 4951 del 2019, ma resta il fatto che il problema della esigibilità qui in considerazione merita di essere affrontato lavorando, tramite la legge sindacale, quanto meno sulla misurazione della rappresentanza sindacale. Sul tema, più in generale, T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – n. 386/2019. Sul c.d. contratto leader nell'esperienza dell'ordinamento tedesco, M. FUCHS, *Il principio dell'unità contrattuale nel diritto del lavoro tedesco*, in *Dir.Lav.Merc.*, 2018, pag. 53; L. NOGLER, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla legge sull'unicità del contratto collettivo*, *Dir. Lav. Riv. Ind.*, 2017, pag. 633. In generale sul sindacato comparativamente e/o maggiormente rappresentativo A. LASSANDARI *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2016, pag. 378; P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2016, n. 2, pag. 367.

<sup>149</sup> F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, in *Atti delle giornate di Studio di Diritto del lavoro dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Cassino, 18-19 maggio 2017, Milano, 2018, pag. 45 e segg. Sul tema delle clausole sociali e la relativa applicazione nel caso di cambio di appalto si veda F. DI BONO, *Cambio appalto e mancata assunzione*, in D. GAROFALO (a cura di) *Appalti e lavoro*, op. cit.; sul ruolo della contrattazione collettiva, G. RECCHIA, *Cambio appalto, stabilità occupazione e contrattazione collettiva*, idem, pag. 235 segg. V. BRINO, *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, M. AIMO e D. IZZI (a cura di), in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Milano, 2014, pag. 123 e seg.

<sup>150</sup> Cass. 2 novembre 2016, n. 22121, Cass. 22 novembre 2016, n. 23732. In termini leggermente diversi Cass. n. 11409 del 2018 perché fa riferimento alla disapplicazione della legge n. 223 del 1991 a fronte dell'accertato presupposto della necessaria riassunzione del personale ad opera del subentrante. Nel merito, Corte App. Roma 2 febbraio 2018.

<sup>151</sup> Per la portata di questo vincolo si registrano, peraltro, interpretazioni estensive in R. COSIO, *Cambi appalto, licenziamenti, trasferimenti di azienda e clausole sociali*, in *Lavoro Dir. Europa*, n. 2 del 2018.

ziamento collettivo dopo aver contato i lavoratori che restano in esubero all'esito della applicazione della clausola sociale con il vincolo di doverne sostenere gli oneri almeno per i settantacinque giorni di procedura che seguono, più il preavviso); b) l'accordo eventualmente raggiunto al momento di cambio appalto, magari in applicazione di una clausola sociale, non è realmente investito della gestione della procedura perché non è autorizzato dalla legge a disporre la disapplicazione della legge n. 223 del 1991 né tale effetto di disapplicazione è automaticamente ricondotto all'esistenza dell'accordo. La sua portata, sempre per quanto previsto dall'art. 7, comma 4bis, del d.l. n. 248 del 2007, è più che altro orientata ad eventuali deroghe al vincolo della parità delle condizioni economiche e normative; c) in ogni caso, anche se assunto presso il subentrante ed a parità di condizioni, il lavoratore, così dice la giurisprudenza, non perde il diritto di contestare il licenziamento dall'imprenditore cessante<sup>152</sup> né l'ordinamento si pone il problema di come debba essere gestito in questa specifica situazione il suo preavviso.

Ma vi è di più. Disponendo che il passaggio dei lavoratori dall'appaltatore cessante a quello subentrante configura un trasferimento di azienda in mancanza di elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, l'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003<sup>153</sup>, in assenza di un più consistente rinvio alla contrattazione collettiva, finisce per alimentare un clima di resistenza nei confronti delle clausole sociali o, quanto meno, la tendenza a ridurre l'impatto contenendo il numero di lavoratori coinvolti dalla rete di protezione per evitare il rischio, concreto, della configurazione di un istituto (art. 2112 cod. civ) difficilmente adattabile alla specifica situazione dei cambi appalti.

---

<sup>152</sup> Cass. 22 ottobre 2018, n. 26674, Cass. 22 novembre 2016, n. 23732; Cass. 7 febbraio 2018, n. 2992.

<sup>153</sup> C. COLOSIMO, *Il trasferimento d'impresa: casistica giurisprudenziale*, in *Lav. Dir. Eur.*, n. 2/2018, che si esprime nel senso della configurabilità del trasferimento di azienda ove sia conservata l'identità dell'entità trasferita "da intendersi quale organizzazione funzionale che sopravvive identica a se stessa nel cambio appalto"; A. SITZIA, *Il "subentro" di un nuovo appaltatore dopo la "Legge Europea" 2015-2016*, in *Lav. Giur.*, 2017, pag. 537; L. A. COSATTINI, *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, in *Lav.Giur.*, 2016, n. 11, pag. 953 e segg.; E. MASSI, *Cambio Appalto: le nuove norme*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2016, n. 42, pag. 2486.