

OGGETTO: APPALTO ILLECITO E INADEMPIENZE RETRIBUTIVE E CONTRIBUTIVE – INDICAZIONI OPERATIVE DELL'ISPettorato NAZIONALE DEL LAVORO

Al fine di assicurare uniformità di comportamento di tutti gli organi di vigilanza, con la circolare n. 10 dell'11 luglio scorso, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) ha fornito le seguenti indicazioni operative - condivise con INPS e INAIL e valide per gli accertamenti futuri e quelli non ancora definiti - in ordine all'ipotesi in cui, nell'ambito di un appalto non genuino, siano riscontrate inadempienze retributive e contributive nei confronti dei lavoratori impiegati nella sua esecuzione.

In particolare, è emersa la necessità di chiarire come debba essere calcolata la contribuzione e la retribuzione dovuta e quali siano le modalità da seguire per il relativo recupero nei confronti degli operatori economici interessati, anche in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale formatosi in materia.

In via preliminare, quanto al regime sanzionatorio, l'INL ha rammentato che, con d.lgs. 8/2016, le fattispecie di reato previste dall'art. 18, comma 5 bis del d.lgs. 276/2003 riguardanti le ipotesi di appalto privo dei requisiti previsti dall'art. 29, comma 1 ^(*), sono state oggetto di depenalizzazione. Pertanto, le stesse integrano attualmente ipotesi di illecito amministrativo per le quali trova applicazione la sanzione amministrativa di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro sia nei confronti dello pseudo appaltatore che nei confronti del committente/utilizzatore (cfr. circolare min. Lavoro e Politiche sociali 6/2016 in CONFIMI ROMAGNA NEWS 4/2016).

Il medesimo regime sanzionatorio trova applicazione anche qualora l'appalto illecito sia stato posto in essere al fine di eludere, in tutto o in parte, i diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, stante l'abrogazione espressa a opera del d.lgs. 81/2015 del reato di somministrazione fraudolenta di cui all'art. 28 del d.lgs. 276/2003 (CONFIMI RAVENNA NEWS 14/2015).

Va tenuto presente, altresì, che la misura sanzionatoria di cui all'art. 18, comma 5 bis "esclude in radice la possibile applicazione delle sanzioni per lavoro nero e delle altre sanzioni amministrative legate agli adempimenti di costituzione e gestione del rapporto di lavoro"; in tali ipotesi esiste, infatti, una "tracciabilità" del rapporto di lavoro e dei connessi adempimenti retributivi e contributivi, anche se facenti capo a un datore di lavoro che non è l'effettivo utilizzatore delle prestazioni (risposta a interpello del min. Lavoro e Politiche sociali 27/2014 in CONFIMI RAVENNA NEWS 22/2014).

Tanto premesso, sul piano dei recuperi contributivi e retributivi connessi all'accertamento di un appalto illecito, appare opportuno evidenziare, innanzitutto, che il legislatore – all'art. 29, comma 3 bis del d.lgs. 276/2003 – ha lasciato alla libera iniziativa del lavoratore la costituzione del rapporto

(*) **D.Lgs. 276/2003 (art. 29, comma 1)**

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

di lavoro nei confronti dell'effettivo utilizzatore della prestazione mediante ricorso ex art. 414 Codice di procedura civile innanzi al Tribunale in funzione di Giudice del lavoro.

Ciò significa che, a differenza di quanto sancito dalla previgente disciplina di cui alla legge 1369/1960, **nelle ipotesi di appalto illecito la circostanza che il lavoratore sia considerato dipendente dell'effettivo utilizzatore della prestazione non è "automatica", ma è subordinata al "fatto costitutivo dell'instaurazione del rapporto di lavoro su domanda del lavoratore"** (Cass. sent. 25014/2015). Ciò comporta che, in assenza della costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore per effetto del mancato esercizio dell'azione di cui all'art. 414 C.p.c. – al di fuori dell'ipotesi di imputazione automatica del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 38, comma 1 d.lgs. 81/2015 (***) – **il provvedimento di diffida accertativa potrà essere adottato esclusivamente nei confronti dello pseudo appaltatore (ex art. 12, d.lgs. 124/2004) in relazione quindi alle retribuzioni non correttamente corrisposte in ragione del CCNL dallo stesso applicato.**

Sul piano invece del recupero contributivo va considerato che il rapporto previdenziale intercorrente tra datore di lavoro e ente previdenziale trova la propria fonte nella legge e presuppone esclusivamente l'instaurazione di fatto di un rapporto di lavoro; come tale non consegue alla stipula di un atto di natura negoziale ed è indifferente alle sue vicende processuali essendo del tutto sottratto alla disponibilità delle parti (Cass. sent. 17355/2017 e 6001/2012). In altri termini, lo stesso recupero contributivo non può ritenersi condizionato dalla scelta del lavoratore di adire l'Autorità Giudiziaria per ottenere il riconoscimento del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore.

In ambito previdenziale, infatti, vale il principio secondo cui "l'unico rapporto di lavoro rilevante verso l'ente previdenziale è quello intercorrente con il datore di lavoro effettivo" (Cass. sent. 20/2016 e 463/2012).

Ne consegue, anche sulla base dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nella vigenza della legge 1369/1960, che **gli obblighi di natura pubblicistica in materia di assicurazioni sociali, una volta accertato che la prestazione lavorativa è resa in favore dell'utilizzatore – che si configura, pertanto quale datore di lavoro di fatto – gravano per l'intero su quest'ultimo. Il personale ispettivo, quindi, procederà alla determinazione dell'imponibile contributivo dovuto per il periodo di esecuzione dell'appalto avendo riguardo al CCNL applicabile al committente ai sensi dell'art. 1, comma 1 d.l. 338/1989 e al conseguente recupero nei confronti dello stesso, fatta salva l'incidenza satisfattiva dei pagamenti effettuati dallo pseudo appaltatore.**

Tale impostazione, che prevede un coinvolgimento dello pseudo appaltatore nell'adempimento degli obblighi contributivi, è peraltro in linea con il **principio tracciato dalla Corte Costituzionale in riferimento alla responsabilità solidale prevista dall'art. 29, comma 2 del d.lgs. 276/2003** nella recente sentenza 254 del 6 dicembre 2017, in virtù della quale "la tutela del soggetto che assicura un'attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli del decentramento", a prescindere dalla fattispecie negoziale utilizzata (circolare INL 6/2018 in CONFIMI ROMAGNA NEWS 9/2018).

La sentenza della Corte Costituzionale sembra anzi consentire un'interpretazione volta a non escludere dalle proprie responsabilità lo pseudo appaltatore, anche nelle ipotesi in cui quest'ultimo

(***) **D.Lgs. 81/2015 (art. 38, comma 1)**

In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione di lavoro è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.

non abbia effettuato pagamenti spontanei in favore dei lavoratori. I Giudici stabiliscono, infatti, che al fine di “evitare il rischio che i meccanismi di decentramento – e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione – vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell’esecuzione del contratto commerciale”, l’art. 29, comma 2 del d.lgs. 276/2003 vada interpretato estensivamente (nel caso specifico il tema è stato quello della subfornitura). In tal senso si ritiene pertanto che, **qualora non vada a buon fine il recupero contributivo nei confronti del committente/utilizzatore, l’ammontare dei contributi possa essere richiesto in capo allo pseudo appaltatore, il quale non può ritenersi del tutto estraneo alle vicende accertate.** Eventuali contenziosi che dovessero instaurarsi su tale specifico aspetto saranno comunque oggetto di attento monitoraggio. **Tali principi trovano applicazione nell’intera filiera degli appalti e anche nei casi di affidamento dell’esecuzione dell’appalto da parte del consorzio a società consorziata** (Cass. sent. 7 marzo 2008, n. 6208).