



E A E, c.f. [REDACTED] con l'avv. Gianni Lanzinger di Bolzano, procuratore e domiciliatario in Bolzano, Piazza della Vittoria n. 7/3, giusta delega a margine del ricorso ex art. 414 c.p.c. dd. 24.05.2011

- **appellato** -

**nonché contro**

Impresa Lescio & Paternoster srl, p.i. 01602800219, corrente in Bolzano, in persona del legale rappresentante, geom. E F, rappresentata e difesa, giusta procura a margine della memoria difensiva dd. 19.12.2011, dagli avv.ti Carla Broccardo e Nelly Lescio di Bolzano, presso lo studio delle quali in via Mancini 5 è elettivamente domiciliata

- **appellata e appellante incidentale** -

**e**

Unifin Srl, c.f. 02470420213, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in Milano, Viale Lunigiana 46 e

T N, c.f. [REDACTED] residente in Barletta (BA), via Fracanzano 59, in proprio e in qualità di titolare dell'impresa individuale TN Costruzioni Di T N, con sede legale in Barletta (BA), via F. Bandiera n.1

- **appellati contumaci** -

Oggetto: appello avverso la sentenza n. 266/2013 del 12.12.2013 del Giudice del Lavoro del Tribunale di Bolzano - lavoro dipendente privato, altre ipotesi -



Causa trattenuta in decisione all'udienza del 29.04.2015 con lettura del dispositivo sulle seguenti

### **CONCLUSIONI**

#### **dei procuratori di parte appellante:**

1) nel merito: previo accertamento della natura genuina dell'appalto intercorso tra Swieralp srl e l'impresa TN Costruzioni di T■■■■ N■■■■ (contratto di subappalto dd. 21.10.2010), riformare la sentenza impugnata, nella parte in cui, sul presupposto della ritenuta natura fittizia del contratto di subappalto concluso tra le parti, è stata disposta la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato tra il ricorrente, quale operaio gruista di III livello del settore edile-artigiano e l'appellante soc. Swieralp srl a far data dal 21.10.2010 con applicazione dei trattamenti economici e normativi previsti dalla contrattazione collettiva e di conseguenza rigettare ogni domanda proposta dal ricorrente nel giudizio di primo grado nei confronti di Swieralp srl;

2) in subordine: nella denegata ipotesi in cui si ritenesse effettivamente fittizio il rapporto di appalto intercorso tra Swieralp srl e l'impresa TN Costruzioni di T■■■■ N■■■■ (contratto di subappalto dd. 21.10.2010) e conseguente declaratoria di costituzione di un rapporto di lavoro fino al 21.10.2010, accertare e dichiarare, in applicazione degli artt. 29, comma 3 bis e 27, comma 2, D. lgs n. 276/2003, che lo stesso è stato validamente risolto in forza di lettera di



licenziamento dd. 21.01.2011, in atti, consegnata al ricorrente T■■■■ N■■■■ titolare dell'impresa individuale TN Costruzioni di T■■■■ N■■■■ e di conseguenza rigettare ogni domanda proposta dal ricorrente nel giudizio di primo grado nei confronti di Swieralp srl;

3) in ulteriore subordine: nella denegata ipotesi di rigetto delle domande proposte in via principale e subordinata, accertare e dichiarare che il ricorrente è stato occupato dal 05.08.2013 sino al 3.11.2013, percependo regolari retribuzioni e di conseguenza detrarre dall'importo eventualmente dovuto al ricorrente in seguito alla costituzione del rapporto di lavoro, quanto da esso percepito durante il periodo di rioccupazione (detrazione dell'*aliunde perceptum*);

4) in ogni caso: rigettare ogni domanda proposta dal ricorrente e dagli altri convenuti nel giudizio di primo grado nei confronti di Swieralp srl, il tutto con condanna delle controparti alla rifusione delle spese di causa in favore di parte appellante.

**del procuratore di parte appellata B■■■■ A■■■■ B■■■■:**

Ogni diversa istanza disattesa,

1) respingersi l'appello proposto dalla società Swieralp nonché l'appello incidentale proposto dalla società Lescio & Paternoster in epigrafe indicate;

2) confermarsi la decisione del Tribunale di Bolzano n. 266/2013 dd. 12.12.2013;

3) spese di causa di entrambi i gradi del giudizio interamente



rifuse;

4) in via di subordine istruttorio, ammettersi le prove in via diretta e contraria già richieste in primo grado come indicate nel ricorso introduttivo e come integrate nel corso del procedimento di primo grado.

**dei procuratori dell'appellata e appellante incidentale**

**Lescio & Paternoster srl:**

*contrariis reiectis*, voglia l'Illustrissima Corte d'Appello adita:

- nel merito: per i motivi di cui in narrativa, accertata e dichiarata la legittimità e genuinità del contratto di subappalto *de quo*, riformare l'impugnata sentenza, nella parte in cui su tale presupposto, ha ritenuto di costituire un valido rapporto di lavoro subordinato tra il ricorrente e la società L & P a far data dal 26.08.2010 al 21.10.2010 con applicazione dei trattamenti economici e normativi *ex lege*; conseguentemente respingere tutte le domande svolte dal ricorrente, sia in via principale che subordinata, nei confronti dell'impresa Lescio & Paternoster srl nonché quella di condanna al pagamento, in favore del ricorrente e in capo alla L & P, della somma di euro 1.834,42 a titolo di mancate retribuzioni;
- in ogni caso: con vittoria delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

L'oggetto della vertenza nell'esordio della motivazione della sentenza impugnata si trova descritto come segue:



“Con la presente controversia il ricorrente **H** **A** **Be** formalmente dipendente dal 27.8.2010 di TN Costruzioni di **T** **N** quale operaio gruista di 3° livello da destinare “agli appalti acquisiti” come da lettera di assunzione del 27.8.2010 e incontestatamente destinato alle dette mansioni presso il cantiere di via Claudia Augusta 149 di Bolzano, domanda in via principale, ai sensi dell’art. 29 comma 3 bis del d.lgs. 276/2003 la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze della convenuta Lescio & Paternoster dalla detta data sino al 21.10.2010 e da tale data con la convenuta società Swieralp srl quale affittuaria, da tale data, di tutta l’attività aziendale di Lescio & Paternoster, comprensiva dell’attività relativa al detto cantiere, deducendo di avere prestato la propria attività lavorativa nell’ambito dell’appalto non genuino e integrante mera somministrazione di lavoro in violazione degli artt. 27 e 28 del citato decreto legislativo intercorso tra la Lescio & Paternoster, alla quale è succeduta la Swieralp e **T** **N** nonché l’accertamento che il rapporto di lavoro così costituito ha durata sino a un atto di valida risoluzione e che ad esso va applicato il trattamento economico, assicurativo, contributivo in conformità con la contrattazione collettiva di settore sino all’insorgenza di un valido atto di recesso.

In via subordinata il ricorrente domanda l’accertamento che tra **T** e Lescio & Paternoster (Swieralp dal 21.10.2010) è intercorso un contratto di appalto nell’ambito del quale egli ha





Si costituiva pure Unifin srl al fine di evidenziare la propria estraneità ai fatti di causa sulla base del rilievo che essa si era limitata ad appaltare alle società Lescio & Paternoster e Swieralp srl l'esecuzione dei lavori nel proprio cantiere di via Claudia Augusta 149 in Bolzano. Osservava poi che la responsabilità del committente di cui all'art. 29 del d.lgs. 276/2003 in ogni caso non si stendeva al risarcimento dei danni eventualmente patiti dal lavoratore a causa dell'illegittima condotta del soggetto appaltatore.

All'esito dell'istruttoria orale il giudice del lavoro, con la sentenza n. 266/2013 del 12.12.2013, in accoglimento del ricorso di B████ A████ B████, disponeva la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato tra il medesimo e la società Lescio & Paternoster spa a far tempo dal 26.8.2010 al 20.10.2010 e, dal 21.10.2010 senza soluzione di continuità, tra ricorrente e la società Swieralp srl. Accertava che tale rapporto aveva durata sino ad una valida risoluzione determinata da una o dall'altra parte contrattuale e condannava le predette società, in solido tra loro e con T████ N████, al pagamento in favore del ricorrente, della somma di euro 1.843,42 oltre accessori ed alla rifusione allo stesso delle spese processuali. Rigettava, invece, la domanda di risarcimento del danno proposta dal ricorrente. Le spese tra ricorrente e Unifin srl e tra questa e gli altri convenuti venivano infine integralmente compensate.

Proponeva appello la società Swieralp srl per i seguenti motivi:



I) Violazione e falsa applicazione di norme di diritto con riferimento all'art. 116 cpc, art. 2697 cc e art. 1655 cc – Erronea valutazione delle prove circa gli elementi caratterizzanti l'appalto:

a) L'organizzazione dei mezzi: l'appartenenza dei mezzi pesanti all'appaltante – sottolineata nell'impugnata decisione – non era indice di illiceità del rapporto intercorso tra le parti, dovendosi ragionevolmente ammettere, come nel caso concreto, che certi macchinari di notevoli dimensioni risultavano normalmente incardinati nella struttura dell'impresa appaltante.

b) L'esercizio del potere organizzativo e direttivo: erroneamente nella sentenza era stato ritenuto sussistente il potere direttivo della committente. Gli unici testi in grado di confermare che le direttive erano state impartite da soggetto diverso da T█████ N█████ erano i due dipendenti N█████k S█████ e H█████ T█████ colleghi di lavoro del ricorrente, che avevano rilasciato dichiarazioni generiche ed apodittiche prove di descrizione delle concrete modalità di esecuzione delle prestazioni lavorative del ricorrente. Non vi era poi alcun riscontro probatorio a carico della committente Swieralp srl in ordine all'esercizio del potere di controllo e disciplinare sui dipendenti del subappaltatore T█████

c) L'assunzione del rischio di impresa: tale requisito doveva ritenersi sussistente in considerazione della qualità in capo alla ditta TN Costruzioni di impresa artigiana a far data dal 2008,



della attività di quest'ultima in altri cantieri nel periodo oggetto di causa, della misura "fissa e invariabile" del corrispettivo pattuito per la realizzazione delle opere in muratura, pari a 120.500,00 oltre iva.

II) Violazione e falsa applicazione di norme di diritto con riferimento all'art. 29 comma 3 bis e art. 27 comma 2 del d.lgs. 276/2003 ed erronea valutazione delle prove ex art. 116 cpc:

il primo giudice aveva trascurato di considerare la sussistenza di un valido atto di risoluzione del rapporto di lavoro. La lettera di licenziamento in atti, a firma di T■■■■ N■■■■, smentiva per tabulas la tesi sostenuta in sentenza circa la mancanza di un valido atto di risoluzione del rapporto costituendo un atto di gestione riferibile al soggetto che ha utilizzato la prestazione del lavoratore ai sensi dell'art. 27 comma 2° del d.lgs. 276/2003.

III) Violazione e falsa applicazione di norme di diritto ed erronea valutazione delle prove con riferimento agli artt. 116, 421 cpc e art. 2733 cc:

Posto che il ricorrente aveva dichiarato all'udienza del 18.9.2013 di essere stato assunto con contratto di somministrazione a tempo determinato sino al 3.11.2013 presso Sapa Profili, occorre provvedere alla "*decurtazione del risarcimento allo stesso dovuto a causa del mancato utilizzo da parte dell'appellante Swieralp srl ("aliunde perceptum")*".

L'appellante formulava quindi le conclusioni sopra riportate.

Nel costituirsi nel procedimento di impugnazione la società



Lescio & Paternoster chiedeva a sua volta la riforma della sentenza sulla base delle medesime argomentazioni addotte da Swieralp srl deducendo, inoltre, che non erano dovute all'appellato né l'indennità di trasferta né quella sostitutiva del preavviso.

Si costituiva per resistere l'appellato B■■■■ A■■■■ B■■■■

Rimanevano contumaci T■■■■ N■■■■ e la srl Unifin.

Con ordinanza dd. 9.4.2014 la Corte disponeva, in accoglimento parziale dell'istanza della Swieralp srl, la sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata per la parte eccedente il credito complessivo di euro 50.000,00. Disattendeva invece l'istanza di sospensione presentata dalla società Lescio & Paternoster.

All'udienza del 29.4.2015 il procedimento veniva definito con lettura del dispositivo in calce riportato.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Con l'impugnata decisione il primo giudice ha disposto la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato tra il ricorrente B■■■■ A■■■■ B■■■■ e le società Lescio & Paternoster spa e Swieralp srl a partire dalla data di effettiva utilizzazione della prestazione lavorativa da parte di dette società, stante l'assenza di valido contratto di appalto con il somministratore T■■■■ N■■■■ condannando le stesse all'applicazione dei trattamenti economici e normativi previsti dalla contrattazione collettiva di settore e dei conseguenti trattamenti assicurativi e



contributivi.

Le appellanti Swieralp srl e Lescio & Paternoster spa – quest’ultima in via incidentale – hanno dedotto la “genuinità” dell’appalto intercorso con T■■■■ N■■■■ ritenendo la ricorrenza di tutti i suoi elementi qualificanti e contestando inoltre il giudizio espresso dal primo giudice circa l’inidoneità della comunicazione di licenziamento da parte di N■■■■ T■■■■ a risolvere il rapporto di lavoro de quo.

Le censure vanno disattese.

Giova ricordare, in linea generale, che il contratto di appalto è previsto e regolamentato dal codice civile agli artt. 1655 ss. attraverso il quale *“una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”*.

Alla luce di questa formulazione, l’elemento che contraddistingue tale tipo contrattuale (differenziandolo dal contratto d’opera o di un servizio) è, oltre la gestione a proprio rischio, l’organizzazione dei mezzi che l’appaltatore investe nella realizzazione del risultato commissionato.

Il rischio da sempre paventato è quello per cui l’oggetto del contratto di appalto si riduca ad essere la realizzazione di una fornitura di mere prestazioni di lavoro da parte di un soggetto, denominato interposto, che si limita così ad assumere lavoratori da mettere a disposizione di un terzo soggetto che li impiegherà sostanzialmente come propri lavoratori dipendenti senza dover



assumere l'onerosa veste di datore di lavoro degli stessi.

Il primo intervento normativo in materia è rappresentato dalla legge n. 1369/60 che ha introdotto il divieto di interposizione nella fornitura di mere prestazioni di lavoro: venne così fissato un generale divieto in ordine alla possibilità di affidare in appalto o in qualsiasi altra forma l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro.

La giurisprudenza, poi, ha indicato i c.d. "criteri sintomatici" per la corretta individuazione del confine tra l'ipotesi di appalto lecito e le ipotesi illegittime in quanto rientranti all'interno della fattispecie vietata dall'art. 1 legge n. 1369/60.

In particolare, relativamente alla presunzione assoluta di cui al terzo comma del citato art. 1 legge n. 1369/60 – nell'ipotesi in cui, nell'esecuzione dell'appalto, l'appaltatore impiegasse capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante e questo anche laddove, per il loro uso, il primo corrispondesse un compenso al secondo - la giurisprudenza ha optato per un'interpretazione elastica della disciplina, introducendo la nozione di "know-how", definito come quell'insieme di conoscenze attinenti alle tecniche industriali richieste per produrre un bene, per attuare un processo produttivo o per il corretto impiego di una tecnologia ovvero attinente alle regole di condotta, desunte da studi ed esperienze di gestione imprenditoriale, nel campo della tecnica mercantile e con inerenza al settore organizzativo o commerciale in senso stretto



(v. Cass. S.U. 19.10.90 n. 10183).

Pertanto, dottrina e giurisprudenza hanno affermato che l'appalto è comunque lecito anche laddove vengano impiegati capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, purché su di esso risulti prevalente, ai fini della realizzazione del risultato finale, il dato immateriale del know-how dell'impresa appaltatrice (e non del know how del singolo prestatore di lavoro).

In sostanza, il concetto di "organizzazione imprenditoriale" è stato ormai "smaterializzato", cosicché oggi deve ritenersi configurabile l'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore che rende lecito l'appalto anche qualora essa si caratterizzi soltanto come mera organizzazione della prestazione dei lavoratori messi a disposizione del committente, sotto forma dei poteri direttivo e gerarchico nei confronti dei lavoratori essendo quindi chiaro che, perché si abbia appalto lecito occorre che l'intervento direttamente dispositivo e di controllo delle strutture gerarchiche dell'appaltante si espliciti sull'attività dell'appaltatore e non sulle persone da questo dipendenti e che l'appalto illecito da parte di impresa appaltatrice si verifica quando l'intera gestione dei rapporti di lavoro sia stata completamente affidata all'impresa appaltante (in termini Cass. 29.8. 2003 n. 12664).

Dunque, l'organizzazione dell'appaltatore, anche in assenza di beni materiali o immateriali (se questi non sono necessari) può



consistere anche nella sola organizzazione del lavoro, purché non si riduca ad essere una fornitura di mere prestazioni di lavoro senza alcun valore aggiunto apportato dallo stesso (v. Cass. 22.8.2003 n. 12363).

Il legislatore ha innovato la materia con la promulgazione del d.lgs. n. 276/03: contestualmente all'abrogazione della legge n. 1369/90 ed all'introduzione della nuova disciplina sulla somministrazione di mano d'opera (che sostituisce la disciplina del lavoro temporaneo), ha introdotto con l'art. 29 una definizione di appalto finalizzata a fugare ogni dubbio circa la sua distinzione dalla diversa nozione di interposizione.

In realtà con tale norma il legislatore con il menzionato art. 29 del decreto si è limitato ad esplicitare contenuti che già di per sé dovevano ritenersi desumibili in via interpretativa dal sistema codicistico (art. 1655 cc).

Il maggior elemento di novità presente nella nuova nozione è certamente rappresentato dal fatto che l'organizzazione dei mezzi necessari che, insieme alla gestione a proprio rischio, deve caratterizzare l'esecuzione dell'appalto, può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto.

Il legislatore si è allora limitato a recepire i principi cui la giurisprudenza era già pervenuta attraverso l'opera di interpretazione delle norme vigenti: l'appalto può essere



genuino anche laddove l'appaltatore si limiti ad organizzare l'attività dei propri dipendenti impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio, purché ciò sia consentito dal tipo di opera o servizio e l'appalto sia eseguito dall'appaltatore con piena autonomia gestionale, consistente non nella determinazione delle caratteristiche del prodotto, riservate al committente, ma nella conduzione aziendale, nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro (v. Cass. 29.8.03 n. 12664 sopra cit.).

Ben può, dunque, l'organizzazione di mezzi consistere nella sola organizzazione del lavoro senza l'impiego di rilevanti capitali e attrezzature, ma ciò soltanto in quanto il tipo di opera o di servizio da realizzare siano tali per cui debba ritenersi principale e prevalente l'organizzazione del lavoro rispetto all'impiego di macchinari e attrezzature e purchè l'apporto professionale specifico dell'appaltatore sia tale da aggiungere un *quid pluris* rispetto al valore intrinseco delle prestazioni fornite dai lavoratori impiegati.

Ciò posto, va ora esaminata – alla luce di tali criteri – la fattispecie concreta.

In adesione alle conclusioni raggiunte dal primo giudice ritiene il Collegio che, nella fattispecie, deve negarsi l'esistenza di un c.d. “appalto genuino” tra N [REDACTED] T [REDACTED] e la società Lescio & Paternoster spa (e poi la Swieralp srl) per diverse ragioni.

Orbene, i criteri indicatori sono già stati sopra elencati.



Va, quindi, valutato nel caso concreto il tipo di opera richiesto dalle committenti all'impresa individuale TN Costruzioni, anche al fine di verificare l'organizzazione e la gestione da parte di quest'ultima.

A tale proposito, giova richiamare il contenuto dei contratti di subappalto, considerando che per la sua individuazione si fa riferimento al solo contratto di subappalto fra Swieralp srl e TN Costruzioni di T■■■■ N■■■■ prodotto sub doc. 1 della memoria difensiva di Lescio & Paternoster spa depositata il 23.12.2011, il quale è stato dichiarato essere di tenore identico a quello intercorso tra Lescio & Paternoster spa e TN Costruzioni di T■■■■ N■■■■ (in particolare si legga la deposizione di A■■■■ L■■■■ resa all'udienza del 18.9.2013) senza che nessuna delle parti processuali abbia mosso contestazione alcuna rispetto a tale profilo.

L'oggetto del subappalto è costituito dall'esecuzione delle *“opere di muratura e carpenteria”* nel dettaglio descritte nell'art. 1 da realizzarsi *“in proprio e con proprie attrezzature, in autonomia di impresa”*. Il corrispettivo è stato indicato quale *“fisso ed invariabile”* nell'importo di euro 120.500,00.

L'apparenza creata dal documento negoziale, sulla base del quale parrebbe di trovarsi di fronte ad un rapporto astrattamente sussumibile nella fattispecie dell'appalto, è smentita dalle risultanze istruttorie.

Un primo fatto di certa significanza è quello relativo alla



constatazione che, contrariamente alla literalità dell'accordo scritto, tutti i macchinari o, comunque, gli strumenti necessari per l'esecuzione delle opere affidate alla TN Costruzioni, non erano di proprietà di quest'ultima, ma della Lescio & Paternoster spa.

Tutti i testimoni sono concordi nell'affermare che, al di là degli *"attrezzi piccoli, minuti"* (ad es. flessibili, vibratori), la *"casseratura, la gru, la sega circolare erano di proprietà di Lescio & Paternoster spa"* (così i testi A [REDACTED] I [REDACTED] e A [REDACTED] F [REDACTED] così come i ponteggi erano della medesima appellante (così in interrogatorio formale il geom. E [REDACTED] F [REDACTED]). Dell'impresa T [REDACTED] quindi, come sopra anticipato, erano *"le attrezzature minute ... quelle che vengono tenute dagli operai attaccate in vita"* (A [REDACTED] I [REDACTED], E [REDACTED] F [REDACTED], A [REDACTED] F [REDACTED], I [REDACTED] I [REDACTED]).

Non solo le attrezzature non appartenevano alla *"subappaltatrice"* ma neppure il materiale per la concreta esecuzione delle opere di muratura. I [REDACTED] I [REDACTED] infatti, ha ricordato che *"il materiale per la realizzazione del grezzo è stato acquistato da Lescio & Paternoster"*. Medesimo è il ricordo di A [REDACTED] I [REDACTED] (*"il materiale per la realizzazione delle opere subappaltate a T [REDACTED] è stato acquistato da Lescio & Paternoster"*) e di A [REDACTED] F [REDACTED] (*"i materiali dal calcestruzzo ai mattoni erano ordinati da I [REDACTED]"*).

Se è vero che la possibilità che l'organizzazione ad impresa



dell'appaltatore consista anche nella sola organizzazione e direzione dei lavoratori, è altrettanto certo che ciò deve essere consentito dalla natura dell'oggetto dedotto in contratto, come imposto dall'inciso dell'art. 29 comma 1° del d.lgs. 276/2003 riferito alle *"esigenze dell'opera o del servizio"*. In altre parole è cioè necessario che la realizzazione dell'opera non richieda l'impiego di rilevanti beni materiali ovvero che l'utilizzo di questi abbia un'importanza marginale rispetto all'attività eseguita dall'appaltatore e dai suoi dipendenti con l'ausilio di quei mezzi. Ciò detto è ben evidente che nel caso in esame, nel quale la ditta T [REDACTED] doveva realizzare le opere di muratura di un edificio in fase di ricostruzione, il materiale (in senso lato comprensivo di macchinari e materie prime) necessario per tali attività non può certo considerarsi di natura secondaria rispetto alla prestazione manuale.

Oltre a tali dati, dai quali significativamente già si desume che la ditta T [REDACTED] non contribuiva alla realizzazione delle opere se non con la manodopera apportata, è di particolare rilievo il fatto che anche l'organizzazione degli operai non era riferibile al medesimo T [REDACTED], ma risulta nella sostanza eterodiretta.

La lettura delle prove orali, infatti, porta ad individuare, senza grossi margini di incertezza, nella Lescio & Paternoster spa e di poi, in seguito alla conclusione del contratto di affitto di azienda del 21.10.2010 (doc. 7 del ricorrente), nella affittuaria Swieralp srl, i reali soggetti organizzatori di tutte le attività di cantiere, ivi



compresa quella svolta dai dipendenti della ditta T [REDACTED]

Vanno richiamate le seguenti deposizioni:

- A [REDACTED] F [REDACTED], geometra dipendente prima di Lescio & Paternoster spa e poi di Swieralp srl: “I [REDACTED] I [REDACTED] comunicava le modalità di esecuzione del lavoro ed era poi T [REDACTED] a dare le direttive ai propri operai”;

- M [REDACTED] M [REDACTED], dipendente di T [REDACTED] N [REDACTED]: “a me ed al ricorrente le direttive venivano impartite da T [REDACTED] che era presente in cantiere anche se non sempre in quanto seguiva contemporaneamente due cantieri: uno nei pressi di Verona ed uno a Bolzano in zona industriale. Se T [REDACTED] non c’era però le direttive venivano impartite sia a me che al ricorrente da I [REDACTED] della Lescio & Paternoster. Nel cantiere c’era un solo dipendente della Lescio, mentre tutti gli altri lavoratori erano dipendenti di T [REDACTED]. Io e il ricorrente venivamo pagati da T [REDACTED]. Preciso che ho lavorato nel cantiere di via Claudia Augusta fino al settembre-ottobre 2010. Era T [REDACTED] a concedere a me ed al ricorrente ferie e riposi. Il ricorrente lavorava insieme ad altri dipendenti di T [REDACTED] come ho già detto il dipendente di Lescio & Paternoster era uno solo....”;

- N [REDACTED] S [REDACTED], dipendente di T [REDACTED] N [REDACTED]: “ho lavorato nel cantiere di via Claudia Augusta per neanche una settimana insieme al ricorrente. Le disposizioni sul lavoro da svolgere mi venivano impartite dal sig. I [REDACTED] F [REDACTED]. Non so chi impartisse le disposizioni al ricorrente. In quei giorni erano



presenti in cantiere sia T[REDACTED] sia I[REDACTED]”;

- H[REDACTED] T[REDACTED], dipendente di T[REDACTED] N[REDACTED]: “avrò lavorato assieme al ricorrente per una settimana circa. Le direttive sul lavoro da svolgere venivano impartite a me ed agli operai presenti in cantiere dal capocantiere I[REDACTED] mi sembra di cognome F[REDACTED]”;

- I[REDACTED] I[REDACTED], capocantiere alle dipendenze di Lescio & Paternoster spa e poi di Swieralp srl: “...io davo a T[REDACTED] disposizioni ad es. per fare i casseri, per fare i muri, e poi era T[REDACTED] che distribuiva il lavoro ai suoi operai”.

La sintesi delle richiamate deposizioni è quindi nel senso che T[REDACTED] e i suoi operai ricevevano le istruzioni e le direttive, dai medesimi pedissequamente ottemperate, da parte della utilizzatrice delle prestazioni medesime, Lescio & Paternoster spa prima, Swieralp srl poi.

Il personale alle dipendenze delle società appellanti, in particolare il capocantiere I[REDACTED] I[REDACTED] quotidianamente presente in cantiere, non risulta avere esercitato un mero controllo sul risultato dell'attività svolta dalla subappaltatrice TN Costruzioni, ma un vero e proprio potere direttivo inerente le concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative.

In ordine alla decisività, ai fini della distinzione tra appalto lecito ed illecito, della titolarità del potere direttivo si veda, in motivazione, Cass. 23 giugno 2008 n. 17049: “E' stato altresì precisato (cfr., ad es., Cass. 25 giugno 2001 n. 8643) -con



*riferimento agli appalti c.d. endoaziendali, caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente inerenti al complessivo ciclo produttivo del committente e in particolare a quelli a "bassa intensità organizzativa" in ragione della prevalenza del lavoro umano - che in ipotesi siffatte assume carattere decisivo, ai fini della liceità o meno dell'appalto, l'individuazione del soggetto che esercita effettivamente il potere direttivo sui lavoratori impiegati (sull'argomento, cfr., altresì, la recente Cass. 15 febbraio 2008 n. 3861), assumendone il relativo rischio, senza limitare il proprio intervento alla mera gestione amministrativa del rapporto di lavoro (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione)"; in termini Cass. 23 novembre 2009 n. 24625, in motivazione, "In ordine alla precisazione dei limiti in cui opera il divieto di intermediazione, l'esame della elaborazione giudiziale di legittimità' formatasi sul tema consente di cogliere, specie nella produzione più vicina, un elemento comune rappresentato sostanzialmente dal rilievo che l'appalto di cui si discute è illecito tutte le volte in cui non è l'appaltatore a gestire concretamente il rapporto di lavoro, bensì l'appaltante. La violazione del divieto, quindi, si configura nel caso in cui l'appalto abbia ad oggetto la messa a disposizione di una prestazione lavorativa, attribuendo all'appaltatore i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto, senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un*



*risultato produttivo autonomo, ed ancora secondo il divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro (L. 23 ottobre 1960, n. 1369, art. 1), in riferimento agli appalti "endoaziendali", caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di tutte le attività, ancorché strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore - datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo. Neppure è necessario, per aversi intermediazione vietata, che l'impresa appaltatrice sia una impresa fittizia, essendo invece sufficiente che la stessa non fornisca una propria organizzazione di mezzi in relazione al particolare servizio.*

*Invero, una volta accertata l'estraneità dell'appaltatore all'organizzazione e direzione dei prestatori di lavoro nell'esecuzione dell'appalto e del tutto ultronea qualsiasi questione inerente il rischio economico e l'autonoma organizzazione del medesimo rimanendo, comunque, esclusa da parte dell'appaltatore, per la rilevata estraneità, una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo".*



Non meritano condivisione le critiche mosse dall'appellante Swieralp srl in ordine alla attendibilità dei due testi N [REDACTED] S [REDACTED] e H [REDACTED] T [REDACTED] concentrantesi, da un lato, sul rilievo che essi avrebbero fatto riferimento ad un soggetto, L [REDACTED] P [REDACTED], in realtà inesistente; e, dall'altro, sulla considerazione che il breve tempo di colleganza (una settimana) con il ricorrente.

Quanto al primo profilo, la speculazione dell'appellante non merita di essere seguita, atteso che la confusione mnemonica dei testimoni i quali hanno associato al nome L [REDACTED] il cognome "P [REDACTED]" non inficia la certezza che essi volessero riferirsi al capocantiere L [REDACTED] I [REDACTED], indubbiamente dagli stessi chiamato solo "L [REDACTED]" ritenendo poi in sede di esame testimoniale erroneamente che il cognome fosse P [REDACTED], desumendolo evidentemente dalla ragione sociale della "Lescio & Paternoster" spa.

Del resto ad avallo di tale equivoco linguistico si richiama la deposizione del M [REDACTED], il quale – come sopra già ricordato – ha dichiarato che le direttive, in assenza del T [REDACTED], erano impartite "da I [REDACTED] della Lescio & Paternoster".

In ordine alla inattendibilità desunta dalla brevità del lasso temporale durante il quale i due lavoratori hanno prestato la propria attività contemporaneamente al ricorrente, essa si risolve in un ragionamento apodittico. Non è dato, infatti, comprendere (né l'appellante offre elementi concreti in tal senso) perché mai il fatto di essere stati colleghi per una



settimana dovrebbe depotenziare il ricordo in ordine al soggetto (I█████ F██████████) *rectius* I█████ che impartiva loro le istruzioni e la rilevanza di tale loro eterodirezione.

Tale conclusione non muta certo per il fatto che N█████ T█████ abbia provveduto al pagamento degli stipendi e a conceder ferie o riposi, atteso che tali condotte si riducono alla mera gestione amministrativa del rapporto lavorativo, senza una reale organizzazione della prestazione finalizzata ad un risultato produttivo autonomo (v. Cass. 23 giugno 2008 n. 17049 sopra citata).

Da ultimo, ad ulteriore conforto della correttezza dell'inquadramento tratteggiato dal giudice a quo, non può essere negletto il profilo attinente la totale assenza di qualsiasi rischio di impresa per la TN Costruzioni per qualificare il quale si ritiene pertinente la definizione offerta dalla Corte di Cassazione (sent. del 3.7.1979 n. 3754): *“Il rischio o pericolo che l'appaltatore assume nel compimento dell'opera o del servizio, non è quello inteso in senso tecnico-giuridico, relativo, cioè, ai casi fortuiti, ma quello cosiddetto economico, che deriva dall'impossibilità di stabilire previamente ed esattamente i costi relativi, per cui l'appaltatore, che non ha il potere di interrompere i lavori per l'aumentata onerosità degli stessi, potrà anche perdere nell'affare se i costi si riveleranno superiori al corrispettivo pattuito, salve le modificazioni consentite in presenza di determinate circostanze e realizzabili col rimedio*



*della revisione dei prezzi”.*

Nel caso in esame alcuna sopravvenienza poteva andare a turbare la marginalità assicurata dal rapporto contrattuale, atteso che T [REDACTED] non doveva sopportare costo alcuno né per l'acquisto delle materie prime, né per l'acquisto il noleggio e la manutenzione dei macchinari e delle opere provvisori necessari (come gru, ponteggi...), avendo soltanto la spesa certa fissa e immutabile del personale dipendente.

D'altra parte il citato requisito del rischio di impresa è ulteriormente sterilizzato dall'elevato ed anomalo livello di eterodirezione delle lavorazioni da parte delle “committenti”.

Pertanto, l'appalto intercorso tra TN Costruzioni e Lescio & Paternoster spa (e poi con Swieralp srl) non può dirsi genuino, con l'ulteriore conseguenza che l'effettivo utilizzatore delle prestazioni rese dal ricorrente odierno appellato è stata unicamente la società Lescio & Paternoster spa e, dal 21.10.2010, la società Swieralp srl.

E' con queste dunque, che si è instaurato un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con data iniziale del rapporto da individuarsi pacificamente in quella del 27.8.2010.

Ne consegue, ulteriormente, che il rapporto di lavoro non è stato mai validamente risolto ed è tutt'ora in corso con Swieralp srl.

Con riferimento alla censura avente ad oggetto l'idoneità del licenziamento comunicato nel gennaio 2011 al ricorrente dalla



TN Costruzioni a determinare la risoluzione del rapporto contrattuale, si osserva quanto segue.

Rileva infatti il Collegio che se, come pretende l'appellante, fra gli atti di gestione del rapporto adottati dall'appaltatore venisse acriticamente incluso anche l'atto espulsivo ovvero il licenziamento, sia la tutela di cui all'art. 27 sia quella di cui all'art. 29, sarebbero del tutto vanificate, poiché sia nell'ipotesi in cui venisse riconosciuta una somministrazione illecita sia in quella in cui venisse ritenuta la illiceità dell'appalto, il lavoratore otterrebbe una mera pronuncia dichiarativa priva di effetti pratici. Ed infatti ove il licenziamento venga fatto rientrare tra gli atti di gestione che vengono imputati all'utilizzatore committente, il dipendente non potrebbe continuare a prestare la propria attività lavorativa alle dipendenze di quest'ultimo e non si comprenderebbe quale potrebbe essere il suo concreto interesse ad agire.

La verità è che l'atto di licenziamento adottato dall'appaltatore (nel nostro caso da TN Costruzioni), proprio in quanto compiuto da soggetto che non ha effettivamente utilizzato la prestazione e che non può essere considerato datore di lavoro, deve considerarsi inesistente come affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 23684/2010: *“Secondo il condiviso orientamento di questa Corte, in caso di interposizione nelle prestazioni di lavoro, vietata (ricorrendone i presupposti) dalla L. n. 1369 del 1960, art. 1, l'interponente, effettivo*



*utilizzatore delle prestazioni lavorative, si sostituisce all'interposto nel rapporto di lavoro, cosicchè l'eventuale licenziamento intimato da quest'ultimo è inesistente giuridicamente (cfr, ex plurimis, Cass., SU, n. 2517/97; Cass., nn. 5152/98; 5995/98;10318/00; 6926/00)....5.2 La possibilità di ratificare il licenziamento ricorre laddove la volontà della parte datoriale sia stata manifestata da una persona o da un organo della società datrice di lavoro non abilitati a compiere atti dispositivi del relativo diritto (cfr, ex plurimis, Cass., n. 9493/2003), e non già qualora, come nel caso di specie, il licenziamento sia giuridicamente inesistente perchè proveniente da un soggetto che non sia parte del rapporto lavorativo.”.*

Non rileva che tale orientamento sia stato espresso in fattispecie regolata dalla vecchia ed abrogata normativa di cui alla legge n. 1369/1960.

Occorre, infatti, rammentare che l'art. 1 ult. comma legge n. 1369/1960 prevedeva: *“I prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni.”*: la formula legislativa utilizzata nella normativa ormai abrogata, era ancora più ampia di quella di cui all'art. 27 comma 2 d.lgs n. 276/2003 - che parla espressamente della imputabilità all'utilizzatore degli *“atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il*



quale la somministrazione ha avuto luogo”- essendo utilizzata l’ampia locuzione “a tutti gli effetti”.

Ritiene dunque il Collegio, che se il licenziamento era considerato inesistente nonostante una disposizione normativa che considera il lavoratore alle dipendenze dell’utilizzatore “a tutti gli effetti”, a maggior ragione ciò debba ritenersi quando la norma imputa all’utilizzatore gli atti di costituzione e gestione del rapporto per il periodo durante il quale la somministrazione abbia avuto luogo. Ne deriva che quand’anche tra gli atti di gestione dovesse farsi rientrare l’atto espulsivo, tale atto in quanto adottato da un soggetto che risulta solo formalmente datore di lavoro, non potrebbe che essere inesistente né potrebbe essere ratificato dall’utilizzatore.

In subordine la società Swieralp srl, riferendosi al periodo di rioccupazione presso la ditta Sapa Profili ammesso da B [REDACTED] A [REDACTED] E [REDACTED] in sede di interrogatorio all’udienza del 18.9.2013, ha chiesto di accertare che il ricorrente è stato occupato dal 5.8.2013 sino al 3.11.2013 percependo regolari retribuzioni, le quali andrebbero detratte - quale *aliunde perceptum* - dall’importo eventualmente dovuto a seguito della costituzione del rapporto di lavoro.

La censura deve essere disattesa.

Essendo nel caso di specie indiscussa la qualificazione in termini retributivi - e non risarcitori - dell’obbligazione che grava sulla società Swieralp srl, la sua pretesa di



considerazione dell'*aliunde perceptum* si pone in contrasto con il principio per cui l'obbligazione retributiva del datore di lavoro, a differenza di quella risarcitoria, non è influenzata dall'eventuale esistenza di un *aliunde perceptum* da parte del lavoratore (Cass. civ., 14 febbraio 1996, n. 1131).

Non è, peraltro, stata fornita la prova, il cui onere grava sul datore di lavoro (così Cass. 26 ottobre 2010 n. 2010), di quanto il lavoratore ha in concreto percepito (avendo B■■■ A■■■ B■■■ in sede di interrogatorio unicamente confermato l'attività lavorativa alle dipendenze della Sapa Profili dal 5.8.2013 al 3.11.2013 senza fornire indicazioni sul compenso percepito e sull'orario di lavoro); né è stato dimostrato trattarsi di attività incompatibile con la prosecuzione contestuale della prestazione lavorativa alle dipendenze di Swieralp: come, infatti, osservato da Cass. 8 giugno 1995 n. 6439: "*la deduzione del datore di lavoro del conseguimento da parte del lavoratore di altri guadagni da lavoro subordinato o autonomo durante lo stesso periodo ("aliunde perceptum") rileva (in base al principio della "compensatio lucri cum damno") in riferimento solo ad attività non compatibile con la continuazione della prestazione lavorativa, e resa possibile dalla recuperata disponibilità di tempo ed energie direttamente conseguente al recesso*").

Coglie invece nel segno la doglianza di Lescio & Paternoster spa in ordine alla non debenza della trasferta risultante dalla busta paga di settembre 2010 (doc. 21 del ricorrente), dal momento



che è pacifico che il lavoratore risiede nella stessa città ove ha prestato la propria attività lavorativa.

L'importo risultante in favore del lavoratore a tale titolo nella busta paga di settembre 2010, pari ad euro 805,74, va dunque detratto dalla somma riconosciutagli in sentenza (euro 1.834,42), talchè il residuo credito dell'appellato per il periodo 26.08.2010 - 20.10.2010 va quantificato in complessivi euro 1.028,68.

Pervenendosi così al regolamento delle spese di lite, che secondo costante insegnamento della S.C. in caso di riforma della sentenza impugnata, deve avvenire in maniera unitaria per entrambi i gradi, si osserva che l'appellato B■■■■ A■■■■ B■■■■ esce pressoché integralmente vittorioso anche da questo giudizio d'appello, in cui soccombe unicamente rispetto alla richiesta detrazione dell'importo corrisposto a titolo di indennità di trasferta. Dato il carattere del tutto marginale della soccombenza del lavoratore, appare di giustizia confermare la condanna della Costruzioni Lescio & Paternoster spa, della Swieralp srl e di T■■■■ N■■■■, alla rifusione in suo favore delle spese del giudizio di prime cure; le società appellanti sono di conseguenza tenute a rifondere all'appellato anche le spese del giudizio d'appello, liquidate in euro 2.835,00 per la fase di studio, euro 1.820,00 per quella introduttiva, euro 4.860,00 per quella decisoria, con la maggiorazione di euro 1.903,00 per presenza di più parti aventi la stessa posizione processuale e di



euro 1.712,70 per spese generali (15% sul compenso totale), e dunque in complessivi euro 13.130,70.

**P.Q.M.**

La Corte d'Appello di Trento, Sezione distaccata di Bolzano, definitivamente pronunciando sugli appelli proposti dalla soc. Swieralp srl e dalla società Costruzioni Lescio & Paternoster spa avverso la sentenza n. 266/2013 del 12.12.2013 del 10.6.2011 del Tribunale di Bolzano in veste di Giudice del lavoro, così provvede:

condanna

la società Costruzioni Lescio & Paternoster spa, la società Swieralp srl e T■■■■ N■■■■, in solido tra loro, al pagamento in favore dell'appellato B■■■ A■■■ B■■■, in relazione al periodo di lavoro prestato dal 26.8.2010 al 20.10.2010, dell'importo ridotto di euro 1.028,68 oltre alla rivalutazione monetaria ex art. 150 disp. att. cpc e agli interessi legali dalla maturazione delle singole voci di credito sino al saldo;

conferma,

per il resto, le statuizioni di cui all'impugnata sentenza, anche in ordine alle spese di lite;

condanna

la società Swieralp srl e la società Costruzioni Lescio & Paternoster spa, in solido tra loro, a rifondere all'appellato B■■■ A■■■ B■■■ le spese del giudizio di appello, liquidate in euro 13.130,70 oltre iva e cap.



Bolzano, così deciso il 29 aprile 2015

Il Presidente	Dott. Johann Pichler
Il Consigliere estensore	Dott. Claudia Montagnoli
Il Funzionario Giudiziario	Ruth Pechlaner

