

l'officina dei numeri

circolare informativa n. 5/2024 del 7 marzo 2024

Studio Associato Picchio e Gorretta, via Fausto Coppi 3 – 15121 – Alessandria
tel. e fax 0131 443273 – 0131 267858 e-mail: info@picgor.it - sito web: www.picgor.it

INASPrita LA SANZIONE PENALE PER L'APPALTO ILLECITO

L'art. 29 del D.L. n. 19 del 2.3.2024 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in pari data ed entrato in vigore il giorno successivo, inasprisce le sanzioni penali previste per le ipotesi di appalto irregolare (cui si associa la fattispecie del distacco del personale in violazione delle norme di legge) o fraudolento.

Giova ricordare la definizione di appalto lecito fornita dal comma 1 dell'art. 29 del D.Lgs. 276/2003:

*... 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.***

L'art. 1655 cod. civ. dispone:

L'appalto è il 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 danaro.

Può accadere nella prassi che alcune aziende utilizzatrici mascherino con un formale contratto di appalto (di servizi, usualmente) la mera fornitura di manodopera da parte dell'appaltatore, che da parte sua non organizza i mezzi necessari e non assume alcun rischio di impresa. L'utilizzatore organizza i lavoratori dell'appaltatore "come se" fossero propri dipendenti, inserendoli all'interno del proprio ciclo produttivo, impartendo loro ordini e direttive, esercitando direttamente il potere organizzativo e direttivo che spetterebbero al datore di lavoro "formale" ma senza assumere tale veste e le relative responsabilità giuridiche.

La "genuinità" dell'appalto è un tema che solleva sempre grandi problemi interpretativi; tra le tante pronunce si veda l'ordinanza della Corte di Cassazione, sez. lavoro 32289/2022:

*... affinché possa configurarsi un **genuino appalto di opere o servizi ai sensi del Decreto Legislativo n. 276 del 2003, articolo 29, comma 1, e' necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera (cd. "labour intensive"), che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in se' autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri***

mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione illecita di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente restando irrilevante che manchi, in capo a quest'ultimo, l'intuitus personae nella scelta del personale, atteso che, nelle ipotesi di somministrazione illegale, è frequente che l'elemento fiduciario caratterizzi l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro (Cass. 25 giugno 2020, n. 12551); posto che l'appalto di opere o servizi espletato con mere prestazioni di manodopera è lecito purché il requisito della "organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore", ... costituisca un servizio in se, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, senza che l'appaltante ... eserciti diretti interventi dispositivi e di controllo sui dipendenti dell'appaltatore

Il D.L. 19/2024 prevede nel caso di appalto **irregolare** che l'utilizzatore e il somministratore siano puniti con la pena dell'**arresto fino a un mese o dell'ammenda di euro 60 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione.**

Al ricorrere della **fraudolenza**, ovvero quando si riscontra che la somministrazione di lavoro sia posta in essere con la **specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo** applicate al lavoratore, il somministratore e l'utilizzatore sono puniti con l'**arresto fino a tre mesi o l'ammenda di 100 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione.**

Le pene sono aumentate se vi sia sfruttamento dei minori; l'esercizio non autorizzato delle attività di intermediazione di manodopera è punito in modo più lieve se non vi sia finalità di lucro.

Poiché la condotta illecita, che può realizzarsi tanto nel caso di un appalto quanto nell'ipotesi del distacco, è punita con pena alternativa dell'ammenda e dell'arresto, non opera più la depenalizzazione prevista dall'art. 1, comma 1, D.Lgs. 8/2016 per le sole fattispecie di reato punte con l'ammenda.

Laddove il datore di lavoro sia stato sanzionato penalmente per i medesimi illeciti nei tre anni precedenti, l'importo delle sanzioni è aumentato del 20%.

Viene confermato il **limite minimo e massimo delle sanzioni che non possono, in ogni caso, essere inferiori a 5.000 o superiori a 50.000 Euro.**

Una volta riscontrato l'illecito punito con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, il personale ispettivo impartirà la prescrizione obbligatoria, ai sensi degli artt. 20 e ss. del D.Lgs. 758/1994, per estinguere in via amministrativa il reato, invitando il datore di lavoro a sanare l'irregolarità accertata che, nei casi di fraudo-

lenza, comporterà anche l'assunzione dei lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore. La procedura si applica anche nelle ipotesi in cui la fattispecie è a condotta esaurita, ovvero nelle ipotesi in cui il trasgressore abbia autonomamente provveduto all'adempimento degli obblighi di legge sanzionati precedentemente all'emanazione della prescrizione.

NEGLI APPALTI IL TRATTAMENTO ECONOMICO COMPLESSIVO È BASATO SUL CCNL PIÙ APPLICATO

Una norma destinata a far discutere, per la sua peculiare formulazione e per il riferimento, assolutamente inusuale, ai contratti collettivi nazionali di lavoro "più applicati" anziché a quelli sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente più rappresentative, è quella contenuta nel comma 2, lett. a, dell'art. 19 D.L. 19/2024 che aggiunge il comma 1 bis all'art. 29 del D.Lgs. 276/2003 e che dispone:

Al personale impiegato nell'appalto di opere o servizi e nell'eventuale subappalto è corrisposto un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale maggiormente applicato nel settore e per la zona il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto.

La norma comporta alcune difficoltà operative: in primo luogo l'ambito di applicazione che è molto esteso, riguardando tutto il personale occupato nell'appalto o nel subappalto, a prescindere che sia occupato dal committente o dall'appaltatore o subappaltatore.

In secondo luogo, l'estensione del (solo) trattamento economico complessivo (non potendosi estendere l'applicazione dell'intero CCNL, in quanto andrebbe in palese violazione dell'art. 39 della Costituzione) avviene con riferimento non ai CCNL sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, come usualmente previsto, ma con un parametro (la "maggiore applicazione") che ha un precedente specifico nell'emendamento governativo al disegno di legge sul salario minimo (che ha completamente stravolto l'impostazione data dai parlamentari, di opposizione, che lo avevano presentato.

Non esistono, allo stato, strumenti efficaci e certi per determinare quale sia - per di più in riferimento al "settore" e alla "zona" il cui ambito di applicazione sia "strettamente connesso" con l'attività oggetto dell'appalto - "il" (uno solo) contratto collettivo, nazionale o territoriale, più "applicato"; mancano, cioè, gli indicatori che consentano di misurare oggettivamente l'applicazione di uno specifico CCNL.

Mancano, allo stato, gli strumenti necessari per determinare oggettivamente questo parametro, essenziale per stabilire non già il CCNL applicabile (ciascuna impresa sarà libera di scegliere il CCNL che preferisce) ma il trattamento economico complessivo (nozione di per sé piuttosto vaga e che non pare coincidere con gli arresti della giurisprudenza in tema di interpretazione dell'art. 36 Cost., in materia di retribuzione minima "sufficiente") che dovrà "comunque" essere assicurato

(mentre rimangono impregiudicati tutti gli altri contenuti del CCNL più applicato che non potrebbero comunque essere estesi *erga omnes* senza la preventiva e auspicata attuazione dell'art. 39 Cost.).

La finalità della norma è certamente lodevole, in quanto cerca di limitare il fenomeno di *dumping* contrattuale, ma la strada prescelta per giungervi è decisamente inusuale (e foriera di un contenzioso quasi inevitabile, vista la genericità del riferimento e l'assenza degli strumenti necessari per determinarlo con esattezza).

INASPRIRE LE CONDIZIONI DI REGOLARITÀ PER LA FRUIZIONE DEI BENEFICI NORMATIVI E CONTRIBUTIVI

Il comma 1 dell'art. 19 del D.L. 19/2024 modifica il comma 1175 dell'art. 1 della legge 296/2006 e introduce un inasprimento delle condizioni in forza delle quali possono essere riconosciuti i benefici normativi e contributivi a favore delle aziende.

1175. A decorrere dal 1° luglio 2007, i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale sono subordinati al possesso, da parte dei datori di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva, all'assenza di violazioni nelle predette materie, ivi comprese le violazioni in materia di tutela delle condizioni di lavoro nonché di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro individuate con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, fermi restando gli altri obblighi di legge ed il rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Pertanto, oltre al possesso del DURC occorrerà anche non essere stati sanzionati in materia di lavoro e legislazione sociale, ovvero in materia di tutela delle condizioni di lavoro, o di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (le violazioni dovranno essere individuate con decreto ministeriale). Oltre a queste condizioni si richiede anche il rispetto degli accordi collettivi, di ogni livello, sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative (in questo caso la norma non è stata modificata ...) sul piano nazionale.

La disposizione viene, peraltro, mitigata dall'aggiunta di un comma 1175 bis che fa salve le agevolazioni in caso di regolarizzazione o, se la violazione non è più regolarizzabile, ponendo un limite massimo all'importo recuperabile dei benefici indebitamente fruiti:

Resta fermo il diritto ai benefici di cui al comma 1175 in caso di successiva regolarizzazione degli obblighi contributivi ed assicurativi, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, nonché delle violazioni accertate di cui al medesimo comma 1175, entro i termini indicati dagli organi di vigilanza sulla base delle specifiche disposizioni di legge. In relazione alle violazioni amministrative che non possono essere oggetto di regolarizzazione, il recupero dei benefici erogati non può essere superiore al doppio dell'importo sanzionatorio oggetto di verbalizzazione.