



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MODENA E REGGIO EMILIA

ADAPT

Fondazione
Marco Biagi **Fondazione
Marco Biagi**

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia



I contratti di appalto e la somministrazione

Modena, 28 novembre 2008

Chiara Bizzarro

chiara.bizzarro@unimore.it

www.fmb.unimore.it

Scuola di alta formazione in
Relazioni industriali e di lavoro

Un quadro normativo instabile

- Appalto e somministrazione sono stati oggetto di ripetuti interventi normativi a partire dal 2003 allorquando il legislatore della Riforma Biagi ha riformato l'assetto giuridico delle esternalizzazioni produttive.
- Il passaggio di legislatura ha segnato una *rilevante discontinuità* rispetto all'impianto originario della regolazione riformata.
- Si pensi all'appalto, in primo luogo ma anche alla vicenda relativa alla c.d. abolizione dello staff leasing.
- Ne è derivato *un quadro normativo attuale instabile, incerto, verosimilmente oggetto di future riforme.*

Il tema fondamentale (solo apparentemente?): la distinzione tra appalto e somministrazione

- ◆ L'impostazione classica al problema del rapporto tra appalto e somministrazione considera come *tema di maggiore interesse quello relativo ai c.d. criteri distintivi tra appalto e interposizione.*
- ◆ Si dà qui per acquisito – seppure di per se non scevro di criticità – l'assunto che vede l'interposizione completamente assorbita nello schema della somministrazione (cfr. formulazione art. 29, comma 1 e art. 84, comma 1).
- Cfr. Cass. Pen. Sez. III 11 novembre 2003 n. 2583 «Se si tiene presente la chiara opzione non formalistica del legislatore nella materia, per cui i contratti valgono per il loro contenuto effettivo e non per il *nomen iuris* assegnato, e si considera la distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi ribadita dall'art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003 [...] se ne deve concludere che ogni volta che un imprenditore utilizzi prestazioni di lavoratori forniti da altri, assumendosi però l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavoratori e il rischio d'impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera, che resta vietata e penalmente sanzionata se priva dei requisiti soggettivi e oggettivi prescritti dalla nuova legge. *Per conseguenza, quello che secondo la legge abrogata era considerato appalto di mere prestazioni di lavoro, è ora qualificato come somministrazione di lavoro ed è ugualmente punito se esercitato da soggetti non abilitati o fuori delle ipotesi previste dalla nuova legge.*

La Direttiva del 18 settembre 2008

- ◆ Anche la Direttiva sulle ispezioni del 18 settembre scorso si occupa delle esternalizzazioni produttive e degli istituti qui considerati - se si eccettua un marginale riferimento alla somministrazione di lavoro per i profili tuttavia legati alla regolazione “macro” del mercato del lavoro e segnatamente al funzionamento delle politiche di *workfeare* - solo ed esclusivamente con riferimento alle *Verifiche sugli appalti illeciti*.
- ◆ La direttiva precisa che obiettivo *assoluto* dell’attività ispettiva è il contrasto alla interposizione illecita e fraudolenta mediante la verifica della sussistenza dei criteri di genuinità di cui all’articolo 29 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

I criteri distintivi tra appalto e interposizione

- ◆ La giurisprudenza evolutiva in tema di divieto di interposizione: la rilevanza del *know-how* dell'appaltatore e *la valutazione comparativa della rilevanza dei fattori produttivi necessari per l'esecuzione dell'opera o del servizio* come criteri *correttivi delle rigidità della presunzione assoluta* di interposizione.
- ◆ Il dibattito dottrinale *de iure condendo* si caratterizzava:
 - la diversa rilevanza attribuita all'accertamento in merito all'esercizio concreto del potere di eterodirezione *vs.* il criterio dell'accertamento della genuina imprenditorialità dell'appaltatore (il problema della monocommittenza).
 - La proiezione del dibattito sull'opportunità o no di distinguere tra appalto e *staff leasing*.

Il contenuto dell'art. 29, comma 1

- Art. 29: Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo (relativo appunto a somministrazione e appalto), il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la *organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore*, che può anche risultare, *in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto*, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa.

.... una soluzione “mediana”....

- Non è risolutivo l'accertamento del potere direttivo ma occorre valutare tale criterio alla luce della nozione tradizionale di cui all'articolo 1655 c.c.
 - ◆ Depone in questo senso espressamente anche l'articolo 84, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 che facendo riferimento a codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino dispone che questi devono tener conto *della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore*

La “smaterializzazione” degli appalti: l’ampliamento del mercato degli appalti leciti.

- Esiste un grado di “smaterializzazione degli appalti” diversamente ricostruito in dottrina, che si traduce comunque in un ampliamento del mercato degli appalti senza tuttavia determinare il venir meno della rilevanza di una distinzione ontologica tra appalto e somministrazione.
- Il legislatore del 2003, facendo proprie le linee della giurisprudenza evolutiva sull’applicazione del divieto di interposizione, ha accordato rilevanza al criterio dato dall’accertamento dell’effettivo esercizio del potere direttivo, ma ha escluso che tale criterio potesse essere in quanto tale risolutivo di ogni questione sulla genuinità del singolo appalto.

Rilevanza dell'accertamento della effettiva “imprenditorialità” dell'appaltatore

- Benché non sia stata seguita la soluzione prospettata in dottrina secondo cui tale distinzione avrebbe dovuto essere abolita, rimane la rilevanza del criterio dato dall'accertamento della consistenza imprenditoriale dell'appaltatore.
- Tale criterio non opera sul piano della fattispecie: essa è stata costruita sulla base dell'impianto della 1369/1960 la cui interpretazione maggioritaria era nel senso dell'oggettività e assolutezza del divieto interpositorio
- Esso opera come forma di strumento, indiretto, di regolazione del mercato, ma con una soluzione diversa rispetto a quella fatta propria dalla legge 1369:
 - ◆ la selezione non è perseguita sul piano della presunzione assoluta imponendo di fatto un determinato assetto di proprietà dei fattori produttivi;
 - ◆ si gioca invece sull'ampliamento del vincolo solidale e sulla corresponsabilizzazione di committente e appaltatore rispetto all'utilizzo di forza lavoro;
 - ◆ si supera cioè l'approccio che vede nelle esternalizzazioni produttive la patologia a favore di una ratio di governo del fenomeno e di rimodulazione delle tutele.

Conseguenze:

Criteri e variabili di accertamento della genuinità dell'appalto

- Natura dell'opera o del servizio:
 - ♦ Corretta individuazione dell'oggetto dell'appalto e della contestualizzazione di tale oggetto all'interno del ciclo produttivo del committente in modo tale che emerga l'utilità produttiva oggettiva e autonomamente apprezzabile perseguita dal committente con l'esternalizzazione della fase di attività ad un soggetto specializzato.
 - L'esternalizzazione interviene sulla scorta di una precisa e puntuale analisi organizzativa – risponde ad un criterio di razionalità ed efficienza e non dipende dall'abbassamento di standard del lavoro.
- Organizzazione di impresa:
 - ♦ Corretta individuazione dell'organizzazione dell'imprenditore appaltatore tale da essere idonea alla realizzazione a regola d'arte dell'oggetto dell'appalto con la capacità di gestire e combinare adeguatamente i fattori produttivi coerentemente con l'indicazione relativa alla valutazione "comparativa" dell'apporto di ogni fattore produttivo
- Rischio di impresa e corrispettivo
- Il problema degli indici di congruità e l'abrogazione ad opera del d.l. 112

Il ruolo della certificazione

- Importanza della fase di progettazione dell'operazione economica e quindi di un efficiente regolamento contrattuale —————>
- Valorizzazione del ruolo dell'autonomia contrattuale —————>
- Valorizzazione dello strumento della certificazione (cfr. Direttiva Sacconi).

Mercato della somministrazione vs. Mercato degli appalti

Somministrazione

- Ampiezza del mercato:
 - ◆ SI: condizioni e limiti di ricorso all'istituto
- Barriere all'ingresso
 - ◆ Autorizzazione
 - accertamento genuina imprenditorialità dell'somministratore

Appalto

- Ampiezza del mercato:
 - ◆ NO: esclusione di ogni predeterminazione dell'assetto di proprietà dei fattori produttivi
- Barriere all'ingresso:
 - ◆ Meccanismo di mercato
 - i committenti esposti all'alea della solidarietà verosimilmente dovrebbero avvalersi di appaltatori solidi che li garantiscano in concreto rispetto all'operatività del vincolo solidale.

Il funzionamento del meccanismo di solidarietà negli appalti

- Oggetto del vincolo solidale: evoluzione normativa
 - ◆ Situazione attuale: rapporto tra articolo 29, comma 1 e articolo 35, comma 28 c.d. Decreto Bersani
 - esiste una differenziazione della posizione giuridica del committente e dell'appaltatore?
- Il problema della frammentazione degli appalti: subappalto e consorzio

La regolazione della solidarietà nei contratti

- Le cautele del committente:
 - ◆ A) Selezione accurata della controparte
 - ◆ B) Divieto di subappalto (con penale)
 - ◆ C) Garanzie: fideiussioni, assicurazioni, cauzioni
 - ◆ D) Acquisizioni documentali
 - Quali limiti?

Prospettive evolutive: l'appalto

- A seguito dei diversi interventi in materia di appalto sembra verosimile che si proceda ad una riforma a fronte di un rilevante irrigidimento del ricorso alla fattispecie.
- In particolare dalla analisi sopra svolta emerge la riforma potrebbe avere ad oggetto:
 1. chiarimento in merito all'*ambito oggettivo di applicazione delle tutele* del lavoro in appalto;
 2. *rimodulazione della solidarietà*, verosimilmente includendo solo la responsabilità per i debiti di diretta rilevanza lavoristica (rimanendo quindi esclusi i debiti nei confronti dell'erario);
 3. *considerazione complessiva del fenomeno della segmentazione degli appalti* con specifico riferimento ai consorzi tra imprese;
 4. valutazione in merito alla possibilità di elaborare *criteri discretivi conformi ai canoni di ragionevolezza per selezionare le ipotesi di applicazione delle tutele* (per settore di attività, per oggetto, per valore dell'appalto).

.... e la somministrazione

- A fronte dell'irrigidimento del ricorso all'appalto si può ipotizzare un maggiore interesse delle imprese al ricorso alla somministrazione soprattutto per quelle ipotesi in cui vi è maggiore fungibilità nel modello organizzativo del lavoro (appalti *labour intensive*).
- Effettivamente tale maggiore interesse dovrebbe essere opportunamente sostenuto dalla reintroduzione della somministrazione stabile.
 - ◆ Al riguardo può essere osservato che ad oggi non vi sono comunque limiti a priori alla durata della somministrazione che non siano il parametro di ragionevolezza – coerenza con l'esigenza dell'utilizzatore dedotta nel contratto di somministrazione
 - ◆ E' opportuno ricordare che lo *staff leasing* rispetto alla somministrazione temporanea presenta maggiori margini di fungibilità organizzativa (nella sua versione originaria).