

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

Anticipazione

*Ai confini della certificazione dei contratti:
la subfornitura industriale*

Gabriele Gamberini

anno XXII - 2012

Rivista di
ADAPT-CENTRO STUDI
"MARCO BIAGI"

GIUFFRÈ EDITORE

Publicazione trimestrale – sped. In a.p. 45% - art. 2, comma 20b, l. 662/1996 – Filiale di Varese

Ai confini della certificazione dei contratti: la subfornitura industriale

Gabriele Gamberini

Sommario: **1.** La subfornitura industriale: contratto tipico o disciplina trasversale? – **2.** La subfornitura ed alcuni contratti tipici. – **3.** L'applicabilità della disciplina del contratto di appalto. – **3.1.** La responsabilità solidale. – **3.2.** La differenziazione dalla somministrazione di lavoro. – **3.3.** La responsabilità in materia di salute e sicurezza. – **4.** La certificazione dei contratti di subfornitura.

1. La subfornitura industriale: contratto tipico o disciplina trasversale?

La subfornitura industriale è disciplinata dalla legge n. 192/1998, così come modificata dalla legge n. 57/2001 e, da ultimo, dal decreto legislativo n. 231/2002. Non è tuttavia chiaro se, con questa disciplina relativamente recente, il legislatore abbia voluto introdurre una nuova fattispecie contrattuale tipica o, piuttosto, apprestare una forma di tutela al subfornitore attraverso una disciplina trasversale che – in quanto tale – andrebbe a interessare diversi contratti tipici presenti nel nostro ordinamento. Dottrina e giurisprudenza hanno così potuto avanzare diverse proposte interpretative che, tuttavia, ancora oggi, non consentono di delineare con sufficiente certezza campo di applicazione e disciplina applicabile ai profili non espressamente disciplinati dal legislatore.

Questa è tra l'altro la ragione per cui, nel presente scritto, si è preferito fare riferimento alla dizione "rapporto di subfornitura", piuttosto che "contratto di subfornitura", volendo evitare che dall'uso della seconda espressione potesse scaturire un riconoscimento implicito della tipicità del medesimo. Ogni qual volta si farà riferimento al "contratto di subfornitura" la locuzione sarà pertanto da intendersi in senso "a-tecnico"

* *Scuola internazionale di Dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro, Adapt – CQIA – Università degli Studi di Bergamo.*

volta a rappresentare una pattuizione tra le parti finalizzata a porre in essere un “rapporto di subfornitura”.

La posizione che pare essere maggiormente condivisa è comunque quella che conferisce alla legge n. 192/1998 il carattere della trasversalità; fulcro di tale tesi è generalmente il raffronto tra la medesima e il c.d. “Codice del consumo” ⁽¹⁾ – la cui disciplina non si scinde tra le diverse tipologie contrattuali ma si palesa ogniqualevolta rinviene nelle parti le fattezze del “consumatore” e del “professionista” ⁽²⁾ – o, meglio, l’assimilazione del “subfornitore” al “consumatore”, entrambi contraenti deboli meritevoli di specifica tutela ⁽³⁾. Tale ragionamento valorizza la *ratio* della legge n. 192/1998, sovraordinando l’istanza di tutela del subfornitore ad ogni altro aspetto ritenuto secondario. Per chi invece non intenda spingersi fino a dipingere con toni paternalisti il legislatore, preferendo rimanere ancorato al dato normativo, può essere convincente l’esegesi del quarto comma dell’articolo 5 della legge n. 192/1998, che ha insinuato in molti la convinzione che il legislatore avesse inteso offrire solo una “tutela minima”, di natura appunto “trasversale” ⁽⁴⁾, così che ai rapporti di subfornitura si applicherebbe la disciplina delle singole fattispecie contrattuali tipiche che meglio si attagliano al caso concreto, ove non derogate dalla legge n. 192/1998. Tale convinzione troverebbe tra l’altro fondamento anche nella disorganicità dell’impianto normativo, scarsamente idoneo a presentarsi quale modello autonomo ⁽⁵⁾. Il rapporto di subfornitura, in qualsiasi modo si

⁽¹⁾ D.lgs. n. 206/2005.

⁽²⁾ Così come delineate dall’art. 3.

⁽³⁾ Tra i diversi sostenitori di questa posizione si vedano per tutti R. LECCESE, *Art. 1. Definizione*, in G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, Giuffrè, Milano, 1999, 32; G. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive. Il commento*, in *CG*, 1998, n. 8, 883; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: “correzione” della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole?*, in *Responsabilità Comunicazione Impresa*, 1998, n. 3, 403.

⁽⁴⁾ Si vedano, *ex multis*, G. DE NOVA, *Introduzione*, in G. DE NOVA, A. CHIESA, A. DELFINI, D. MAFFEIS, A. SALVADÈ, *La Subfornitura*, Ipsoa, Milano, 1998, 5; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura: la nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Cedam, Padova, 1999, 44; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *I Contratti*, 1999, n. 2, 191.

⁽⁵⁾ Cfr. S. POLIDORI, *Riflessioni in tema di forma dell’appalto privato*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2007, n. 3, 695, e R. LECCESE, *op. cit.*

configuri, non pare inoltre presentare una causa nuova e diversa rispetto ai contratti a cui viene di volta in volta assimilato ⁽⁶⁾.

Tali tesi, come anticipato, non hanno però persuaso tutti i commentatori: taluni hanno disconosciuto l'assimilazione con il Codice del consumo sul presupposto che nella legge n. 192/1998 non è presente un ritratto del subfornitore, ma una descrizione del rapporto di subfornitura ⁽⁷⁾; altri hanno aggiunto che la pretesa disorganicità dell'intervento potrebbe essere meglio compresa ove fosse letta come disciplina cornice, creata esclusivamente per far fronte alle criticità che il contratto – già socialmente tipico – aveva fatto emergere nella prassi ⁽⁸⁾. La consistenza di tali affermazioni può essere apprezzata ove si ritenga che condizione necessaria e sufficiente all'identificazione di una nuova fattispecie contrattuale sia la determinazione dei soli elementi essenziali ⁽⁹⁾ (in dottrina vengono in particolare indicati a favore della tipicità del contratto di subfornitura tre aspetti principali: il presupposto soggettivo, la forma ⁽¹⁰⁾ e la particolarità della prestazione dedotta in contratto ⁽¹¹⁾), che, considerate la soggezione del subfornitore alle direttive impartite dal committente e la strumentalità dei beni prodotti dal subfornitore rispetto alle opere complesse del committente, per alcuni parrebbe idonea ad integrare un nuovo profilo causale) ⁽¹²⁾.

⁽⁶⁾ In tal senso si veda G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *I Contratti*, 1998, n. 4, 412, e R. LECCESE, *op. cit.*

⁽⁷⁾ Si confronti infatti l'art. 3 del Codice del consumo con l'art. 1 della l. n. 192/1998. Sul punto si veda V. FRANCESCHELLI, *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Subfornitura*, Giuffrè, Milano, 1999, 14.

⁽⁸⁾ Cfr. A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *GC*, 1999, n. 6, 251, e C. BERTI, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Giuffrè, Milano, 2000, 94.

⁽⁹⁾ Cfr. A. TULLIO, *op. cit.*, e A. DE NICOLA, L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive. Il nuovo contratto di subfornitura ex legge 18 giugno 1998, n.192. Disciplina civilistica e fiscale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1998, 13.

⁽¹⁰⁾ Con particolare riguardo al requisito della forma si veda anche Trib. Bari 30 ottobre 2006, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2006, secondo cui la «disciplina della subfornitura ha definito un nuovo tipo contrattuale. Un indice assai rilevante nel senso della tipicità deve essere rinvenuto nella norma che commina la nullità del contratto in conseguenza del mancato rispetto della forma scritta (art. 2)».

⁽¹¹⁾ Cfr. C. BERTI, *op. cit.*

⁽¹²⁾ Tali elementi vengono presi in considerazione anche dalla giurisprudenza di merito al fine di identificare i contratti ai quali sia applicabile la l. n. 192/1998. Si veda ad esempio: Trib. Rovigo 3 giugno 2008, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2008; Trib. Roma 23 gennaio 2008, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2008; Trib. Torino 13 dicembre 2007, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2008; Trib. Monza 9 maggio 2007, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2007. In tal senso si veda anche F. BALDASSARELLI,

Assumono infine rilievo i lavori preparatori della legge n. 192/1998: nella relazione al testo unificato dei disegni di legge Wilde n. 637 e Tapparo n. 644 (XIII Legislatura) si afferma che si è optato per la configurazione autonoma del contratto di somministrazione di subfornitura industriale⁽¹³⁾. Se per alcuni tale argomento pare decisivo⁽¹⁴⁾, per altri – pur riconoscendo l’iniziale volontà del legislatore di creare un nuovo contratto tipico – tale intento non è poi stato trasposto nella legge n. 192/1998⁽¹⁵⁾.

L’incertezza qualificatoria è tale che, in dottrina, v’è persino chi sostiene che il legislatore del 1998 abbia rinunciato a dettare una disciplina esaustiva del contratto di subfornitura, al più innescando un processo di tipizzazione a metà⁽¹⁶⁾.

2. La subfornitura ed alcuni contratti tipici.

Sia che si prediliga la tesi della tipicità⁽¹⁷⁾, sia che si condivida maggiormente quella della trasversalità⁽¹⁸⁾, appare pacifico che in tutti i ca-

Ancora a proposito di alcuni aspetti del contratto di subfornitura previsto dalla legge 18 giugno 1998 n. 192, in *AC*, 2001, n. 2, 151.

⁽¹³⁾ Consultabile al sito *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Subfornitura*. Per un’analisi dell’iter parlamentare della l. n. 192/1998 si veda l’atto del Senato n. 644 (XIII Legislatura), in *www.senato.it*.

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. TULLIO, *op. cit.*; F. BALDASSARELLI, *op. cit.*; V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*; A. DE NICOLA, L. COLOMBO, *op. cit.*

⁽¹⁵⁾ Si veda F. BORTOLOTTI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*

⁽¹⁶⁾ R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodomo di tempi migliori?*, in *Rivista di Diritto Privato*, 1998, n. 4, 712.

⁽¹⁷⁾ Oltre alla citata dottrina si ritiene opportuno dare qui conto di una corrente giurisprudenziale che, pur non qualificando espressamente il contratto di subfornitura come fattispecie tipica, ritiene applicabile la disciplina di cui all’art. 9 della l. n. 192/1998 (*Abuso di dipendenza economica*) solo ai rapporti individuati dall’art. 1 della medesima. Tale interpretazione si pone quindi contro la portata trasversale della l. n. 192/1998. In tal senso si veda: Trib. Roma 4 luglio 2011, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2011; Trib. Bologna 19 maggio 2009, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2009; Trib. Roma 5 maggio 2009, in *FI*, 2011, n. 1, 256; Trib. Torino 8 novembre 2006, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2006. Tuttavia deve essere rilevato come contro tale interpretazione si sia recentemente pronunciata Cass., sez. un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2011, stabilendo che «l’abuso di dipendenza economica di cui all’art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall’esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura [...] l’abuso in questione si concretizza nell’eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell’ambito di “rapporti com-

si in cui vi sarà un rapporto identificabile nei canoni previsti dall'articolo 1, legge n. 192/1998, si applicherà la disciplina sulla subfornitura. Controverso è invece determinare la normativa applicabile a tali rapporti per tutti gli aspetti che esulino dalla legge del 1998. Sul punto si rinvengono in dottrina diversi contributi: chi ha analizzato il problema prima della entrata in vigore della legge n. 192/1998⁽¹⁹⁾ ha spesso assimilato la subfornitura – in quanto contratto socialmente tipico – alla fattispecie contrattuale dell'appalto, considerata la forte similitudine tra le cause dei due contratti; in tempi più recenti, invece, la subfornitura è stata associata anche ad altre fattispecie contrattuali tipiche, quali il contratto d'opera (articolo 2222 c.c.), la vendita di cosa futura (articolo 1472 c.c.) e la somministrazione di beni (articolo 1559 c.c.)⁽²⁰⁾. Di seguito si tenterà di indicare brevemente le principali analogie e differenze tra i suddetti contratti e il rapporto di subfornitura.

merciali”». In precedenza si erano già espresse in tal senso anche alcune corti di merito: Trib. Parma 15 ottobre 2008, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, n. 1, 77, con nota di G. SCHIAVONE; Trib. Isernia 12 aprile 2006, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2006; Trib. Catania ord. 5 gennaio 2004, in *Gius*, 2004, n. 10, 2293. Una posizione intermedia è invece sostenuta da Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *GI*, 2009, n. 1, 109, secondo cui «la nullità del patto attraverso cui si realizza un abuso di dipendenza economica è comminata da una normativa settoriale riferibile, oltre che alla subfornitura, a tutti i rapporti che realizzano un'integrazione verticale nel processo produttivo o distributivo fra più imprese, ma non può estendersi in via generale ad altre ipotesi di dipendenza economica che possono determinare uno squilibrio fra le posizioni contrattuali, ad esempio nei rapporti verso la banca finanziatrice».

⁽¹⁸⁾ In tal senso – oltre alla citata dottrina – si veda la pronuncia del Trib. Orvieto 27 agosto 2010, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2010, secondo cui «il termine subfornitura utilizzato dalla l. 18.6.1998 n. 192 [...] sta ad indicare il rapporto contrattuale atipico in base al quale un imprenditore (committente) conferisce ad un altro imprenditore (subfornitore) l'incarico di predisporre parti del prodotto finale o di svolgere talune fasi del processo produttivo, ove questo sia scomponibile». Sulla stessa linea si veda Trib. Isernia 12 aprile 2006, cit.

⁽¹⁹⁾ Per un approfondimento si veda G. ALPA, *Il contratto di subfornitura*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1989, vol. 11, *Obbligazioni e contratti*, tomo III, 87.

⁽²⁰⁾ In merito si è pronunciata anche Cass. 29 maggio 2008, n. 14431, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2008, sostenendo che il rapporto di subfornitura, «enucleato al fine di dare adeguata tutela, da abusi che determinino un eccessivo squilibrio nei diritti e negli obblighi delle parti, alle imprese che lavorino in stato di dipendenza economica rispetto ad altre, riguarda il fenomeno meramente economico della c.d. integrazione verticale fra imprese, ma è riferibile ad una molteplicità di figure negoziali; a volte estremamente eterogenee, da individuarsi caso per caso, potendo assumere i connotati del contratto di somministrazione [di beni], della vendita di cose future, dell'appalto d'opera o di servizi ecc. Distinzione che va quindi fatta non certo in base al grado di

L'appalto è certamente la fattispecie che presenta più punti di contatto con il rapporto di subfornitura. Il relativo schema contrattuale pare in effetti il più idoneo a prevedere la necessità che quanto prodotto dal subfornitore corrisponda alle specifiche dettate dal committente, elemento essenziale di tale rapporto ⁽²¹⁾. D'altronde, dall'articolo 1 della legge n. 192/1998 emerge che la subfornitura è sostanzialmente una prestazione di fare, consistente nella realizzazione di un'opera o di un servizio *ad hoc* per il committente, così che tra appalto e subfornitura è «ravvisabile un rapporto di genere a specie» ⁽²²⁾. Invero alcuni autori osteggiano tale tesi, ritenendo che non sia altro che un mero retaggio dei tempi fondato sulla storica assimilazione della subfornitura al subappalto. Ciò sarebbe desumibile da un'attenta comparazione tra le discipline, che rivelerebbe come tra le medesime siano presenti diversi elementi di incompatibilità e, pertanto, l'una parrebbe essere ausiliare all'altra solo in sporadiche occasioni ⁽²³⁾.

Parte della dottrina ⁽²⁴⁾ sostiene invece che i rapporti di subfornitura potrebbero ricondursi al contratto di prestazione d'opera, intravedendo similitudini tra lo schema della subfornitura e quanto previsto dall'articolo 2222 c.c. Di contro è stato obiettato che il contratto d'opera «appartiene strutturalmente alla categoria del lavoro autonomo, mentre la subfornitura vede come parte necessaria un imprenditore» ⁽²⁵⁾. Tale affermazione pare però non tener conto della categoria dei piccoli imprenditori prevista dall'articolo 2083 c.c.

Un'altra fattispecie contrattuale affine al rapporto di subfornitura è stata inoltre individuata nella somministrazione di beni, applicabile ove la

“autonomia e discrezionalità” [...] bensì all'effettivo oggetto (lavoro-cosa) e modalità della prestazione».

⁽²¹⁾ Per un approfondimento sugli elementi di sovrapposizione tra il contratto di appalto e il rapporto di subfornitura si veda C. BERTI, B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 23*, Giuffrè, Milano, 2005, 19.

⁽²²⁾ Ivi, 25.

⁽²³⁾ V. FRANCESCHELLI, *op. cit.* In tal senso si veda anche Trib. Bari 30 ottobre 2006, cit.

⁽²⁴⁾ Cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; G. IUDICA, *op. cit.*; A. FRIGNANI, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*; M. GRANIERI, *Subfornitura industriale: riflessi in ambito distributivo e concorrenziale*, in *Disciplina del Commercio*, 1999, n. 1, 61.

⁽²⁵⁾ V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*

prestazione del subfornitore abbia natura continuativa e periodica ⁽²⁶⁾. In applicazione di tale disciplina contrattuale, però, il committente non potrebbe impartire direttive o “specifiche tecniche”, e si verificherebbe quindi un’incompatibilità tra lo schema contrattuale della somministrazione e un requisito essenziale del rapporto di subfornitura ⁽²⁷⁾. Inoltre è stato sostenuto che le norme della legge n. 192/1998 andrebbero a derogare quasi interamente la disciplina della somministrazione di beni, pertanto sarebbero esigui gli ambiti in cui quest’ultima potrebbe essere utilizzata in funzione ausiliaria ⁽²⁸⁾.

Alcuni autori ⁽²⁹⁾ hanno infine rilevato come la subfornitura abbia affinità con il contratto di vendita, ed in particolare con lo schema del contratto di vendita di cosa futura ⁽³⁰⁾. Si potrebbe considerare rilevante tale affinità nel caso in cui il subfornitore si impegnasse a fornire al committente un prodotto che potrebbe realizzare apportando solamente modifiche marginali rispetto alla produzione seriale, tali da non comportare una alterazione dei normali mezzi di produzione. Tuttavia, anche in questo caso emergono dubbi rispetto alla compatibilità dello schema contrattuale della vendita con il requisito delle direttive o specifiche tecniche. Appare infatti improbabile che la realizzazione di un prodotto *ad hoc* possa avvenire con modifiche marginali alla produzione ⁽³¹⁾. Pertanto, saranno piuttosto rare le ipotesi in cui un rapporto di subfornitura potrà essere assimilato ad un contratto di vendita di cosa futura.

Appare allora evidente come il dibattito sulla tipicità o la trasversalità del rapporto di subfornitura non possa essere ridotto ad una mera istanza classificatoria, ma piuttosto rilevi da un punto di vista più spiccatamente pragmatico. Ai fini della corretta esecuzione di un rapporto di subfornitura sarà infatti necessario conoscere, *in primis*, quale sia il

⁽²⁶⁾ Cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; G. IUDICA, *op. cit.*; A. FRIGNANI, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*; M. GRANIERI, *op. cit.*

⁽²⁷⁾ C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*, 4.

⁽²⁸⁾ V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*

⁽²⁹⁾ Cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; G. IUDICA, *op. cit.*; A. FRIGNANI, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*; M. GRANIERI, *op. cit.*; F. BORTOLOTTI, *op. cit.*; F. BALDASSARELLI, *op. cit. Contra*, A. TULLIO, *op. cit.*, secondo cui «il “subfornitore” non assumerà mai la veste di venditore, né potrà per conseguenza trovare applicazione la disciplina del tipo legale della vendita».

⁽³⁰⁾ In quanto vi era chi, ad esempio V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, sosteneva che «sia le lavorazioni, sia la fornitura di prodotti o servizi sono incompatibili con i presupposti di cui all’art. 1470, visto che nella vendita la cosa esiste già al momento della stipulazione del contratto».

⁽³¹⁾ C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*

quadro normativo di riferimento e, *in secundis*, se la normativa *extra* legge n. 192/1998 sia applicabile direttamente in quanto non derogata dalla medesima, come ritengono i sostenitori della tesi della trasversalità, oppure solamente in via analogica ⁽³²⁾, come ritengono i sostenitori dell'opposta tesi della tipicità.

Il quadro appena descritto pare evidentemente presentare più di una difficoltà per tutti gli imprenditori che desiderino stipulare un contratto di subfornitura. Si tenterà di seguito di proporre alcune soluzioni volte ad attribuire maggior certezza riguardo alla disciplina applicabile ai rapporti di subfornitura.

3. L'applicabilità della disciplina del contratto di appalto.

Ritenendo, tra quelle prospettate, maggiormente condivisibile la tesi della applicabilità delle norme relative al contratto di appalto al rapporto di subfornitura ⁽³³⁾, si ritiene opportuno effettuare una riflessione su alcuni tratti peculiari della disciplina dell'appalto.

Sostenere l'applicabilità della disciplina dell'appalto non comporta soltanto l'applicazione di norme quali ad esempio quelle che regolano i termini per le contestazioni in merito all'esecuzione della subfornitura ⁽³⁴⁾, ma anche una serie di norme molto più complesse e se vogliamo "restrittive", derivanti dal fatto che l'appalto – in quanto fenomeno di dissociazione imprenditoriale – è stato per anni in qualche modo "osteggiato" dal legislatore ⁽³⁵⁾. Il riferimento è in primo luogo alla leg-

⁽³²⁾ Si tenga presente che non possono essere applicate in via analogica le norme eccezionali, e l'analogia non è consentita ove la *ratio* delle leggi non sia la medesima. Ove si propenda per tale interpretazione si dovrà quindi verificare, di volta in volta, quali leggi siano applicabili in via analogica e quali no. Per una disamina delle possibili implicazioni si veda C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*, 6.

⁽³³⁾ In senso conforme cfr. C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*; F. BORTOLOTTI, *op. cit.*; S. POLIDORI, *op. cit.*; G. DE NOVA, *op. cit.*; G. IUDICA, *op. cit.*; A. FRIGNANI, *op. cit.*; R. LECCESE, *op. cit.*; M. GRANIERI, *op. cit.*; U. RUFFOLO, *op. cit.*

⁽³⁴⁾ Ove si ritenesse applicabile la disciplina dell'appalto al rapporto di subfornitura – considerato il quarto comma dell'art. 5 della l. n. 192/1998 – si potrà sostenere che le parti potranno stabilire nel contratto il termine per sollevare eventuali contestazioni in merito all'esecuzione della subfornitura che non potrà derogare i 60 giorni dalla scoperta del vizio previsti dall'art. 1667 c.c.

⁽³⁵⁾ Per un approfondimento in materia si veda R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006, 287.

ge n. 1369/1960, il cui articolo 1 vietava l'appalto o il subappalto di mere prestazioni di lavoro⁽³⁶⁾ e il cui apparato sanzionatorio prevedeva sanzioni civili e penali. Anche riguardo agli appalti di opere e servizi genuini era prevista una serie di norme restrittive poste a tutela dei lavoratori ivi impiegati: l'articolo 3 e l'articolo 4 stabilivano non solo la solidarietà tra appaltatore e appaltante, ma anche l'obbligo di applicare parità di condizioni economiche ai lavoratori dell'appaltante e dell'appaltatore. Anche in questo caso erano previste sanzioni – questa volta solo civili – da applicarsi all'imprenditore che non avesse osservato le suddette disposizioni, ed a questa disciplina andava naturalmente ad aggiungersi la tutela prevista dall'articolo 1676 c.c.

Come noto, la legge n. 1369/1960 è stata abrogata dal decreto legislativo n. 276/2003, tuttavia si è ritenuto opportuno darne conto in quanto dal 20 ottobre 1998 – data di entrata in vigore della legge n. 192/1998 – al 24 ottobre 2003 – data di abrogazione della legge n. 1369/1960 – le due discipline hanno convissuto. Nonostante il tema qui affrontato non abbia suscitato particolare interesse tra i giuslavoristi, un commentatore tra i più attenti ha rilevato che «il mancato coordinamento tra la disciplina della subfornitura e quella degli appalti intro-aziendali non può indurre a ritenere la non applicabilità ai rapporti di subfornitura dell'art. 3 della legge 1369/1960»⁽³⁷⁾. La legge n. 192/1998 infatti regola solamente i rapporti tra i due imprenditori, pertanto non pare potersi «desumere sul piano giuridico il venir meno della responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore relativamente al trattamento economico e normativo dei lavoratori di quest'ultimo»⁽³⁸⁾. Nonostante queste rifles-

⁽³⁶⁾ Per un approfondimento sulla disciplina della interposizione di manodopera così come regolata dalla l. n. 1369/1970 si vedano *ex multis* P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. Fonti e principi generali, autonomia individuale e collettiva, disciplina del mercato, tipi legali, decentramento produttivo, differenziazione dei trattamenti e inquadramento*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. 27, tomo II; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002.

⁽³⁷⁾ M. BIAGI, *Disciplina della subfornitura e rapporti di lavoro*, in *GL*, 1999, n. 8, 14.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*. Sulla stessa linea si veda anche M. SALA CHIRI, *Subfornitura ed appalto di lavoro*, in *ADL*, 2003, n. 1, 219. A favore di tale posizione è anche P. ICHINO, *Le nuove forme del decentramento produttivo*, in *RIDL*, 1999, n. 3, 149, il quale sostiene innanzitutto che riguardo ai «rapporti di lavoro dei dipendenti del fornitore, l'applicazione di una tutela di contenuto identico a quello dell'art. 3 della legge del 1960 si giustifica proprio con il difetto di autonomia economica sostanziale del fornitore rispetto al committente e con il conseguente rischio specifico di compressione dei

sioni facciano riferimento ad un quadro normativo ormai obsoleto non si può non rilevare l'attualità e la coerenza dei concetti che esprimono, sicuramente idonei ad essere intesi quale premessa concettuale per ogni successiva considerazione.

Tornando al decreto legislativo n. 276/2003, deve essere subito rilevata la scelta del legislatore di eliminare il divieto di interposizione mantenendo però la fattispecie di somministrazione di lavoro abusiva⁽³⁹⁾. Il legislatore, attraverso il primo comma dell'articolo 29, si preoccupa innanzitutto di precisare la definizione di appalto dettata dall'articolo 1655 c.c., al fine di delinearne in maniera migliore – anche considerate le evoluzioni che hanno interessato la materia negli ultimi sessant'anni – i criteri che differenziano un contratto di appalto genuino da una somministrazione di lavoro. Il decreto legislativo n. 276/2003 interviene anche sulla disciplina della responsabilità solidale tramite il secondo comma dell'articolo 29 (così come modificato dall'articolo 21, decreto legge n. 5/2012, c.d. “decreto semplificazioni”)⁽⁴⁰⁾: si noti come, rispetto alla legge n. 1369/1960, da un lato vi sia un'estensione della responsabilità solidale, ma dall'altro venga abrogato il principio di parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltatore e dipendenti del committente.

livelli di trattamento, che ne consegue», ma aggiunge anche che «il campo di applicazione di quelle due regole [art. 3, l. n. 1369/1960 e l. n. 192/1998] non sarebbe, così, più limitato agli appalti, ma si estenderebbe a tutti i casi di “subfornitura” caratterizzati da continuità e mono-committenza, compresi il contratto di agenzia con agente monomandatario, il franchising e in generale tutte le altre forme di esternalizzazione di cui si è già detto (auditing, factoring, marketing, engineering, ecc.), quando esse assumano nel caso concreto due caratteri di cui si è detto». *Contra* si veda G. NICOLINI, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *GL*, 1998, n. 48, 12.

⁽³⁹⁾ Per un'analisi della disciplina alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. n. 276/2003 si veda *ex multis* L. DEL VECCHIO, *Profili ricostruttivi della disciplina della somministrazione di lavoro*, in *DML*, 2009, n. 3, 521; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2008, n. 2, 129; M.T. CARINCI, *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*, Giappichelli, Torino, 2008; G. MANNACIO, *Nuovi orizzonti dell'intermediazione. Il commento* (Nota a App. Venezia 9 giugno 2007, n. 154), in *LG*, 2008, 4, 399.

⁽⁴⁰⁾ In merito alla nuova formulazione del secondo comma dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha inoltre fornito – attraverso la circ. 16 febbraio 2012, n. 2, consultabile in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto* – i primi chiarimenti interpretativi per il personale ispettivo. Per un commento alle novità introdotte dal decreto semplificazioni in materia di responsabilità solidale negli appalti si veda G. GAMBERINI, M. TIRABOSCHI, *Responsabilità solidale negli appalti: ancora novità*, in *GL*, 2012, n. 9, *Gli speciali di GL*, X.

Modifiche riguardano anche il regime sanzionatorio, attraverso il comma 3-*bis* – inserito dal decreto legislativo n. 251/2004 – il quale prevede che in caso di appalto irregolare il lavoratore interessato possa chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell’effettivo utilizzatore. Inoltre, il comma 5-*bis* dell’articolo 18 – anch’esso inserito dal decreto legislativo n. 251/2004 – prevede una sanzione di 50 euro da infliggersi a utilizzatore e somministratore per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, con l’ulteriore previsione di inasprimenti di sanzione nel caso vi sia sfruttamento di minori. In tema di regime sanzionatorio merita poi specifica menzione la recente novità contenuta nella c.d. “manovra di Ferragosto” (decreto legge n. 138/2011, convertito nella legge n. 148/2011), che all’articolo 12 prevede che «chiunque svolga un’attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l’attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato»⁽⁴¹⁾. È vero che tale norma si rivolge solo a chi organizza attività di lavoro con violenza e minaccia, ma una lettura particolarmente rigorosa della medesima potrebbe portare a ritenerla applicabile anche in presenza di un contratto di appalto stipulato in violazione del primo comma dell’articolo 29, decreto legislativo n. 276/2003, che presenti i predetti requisiti⁽⁴²⁾. Tuttavia, considerato il breve lasso di tempo intercorso dall’entrata in vigore della norma, non possono ancora esserne valutati i reali effetti e non si rinviene tra l’altro in dottrina un preciso orientamento sul punto.

La disciplina contempla poi il comma 28 dell’articolo 35 del decreto legge n. 223/2006 – convertito con modificazioni dalla legge n. 248/2006 – riferito alla solidarietà delle parti rispetto agli adempimenti fiscali, previdenziali e assicurativi⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Per un recente commento si veda A. SCARCELLA, *Il reato di “caporalato” entra nel codice penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, n. 10, 1183.

⁽⁴²⁾ Tale prospettiva viene considerata anche da P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Ipsoa-Indicitalia, Milano, 2011, 72, che tra le varie ipotesi di “caporalato” individua il «perverso fenomeno delle cooperative cd. “spurie”, di quelle società cooperative che forniscono in appalto servizi di natura diversa alle imprese, spesso senza alcuna specializzazione o differenziazione di identità sociale, con speciale riguardo alla fornitura di manodopera temporanea, non di rado di nazionalità extracomunitaria, utilizzata nel ciclo produttivo dell’impresa committente».

⁽⁴³⁾ Per un approfondimento sugli obblighi del committente nei confronti del personale dipendente dall’appaltatore si veda F. PETRACCI, *Obblighi dell’appaltante verso i*

Si può notare come il legislatore – preoccupato di «salvaguardare i diritti dei prestatori di lavoro coinvolti nei processi di esternalizzazione»⁽⁴⁴⁾, prima con la legge n. 1369/1960, poi con il decreto legislativo n. 276/2003 ed infine con il decreto legge n. 223/2006 – abbia apprestato una disciplina fortemente restrittiva della libertà contrattuale.

Pare quindi logico domandarsi se la disciplina dettata dalla legge n. 192/1998 possa ritenersi applicabile anche al contratto di subfornitura. Analizzando gli 11 articoli della legge n. 192/1998 non sembra possano rinvenirsi elementi di impedimento; inoltre tale disciplina parrebbe applicabile anche in via analogica, considerato che non sembra trattarsi di norme eccezionali⁽⁴⁵⁾ e che la *ratio* di tutela del lavoratore che le regge

dipendenti dell'appaltatore, in *LG*, 2009, n. 4, 345. Sempre in tema di obbligazioni solidali tra committente e appaltatore si veda l'interpello del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3/2010, recante *Art. 9, d.lgs. n. 124/2004 – responsabilità solidale in materia di appalto e rilascio del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC)*, in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*. Sul tema si veda anche L. IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2008, n. 72, e A. SGROI, *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, Working Paper Adapt, 2008, n. 58.

⁽⁴⁴⁾ Circ. Min. lav. n. 5/2011, recante *Quadro giuridico degli appalti*, in *www.adapt.it*, A-Z index, voce *Appalto e subappalto*. Per un commento alla circolare si veda M. TIRABOSCHI, P. RAUSEI, *Esternalizzazioni senza facili ribassi*, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 6; A. ASNAGHI, *Appalti: norme da coordinare ed ampliare*, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 10; M. TIRABOSCHI, S. SALVATO, *Appalti: le linee guida del Ministero del lavoro*, in *GL*, 2011, n. 8, 12; S. SALVATO, *Il quadro normativo in materia di appalti. Commento alla circolare ministeriale 11 febbraio 2011*, n. 5, in *q. Rivista*, 2011, n. 2, 517.

⁽⁴⁵⁾ Per un'autorevole definizione di "norma eccezionale" si veda AA.VV., *Art. 14. Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Utet, Torino, 1981, vol. 1, 106, in cui viene rilevato che «il concetto di norma eccezionale è un concetto estremamente vago e generico e soprattutto un concetto relativo e storicamente condizionato che dipende dalla stessa relatività del concetto di norma comune o normale [...]. D'altra parte, si soggiunge, non sembra che, dopotutto, gli stessi concetti di norma e di diritto eccezionale, pur essendo concetti di relazione e storicamente condizionati, non possano avere un significato storicamente valido e scientificamente determinabile. E questo significato è appunto da vedere, si dice, nel fatto che le norme eccezionali sono caratterizzate da una collisione o contrasto o deroga rispetto ai principi fondamentali di carattere politico-valutativo dell'ordinamento giuridico in cui esse sono inserite». In tal senso si veda anche A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1999, vol. 1, *Premesse e disposizioni preliminari*, 429, in cui viene fatto riferimento alla sentenza C. Stato 21 novembre 1990, n. 971, in *CS*, 1990, n. 1, 1467, con la quale viene chiarito che per "norma eccezionale" si intende «una norma caratterizzata nella sua essenza, da una condizione di contrasto o di deroga, rispetto ai fondamentali prin-

non pare porsi in contrasto con la tutela del contraente debole apprestata dalla legge n. 192/1998. Pertanto, sia che si riconosca la tipicità del contratto di subfornitura, sia che si preferisca inquadrarlo come disciplina trasversale, non parrebbero esserci ostacoli alla applicazione della normativa dettata per l'appalto ⁽⁴⁶⁾.

Volendo invece osservare il predetto scenario da un'altra prospettiva, si potrebbe rilevare come tali norme non siano applicabili in quanto non espressamente previste dal legislatore; per sostenere coerentemente tale tesi bisognerebbe però condividere la posizione minoritaria della tipicità giuridica del contratto di subfornitura. Tale lettura troverebbe tuttavia un avallo in uno dei rari esempi di prassi amministrativa rintracciabili su questo argomento: si fa riferimento al riscontro fornito dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento Trasporti terrestri e intermodale, a Fedit (associazione datoriale di trasportatori) con nota del 13 gennaio 2010, prot. n. 0002513 ⁽⁴⁷⁾. In tale occasione il Ministero ha dichiarato l'inapplicabilità della normativa riferibile al contratto di appalto al contratto di trasporto sulla scorta dell'autonomia delle due fattispecie. *Mutatis mutandis* si potrebbe adattare tale ragionamento ai rapporti di subfornitura; tuttavia, a differenza del contratto di trasporto, la subfornitura non ha una «completa autonomia, sotto il profilo della disciplina applicabile». Inoltre la nota del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti non è stata concordata con il Ministero del lavoro, che parrebbe essere l'ente competente a pronunciarsi su tali questioni.

Proprio il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è recentemente intervenuto in materia con l'interpello n. 2/2012 in riferimento alla fattispecie del "nolo a caldo" ⁽⁴⁸⁾, «figura contrattuale atipica diffusa nella

cipi che un ordinamento esprime, di tal ch  la regolamentazione intervenuta si appalesa inidonea – proprio per tale anomalia – ad essere estesa a fattispecie in essa non espressamente considerate». Posto che le norme applicabili ai contratti di appalto rivolte alla tutela del lavoratore o del contraente debole *tout court* non sembrano porsi n  in contrasto n  in deroga rispetto ai principi generali dell'ordinamento giuridico, anche alla luce delle definizioni sopra riportate, difficilmente potrebbero essere identificate come "norme eccezionali".

⁽⁴⁶⁾ In tal senso si veda ancora M. BIAGI, *op. cit.*, secondo cui «non pare dunque possibile individuare nella legge 192/1998 una deroga (implicita) all'art. 3 della legge 1369/1960, posto che in questa legge vengono esclusivamente disciplinati i rapporti di natura commerciale tra l'impresa committente e l'impresa subfornitrice, senza che questo venga a incidere sui rapporti di lavoro instaurati dalla subfornitrice con i propri dipendenti, che come tali restano soggetti alle regole generali del diritto del lavoro».

⁽⁴⁷⁾ In www.adapt.it, indice A-Z, voce *Trasporto (contratto di)*.

⁽⁴⁸⁾ Interpello del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 2/2012, recante Art. 9, d.lgs. n. 124/2004 – contratto di nolo a caldo eccedente il 2% dell'importo delle

prassi commerciale» e per questo assimilabile al rapporto di subfornitura. Il Ministero del lavoro ha affermato che «la disciplina in materia di responsabilità solidale è evidentemente legata alla figura dell'appalto e non a quella del nolo a caldo (ferme restando forme patologiche di utilizzo di tale ultimo strumento contrattuale), sebbene non possa sottacersi un importante indirizzo giurisprudenziale volto a interpretare il complessivo quadro normativo nel senso di una estensione quanto più ampia possibile del regime solidaristico in ragione di una maggior tutela per i lavoratori interessati». Tali conclusioni parrebbero pertanto estensibili anche al rapporto di subfornitura.

3.1. La responsabilità solidale.

Elemento nodale della discussione diviene quindi l'applicabilità della responsabilità solidale al rapporto di subfornitura, soprattutto ove la si osservi nell'ottica del gravame aggiuntivo imposto al committente, che non dovrà sottostare solo alle norme a protezione del contraente debole apprestate dalla legge n. 192/1998, ma anche alle norme in materia di appalto poste a protezione del prestatore di lavoro⁽⁴⁹⁾.

prestazioni affidate – responsabilità solidale ex art. 35, comma 28, l. n. 248/2006, in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*. Per un commento all'interpello si veda S. COLANTONIO, A. DI BENEDETTO, *Nolo a caldo e responsabilità solidale: i chiarimenti del Ministero*, in *GL*, 2012, n. 7, 18. Per un approfondimento sulla dilatazione della nozione di appalto effettuata dalla giurisprudenza, si veda F. CAPURRO, *Tecniche di tutela degli interessi dei lavoratori nel contesto di forme di decentramento produttivo particolari*, in *LG*, 2011, n. 11, all. n. 1, 51.

⁽⁴⁹⁾ Si consideri infatti quanto sostenuto da P. ICHINO, *Le nuove forme del decentramento produttivo*, cit., secondo cui era necessario «estendere il campo di applicazione della regola della parità di trattamento e della corresponsabilità solidale, di cui all'art. 3 della legge del 1960, a tutti i casi di segmentazione dell'impresa caratterizzati da dipendenza economica del fornitore dal committente, individuati dagli elementi essenziali e sufficienti della durezza del rapporto nel tempo e della monocommittenza». Nonostante il ragionamento di Ichino fosse ancorato alla l. n. 1369/1960 (considerato che è stato pubblicato nel 1999), pare agevole traslarlo sul secondo comma dell'art. 29 d.lgs. n. 276/2003. Sullo stesso punto si veda anche M. BIAGI, *op. cit.*, secondo cui «la garanzia dei lavoratori chiamati a svolgere concretamente il lavoro è indiretta, e consiste nella tutela dell'impresa subfornitrice che è normalmente in posizione di soggezione economica e tecnologica rispetto all'impresa committente». Per un approfondimento sui temi della responsabilità solidale nei processi di esternalizzazione si veda D. VENTURI, *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *q. Rivista*, 2010, n. 3, 836, secondo il quale «la protezione assicurata ai lavoratori attraverso il vincolo della solidarietà valorizza il collegamento contrattuale tra le operazioni commerciali delle imprese (contratti di

A fronte di un quadro giuridico così articolato, si potrebbe presumere che gli imprenditori più “smaliziati” – nascondendosi nei vuoti normativi e giurisprudenziali ⁽⁵⁰⁾ – con la stipula di un contratto di subfornitura tentino in realtà di porre in essere un escamotage che eviti loro di risultare soggetti alle restrizioni in materia di responsabilità solidale.

D'altra parte, come visto in precedenza, a livello dottrinale sono rinvenibili numerose tesi che sostengono l'applicabilità della disciplina della vendita, piuttosto che della somministrazione di beni o del contratto d'opera, a ipotesi del genere. Pertanto l'imprenditore committente, per sottrarsi alle norme sulla responsabilità solidale, potrebbe indurre l'imprenditore subfornitore – e quindi contraente debole – ad inserire nel contratto di subfornitura una clausola che disponga che per tutto ciò che le parti non hanno previsto verranno applicati gli articoli del codice civile sulla vendita, piuttosto che quelli sulla somministrazione di beni o sul contratto d'opera. E tali scelte – accomunate dall'intento elusivo delle più “pesanti” norme in materia di appalto – potrebbero tra l'altro essere agevolmente giustificate valorizzando una delle tesi sopra brevemente illustrate.

Inoltre, non dovrebbe essere sottovalutato il comportamento di chi stipula un contratto di subfornitura in luogo di un contratto di appalto, sempre al fine di aggirare una normativa copiosa e restrittiva. Si pensi non solo alla richiamata responsabilità solidale, ma anche al necessario rispetto di trattamenti retributivi minimi da garantirsi ai lavoratori impiegati ⁽⁵¹⁾, all'obbligo di possesso del documento unico di regolarità

appalto, di somministrazione di lavoro, di cessione d'azienda o di ramo d'azienda) ed i contratti di lavoro che interessano i lavoratori coinvolti».

⁽⁵⁰⁾ Tra le poche pronunce sul tema si veda ad esempio Trib. Monza 1° marzo 2004, in *Gius*, 2004, n. 14, 2902, secondo cui «al di fuori degli aspetti regolati espressamente e compiutamente dalla l. 18 giugno 1998, n. 192, il regime della responsabilità del subfornitore deve essere ricavato dalle norme che disciplinano i singoli tipi contrattuali cui di volta in volta il rapporto di subfornitura sia riconducibile». Tale statuizione tuttavia non fa altro che riprendere quanto sostenuto in dottrina senza indicare i criteri da prendere in considerazione al fine di applicare la disciplina dell'appalto piuttosto che quella della vendita, della somministrazione di beni o del contratto d'opera. Analizzando le pronunce della giurisprudenza in materia di subfornitura si coglie chiaramente come l'aspetto di maggior interesse sia stato la verifica rispetto all'applicabilità dell'art. 9 della l. n. 192/1998 (*Abuso di dipendenza economica*) ad altre fattispecie rispetto al rapporto definito dall'art. 1 della suddetta legge. Sul punto, come visto in precedenza, si presume che d'ora in poi il dibattito giurisprudenziale seguirà l'orientamento proposto da Cass., sez. un., ord. n. 24906/2011, cit.

⁽⁵¹⁾ Come ricordato dalla circ. Min. lav. n. 5/2011, cit., infatti, fermi restando il disposto dell'art. 36 Cost. e dell'art. 36 della l. n. 300/1970, il comma 1175 dell'art. 1 della l. n. 296/2006 (c.d. legge finanziaria 2007) stabilisce l'obbligo del rispetto «degli ac-

contributiva (c.d. Durc) ⁽⁵²⁾, all'obbligo di elaborare il documento unico di valutazione dei rischi interferenziali (c.d. Duvri) e alla necessità di rispettare tutti gli obblighi previsti dall'articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008 – così come modificato da ultimo dal decreto legislativo n. 106/2009 – in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. È pur vero che potrebbe ravvisarsi la nullità del contratto ove si dimostri che esso sia stato posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge; tuttavia la relativa prova appare particolarmente complessa, considerata la spiccata affinità delle due fattispecie contrattuali.

Sul tema della responsabilità solidale si deve inoltre tener conto delle novità introdotte dalla “manovra di Ferragosto”, la quale nel punto *c* del secondo comma dell'articolo 8 prevede che la contrattazione di secondo livello possa intervenire anche sul «regime della solidarietà negli appalti». Per le parti sociali si apre quindi una prospettiva particolarmente interessante in quanto, a norma del comma *2-bis* dell'articolo 8, «fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro». Anche tale novità normativa potrebbe tuttavia costituire un pretesto per fenomeni distorsivi: un particolare regime di responsabilità previsto dalle parti sociali potrebbe indurre coloro che non lo condividono a stipulare un contratto di subfornitura in luogo di un contratto di appalto, con il solo scopo di non essere soggetti a quanto previsto dalla relativa intesa.

Ove le parti decidessero di “preferire” il contratto di subfornitura al contratto di appalto, da un lato rischierebbero di incorrere nella fattispecie di abuso di dipendenza economica, ma dall'altro eviterebbero di

cordi 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» ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi favorendo pertanto l'applicazione delle tariffe minime retributive previste dalla contrattazione collettiva e il rispetto delle norme contrattuali relative al personale nei casi di cambio d'appalto.

⁽⁵²⁾ Come previsto dal comma 1175, art. 1, l. n. 296/2006, «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». Peraltro, come ricordato dalla circ. Min. lav. n. 5/2011, cit., sotto il profilo strettamente contributivo, l'assenza del Durc comporta già di per sé l'esclusione della partecipazione alle gare d'appalto.

assoggettarsi a numerose norme altrettanto restrittive della libertà contrattuale ⁽⁵³⁾. Non è quindi detto che qualche imprenditore particolarmente “ben consigliato” non abbia già valutato tale scappatoia.

Per evitare l'uso distorto delle norme sopra richiamate potrebbe tuttavia essere utilizzato proprio il nuovo strumento concesso alle parti sociali dalla “manovra di Ferragosto”. Esse potrebbero infatti, tramite un'intesa, affiancare alla disciplina del 1998 ulteriori tutele, prevedendo, ad esempio, l'applicabilità del regime di solidarietà tipico dei contratti di appalto anche ai rapporti di subfornitura. Un orientamento delle parti sociali verso questa direzione parrebbe essere oggi una delle soluzioni maggiormente efficaci e per questo auspicabili, come testimoniano, del resto, gli studi portati avanti in altri ordinamenti ⁽⁵⁴⁾.

3.2. La differenziazione dalla somministrazione di lavoro.

Appalto e subfornitura, nella loro corretta esplicazione, integrano lo schema opposto rispetto a quello della somministrazione di lavoro – essendo forme di esternalizzazione contrapposte a una forma di internalizzazione – ma entrambe, se utilizzate in maniera fraudolenta, appaiono idonee a dar vita ad una forma di somministrazione illecita ⁽⁵⁵⁾.

Per tale motivo l'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/2003 si preoccupa sia di indicare i criteri differenziali tra un contratto d'appalto genuino e una somministrazione di lavoro, sia di prevedere un sistema sanzionatorio che si attivi ove tali criteri non vengano rispettati: come noto, in tale evenienza, il lavoratore interessato può chiedere la costitu-

⁽⁵³⁾ Si veda in proposito P. RAUSEI, *Contratto di subfornitura*, 2009, in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Subfornitura*.

⁽⁵⁴⁾ Per un approccio teorico a questi temi e a quelli connessi si vedano alcuni interessanti contributi di A. BAGCHI, *Separating Contract and Promises*, in *Florida State University Law Review*, 2011, vol. 38, 707; *Unequal Promises*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 2011, vol. 72, 467; *Managing Moral Risk in Contract*, in *Columbia Law Review*, 2011, vol. 111, 1878, tutti consultabili in www.law.upenn.edu, area *Faculty, Full-Time Faculty, Aditi Bagchi*.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto si è, tra l'altro, recentemente pronunciato il Trib. Pisa 20 luglio 2009, n. 339, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2009, ritenendo che sia «illecito il contratto di subfornitura il cui oggetto consista nel mettere a disposizione del committente una prestazione di lavoro subordinato, lasciando al subfornitore i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (retribuzione, assegnazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione mediante le opportune sostituzioni), senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo».

zione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzato.

A tale sistema sanzionatorio si aggiungono poi le pene previste dal comma 5-*bis* dell'articolo 18, decreto legislativo n. 276/2003, e da ultimo dovrà essere attentamente valutata la possibilità di applicazione dell'articolo 12 della "manovra di Ferragosto", che comporterebbe tra l'altro pene anche più gravi⁽⁵⁶⁾.

Stante quanto affermato sopra, non parrebbe ardito richiedere che anche il subfornitore debba farsi carico dell'organizzazione dei mezzi necessari⁽⁵⁷⁾, eventualmente anche attraverso l'«esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto», e dall'«assunzione [...] del rischio d'impresa». Tali aspetti rappresentano però punti molto delicati del rapporto di subfornitura: taluni ritengono infatti che il potere organizzativo non si addica alle caratteristiche tipiche del subfornitore, soggetto al controllo diretto dell'impresa committente e pertanto privato di autonoma capacità valutativa⁽⁵⁸⁾. Contro tale posizione è stato obiettato che il subfornitore non è, comunque, un «supino esecutore delle istruzioni ricevute e pertanto non difetta [...] in capo allo stesso quel minimo di autonomia che caratterizza l'appaltatore»⁽⁵⁹⁾. Le caratteristiche del rapporto di subfornitura lascerebbero poi qualche dubbio sulla presenza, in capo al subfornitore, del rischio di impresa, che tuttavia potrebbe essere intravisto ove si valorizzasse la responsabilità di quest'ultimo rispetto al bene prodotto⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. § 4.

⁽⁵⁷⁾ Per un approfondimento sul requisito dell'organizzazione dei mezzi si veda l'interpello del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 77/2009, recante Art. 9, d.lgs. n. 124/2004 – *affidamento di attività in subappalto* – art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*.

⁽⁵⁸⁾ Sul punto cfr. App. Firenze 16 agosto 2011, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2011, secondo cui «la supremazia tecnologica della committenza che caratterizza il rapporto di subfornitura [...] vede invece l'impresa esecutrice in posizione di dipendenza cognitiva». Tale dipendenza viene dimostrata dalla circostanza che, «senza il *know-how* procurato dalla committente, l'interlocutore non sarebbe in grado di fare quella certa cosa che pure gli viene chiesto di fare, ciò che lo mette in condizione di dipendenza cognitiva e, conseguentemente, di debolezza contrattuale, non avendo egli la possibilità di guidare autonomamente (come abitualmente fa l'appaltatore) le scelte tecniche che conducono al risultato ed essendo quindi costretto a seguire pedissequamente, se non addirittura ciecamente, l'impostazione tecnica che gli proviene dalla committenza». In senso conforme cfr. anche Trib. Catania 9 luglio 2009, in *FI*, 2009, n. 10, 1, 2813, e Trib. Bari 30 ottobre 2006, cit.

⁽⁵⁹⁾ C. BERTI, B. GRAZZINI, *op. cit.*, 22.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*.

Quelli appena richiamati non sono gli unici criteri per poter identificare la genuinità dell'appalto, in quanto devono essere presi in considerazione anche i consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia ⁽⁶¹⁾. Tuttavia i pochi spunti sopra indicati paiono già di per sé sufficienti a dimostrare come la fattispecie della somministrazione di lavoro illecita possa celarsi anche in un contratto di subfornitura, e non solo in un contratto di appalto ⁽⁶²⁾.

Per far fronte alle difficoltà che potrebbero nascere ogni qual volta l'interprete fosse chiamato a distinguere tra appalto e somministrazione di lavoro, il legislatore – tramite l'articolo 84 del decreto legislativo n. 276/2003 – ha previsto la possibilità di richiedere la certificazione dei contratti di appalto ⁽⁶³⁾. Si sottolinea quindi come il legislatore abbia

⁽⁶¹⁾ Per il cui approfondimento si veda R. ROMEI, *op. cit.*, e P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, cit., 857.

⁽⁶²⁾ Si veda ad esempio la pronuncia del Trib. Pesaro 5 maggio 2009, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2009, in cui una società contestava un accertamento contenuto in un verbale Inps adducendo: di «aver sottoscritto con U. P. due contratti di subfornitura; che a tal fine aveva verificato il positivo adempimento degli obblighi contributivi a carico della subfornitrice; che non era tenuta a svolgere indagini sulla effettiva struttura imprenditoriale della U. P.; che l'attività svolta dai dipendenti dell'appaltatrice non era stata soggetta ad alcuna forma di ingerenza del committente». Il Tribunale di Pesaro nella fattispecie ha respinto il ricorso andando a verificare concretamente le modalità di esecuzione dei contratti ed avvalendosi ai fini della decisione delle testimonianze di due lavoratori della società ricorrente e di un lavoratore della società presunta subfornitrice. Sempre sul punto si veda anche il caso affrontato dal Trib. Milano 24 ottobre 2011, in *Repertorio di Giurisprudenza*, 2011, in cui gli ispettori Inps ritenevano sussistere una somministrazione di lavoro in luogo di un contratto di subfornitura. Anche alla luce di tali situazioni pare condivisibile quanto sostenuto da P. ICHINO, *Le nuove forme del decentramento produttivo*, cit., secondo cui «la differenza nell'assetto degli interessi coinvolti nel caso della subfornitura e in quello della somministrazione imprenditoriale di lavoro diventa sempre più impercettibile: fra i due casi, sul piano pratico, non c'è una netta cesura».

⁽⁶³⁾ Sul tema della certificazione dei contratti di appalto si veda innanzitutto P. RAUSEI, *Certificazione dei contratti, indagine ispettiva e sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2006, n. 42, 2369. Si segnalano, inoltre, C. BIZZARRO, *Le politiche di contrasto al lavoro «nero» tra nuovo regime degli appalti e procedure di certificazione*, in *q. Rivista*, 2007, n. 2, 517; L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, n. 3, 110; V. SPEZIALE, *Certificazione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX, Artt. 61-86*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, IV, 140. Per una panoramica sugli aspetti maggiormente dibattuti in dottrina riguardo all'istituto della certificazione si veda invece F. PASQUINI, *La certificazione dei contratti di lavoro: una rassegna ragionata del dibattito dottrinale*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro. Com-*

«attribuito alle commissioni di certificazione ⁽⁶⁴⁾ il potere di verificare la genuinità dei contratti di appalto, anticipando ed alleggerendo gli oneri delle verifiche ispettive e dando al contempo alle imprese l'occasione per accreditarsi sul mercato attraverso la certificazione, possibile patente di credibilità ed affidabilità per gli appaltatori che vi facciano ricorso» ⁽⁶⁵⁾.

Il ricorso all'istituto della certificazione, nella stessa ottica, potrebbe allora costituire un'interessante opportunità anche per chi intende concludere un contratto di subfornitura. Si pensi infatti a cosa accadrebbe se fossero applicate le disposizioni dell'appalto e, al contrario, un organo ispettivo ritenesse che un contratto di subfornitura sia stato stipulato per mascherare una somministrazione di lavoro illecita. Tutti i lavoratori di cui si avvale il subfornitore potrebbero richiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del committente e a entrambe le parti verrebbero applicate le pene previste dal comma 5-bis dell'articolo 18, decreto legislativo n. 276/2003. Tra l'altro, è possibile «ipotizzare che anche nel settore [...] delle esternalizzazioni le ispezioni saranno focalizzate verso quei rapporti non sottoposti a un preventivo controllo, su base volontaria, relativamente alla effettiva sussistenza delle condizioni che legittimano una utilizzazione mediata della forza lavoro» ⁽⁶⁶⁾ così che ricorrere alla certificazione potrebbe essere oltremodo consigliabile.

È però opportuno ricordare che l'istituto della certificazione non basta a determinare in maniera definitiva e incontrovertibile la qualificazione del contratto; infatti, a norma dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 276/2003, l'atto di certificazione è impugnabile dalle parti e dai terzi interessati ove questi lamentino una erronea qualificazione del contratto, la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione o vizi del consenso. Tuttavia «l'accertamento svolto dalle commissioni di certificazione stabilisce una presunzione di conformità alla fattispecie legale di cui al *nomen iuris* che le parti hanno

mentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183 (cd. Collegato lavoro), Giuffrè, Milano, 2011, 63.

⁽⁶⁴⁾ Costituite in seno agli organi abilitati ai sensi dell'art. 76, d.lgs. n. 276/2003, così come modificato dalla l. n. 266/2005 e da ultimo dalla l. n. 183/2010.

⁽⁶⁵⁾ F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (l. 183/2010)*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2011, 85.

⁽⁶⁶⁾ A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e "tenuta" giudiziaria*, in M. TIRABOSCHI, *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010, 11.

allo stesso conferito»⁽⁶⁷⁾. Pertanto un provvedimento di certificazione potrebbe essere utile anche nella denegata ipotesi di impugnazione giudiziale di un contratto di subfornitura certificato per farne accertare la natura di somministrazione di lavoro illecita⁽⁶⁸⁾, in quanto le rilevanze dell'attività istruttoria della commissione di certificazione, in un giudizio così delicato, potrebbero costituire prova determinante ai fini della valutazione del giudice. Si pensi infatti come, anche grazie alle regole procedurali predisposte dal legislatore nel decreto legislativo n. 276/2003, nelle circolari e nei decreti successivi in materia, la procedura di certificazione sia «in grado di produrre un cospicuo materiale probatorio che consenta, in caso di contenzioso tra le parti, di ricostruire al meglio la volontà dei soggetti reciprocamente obbligatisi»⁽⁶⁹⁾. Queste considerazioni dovrebbero valere ancor di più alla luce del secondo comma dell'articolo 30 della legge n. 183/2010 (c.d. «collegato lavoro») in virtù del quale il giudice si deve attenere alle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione, salvo che il provvedimento di certificazione presenti gli estremi per essere impugnato⁽⁷⁰⁾. Piuttosto che sul vincolo normativo appare però più lungimirante ragionare in merito alle scelte che il buon senso dovrebbe suggerire all'organo giudicante. Si ritiene infatti che quanto più i provvedimenti di certificazione daranno conto di un'attività istruttoria svolta in maniera approfondita e puntuale, tanto più i giudici saranno incentivati a tenerne conto. In questo caso il giudice non verrebbe spodestato dal suo ruolo naturale, ma troverebbe nel provvedimento di certificazione un utile strumen-

(67) F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 141. Per un approfondimento sulle novità rispetto all'efficacia del provvedimento di certificazione previste dalla l. n. 183/2010 si veda L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, in *LG*, 2011, n. 2, 157.

(68) Secondo M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *www.csdn.it*, indice analitico, voce *Certificazione*, il lavoratore coinvolto nel rapporto «trilaterale» che si viene a creare per effetto del contratto di appalto o di somministrazione di lavoro potrebbe impugnare la certificazione di tale contratto in quanto terzo sulla cui sfera giuridica questo provvedimento produce effetti. Tale tesi pare quindi estendibile al lavoratore coinvolto in un rapporto di subfornitura.

(69) Cfr. F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *I nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 43.

(70) Si veda a riguardo F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *I nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria*, cit., 44, dove si afferma che il secondo comma dell'art. 30 della l. n. 183/2010 «non fa che confermare il rinnovato peso che si è inteso attribuire alle dichiarazioni espresse e ai comportamenti tenuti dalle parti in corso di procedura». Sul tema si veda anche L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il collegato lavoro 2010. Commentario alla Legge n. 183/2010*, Ipsoa, Milano, 2011, 110.

to per realizzare al meglio la propria attività e pervenire alla decisione finale con cognizione piena della singola fattispecie.

3.3. La responsabilità in materia di salute e sicurezza.

Come accennato in precedenza, il contratto di appalto è regolato da una stringente normativa anche in materia di salute e sicurezza ⁽⁷¹⁾. Senza entrare eccessivamente nel dettaglio, ci si domanda se sia ragionevole ritenere applicabile detta normativa anche al contratto di subfornitura ⁽⁷²⁾.

Si fa riferimento, ad esempio, a quanto stabilito dal quarto comma dell'articolo 26, decreto legislativo n. 81/2008, sorgendo spontanea la domanda se in caso di infortunio del lavoratore dipendente dal subfornitore sia chiamato a risarcire il danno c.d. differenziale anche il committente, posto che questo parrebbe essere uno degli aspetti che potrebbero indurre il contraente forte del contratto di subfornitura a rifuggire dall'applicazione della disciplina dell'appalto. Si considerino poi le responsabilità del committente previste, ancora, dall'articolo 26 del decreto legislativo n. 81/2008 – così come modificato dal decreto legislativo n. 106/2009 – nel caso in cui vi sia appalto endoaziendale ⁽⁷³⁾. In tal caso il committente viene gravato di una serie di oneri non indifferenti: dalla “responsabilità *in eligendo*” dell'appaltatore, all'onere informativo sui rischi; dalla cooperazione con l'appaltatore nella predisposizione di adeguate misure volte a prevenire gli incidenti sul lavoro,

⁽⁷¹⁾ Per un approfondimento rispetto a questi temi si veda la circ. Min. lav. n. 5/2011, cit. Inoltre rispetto agli appalti di servizi aventi luogo in ambienti sospetti di inquinamento si veda la circ. Min. lav. n. 13/2011, recante *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; lavori in ambienti sospetti di inquinamento. Iniziative relative agli appalti aventi ad oggetto attività manutentive di pulizia che espongono i lavoratori al rischio di asfissia o di intossicazione dovuta ad esalazione di sostanze tossiche o nocive*, in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*.

⁽⁷²⁾ In merito si è recentemente pronunciato il Trib. Pisa n. 339/2009, cit., il quale rispetto ad un contratto di subfornitura «destinato ad operare come “paravento” dell'interposizione» ha affermato che, «accertata la responsabilità dell'effettivo utilizzatore per l'infortunio occorso al lavoratore, deve affermarsi la responsabilità solidale dell'interposto». Per un approfondimento sulle sentenze del Trib. Pisa n. 268/2009 e n. 339/2009, cit., si veda P. ALBI, *Divieto di interposizione e responsabilità da contratto sociale*, in *RIDL*, 2010, n. 1, 17.

⁽⁷³⁾ Per un approfondimento sul d.lgs. n. 81/2008 si veda, per tutti, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Giuffrè, Milano, 2008, e segnatamente il contributo di F. BACCHINI, *Committenti e appaltatori*, 183.

alla elaborazione del documento unico di valutazione dei rischi, oltre alla previsione dei costi relativi alla sicurezza del lavoro.

L'interrogativo circa l'applicabilità di tali norme al rapporto di subfornitura appare piuttosto rilevante: si può infatti presumere che il committente di un contratto di subfornitura non vorrà essere obbligato a rispettare tali ulteriori adempimenti, e che pertanto tenterà di sfruttare l'indeterminatezza interpretativa a proprio favore. È evidente come tale atteggiamento, ove si verificasse in concreto, andrebbe a pregiudizio sia del subfornitore, sia dei lavoratori alle dipendenze di quest'ultimo. Pare allora ancor più evidente come la legge n. 192/1998, così come attualmente formulata, apprestando una tutela al contraente debole inerente soltanto ad alcuni aspetti, per altri profili vada – seppur indirettamente – a favorire, di fatto, il committente.

4. La certificazione dei contratti di subfornitura.

Come si è tentato di dimostrare, la difformità di opinioni riguardo alla tipicità o alla trasversalità della disciplina in materia di subfornitura comporta una forte indeterminatezza riguardo alla disciplina applicabile al relativo rapporto per tutto ciò che la legge n. 192/1998 non prevede. Tale mancanza di chiarezza potrebbe, da un lato, indurre in errore le parti che, in buona fede, volendo stipulare un contratto di subfornitura, potrebbero non comprendere chiaramente a quale normativa fare riferimento e, dall'altro, favorire intenti elusivi di chi opera invece proprio in tale ottica. L'indeterminatezza che caratterizza la legge n. 192/1998 potrebbe allora ricadere, in particolare, sul contraente debole e sui prestatori di lavoro utilizzati dal medesimo, i quali non potrebbero fare affidamento sulle norme poste a propria tutela presenti nella disciplina dell'appalto.

Una possibile soluzione alla mancanza di certezza giuridica che ad ora caratterizza i contratti di subfornitura potrebbe essere il ricorso alla certificazione.

Si ricorda che il decreto legislativo n. 276/2003 attribuisce alle commissioni di certificazione sia una funzione qualificatoria dei contratti (peraltro ora ampliata, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 183/2010), sia una funzione di assistenza e consulenza ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁴⁾ L'art. 81 del d.lgs. n. 276/2003 prevede espressamente che le commissioni di certificazione possano svolgere funzioni di «consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali». Per un approfondimento sul tema – alla luce delle novità apportate dalla

Le commissioni di certificazione durante la fase di assistenza e consulenza potrebbero indicare alle parti, secondo le specifiche caratteristiche del singolo contratto di subfornitura, quale sia la fattispecie contrattuale maggiormente idonea a completarlo. Conseguentemente, le commissioni potrebbero certificare la volontà delle parti di fare riferimento alla disciplina così individuata per tutto ciò che esula dalla legge n. 192/1998 ⁽⁷⁵⁾. In questo senso le commissioni potrebbero svolgere un ruolo di mediazione tra le parti volto, da un lato, ad ampliare la tutela al contraente debole e, dall'altro, a conferire maggior certezza e stabilità al contratto.

Per quanto attiene invece alla “tradizionale” funzione qualificatoria, le commissioni dovrebbero verificare principalmente due aspetti, così come già accade per i contratti di appalto ⁽⁷⁶⁾. *In primis* dovrebbe essere rilevata la sussistenza degli elementi differenziali rispetto al contratto di somministrazione di lavoro; successivamente si dovrebbe appurare che il contratto di subfornitura sottoscritto dalle parti risponda ai requisiti prescritti non solo dalla legge n. 192/1998, ma anche dalla disciplina prescelta per integrare quanto non disposto dalla suddetta legge.

Considerato il dibattito dottrinale ancora in essere in merito all'applicabilità delle norme *extra* legge n. 192/1998 in via analogica o in quanto non espressamente derogate dalla medesima ⁽⁷⁷⁾, potrebbe altresì essere certificata la volontà delle parti di prediligere un dato orientamento dottrinale ⁽⁷⁸⁾.

l. n. 183/2010 – si veda il contributo di F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (l. 183/2010)*, cit., 37.

⁽⁷⁵⁾ In uno dei commenti al collegato lavoro M. CORTI, *Il cd. Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, conciliazione e arbitrato*, in *RIDL*, 2011, n. 1, 7, rileva come il secondo comma dell'art. 30, l. n. 183/2010 «estend[a] l'obbligo del giudice di rispettare la volontà delle parti anche alla “interpretazione” delle clausole del contratto certificato». Tale aspetto porta a comprendere come l'affermazione di cui sopra risulti non solo condivisibile ma addirittura valorizzata dalle novità introdotte dal collegato lavoro.

⁽⁷⁶⁾ A riguardo merita di essere segnalata la proposta di E. MASSI, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2004, n. 34, ins., secondo cui alle commissioni di certificazione andrebbe in tal caso riconosciuto un potere istruttorio maggiore di quello loro generalmente concesso, che consenta loro di «rendersi conto di come stanno le cose».

⁽⁷⁷⁾ Cfr. §3.

⁽⁷⁸⁾ Come già evidenziato in precedenza, le novità introdotte in materia dalla l. n. 183/2010 si muovono proprio in questa direzione, proponendo l'istituto della certificazione anche come strumento con il quale le parti possono rafforzare le pattuizioni inserite nel contratto. In questo senso cfr. M. TIRABOSCHI, *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 36, il

Utilizzando in quest'ottica l'istituto della certificazione si andrebbe a realizzare lo scopo principale per cui il legislatore lo ha introdotto nel nostro ordinamento: la deflazione del contenzioso ⁽⁷⁹⁾. Sarà infatti meno probabile che sorgano controversie ove le parti conoscano la normativa di riferimento fin dal sorgere del rapporto, e ove siano state opportunamente accompagnate nella scelta della disciplina che meglio si ataglia alla regolazione dei reciproci rapporti. In verità pare che l'intento deflattivo dell'istituto possa effettivamente realizzarsi ove le commissioni di certificazione godano di una diffusa autorevolezza: si presume infatti che all'aumentare della competenza dei commissari esercenti la fase istruttoria si infittiscano le maglie del setaccio attraverso il quale dovranno filtrare le clausole del contratto. Di conseguenza dovrebbero confluire nel contratto finale solo clausole rispondenti ai requisiti di legge e pertanto verrebbero ridotte, se non eliminate, le possibilità che gravi errori contrattuali arrivino sino al vaglio del giudice.

Deve poi essere tenuto in considerazione anche l'aspetto antielusivo di una scelta quale quella prospettata: la certificazione in questo caso fun-

quale sostiene che «se il contratto rappresenta la massima espressione della volontà delle parti, allora il controllo del giudice deve avere confini ben precisi sia in merito alla qualificazione del rapporto di lavoro sia in merito al significato delle clausole contrattuali che le parti abbiano liberamente e coscientemente convenuto. Il giudice, dunque, non potrebbe discostarsi da tali valutazioni, ove il contratto – a garanzia di assistenza delle parti – sia stato certificato da una apposita commissione di certificazione. Un tale limite al sindacato giudiziale, peraltro, è già stato individuato da quella giurisprudenza che, nell'intento di valorizzare l'autonomia contrattuale, accorda particolare rilievo nella qualificazione del rapporto alla volontà delle parti, soprattutto ove essa si sia espressa in un documento contrattuale articolato, ricco di clausole, che testimonia il fattivo e cosciente intento di vincolarsi in una data forma contrattuale [l'Autore cita Cass. 17 giugno 2009, n. 14054, in *D&G*, 2009]. Tali coscienza e volontà sono – per così dire – presunte essere genuine nel caso in cui le parti siano state assistite da un organo amministrativo terzo ed il prodotto della loro contrattazione sia stato da questo vagliato».

⁽⁷⁹⁾ Parte della dottrina sostiene però che l'istituto della certificazione non riesca nell'obbiettivo di deflazione del contenzioso. Tra questi si veda V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276 del 1.9.2003*, Ediesse, Roma, 2004, e, meno fermamente, L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro l. 30/2003*, Ipsoa, Milano, 2004, 233. Positivi sono invece i commenti a riguardo di V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *LD*, 2006, n. 2-3, 383, e D. MARRAMA, C. FRIGHETTO, *La certificazione come strumento di certezza del diritto*, in *Rassegna di Giurisprudenza del Lavoro nel Veneto*, 2005, n. 2, 18.

gerebbe infatti da «patente di credibilità ed affidabilità»⁽⁸⁰⁾. Si consideri, del resto, che chi certifica il contratto di subfornitura sarebbe immediatamente riconoscibile e distinguibile rispetto a due diverse categorie di imprenditori: quelli che, pur volendo concludere un contratto di appalto, concludono un contratto di subfornitura al solo fine di sfruttarne l'indeterminatezza normativa, e quindi di sfuggire agli obblighi previsti dalla disciplina dell'appalto, e quelli che invece, volendo realmente porre in essere un contratto di subfornitura, inducono il contraente debole a fare riferimento alle norme della fattispecie contrattuale della somministrazione di beni, piuttosto che della vendita o del contratto d'opera.

Non sembrerebbero poi esserci particolari questioni sull'applicabilità dell'istituto della certificazione al contratto di subfornitura considerato che, facendo riferimento alla disciplina dell'appalto in quanto non derogata o in via analogica, potrebbe applicarsi l'articolo 84 del decreto legislativo n. 276/2003. Ove non si ritenesse praticabile tale soluzione si potrebbe poi tenere conto di una delle novità apportate al decreto legislativo n. 276/2003 dalla legge n. 183/2010⁽⁸¹⁾, e, nello specifico, dal quarto comma dell'articolo 30, il quale, andando a sostituire l'articolo 75 del decreto legislativo n. 276/2003, ha previsto che, «al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro». La subfornitura è certamente – al pari dell'appalto – un contratto in cui viene dedotta indirettamente una prestazione di lavoro e, tenendo conto delle argomentazioni sopra esposte, la sua certificazione sarebbe conseguentemente volta, tra l'altro, a ridurre il contenzioso. Pare allora ampiamente condivisibile la tesi secondo cui «con la l. n. 183/2010 si possono ritenere certificabili anche altri contratti, di grande rilevanza pratica, ma ben poco frequentati dai

⁽⁸⁰⁾ F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (l. 183/2010)*, cit., 85.

⁽⁸¹⁾ Per una breve analisi delle novità apportate all'istituto della certificazione dalla l. n. 183/2010 si vedano i contributi di V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *DLM*, 2010, n. 1, 147; E. MASSI, *Commissioni di certificazione: problemi e prospettive*, in *DPL*, 2011, n. 4, 177; I. AMBROSI, M. D'AURIA, *Il provvedimento «collegato lavoro»: i (ridotti) poteri del giudice in materia di qualificazione del contratto di lavoro certificato e i limiti del risarcimento dovuto al lavoratore (Seconda parte)*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, n. 2, 158; A. MINERVINI, *La qualificazione del rapporto di lavoro nella certificazione del contratto*, in *LG*, 2011, n. 3, 301.

lavoristi, quali quelli di franchising, *engineering*, marketing, trasporto e subfornitura»⁽⁸²⁾.

Ai confini della certificazione dei contratti: la subfornitura industriale – Riassunto. *La subfornitura industriale è una delle forme di esternalizzazione più utilizzate nella prassi commerciale, con la quale una moltitudine di piccole e medie imprese si impegnano a fornire a grandi imprese committenti lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime, forniti dalle committenti medesime, piuttosto che prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica delle committenti o nella produzione di un bene complesso. Nonostante la notevole diffusione, questo fenomeno di dissociazione imprenditoriale viene regolato solamente dalla l. n. 192/1998, che tuttavia – analizzando la subfornitura come contratto di diritto civile – non si pronuncia sui profili lavoristici. Considerata l'affinità dello schema contrattuale della subfornitura a quello dell'appalto, si ritiene plausibile, ove sussistano determinate condizioni, l'applicabilità delle norme*

⁽⁸²⁾ C.A. NICOLINI, *Certificazione dei contratti e contenzioso nel “collegato lavoro”*, in *LG*, 2011, n. 4, 350. Sostanzialmente negli stessi termini cfr. anche G. FERRARO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet, Torino, 2009, 555. Favorevole a tale interpretazione pare essere anche F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *I nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria*, cit., 44, secondo cui le commissioni di certificazione potranno ora indagare su «contratti di lavoro, ma anche contratti commerciali, determinazioni aziendali (quali trasferimenti, distacchi, cessioni di rami d'azienda) e modelli organizzativi di lavoro». Sulla stessa linea cfr. anche G. IANNIRUBERTO, *Le nuove regole del rapporto di lavoro dopo la l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *CG*, 2011, n. 1, 5, secondo cui «la nuova formulazione fa intendere che la certificazione ormai può riguardare qualsiasi tipologia di lavoro [...] non solo per la qualificazione ma anche per le modalità di svolgimento del singolo rapporto e per l'esercizio dei poteri datoriali». Particolarmente interessante è poi la tesi di M. MISCIONE, *Le certificazioni di lavoro*, in *LG*, 2011, n. 8, 761, secondo il quale «deve ritenersi possibile la certificazione di qualunque ipotesi interpositiva» precisando tuttavia che, «per i contratti in cui la prestazione di lavoro è dedotta indirettamente, la certificazione potrà riguardare solo le clausole con effetti sui lavoratori e non quelle con effetti esclusivamente commerciali». Lo stesso Autore aggiunge poi che, «sul punto, si pone una distinzione che potrebbe creare un interesse per sindacati e lavoratori. Mentre per i contratti in cui le prestazioni di lavoro sono dedotte direttamente, la certificazione non può che essere *in peius* nei confronti dei lavoratori (dato che una contrattazione *in melius* è già direttamente vincolante ed inoppugnabile), per i contratti in cui il lavoro sia dedotto indirettamente sono possibili certificazioni anche *in melius*, altrimenti inammissibili. Meglio spiegarsi con qualche esempio. Nei contratti commerciali di somministrazione [di lavoro], appalto, trasferimento d'azienda possono essere previste e certificate, in modo vincolante, clausole a garanzia della legittimità e genuinità delle operazioni o anche solo clausole che permettono vigilanza e controllo da parte dei sindacati e degli stessi lavoratori. In questo caso sorge un interesse alla certificazione anche per sindacati e lavoratori».

di quest'ultimo anche al rapporto di subfornitura, con conseguente attribuzione di oneri per gli imprenditori e tutele per i lavoratori coinvolti. Si ritiene inoltre estensibile il meccanismo della responsabilità solidale anche nei confronti delle imprese legate da un rapporto di subfornitura. Alcune criticità dell'ordinamento consentono tuttavia anche interpretazioni differenti, con conseguente disapplicazione delle norme in questione ed effetti di disallineamento delle imprese operanti sul mercato. Per riequilibrare il mercato si propone il ricorso da parte delle imprese all'istituto della certificazione dei contratti ex art. 75 ss., d.lgs. n. 276/2003, al fine di creare una selezione degli operatori più affidabili e di privare di convenienza economica le operazioni fraudolente.

The certification of employment contracts: industrial subcontracting (Article in Italian) – Summary. *Subcontracting is one of the most widespread forms of outsourcing in trade, with a number of small- and medium-sized enterprises that process raw materials or semi-finished products as commissioned by larger employers, providing them with services that will be integrated in their economic processes, as well as with products that will be used in the production of complex goods. Notwithstanding its widespread use, Law No. 192/1998 is the only provision that regulates industrial subcontracting. In treating this form of outsourcing as an employment relationship falling within the scope of civil law, Law No. 192/1998 fails to consider the most relevant labour-related issues. As a special form of outsourcing, industrial subcontracting might be regulated as such, particularly with regard to obligations on the part of the employers and rules protecting workers, with the company that also shares liability with the manufacturer. However, shortcomings in the regulation of this contractual arrangements allow for different interpretations of the law – with relevant legislation that is implemented only partly – causing companies to operate differently within the market. To restore a balance, the Author welcomes the certification of contracts as provided by Art. 75 et seq. of Legislative Decree No. 276/2003 with a view to identifying the most reliable service providers and preventing fraudulent practices.*