

Intervento del Dott. Francesco Giordano, Ispettore del Lavoro in servizio presso la Direzione Territoriale del Lavoro di Roma, effettuato il giorno 10.07.2014 nell'ambito della giornata di studio in materia di "Ambienti confinati o sospetti di inquinamento" presso il Centro di Addestramento e Formazione di Pianeta Sicurezza Srl*.

**Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione pubblica di appartenenza.*

La certificazione nell'ambito degli ambienti sospetti di inquinamento e confinati ex D.P.R. n. 177/11.

Il D.P.R. n. 177/2011 ha innalzato il livello della qualificazione delle imprese che si trovano ad operare nel delicato settore degli ambienti sospetti di inquinamento e confinati.

Tra le varie misure introdotte la normativa in parola ha disposto, all'art. 2, co. 1°, lett. c), l'obbligo delle certificazioni preventive, ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del D. Lgs. 276/03, delle tipologie contrattuali diverse dal lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato utilizzate per espletare siffatte attività lavorative ovvero degli appalti e/o subappalti (ove consentito dal committente).

Prima di analizzare come si sviluppa in concreto la procedura di certificazione in parola, è necessario svolgere una breve premessa sull'istituto della certificazione dei contratti al fine di comprenderne meglio caratteristiche, finalità e risvolti applicativi.

La certificazione dei contratti, introdotta dal D. Lgs. 276/03 e recentemente modificata dalla L. 183/10 (c.d. Collegato Lavoro), nasce come strumento volto essenzialmente con finalità deflattiva del contenzioso giudiziario in materia di lavoro, nonché dell'attività ispettiva in senso stretto anche alla luce di quanto disposto dalla Direttiva del Ministro del Lavoro del 18/09/2008.

Ma in cosa consiste essenzialmente la certificazione di un contratto?

Con la presentazione della relativa istanza le parti (datore e lavoratore) sottopongono alla validazione, da parte di un organo terzo ed imparziale (la Commissione di Certificazione appunto), dello schema di gestione del rapporto di lavoro scelto, valutandone la conformità al dato normativo, sia da un punto di vista formale che della concreta attuazione del programma negoziale.

Organi preposti alla certificazione ex art. 76 del D. Lgs. 276/03 sono: gli Enti Bilaterali; le Direzioni Territoriali del Lavoro; le Università pubbliche e private e le Fondazioni Universitarie iscritte nell'apposito albo tenuto presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; i Consigli provinciali dei Consulenti del Lavoro; la D.G. Tutela delle Condizioni di Lavoro nel caso di datori di lavoro con sedi in almeno due province anche di Regioni diverse ovvero laddove siano associati ad associazioni imprenditoriali che hanno predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificate presso il Ministero del Lavoro.

Ai sensi dell'art. 75, peraltro, sono certificabili tutti i "contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro (...)" vale a dire qualsiasi tipologia di contratto di lavoro (autonomo/subordinato/parasubordinato) e i c.d. contratti commerciali (quali ad es. il contratto di appalto, di subappalto, etc...).

Altre caratteristiche sono:

- E' una procedura volontaria che consegue necessariamente sempre alla presentazione della relativa istanza da parte degli interessati e che può riguardare tanto contratti che ancora non sono stati sottoscritti quanto contratti già in corso di esecuzione.
- La certificazione da parte della Commissione deve intervenire entro trenta giorni dalla presentazione della relativa istanza.
- L'atto di certificazione deve essere motivato e deve indicare termini e modalità di impugnazione, oltre agli effetti civili, amministrativi, previdenziali e fiscali in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione.
- Gli effetti della certificazione permangono sino a quando non sia intervenuta una sentenza di merito che abbia accolto taluno dei ricorsi giudiziari di cui al successivo art. 80, fatta eccezione per i provvedimenti cautelari.

- Gli effetti della certificazione si estendono anche nei confronti dei terzi (Enti previdenziali, Organi ispettivi, Autorità fiscali, etc...); conseguentemente a tali soggetti, pur potendo comunque svolgere le verifiche ispettive di competenza, risulta impedita l'immediata contestazione delle violazioni eventualmente riscontrate e l'irrogazione delle relative sanzioni.

La Direttiva del 2008 ha statuito in proposito che gli organi ispettivi possono, in presenza di contratti certificati (o in corso di certificazione), espletare le relative verifiche ove rilevino con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra il contratto certificato e le concrete modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

- Ricorsi giudiziari esperibili avverso i provvedimenti di certificazione sono: *a)* ricorso *ex art.* 413 c.p.c. al Tribunale Ordinario in funzione di Giudice del Lavoro per erronea qualificazione del contratto, per difformità tra il programma negoziale certificato e successiva attuazione, nonché per vizi del consenso; *b)* ricorso al TAR per violazione di legge o eccesso di potere.

Come già in premessa anticipato, in base a quanto previsto dal D.P.R. n. 177/11, la certificazione dei contratti di lavoro diversi da quello a tempo indeterminato (quali, ad esempio, il contratto di lavoro intermittente, a tempo determinato, l'associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa e le collaborazioni coordinate e continuative anche a progetto), nonché i contratti di appalto e/o subappalto (ove previsto e consentito dal committente), devono obbligatoriamente essere certificati se strumentali allo svolgimento di attività lavorative in ambienti confinati e sospetti di inquinamento.

La certificazione pertanto, secondo il citato D.P.R., diviene condizione indispensabile per poter operare in tale delicato settore e ciò la differenzia da quella prevista dal D. Lgs. 276/03 che è invece, come già detto in precedenza, meramente eventuale essendo su base volontaria.

Inutile ricordare, a tal proposito, che ad oggi la maggioranza delle istanze di certificazione pervenute alla Commissione di Certificazione costituita presso la DTL di Roma ha riguardato contratti di subappalto con cui il soggetto subappaltante (appaltatore) ha affidato all'azienda subappaltatrice l'esecuzione degli interventi in ambienti con le caratteristiche di cui al combinato disposto degli artt. 66, co. 1°, e allegato IV, punto 3, del D. Lgs. 81/08 e del D.P.R. n. 177/11.

La *ratio* della norma sul punto è piuttosto chiara: è obbligatoria la certificazione in tutti i casi di esternalizzazione dell'attività produttiva, ivi comprese quelle ove sussistano i c.d. "rischi interferenziali".

Da un punto di vista operativo la Commissione – laddove le venga sottoposto un contratto di appalto/subappalto *ex* D.P.R. n. 177/11 – procede, tra le altre attività, ad accertare:

- Oggetto/luogo/durata dei lavori affidati con l'individuazione specifica dei soggetti coinvolti nell'intera filiera (dalla stazione appaltante all'appaltatore ed eventualmente al subappaltatore).
- Elenco del personale da utilizzare (con relativa qualifica e inquadramento contrattuale e CCNL applicato) con l'individuazione della necessaria formazione somministrata.
- Il tipo di attività che venga svolta in ambienti confinati o sospetti di inquinamento.
- I requisiti dell'appalto e/o del subappalto (*sub specie* verifica degli elementi costitutivi dei contratti di appalto/subappalto genuini: organizzazione dei mezzi e delle attrezzature e assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore/subappaltatore).
- Numero di lavoratori assunti dall'appaltatore/subappaltatore con contratti diversi da quelli a tempo indeterminato.
- P.O.S. delle singole imprese impiegate e P.S.C. elaborato dalla società committente.
- L'affidamento esclusivo della direzione dei lavori all'appaltatore o a un suo preposto rispetto ai lavoratori impiegati nell'appalto.
- Entità del corrispettivo pattuito per l'espletamento del servizio appaltato/subappaltato.
- Dettaglio dei presidi di sicurezza adottati.

Verifiche, peraltro, che non si svolgono solamente tramite visione della relativa documentazione di legge ma anche in contraddittorio con i rappresentanti legali delle aziende interessate alla certificazione e/o con i loro preposti.

Quali conseguenze derivano dalla mancata certificazione in parola?

Per la verità la normativa in questione nulla prevede al riguardo.

Tuttavia, secondo gli orientamenti della dottrina e ragionando avendo come parametro il panorama normativo di settore, incluso ovviamente il T.U. 81/08, si può affermare quanto segue:

Se la certificazione, nell'intenzione del legislatore del 2011, è *condicio sine qua non* per la relativa qualificazione di cui al D.P.R. n. 177/11, non si può non convenire come la stessa sia altrettanto essenziale per la qualificazione delle aziende del settore ai fini dell'idoneità tecnico-professionale di cui all'art. 16, co. 1°, lett. a) del T.U. 81/08.

Pertanto, laddove siffatti lavorazioni vengano svolte nell'ambito di appalti endoaziendali, potrebbe scattare, nei confronti di chi ha commissionato i lavori, la relativa sanzione concernente la mancata verifica dell'idoneità tecnico professionale dell'azienda.

Nel caso invece della mancata certificazione di un rapporto di lavoro riferito a un prestatore autonomo o a un appalto al di fuori dei parametri di cui al citato art. 26, potrebbe intervenire l'art. 302-bis del T.U. sulla sicurezza che prevede il potere di disposizione, in capo agli organi di vigilanza, ove non riscontrino una corretta adozione di norme, ferme comunque restando le eventuali ulteriori sanzioni che dovessero scattare all'esito della verifica ispettiva.

Inoltre la certificazione di un contratto di appalto/subappalto non esclude assolutamente le responsabilità solidali che scaturiscono da una vasta gamma di disposizioni normative volte ad evitare la dispersione potenziale delle responsabilità, piuttosto frequenti nel meccanismo interpositorio, quali: l'art. 1676 c.c.; l'art. 29, co. 2°, D. Lgs. 276/03; gli artt. 118, co. 6°, D. Lgs. 163/06, e 4, co. 2°, del D.P.R. n. 207/10; art. 26, co. 4°, D. Lgs. 81/08; l'art. 35 della L. 248/06.

Distacco ex art. 30 del D. Lgs. 276/03.

L'art. 30 del D. Lgs. 276/03 disciplina il distacco definendolo come lo strumento con cui il datore di lavoro, al fine di soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

Elementi del distacco sono:

- L'interesse del distaccante che, così come chiarito dal Ministero del Lavoro con Circ. n. 28/2005, deve essere specifico, concreto, attuale e persistente, accertato caso per caso, in base alla natura dell'attività esercitata e non semplicemente in relazione all'oggetto sociale dell'impresa. E' pertanto necessaria una puntuale individuazione delle finalità perseguite con il distacco evitando l'utilizzo di "clausole di stile" ed evidenziando, anche nel caso di distacco del lavoratore verso un'impresa facente parte del medesimo gruppo, la sussistenza di uno specifico interesse dell'imprenditore distaccante (cfr. Interpello n. 1/2011 del 02/02/2011).

Nel concetto di interesse va considerato qualsiasi interesse produttivo anche di natura non economica ma non l'interesse lavorativo connesso alla mera somministrazione di lavoro.

- La temporaneità del distacco. Fattore questo che non incide sulla durata ma sul presupposto che, qualunque ne sia la durata, non deve mai essere un passaggio definitivo.
- Lo svolgimento di un'attività lavorativa determinata. Devono essere, cioè, attività specifiche e funzionali al soddisfacimento dell'interesse del distaccante (vanno predeterminate le mansioni al momento dell'inizio del distacco).

Durante il distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore.

Il distacco che comporti lo svolgimento, da parte del lavoratore distaccato, di mansioni diverse rispetto a quelle per cui è stato assunto richiede il consenso del lavoratore stesso; ove il distacco, invece, avvenga presso un'unità produttiva sita a più di 50 Km da quella in cui il lavoratore è

adibito, devono sussistere obbligatoriamente comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive.

Nel caso in cui il distacco non rispetti i requisiti di legge, il lavoratore distaccato può adire il Giudice del Lavoro *ex art. 414 c.p.c.* chiedendo la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice.

Vale la pena riportare il dispositivo della Sentenza della Corte di Cassazione 15/05/2012 n. 7517 che ha statuito che la dissociazione tra il datore di lavoro del distaccato (cioè chi ha assunto il lavoratore) e l'effettivo beneficiario della prestazione è consentita unicamente a condizione che essa *“realizzi, per tutta la sua durata, uno specifico interesse datoriale tale da consentirne la qualificazione come atto organizzativo dell'impresa che la dispone, così determinando una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e la conseguente temporaneità del distacco, coincidente con la durata dell'interesse del datore di lavoro allo svolgimento della prestazione del proprio dipendente in favore di un terzo (...)”*.

Il D.L. n. 76/2013, infine, ha introdotto il co. 4-ter per il distacco di personale che avvenga tra aziende sottoscrittrici di un contratto di rete di impresa.

Come noto il contratto di rete tra imprese, introdotto nell'ordinamento italiano nell'anno 2009, consente alle aggregazioni di imprese di instaurare tra loro una collaborazione organizzata e duratura, mantenendo la propria autonomia e la propria individualità (senza costituire un'organizzazione come la società o il consorzio), nonché di fruire di rilevanti incentivi e di agevolazioni fiscali.

Ebbene l'ultimo comma del citato art. 30 prevede che, in siffatti casi, l'interesse del distaccante *“sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'art. 2013 del codice civile”*.

In tali casi, peraltro, la legge ammette la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite all'interno del contratto di rete stesso.

Il Distacco comunitario.

Il fenomeno del distacco transnazionale a livello comunitario è disciplinato dalla Direttiva 96/71/CE che individua un nucleo essenziale di norme, al fine di coordinare le legislazioni di tutti gli Stati membri, tutelare il lavoratore distaccato e garantire una parità di trattamento minimo tra il lavoratore nazionale e quello distaccato proveniente da altro Stato membro.

Nel nostro ordinamento tale normativa è stata recepita con D. Lgs. 25/02/2000 n. 72.

Il concetto di distacco comunitario è ben più ampio di quello previsto dal c.d. Decreto Biagi in quanto racchiude in se diverse tipologie di mobilità temporanea di lavoratori quali:

- a) Distacco di lavoratori da parte di un'azienda di un diverso Paese membro presso una propria filiale ubicata nel territorio italiano.
- b) Distacco di lavoratori da parte di un'azienda di un diverso Stato membro presso altra azienda italiana appartenente al medesimo gruppo di impresa.
- c) Distacco nell'ambito di un contratto commerciale (appalto d'opera o di servizi, trasporto, etc...), stipulato con un committente avente sede legale o operativa sul territorio italiano.

Requisito comune di tali differenti tipologie di distacco è la sussistenza di un legame organico tra lavoratore distaccato e l'impresa distaccante, che continua ad esercitare il proprio potere direttivo, pur senza delineare nei minimi dettagli il lavoro da svolgere e le relative modalità di esecuzione.

Anche in tali casi peraltro la prestazione lavorativa, di natura limitata nel tempo, deve essere espletata nell'interesse e per conto dell'impresa distaccante, sulla quale gravano sempre i tipici obblighi datoriali della responsabilità in materia di assunzione, della gestione del rapporto, dei connessi adempimenti retributivi e previdenziali, nonché il potere disciplinare e di licenziamento.

La Commissione amministrativa, organo comunitario cui è stato demandato il compito di fornire le linee interpretative e le modalità applicative della regolamentazione in materia, ha individuato due specifiche fattispecie di distacco transnazionale:

- 1) Distacco del personale abituale: trattasi del caso di lavoratore inviato dall'impresa distaccante essendo già assunto dalla stessa e operando in modo permanente nel paese di provenienza come dipendente di questa.

Elementi caratterizzanti sono: la permanenza del rapporto di dipendenza rispetto all'impresa distaccante e la circostanza che il lavoratore distaccato continui a svolgere la sua attività per conto della stessa.

- 2) La seconda fattispecie si verifica quando il lavoratore viene assunto da un'impresa operante in uno Stato membro, allo scopo di essere immediatamente distaccato, per conto di tale impresa, sul territorio di altro Stato membro.

In questo secondo caso tre sono gli elementi che devono sussistere perché possa considerarsi genuino tale distacco: a) il lavoratore deve essere iscritto da almeno un mese al regime assicurativo dello Stato membro di provenienza; b) deve sempre sussistere un legame organico tra l'impresa che distacca e il lavoratore distaccato; c) l'impresa distaccante deve esercitare la propria attività sul territorio del primo Stato membro, ossia non deve trattarsi di azienda fittizia.

Con riferimento a quanto indicato sub c) va segnalato che l'esistenza o meno di attività significative nello stato di origine è verificabile, in concreto, attraverso l'analisi di una serie di elementi oggettivi in relazione alla natura delle attività svolte quali: il luogo ove ha sede l'impresa o la sua amministrazione; l'organico aziendale del personale che lavora nel Paese membro di provenienza (o di stabilimento) e nell'altro Stato membro; il luogo in cui i lavoratori distaccati sono stati assunti e la nazionalità dei committenti; la legislazione applicabile ai contratti conclusi dall'impresa distaccante con i propri clienti e con i propri lavoratori; etc...

Con riferimento al regime previdenziale, per i lavoratori distaccati dalle imprese comunitarie trova applicazione il principio di "*personalità*", non già quello della "*territorialità*".

Ciò significa che il regime previdenziale è quello proprio del Paese di provenienza e il datore di lavoro distaccante resta a tutti gli effetti responsabile del trattamento economico e normativo in favore dei lavoratori.

Come anticipato in premessa la normativa in questione tende a contemperare due diverse esigenze: da un lato la libera circolazione delle persone in ambito comunitario, dall'altro la parità di trattamento tra lavoratori distaccati e quelli che operano nello Stato membro del distacco.

Nel caso, pertanto, di lavoratori provenienti da imprese con stabilimento in altro Paese membro diverso dall'Italia si applicherà la normativa italiana in vigore e nello specifico:

- periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, nonché durata minima delle ferie annuali retribuite, ex D. Lgs. 66/03 in materia di orario di lavoro;
- tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario;
- responsabilità solidale ex art. 29 del D. Lgs. 276/03;
- sicurezza, salute e igiene sul lavoro ex D. Lgs. 81/08;
- parità di trattamento tra uomo e donna e altre disposizioni in materia di non discriminazione;
- condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, soprattutto da parte di imprese di lavoro temporaneo.

Da un punto di vista ispettivo infine si segnala tutta una serie di documenti utili al fine di verificare la genuinità o meno del distacco transnazionale nelle sue diverse forme:

- modelli E101-102 e/o Modd. A1 (per i contributi previdenziali);
- elenco dei lavoratori distaccati;
- comunicazioni preventive di distacco all'estero, se obbligatori nel paese di provenienza (ad es. come in Romania);
- contratto di lavoro del distaccato ed eventuale lettera di assunzione;
- comunicazione di assunzione o documentazione equipollente;
- visura camerale dell'azienda, al fine di verificarne l'idoneità tecnico-professionale;
- contratto commerciale tra impresa distaccante e impresa distaccataria;

- prospetti di paga e registro presenze;
- documentazione sulla sicurezza;
- eventuali autorizzazioni amministrative del paese di Stabilimento (ad es. nel caso di somministrazione di personale);
- nel caso di autotrasporto, cronotachigrafi al fine di rilevare il regime degli orari e delle pause, per v'eventuale sanzione;
- iscrizione sul LUL: impresa distaccataria/utilizzatrice.