

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI
DI MODENA E REGGIO EMILIA**

Dottorato di Ricerca in Relazioni di Lavoro

Scuola Internazionale di Dottorato in Relazioni di Lavoro

Ciclo XXVI

La certificazione del contratto di appalto

Relatore (Tutor): **Chiar.mo Prof. Alberto Levi**

Relatore (Tutor): **Chiar.mo Prof. Francesco Basenghi**

Direttore della Scuola di Dottorato: **Chiar.mo Prof. Luigi Enrico Golzio**

Candidato: **Fabrizio Pirelli**

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI
DI MODENA E REGGIO EMILIA**

Dottorato di Ricerca in Relazioni di Lavoro

Scuola Internazionale di Dottorato in Relazioni di Lavoro

Ciclo XXVI

La certificazione del contratto di appalto

Relatore (Tutor): **Chiar.mo Prof. Alberto Levi**

Relatore (Tutor): **Chiar.mo Prof. Francesco Basenghi**

Direttore della Scuola di Dottorato: **Chiar.mo Prof. Luigi Enrico Golzio**

Candidato: **Fabrizio Pirelli**

*Ai miei genitori e a mio fratello,
fervidi sostenitori di ogni mio impegno*

INDICE

CAPITOLO PRIMO

La certificazione dei contratti di lavoro

1. La certificazione dei contratti di lavoro: le origini del quadro normativo	1
2. Il ruolo funzionale dell'istituto: le finalità e la natura giuridica	6
3. Gli organi della certificazione	13
3.1 Segue: gli enti bilaterali	13
3.2 Segue: gli organi pubblici	16
3.3 Segue: le Università e le Fondazioni Universitarie ..	18
3.4 Segue: ulteriori organi	20
3.5 Segue: le commissioni unitarie di certificazione	22
4. L'oggetto della Certificazione: le novità del cd. Collegato Lavoro	26
4.1 Segue: le altre ipotesi di certificazione	28
4.2 Segue: gli ambienti confinati	33
5. La procedura di certificazione: l'istanza scritta	36
5.1 Segue: l'avvio del procedimento e la sua durata	38
5.2 Segue: gli elementi del provvedimento di certificazione	41
6. Gli effetti della certificazione ed i rimedi esperibili	43

CAPITOLO SECONDO

La disciplina del contratto di appalto

1. Il quadro normativo	47
2. Il fenomeno del decentramento produttivo	50
3. L'art. 1655 del codice civile: disciplina e natura giuridica	53
4. L'esigenza di tutela dei lavoratori coinvolti nel contratto di appalto: l'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003	56
5. La genuinità del contratto di appalto: l'organizzazione dei mezzi necessari e l'esercizio del potere direttivo ed organizzativo	62
5.1 Segue: l'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore e la quantificazione del corrispettivo ..	68
6. Le conseguenze lavoristiche dell'appalto non genuino: l'appalto illecito e fraudolento	71

CAPITOLO TERZO

La certificazione del contratto di appalto

1. L'art. 84 del D.Lgs. n. 276/2003	76
2. L'attività di consulenza e assistenza alle parti	80
3. L'attività di ricerca empirica nell'ambito della commissione di certificazione: il carattere documentale della prima fase istruttoria	83
4. La fondamentale del momento relativo al sopralluogo in azienda	90
5. La verifica degli indici di genuinità del contratto di appalto e le criticità riscontrabili	92
5.1 L'organizzazione dei mezzi necessari	92
5.2 L'esercizio del potere direttivo ed organizzativo	95
a) <i>la programmazione degli ordinativi e la scelta dei lavoratori</i>	96
b) <i>le modalità operative di lavoro</i>	100
c) <i>la distinzione dei luoghi di lavoro</i>	103
d) <i>gli indumenti di lavoro</i>	106
e) <i>i tempi di lavoro</i>	108
f) <i>la qualifica di imprenditore del soggetto appaltatore ..</i>	112
g) <i>il corrispettivo</i>	118
h) <i>ulteriori criteri di valutazione della genuinità del contratto</i>	120
6. L'audizione delle parti	122

7. Le valutazioni della Commissione ed il provvedimento di certificazione	129
8. Alcune valutazioni conclusive in chiave ricostruttiva	131
Bibliografia	137

CAPITOLO PRIMO

La certificazione dei contratti di lavoro

SOMMARIO: 1. La certificazione dei contratti di lavoro: le origini del quadro normativo – 2. Il ruolo funzionale dell'istituto: le finalità e la natura giuridica – 3. Gli organi della certificazione – 3.1 Segue: gli enti bilaterali – 3.2 Segue: gli organi pubblici – 3.3 Segue: le Università e le Fondazioni Universitarie – 3.4 Segue: ulteriori organi – 3.5 Segue: le commissioni unitarie di certificazione – 4. L'oggetto della certificazione: le novità del Collegato Lavoro – 4.1 Segue: le altre ipotesi di certificazione – 4.2 Segue: gli ambienti confinati – 5. La procedura di certificazione: l'istanza scritta – 5.1 Segue: l'avvio del procedimento e la sua durata – 5.2 Segue: gli elementi del provvedimento di certificazione – 6. Gli effetti della certificazione ed i rimedi esperibili

1. La certificazione dei contratti di lavoro: le origini del quadro normativo

L'evoluzione dinamica delle fattispecie contrattuali, non più ancorate alla tradizionale distinzione tra lavori a tempo pieno ed indeterminato e lavori a tempo parziale e determinato, ma ad un sistema finalizzato ad assecondare le necessità emergenti dai nuovi e moderni scambi commerciali, ha determinato il riconoscimento in capo alle parti contrattuali del potere sempre più intenso di autoregolamentare i propri interessi e, di riflesso, una maggiore

possibilità di conflittualità tra le stesse.¹

Sulla scia di tale modernizzazione dei rapporti di lavoro, si è assistito, nel corso del tempo, ad una sperequazione nelle tutele assicurate ai lavoratori appartenenti ai settori forti dell'economia rispetto alla maggioranza delle maestranze distribuite nel panorama occupazionale. Per risolvere e definire tale disparità si è cercato nel tempo di munire il lavoratore del potere di definire concretamente il contenuto del contratto di lavoro, mediante l'inserimento di clausole derogative rispetto alle previsioni normative inderogabili. Tale visione propositiva ha trovato piena attuazione nella cd. *volontà assistita*, consistente nel ricorso ad un organo terzo ed imparziale diretto a coadiuvare il lavoratore, nella fase di formazione del contratto di lavoro, al fine di dare concreta attuazione alle sue volontà e finalità lavorative. Nelle intenzioni del professore Antonio Vallebona, ideatore di tale proposta, vi era probabilmente la volontà di dar vita ad un processo di superamento del principio del *numerus clausus* delle tipologie contrattuali, consentendo un adeguamento del contratto di lavoro alle predette esigenze contingenti, mediante l'inserimento di nuove clausole anche derogative della disciplina legale o contrattuale collettiva, con il riconoscimento di tutele sempre più intense a tutti i lavoratori, non solo a quelli appartenenti all'area della subordinazione.²

1 CASOTTI A., GHEIDO M., *Certificazione dei contratti di lavoro*, IPSOA, Milano, 2004, p. 7

2 MAZZOTTA O., *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2013, p. 72;
VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la*

L'Autore poc'anzi citato si chiedeva se “(...) l'indispensabile protezione degli interessi della parte debole debba continuare ad essere affidata al controllo successivo da parte del giudice circa il rispetto delle normative inderogabili legali e collettive, con i conseguenti costi in termini di certezza, oppure se sia prospettabile l'introduzione di una qualche forma di controllo preventivo sulle pattuizioni individuali, con eliminazione *ab origine* di ogni dubbio sulla validità delle stesse”. In sostanza, si proporrebbe un modello in grado di creare una disciplina “individualizzata e certa” del rapporto di lavoro, o almeno di alcune figure contrattuali, non più soggetta al controllo successivo del giudice in merito al rispetto delle norme inderogabili, in quanto “valutata ed approvata” in via preventiva da un soggetto terzo e garante di imparzialità indicato dalla legge.³

Analizzando ancora più a fondo le potenzialità del meccanismo della cd. *volontà assistita*, esso potrebbe addirittura essere utilizzato non solo per definire la disciplina del contratto di lavoro, ma anche per orientare preventivamente la scelta sul tipo negoziale da adottare, se autonomo o subordinato, con riferimento alle contingenti esigenze delle parti. In tal caso il ruolo del soggetto terzo consisterebbe nel produrre una valutazione preventiva ed “inoppugnabile” circa la “rispondenza dell'accordo proposto dalle parti al tipo negoziale prescelto, eventualmente avvalendosi di schemi predisposti in sede collettiva”. In questa maniera, si

volontà assistita, in *Dir. lav.*, I, 1992, p. 479 e ss.
3 VALLEBONA A., *op.cit.*, p. 480

riuscirebbe a “sdrammatizzare” il problema della qualificazione del rapporto di lavoro, che risulterebbe ben regolamentato da una disciplina specifica e certa approvata in via preventiva, mentre le eventuali controversie potrebbero vertere solo su un possibile “scostamento di fatto nella fase esecutiva del regolamento concordato”.⁴

Tali argomentazioni programmatiche e propositive hanno contribuito a delineare il quadro normativo nel quale si colloca l'istituto della certificazione, frutto di un travagliato *iter* che ha visto il susseguirsi nel tempo di numerosi progetti, disegni di legge ed emendamenti animati da contrapposti interessi governativi di fondo. In questo fervente clima politico di riforma vide la luce il *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, ad opera del compianto professore Marco Biagi, che nel 2001 iniziò a muovere i primi passi verso una riorganizzazione del mercato del lavoro, principalmente attraverso la diversificazione dei tipi contrattuali e degli incentivi all'occupazione, con uno sguardo programmatico alla revisione del sistema delle relazioni industriali.⁵ Così come affermato nel dibattito dottrinario che ne seguì, nel *Libro Bianco* si cercava di rinnovare l'assetto normativo del diritto del lavoro in un'ottica individualistica e

4 VALLEBONA A., *op.cit.*, p. 480; MACIOCE F., *La rilevanza delle certificazioni nei rapporti interprivati e nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in *RIDL*, 2013, 4, p. 198 e ss.

5 CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Il diritto del lavoro dal “Libro bianco” al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002; MARIUCCI L., *La forza di un pensiero debole. Una critica del “Libro bianco del lavoro”*, in *Lav. dir.*, 2002, 3 ss.

volontaristica, limitando l'inderogabilità delle leggi e della contrattazione collettiva⁶, facendosi strada, pertanto, un modello di certificazione non finalizzato solo alla deflazione dei contenziosi giudiziari, ma anche alla strutturazione dei contratti di lavoro.

Pur riconoscendo un “nucleo essenziale di norme e principi inderogabili comuni a tutti i rapporti negoziali”, si sarebbe dovuto prevedere una gamma di diritti inderogabili “relativi”, disponibili a livello collettivo o individuale. Una forma di certificazione “sperimentale” in grado di validare in via preventiva la volontà delle parti, al fine sia di prevenire controversie sulla qualificazione dei rapporti di lavoro che di assistere i soggetti nell'attestazione della loro reale volontà circa la scelta contrattuale effettuata.

Uno slancio propositivo che si arenò in parte nei lavori parlamentari che portarono all'emanazione della Legge 14 febbraio 2003 n. 30, nella quale, infatti, venne eliminato ogni possibile riferimento ad una derogabilità assistita delle norme di legge, consegnando nelle mani dell'esecutivo dell'epoca una delega all'emanazione di disposizioni in materia di certificazione dei contratti di lavoro da intendersi solo sotto il profilo qualificatorio.

L'art. 5 della Legge n. 30/2003, infatti, delegava il Governo “(...) *ad adottare (...) uno o più decreti legislativi recanti disposizioni in materia di certificazione del relativo contratto stipulato tra le parti (...)*”, secondo un modello di “delega in bianco”,

⁶ CAMPANELLA P. , *Il Libro bianco e il disegno di legge delega in tema di mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2002, 9.

così definita dalla dottrina per la laconicità delle disposizioni sulla procedura certificatoria, sugli effetti e sul successivo controllo giudiziale.⁷

Il Legislatore delegante aveva individuato alcuni principi e criteri direttivi che avrebbero dovuto disciplinare il ricorso a tale istituto, primo fra tutti il carattere volontario e sperimentale della procedura di certificazione (art. 5, comma 1, lett. *a*). Tutti gli altri indici, contenuti nelle successive lettere *b*) - *f*) del medesimo comma 1 del predetto art. 5, sono stati poi recepiti nella successiva legislazione di attuazione della delega.

Infatti, il pieno riconoscimento e la completa attuazione del modello di certificazione, sopra delineato nelle sue primordiali origini, si è avuto con il D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, che, negli artt. 75-84, ha normativizzato la procedura di certificazione dei contratti di lavoro, poi in parte modificata e rinnovata dalla legge n. 183 del 2010, cd. Collegato Lavoro, al fine di ampliarne la rilevanza ed il ruolo operativo.

2. Il ruolo funzionale dell'istituto: le finalità e la natura giuridica

Dall'analisi comparata delle disposizioni promosse dal

⁷ GHERA E., *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2002, 531.

legislatore delegante e da quello delegato emerge che la volontà sottesa all'inserimento di tale procedura certificatoria risiede nell'introduzione di una serie di regole finalizzate a ridurre il copioso numero di controversie giudiziarie inerenti la qualificazione dei contratti di lavoro, riconoscendo all'istituto in esame una sempre più crescente potenzialità deflattiva dei ricorsi agli organi giurisdizionali.⁸ Il tentativo, quindi, è quello di snellire le complesse questioni pendenti innanzi ai tribunali del lavoro, aventi ad oggetto la corretta qualificazione delle tipologie contrattuali⁹, riversando sugli enti certificatori la previsione di una definizione delle soluzioni contrattuali, riconoscendo valore probatorio alla qualificazione negoziale così effettuata.

Infatti, con particolare riferimento alle finalità dell'istituto, il risultato prodotto dalle varie formulazioni normative succedutesi nel tempo, a partire dalla legge delega n. 30/2003, passando per il decreto legislativo n. 276/2003, sino alle modifiche introdotte con il Collegato Lavoro, l. n. 183/2010, si concretizza in un'espressione sintetica ma ricca di significato "al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro". In realtà tale preciso obiettivo non era così nettamente definito nella Relazione di accompagnamento al D.Lgs n. 276/2003. In essa si legge, infatti, che "il meccanismo di

8 ROMEO C., *Il nuovo istituto della certificazione*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, Perone G. e Vallebona A. (a cura di), Torino, 2004, p. 171; NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Guida al lavoro*, 2003, 10, p. 13 e ss

9 HERNANDEZ S., *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, 1990

certificazione non potrà certamente impedire al prestatore di ricorrere al giudice per contestare la qualificazione del rapporto in relazione a modalità esecutive della prestazione che, eventualmente, si discostino rispetto allo schema contrattuale convenuto. (...) Si tratta, dunque, di un meccanismo finalizzato a dare alle parti ausilio nella più precisa definizione del testo contrattuale (...) anche a mezzo di codici di comportamento, linee-guida, realizzate in una logica di assistenza per favorire la regolarizzazione dei rapporti. La procedura di certificazione dei rapporti di lavoro, lungi dal costituire un intervento legislativo di mera assistenza ai singoli lavoratori nelle fasi preliminari alla stipulazione del contratto di lavoro, dovrebbe contribuire a circoscrivere l'incertezza delle controversie (...) e (...) a stemperare il divario – da sempre presente, ma oggi aggravato in ragione della varietà e complessità dei modi di lavorare – tra logiche giuridiche e logiche organizzativo-produttivistiche. Il meccanismo della certificazione si ispira, in altre parole, a un tentativo di apertura alle reali dinamiche del mercato del lavoro; circostanza, questa, che dovrebbe consentire di intercettare anche ampie fasce di lavoro irregolare e sommerso che verrebbero canalizzate verso schemi contrattuali personalizzati in funzione delle concrete esigenze delle parti contraenti e, dunque, maggiormente in grado di interpretarne e regolarne in modo flessibile forme e manifestazioni”.¹⁰

La lettura di tali propositi normativi aveva spinto parte della

¹⁰ Estratto della Relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 276/2003 in CASOTTI A., GHEIDO M., *op.cit.*, p. 17 e ss.

dottrina a riconoscere all'istituto in esame la funzione di produzione di un atto, accessorio al contratto voluto dalle parti, volto ad attestarne la corrispondenza dell'assetto negoziale alla loro concreta volontà, inserendo nel medesimo atto anche il giudizio della commissione di certificazione circa la esatta qualificazione del contratto stipulato con riferimento alla disciplina legale e collettiva dello stesso. Pertanto, un atto amministrativo rientrante tra gli atti di “certificazione dei rapporti privati”, orientato a conferire certezza a quanto dichiarato dalle parti circa la stipula di un determinato contratto di lavoro; un atto che soddisfa, altresì, una finalità di controllo e valutazione sugli accordi dei privati, consentendo all'organo certificatore di rifiutare la certificazione di quei contratti in cui le parti manifestassero una volontà qualificatoria difforme rispetto al tipo legale.¹¹

Per converso, altri commentatori della legge delega hanno manifestato come il nuovo istituto non fosse finalizzato a garantire certezza giuridica agli assetti negoziali voluti dalle parti per la regolamentazione dei loro rapporti, quanto, piuttosto, a porre in essere una mera finalità deflativa delle controversie di lavoro¹², così

11 GHERA E., *op. cit.*, p. 527 e ss.

12 De ANGELIS L., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2009, p. 234; NOGLER L., *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mass. giur. Lav.*, 2003, p. 110; SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. Lav.*, 2002, 4; TIRABOSCHI M., *Le procedure di certificazione*, in *La Riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro n. 30/2003*, in *Giur. lav.*, suppl. n. 4, p. 123 e ss: l'Autore,

come si evince dall'analisi e dalla semplice lettura dell'art. 75 del D.Lgs. n. 276/2003, novellato dal Collegato Lavoro, “al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro”. Tale fine deflativo potrebbe derivare come conseguenza diretta da una procedura di “blindatura” del contratto stipulato tra le parti e della loro manifestata volontà, validata nella sua certezza. A ben vedere, però, tale ipotesi è normativamente sconfessata dal disposto dell'art. 80 del citato decreto secondo cui “le parti e i terzi nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti, possono proporre ricorso”, avverso l'atto di certificazione, al Giudice del lavoro competente, “per erronea qualificazione del contratto oppure per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione” o “per vizi del consenso”.¹³

Per quanto concerne la natura giuridica della certificazione, come si accennava, essa sarebbe ascrivibile tra gli atti di natura amministrativa¹⁴ di “certificazione di rapporti privati”, che non si limiterebbero ad attribuire una qualità giuridica ad una realtà giuridica preesistente, ma sarebbero in grado di creare essi stessi delle nuove qualificazioni giuridiche¹⁵. Tale assunto si fonda sulla considerazione che, a seguito della conclusione della procedura di

oltre ai possibili sviluppi, individua nella deflazione su base volontaristica del cospicuo contenzioso giudiziario la finalità principale dell'istituto in esame.

13 CONTI G., *La certificazione come rimedio contro l'incertezza*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, Perone G. e Vallebona A. (a cura di), Torino, 2004, pp. 206 e ss.

14 GHERA E., *op. cit.*, p. 533; NOGLER L., *op. ult. cit.*, p. 120.

15 GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 484.

certificazione, la “certezza” ottenuta non sarebbe riferibile alle parti contrattuali ma all'organo terzo ed imparziale che ha effettuato la certificazione, non rientrando, pertanto, tra gli elementi costitutivi del rapporto di lavoro. In sostanza, la procedura in esame non sarebbe riducibile ad una mera attività di assistenza redazionale alle parti nella fase di formazione delle clausole contrattuali più aderenti alla loro volontà.¹⁶

Nell'ambito degli atti amministrativi, la certificazione potrebbe classificarsi “a contenuto valutativo”¹⁷, facendo leva sull'assimilazione alla categoria degli atti dichiarativi, quali atti vincolati e finalizzati a conferire certezza a fatti e rapporti rilevanti dal punto di vista giuridico e normativo.

Pur ammettendosi da più parti la predetta natura di atto amministrativo, è opportuno segnalare un'anomalia tra le motivazioni a sostegno della proposizione dell'eventuale ricorso di cui all'art. 80 del D.Lgs n. 276/2003. In effetti, il riferimento ai vizi del consenso sembrerebbe richiamare la disciplina contrattuale civilistica, laddove sarebbe stato più opportuno riferirsi all'errore derivante dall'eccesso di potere, dal momento che in ambito amministrativo non ha rilevanza il processo volitivo delle parti, quanto la difformità dell'atto in sé, che non viene determinata da nessun vizio del consenso soggettivo. Gli atti amministrativi potranno ritenersi invalidi anche per scorretta valutazione della realtà ad opera dell'organo

¹⁶ NOGLER L., *op. cit.*, p. 121 e ss.

¹⁷ GHERA E., *op. cit.*, p. 533.

amministrativo, risultando gli stessi viziati alla stessa stregua dei negozi di diritto privato, con la loro conseguente illegittimità per eccesso di potere. Tuttavia, a differenza dell'ambito civilistico, gli atti amministrativi, se pur discrezionali, non sono frutto di una libera volontà di emissione in quanto legati al rispetto della necessità dei fini istituzionali, avendo rilevanza esclusiva la rispondenza dell'atto posto in essere alla sua funzione propria, senza alcun rilievo della rispondenza di quanto emesso con le volontà degli interessati istanti.¹⁸

Sulla scorta di quanto detto, la collocazione della certificazione tra gli atti di diritto amministrativo dovrebbe garantire la esaustiva definizione della sua natura giuridica, come risultato di un'attività di valutazione in grado di conferire certezza pubblica agli atti cui si rivolge. Tuttavia, dall'analisi concreta dei risvolti effettuali emergono alcuni elementi contrastanti: da un lato, un'ipotesi di certezza pubblica dei fatti certificati non sempre totale ed assoluta, dal momento che il ricorso al rimedio giurisdizionale può sovvertirne il risultato; dall'altro, comunque, una certezza pubblica definita, in quanto derivante da una presunzione di esatto adempimento dell'operato certificatorio, rimesso a soggetti autorizzati e tecnicamente idonei allo svolgimento di tale delicata attività.

18 VIRGA P., *Diritto amministrativo*, Milano, 2001, p. 127; SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, p. 538.

3. Gli organi della certificazione

Ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 276/2003, gli organi preposti alla certificazione dei contratti sono testualmente definiti *commissioni di certificazione*¹⁹, dalla struttura collegiale e composita, in grado, nell'ottica legislativa, di assurgere ad un corretto ruolo di soggetto terzo, imparziale e tecnicamente idoneo ad affrontare la risoluzione delle problematiche connesse alla disciplina dei contratti di lavoro.

3.1 Segue: gli enti bilaterali

La lettera *a)* del comma 1 dell'art. 76 del decreto in esame indica tra gli organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro gli enti bilaterali, locali o nazionali a seconda della competenza territoriale a ciascuno di essi affidata: secondo la definizione datane dall'art. 2 del D.Lgs. n. 276/2003, tali enti sono quegli “organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente *più* rappresentative, quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro”. La precisazione della maggiore rappresentatività delle predette associazioni è stata concepita come freno alla possibile dilagazione

¹⁹ RAUSEI P., *La certificazione del contratto di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, 10, inserto *la riforma del mercato del lavoro*, p. XIII.

del fenomeno della nascita di organi certificatori poco rappresentativi e creati appositamente per legalizzare situazioni giuridiche irregolari.²⁰ La legge delega non aveva previsto la definizione dell'ambito territoriale di competenza degli enti bilaterali, rimettendo tale determinazione al potere discrezionale del Governo²¹ che ha, infatti, previsto che questi enti siano “costituiti nell'ambito territoriale di riferimento ovvero a livello nazionale quando la commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale”. In sostanza, secondo la lettura fattane dalla dottrina, la legge consente ai soggetti sindacali di procedere alla determinazione della propria sfera di azione territoriale, sul presupposto del loro carattere di strutture autonome, in grado di valutare la dimensione territoriale più corrispondente ai propri fini.²²

Il dibattito dottrinario ha evidenziato come il ricorso alle commissioni istituite presso gli enti bilaterali possa dare una maggiore garanzia di una procedura certificatoria più aderente alle novità contrattuali riscontrabili nel panorama lavoristico, reputando le associazioni sindacali i soggetti più adatti a manifestare gli interessi delle parti anche durante la fase di rinnovamento normativo.

20 GHERA E., *op.cit.*, p. 531; CARINCI F., *Il casus belli degli enti bilaterali*, in *Lav. dir.* 2003, p. 205.

21 DE ANGELIS L., *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci– M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal 'libro bianco' al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002, p. 96.

22 SPEZIALE V., *Gli organi abilitati alla certificazione*, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da Franco Carinci, *Certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, 2004, pp. 162 e ss.; NOGLER L., *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 2003, p. 112.

Non potendo gli stessi enti procedere con un'attività “creativa” di nuove tipologie contrattuali da proporre alle parti istanti la procedura di certificazione, ma solo utilizzare gli schemi contrattuali già predisposti, il loro compito sarà quello di adattare il dato normativo al caso concreto²³, riferendosi, per la risoluzione dei casi più controversi, anche agli indici giurisprudenziali, contenuti sia negli studi ed elaborati periodici che le Università dovranno predisporre ai fini della loro registrazione nell'apposito albo (art. 76, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003), sia nei moduli e formulari predisposti dal Ministero del lavoro (art. 78, comma 5, D.Lgs. n. 276/2003).²⁴

La possibilità per le parti di rivolgersi alle commissioni istituite presso gli enti bilaterali, ai sensi dell'art. 77, secondo periodo, del D.Lgs in esame, aveva originariamente fatto sorgere il dubbio che le stesse dovessero appartenere necessariamente alle rispettive associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori, dovendosi, per tale via, riconoscersi una preventiva adesione ad una precisa organizzazione sindacale per poter godere di un servizio dai risvolti di funzione pubblica, in palese violazione del disposto costituzionale di libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, della Costituzione.²⁵ In verità, secondo alcuni, tale disposizione potrebbe avere un significato restrittivo della scelta per gli iscritti a

23 NOGLER L., *op.ult.cit.*, p. 113.

24 SPEZIALE V., *op.ult.cit.*, p. 164.

25 DONDI G., *Procedure di certificazione*, in *Trattato di Diritto del Lavoro*, diretto da Persiani M. e Carinci F., *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol IV, Padova, 2012, p. 104 e ss.

determinate associazioni sindacali, al fine di rafforzare il vincolo associativo e l'interesse collettivo.²⁶ A ben vedere, tuttavia, è opinione dominante che la formulazione dell'art. 77 sia da intendersi, molto più semplicemente, nel senso della necessità di far ricorso agli enti certificatori costituiti dalle associazioni sindacali appartenenti alla categoria settoriale nella quale rientrano le parti istanti, riconoscendo, per tale via, ai “non sindacalizzati” la libertà di rivolgersi a commissioni di certificazione di estrazione non sindacale, fugando ogni dubbio circa violazioni di carattere costituzionale.²⁷

3.2 Segue: gli organi pubblici

L'art. 76, comma 1, lett. *b*) del decreto in oggetto qualifica quali organi abilitati alla certificazione le Direzioni Provinciali (ora Territoriali) del Lavoro e le Province: la composizione delle commissioni presso questi enti è molto simile, articolandosi per la prima ipotesi nella presenza del Direttore della sede, due funzionari del Ministero del Lavoro e due rappresentanti rispettivamente dell'Inps e dell'Inail; nella seconda ipotesi, nella presenza del

²⁶ SPEZIALE V., *Competenza territoriale degli organi certificatori*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276* a cura di F. Carinci, Milano, 2004, pp. 157 e ss.

²⁷ DONDI G., *op.cit.*, pp. 104 e 105.

Dirigente del servizio provinciale per l'impiego, tre funzionari di tale servizio, un rappresentante dell'Inail ed uno dell'Inps, da due rappresentanti delle associazioni sindacali dei lavoratori e da due rappresentanti delle associazioni sindacali dei datori di lavoro. Inoltre, alle riunioni di entrambe le commissioni sono presenti, a titolo consultivo, un rappresentante dell'Agenzia delle Entrate ed uno dei Consigli provinciali dei professionisti di cui all'art. 1 della legge n. 12/1979. Pertanto, la differenza tra le due commissioni così istituite sarebbe ravvisabile nell'assenza delle associazioni sindacali nell'ambito della procedura di certificazione attivata innanzi alla Direzione Territoriale del Lavoro.²⁸

Se il disposto normativo relativo all'istituzione delle commissioni presso le Direzioni Territoriali del Lavoro si fonda sulla connaturata professionalità tecnica in materia dei funzionari del Ministero del Lavoro chiamati a farne parte, la dottrina aveva sollevato qualche perplessità circa la previsione delle Province. In particolare, secondo alcuni si sarebbe dovuto leggere la norma nel senso di “centri per l'impiego”, che, seppur dediti a funzioni di avviamento, collocamento e selezione tra domanda ed offerta di lavoro, sono tuttavia privi di ogni esperienza in materia di qualificazione dei contratti di lavoro ed eventuali controversie

28 MASSI E., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. prat.lav.*, 2004, inserto n. 34, p. XIV e ss., commento al d.m. 21 luglio 2004 in *Gazz. Uff.*, serie generale n. 198 del 24 agosto 2004; Circolare MLPS n. 48 del 15 dicembre 2004

insorgenti.²⁹ Secondo altri autori, invece, le perplessità sorgerebbero per il coinvolgimento degli enti bilaterali, la cui estrazione “privata” potrebbe creare dubbi circa la scelta dei componenti delle commissioni, da selezionare con particolare oculatezza, quanto a competenze tecniche visto il ruolo di funzione pubblica connesso alla certificazione.³⁰

3.3 Segue: le Università e le Fondazioni universitarie

La lettera c) dell'art. 76 contempla tra gli organi abilitati alla certificazione le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni Universitarie, registrate in un apposito Albo. L'attuale formulazione normativa delinea confini più chiari circa l'individuazione dei soggetti precedentemente accennati nel testo dell'art. 5 della legge n. 30/2003, lett. b), dove si registrava una generica dizione “università”.³¹

Nei primi commenti all'entrata in vigore della norma, con riferimento alla scelta di estendere le potenzialità certificatorie anche alle università ed alle fondazioni, una parte della dottrina aveva

29 SPEZIALE V., *op.cit.*, p. 165.

30 GAROFALO M.G., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in AA.VV. *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari, 2004, p. 429; DONDI G., *op.cit.*, p. 108.

31 GHERA E., *op. cit.*, p. 529

manifestato alcune criticità sul presupposto che, nonostante la loro elevata competenza tecnico-giuridica, le stesse non avrebbero quella sensibilità adeguata a valutare la situazione concreta e gli effettivi interessi coinvolti. Proprio in quest'ottica andrebbe letta la disposizione relativa agli adempimenti di iscrizione e all'invio di relazioni semestrali al ministero, come finalizzata ad un controllo preventivo e periodico sulle modalità “accademiche” utilizzate per certificare i contratti di lavoro, sul presupposto che, trattandosi di soggetti dediti professionalmente alla ricerca ed all'innovazione, sarebbero forse meno propensi a rispettare ossequiosamente gli orientamenti giurisprudenziali già consolidati.³²

A tale opinione, altra parte della dottrina ribatteva sottolineando il ruolo fondamentale rivestito da tale disposizione normativa volta a realizzare una forte integrazione tra Università e territorio, garantendo per tale via un apporto ed un'assistenza al Ministero del lavoro di alto livello professionale, soprattutto nella predisposizione degli strumenti volti a facilitare le procedure di certificazione sul territorio nazionale.³³

Le commissioni istituite presso le Università e le Fondazioni universitarie dovranno essere composte da docenti di diritto del lavoro di ruolo, con la esplicita finalità di ottenere una partecipazione di carattere tecnico-specialistica. Ai sensi dell'art. 76, comma 2, del predetto decreto, tali commissioni dovranno iscriversi in un apposito

32 DONDI G., *op.cit.*, p. 109.

33 TIRABOSCHI M., *op.cit.*, p. 125.

albo ed inviare semestralmente al Ministero del lavoro “studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro”. La formulazione normativa non può evidentemente riferirsi alla comunicazione relativa a nuovi orientamenti giurisprudenziali che, come noto, non mutano così rapidamente, quanto, piuttosto, alle nuove interpretazioni che agli stessi indici le Università e le Fondazioni saranno in grado di fornire data la loro elevata competenza tecnico-specialistica. Si tratta proprio di quel ruolo attivo di assistenza che il Ministero del lavoro cerca di rinvenire negli enti accademici per il tentativo di predisporre indirizzi unitari volti ad una standardizzazione delle procedure certificatorie.³⁴

3.4 Segue: ulteriori organi

La legge n. 266 del 2005, meglio nota come Finanziaria 2006, ha ampliato il panorama dei soggetti abilitati alla certificazione prevedendo il Ministero del Lavoro - Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro (lett. *c-bis*) del comma 1 dell'art. 76), ed i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro (lett. *c-ter*). Il disposto normativo prevede che possono adire la Commissione, di cui alla

³⁴ SPEZIALE V., *op.cit.*, pp. 165 e ss.

prima ipotesi, quei datori di lavoro che abbiano “le proprie sedi in almeno due province anche di regioni diverse ovvero (...) quei datori di lavoro con unica sede di lavoro associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro”. Le commissioni istituite presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro, invece, possono estendere la loro competenza solo ai “contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento (...)”, con la fondamentale indicazione inserita a seguito del Collegato Lavoro secondo cui la loro attività può svolgersi “(...) unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, con attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi”. In tal senso, tale ultima recente aggiunta normativa non fa altro che recepire quanto era stato precedentemente stipulato dal Consiglio Nazionale dell'ordine dei consulenti del lavoro e dal Ministero del lavoro nell'ambito di un Protocollo d'intesa del 24 marzo 2006 rivolto a definire linee guida per la costituzione delle commissioni di certificazione.³⁵ Occorre segnalare, altresì, la sottoscrizione di un ulteriore Protocollo d'intesa tra le predette parti, avvenuta il 15 gennaio 2014, per consentire al Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro l'Asseverazione di Conformità dei rapporti di lavoro – ASSE.CO. - ossia un processo di

35 DONDI G., *op.cit.*, p. 104.

“asseverazione di regolarità delle imprese volto ad evidenziare la conformità dei comportamenti delle stesse alle disposizioni in materia di lavoro e legislazione sociale”.

3.5 Segue: le commissioni unitarie di certificazione

Da una prima lettura della legge delega, la dottrina individuava il riconoscimento di un potere discrezionale in capo al Governo di affidare la procedura di certificazione, alternativamente o cumulativamente, ad una o più delle predette soluzioni.³⁶ Tuttavia, anche se nel tempo si sono succedute le teorie di chi riconosceva una priorità di azione alle commissioni istituite presso gli enti bilaterali, al fine di coniugare finalità di giustizia socio-economica ed obiettivi di competitività tra aziende³⁷, è attualmente prevalente l'orientamento che riconosce una competenza mista o concorrente delle commissioni istituite sul territorio nazionale, anche alla luce delle abrogazioni compiute dal Collegato lavoro.³⁸

36 DE ANGELIS L., *op.cit.*, p. 98

37 SERRA C., PASQUINI F., *Il ruolo degli enti bilaterali dopo la riforma*, in *Giur. Lav.*, 2003, n. 4, p. 21; DELLA ROCCA G., *Le commissioni di certificazione*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, Perone G. e Vallebona A. (a cura di), Torino, 2004, p. 217.

38 Si pensi all'eliminazione della competenza esclusiva delle commissioni istituite presso le DTL con riguardo all'atto di deposito del regolamento interno delle cooperative, originariamente prevista nel 2° comma dell'art. 83 del D.Lgs. n. 276/2003, ora abrogato.

A riprova di tale interpretazione dottrinarina, l'art. 76, comma 3 del D.Lgs. n. 276/2003 dispone che le “commissioni (...) possono concludere convenzioni con le quali prevedano la costituzione di una commissione unitaria di certificazione”. La *ratio* sottesa a tale disposizione risiede nella volontà di evitare gli inconvenienti derivanti dalla compresenza, sul medesimo territorio, di diverse commissioni che potrebbe dare origine a difformità operative e procedurali. Una prevedibile conseguenza di tali ipotetiche differenze potrebbe riscontrarsi nelle tendenze delle parti a preferire quelle commissioni in grado di pronunciarsi con un provvedimento di certificazione più aderente alle volontà e necessità dei richiedenti.³⁹

Dalla lettura della predetta norma non si evince chiaramente se la creazione di commissioni unitarie possa realizzarsi solo tra quelle in possesso di un'analogia competenza territoriale oppure sia ipotizzabile anche tra commissioni con diverso raggio d'azione. La volontà di creare “certificazioni univoche” non sarebbe agevolmente realizzabile sul presupposto che ogni commissione, singolarmente considerata, è dotata di una differente competenza territoriale, eccezion fatta per quelle istituite presso le DTL, le Province ed i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro, per le quali la legge definisce i confini territoriali operativi. Infatti, ai sensi dell'art. 77 del decreto in esame, per quanto concerne l'istanza rivolta a DTL e Province, le parti si dovranno rivolgere a quelle commissioni “nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale

³⁹ GAROFALO M.G., *op.cit.*, pp. 430-431

sarà addetto il lavoratore”; per le istanze rivolte ai Consigli Provinciali dei consulenti del lavoro, è lo stesso art. 76, comma 1, lett. c-ter), già citato in precedenza, a limitare il campo di azione ai “contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento”. Invece, per le commissioni istituite presso gli enti bilaterali il raggio d'azione coinciderà con quello riferibile all'ente di riferimento e la cui estensione sarà rimessa alle valutazioni dell'autonomia privato-collettiva. Per quanto concerne, ancora, Università, Fondazioni universitarie e Ministero del Lavoro, come precisato precedentemente, non esistono limitazioni territoriali, potendo le rispettive commissioni operare sull'intero campo nazionale.

Come si evince da quanto sinora esposto, la pluralità di differenti competenze territoriali, anche per le commissioni dislocate sul medesimo territorio, impedirebbe il raggiungimento della desiderata uniformità procedurale e della sperata standardizzazione valutativa.⁴⁰ Tuttavia, scorrendo gli articoli del decreto in esame dedicati alla procedura di certificazione, pare scorgersi un sottile filo conduttore rappresentativo della *voluntas legis* di raggiungere una sinergia tra le varie commissioni. Basti pensare al contenuto dell'art. 78, comma 4, che prevede l'adozione, mediante decreto ministeriale, di “codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro”; ancora, l'art. 84, comma 2, che prevede l'adozione, sempre mediante decreto

⁴⁰ NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2004, n. 2

ministeriale, di “codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino”, volti a definire le differenze tra le due fattispecie che si possono verificare in concreto. Per entrambe le norme citate è previsto che i codici e gli indici devono recepire, se esistenti, “le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o di categoria stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. Inoltre, sempre nell’ottica di realizzare una simile procedura certificatoria tra le varie commissioni, l’art. 78, comma 5 prevede la definizione, da parte del Ministero del Lavoro, di “appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro”. Dalla lettura di quest’ultima disposizione, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto predisporre delle precise direttive, da armonizzare con le evoluzioni giurisprudenziali, alle quali occorrerebbe uniformarsi pena, secondo alcuni commentatori in dottrina, la previsione di responsabilità di carattere risarcitorio a carico di quelle commissioni che dovessero subire una successiva riformulazione in sede giudiziale dei propri provvedimenti di certificazione.⁴¹

41 SPEZIALE V., *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, in AA.VV., *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, op.cit., IV, p. 181; COSTANTINO G., *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in AA.VV., *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura

A ben vedere, quindi, la dottrina prevalente riscontra elementi utili per sostenere ed approvare la finalità positiva di commissioni unitarie di certificazione, che potrebbero essere istituite tra enti bilaterali ed università, raggiungendo il risultato di fondere le conoscenze specialistiche accademiche con le cognizioni concrete delle parti sociali; oppure tra DTL ed Università o Fondazioni universitarie, al fine di coniugare l'esperienza operativa dei funzionari ministeriali con la professionalità dei docenti. Il tutto sempre, come più volte ribadito, con lo scopo preciso di evitare sgradevoli contrapposizioni tra commissioni istituite in un medesimo territorio, anche se a volte con competenza territoriale differente, garantendo, al contempo, modalità operative ed indirizzi interpretativi quanto più uniformi possibile.⁴²

4. L'oggetto della certificazione: le novità del Collegato Lavoro

Il ventaglio dei contratti suscettibili di certificazione è stato definitivamente delineato dalla previsione normativa dell'art. 30, comma 4 del Collegato Lavoro, che ha provveduto a riscrivere l'art. 75 del Decreto Legislativo n. 276/2003, già oggetto di correttivi ad

di P. Curzio, Bari, 2004, p. 452.

42 SPEZIALE V., *Gli organi abilitati alla certificazione*, in *Commentario al Decreto*, *op.cit.*, p. 166; NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *op.cit.*, pp. 38 e ss.

opera dell'art. 18 del D.Lgs. n. 251/2004⁴³. Infatti, la formulazione originaria del predetto articolo contemplava unicamente, e secondo autorevole dottrina in maniera tassativa⁴⁴, “i contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto (...), nonché (...) contratti di associazione in partecipazione”.

Pertanto, dopo le modifiche apportate dal Collegato Lavoro alla disciplina in esame⁴⁵, “le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro”. La nuova formulazione dell'art. 75, seppur apparentemente ridotta nell'estensione grafica, è in realtà dotata di un'enorme portata applicativa, riferendosi a tutte le tipologie contrattuali lavoristiche, con esclusione di quelle afferenti all'area della P.A., in cui è possibile individuare un'attività lavorativa.

La procedura, pertanto, si applicherà anche a quelle forme contrattuali prima indicate, oggetto di continui interventi normativi correttori, utili a delineare esattamente i margini di validità della disciplina certificatoria. Si pensi in tal senso, per quanto concerne la corretta instaurazione delle collaborazioni coordinate e continuative, alla necessità di programmi di lavoro specifici, che dovranno essere accuratamente valutati e vagliati dagli organi certificatori. Con riferimento, invece, all'associazione in partecipazione, al fine di

43 MARAZZA M., *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, in *ADL*, 2011/1, p. 64 e ss.

44 GAROFALO M.G., *op.cit.*, p. 428.

45 LAI M., *La certificazione nel cd. Collegato lavoro*, in *RIDL*, 2012, 1, III, p. 17 e ss; CORTI M., *Il cd. Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, conciliazione e arbitrato*, in *RIDL*, 2011, 1, III, p. 7 e ss.

garantirne la genuinità occorrerà verificare che l'effettiva partecipazione consista concretamente in un coinvolgimento dell'associato nella dinamica gestione dell'impresa o del singolo affare, e non nella mera partecipazione alla distribuzione degli utili.⁴⁶ Inoltre, l'organo preposto alla certificazione dovrà verificare che l'adeguatezza dei compensi rappresenti un parametro di congruità del contratto rispetto agli utili, e non un mero criterio di calcolo per l'acquisizione di ricchezza certa, dovendo residuare un margine di aleatorietà connesso alla partecipazione al rischio d'impresa come necessario presupposto di genuinità del contratto.⁴⁷

4.1. Segue: le altre ipotesi di certificazione

L'art. 82 del Dlgs. n. 276/2003 estende la competenza degli organi certificatori anche alle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile “a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti (...)”. In origine tale ruolo certificatore poteva essere rivestito solo dalle commissioni di certificazione istituite presso gli enti bilaterali, ma tale precisazione è venuta meno grazie all'intervento correttivo dell'art. 31, comma 14, lett. a) del Collegato

⁴⁶ PIZZUTI P., *La certificazione dell'associato in partecipazione*, in Perone G.-Vallebona A. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino, 2004, p. 257.

⁴⁷ DONDI G., *Procedure di certificazione*, op.cit., p. 97

Lavoro, prevedendosi ora una competenza generalizzata di tutte le commissioni adeguatamente istituite. Una parte della dottrina non ha ritenuto opportuno la previsione di tale menzionata competenza riconosciuta in capo alle commissioni di certificazione, evidenziando come la necessità di rispettare la procedura di instaurazione di cui all'art. 78 del citato decreto anche per le rinunzie e le transazioni scoraggerebbe il ricorso a tale istituto, a causa dell'effetto dissuasivo che ne deriverebbe, preferendo le parti la tradizionale procedura prevista dall'art. 2113 del codice civile.⁴⁸ In sostanza, la certificazione non sarebbe finalizzata a convalidare i negozi dispositivi ma solo ad attestare che non si tratti di semplici dichiarazioni di scienza, prive di un adeguato contenuto sostanziale.

Le commissioni di certificazione, inoltre, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n. 276/2003, sono competenti a certificare l'atto di “deposito del regolamento interno delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori (...)”. In questo caso il ruolo della certificazione si riferisce “al contenuto del regolamento depositato”, non avendo ad oggetto contratti già stipulati, ma realizzando una funzione preventiva di controllo e verifica di adeguatezza con riferimento alla tipologia astratta e previsionale dei

⁴⁸ DONDI G., *op.cit.*, p. 100; GRAGNOLI E., *Commento all'art. 84, dlgs n. 276/2003*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al d.lgs. n. 10 settembre 2003 n. 276*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Padova, 2004, p. 860.

rapporti con i soci lavoratori.⁴⁹ La norma richiama l'art. 6 della L. 142/2001 relativo alla disciplina del regolamento interno delle cooperative e finalizzato a regolare, tra le altre cose, le “modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci, in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa e ai profili professionali dei soci stessi, anche nei casi di tipologie diverse da quelle del lavoratore subordinato”.

Dal combinato disposto delle due normative una parte della dottrina fa rilevare come la certificazione in esame avrebbe una precisa funzione deflattiva del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, dal momento che, operando il regolamento delle cooperative una scelta volta ad individuare un rapporto di lavoro diverso da quello societario con l'indicazione delle modalità di attuazione della prestazione, si assisterebbe ad una concreta “operazione di qualificazione giuridica del tipo contrattuale”.⁵⁰ Altra parte della dottrina, invece, ridimensiona la portata della predetta finalità deflattiva del contenzioso, dal momento che ciò che viene ad essere certificato è solamente il regolamento inteso come “*prius* rispetto alla stipula dei contratti di lavoro”⁵¹ o come “atto tipicamente unilaterale, mentre la qualificazione riguarda un atto bilaterale ossia il contratto di lavoro effettivamente concluso

49 DONDI G., *op.cit.*, p. 98.

50 De ANGELIS L., *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2004, I, p. 260

51 DONDI G., *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir.lav.*, 2004, III, p. 1085.

tra il socio e la cooperativa”.⁵² Il ruolo della commissione di certificazione non è rivolto alla qualificazione del regolamento di cooperativa, quanto piuttosto a valutare la legittimità giuridica delle clausole in esso contenute inerenti la possibile strutturazione dei contratti conclusi o da stipulare.

Anche con riferimento alla certificazione del regolamento di cooperativa si è assistito ad un intervento correttivo operato dal Collegato Lavoro che ha abrogato il comma 2 dell'art. 83 nel quale si prevedeva una competenza esclusiva, per tale tipo di certificazione, delle commissioni istituite presso le Direzioni provinciali e le Province, con una composizione costituita da “un presidente indicato dalla provincia e (..) da rappresentanti delle associazioni di rappresentanza, assistenza e tutela del movimento cooperativo e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative”. La *ratio* di tale modifica abrogativa potrebbe risiedere nella volontà di affidare la certificazione *de quo* a soggetti estranei al mondo delle cooperative, a garanzia di una maggiore imparzialità di giudizio ed equità nelle valutazioni, utili a sostenere una corretta procedura certificatoria.

L'art. 84 del D.Lgs. n. 276/2003 prevede, infine, che la certificazione dei contratti può essere utilizzata “sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'articolo 1655 del codice civile, sia

⁵² NOGLER L., *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 2002, p. 361.

nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto (...)”. Il secondo comma del medesimo articolo prevede il riconoscimento, ad opera del Ministro del Lavoro, di “codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore”, recependo, qualora esistessero, “le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o di categoria stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. Una parte della dottrina occupatasi dell'argomento si limitava a considerare la certificazione *de quo* come rivolta esclusivamente a distinguere le ipotesi di somministrazione da quelle dell'appalto, rispettando il principale fine deflattivo dell'istituto.⁵³ Tuttavia, a ben vedere, analizzando il contenuto della norma ed evidenziando la dizione della rubrica dell'art.84, la finalità concreta di tale tipo di certificazione sarebbe riscontrabile nella distinzione tra appalti validi ed appalti in palese contrasto con il modello fornito dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, ovvero tra appalti leciti e somministrazione fraudolenta o irregolare, andando ad indagare la concreta validità del contratto di appalto e non la sua qualificazione.

53 SPEZIALE V., *La certificazione della somministrazione e dell'appalto di opere e servizi*, in V. Speziale, L. Lunardon, P. Bellocchi (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*,

4.2 Segue: gli ambienti confinati

Oltre alle ipotesi previste e contenute nel decreto in esame, la certificazione risulta ora obbligatoria anche in un particolare settore di notevole importanza lavorativa, quello dei ccdd. “ambienti confinati”, soprattutto per il risvolto sociale che le attività connesse a tale settore comportano, molto spesso terreno fertile per infortuni e gravi incidenti. Il riferimento è al D.P.R. n. 177 del 14 settembre 2011, attuativo dell'art. 6, comma 8, del D.Lgs n. 81 del 2008, in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro. L'art. 2 del citato D.P.R. prevede che qualsiasi attività lavorativa nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati può essere svolta unicamente da imprese o lavoratori qualificati in possesso dei requisiti indicati dal medesimo articolo. In particolare, il comma 1, lettera c) individua, quale requisito obbligatorio, la “presenza di personale, in percentuale non inferiore al 30 per cento della forza lavoro, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, assunta con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ovvero anche con altre tipologie contrattuali o di appalto, a condizione, in questa seconda ipotesi, che i relativi contratti siano stati preventivamente certificati (...). Tale esperienza deve essere necessariamente in possesso dei lavoratori che svolgono le funzioni di preposto”.

Da una prima lettura del testo della norma sembrerebbe che

ogni contratto di appalto, che abbia ad oggetto l'esecuzione di opere in ambienti confinati, debba necessariamente essere sottoposto alla procedura di certificazione. Invero, questa interpretazione, pur rappresentando la soluzione più garantista e doverosamente percorribile, in realtà estende il suo raggio di azione anche alle ipotesi di contratti di appalto non endoaziendali, ossia quelli da svolgere al di fuori dei locali del committente, in cui meno pregnante è la necessità di certificare il contratto di appalto principale. In sostanza, si potrebbe sostenere che la certificazione possa riguardare quei contratti la cui esecuzione preveda la contemporanea presenza di committente ed appaltatore in ambienti confinati, in cui maggiore è il rischio di interferenze tra le rispettive attività. Si dovrebbero escludere dal campo della certificazione, pertanto, quei contratti di appalto in cui l'attività è totalmente affidata, seppur in ambienti confinati, ad imprese appaltatrici qualificate ai sensi del D.P.R. 177/2011, operanti in totale autonomia e senza interferenze con il committente.

Con riferimento al subappalto, il comma 2 del citato articolo 2 prevede che “in relazione alle attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati non è ammesso il ricorso a subappalti, se non autorizzati espressamente dal datore di lavoro committente e certificati (...)”. Si evidenzia, pertanto, come in tal caso occorra un doppio requisito per la corretta instaurazione del subappalto, onde evitare un incontrollato fenomeno di affidamenti di

lavori a cascata, non facilmente sorvegliabili né disciplinabili.

Sulla questione della certificazione degli appalti e subappalti negli ambienti confinati, anche il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali è intervenuto con una nota⁵⁴ sollecitata da più parti al fine di ottenere una linea guida in materia. A tale proposito, è stato sottolineato il carattere obbligatorio della certificazione, non più facoltativo come nelle tradizionali ipotesi analizzate, al fine di garantire la presenza di personale altamente specializzato nello svolgimento di tali delicate lavorazioni. Inoltre, è stata in parte accolta l'opinione maggiormente diffusasi a commento del citato D.P.R. circa il rilievo endoaziendale dei contratti certificabili, dal momento che nella nota si legge che “le disposizioni di cui all'art. 2 (D.P.R. 177/2011) sono vigenti unicamente in caso di affidamento da parte del datore di lavoro di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o lavoratori autonomi all'interno della propria azienda o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, sempre che abbia la disponibilità giuridica (...) dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo”. La nota ministeriale, nel confermare, comunque, la doverosità della certificazione dei contratti di subappalto, conclude disponendo che il committente è tenuto a verificare non solo l'idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore, ma anche l'ottemperanza alle prescrizioni in materia di certificazione dei contratti. A seguito di tale assimilazione di controllo, il

54 Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, nota del 27 giugno 2013 n. 11649

committente che non vigili sulla sussistenza dei requisiti di cui al citato art. 2, ivi compresa la procedura certificatoria, sarà destinatario della sanzione comminabile per la non corretta verifica della idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi.⁵⁵

5. La procedura di certificazione: l'istanza scritta

Ai sensi dell'art. 78 del D.Lgs. n. 276/2003, il procedimento di certificazione prende l'avvio tramite la presentazione di un'istanza in forma scritta rivolta alla commissione di certificazione. La *ratio* di tale formalismo risiede nella volontà di garantire certezza giuridica all'atto conclusivo del procedimento, dal momento che la previsione della forma scritta *ad substantiam* è volta a rendere consapevolmente edotta la parte che presenta la richiesta circa la sua volontà di giungere alla certificazione di un determinato contratto.⁵⁶

Per il caso di richiesta inoltrata alle DTL o alle Province, le parti dovranno indirizzare l'istanza alla commissione nel cui ambito territoriale “si trova l'azienda o una sua dipendenza” presso cui il lavoratore presterà la propria attività. Qualora, invece, la richiesta

⁵⁵ Art. 26, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 81/2008, sanzionato dall'art. 55, comma 5, lett. b), del D.Lgs. n. 81/2008.

⁵⁶ MAZZIOTTI F., *Limiti alla flessibilità*, in *Lav.giur.*, 12, 2001, p. 1113 e ss.

pervenisse alla commissione istituita presso gli enti bilaterali, la disciplina normativa non prevede un limite operativo spaziale specifico, rimettendo agli organi sindacali, di cui si compone la commissione, la scelta circa l'ambito territoriale di riferimento.⁵⁷ Con riferimento, invece, all'istanza presentata presso le Università o le Fondazioni universitarie, nonché per le richieste formulate verso le commissioni unitarie, la legge non prevede alcun vincolo spaziale, potendo le predette commissioni estendere il proprio raggio d'azione all'intero territorio nazionale.⁵⁸

Il su citato art. 78 prescrive che la procedura di instaurazione del procedimento debba avvenire su base volontaria. Tale carattere ha spinto la dottrina ad interrogarsi circa la genuinità della volontà decisionale del lavoratore, verificando se un semplice accordo individuale possa di per sé rappresentare una volontà comune riferibile anche al rispettivo datore di lavoro.⁵⁹ Nella fase di formazione ed instaurazione del contratto, il consenso del lavoratore non ha lo stesso peso contrattuale rispetto alla controparte datoriale, necessitandosi la previsione di una serie di tutele e garanzie per assicurare pari dignità e libertà nel rapporto. Diversamente, nella fase di corretta qualificazione ed identificazione del rapporto, la volontà della parte riacquista un ruolo precipuo, dal momento che gli

57 NOGLER L., *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, *op.cit.*, p. 112

58 SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv.giur.lav.*, 2003, I, p. 25

59 MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav.dir.*, 1, 1993, p. 21

orientamenti giurisprudenziali maggioritari puntano anche sulla valutazione dell'elemento volitivo, il *nomen iuris* attribuito dai contraenti al contratto in essere, per un'adeguata definizione del rapporto. Tuttavia, la volontà delle parti in merito al contratto stipulato dovrà essere suffragata da comportamenti ed elementi di fatto onde evitare il rischio di una mancata corrispondenza con la concreta operatività contrattuale. In tal senso un ruolo fondamentale è svolto dalle commissioni di certificazione, sia in fase di assistenza e consulenza alle parti istanti, sia nella fase di audizione delle stesse: gli organi certificatori aditi sono in grado, infatti, di verificare l'effettiva genuinità dell'elemento volitivo del consenso espresso all'attivazione della procedura, garantendo un supporto sostanziale alla predetta posizione più debole del lavoratore nell'ambito del contratto di lavoro.

5.1 Segue: l'avvio del procedimento e la sua durata

Ai sensi dell'art. 78 comma 2 del Decreto in esame, “le procedure di certificazione sono determinate all'atto di costituzione delle commissioni di certificazione e si svolgono nel rispetto dei codici di buone pratiche (...)”. A prima vista tale disposizione sembrerebbe celare una totale discrezionalità in capo alle

commissioni in merito alle procedure da seguire. Tuttavia il legislatore, per scongiurare tale rischio, ha ancorato le prassi operative di ogni commissione ai “codici di buone pratiche” ed ai principi enunciati nelle lettere a), b), c) e d) del secondo comma del predetto articolo, in mancanza dei quali la certificazione ben potrà essere oggetto di ricorso al T.A.R. per violazione del procedimento o eccesso di potere ai sensi dell'art. 80 comma 5 del D.Lgs. n. 276/2003. Pertanto, la *ratio* sottesa alla previsione dei correttivi relativi alla procedura di certificazione è quella di uniformare le prassi delle diverse commissioni operanti sul territorio italiano, nel tentativo di eliminare del tutto ogni possibile margine di discrezionalità residuo.

Ad esclusione dei casi nei quali la procedura è svolta direttamente innanzi agli uffici periferici del Ministero del Lavoro, dove la presentazione dell'istanza assorbe la comunicazione dell'avvio della procedura, ogni procedura di certificazione ha inizio mediante la comunicazione di avvio destinata alla Direzione Territoriale del Lavoro competente per territorio con riferimento allo svolgimento dell'attività lavorativa dedotta nel contratto da certificare. Infatti, ai sensi della lettera a), del secondo comma dell'art. 78 la DTL “provvede a inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti”, che saranno di natura civile, amministrativa, previdenziale o fiscale (lett. d). Tale previsione

ricalca sostanzialmente quanto prescritto in materia di procedimento amministrativo dall'art. 7 della legge n. 241/1990 “ove non sussistono ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato (...) ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire”.

Al fine di garantire una corretta valutazione dei contratti da certificare, il legislatore ha ritenuto opportuno agevolare l'operato delle commissioni mediante la previsione di una partecipazione attiva delle autorità pubbliche destinatarie del provvedimento le quali “possono presentare osservazioni alle commissioni di certificazione”, rilievi pratici ed operativi che andranno a sostenere le decisioni e le valutazioni dei membri delle commissioni adite.

La procedura di certificazione deve concludersi nel termine di trenta giorni dal ricevimento dell'istanza o dell'eventuale documentazione, ulteriore ed aggiuntiva, richiesta dalla Commissione ai fini di una più completa definizione del provvedimento.⁶⁰ Non essendo normativamente prevista alcuna sanzione in caso di superamento del predetto termine di conclusione della procedura, la dottrina ha affrontato la problematica con particolare riferimento alle certificazioni poste in essere dalla pubblica amministrazione. L'attività procedurale della P.A. è governata in parte dalla citata legge 7 agosto n. 241 del 1990 e s.m.i.

⁶⁰ CASOTTI A., GHEIDO M., *op.cit.*, p. 27

sul procedimento amministrativo, il cui art. 2 sancisce il carattere ordinatorio del termine di conclusione dello stesso: il superamento di tale termine non comporta né la decadenza del potere di emanare l'atto né tantomeno l'illegittimità di quello adottato. Sulla falsariga di tale disposto normativo, la dottrina prevalente ha ritenuto di poter sostenere il carattere ordinatorio anche per il termine di trenta giorni della conclusione della procedura di certificazione, non rilevandosi, come detto, alcuna sanzione espressa per il suo eventuale superamento.⁶¹

5.2. Segue: gli elementi del provvedimento di certificazione

La lettera c) del secondo comma dell'art. 78 del Decreto in esame prescrive che “l'atto di certificazione deve essere motivato e contenere il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere”, mentre la lettera d) che “l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione”. Tali elementi, finalizzati ad una corretta struttura del provvedimento di certificazione, rispecchiano le indicazioni necessarie contenute nella

⁶¹ SPEZIALE V., *La certificazione dei contratti di lavoro, op.cit.*, p. 31.

disciplina sul provvedimento amministrativo in generale. Infatti, ai sensi dell'art. 3, comma 1 della legge n. 241/1990 “ogni provvedimento amministrativo (...) deve essere motivato (...). La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”. Il comma 4 del medesimo articolo 3, invece, prescrive che “in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere”.

Nella stessa misura in cui in relazione all'avvio del procedimento il D.lgs. n. 276/2003 fa esplicito riferimento alla legge sul processo amministrativo, anche qui il legislatore della certificazione ha voluto riproporre pedissequamente la normativa predetta. La *ratio* di tale assimilazione è da rinvenirsi nella ricerca di una tutela massima in favore delle parti istanti la procedura di certificazione, che sarebbe stata molto limitata se tali riferimenti fossero stati omessi, con la logica conseguenza che quelle modalità operative di garanzia sarebbero state riconosciute solo alle certificazioni effettuate dalla pubblica amministrazione, non anche dagli altri enti certificatori privati.

6. Gli effetti della certificazione ed i rimedi esperibili

L'art. 78, comma 2, del D.lgs. n. 276/2003 prevede, alla lettera d) che “l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione”. Tali effetti del contratto certificato permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80 del predetto decreto, ad esclusione dei provvedimenti cautelari. In sostanza, il provvedimento di certificazione è dotato di piena forza legale fino a quando una sentenza di merito non si pronunci per accertare l'invalidità dell'atto.

La certificazione, quindi, in grado di realizzare una forma di “certezza pubblica”⁶², impedisce ai terzi destinatari del provvedimento, siano essi enti previdenziali o pubbliche amministrazioni, di adottare atti che si rivelino in contrasto con il contenuto del contratto certificato. Pertanto, anche qualora venisse riscontrata una difformità tra quanto certificato e la realtà effettiva, non potranno emanarsi provvedimenti conseguenti e sanzionatori fino alla pronuncia giurisdizionale di merito. L'asserita piena efficacia della certificazione renderebbe nullo ogni procedimento

⁶² SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro, op.cit.*, p. 284

ingiuntivo in contrasto con l'atto adottato, impedendo l'emissione di cartelle esattoriali e di ordinanze ingiunzioni che risulterebbero in palese contrasto con la predetta efficacia della certificazione.⁶³

In sostanza, solo un intervento correttivo dell'autorità giudiziaria può mettere in discussione e ribaltare il contenuto e l'efficacia legale del provvedimento di certificazione. Infatti, ai sensi del secondo comma dell'art. 80 del decreto in esame, gli effetti della pronuncia di merito che attesta l'erroneità della qualificazione del contratto hanno “effetto fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale”, mentre quelli attestanti la difformità tra programma negoziale certificato e realtà effettiva hanno “effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità stessa”.

Quanto ai rimedi esperibili, il predetto art. 80 prescrive che “nei confronti dell'atto di certificazione, le parti e i terzi nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti, possono proporre ricorso, presso l'autorità giudiziaria di cui all'art. 413 del codice di procedura civile, per erronea qualificazione del contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. Sempre presso la medesima autorità giudiziaria (...) anche per vizi del consenso”.

In particolare, ai fini dell'individuazione dei limiti e dei poteri connessi ai provvedimenti giurisdizionali, occorre evidenziare il

⁶³ NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Guida al lavoro*, 10, 2003, p. 10 ss

problema relativo al periodo temporale coperto dall'atto di certificazione. Come si evince dal testo della legge, infatti, le parti possono chiedere la certificazione di un contratto non solo all'inizio, ossia prima della sua concreta instaurazione, ma anche durante lo svolgimento dello stesso⁶⁴. La finalità di tale doppia velocità della procedura di certificazione potrebbe risiedere nella volontà delle parti di raggiungere una “blindatura” sostanziale del contratto, riconoscendogli una pregnante “certezza pubblica”. Ulteriore finalità potrebbe risiedere nella volontà di procedere ad una novazione del rapporto già in essere ed attribuire certezza concreta e sostanziale al nuovo contratto. In tal misura, seguendo la prima *ratio*, la certificazione coprirà l'intero periodo inerente il rapporto di lavoro sottostante al contratto certificato, laddove, nel secondo caso, gli effetti certificatori si limiteranno al rapporto novato, sorvolando il precedente contratto originariamente stipulato dalle parti.

Una simile impostazione di efficacia, assente nel testo originale del D.Lgs. n. 276/2003, ha trovato piena attuazione a seguito delle modifiche apportate dal Collegato Lavoro che ha introdotto un secondo comma all'art. 79 prevedendo che “gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione (...), nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la Commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede.

⁶⁴ NOGLER L., *op.cit.*, p. 11.

In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvederanno a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita”. In sostanza, affinché il provvedimento di certificazione, inerente un contratto già in essere, possa assumere un'efficacia retroattiva sin dal momento di instaurazione del rapporto, occorrerà un'approfondita indagine istruttoria volta ad appurare che le modalità operative di esecuzione del contratto si siano sempre contraddistinte per uniformità a quelle *medio tempore* accertate dalla commissione adita.

CAPITOLO SECONDO

La disciplina del contratto di appalto

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo – 2. Il fenomeno del decentramento produttivo - 3. L'art. 1655 del codice civile: disciplina e natura giuridica – 4. L'esigenza di tutela dei lavoratori coinvolti nel contratto di appalto: l'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 – 5. La genuinità del contratto di appalto: l'organizzazione dei mezzi necessari e l'esercizio del potere direttivo ed organizzativo – 5.1 Segue: l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore e la quantificazione del corrispettivo – 6. Le conseguenze lavoristiche dell'appalto non genuino: l'appalto illecito e fraudolento

1. Il quadro normativo

Nell'ambito degli attuali scambi commerciali, le attività d'impresa si svolgono prevalentemente mediante il ricorso a fenomeni di esternalizzazione in virtù dei quali intere fasi dei cicli produttivi aziendali vengono affidate alle maestranze specializzate dei soggetti esterni. Lo strumento giuridico maggiormente utilizzato è rappresentato dal contratto di appalto, disciplinato dall'art. 1655 del codice civile. Un supporto normativo efficace ma rivelatosi poi inadeguato al mutato contesto produttivo imprenditoriale, in grado di modificare anche i modelli di organizzazione del lavoro. Un'esigenza di rinnovamento sociale che ha trovato pieno riconoscimento nella riforma del mercato del lavoro attuata per mezzo del decreto

legislativo n. 276 del 2003, all'interno del quale il legislatore ha predisposto un'articolata normativa afferente il contratto di appalto e le sue dinamiche.

Al fine di comprendere correttamente le dinamiche legislative che hanno condotto alla recente produzione normativa in materia, occorre evidenziare i tratti salienti dei precedenti normativi che si sono susseguiti nel tempo. Il nostro ordinamento sanciva il divieto di intermediazione ed interposizione di manodopera disciplinato dalla legge n. 1369/1960. La *ratio* di tale divieto risiedeva nella volontà di reprimere quei fenomeni in cui lavoratori alle dipendenze di un datore di lavoro, mero intermediario, prestassero la loro attività in favore di un altro soggetto committente. In tale ottica, infatti, l'art. 1 della legge predetta, nel sancire il divieto di appalto di manodopera, mirava ad evitare che il soggetto utilizzatore, impiegando lavoratori assunti da altri soggetti ai fini dello svolgimento della propria attività d'impresa, beneficiasse non solo di regimi normativi e fiscali agevolati per il ridotto numero di manodopera assunta, ma anche, di conseguenza, di un basso costo del lavoro.

Orientata alla concreta verifica delle capacità organizzative ed imprenditoriali dell'appaltatore, la logica della legge n. 1369/1960 divenne col tempo sempre più inadeguata rispetto al contesto socio-economico in continua evoluzione, ormai caratterizzato da tendenze esternalizzanti e da fenomeni di destrutturazione aziendale.⁶⁵ La

⁶⁵ DEL GIUDICE-MARIANI-IZZO, *Diritto del lavoro*, Edizioni giuridiche Simone, XXII Edizione, p. 161.

successiva produzione normativa, rappresentata dal cd. pacchetto Treu, ossia dalla legge n. 196 del 1997, cercò di mitigare i precedenti e stringenti vincoli in materia mediante l'introduzione della disciplina del lavoro interinale o temporaneo. La nuova legge consentiva alle imprese di fornitura di manodopera di inviare personale presso altre imprese alla ricerca di lavoratori, per far fronte alle proprie esigenze produttive dal carattere prettamente temporaneo. Pur risultando più dinamica e innovativa, la disciplina del 1997 non portò all'abrogazione dei precedenti divieti in tema di interposizione, richiamati per il caso di illecita fornitura di manodopera temporanea mediante il ricorso alle sanzioni dettate dalla legge del '60.

Il quadro normativo viene modificato radicalmente con l'introduzione delle novità contenute nella Riforma Biagi, comportanti la soppressione dell'originario divieto di appalto di mere prestazioni di lavoro, a seguito dell'abrogazione della legge n. 1369/1960. L'art. 85 della Riforma Biagi, infatti, nel prevedere al comma 1, lett c), l'espressa abrogazione della predetta legge, sopprime il divieto generale di fornitura di manodopera a terzi, conservando, tuttavia, una normativa per contrastare la somministrazione irregolare e fraudolenta, forme patologiche della somministrazione regolare prevista e disciplinata negli articoli 20 e seguenti del D.lgs. n. 276/2003. Sul punto la recente giurisprudenza della Suprema Corte⁶⁶ e la dottrina hanno convenuto nel constatare sì

⁶⁶ Cass. 1 aprile 2005, n. 6820, in *Guida al lavoro*, 2005, n. 26, p. 32; Cass. 21 novembre 2005, n. 41701, in *Guida al lavoro*, n. 48, p. 21.

l'abrogazione espressa della legge n. 1369, ma senza abolizione del reato per i fatti che in precedenza erano espressamente vietati, ossia la fornitura illecita di manodopera, realizzata cioè in violazione dei parametri oggettivi e soggettivi previsti dalla legge che disciplina la somministrazione regolare.⁶⁷

2. Il fenomeno del decentramento produttivo

La normativa contenuta nel D.Lgs. n. 276/2003 ha posto in essere un rinnovamento radicale nella disciplina di quegli istituti che sono alla base del fenomeno delle esternalizzazioni, tra cui appunto l'appalto, il trasferimento di ramo d'azienda ed il distacco. La volontà di modernizzazione dei processi produttivi ha determinato un sempre più crescente ricorso all'*outsourcing*, ossia all'affidamento a terzi di una o più lavorazioni originariamente interne all'azienda, i cui risultati ben possono rientrare nel ciclo aziendale mediante il ricorso a particolari fattispecie negoziali.⁶⁸

Il decentramento produttivo, motivato economicamente da finalità di ristrutturazione aziendale e di riorganizzazione produttiva⁶⁹, si realizza concretamente mediante la “dislocazione

67 GALANTINO L., *Diritto del lavoro*, Torino, 2012, p. 200.

68 QUADRI G., *Processi di esternalizzazione: tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Napoli, 2004, p. 20.

69 DE LUCA TAMAJO R., *I processi di esternalizzazione intra moenia ovvero la*

all'esterno dell'azienda principale di segmenti dell'attività produttiva"⁷⁰. Il ciclo di lavorazione aziendale non si svolge più interamente all'interno delle mura aziendali, ma, a seguito di un processo di "segmentazione del processo produttivo"⁷¹, viene suddiviso in diverse fasi, alcune delle quali ripartite tra soggetti esterni altamente qualificati e collegati da una stretta rete operativa e contrattuale, al fine di collaborare nella realizzazione globale del prodotto finale.

Il ricorso al sistema delle esternalizzazioni, oltre che strumento in grado di garantire una maggiore competitività per le aziende, favorisce i fenomeni di "utilizzo" di personale qualificato di altri soggetti economici, anche mediante il ricorso alle ipotesi di appalto. Vengono in rilievo le ipotesi di affidamento a terzi soggetti esterni sia di quelle attività che non richiedono particolari competenze professionali, sia di quelle che si caratterizzano per una profonda specializzazione cognitiva. Basti pensare al decentramento delle attività di gestione amministrativa, commerciale e contabile che, seppur rilevanti, non afferiscono totalmente all'oggetto sociale aziendale. Le imprese, quindi, investendo maggiormente le loro risorse interne allo sviluppo del *core business* aziendale, preferiscono esternalizzare il resto delle attività, per le quali posseggono una minore professionalità e la cui gestione diretta comporterebbe un

fabbrica multisocietaria, in *DML*, 1999, I, p. 50.

70 GHERA E., *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, p. 605

71 ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *GDLRI*, 1999, p. 204 e ss.

innalzamento rilevante dei costi aziendali, a soggetti esterni altamente qualificati. Mediante tale processo di “destrutturazione” produttiva le aziende ottengono un risultato fortemente competitivo⁷², potendo fare affidamento, per ogni fase del ciclo operativo, sulle migliori risorse disponibili sul mercato: da un lato, la loro elevata professionalità concentrata esclusivamente sulle attività interne inerenti il *core business* aziendale; dall'altro, la specializzazione di soggetti esterni cui è affidato il compito di porre in essere le altre lavorazioni inerenti il ciclo aziendale, scelti in virtù delle loro qualificate competenze in quel particolare settore di attività.

Il fenomeno del decentramento produttivo è maggiormente diffuso nelle imprese di grandi dimensioni, con la precisa finalità di ottenere una sostanziale riduzione dei costi acquistando taluni beni o servizi all'esterno. L'analisi economica del fenomeno fa rilevare, infatti, che finchè i costi interni risultano inferiori al prezzo di acquisto dei beni sul mercato, le aziende tendono ad ingrandirsi assumendo nuovo personale per procedere autonomamente alla produzione dei beni necessari; tuttavia, al crescere delle dimensioni aziendali, aumentano anche i costi interni e marginali, e, quando questi superano i costi esterni, l'impresa preferisce rivolgersi sul mercato per acquistare beni o servizi ad un prezzo inferiore rispetto al costo interno di produzione.⁷³

72 DE LUCA TAMAJO R., *op.cit.*, p. 51.

73 ICHINO P., *Le nuove forme del decentramento produttivo*, in *Riv.it.dir.lav.*,

Accanto alle finalità prettamente economiche e produttive, a volte il ricorso al decentramento produttivo può essere orientato verso scopi di natura elusiva. L'*outsourcing* produttivo è in grado di garantire all'imprenditore cedente le sue attività "secondarie" la riduzione dei costi sulla gestione del personale, allorquando alla cessione della particolare attività a soggetti esterni si accompagna anche il trasferimento dei relativi dipendenti, prima addetti alle lavorazioni interne. Stipulato, poi, un contratto di appalto di opera o servizi con il soggetto terzo "cessionario", l'imprenditore cedente si avvarrà nuovamente delle predette maestranze che gli garantiranno la realizzazione di quei prodotti o servizi secondo i medesimi standard qualitativi tenuti in precedenza, ma, ora, senza vincoli giuridici diretti.

3. L'art. 1655 del codice civile: disciplina e natura giuridica

Nell'ottica di un ordinamento giuridico uniforme emerge chiara la volontà legislativa di creare un filo conduttore tra le varie materie giuridiche, superando le possibili tendenze settoriali ed approdando ad un sistema di interdipendenza tra normative, in grado

1999, III, p. 154 e ss.

di disciplinare in maniera globale profili sostanziali e procedurali apparentemente distinti.

La disciplina giuslavoristica del contratto di appalto, contenuta principalmente nell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, trova necessario fondamento nella normativa civilistica dell'istituto in esame, di cui occorre preliminarmente analizzare i profili sostanziali per una corretta intelligibilità delle dinamiche operative riscontrabili nella fase di stipulazione e svolgimento del contratto. Ai sensi dell'art. 1655 del codice civile l'appalto è quel “contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”. I soggetti coinvolti nel contratto di appalto sono, da un lato, il committente, ossia la parte contrattuale che conferisce l'incarico per il compimento dell'opera o del servizio e che rappresenta anche il beneficiario della prestazione finale; dall'altro lato l'appaltatore, il soggetto, persona fisica o giuridica, che si obbliga ad eseguire l'opera o il servizio commissionatogli a fronte del pagamento del corrispettivo pattuito, utilizzando un'adeguata organizzazione di mezzi propri e sopportando autonomamente il rischio d'impresa.

Dall'analisi della disciplina civilistica emerge che il contratto di appalto è “essenzialmente obbligatorio”, dal momento che sorge in capo alle parti una precisa obbligazione, consistente per l'appaltatore nel compimento dell'opera o del servizio, e per il committente nel

pagamento del corrispettivo. È un contratto “ad esecuzione continuata” e non immediata, visto che a differenza dei contratti di durata, in cui ogni singola attività posta in essere soddisfa le ragioni della parte creditrice delle prestazioni, nell'appalto il completamento delle ragioni del committente avviene solo con la conclusione dell'atto finale di esecuzione dell'opera o del compimento del servizio. Ma l'elemento che più sottolinea l'interdipendenza tra la materia giuslavoristica e quella civilistica è rappresentato dal requisito dell'*intuitus personae*, con particolare riferimento alle caratteristiche produttive ed aziendali dell'impresa appaltatrice.⁷⁴ Il committente, pertanto, provvederà a scegliere l'appaltatore che riterrà più adatto allo svolgimento della prestazione dedotta nel contratto, sulla base delle sue competenze professionali e dopo averle valutate idonee ed opportunamente adeguate. Un presupposto che dal piano civilistico espande il suo raggio d'azione anche nel campo lavoristico, dal momento che da esso potrebbe prendere le mosse l'obbligo del committente di verificare l'idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore, accertandone competenze e professionalità ai fini di una corretta esecuzione del contratto di appalto. Ancora, parte della dottrina pone tale requisito come fondamento della necessaria autorizzazione del committente a concedere i lavori in subappalto, dal momento che l'art. 1656 del codice civile prevede che “l'appaltatore non può dare in subappalto

⁷⁴ D'AURIA M., *Dei singoli contratti*, vol. 2, *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2002, p. 7.

l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente".⁷⁵ Si tratta, pertanto, di un carattere di infungibilità che, se limitato al piano civilistico, investirebbe la persona fisica dell'appaltatore, mentre, esteso anche al piano lavoristico, riguarderebbe l'organizzazione tecnica dell'impresa appaltatrice nella sua interezza.

4. L'esigenza di tutela dei lavoratori coinvolti nel contratto di appalto: l'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003

Come già accennato, la disciplina civilistica divenne, col tempo, sempre più inadeguata a tutelare le esigenze dei lavoratori impiegati nel contratto di appalto, in particolare i dipendenti dell'appaltatore. La successiva produzione normativa, rappresentata dall'ormai abrogata legge n. 1369/1960, prevedeva una disciplina particolare per gli appalti di opere e servizi "endoaziendali", a seguito della cui stipulazione l'imprenditore appaltante era tenuto in solido con l'appaltatore a riconoscere ai dipendenti di quest'ultimo un trattamento minimo retributivo ed un trattamento normativo non inferiore a quelli spettanti ai dipendenti dell'appaltante medesimo. Ma la tutela prevedeva, altresì, una responsabilità dell'appaltante in

⁷⁵ GIANNATTASIO C., *L'appalto*, Milano, 1967, p. 54 e ss.

solido con l'appaltatore a garantire ai predetti lavoratori il rispetto degli obblighi legali in materia contributiva ed assistenziale, per tutto il corso di esecuzione dell'appalto e per un anno dalla sua cessazione.⁷⁶ Si assisteva, quindi, all'instaurazione di un meccanismo di integrazione legale dei rapporti instaurati tra appaltatore e suoi dipendenti, al fine di equiparare temporaneamente i trattamenti economici e normativi tra dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore, onde evitare che il ricorso all'appalto da parte del committente fosse solo orientato in un'ottica contenitiva dei costi del lavoro.⁷⁷ Tale disciplina garantista in realtà escludeva dal suo campo di azione i contratti di appalto “esterni” ed altre attività contenute nel testo di legge del 1960.

Intervenuta l'abrogazione della legge n. 1369, il legislatore ha disciplinato nell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 la materia del contratto di appalto. Tuttavia, abbandonata la dicotomia tra appalti interni ed esterni per scongiurare rischi di difetti di tutela e di garanzie per i rispettivi lavoratori impiegati, nella prima formulazione della nuova normativa le tutele accordate dalla legge, in termini di obbligazione solidale tra appaltante ed appaltatore per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti, venivano riconosciute solo ai lavoratori operanti nell'ambito di un appalto di

⁷⁶ ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *GDLRI*, Trento, 1999, p. 252; CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Cod. Civ.*, Milano, 2000, p. 490 e ss.

⁷⁷ VENTURA L., *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984, p. 238.

servizi. La materia delle tutele accordata ai lavoratori impiegati in un contratto di appalto d'opera era quella residuale contenuta nell'art. 1676 del codice civile. Solo dopo numerose sollecitazioni della dottrina e delle parti sociali, il legislatore emanò il D.Lgs. n. 251/2004 “correttivo” di quello del 2003, prevedendo l'armonizzazione della disciplina in materia di appalto ed estendendo le predette tutele garantiste anche agli appalti d'opera, con il riconoscimento, quindi, della responsabilità solidale tra appaltatore e committente, che non sia “persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale”. Tuttavia, nel decreto del 2003 e nel suo correttivo successivo, il legislatore non ha ritenuto opportuno riproporre la clausola di parificazione della legge n. 1369 e relativa al riconoscimento, in capo ai dipendenti dell'appaltatore, di un trattamento minimo inderogabile retributivo e di un trattamento normativo non inferiori a quelli spettanti ai dipendenti dell'appaltante. Pur sembrando apparentemente un semplice snellimento normativo, in realtà, secondo parte della dottrina, “l'abbandono della regola di parità di trattamento denota come sia ormai acquisito che lo scorporo, tramite il contratto d'appalto, di fasi dell'attività risponda ad esigenze fisiologiche di organizzazione dell'impresa”⁷⁸.

Un ulteriore intervento innovatore della disciplina contenuta

78 CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, 2008, p. 116.

nell'art. 29, ed in particolare del comma 2 relativamente alla responsabilità solidale, si è avuto con la legge n. 296 del 2006, cd. legge finanziaria 2007, che ha comportato l'attuale formulazione “in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”. Dalla lettura del testo così rinnovato emergerebbe, secondo alcuni, la volontà legislativa di realizzare una moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità solidale, garantendo per tale via ai lavoratori occupati alle dipendenze dell'ultima impresa subappaltatrice di rivendicare le loro ragioni creditorie non solo nei confronti del proprio diretto datore di lavoro, ma anche nei confronti del committente originario o dei successivi subappaltatori intermedi.⁷⁹ La predetta moltiplicazione potrebbe rappresentare un effettivo sistema di tutela di ogni singolo lavoratore, a prescindere dal momento in cui si colloca esattamente, nell'ambito della filiera dell'appalto, l'impresa o il rispettivo datore di lavoro. Ciò che la dottrina ha evidenziato è la *ratio* sottesa alle novità introdotte con la legge finanziaria del 2007, ossia la volontà legislativa di creare un “intreccio di responsabilità a maglie strette” inerente l'intera catena degli appalti e subappalti.⁸⁰ Consapevole di tale carico di

79 CARINCI M.T., *op.ult.cit.*, p. 117 e ss.

80 TULLINI P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg.Dir.Lav.*,

responsabilità, il committente sarà chiamato a verificare concretamente l'apparato organizzativo ed imprenditoriale dell'appaltatore o del subappaltatore, nonché la loro solidità finanziaria ed economica, rimanendo, in caso contrario, direttamente coinvolto in un vincolo di responsabilità dovuto alle scelte effettuate, che potrebbe assurgere ad forma di *culpa in eligendo* di civilistica memoria. Il legislatore, infatti, con tale previsione normativa ha sollecitato volutamente le intenzioni del committente, evidenziandogli le conseguenze derivanti dall'instaurazione di un contratto di appalto, al quale egli dovrà ricorrere solo in caso di effettiva necessità di esternalizzazione e di decentramento produttivo e non come mero strumento di contenimento dei costi di produzione, in danno delle condizioni economiche e normative dei lavoratori.

Altra parte della dottrina ritiene di individuare una forma di responsabilità solidale consolidantesi solo nel committente originario per l'intera catena degli appalti e subappalti, e non anche nei confronti degli altri appaltatori o subappaltatori, al fine di responsabilizzare quanto più possibile il ruolo del soggetto appaltante nella verifica delle idoneità tecnico-professionali degli appaltatori, scongiurando forse, per tale via, il diffuso ricorso all'istituto del subappalto.⁸¹

2007, I, p. 895.

81 ALVINO I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, n. 3/2007, p. 528 e ss.; CHIECO P., *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *Lav.giur.*, n. 5/2007, p. 467.

Il regime delle tutele derivanti dalla responsabilità solidale dei soggetti coinvolti ha attualmente una durata biennale dalla cessazione dell'appalto ed è, quanto ai contenuti, strettamente legato ai soli trattamenti prettamente retributivi, con esclusione quindi delle indennità risarcitorie per fenomeni patologici connessi alle vicende del rapporto di lavoro, nonché ai contributi previdenziali. Il predetto termine biennale ha carattere decadenziale e, ad una prima lettura della norma, varrebbe per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali spettanti al lavoratore, anche se questi ultimi non vanno corrisposti ai lavoratori ma pagati in favore degli enti previdenziali. Sul punto, una sentenza della Cassazione, anche se intervenuta su una questione inerente l'abrogata legge n. 1369 del 1960, ha statuito la limitazione dell'ambito di "efficacia del suddetto termine ai diritti suscettibili di essere fatti valere direttamente dal lavoratore, non potendosi invece estendersi l'efficacia della disposizione legislativa ad un soggetto terzo, quale l'ente previdenziale, i cui diritti scaturenti dal rapporto di lavoro disciplinato dalla legge si sottraggono, pertanto, al termine (...) decadenziale"⁸². Volendo ammettersi, pertanto, un'interpretazione analogica del contenuto della sentenza in materia di contributi previdenziali, si potrebbe affermare che il termine decadenziale biennale dalla cessazione dell'appalto si riferirebbe solo ai crediti retributivi, applicandosi l'ordinario termine prescrizione per la riscossione dei crediti previdenziali ed assistenziali relativi alla prestazione lavorativa eseguita.

⁸² Cassazione Civile, Sez. Lavoro, del 17 gennaio 2007 n. 996

I recenti interventi normativi in materia di appalti hanno previsto la possibilità di deroga al meccanismo della solidarietà ad opera non solo dei contratti collettivi, a norma dell'art. 4, comma 31, della legge n. 92 del 2012, ma anche dei contratti di prossimità, ai sensi dell'art. 8, comma 2, del D.L. n. 138/2011. In sostanza, la “Riforma Monti-Fornero”, modificando il comma 2 dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, ha previsto la possibilità per i contratti collettivi nazionali, sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore, di selezionare nuovi metodi, procedure di verifica e controllo della regolarità complessiva degli appalti.⁸³

5. La genuinità del contratto di appalto: l'organizzazione dei mezzi necessari e l'esercizio del potere direttivo ed organizzativo

Al fine di valutare con correttezza la genuinità di un contratto di appalto, è opportuno individuare ed analizzare una serie di criteri discretivi che sono stati perfezionati nel tempo da consolidati orientamenti giurisprudenziali. Il contratto di appalto di opera o servizi, che vede l'utilizzo da parte dell'appaltatore di propri

⁸³ GALANTINO L., *op.cit.*, p. 202.

dipendenti sotto la sua diretta responsabilità, è cosa ben diversa dall'appalto fittizio, il cd. appalto di manodopera, che si verifica allorchè lo pseudo appaltatore mette a disposizione dello pseudo committente la mera attività lavorativa dei propri dipendenti, che risulteranno poi alle dirette dipendenze del beneficiario del servizio ed assoggettati ai suoi poteri direttivi.

Nella definizione della vicenda occorre analizzare il dato normativo di partenza rappresentato dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, secondo cui “(...) il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 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”.

Con riferimento all'organizzazione dei mezzi necessari, dalla lettura del testo si evince che il legislatore ha tradotto in norma l'orientamento comune di una serie di pronunce giurisprudenziali recenti, che non davano rilievo alla componente materiale negli appalti “a bassa intensità organizzativa”, in cui l'elemento predominante è rappresentato dall'organizzazione dei dipendenti da parte del soggetto appaltatore. Si pensi ai servizi di natura informatica, in cui spesso sono assenti i materiali forniti

dall'appaltatore ed è difficile, altresì, individuare l'organizzazione dei mezzi necessari, a causa dell'immaterialità del servizio fornito, nonché il potere direttivo per la natura della prestazione dedotta. Occorrerà, pertanto, condurre un'indagine empirica volta alla concreta definizione dei mezzi utilizzati dall'appaltatore ed all'individuazione del soggetto titolare del potere direttivo.⁸⁴

La norma di legge in sostanza, suffragata dagli orientamenti giurisprudenziali, prevede che, affinché si possa parlare di un contratto di appalto genuino, i lavori appaltati siano concretamente posti in essere da un soggetto che abbia effettivamente la forma e la struttura di un'impresa, sia dal punto di vista tecnico, organizzativo ed economico.⁸⁵

Nel tentativo di fornire un quadro completo sulla materia in esame, con una circolare del 2011 il Ministero del Lavoro ha affrontato la problematica degli appalti che non richiedono un rilevante impiego di beni strumentali, ad esempio i servizi di facchinaggio o pulizia, nei quali “la genuinità (...) può anche risultare da un accertamento su chi, concretamente, esercita il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati. (...) L'organizzazione dei mezzi, requisito imprescindibile dell'appalto genuino, deve, pertanto, intendersi in senso ampio, attesa la possibilità, normativamente prevista, che essa si sostanzi (...)” in quei

84 ANGIELLO L., *L'appalto di servizi*, in *La Riforma del mercato del lavoro, Commento al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 1-32)*, a cura di Luisa Galantino, Giappichelli, 2004, p. 323 e ss.

85 RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro*, Milano, 2004, p. 301.

requisiti contenuti nell'art. 29 del decreto citato.⁸⁶ Tale circolare ministeriale, in realtà, trova il suo antecedente logico in un interpello del 2009 nel quale si chiarisce che il solo utilizzo di strumenti di proprietà del committente, ovvero dell'appaltatore da parte dei dipendenti del subappaltatore, non rappresenta un elemento fondante per qualificare un appalto in termini di non genuinità, dal momento che occorre comunque procedere alla verifica di tutte le circostanze concrete dell'appalto, in particolare “la natura e le caratteristiche dell'opera o del servizio dedotti nel contratto di modo che, nel caso concreto, potrà ritenersi compatibile con un appalto genuino anche un'ipotesi in cui i mezzi materiali siano forniti dal soggetto che riceve il servizio, purchè la responsabilità del loro utilizzo rimanga totalmente in capo all'appaltatore e, purchè, attraverso la fornitura di tali mezzi non sia invertito il rischio di impresa, che deve in ogni caso gravare sull'appaltatore stesso”.⁸⁷

Dello stesso avviso anche la giurisprudenza della Suprema Corte, che, con riferimento ai mezzi utilizzati, afferma pacificamente la genuinità del contratto di appalto nelle ipotesi in cui il committente effettui un conferimento strumentale di beni e capitale minimo, ossia nei casi in cui tale apporto non sia così determinante da rendere totalmente irrilevante il “contributo organizzativo fornito

86 Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 5 dell'11 febbraio 2011

87 Interpello Ministero del Lavoro (della salute) e delle Politiche sociali n. 77 del 22 ottobre 2009, con nota di TAVELLA M., in *Dir.prat.lav.*, 2009, 44, p. 2559.

dall'appaltatore”⁸⁸. Si tratta di un orientamento consolidato in giurisprudenza con particolare riferimento al settore degli appalti di servizi, dove frequente è il ricorso alla strumentazione ed ai mezzi di proprietà del committente: tale elemento, però, non inficia la genuinità dell'appalto qualora l'appaltatore, pur dotato dei mezzi sufficienti, si avvalga di quelli più sofisticati ed avanzati del committente per la corretta esecuzione della prestazione dedotta in contratto, nel rispetto dei predetti correttivi operativi relativi all'inversione del rischio d'impresa ed alla non marginalità dell'apporto organizzativo dell'appaltatore.

Per quanto concerne il requisito dell'esercizio del potere direttivo e di quello organizzativo, nella prassi operativa non è sempre facile procedere ad una pronta individuazione degli stessi, dal momento che si assiste spesso ad una continua ingerenza funzionale dell'appaltante nell'esecuzione della prestazione dedotta nel contratto di appalto. Ciò in parte è giustificabile considerando che l'attività esternalizzata, seppur svolta in totale autonomia, potrebbe rientrare nell'ambito del ciclo produttivo del committente, purchè l'organizzazione materiale dei fattori produttivi da parte dell'appaltatore venga sottratta all'ingerenza del committente.⁸⁹

Il contratto di appalto sarà genuino anche quando

88 Cassazione Civile, Sez. Lavoro, del 31 dicembre 1993 n. 13015, in *Dir.prat.lav.*, 1994, p. 813.

89 FALASCA G., *Appalto, somministrazione e distacco: interventi della giurisprudenza e del Ministero*, in *Guida al lavoro*, Il Sole 24 Ore, n. 31 del 28 luglio 2006, p. 14 e ss.

l'appaltatore si limiti a coordinare i propri dipendenti, chiamati a impiegare le proprie competenze professionali, senza utilizzare particolari mezzi materiali, ma facendo ricorso solo ai mezzi “immateriali” da loro posseduti in termini di abilità lavorative e *know how* ai fini della corretta esecuzione della prestazione dedotta nel contratto.⁹⁰

Pertanto, negli appalti “endoaziendali”, in cui si assiste all'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente connesse con il ciclo produttivo del committente, come ad esempio nelle citate attività di natura informatica, in cui l'apporto professionale è essenzialmente calibrato sul *know how* posseduto dall'appaltatore senza il ricorso a particolari mezzi lavorativi, ai fini della genuinità dell'appalto, sarà fondamentale individuare il soggetto titolare del potere direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati.

Una fase di indagine empirica che trova un riscontro giurisprudenziale recente in una sentenza della Cassazione secondo cui “non è lecito l'appalto il cui oggetto consista nel mettere a disposizione del committente una prestazione lavorativa, lasciando all'appaltatore-datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (...), ma senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo”.⁹¹ La sentenza, quindi, sottolinea l'importanza di

90 DEL PUNTA R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, p. 166.

91 Cassazione Civile, sezione Lavoro, del 23 novembre 2009 n. 24625

un'adeguata organizzazione di impresa in capo all'appaltatore, anche in termini di forza lavoro in grado di adempiere all'obbligazione assunta in maniera del tutto autonoma. L'eventuale inserimento delle prestazioni rese nell'ambito di un coordinamento fisiologico con il ciclo produttivo del committente non determinerà il venir meno del requisito dell'autonomia funzionale dell'impresa appaltatrice, purchè tale esigenza produttiva coordinata non si trasformi in un processo osmotico dei dipendenti dell'appaltatore nella sfera aziendale del committente.⁹²

5.1 Segue: l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore e la quantificazione del corrispettivo

Un ulteriore elemento utile alla qualificazione dell'appalto in termini di genuinità, distinguendolo dalla somministrazione di lavoro, è previsto dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 nell'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore. Così come previsto dalla norma, il rischio racchiuderebbe in sé la possibilità concreta di non riuscire a coprire i costi per l'esecuzione della prestazione, ossia

⁹² CARINCI F., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il Codice civile – Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000, p. 89.

quelli riguardanti l'uso e l'usura dei macchinari, l'utilizzo dei materiali, il costo della manodopera, il tutto in relazione al compenso pattuito, anche alla luce di possibili eventi sopravvenuti in grado di alterare le previsioni di spesa elaborate e preventivate.

Secondo quanto previsto in una non recente sentenza della Cassazione⁹³, il concetto di rischio connesso alla disciplina contrattualistica degli appalti non andrebbe qualificato in termini tecnico-giuridici in relazione agli eventi sopravvenuti e fortuiti, quanto piuttosto in termini prettamente economici ed obbligatori. L'appaltatore, infatti, non potendo stabilire a priori una quantificazione corretta dei costi per l'esecuzione dell'appalto, sarà soggetto al "rischio" di incorrere in perdite rilevanti qualora dovesse affrontare costi maggiori rispetto al corrispettivo preventivamente concordato con il committente. Inoltre, il concetto di rischio potrebbe afferire pure all'impossibilità concreta di realizzare l'obbligazione assunta: la prestazione economica dell'appaltante, pertanto, sarà adempiuta solo al raggiungimento del risultato atteso, non potendo il corrispettivo essere parametrato solo sulla mera messa a disposizione di manodopera, onde evitare il rischio di incorrere nelle sanzioni applicabili nelle ipotesi di interposizione illecita di manodopera, ad esclusione dei casi ammessi dalla legge.

Pertanto, l'elemento dell'assunzione del rischio economico nella realizzazione dell'opera o del servizio dedotti in contratto rappresenta un fondamento rilevante ai fini della qualificazione del

⁹³ Cassazione Civile n. 3754 del 3 luglio 1979

contratto di appalto in termini di genuinità, in quanto la sua assenza, pur in presenza di un appaltatore dotato di una vera e propria organizzazione d'impresa, fa pendere l'ago della bilancia verso la fattispecie vietata dell'interposizione di manodopera.⁹⁴

Strettamente connesso con l'assunzione del rischio d'impresa è il criterio della quantificazione del corrispettivo pattuito per l'esecuzione delle prestazioni dedotta nel contratto di appalto.⁹⁵ Qualora l'apporto economico dell'appaltatore risulti confinato alla mera copertura dei costi della manodopera utilizzata nell'appalto, senza la ricorrenza di alcun potere direttivo ed organizzativo concreto nei confronti dei dipendenti, allora tale contributo “marginale ed insignificante” impedirà la ricorrenza di un appalto genuino.⁹⁶ Non sarà tale nemmeno quel contratto in cui il corrispettivo, lungi dall'essere predeterminato in relazione solo al concreto risultato da raggiungere, venga calcolato sulla base delle concrete spese sostenute dall'appaltatore, eliminando quell'alea economica che dovrebbe ricadere su di lui, il quale dovrà procedere con l'esecuzione del contratto nella consapevolezza di poter rischiare un valore negativo nel computo tra costi e benefici.

Anche le modalità concrete di determinazione e

94 Cassazione Civile, Sez. Lavoro, 2 aprile 1997 n. 3063, in *Dir.prat.lav.*, 1997, 17, p. 1262; Cassazione Civile, Sez. Lavoro, 12 marzo 1996 n. 2014, in *Dir.prat.lav.*, 1996, 34, p. 2460.

95 Cassazione Civile, Sez. Lavoro, 18 dicembre 1993 n. 11525, in *Dir.prat.lav.*, 1994, p. 603

96 Cassazione Civile, Sez. Lavoro, 11 maggio 1994 n. 4585, in *Dir.prat.lav.*, 1994, p. 2698

corresponsione del *quantum* pattuito rappresentano elementi a sostegno della genuinità o meno del contratto di appalto. Infatti, non ricorrerebbe tale qualità nel contratto qualora fosse il committente a corrispondere direttamente la retribuzione ai dipendenti dell'appaltatore. Ma ancora più incidente è il rilievo della determinazione dell'importo concordato effettuata dal committente sulla base delle ore lavorate dai dipendenti dello pseudo appaltatore, utilizzando come parametro la paga oraria dei propri lavoratori: in tal modo verrebbe irrimediabilmente pregiudicata la genuinità del contratto a causa della sostanziale violazione del sinallagma contrattuale contenuto nell'art. 1655 del codice civile, “compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”.

6. Le conseguenze lavoristiche dell'appalto non genuino: l'appalto illecito e fraudolento

L'ordinamento giuridico disciplina le conseguenze derivanti dall'assenza degli elementi caratterizzanti la genuinità del contratto di appalto. Anche nell'ambito della procedura di certificazione dei contratti, il legislatore ha previsto, ai sensi del secondo comma dell'art. 84 del D.Lgs. n. 276/2003, l'adozione da parte del Ministero del lavoro di codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di

interposizione illecita e appalto genuino, che siano in grado di verificare la reale organizzazione dei mezzi e l'assunzione effettiva del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore. Le sinergie operative tra legislatore e Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali hanno dato origine a numerosi interventi chiarificatori e programmatici, tra cui una recente direttiva che statuiva “obiettivo assoluto è il contrasto alla interposizione illecita e fraudolenta, mediante la verifica della sussistenza dei criteri di genuinità”.⁹⁷

La normativa sanzionatoria applicabile ai casi di contratto di appalto non genuino è contenuta nell'art. 18, comma 5 bis del D.Lgs. n. 276/2003, introdotto dal D.Lgs. n. 251/2004, secondo cui “nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1, (...) l'utilizzatore ed il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione”. Si tratta di un reato contravvenzionale unico, configurandosi come un reato plurisoggettivo proprio, visto che entrambi i predetti destinatari della sanzione pongono in essere una condotta illegale che si realizza mediante la violazione degli schemi legali del contratto di appalto, celando una vera e propria interposizione illecita di manodopera.⁹⁸ Si può ancora qualificare la fattispecie posta in essere come un reato permanente, dal momento

⁹⁷ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Direttiva sui servizi ispettivi e le attività di vigilanza* del 18 settembre 2008.

⁹⁸ RAUSEI P., *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Milano, 2006, p. 383.

che i soggetti coinvolti partecipano attivamente e continuamente alla conclusione del fatto illecito sin dal primo utilizzo dei lavoratori dell'appaltatore come dipendenti del committente. Pertanto, si parlerà di interposizione illecita qualora il contratto di appalto, originariamente stipulato, non risulti essere genuino, sostanziandosi nella mera messa a disposizione di manodopera; qualora emerga con chiarezza un coinvolgimento colposo di pseudo committente e pseudo appaltatore nella conclusione di un contratto di appalto fittizio; ed infine, qualora si assista ad un concreto utilizzo del personale dello pseudo appaltatore alle dirette dipendenze e direttive dello pseudo committente.

Inoltre, nelle ipotesi in cui l'appalto illecito sia stato realizzato al fine di eludere, in tutto o in parte, i diritti dei lavoratori impiegati nell'esecuzione del contratto e derivanti da norme inderogabili di legge o del contratto collettivo, l'ordinamento reagisce ulteriormente con la previsione delle sanzioni per la somministrazione fraudolenta, ai sensi dell'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003.⁹⁹ In tal caso si applicherà, in aggiunta alla predetta sanzione per l'appalto illecito, la sanzione a carico dell'utilizzatore e del somministratore pari ad un'ammenda di euro 20 per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione.

Da una visione globale della normativa si può desumere che l'appalto di mere prestazioni di lavoro, per le cose dette non genuino,

⁹⁹ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Circolare n. 5 dell'11 febbraio 2011*.

può essere sussunto sotto il profilo giuridico della fornitura abusiva di manodopera. In sostanza l'imprenditore pseudo appaltatore, ponendo in essere un'attività interpositoria illecita, viola le norme inderogabili di legge che disciplinano il contratto di appalto, tra cui, ovviamente, il citato art. 29 che parte proprio dalla distinzione tra tale contratto e la somministrazione di lavoro per individuare i casi di applicazione delle sanzioni relative alla somministrazione illecita.¹⁰⁰

Come detto in precedenza, la reazione sanzionatoria dell'ordinamento non è stata mitigata nel corso del tempo, anche dopo l'abrogazione della legge n. 1369 del 1960. Ciò che risulta innovato rispetto al passato è la posizione del lavoratore il quale, se in passato una volta accertata la violazione dei divieti interpositori veniva considerato a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore, ora diviene titolare di un diritto soggettivo potestativo.¹⁰¹ Infatti, ai sensi dell'art. 29, comma 3 bis del D.Lgs. n. 276/2003, inserito dal citato decreto correttivo del 2004, “quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto al comma 1, il lavoratore interessato può chiedere (...) la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze” del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione. In sostanza, rispetto al passato, la sanzione dell'instaurazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato si basa sul principio della “effettiva utilizzazione”, per valutare concretamente l'effettivo

¹⁰⁰Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Circolare n. 7 del 22 febbraio 2005*

¹⁰¹MAZZOTTA O., *Appalto di prestazioni di lavoro*, in *Enc.giur.Treccani*, II, 1988, p. 5

soggetto utilizzatore della prestazione fornita.

CAPITOLO TERZO

La certificazione del contratto di appalto

SOMMARIO: 1. L'art. 84 del D.Lgs. n. 276/2003 – 2. L'attività di consulenza e assistenza alle parti – 3. L'attività di ricerca empirica nell'ambito della commissione di certificazione: il carattere documentale della prima fase istruttoria – 4. La fondamentale del momento relativo al sopralluogo in azienda – 5. La verifica degli indici di genuinità del contratto di appalto e le criticità riscontrabili - 5.1 L'organizzazione dei mezzi necessari - 5.2 L'esercizio del potere direttivo ed organizzativo - a) la programmazione degli ordinativi e la scelta dei lavoratori; b) le modalità operative di lavoro; c) la distinzione dei luoghi di lavoro; d) gli indumenti di lavoro; e) i tempi di lavoro; f) la qualifica di imprenditore del soggetto appaltatore; g) il corrispettivo; h) ulteriori criteri di valutazione della genuinità del contratto – 6. L'audizione delle parti - 7. Le valutazioni della Commissione ed il provvedimento di certificazione – 8. Alcune valutazioni conclusive in chiave ricostruttiva.

1. L'art. 84 del D.Lgs. n. 276/2003

Il contratto di appalto previsto e disciplinato dall'art. 1655 del codice civile e dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 dovrebbe potersi distinguere dalla somministrazione di lavoro e dall'interposizione illecita sul presupposto che l'appaltatore, oltre a mettere a disposizione le proprie maestranze per l'esecuzione della prestazione dedotta in contratto, assume il rischio d'impresa ed organizza i

necessari mezzi strumentali.

L'art. 84 del D.Lgs. n. 276/2003 dispone, infatti, al primo comma, che “le procedure di certificazione (...) possono essere utilizzate, sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'art. 1655 del codice civile sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto (...)”. Al secondo comma, invece, la norma prevede che, sulla base dei codici di buone pratiche e degli indici presuntivi, la certificazione potrebbe raggiungere l'obiettivo di distinguere l'appalto genuino dall'interposizione illecita. L'opinione prevalente in dottrina ritiene che quanto disposto dalla norma in commento riguardi solo la certificazione del contratto di appalto, non anche della somministrazione, nonostante si preveda l'ulteriore finalità di individuare le distinzioni tra i due istituti.¹⁰²

Emerge subito con chiarezza che la certificazione prevista nell'art. 84 non riguarda un contratto “in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro”, ma un rapporto contrattuale ben definito, strutturato con la presenza di due soggetti principali, committente ed appaltatore, in cui la figura del lavoratore non è parte attiva, ma risulta coinvolto nel sinallagma obbligatorio in quanto alle dipendenze dell'appaltatore.

Con riferimento alla procedura operativa da seguire, la norma fa esplicito richiamo alle modalità contenute nel Capo I del Titolo

¹⁰² CACCIAPAGLIA L., *La certificazione dell'appalto*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, Perone G. e Vallebona A. (a cura di), Torino, 2004, p. 284

VIII del D.Lgs. n. 276/2003, anche se occorre individuare esattamente quali siano concretamente applicabili.¹⁰³ Per quanto concerne l'identificazione degli organi certificatori, rimane ferma la disciplina dell'art. 76, con riferimento poi al luogo di esecuzione dell'appalto per la previsione della loro competenza territoriale.

Troverà, altresì, applicazione la disciplina contenuta nei primi tre commi dell'art. 78. In particolare, anche in questo caso si assiste ad una procedura volontaria, che trae origine da un'istanza scritta presentata congiuntamente dalle parti del contratto di appalto. L'inizio del procedimento deve essere comunicato alla DTL che provvederà ad informare le autorità pubbliche verso le quali la certificazione è destinata a produrre effetti, affinché le stesse possano presentare le opportune osservazioni. Il procedimento dovrà connotarsi della qualità della celerità e concludersi entro trenta giorni dalla ricezione dell'istanza, mediante l'emissione di un provvedimento motivato di certificazione, contenente la menzione dei suoi effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali. Tutta la documentazione istruttoria inerente la procedura attivata, insieme al contratto certificato, dovranno restare depositati e conservati presso le sedi certificatorie per almeno un quinquennio dalla loro scadenza, a disposizione delle autorità pubbliche destinatarie dell'atto certificato. Quanto previsto, invece, nel quarto comma dell'art. 78, relativamente all'adozione da parte del Ministero del lavoro di codici

¹⁰³ MASSI E., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Diritto e Pratica del lavoro*, n. 34, 2004, p. XII.

di buone pratiche, sembrerebbe riferirsi solo alla certificazione dei contratti di lavoro, laddove, ai fini della certificazione del contratto di appalto, accanto ai predetti codici occorre individuare gli “indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore”, ai sensi dell'art. 84, comma 2, del decreto in esame.

A differenza che nella certificazione dei contratti di lavoro, dove gli organi certificatori sono chiamati a qualificare il contratto sulla base delle clausole formali contenute al suo interno, mediante un procedimento di sussunzione del contratto esaminato nel corrispondente tipo legale, nella certificazione del contratto di appalto occorre procedere ad una verifica non soltanto formale, dovendo analizzare anche i presupposti sostanziali e fattuali del contratto medesimo.

La difformità operativa delle modalità certificatorie risulta *expressis verbis* in due locuzioni contenute nell'art.84, dove al primo comma si legge che la certificazione può essere finalizzata anche alla “concreta” distinzione tra somministrazione di lavoro ed appalto, mentre, al secondo comma, si richiede una “rigorosa” verifica degli indici di genuinità dell'appalto.

Pertanto, se da un lato la certificazione dei contratti di lavoro assurge ad una forma di parere motivato relativo alla concreta qualificazione del contratto, dall'altro, in materia di appalto, si assiste

ad un *placet* alla stipula del contratto medesimo, verificando preventivamente l'oggetto del contratto ed i requisiti dell'appaltatore.¹⁰⁴ L'opera dell'organo certificatore, quindi, rappresenta un filtro tra la realtà concreta e l'eventuale accertamento giudiziale, che non potrà essere instaurato per erronea qualificazione, come nei contratti tradizionali, ma solo per vizi procedimentali o per eccesso di potere della certificazione. Tuttavia, l'organo giurisdizionale potrà intervenire, altresì, in caso di difformità tra quanto certificato e le concrete modalità di svolgimento ed esecuzione della prestazione dedotta nel contratto.

In tal misura, le attività assistenziali e consulenziali prima, istruttorie poi, poste in essere dalle commissioni di certificazione consentono un risultato notevole in termini di valutazione del contratto di appalto che potrà superare indenne futuri controlli sul merito, tranne l'accennato accertamento giurisdizionale sulle difformità operative distanti da quelle certificate.

2. L'attività di consulenza e assistenza alle parti

A norma dell'art. 81 del D.lgs. n. 276/2003 “le sedi di certificazione (...) svolgono anche funzioni di consulenza e

¹⁰⁴ CACCIAPAGLIA L., *op.cit.*, p. 288

assistenza effettiva alle parti contrattuali, sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro”.

Con riferimento all'attività di consulenza, si ammette che le parti contrattuali possono rivolgersi alle commissioni di certificazione per ottenere un parere relativo alla qualificazione del contratto di lavoro, ossia alla riconducibilità del contratto stipulato in una fattispecie negoziale piuttosto che in un'altra.

L'attività di assistenza, invece, secondo quanto previsto dalla norma, dovrebbe avvenire sia nella fase di predisposizione dell'accordo contrattuale, sia nella fase delle modifiche alle clausole contrattuali già stipulate. Tale previsione è anche alla base della considerazione secondo cui l'attività di assistenza e consulenza ben può svolgersi anche solo nella fase di modifica di un rapporto già in essere, mentre l'attività di certificazione andrebbe eseguita prima del concreto svolgimento dello stesso.

Sfruttando la professionalità delle commissioni di certificazione, le parti potranno individuare lo strumento contrattuale più idoneo alla concreta esecuzione delle attività programmate, ottenendo una visuale più completa dei diritti disponibili in sede negoziale.¹⁰⁵ In sostanza, la legge riconosce alle parti uno strumento

105 TIRABOSCHI M., *Le procedure di certificazione*, in *Guida al lavoro*, n. 4,

consulenziale volto a colmare eventuali lacune contrattuali derivanti dalle modifiche normative *medio tempore* intervenute, adattando il testo del contratto alle nuove e contingenti dinamiche socio-economiche. Le commissioni, inoltre, nel provvedere a certificare la qualificazione giuridica del contratto, effettueranno un controllo sull'idoneità della stessa, fornendo, eventualmente, indicazioni utili ad adeguare quanto stipulato ai *desiderata* delle parti.

La disciplina contenuta nell'art. 81 del D.Lgs. n. 276/2003 riguarda la generale attività di consulenza ed assistenza che le commissioni adite forniscono sia in materia di certificazione dei contratti di lavoro, sia in materia di contratti di appalto, dove più sottile è la linea di demarcazione tra la fattispecie genuina e quella illecita, molto spesso di difficile individuazione.

Proprio nell'ottica di tale ultimo e delicato aspetto, attinente la certificazione dei contratti di appalto, va letta la norma che richiede un'attività di consulenza ed assistenza “effettiva”, volta a verificare concretamente non solo gli aspetti formali della procedura, ossia la presenza di una comune istanza di attivazione della procedura e della documentazione inerente, ma anche quelli sostanziali, primo fra tutti la sussistenza di una reale e libera scelta in ordine alla volontarietà delle parti di avviare il procedimento certificatorio.¹⁰⁶

2004, *Supplemento*, p. 124.

106 NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Guida al lavoro*, 10, 2003, p. 110 e ss.

3. L'attività di ricerca empirica nell'ambito della commissione di certificazione: il carattere documentale della prima fase istruttoria

Sulla scorta dell'esperienza maturata in seno alla commissione di certificazione, si è potuto constatare la reale portata della normativa in esame, nello specifico la disciplina della certificazione del contratto di appalto, valutando concretamente ed effettivamente tutta la procedura instaurata, dal momento della prima attivazione sino alla fase conclusiva di emissione del provvedimento finale. Molti spunti interpretativi e di riflessione sono stati forniti dal rapporto con le parti, sia nell'ambito dell'attività consulenziale ed assistenziale iniziale, sia nell'ambito delle audizioni svolte nei luoghi aziendali. La combinazione dei due predetti momenti, permeati dalle competenze professionali della commissione, ha consentito di verificare le reali volontà negoziali delle parti istanti, adeguandole, nei limiti consentiti, ai rigidi parametri della disciplina di legge.

Dall'esperienza di ricerca vissuta nell'ambito della commissione di certificazione, è emerso che, in prima battuta, i referenti aziendali, siano essi responsabili del personale ovvero consulenti interni od esterni, provvedono ad intavolare contatti informali con l'organo certificatore, manifestando a grandi linee il contenuto della disciplina contrattuale di appalto destinata alla certificazione, e, nel contempo, assumendo primarie informazioni sul

modus operandi della commissione adita.

Dal canto suo, la commissione, per il tramite di un suo referente, illustra concretamente le fasi del procedimento di certificazione, enucleando tempi, modi e luoghi di svolgimento della procedura da instaurarsi.

Raggiunto un accordo, la commissione provvede a far sottoscrivere alle parti istanti, - nel caso di specie, per la certificazione del contratto di appalto, il committente e l'appaltatore - una convenzione contenente il “Regolamento di certificazione” ed inerente le concrete condizioni di svolgimento della procedura, l'indicazione della disciplina normativa di riferimento ed i limiti di efficacia che la stessa legge riconosce all'atto di certificazione.

In seguito si apre la fase istruttoria documentale, caratterizzata dallo studio del contratto di appalto inviato alla commissione. Le parti, anche qualora optassero solo per il servizio diretto della procedura di certificazione, non potrebbero sottrarsi alla preventiva attività di verifica documentale del contratto inviato che, nella prassi, confluisce inevitabilmente nell'attività consulenziale e di assistenza. Infatti, quand'anche alla commissione pervenisse, subito dopo la sottoscrizione della convenzione, l'istanza scritta volta all'instaurazione della procedura certificatoria, un corretto *modus operandi* prevede un'attenta analisi documentale del contratto sottoposto all'attenzione dell'organo certificatore.

Tale fase istruttoria documentale è caratterizzata da una

valutazione formale e sostanziale del contratto di appalto. La regolamentazione di tale attività è contenuta nell'art. 3, comma 4, del Decreto Ministeriale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 21 luglio 2004, che ha disciplinato lo svolgimento delle modalità operative delle commissioni di certificazione. Si legge, infatti, che “sulla base degli atti e dei documenti presentati, la Commissione verifica la correttezza del contratto scelto dalle parti e, ove si renda necessario, propone eventuali modifiche e integrazioni”.

Pertanto, in primo luogo, il gruppo istruttorio incaricato dalla commissione di procedere all'analisi del contratto di appalto provvederà a verificare il rispetto di tutti i *requisiti formali*. In particolare, in presenza di un contratto di appalto già in corso di esecuzione, la ricorrenza di una data certa e la corretta apposizione delle sottoscrizioni.

A tal proposito è opportuno ricordare come la certificazione possa essere richiesta sia in sede di stipulazione del contratto, sia in fase di attuazione del relativo programma. La dottrina dibatte sulla questione relativa alla certificazione in corso d'opera, di cui al secondo comma dell'art. 79 del D.Lgs. n. 276/2003, così come introdotto dalla legge n. 183/2010 (cd. Collegato Lavoro) - di cui si parlerà nel prosieguo in relazione alle audizioni delle parti - con riferimento alla possibilità di riconoscere, in capo all'organo certificatore, un potere istruttorio di verifica della situazione pregressa. Secondo alcuni, la legge riconoscerebbe implicitamente

tale potere istruttorio alla commissione per consentirle di valutare complessivamente la tenuta del contratto, mediante un'indagine volta a individuare le modalità operative riferibili al periodo antecedente la proposizione dell'istanza.¹⁰⁷ Di contrario avviso altra parte della dottrina, secondo cui non vi sarebbe alcuna fonte normativa in grado di riconoscere tale potere istruttorio, non avendo, altresì, l'organo certificatore adito idonei strumenti o risorse adeguate per condurre tale tipo di indagine sul periodo pregresso e dovendo concludere *l'iter* procedurale nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza.¹⁰⁸

La verifica del contratto si concentra poi sul più delicato *piano sostanziale*, dove maggiore è l'attenzione nella valutazione della corrispondenza tra quanto predisposto dalle parti nel loro programma negoziale e la disciplina normativa in materia.

Lo studio analitico del contratto prevede l'immediata individuazione dell'oggetto della prestazione dedotto in appalto, nonché la descrizione analitica delle modalità di svolgimento delle attività appaltate, consultando contestualmente la visura camerale dei soggetti coinvolti, appositamente fornita dalle parti, per controllare la corrispondenza di quelle attività con l'oggetto sociale dell'appaltatore.

Si passa, quindi, alla verifica dell'esatta indicazione del luogo

107 MASSI E., *op.ult.cit.*, p. XII

108 GRAGNOLI E., *Altre ipotesi di certificazione*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Padova, 2004, p. 877.

di esecuzione dell'appalto: tale dato risulta fondamentale in vista della futura e corretta instaurazione della procedura di certificazione, dovendo l'organo certificatore adito provvedere ad inviare la comunicazione di inizio del procedimento alle DTL che saranno competenti in base al requisito del luogo di esecuzione dell'attività dedotta nel contratto.

L'analisi sostanziale riguarderà, inoltre: la durata del contratto; il divieto normativo di subappalto, salvo il consenso espresso; la precisazione degli obblighi del committente e dell'appaltatore, anche in relazione alla responsabilità solidale; la precisazione del corrispettivo, che dovrà sempre risultare in maniera tale da non essere ancorato ad un mero calcolo inerente la messa a disposizione oraria della manodopera, ma frutto di valutazioni economiche tra costi e ricavi desumibili dall'esecuzione dell'appalto.

Altro elemento sostanziale oggetto di analisi è la verifica della presenza, nei casi previsti dalla legge, dei costi sulla sicurezza nel contratto di appalto, pena la nullità del medesimo contratto. Tali costi devono essere analiticamente indicati al fine di consentire una facile verifica circa l'effettiva consistenza degli stessi, nell'ottica della più ampia tutela contro gli infortuni sul luogo di lavoro che potrebbero derivare dai rischi di interferenza delle lavorazioni.¹⁰⁹

109 Art. 26, comma 5, del d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i “nei singoli contratti di subappalto, appalto e di somministrazione, anche qualora in essere al momento di entrata in vigore del presente decreto (...) devono essere specificamente indicati a pena di nullità ai sensi dell'art. 1418 del codice civile i costi delle misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze

La verifica del profilo prettamente *cartaceo* prevede, invece, il controllo della sussistenza della documentazione allegata al contratto, ossia dei documenti di identità delle parti istanti; del DURC, se del caso; della predetta visura camerale del committente e dell'appaltatore; dell'autocertificazione dell'appaltatore in merito al possesso dei requisiti di idoneità tecnico-professionale, che, in sede di futura audizione, sarà oggetto di indagine in ordine agli obblighi del committente; del DUVRI, in presenza di interferenze delle lavorazioni tra committente ed appaltatore; della planimetria del *locus* in caso di appalto endoaziendale, onde consentire di verificare visivamente le postazioni lavorative assegnate al committente e all'appaltatore, elemento questo di rilevante importanza in seno allo svolgimento delle audizioni nei luoghi di lavoro.

Come detto, la fase istruttoria documentale è comune sia per per quelle parti contrattuali che vogliono solo usufruire della consulenza ed assistenza della commissione, sia per quelle parti che dalla predetta attività decidano poi di certificare, che, infine, per quelle che intendano sin da subito sottoporre al vaglio critico dell'organo certificatorio il contratto di appalto.

Nella prima ipotesi, tuttavia, qualora a seguito delle valutazioni formali e sostanziali eseguite sul contratto, la commissione dovesse rilevare criticità suggerendo le apposite modifiche al contenuto delle clausole, le parti non hanno alcun obbligo di adeguarsi ai rilievi eccepiti, rimanendo però consapevoli delle lavorazioni”.

delle inesattezze formali o sostanziali presenti nel loro programma negoziale. Possono, ancora, procedere alla correzione di quanto suggerito per ottenere un mero parere di conformità del contratto alla disciplina legale, senza richiedere l'attivazione della procedura di certificazione che ne attesti la genuinità nei confronti dei terzi. Infine, a seguito della consulenza ed assistenza ricevuta dalla commissione e della valutazione completa del loro contratto, le parti possono decidere di attivare la procedura certificatoria.

In quest'ultima ipotesi, come nel caso di attivazione diretta della procedura, l'*iter* prevede l'invio dell'istanza scritta di certificazione sottoscritta da entrambe le parti, a cui farà seguito, a carico della commissione, l'invio della comunicazione di inizio del procedimento alle DTL competenti per territorio, sulla base del criterio sopra analizzato, le quali, a loro volta, informeranno le autorità nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti.

Ovviamente, per quelle parti contrattuali che avessero già usufruito delle funzioni consulenziali ed assistenziali della commissione, la procedura prenderà avvio subito dopo la ricezione dell'istanza scritta approdando alla fase successiva delle audizioni delle parti; invece, per quelle parti che decidessero di adire direttamente la procedura certificatoria, la procedura attivata a mezzo della presentazione dell'istanza scritta prevederà in primo luogo l'invio di tutta la documentazione contrattuale che, come precisato,

sarà sottoposta al vaglio critico della commissione secondo le modalità operative descritte.

4. La fundamentalità del momento relativo al sopralluogo in azienda

Instaurata regolarmente la procedura certificatoria, dopo una prima attenta analisi del contratto e della documentazione annessa, la Commissione provvede ad eseguire una visita aziendale nei luoghi dove si svolgerà, o già si svolge, l'attività dedotta nel contratto di appalto.

La *ratio* di tale prassi empirica risiede, in primo luogo, nella verifica dell'esatta corrispondenza tra quanto sancito documentalmente nel programma negoziale e quanto realmente accade in fase di esecuzione dell'attività dedotta nel contratto.

La comparazione di tali risultati consente all'organo certificatorio adito di acquisire una maggiore consapevolezza in merito alle criticità emerse in sede di prima fase istruttoria e di ottenere una visibile conferma degli aspetti positivi già individuati.

La partecipazione a tale fase di “indagine” sul campo ha reso possibile il coinvolgimento nella creazione di un modello quasi standard di verifica, che è andato col tempo sempre più

perfezionandosi, e che racchiude in sé un *modus operandi* variabile a seconda del settore di attività dedotto nel contratto di appalto.

In sostanza, la varietà delle mansioni connessa alle differenti tipologie lavorative che sono state analizzate e studiate, ha consentito di predisporre un piano operativo di controllo in grado di adattarsi alle diversità riscontrabili nei cicli produttivi delle aziende istanti.

Preme sottolineare, a questo punto, come il campo d'indagine, oggetto di studio ed analisi, sia stato rappresentato principalmente dalla verifica di contratti di appalto “endoaziendali”, in sostanza quelli in cui l'attività dell'appaltatore si svolge nei locali dell'azienda committente.

La compresenza delle attività del committente e dell'appaltatore può determinare un maggiore rischio di interferenza sostanziale tra le rispettive lavorazioni, rendendo spesso difficoltoso individuare e distinguere una linea di demarcazione tra le stesse nell'ambito del ciclo produttivo del committente.

Pertanto, nell'ottica di ottenere un'affidabile e veritiera valutazione circa la corretta esecuzione delle attività dedotte in contratto, si è fatto ricorso ad una metodologia empirica basata principalmente sulla valorizzazione delle *guide lines*, rappresentate dagli indici rivelatori della genuinità del contratto di appalto, cercando di verificarne concretamente il grado di resistenza e la loro tenuta nella singola fase del ciclo produttivo e nel complesso della realtà aziendale. La prassi utilizzata, quindi, ha previsto un *iter*

logico che, partendo dall'esame documentale del contratto di appalto, si snoda nella verifica concreta nei luoghi di lavoro dell'esecuzione dell'attività in esso dedotta, per arrivare alla stesura di quanto accertato in apposite schede riepilogative in seno alla successiva fase dell'audizione delle parti istanti, che parteciperanno attivamente fornendo le loro dichiarazioni sul contenuto del contratto.

5. La verifica degli indici di genuinità del contratto di appalto e le criticità riscontrabili

5.1. L'organizzazione dei mezzi necessari

Come si è esposto nel corso del presente lavoro, uno dei requisiti atti a garantire la genuinità del contratto di appalto è rappresentato dalla titolarità ed organizzazione dei mezzi necessari all'esecuzione del contratto.

Tuttavia, anche seguendo le linee guida fornite dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nella Circolare n. 48 del 15 dicembre 2004 si è potuto constatare come nei “contratti di appalto concernenti lavori specialistici” sia di primaria rilevanza la competenza dei lavoratori impiegati a fronte della non rilevanza di attrezzature o beni strumentali, dovendosi necessariamente

sottolineare “il rilievo di un comprovato *know how* aziendale in possesso dell'appaltatore, anche con riferimento alla professionalità del personale prescelto (...)”.¹¹⁰ Si tratta di quei contratti di appalto *labour intensive*, in cui si riconosce una prevalenza alle competenze dell'appaltatore rispetto all'utilizzo dei macchinari del committente, come nel caso classico degli appalti dei servizi informatici.

Lo studio documentale ed empirico di vari contratti di appalto endoaziendali si è concentrato, in realtà, su settori differenti da quelli informatici, in particolare quelli della lavorazione dei formaggi, delle carni e rispettivi derivati.

E' emerso, in effetti, che la maggior parte dei soggetti appaltatori non erano titolari dei macchinari necessari all'esecuzione della prestazione dedotta, trattandosi di lavorazioni particolari e specialistiche rimesse all'alta professionalità dei dipendenti dell'appaltatore chiamato ad eseguire con cura tali attività.

Con particolare riferimento alla lavorazione delle carni, le imprese o cooperative appaltatrici delle attività appaltate erano solitamente munite della piccola coltelleria per effettuare particolari tipi di lavorazioni, ma la strumentazione fissa (seghe circolari e presse) erano ancorate saldamente ai nastri trasportatori di lavorazione, di proprietà della ditta committente. Oppure, nel settore della lavorazione dei formaggi, l'appaltatore posizionava la materia prima fornita dal committente sui nastri trasportatori di proprietà di

¹¹⁰ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Circolare n. 5 dell'11 febbraio 2011.

quest'ultimo, comprensivi degli strumenti per procedere alla pesa delle singole forme di formaggio, alla loro pulitura, al loro taglio ed al successivo confezionamento o grattuggia. Sia nel primo che nel secondo caso, era rimessa alla professionalità dell'appaltatore provvedere ad effettuare con cura i tagli di carne richiesti dal committente seppur avvalendosi dei suoi macchinari fissi, oppure a lavorare professionalmente le forme di formaggio corrispondenti agli standards qualitativi richiesti dal cliente originale del committente.

L'importanza dell'apporto specialistico dell'appaltatore è sottolineato anche dagli orientamenti ministeriali formati sul punto, secondo cui la titolarità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto in capo al soggetto che riceve l'opera o il servizio non è di per sé indice di non genuinità dell'appalto, “purchè la responsabilità del loro utilizzo rimanga totalmente in capo all'appaltatore e purchè attraverso la fornitura di tali mezzi non sia invertito il rischio di impresa, che deve in ogni caso gravare sull'appaltatore stesso”.¹¹¹

Nel corso dei sopralluoghi effettuati si è spesso riscontrata la problematica del mantenimento della responsabilità di utilizzo dei macchinari del committente in capo all'appaltatore, proponendo ai soggetti istanti di predisporre, precedentemente o contestualmente alla stipula del contratto di appalto, un comodato d'uso dei macchinari a favore dell'appaltatore medesimo, o la previsione di un

¹¹¹ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Interpello n. 77 del 22 ottobre 2009.

quantum economico per il loro utilizzo, o addirittura la vendita degli stessi, nel tentativo di evitare l'inversione del rischio di impresa, così come previsto nel citato interpello ministeriale.

5.2 L 'esercizio del potere direttivo ed organizzativo

Con riferimento a quegli appalti che non richiedono un rilevante impiego di beni strumentali, in presenza di una limitata consistenza organizzativa dell'appaltatore, rappresentata solo dall'organizzazione del lavoro, la genuinità del contratto può derivare anche da un'indagine su chi concretamente esercita il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati.

Nei contratti sottoposti al vaglio istruttorio della commissione, afferenti sia ai settori alimentari sopra descritti, che a quelli dei servizi logistici e di facchinaggio, nel corso dei sopralluoghi effettuati si è potuto procedere a verificare concretamente le modalità operative del lavoro ed i tempi di lavorazione, elementi entrambi volti ad individuare a chi compete l'effettiva gestione del personale. In particolare, sono stati analizzati e verificati concretamente una serie di fattori desumibili dalle differenti tipologie lavorative oggetto di indagine, documentale ed empirica.

a) *la programmazione degli ordinativi e la scelta dei lavoratori*

Un primo elemento analizzato nel corso delle visite aziendali ha riguardato le modalità di gestione degli ordinativi, provenienti dal cliente originale del committente e costituenti la base programmatica per l'esecuzione delle lavorazioni affidate in appalto. In particolare, sono state riscontrate numerose criticità con riferimento a quei contratti in cui la programmazione delle attività, ad opera del committente, veniva effettuata e consegnata all'appaltatore il giorno antecedente rispetto a quello di esecuzione delle lavorazioni richieste.

Un tale tipo di programmazione non soddisfa il requisito del potere organizzativo e direttivo dei lavoratori utilizzati in capo all'appaltatore, in quanto quest'ultimo non ha il tempo necessario per procedere a verificare il contenuto della commessa e sulla stessa calibrare il numero delle maestranze necessarie per la corretta esecuzione di quanto commissionato. In sostanza, l'appaltatore, non essendo in grado di effettuare una scelta corretta dei suoi lavoratori, avrà necessariamente bisogno di relazionarsi con il committente per concordare quanti lavoratori risultino necessari per l'esecuzione dell'ordinativo.

Un'altra ipotesi ricorrente è stata individuata nella programmazione standardizzata dei quantitativi delle commesse da eseguire. Con riferimento, ad esempio, all'appalto di confezionamento di un prodotto finito, il numero di pezzi da

lavorare, ed eventualmente movimentare, era fisso per ogni settimana, in misura tale che all'appaltatore era sottratto ogni rischio d'impresa, potendo semplicemente impiegare sistematicamente e ciclicamente sempre lo stesso numero di lavoratori, con una riduzione dell'alea pari a zero.

Per entrambe le predette ipotesi, infatti, si è proceduto con il suggerire al committente di procedere ad effettuare una programmazione quanto meno settimanale, con la consegna della stessa all'appaltatore l'ultimo giorno lavorativo della settimana, solitamente il venerdì, per le lavorazioni da eseguirsi a partire dal lunedì successivo, e con un numero variabile e non fisso di prodotto da lavorare. Solo in questo modo è rispettato il requisito del potere direttivo ed organizzativo dei lavoratori in capo all'appaltatore, che sarà in grado non solo di individuare il numero adatto delle sue maestranze, ma provvederà, altresì, ad effettuare una scelta tra le stesse sulla base delle rispettive professionalità, volta per volta richieste per far fronte alla corretta esecuzione di quanto commissionato.

Un altro elemento connesso alla programmazione degli ordinativi riguarda la tempistica di evasione degli stessi. Un contratto di appalto genuino non deve prevedere alcuna imposizione temporale di esecuzione dell'ordinativo in capo all'appaltatore. Quest'ultimo, entro un arco temporale massimo di esecuzione della commessa, individuabile in base alle esigenze economiche derivanti dai rapporti

tra committente e cliente originario, deve gestire autonomamente l'evasione dell'ordinativo ricevuto, sia con riferimento alla scelta della modalità operativa che, ripetesì, delle unità lavorative da adibire, senza poter ricevere alcuna interferenza in merito né da parte del cliente originario, né, tantomeno, da parte del committente.

Lo studio di un contratto di appalto di servizi di logistica “labour intensive”, in cui il sistema di comunicazione all'appaltatore degli ordinativi avveniva per il tramite di un sistema informatico centrale di proprietà del committente, ha evidenziato il problema di una possibile interferenza del committente nella gestione operativa dell'incarico da parte dell'appaltatore, per la presenza di palmari elettronici in uso ai dipendenti dell'appaltatore e forniti dal committente medesimo, in grado di interfacciarsi con il sistema centrale. L'ordinativo “caricato” nel sistema informatico centrale da parte del cliente originale del committente, una volta processato da quest'ultimo, veniva visualizzato sul videoterminale in uso all'appaltatore all'interno dei locali del committente. Sulla base del quantitativo da evadere, il referente dell'appaltatore decideva autonomamente il numero di lavoratori da adibire e, conseguentemente, il numero di palmari da abilitare per l'esecuzione della commessa. Su tale palmare veniva visualizzato, con un codice alfanumerico, il posizionamento, all'interno del capannone del committente, della merce da movimentare da parte dei dipendenti dell'appaltatore.

Il dubbio circa un'eventuale interferenza da parte del committente che, per il tramite dei palmari collegati alla rete centrale, avrebbe potuto controllare tempi e modalità di svolgimento dell'operato dei dipendenti dell'appaltatore, è stato superato dopo aver accertato effettivamente che i singoli palmari venivano abilitati solo dal referente dell'appaltatore assegnando loro un codice identificativo del lavoratore. Il committente era impossibilitato di visualizzare tale codice e, pertanto, non era in grado di individuare quale lavoratore stesse operando in quel dato momento storico e con quali precise modalità. I palmari, quindi, seppur interfacciabili con il sistema informatico centrale, ricevevano solo informazioni sul posizionamento della merce nel capannone, e tramite gli stessi non era possibile tracciare tempi e modi di lavorazione del singolo lavoratore.

Per avvalorare ancora di più tale risultato empirico, lo studio del contratto ha previsto il coinvolgimento della componente aziendalista della Commissione di Certificazione, il cui intervento ha consentito di fugare ogni dubbio circa l'utilizzo di tale sistema informatico centrale. Infatti, il contributo aziendalista-organizzativo ha evidenziato come nel caso di utilizzo di tecnologie ICT, *Information and Communication Technology*, il rischio è quello di incorrere in una pre-strutturazione dell'attività oggetto dell'appalto da parte dell'appaltante, incidendo negativamente sul potere di direzione ed organizzazione dell'appaltatore. Tuttavia, i risultati di tale

approfondimento hanno consentito di evidenziare come il raggio di azione del sistema informatico abbracciasse tutte le attività operative all'interno del capannone del committente, quindi anche quelle non appaltate e, per queste ultime, solo ai fini del posizionamento logistico della merce. Inoltre, gli strumenti di lavoro a radiofrequenza, pur consentendo il trattamento automatico di simboli e informazioni sulla base delle istruzioni presenti nel sistema informativo dell'appaltante, venivano assegnati ai dipendenti dell'appaltatore, da quest'ultimo individuati discrezionalmente e specificamente selezionati, giorno per giorno, in base ad una sequenza di commesse da evadere su cui il lavoratore non aveva alcuna visibilità, se non nei limiti di quanto assegnatogli dal suo capocantiere, referente dell'appaltatore.

b) le modalità operative di lavoro

Per quanto concerne le concrete modalità di lavoro, si sono registrati dati differenti derivanti anche dalle diverse dimensioni delle aziende visitate. Soffermandosi su quelle di piccole e medie dimensioni, afferenti al settore alimentare della lavorazione delle carni e derivati, l'analisi empirica ha verificato spesso la compresenza dei dipendenti del committente e dell'appaltatore sul medesimo nastro trasportatore di supporto alle lavorazioni principali (taglio, rifilatura, disosso, etc..).

Le criticità rinvenibili riguardano principalmente il totale inserimento dell'appaltatore, per il tramite dei suoi dipendenti, nel ciclo produttivo del committente, in una commistione operativa e funzionale che non è garanzia di autonomia lavorativa dell'appaltatore e, quindi, non è sinonimo di genuinità del contratto stipulato.

Nel caso di un contratto in cui l'attività appaltata era riferita al disosso dei prosciutti, l'appaltatore provvedeva ad operare tali lavorazioni, seppur specialistiche, sul medesimo banco di lavoro a nastro, subito dopo una prima tolettatura degli stessi ad opera dei dipendenti del committente e poco prima della successiva fase di taglio affidata nuovamente al committente stesso. Un'attività, quindi, scandita da tempi ben precisi e rappresentati dal numero di prosciutti predefinito ed inserito sul banco dal committente, senza alcun potere discrezionale dell'appaltatore in merito alla scelta o al quantitativo da lavorare. Pertanto, un inserimento operativo stabile dell'appaltatore all'interno della catena produttiva, imprescindibile per la prosecuzione della stessa, deponavano per una non corretta esecuzione del contratto di appalto. Inoltre, la ripetitività delle mansioni svolte dai dipendenti dell'appaltatore, tenuti a porre in essere continuamente le stesse meccaniche operazioni sul prodotto loro sottoposto dal committente, impediva di poter individuare una discrezionalità ed un'autonomia nello svolgimento dell'attività, eludendo anche quel rilevante criterio della specificità delle mansioni

che l'appaltatore dovrebbe essere chiamato a svolgere.

Un caso simile di commistione, ma con risvolti operativi del tutto differenti, è stato riscontrato nello studio di un contratto, e successiva visita dei luoghi aziendali, in cui l'appalto si sostanziava nella fase di essiccazione di alcune forme di formaggio, dopo la produzione delle forme e prima del confezionamento delle stesse, fasi entrambe affidate al committente. Terminata la produzione della particolare forma di formaggio ed inserita nella vasca di stagionatura, i dipendenti dell'appaltatore provvedevano a prelevare le forme dalla vasca per procedere alla successiva fase di essiccazione a loro affidata. Pur nella contingente e breve compresenza spaziale nei luoghi di lavoro, si è potuto riscontrare una sostanziale genuinità del contratto, in quanto era rimessa alla totale autonomia dell'appaltatore la scelta delle forme di formaggio da prelevare per portarle alla successiva fase di essiccazione, sempre nel rispetto dell'ordinativo preventivamente fissato con il committente. Tale scelta, infatti, rappresentava l'applicazione concreta della professionalità dell'appaltatore, in grado di individuare, tra le forme inserite nella vasca di stagionatura, quelle già pronte per la successiva fase di essiccazione, e la sua attività non era strettamente connessa al quantitativo di forme di formaggio prodotte ed inserite nella vasca dal committente. Quindi, a differenza del caso relativo alla lavorazione dei prosciutti, le modalità di lavoro non erano contrassegnate da un'interdipendenza funzionale e operativa con i

dipendenti del committente, in quanto l'attività appaltata non seguiva pedissequamente i ritmi ed i quantitativi prodotti a monte dal committente, potendosi rinvenire, in tal caso, un giudizio positivo circa la genuinità di quanto dedotto nel contratto di appalto.

Con riferimento, invece, al caso di imprese di grandi dimensioni, anche afferenti ai settori alimentari della carne e dei formaggi, nonché al settore della logistica e movimentazione merci, si è potuto riscontrare una maggiore attenzione alla separazione operativa delle attività del committente e di quelle appaltate. In particolare, nell'ambito della logistica e movimentazione di capi d'abbigliamento, il prodotto in arrivo dal cliente originario del committente veniva stoccato all'interno di capannoni del medesimo, ma al quale avevano accesso solo i dipendenti dell'appaltatore per le attività appaltate di riorganizzazione e preparazione della merce in base alle destinazioni dei vari punti di vendita sparsi sul territorio italiano e mondiale.

c) la distinzione dei luoghi di lavoro

Da quanto sinora detto, si desume un altro elemento di fondamentale importanza nella valutazione globale di genuinità del contratto analizzato, la delimitazione fisica dei luoghi di lavoro. Lo studio dei contratti al vaglio della commissione ha previsto anche l'analisi della planimetria dell'impianto lavorativo, nella quale

devono essere contrassegnate, e specificate nelle clausole contrattuali, le zone determinate assegnate alle lavorazioni del committente e dell'appaltatore. Le visite nei luoghi aziendali ha fornito un dato rilevante, rappresentato dalla maggiore possibilità di riscontrare tale delimitazione fisica nelle imprese di grandi dimensioni, nella cui disponibilità sono rinvenibili maggiori spazi o capannoni presso cui dislocare le attività appaltate. Le grandi imprese sono spesso sinonimo di maggiori risorse economiche, in grado di far fronte ad ulteriori costi di gestione imputabili all'utilizzo di diversi ambienti lavorativi distinti e tra loro ben separati, evitando qualsiasi rischio di interferenza operativa tra committente ed appaltatore.

Diversamente, in alcune aziende di piccole e medie dimensioni, non si è spesso riscontrata una corretta delimitazione fisica dei luoghi di lavoro. L'intervento consulenziale ed assistenziale della Commissione si è orientato, in alcuni casi, nel proporre la dislocazione in aree ben definite del capannone delle sole attività appaltate, richiedendo quindi, in tempi brevi, ai fini della futura certificazione di quel contratto, anche la predisposizione del Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenza (DUVRI). Un elemento documentale normativamente richiesto, nei casi previsti dalla legge, per far fronte alle esigenze di tutela della salute e della sicurezza negli ambienti di lavoro caratterizzati dalla interferenza di diverse lavorazioni.¹¹²

¹¹² Articolo 26 del D.Lgs. n. 81/2008, così come modificato dalla legge n.

In altri casi, non avendo le aziende visitate la disponibilità di ampi spazi di lavorazione, e laddove le normative igienico-sanitarie lo consentivano in relazione alle particolari attività, si è proposto di intramezzare il banco di lavorazione unico con pareti di plexiglass o cartongesso isolante, al fine di distinguere le operazioni svolte ed il raggio di azione dei dipendenti del committente e dell'appaltatore.

Come detto, le soluzioni prospettate erano tutte basate sul rispetto del principio della separazione fisica delle lavorazioni e dei dipendenti: a tal proposito, infatti, veniva considerato ulteriore elemento di genuinità del contratto l'accesso ai luoghi di lavoro snodato su percorsi differenti tra dipendenti del committente e dell'appaltatore, salvo i casi di passaggio obbligato in locali comuni di sterilizzazione dei calzari e degli indumenti, in considerazione dei particolari protocolli sanitari ed igienici afferenti le lavorazioni nel settore alimentare. Nella stessa ottica, un valore sicuramente rilevante e positivo veniva riconosciuto alla presenza di spogliatoi separati per il committente e la ditta, o le ditte, appaltatrice/i, ai quali i rispettivi dipendenti potevano accedere seguendo anche percorsi differenti.

98/2013, cd. Decreto del fare, “il datore di lavoro committente promuove la cooperazione (...) elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non è possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze ovvero individuando (...) con riferimento sia all'attività del datore di lavoro committente sia alle attività dell'impresa appaltatrice (...) un proprio incaricato, in possesso di formazione, esperienza e competenza professionali (...)”.

d) *gli indumenti di lavoro*

Nel corso delle visite aziendali effettuate presso i luoghi di lavorazione, l'impatto visivo iniziale si imbatteva nella valutazione degli indumenti di lavoro indossati dalle maestranze impiegate nel ciclo produttivo.

A prescindere dalla possibilità che l'azienda disponesse di separati locali per lo svolgimento delle attività affidate in appalto, l'indagine sulla genuinità del contratto richiedeva anche la verifica della presenza di un abbigliamento distinto tra i dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore o degli appaltatori, in caso di lavorazioni appaltate a più soggetti.

Sempre nell'ottica consulenziale ed assistenziale, in questo caso rivolta alla concreta distinzione dei dipendenti del committente da quelli dell'appaltatore, la soluzione proposta dalla Commissione, per ovviare alla totale uniformità degli indumenti di lavoro, si è concretizzata nella previsione di indumenti di colore differente, onde facilitare una più rapida individuazione delle differenti maestranze all'opera, accompagnata dalla presenza di sigle e simboli grafici in grado di far riconoscere con semplicità la denominazione sociale di riferimento e di "appartenenza" per il singolo lavoratore impiegato.

Tuttavia, occorre registrare anche i casi in cui particolari lavorazioni, soprattutto nel settore alimentare, fossero vincolate, da specifici protocolli sanitari, all'utilizzo di indumenti di un determinato colore. La soluzione prospettata si concretizzava

nell'adozione di copricapo o di grembiuli di colore differente, senza mai venir meno alle differenziazioni grafiche e simboliche della ditta di riferimento.

Risultava, pertanto, totalmente non conforme con i principi di buona esecuzione del contratto la prassi di alcune aziende committenti visitate di fornire ai dipendenti dell'appaltatore gli indumenti di lavoro, sui quali era ovviamente riportato il relativo logo identificativo del committente medesimo.

Questa criticità si connetteva perfettamente con il necessario rispetto di un altro fondamentale criterio di genuinità del contratto di appalto, rappresentato dalla fornitura da parte dell'appaltatore dei mezzi necessari all'esecuzione della prestazione, quanto meno quelli minimi indispensabili, per non invertire ed eludere il rischio di impresa connesso ai costi di acquisto e manutenzione di tali indumenti e strumenti.

A tal riguardo, in un contesto aziendale dedito alla lavorazione del latte e dei suoi derivati, la visita dei luoghi aziendali ha consentito di appurare una prassi non conforme al rispetto della fornitura e manutenzione dei mezzi di lavoro. Il committente, infatti, seppure spinto da un'encomiabile volontà di garantire ed assicurare con sistematicità la pulizia degli indumenti di lavoro a tutte le maestranze impiegate nella sua struttura, si era fatto carico di provvedere al ritiro degli stessi, al loro lavaggio presso una lavanderia aziendale interna, ed alla loro consegna una volta puliti e sterilizzati. La valutazione di

tale attività non è risultata, per le cose dette, in linea con l'obbligo dell'appaltatore di provvedere autonomamente alla fornitura dei mezzi di lavoro, nonché alla relativa manutenzione che, nel caso degli indumenti, è rappresentata dalla necessaria pulizia degli stessi. La rilevazione di tale criticità da parte della Commissione ha prodotto l'invito alle parti istanti di espungere dal contratto qualsiasi forma di intervento in tal senso del committente, seppur contabilizzato in un esborso economico irrisorio a carico dell'appaltatore.

A corredo degli indumenti identificativi dei dipendenti utilizzati nell'esecuzione dell'appalto, l'art. 26, comma 8, del D.Lgs. n. 81/2008 “estende a tutto il personale occupato dalle imprese appaltatrici o subappaltatrici coinvolte negli appalti di qualunque settore (...) l'obbligo di essere muniti di una apposita tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro”¹¹³. Pertanto, oltre alle citate attenzioni e suggerimenti inerenti l'utilizzo di abiti da lavoro in grado di distinguere i diversi lavoratori impiegati, si è sempre proceduto a verificare il rispetto del predetto dettato normativo.

e) i tempi di lavoro

Relativamente alle tempistiche di lavoro, l'indagine empirica ha riguardato la dinamica degli orari delle prestazioni lavorative. Il

¹¹³ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Circolare n. 5 dell'11 febbraio 2011.

presupposto da tenere in debita considerazione è rappresentato dal necessario coordinamento funzionale ed operativo tra committente ed appaltatore negli appalti endoaziendali, che consentirebbe al primo di individuare le fasce orarie di esecuzione dell'appalto in concomitanza degli orari di apertura e chiusura della propria impresa. In realtà, ciò che rileva concretamente per l'esecuzione di un appalto genuino è il ruolo centrale dell'appaltatore nella fissazione dei turni lavorativi dei propri dipendenti¹¹⁴. Questi ultimi devono essere selezionati con cura, a seconda della loro specifica professionalità, in relazione ai differenti turni da eseguire.¹¹⁵

L'indagine richiesta per la verifica di tale indice, pertanto, si dovrà orientare a scongiurare un controllo diretto del committente nella gestione del personale dell'appaltatore, evitando che i dipendenti impiegati nell'esecuzione dell'appalto siano materialmente sottoposti al potere direttivo ed organizzativo della stazione appaltante.

A tal proposito, si è verificato che gli orari ed i turni di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore non coincidessero esattamente con quelli dei dipendenti del committente, al fine di escludere una parificazione ed una similitudine operativa in danno della genuinità del contratto stipulato.

Rientra nella valutazione dei tempi di lavoro, ed ovviamente

114 DEL PUNTA R., *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 297

115 Sentenza Tar Piemonte del 27 giugno 2006, n. 2711

nella più grande categoria dell'esercizio del potere direttivo sui dipendenti, la rilevazione delle presenze giornaliere. Nelle visite effettuate tra le diverse aziende di differenti settori merceologici si è riscontrato un duplice sistema di rilevazione, in alcuni casi cartaceo ed in altri eseguito con un lettore magnetico di badge.

La prima modalità non comporta alcuna criticità solo qualora l'elenco dei dipendenti dell'appaltatore sia mantenuto e conservato dal referente di quest'ultimo, anche ai fini del calcolo della busta paga di ogni lavoratore, senza alcuna rilevazione effettuata dal committente o suoi referenti, non tenuti a conoscere i tempi di lavoro delle maestranze presenti nell'esecuzione dell'appalto. Tale “divieto” di interferenza prevede, tuttavia, una deroga finalizzata al rispetto della normativa antinfortunistica, secondo la quale il committente è tenuto a conoscere quanti e quali lavoratori sono presenti nel luogo di lavoro sottoposto alla sua vigilanza ai soli fini dell'attivazione delle previste procedure di emergenza. Solo in tale ottica, a fine rilevazione delle presenze, senza che ciò possa incidere negativamente sul giudizio di genuinità del contratto, l'appaltatore provvederà ad inviare copia del foglio presenze al committente.

Diversa l'ipotesi della rilevazione delle presenze effettuata a mezzo di un lettore elettronico di un badge in uso ai dipendenti. *Nulla quaestio* per il caso in cui la singola ditta appaltatrice avesse dotato i propri dipendenti di un badge ed installato un proprio lettore nei locali dell'azienda committente e i cui dati, inviati a mezzo di una

SIM Card, fossero visualizzabili solo dalla ditta appaltatrice e per giunta nella sede legale della stessa, destinataria giornalmente del riepilogo delle timbrate quotidiane.

Al contrario, la Commissione ha ritenuto violato il divieto di esercizio del potere direttivo ed organizzativo da parte del committente sui dipendenti dell'appaltatore nel caso in cui la rilevazione delle presenze avvenisse tramite un unico lettore elettronico di badge per tutti i lavoratori presenti nel luogo di lavoro, senza distinzione di appartenenza al committente o all'appaltatore. Né tale violazione poteva essere mitigata dalla consegna dello scarico giornaliero delle timbrature ai referenti dell'appaltatore, dal momento che ormai i dati relativi alla presenza ed ai tempi di lavoro dei dipendenti impiegati nell'esecuzione delle opere appaltate erano già transitati nel sistema informatico e telematico del committente. Pertanto, al fine di consentire una valida certificazione del contratto di appalto così già in essere si è provveduto a proporre l'installazione di un separato lettore elettronico per la ditta appaltatrice, tenuta altresì a fornire ai propri dipendenti badge differenti da quelli in uso ai dipendenti del committente, oppure una più veloce e facilmente attuabile rilevazione cartacea delle presenze giornaliere, nel rispetto dei limiti e dei criteri sopra meglio descritti.

f) la qualifica di imprenditore del soggetto appaltatore

Un rilievo di notevole importanza riveste la valutazione delle qualità imprenditoriali del soggetto appaltatore, in particolare la verifica dell'esistenza di una concreta struttura d'impresa, in grado di poter far fronte all'esecuzione della prestazione richiesta, unita all'esperienza professionale nel settore afferente il contratto stipulato.

Si è constatato che sarà idoneo quell'appaltatore dotato di un'organizzazione interna solida, munito di un referente fisso all'interno dei locali della ditta appaltante, chiamato a risolvere le problematiche contingenti relative alla prestazione in atto e sollevate dai dipendenti dell'appaltatore, evitando che questi ultimi possano rivolgersi direttamente al committente. Il referente dell'appaltatore, quindi, assume un ruolo cardine per la genuinità del contratto stipulato, potendo emettere le direttive necessarie al corretto adempimento delle obbligazioni assunte e variarle in corso d'opera, rappresentando un filtro necessario tra i dipendenti della ditta appaltatrice e la sua proprietà.

Per avvalorare le qualità di imprenditore, si è verificata, altresì, la sussistenza della sua professionalità, rappresentata dalla capacità di eseguire adeguatamente le prestazioni dedotte in contratto. Pertanto, non è risultato conforme ai principi di genuinità dell'appalto, il caso in cui i dipendenti fossero impiegati a svolgere mansioni che esulavano dall'oggetto sociale dell'appaltatore o che comunque fossero del tutto estranee rispetto alle loro competenze

professionali. Ulteriore ipotesi di non conformità è stata riscontrata nell'affidamento di una prestazione dedotta nel contratto ad un appaltatore esperto del settore, ma la cui esecuzione venisse dallo stesso affidata ad alcuni dipendenti non in possesso delle qualifiche e della formazione necessarie per l'adempimento di quanto loro richiesto.¹¹⁶

In tutti i predetti casi, quindi, il vaglio critico della Commissione si è sempre orientato nel riconoscere una difficoltà oggettiva alla possibile certificazione del contratto, individuando, piuttosto, nei casi analizzati, una mera messa a disposizione di manodopera.

La *ratio* sottesa all'esternalizzazione di alcune attività, prima svolte interamente dal committente, può essere anche rinvenuta nella volontà che le stesse siano realizzate con un alto grado di specialità e tecnicità, qualità a volte non in possesso della stazione appaltante. Per tale motivo, l'appaltatore dovrà eseguire quelle prestazioni considerate altamente specialistiche, differenziando, così, il suo operato da quello dei dipendenti del committente chiamati a procedere con le fasi ordinarie del ciclo produttivo. E' un criterio rilevante per avvalorare la genuinità di un contratto di appalto, rinvenibile nell'affidamento a terzi del compimento di attività che lo stesso committente non è in grado di svolgere, dovendo ricercare sul mercato un soggetto altamente qualificato e con le necessarie

¹¹⁶ GALANTINO L., *Diritto del lavoro*, Torino, 2012, p. 200; Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 5 maggio 1979, n. 2580, in *Orgiur.lav.*, 1979, p. 1324.

competenze adatte all'esecuzione di quanto dedotto nel programma negoziale stipulato. Pertanto, le mansioni che l'appaltatore sarà chiamato a svolgere dovranno connotarsi per un alto grado di specialità rispetto a quelle tradizionali del committente, non giustificandosi diversamente il ricorso a soggetti terzi per la loro esecuzione, che potrebbe invece celare un'esternalizzazione finalizzata solamente alla disponibilità di mera manodopera.

Lo studio della casistica aziendale sul punto ha portato a considerare non genuino un contratto in cui le mansioni svolte dai dipendenti dell'appaltatore erano non solo esattamente uguali a quelle svolte dal committente, ma, addirittura, simili a quelle di natura prettamente ripetitiva e ciclica, in cui non era dato riscontrarsi alcun livello di professionalità o grado di specialità.

La *ratio* delle esternalizzazioni è stata altresì disattesa nelle ipotesi in cui il committente avesse deciso di appaltare, nell'ambito del ciclo produttivo, solo quelle attività che non richiedessero alcuna specifica professionalità, preferendo affidarsi al proprio storico *know how* per la realizzazione delle attività principali, a tutela del buon nome aziendale e per conservare intatto lo standard qualitativo sinora realizzato. Quanto convenuto tra le parti, infatti, mal si concilia con l'idea di fondo del contratto di appalto, volto a far eseguire particolari e specialistiche attività del committente da parte di soggetti terzi dotati delle necessarie competenze, in quanto, diversamente, si ritornerebbe nuovamente nelle predette ipotesi di godimento di mere

prestazioni di manodopera in favore della stazione appaltante.

La qualità di idoneo soggetto imprenditore è stata, altresì, valutata sulla base del requisito della pluri-committenza, verificando, principalmente in sede di audizione, che il soggetto fosse parte contrattuale di altri programmi negoziali con altri committenti. Lo svolgimento delle medesime o affini attività anche per altre stazioni appaltanti consente, infatti, di avvalorare la struttura organizzativa dell'appaltatore che, chiamato a svolgere più prestazioni per diverse soggetti, non sarebbe in grado di eseguirle se non adeguatamente dotato dei mezzi e dei dipendenti idonei all'assolvimento delle varie obbligazioni assunte. Diversamente, registrare un fenomeno di continua mono-committenza nell'esecuzione di un contratto di appalto, magari tacitamente rinnovato alla scadenza e sempre tra i medesimi soggetti, potrebbe far dubitare della genuinità del contratto, dal momento che le prestazioni in esso dedotte dovrebbero connotarsi per i caratteri della contingenza e del limitato periodo di esecuzione, solitamente coincidente con la durata del programma stipulato, salvo le concesse proroghe funzionali al raggiungimento del risultato finale.

Una valida struttura imprenditoriale riconducibile al soggetto appaltatore deve, inoltre, consentirgli di procedere autonomamente alla formazione dei propri dipendenti, ovviamente potendosi avvalere di idonee strutture formative. L'indagine effettuata per tale ipotesi, soprattutto nella fase successiva delle audizioni, ha riguardato

l'impegno concreto dell'appaltatore nel formare i propri lavoratori, rendendoli abili ad affrontare le diverse lavorazioni, compatibili con la loro professionalità, presso diversi committenti.

Un eventuale assolvimento dell'incarico formativo da parte del committente nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore minerebbe la genuinità del contratto di appalto sotto diversi aspetti. In primo luogo, evidenzierrebbe un'assoluta assenza di organizzazione dei mezzi necessari, tra cui quelli immateriali riconducibili al *know how* aziendale che l'appaltatore dovrebbe infondere nei suoi lavoratori per uniformare il suo standard qualitativo, segno distintivo delle sue capacità professionali sul mercato. In secondo luogo, la formazione eseguita direttamente dal committente sarebbe orientata alle proprie esigenze aziendali, conformando ed equiparando i lavoratori dell'appaltatore con i propri, realizzando un'esplicita violazione dell'esercizio del potere direttivo ed organizzativo, che dovrebbe essere di esclusivo appannaggio del soggetto appaltatore.

Il requisito della qualità di imprenditore del soggetto appaltatore ha fornito lo spunto per affrontare una delicata questione inerente alle conseguenze derivanti dal successivo disconoscimento di tale qualità da parte degli organi di vigilanza tributaria, chiamati ad effettuare le verifiche nel campo del corretto versamento dell'IVA. La funzione consulenziale ed assistenziale della Commissione era stata attivata per individuare possibili soluzioni affinché la certificazione potesse “blindare” il contratto da futuri accertamenti di natura

tributaria, quantomeno per quanto concerne le conseguenze derivanti dal disconoscimento della qualità imprenditoriale del soggetto appaltatore. La problematica riguardava il recupero degli importi IVA indebitamente detratti dai bilanci delle imprese appaltatrici poi risultate non in possesso di tale qualità, con la conseguenza del recupero integrale di quanto dovuto all'erario direttamente dalle casse del soggetto committente.

La soluzione prospettata riguardava un'ipotesi di estensione analogica, agli organi di vigilanza tributaria, seppur con riferimento alla verifica della qualità di imprenditore, dei principi contenuti nella Direttiva Sacconi del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 18 settembre 2008 la quale, con riferimento alla riorganizzazione dei servizi ispettivi, prevedeva che nell'ambito delle verifiche sugli appalti illeciti “l'attività investigativa (degli ispettori del lavoro) dovrà concentrarsi sui contratti che non sono stati oggetto di certificazione”.

Si proponeva, in sostanza, che una volta che l'organo certificatorio avesse verificato anche la qualità di imprenditore del soggetto appaltatore, tale accertamento dello *status* non potesse essere messo in discussione da un successivo accertamento tributario, ovviamente esperibile per la eventuale ricorrenza di fattispecie di reato riconnettibili comunque all'effettivo soggetto appaltatore.

Anche per tutelare adeguatamente il soggetto committente da un successivo pagamento di importi IVA, stante l'eventuale assenza di

un soggetto appaltatore abilitato all'emissione di una corretta fatturazione, la Commissione ha proposto un'indagine, da svolgersi nella successiva fase delle audizioni delle parti, orientata alla verifica dei dati inerenti la sfera pubblicistica, contabile e tributaria dei soggetti coinvolti, richiedendo l'iscrizione alla Camera di Commercio, un certificato di assenza di carichi penali e tributari pendenti e, per le aziende dotate di rilevanti strumentazioni, il libro cespiti. Tale documentazione, insieme alle predette verifiche, dovranno consentire di appurare nel senso positivo o negativo la qualità di imprenditore del soggetto appaltatore.

g) *il corrispettivo*

La valutazione dei criteri per la determinazione dell'importo di corrispettivo pattuito è rilevante ai fini del giudizio di genuinità del contratto di appalto, risultando fortemente connessa ad un'effettiva assunzione del rischio d'impresa dell'appaltatore. Qualora l'esborso economico di quest'ultimo fosse “marginale ed insignificante”¹¹⁷, destinato solo alla copertura del mero costo della manodopera, non sarebbero rilevabili elementi utili a qualificare come genuino il contratto stipulato.

Il corrispettivo, pertanto, pur nella doverosa predeterminazione complessiva del suo importo, andrà determinato

¹¹⁷ Cassazione Civile, Sez. Lavoro, 11 maggio 1994 n. 4585, in *Dir.Prat.Lav.*, 1994, p. 2698

tenendo in debita considerazione una serie di fattori inerenti un'esecuzione "aleatoria" dell'appalto, in quanto non potrà essere simile agli altri eventuali appalti che l'imprenditore abbia in essere con altri committenti o, nel caso di rinnovi con lo stesso, uguale al precedente contratto scaduto. La natura del contratto, infatti, porta con sé un grado di imprevedibilità relativa alle possibili vicende esecutive che non potrebbe giustificare la previsione di un corrispettivo fisso e standardizzato per appalto o per settore merceologico.

Anche le modalità di corresponsione del corrispettivo assurgono a elementi rilevanti ai fini dell'indagine di cui al presente lavoro. Di sicuro non sarà genuino quel contratto in cui è lo stesso committente a retribuire i dipendenti dell'appaltatore, manifestando un esercizio di un potere direttivo ed organizzativo a lui non competente, realizzandosi la fattispecie non ammessa dell'interposizione illecita di manodopera.

Un'ulteriore valutazione negativa potrebbe derivare dall'accertamento del metodo di calcolo del corrispettivo pattuito per l'esecuzione dell'appalto, qualora lo stesso fosse determinato dal committente basandosi esclusivamente sulle ore o giornate lavorative effettivamente svolte dai lavoratori dell'appaltatore, parametrando l'importo sulle retribuzioni orarie dei propri dipendenti, comprensive degli oneri previdenziali ed assistenziali. Una modalità non conforme ai requisiti di genuinità del contratto di appalto, in quanto in palese

contrasto con il sinallagma contrattuale contenuto nell'art. 1655 del codice civile che statuisce il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

A fronte di tali considerazioni, lo studio dei contratti analizzati ha condotto ad evidenziare la necessità di determinare un corrispettivo in grado di rispecchiare economicamente l'intero programma negoziale stipulato. Pertanto, si è spesso evidenziato come dovessero far parte della voce corrispettivo anche i valori economici relativi ai consumi di energia elettrica, acqua, gas riconducibili alle attività realizzate dall'appaltatore nei locali del committente. Nella valutazione del corrispettivo, quindi, dovranno confluire anche i costi relativi all'eventuale affitto di macchinari o utensili ed alla locazione degli immobili, se pattuita.

h) ulteriori criteri di valutazione della genuinità del contratto

Nell'ambito della verifica globale dei principali indici rivelatori della genuinità del contratto di appalto, si è altresì prestato attenzione, soprattutto in sede di audizione delle parti, ad ulteriori elementi significativi.

Si pensi al controllo diretto sui dipendenti dell'appaltatore da parte del committente o suoi preposti, mediante una costante presenza nei luoghi aziendali, pur destinati alle lavorazioni appaltate. Una supervisione delle attività affidate a terzi soggetti che limita

fortemente la sfera di autonomia operativa dei dipendenti dell'appaltatore, ponendo in serio dubbio la genuinità del contratto in essere.

Altri elementi che concorrono alla formazione di un giudizio negativo circa la possibile certificazione del contratto di appalto sono stati riscontrati nella richiesta di ferie o permessi presentata dai dipendenti dell'appaltatore direttamente al committente, con la possibilità riconosciuta di provvedere o meno alla loro concessione a seconda delle concrete necessità del ciclo produttivo. Oppure, l'esercizio del potere gerarchico e disciplinare da parte del committente anche sui dipendenti dello pseudo appaltatore mediante la previsione di sanzioni disciplinari e di eventuali licenziamenti.

Ancora, la predetta equiparazione retributiva tra dipendenti anche per quanto concerne eventuali aumenti riconosciuti ai lavoratori del committente ed automaticamente estesi a quelli dell'appaltatore.

Una più penetrante interferenza nella gestione organizzativa del personale è riscontrabile nella scelta del numero e dei dipendenti dell'appaltatore da destinare ai vari turni lavorativi rimessa al soggetto appaltante, il cui "utilizzo" sistematico potrebbe portare all'ulteriore conseguenza patologica del ridimensionamento della compagine aziendale dell'appaltante, mediante una sostituzione con i lavoratori stabilmente destinati a quelle attività e forniti dall'appaltatore.¹¹⁸

¹¹⁸ RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro*, Milano, 2004, p. 305 e ss.

Anche l'esecuzione delle formalità burocratico amministrative da parte del committente per conto dell'appaltatore non depone a vantaggio di un corretto adempimento del contratto di appalto, realizzandosi per tale via un vero e proprio controllo fiscale e contabile delle attività appaltate.

Non da ultimo, un intervento diretto del committente nelle relazioni sindacali dei dipendenti dell'appaltatore rappresenta un modo concreto per far fronte a problematiche di lavoratori che non rientrano nel proprio organigramma, ma che lo stesso committente vorrebbe affrontare uniformemente per standardizzare le posizioni lavorative all'interno dei propri locali di lavoro, calpestando ancora una volta il necessario principio di differenziazione tra le diverse realtà lavorative.

6. L'audizione delle parti

Pur trattandosi di una fase solitamente successiva alle visite nei luoghi aziendali, sempre con riferimento specifico alla certificazione del contratto di appalto, il momento dell'audizione delle parti istanti rappresenta un fulcro imprescindibile e fondamentale per la determinazione delle valutazioni critiche della Commissione.

Durante l'acquisizione delle dichiarazioni dei soggetti presenti, in proprio o in qualità di delegati, gli organi della Commissione provvedono ad assumere “informazioni sui fatti e sugli elementi dedotti o da dedurre nel contratto di lavoro di cui si chiede la certificazione”.¹¹⁹

Le modalità concrete di svolgimento di tale rilevante fase istruttoria sono regolate dai cinque commi dell'art. 5 del D.M. del 21 luglio 2004.

In particolare, anche se il primo comma dell'art. 5 prescrive che le parti istanti “devono presentarsi dinanzi alla Commissione nella data e nell'ora stabilite”, la prassi utilizzata per i contratti di appalto ha previsto un'audizione *in loco*, ossia nei luoghi dove materialmente si svolge l'attività dedotta nel contratto, in un momento immediatamente successivo alla visita degli stessi.

Procedendo la Commissione ad una certificazione del contratto e non della sua esecuzione, in sede di audizione sono state raccolte le indicazioni che le parti istanti intendevano fornire in merito al contenuto ed alle modalità della prestazione dedotta in contratto, contestualmente riportate dai membri incaricati in apposite “schede riepilogative”, contenenti altresì i rilievi di eventuali criticità riscontrate durante la visita nei luoghi aziendali.

La fase dell'audizione prende l'avvio solo dopo aver accertato la volontarietà dell'istanza presentata da entrambe le parti, in particolare committente ed appaltatore. Tale valutazione è

¹¹⁹ Art. 5, comma 2, D.M. 21 luglio 2004

fondamentale per non inficiare l'intero procedimento certificatorio, in quanto potrebbe verificarsi che, tra i due soggetti istanti, solo uno fosse effettivamente interessato al provvedimento finale. Si pensi all'ipotesi in cui sia l'appaltatore a chiedere la certificazione del contratto coinvolgendo l'appaltante, anche al fine di poter utilizzare tale strumento come attestato di qualità spendibile sul mercato nei confronti di altri futuri committenti.

In realtà, l'esperienza empirica, nell'ambito dei contratti di appalto, non ha fatto registrare casi di non consapevolezza dell'attivazione e del significato della procedura certificatoria, più facilmente riscontrabili, invece, nei casi di certificazione dei singoli contratti di lavoro.

Con riferimento al campo di indagine ammesso per la fase di audizione, in passato si era dibattuto circa la possibilità che la certificazione potesse estendersi anche ai contratti ed ai rapporti già in corso d'opera.

Da un lato, c'era chi contestava un simile accertamento sul presupposto che agli organi certificatori non erano normativamente riconosciuti adeguati poteri istruttori per procedere ad una corretta indagine sulle vicende pregresse, per consentire alla certificazione di estendere i suoi effetti sin dall'inizio del contratto.¹²⁰ Inoltre, l'utilizzo di espressioni normative riguardanti l'intervento delle commissioni competenti per territorio nella cui circoscrizione si trova l'azienda o

¹²⁰ GAROFALO M.G., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, (a cura di) Curzio P., Bari, p. 421

una sua dipendenza “alla quale sarà addetto il lavoratore”, oppure il rilievo della difformità tra “il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione”, facevano propendere questa parte della dottrina per una certificazione avente ad oggetto rapporti di lavoro non ancora iniziati. Infatti, si sosteneva che “l'accertamento venga realizzato nella fase iniziale del contratto e che la dinamica del rapporto (...) sia quella successiva alla certificazione stessa”.¹²¹

Dall'altro lato, si collocavano i sostenitori della possibile estensione della certificazione anche ai contratti già in corso d'opera, che fondavano la loro interpretazione sull'assenza di ogni riferimento normativo che limitasse la procedura di certificazione ai soli contratti di nuova costituzione, e sul presupposto che la disciplina di implementazione del D.Lgs. n. 276/2003, in particolare il D.M. del 21 luglio 2004, prevedesse la possibilità di richiedere documentazione integrativa di quella già presentata, nonché il ricorso al mezzo delle audizioni per assumere informazioni rilevanti anche per le vicende pregresse.

Tuttavia, si è trattato di un dibattito che il cd. Collegato Lavoro ha risolto positivamente in favore del riconoscimento alla certificazione di un'efficacia estendibile anche al contratto in corso di esecuzione e sin dalla sua data d'inizio, qualora la “Commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con

¹²¹ SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv.giur.lav.*, 2003, I, p. 271 e ss.

quanto appurato in tale sede”¹²².

La problematica dibattuta, in realtà, non ha mai riguardato lo studio dei contratti di appalto, per i quali l'art. 84 del D.Lgs. n. 276/2003 prevedeva già che la certificazione potesse essere utilizzata sia in fase di stipulazione, sia nelle fasi di attuazione del relativo programma, quindi per contratti già in corso d'opera.

Rimarcando che le certificazioni analizzate hanno sempre riguardato il contratto e non la sua esecuzione, rimanendo, quindi, impugnabili per difformità tra quanto certificato e quanto materialmente eseguito successivamente, si è fatto ricorso ad un'attività istruttoria supplementare, volta ad accertare l'uniformità operativa delle parti nella fase antecedente alla presentazione dell'istanza per un contratto già in corso d'esecuzione. In sostanza, in sede di audizione, oltre alle informazioni ricevute dal committente e dall'appaltatore, si è provveduto ad acquisire, in separata sede, le dichiarazioni di lavoratori scelti a campione e presenti nei luoghi di lavoro, capo cantieri o semplici dipendenti del committente e dell'appaltatore, in grado di fornire un quadro veritiero e completo sul *modus operandi* nel periodo tra l'inizio del contratto e la successiva presentazione dell'istanza di certificazione.

Una volta accertata l'identità e la legittimazione dei presenti, prende forma la “scheda riepilogativa”, redatta dagli esperti con funzioni tecniche, nominati dalla Commissione, che provvedono a

¹²² Art. 79, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003, comma aggiunto dalla legge n. 183/2010, cd. Collegato Lavoro.

compilarla con le indicazioni fornite dalle parti istanti sulla base di apposite domande loro formulate e nella stessa già predisposte.

Il modello di scheda riepilogativa si compone di diversi settori tematici, espressione degli indici sopra analizzati ed utilizzati per la verifica della genuinità del contratto di appalto.

In primo luogo, si richiede alle parti una descrizione analitica su oggetto, luogo e durata dei lavori, dati necessari per inquadrare correttamente l'effettivo compimento dell'opera o del servizio, modalità di esecuzione e tempi di lavoro.

Si passa, quindi, alla specificazione del soggetto cui compete l'organizzazione dei mezzi necessari alla realizzazione dell'appalto. In particolare, spetterà all'appaltatore indicare le risorse umane, ed il loro inquadramento contrattuale, nonché quelle strumentali che utilizzerà o già utilizza per l'esecuzione dell'appalto. La finalità sottesa a tale indice è quella di poter trarre un quadro completo circa l'effettiva sussistenza della struttura aziendale dell'appaltatore, sotto il profilo strumentale, ma anche del personale, che, se assunto a tempo indeterminato, rappresenta una maggiore garanzia di solidità e stabilità.

La scheda prevede, inoltre, l'indicazione del soggetto titolare effettivo del potere direttivo sui dipendenti dell'appaltatore, che potrebbe essere lo stesso titolare o un suo preposto, con la specificazione dei soggetti destinatari delle richieste di ferie o permessi, e l'indicazione del sistema di rilevazione delle presenze.

A sostegno della verifica della qualifica di imprenditore del soggetto appaltatore, vengono richieste informazioni circa la formazione dei dipendenti utilizzati nell'esecuzione dell'appalto, la professionalità dell'imprenditore, sia sotto il profilo delle competenze nel settore sia sotto il profilo di un'eventuale pluri-committenza in atto.

Dopo la specificazione dell'importo e delle modalità di calcolo del corrispettivo, il committente è chiamato a pronunciarsi circa l'adempimento degli obblighi relativi alla verifica dell'idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore, secondo le norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, ivi compreso l'eventuale predisposizione del DUVRI.

La scheda rende edotte entrambe le parti circa gli effetti civili, amministrativi, previdenziali e fiscali della certificazione, nonché della instaurata responsabilità solidale tra committente ed appaltatore per le retribuzioni e contribuzioni dei dipendenti ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003.

Risulta rilevante, inoltre, l'accertamento in merito ad eventuali rapporti pregressi o in essere tra lavoratori del committente ed appaltatore, al fine di scongiurare un eventuale pericolo di riduzione della compagine aziendale della stazione appaltante a seguito dell'acquisizione effettuata, o in corso di effettuazione, del personale dell'appaltatore, celando una velata ipotesi di illecita fornitura di manodopera.

La scheda si conclude, infine, con l'esplicazione delle motivazioni, economiche o meno, che hanno indotto il committente a concludere il contratto di appalto oggetto di possibile certificazione, e che, nel corso degli studi effettuati, hanno spaziato dalla mera volontà di esternalizzare particolari lavorazioni a soggetti terzi più specializzati, ad una volontà di decentrare attività economicamente non più sostenibili all'interno della compagine aziendale, fino al necessario ricorso all'*out sourcing* per far fronte ad un'elevata mole di lavoro settoriale e specialistico, non prettamente aderente all'oggetto sociale della stazione appaltante.

7. Le valutazioni della Commissione ed il provvedimento di certificazione

Conclusasi la fase di audizione, i membri incaricati espongono i risultati e le indicazioni provenienti dalle visite aziendali e dal contenuto della scheda riepilogativa al gruppo istruttorio, individuato e nominato dalla Commissione per lo studio del contratto di appalto da certificare.

Il gruppo istruttorio analizza tutti i profili di criticità riscontrati e gli aspetti positivi delle modalità operative poste in essere dalle parti istanti, o, per i contratti non ancora iniziati, le

ipotesi di difficoltà future che potranno rinvenirsi nel caso di esecuzione del contratto secondo quanto contenuto nel programma negoziale proposto.

Convocata la Commissione di Certificazione, nel rispetto del termine di trenta giorni di chiusura del procedimento dalla presentazione dell'istanza scritta, la stessa si riunisce alla presenza dei membri necessari al rispetto del *quorum* legale nonché, eventualmente, del Direttore o suo delegato della DTL competente per territorio, che potrebbe manifestare delle osservazioni od eccezioni sul contratto da certificare.

Il gruppo istruttorio provvede ad esporre ai membri riuniti le risultanze di tutta l'attività istruttoria posta in essere, dai dati provenienti dal controllo iniziale documentale sino alle valutazioni derivanti dalle visite aziendali e dalle schede riepilogative.

La Commissione, così interessata e coinvolta degli approfondimenti critici ed empirici effettuati, si esprime manifestando eventuali rilievi o riserve che, seppur non ostativi all'eventuale certificazione, rappresentano l'espressione della valutazione critica della stessa.

Qualora la Commissione decidesse di deliberare la certificazione del contratto oggetto di analisi, si provvederà ad emettere il “provvedimento finale”, al quale verrà allegata una “scheda istruttoria” redatta dal gruppo istruttorio con le risultanze, espresse in maniera sintetica, di tutta l'attività di studio condotta in

relazione a quel particolare contratto.

Infatti, il provvedimento di certificazione, ai sensi dell'art. 6, comma 3, del D.M. Del 21 luglio 2004, deve “dare atto di tutte le fasi procedurali scaturite dalla istanza di certificazione (...) dei soggetti presenti (...) nonché le osservazioni dagli stessi eventualmente presentate”.

Dal canto suo la scheda istruttoria non rappresenta una superflua appendice del provvedimento, ma un imprescindibile pertinenza contenente tutte le motivazioni a sostegno del parere positivo o negativo sulla certificazione, e, soprattutto, i rilievi ed i suggerimenti che la Commissione evidenzia alle parti istanti, le quali, per uniformarsi correttamente alla decisione deliberata, saranno chiamate ad apportare le dovute modifiche alle clausole contrattuali o alle modalità operative riscontrate.

8. Alcune valutazioni conclusive in chiave ricostruttiva

L'esperienza di ricerca condotta e maturata in seno alla Commissione di Certificazione ha segnato le linee guida del presente contributo.

Una partecipazione che, snodatasi nel corso dell'ultimo triennio, non ha risentito dell'iniziale diffidenza dottrina riversatasi

nei confronti della procedura certificatoria, derivante forse dalla temporanea mancanza di un terreno fertile idoneo a recepire le innovazioni dell'istituto.

Si è avuto modo di approfondire una fattispecie non più oggetto di un'iniziale sperimentazione, ma ben strutturata e normativamente sostenuta anche da discipline di implementazione successive al D.Lgs. n. 276/2003, tra cui il D.M. Del 21 luglio 2004, e, soprattutto, la legge n. 183/2010, cd. Collegato Lavoro.

La collaborazione alle varie attività ha consentito di approcciarsi ad un istituto giuridico caratterizzato da una profonda dinamicità e da un'apprezzabile finalità socio-giurisdizionale.

Il primo aspetto, con particolare riferimento al contratto di appalto, lo si è riscontrato nello svolgimento delle attività di audizione e di quelle ad esse propedeutiche e conseguenziali. Basti pensare alla corposa produzione giurisprudenziale che, partendo dal dato normativo della “reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio di impresa”, ha contribuito a definire diversi indici rivelatori della genuinità del contratto di appalto, in grado di adattarsi dinamicamente alle differenti realtà aziendali.

Tuttavia, pur nella maggiore diffusione dell'istituto rispetto ai precedenti periodi di entrata in vigore della legge, occorrerebbe procedere ad una capillare informazione dei suoi contenuti e delle sue potenzialità su tutto il tessuto aziendale presente sul territorio. Molto spesso, nonostante il rispetto del principio di attivazione volontaria

della procedura, le parti istanti non erano completamente a conoscenza della portata e delle potenzialità connesse all'ottenimento della certificazione.

Sarebbe, pertanto, opportuno che la possibilità di rivolgersi volontariamente agli organi di certificazione venisse contemplata tra i requisiti essenziali di ogni contratto di lavoro, ivi compresi i contratti di appalto, mediante la predisposizione di un'apposita clausola, alla pari di quelle che prevedono e individuano i competenti organi da adire in caso di insorgenza di future controversie di lavoro.

Per quanto concerne la finalità socio-giurisdizionale, nel corso dell'esperienza maturata si sono verificati i due diversi profili che la connotano.

In primo luogo, la partecipazione attiva dei soggetti istanti all'intera procedura di certificazione, a partire dallo studio documentale del contratto proposto sino alle successive fasi di visita dei luoghi aziendali ed audizione delle parti, ha reso possibile una maggiore consapevolezza sociale in merito al contenuto dei contratti stipulati, grazie anche al contributo sostanziale del ruolo consulenziale ed assistenziale della Commissione. Mediante la focalizzazione delle problematiche e criticità di volta di volta riscontrate, si è assistito alla progressiva familiarizzazione delle aziende con le norme e con i loro gradi di tolleranza applicativa, contribuendo alla correzione di alcuni illeciti comportamenti aziendali, non più riscontrati in eventuali procedure di rinnovo dei

contratti certificati.

In secondo luogo, la primaria *ratio* della certificazione, finalizzata alla deflazione dei provvedimenti giurisdizionali, ha trovato pieno riscontro nelle intenzioni delle parti istanti, spinte a richiedere la certificazione non solo per l'attestazione della virtuosità del proprio contratto, ma soprattutto per evitare future possibili contestazioni sul contenuto dello stesso, salve le ipotesi di totale difformità tra quanto certificato e quanto concretamente posto in essere dalle parti.

Tuttavia, la funzione deflattiva non è stata ancora totalmente perseguita, in virtù di una differente reazione degli organi deputati al controllo della disciplina giuslavoristica e di quelli deputati al controllo della normativa fiscale e tributaria. Infatti, se per i primi la nota Direttiva sugli organi ispettivi, dell'allora Ministro Sacconi, e il recente Protocollo d'Intesa con l'Ordine dei Consulenti del Lavoro del 15 gennaio 2014, prevedono rispettivamente che gli ispettori del lavoro debbano concentrare le loro attività di indagine su quegli appalti che non sono stati oggetto di certificazione, e che l'attività di vigilanza dovrà orientarsi “in via assolutamente prioritaria nei confronti delle imprese prive della ASSE.CO”, ferme le ipotesi di intervento necessario, una simile disposizione non è prevista per gli organi di vigilanza tributaria e fiscale.

Pertanto, sul presupposto che la certificazione in materia di appalto produce effetti civili, amministrativi, previdenziali ed anche

fiscali, occorrerebbe definire meglio la normativa in merito a tali ultimi risvolti. Dal momento che gli organi certificatori, grazie alla loro attività istruttoria, sono in grado di verificare l'effettiva consistenza e struttura aziendale del soggetto appaltatore, si dovrebbe prevedere, alla pari di quanto contenuto nella Direttiva Sacconi, un intervento normativo o ministeriale in grado di limitare la portata degli accertamenti fiscali e tributari, quantomeno facendo salve le accertate qualità imprenditoriali del soggetto appaltatore.

BIBLIOGRAFIA

- ALVINO I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, n. 3/2007
- ANGIELLO L., *L'appalto di servizi*, in *La Riforma del mercato del lavoro, Commento al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 1-32)*, a cura di Luisa Galantino, Giappichelli, 2004
- CACCIAPAGLIA L., *La certificazione dell'appalto*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, Perone G. e Vallebona A. (a cura di), Torino, 2004
- CAMPANELLA P. , *Il Libro bianco e il disegno di legge delega in tema di mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2002, 9.
- CARINCI F., *Il casus belli degli enti bilaterali*, in *Lav. dir.*, 2003
- CARINCI F., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il Codice civile – Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000
- CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Il diritto del lavoro dal “Libro bianco” al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002
- CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Cod. Civ.*, Milano, 2000
- CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, 2008
- CASOTTI A., GHEIDO M., *Certificazione dei contratti di lavoro*, IPSOA, Milano, 2004
- CHIECO P., *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *Lav.giur.*, n. 5/2007
- CONTI G., *La certificazione come rimedio contro l'incertezza*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, Perone G. e Vallebona A. (a cura di) , Torino, 2004,

CORTI M., *Il cd. Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, conciliazione e arbitrato*, in *RIDL*, 2011, 1, III

COSTANTINO G., *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in AA.VV., *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari, 2004, p. 452.

DE ANGELIS L., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2009

DE ANGELIS L., *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci– M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal 'libro bianco' al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002

De ANGELIS L., *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2004, I

DE LUCA TAMAJO R., *I processi di esternalizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, in *DML*, 1999, I

DEL GIUDICE-MARIANI-IZZO, *Diritto del lavoro*, Edizioni giuridiche Simone, XXII Edizione

DEL PUNTA R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004

DEL PUNTA R., *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002

DELLA ROCCA G., *Le commissioni di certificazione*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, Perone G. e Vallebona A. (a cura di), Torino, 2004

D'AURIA M., *Dei singoli contratti*, vol. 2, *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2002

DONDI G., *Procedure di certificazione*, in *Trattato di Diritto del Lavoro*, diretto da Persiani M. e Carinci F., *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol IV, Padova, 2012

DONDI G., *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in AA.VV.,

Scritti in memoria di Salvatore Hernandez, in *Dir.lav.*, 2004, III

FALASCA G., *Appalto, somministrazione e distacco: interventi della giurisprudenza e del Ministero*, in *Guida al lavoro*, Il Sole 24 Ore, n. 31 del 28 luglio 2006

GALANTINO L., *Diritto del lavoro*, Torino, 2012

GAROFALO M.G., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in AA.VV. *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari, 2004

GHERA E., *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2002

GHERA E., *Diritto del lavoro*, Bari, 2000

GIANNATTASIO C., *L'appalto*, Milano, 1967

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993

GRAGNOLI E., *Commento all'art. 84, dlgs n. 276/2003*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al d.lgs. n. 10 settembre 2003 n. 276*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Padova, 2004

GRAGNOLI E., *Altre ipotesi di certificazione*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Padova, 2004

HERNANDEZ S., *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, 1990

ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *GDLRI*, 1999

ICHINO P., *Le nuove forme del decentramento produttivo*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1999, III

ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *GDLRI*, Trento, 1999

- LAI M., *La certificazione nel cd. Collegato lavoro*, in *RIDL*, 2012, 1, III
- MACIOCE F., *La rilevanza delle certificazioni nei rapporti interprivati e nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in *RIDL*, 2013, 4
- MARAZZA M., *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, in *ADL*, 2011/1
- MARIUCCI L., *La forza di un pensiero debole. Una critica del "Libro bianco del lavoro"*, in *Lav. dir.*, 2002
- MASSI E., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. prat.lav.*, 2004, inserto n. 34, p. XIV e ss., commento al d.m. 21 luglio 2004 in *Gazz. Uff.*, serie generale n. 198 del 24 agosto 2004
- MASSI E., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Diritto e Pratica del lavoro*, n. 34, 2004
- MAZZIOTTI F., *Limiti alla flessibilità*, in *Lav.giur.*, 12, 2001
- MAZZOTTA O., *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2013
- MAZZOTTA O., *Appalto di prestazioni di lavoro*, in *Enc.giur.Treccani*, II, 1988
- MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav.dir.*, 1, 1993
- NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Guida al lavoro*, 2003, 10
- NOGLER L., *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mass. giur. Lav.*, 2003
- NOGLER L., *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 2003
- NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2004, n. 2
- NOGLER L., *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del*

socio lavoratore di cooperativa, in *Nuove leggi civ.comm.*, 2002

PIZZUTI P., *La certificazione dell'associato in partecipazione*, in Perone G.-Vallebona A. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino, 2004

QUADRI G., *Processi di esternalizzazione: tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Napoli, 2004

RAUSEI P., *La certificazione del contratto di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, 10, inserto *la riforma del mercato del lavoro*, p. XIII.

RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro*, Milano, 2004

RAUSEI P., *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Milano, 2006

ROMEO C., *Il nuovo istituto della certificazione*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, Perone G. e Vallebona A. (a cura di), Torino, 2004

SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982

SERRA C., PASQUINI F., *Il ruolo degli enti bilaterali dopo la riforma*, in *Giur. Lav.*, 2003, n. 4

SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. Lav.*, 2003, 4

SPEZIALE V., *Gli organi abilitati alla certificazione*, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da Franco Carinci, *Certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, 2004

SPEZIALE V., *Competenza territoriale degli organi certificatori*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276* a cura di F. Carinci, Milano, 2004

SPEZIALE V., *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, in AA.VV., *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, op.cit.*, IV

SPEZIALE V., *La certificazione della somministrazione e dell'appalto di opere e*

servizi, in V. Speciale, L. Lunardon, P. Bellocchi (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*

TAVELLA M., Nota ad Interpello MLPS n. 77 del 22 aprile 2009 in *Dir.prat.lav.*, 2009, 44

TIRABOSCHI M., *Le procedure di certificazione*, in *La Riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro n. 30/2003*, in *Giur. lav.*, suppl. n. 4

TULLINI P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2007

VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, I, 1992

VENTURA L., *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984

VIRGA P., *Diritto amministrativo*, Milano, 2001

Ringraziamenti

A conclusione di questo coinvolgente percorso di studio e di ricerca, desidero rivolgere i miei più amorevoli ringraziamenti alla mia mamma, al mio papà e a mio fratello Francesco, abili ad abbattere ogni forma di distanza e a trasmettermi ogni giorno il loro entusiasmo, frutto del coinvolgimento con cui quotidianamente hanno seguito tutte le mie attività didattiche e di certificazione.

Un doveroso e caloroso ringraziamento al Prof. Alberto Levi, che, da molti anni ormai, ha contribuito e contribuisce alla mia crescita professionale ed umana, infondendomi, con passione e dedizione, il suo insegnamento, il suo approccio didattico, la cultura del rispetto e dell'abnegazione.

Un sentito e vivo ringraziamento al Prof. Francesco Basenghi, la cui autorevolezza di pensiero, espressa con disarmante umanità, mi ha consentito di apprezzare e valorizzare la vera cultura giuridica, dalla più alta ed elegante dottrina sino alle più concrete applicazioni pratiche delle norme di diritto.

Due professori e professionisti del diritto che, anche nell'ambito dell'esperienza di certificazione, hanno sempre saputo coniugare l'aspetto didattico e lavorativo con una coinvolgente partecipazione lontana da aridi formalismi, rendendomi profondamente onorato ed orgoglioso di poter essere considerato un loro collaboratore.

Un ringraziamento al Dott. Alberto Russo, che, con la sua

professionalità e dedizione nello studio del diritto, garantisce il buon funzionamento della Commissione di Certificazione, con cui ho condiviso un'esperienza formativa, non solo didattica ma fortemente umana, grazie anche alle sue qualità personali.

Un affettuoso ringraziamento al Dott. Massimiliano Vaccari, collega e amico, col quale ho condiviso una molteplicità di esperienze di audizione, nella totale convinzione che la nostra sinergia ci avrebbe aiutato a risolvere le più disparate problematiche contingenti, senza dimenticare gli aneddoti e le situazioni divertenti che ci hanno accompagnato in questo triennio.

Un ringraziamento al Dott. Iacopo Senatori, la cui puntuale preparazione e professionalità hanno reso possibile, per me e gli altri dottorandi, positivi confronti giuridici sulle tematiche del diritto del lavoro, grazie anche alla sua disponibilità a risolvere questioni non prettamente giuridiche.

Un ringraziamento a tutti gli ulteriori membri della Commissione, il Prof. Golzio, il Prof. Fabbri, il Prof. Pinardi, il Prof. Aloisio, il Prof. Scagliarini, il Prof. Zini, l'Avv. Timellini, per aver potuto collaborare ed apprendere con loro.

Un ringraziamento alla disponibilità della Dott.ssa Serra, della Dott.ssa Rivas, della Dott.ssa Curzi, della Dott.ssa Rymkevich, di Gabriele Benassi, di Anna Castellari e di Manuela Ferrari.

Un ringraziamento particolare al mio padrino, Dott. Elio Ivagnes, la cui egida umana e professionale ha sempre riversato nei miei confronti, seguendo con interesse ogni mia scelta di studio e incoraggiandola con vivida e affettuosa partecipazione.

Infine, un ringraziamento ai miei amici Elisa, Anna, Raffaella, Ada, Consuelo, Filomena, Silvana, Giuseppe D., Giovanni, Stefano, Alberto, Antonio, Giacomo, Marco, Guglielmo, Raffaele, Guido, Giuseppe A., che in questi anni di studio mi hanno sempre incoraggiato e sostenuto con il loro affetto e la loro simpatia, e a chi mi ha regalato una... “gioia infungibile ... incredibilmente emozionante...”

fabrizio