

Lorenzo Simonelli

LA PARROCCHIA, IL CONTRATTO D'OPERA E L'APPALTO: OPPORTUNITÀ E DIVIETI GIURIDICI¹

Accade sempre più frequentemente che la parrocchia voglia utilizzare il contratto di appalto o il contratto d'opera al fine di assicurarsi determinati servizi² come, per esempio, la pulizia degli ambienti parrocchiali, il servizio di portineria e custodia, la gestione degli immobili e delle attrezzature tecniche.

Il fenomeno va crescendo soprattutto a causa di due circostanze: la diminuzione dei collaboratori volontari e gratuiti (o del tempo che questi possono mettere a disposizione) e le crescenti responsabilità giuridiche che derivano dall'organizzazione immediata delle attività dei collaboratori (gratuiti o onerosi che siano).

Il contratto di appalto consente infatti di ottenere un servizio senza doversi preoccupare di organizzare una determinata attività e il lavoro di collaboratori retribuiti in quanto tale onere è assunto in toto dall'appaltatore al quale il committente deve pagare un corrispettivo determinato a priori.

Il successo riscosso dal contratto di appalto e dal contratto d'opera si giustifica, dunque, per il fatto che la parrocchia può ottenere il servizio di cui ha bisogno senza dover strutturare alcuna organizzazione³ e senza farsi carico di alcun onere burocratico connesso⁴, ma solo sostenendo un costo

¹ Questo articolo prosegue la riflessione circa le collaborazioni onerose contenute nei n. 2/2009 e n. 3-4/2010 di *exLege*.

² Il contratto d'appalto può anche avere ad oggetto la realizzazione di un'opera (per es. la costruzione di un edificio), ma il caso esula dalle riflessioni che seguono.

³ È di tutta evidenza che l'organizzazione diretta di un servizio di portineria, di pulizia, di manutenzione, di cuoco per la scuola implicano che la parrocchia concluda un contratto di lavoro a tempo indeterminato, provveda a organizzare il lavoro quotidiano dei dipendenti, si preoccupi di far fronte alle loro assenze (per es. per ferie, permessi, malattia, infortunio, maternità), ne sostenga il costo anche per i periodi di inattività in quanto non vi sono servizi da svolgere (per es. il cuoco nei periodi di chiusura della scuola), affronti la fatica di gestire le eventuali tensioni relazionali ed infine e eventualmente assuma la complessa decisione di rescindere il contratto di lavoro.

⁴ Colui che organizza un'attività deve confrontarsi con una sempre maggiore mole di oneri burocratici relativi alla gestione dei dipendenti (dal libro unico del lavoro al-

economico non eccessivamente superiore a quello che dovrebbe sopportare qualora volesse realizzare direttamente⁵ l'attività/servizio.

Ma come spesso accade nei rapporti giuridici la valutazione della convenienza non è mai assoluta e slegata dai contesti e dalle circostanze particolari; come si vedrà nei prossimi paragrafi occorre infatti considerare che il contratto di appalto e quello d'opera hanno delle rigidità che impediscono alle parti di modificare – rispetto al dettato del codice civile – la distribuzione dei diritti/doveri e, aspetto ben più importante, chiedono che sia previamente individuato con esattezza e chiarezza il servizio affidato all'appaltatore o al lavoratore autonomo.

Proprio per questi motivi in alcuni casi la parrocchia non può utilizzare questi contratti ma deve provvedere direttamente al servizio di cui ha necessità attraverso l'opera di suoi propri collaboratori retribuiti⁶.

Il rispetto dei "limiti legali" è garantito dall'ordinamento anche attraverso incisive sanzioni a carico di coloro che tentano comunque di utilizzare i contratti di appalto o d'opera nonostante i divieti: si fa riferimento in particolare alle ipotesi di intermediazioni di manodopera vietate e sanzionate dall'articolo 18, comma 5-*bis*⁷ e dall'articolo 29, comma 3-*bis*⁸ del decreto legislativo 276/2003 (cosiddetta Legge Biagi). Si ricorda che la legislazione attuale è meno radicale di quella previgente, come dimostra l'articolo 1 della legge 1369/1960⁹, ora abrogato.

le denunce agli enti previdenziali e assistenziali, dal versamento di imposte e contributi alla dichiarazione di sostituto di imposta, dall'elaborazione della busta paga alla consegna del CUD); vanno poi considerati altri elementi quali le autorizzazioni amministrative, i rapporti con gli enti pubblici di vigilanza e con i sindacati, la formazione professionale, gli adempimenti richiesti dalla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro, l'eventuale contenzioso con l'Amministrazione finanziaria e gli Istituti previdenziali.

⁵ *In primis* il costo per la manodopera (retribuzione e contributi previdenziali, compenso dovuto ai professionisti che provvedono alla gestione amministrativa del contratto di lavoro).

⁶ Il vincolo che intercorre tra questi collaboratori e la parrocchia è retto, in questi casi, dal contratto di lavoro a tempo indeterminato o – se possibile – dal contratto di collaborazione a progetto (art. 76, D.Lgs. n. 276/2003) o dal contratto di somministrazione di lavoro (art. 29, D.Lgs. n. 276/2003).

⁷ Art. 18, c. 5-*bis* «*Nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'articolo 30, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo*».

⁸ Art. 29, c. 3-*bis* «*Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2*».

⁹ Art. 1 (ora abrogato) «*È vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subap-*

1. IL CONTRATTO DI APPALTO, IL CONTRATTO D'OPERA E IL LAVORO SUBORDINATO

L'articolo 1655 del codice civile definisce l'appalto come «*il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*».

Colui che è interessato ad un determinato servizio può così affidarne la realizzazione ad un soggetto terzo (appaltatore) che, a fronte di un corrispettivo determinato a priori, vi provvede assumendo gli oneri descritti dalla norma.

Gli esempi sono molteplici: la parrocchia affida il servizio di pulizia dei propri ambienti in appalto ad un imprenditore; il condominio provvede al servizio di custodia e portineria affidandolo ad una impresa specializzata; la parrocchia appalta la manutenzione dei propri impianti ad un terzo soggetto.

Nel giudizio circa la convenienza dell'appalto rispetto alla realizzazione diretta del servizio non devono essere considerati solo gli aspetti economici ma deve essere valutato anche il vantaggio per la parrocchia di non dover provvedere a strutturare quanto necessario per realizzarlo.

Inoltre, se è vero che il corrispettivo del contratto di appalto eccede la semplice somma dei costi sostenuti dall'appaltatore, è altrettanto vero che frequentemente il costo sostenuto per la realizzazione "in proprio" del servizio è ancora maggiore in quanto l'esperienza e il principio dell'economia di scala consentono all'appaltatore di realizzare il servizio a costi più contenuti.

Tuttavia la convenienza economica e l'assenza di impegni organizzativi non sono gli unici fattori da cui dipende la scelta tra la realizzazione diretta e l'affidamento in appalto; in alcune situazioni è decisivo il fatto di dover/poter mantenere la direzione dell'organizzazione. Si deve infatti ricordare che l'articolo 1655 riserva tale funzione esclusivamente all'appaltatore laddove precisa che gli elementi essenziali dell'appalto sono proprio l'organizzazione dei mezzi necessari e l'assunzione del rischio di impresa; e in questa linea si muovono unanimemente la giurisprudenza, la prassi e la dottrina¹⁰.

palto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono. È altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari. È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante».

¹⁰ Cass. Sez. II, n. 7606 del 17.7.1999: «*Il contratto di appalto e il contratto d'opera hanno in comune l'obbligazione, verso il committente, di compiere, a fronte di corri-*

Simile per molti tratti all'appalto è il contratto d'opera così definito dall'articolo 2222 del codice civile: «*Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV*».

Si riscontra infatti un parallelismo significativo tra «*l'organizzazione dei mezzi necessari*» (art. 1655) e il lavoro prevalentemente proprio, nonché tra «*la gestione a proprio rischio*» (art. 1655) e l'assenza del vincolo di subordinazione. In riferimento a queste similitudini la giurisprudenza e la dottrina hanno individuato nel lavoro proprio del prestatore d'opera¹¹ l'elemento che lo distingue dal contratto di appalto.

*spettivo, un'opera o un servizio senza vincolo di subordinazione e con assunzione di rischio da parte di chi li esegue, mentre la differenza tra i due negozi è costituita dalla circostanza che nel primo l'esecuzione avviene mediante un'organizzazione di media o grande impresa cui l'obbligato è preposto; nel secondo con il prevalente lavoro di questi, pur se adjuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore, secondo il modulo organizzativo della piccola impresa, desumibile dall'art. 2083 cod. civ.»; Circ. n. 5 del 11.2.2011, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Quadro giuridico degli appalti «*In tal senso, pertanto, la distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro, già consolidata nella pregressa giurisprudenza, consiste nella diversità dell'oggetto: un "fare" nell'appalto, giacché l'appaltatore fornisce al committente una opera o un servizio, da realizzare tramite la propria organizzazione di uomini e mezzi, assumendosi il rischio d'impresa; un "dare" nella somministrazione, nella quale il somministratore si limita a fornire a un terzo forza lavoro da lui assunta, affinché questi ne utilizzi la prestazione secondo le proprie necessità, adattandole al proprio sistema organizzativo*»; TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2004, 562, «*L'appalto è il contratto con il quale un committente affida ad un appaltatore o il compimento di un'opera (per esempio la costruzione di un edificio) o lo svolgimento di un servizio (per esempio, pulizia di uno stabilimento), verso un corrispettivo in denaro (Art. 1655 cod. civ.). [...] Caratteristica dell'appalto è la gestione "a rischio" dell'appaltatore, il quale deve provvedere ad organizzare tutti i "mezzi necessari" per l'esecuzione del contratto.**

¹¹ Cass. n. 7307 del 29.5.2001: «*Il contratto d'appalto e il contratto d'opera si differenziano per il fatto che nel primo l'esecuzione dell'opera commissionata avviene mediante un'organizzazione di media o grande impresa cui l'obbligato è preposto, e nel secondo con il prevalente lavoro di quest'ultimo, pur se adjuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore, secondo il modulo organizzativo della piccola impresa, desumibile dall'art. 2083 cod. civ. (vedi le sentenze di questa Corte e di questa sezione, 17 settembre 1997 n. 9237, 4 giugno 1999 n. 5451, 17 luglio 1999 n. 7606)*»; RUBINO D., IUDICA G., *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Dell'appalto* (art. 1655-1677), Bologna-Roma, 2007, 26 «*Mentre nel codice previgente il contratto d'appalto ed il contratto d'opera venivano ricondotti entro la categoria unitaria della "locatio", nella legislazione attuale le due figure giuridiche hanno assunto una configurazione autonoma e formano oggetto di una disciplina distinta. In rapporto alla comune matrice da cui hanno tratto origine, i due negozi presentano ancora alcuni elementi in comune, quali la corrispettività delle*

L'elemento essenziale di questi contratti è proprio l'autonomia organizzativa riconosciuta all'appaltatore e al lavoratore autonomo in forza della quale si assumono tutte le responsabilità e gli oneri relativi all'attività che devono realizzare per rendere il servizio pattuito¹².

Non vi è invece alcuna prossimità giuridica tra questi due contratti e il contratto di lavoro subordinato così definito dall'articolo 2094 del codice civile: «È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore».

Rispetto ai primi due contratti è infatti assente il profilo dell'autonomia nell'organizzazione della prestazione resa dal lavoratore subordinato¹³; ciò

prestazioni, l'indipendenza del debitore e la correlativa assunzione del rischio economico. Ciò che invece contraddistingue il contratto d'appalto dal contratto d'opera è l'entità dei mezzi utilizzata per conseguire il risultato promesso: l'appalto presuppone, infatti, l'esistenza di un'organizzazione a carattere imprenditoriale con prevalente impiego di lavoro subordinato; il contratto d'opera si svolge, invece, mediante il lavoro prevalentemente proprio dell'assuntore e dei membri della sua famiglia. Sulla differenza fra i due contratti esiste una copiosa giurisprudenza che ha notevolmente contribuito a fissare, se non altro sul piano dogmatico, il confine fra le due fattispecie negoziali».

¹² RAUSEI P. (a cura), *Contratti di lavoro*, Ipsoa, 2008, 966 «Essenziale per la sussistenza di un contratto di appalto regolare, è che i lavori appaltati siano svolti da un'impresa che abbia forma e sostanza d'impresa, sia con riguardo al profilo tecnico, sia sotto l'aspetto più schiettamente economico ed organizzativo. Peraltro, la norma nel riferirsi genericamente alla figura di "appaltatore", si rivolge a qualsiasi soggetto in grado di organizzare mezzi necessari e sufficienti, non potendosi stabilire, in maniera netta, una differenziazione in base allo status soggettivo e professionale dell'appaltatore "genuino": permane un divieto che concerne la fattispecie oggettiva della interposizione di manodopera e non la tipologia soggettiva di chi la realizza. In tal senso la giurisprudenza ha, in effetti, statuito che si ha ugualmente interposizione di manodopera anche nel caso in cui l'appaltatore è fornito di una propria effettiva e autonoma organizzazione imprenditoriale, quando egli, di fatto, si limita a prestare soltanto la manodopera, senza assumere su di sé alcun rischio economico nell'esecuzione dei lavori appaltati».

¹³ VALLEBONA A, *Istituzioni di diritto del lavoro II*, Cedam, 2011, 8 «Nel merito si può ancora ritenere decisivo il ricordato requisito della etero determinazione della prestazione lavorativa mediante specifiche direttive e controlli sulle modalità di esecuzione, fedelmente ancorato alla lettera della legge. Evidentemente questo elemento si atteggia in modo differente a seconda del tipo di prestazione, sicchè, le direttive ed i controlli relativi all'attività di un medico dipendente o di un dirigente sono notevolmente diversi da quelli relativi all'attività di un operaio. Ma ciò non significa che al criterio della eterodirezione dell'attività messa doverosamente a disposizione dal lavoratore se ne aggiungano o sostituiscano altri, bensì dimostra che soltanto che tale criterio essenziale va interpretato con ragionevolezza, anche riguardo alla distinzione, a volte innegabilmente difficile, rispetto alle istruzioni compatibili con il lavoro autonomo»; RAUSEI P. (a cura), *Contratti di lavoro*, Ipsoa, 2008, 249 «Il lavoro autonomo si distingue decisamente dalla prestazione di lavoro subordinato, anche

è il riflesso del fatto che il dipendente non assume alcun rischio (né quello organizzativo, né quello economico) ed è la ragione per cui la sua retribuzione non dipende dai risultati che il datore di lavoro sa ottenere utilizzando il suo lavoro.

2. L'AUTONOMIA CONTRATTUALE DELLE PARTI E I LIMITI PRESCRITTI DALL'ORDINAMENTO

Nei paragrafi precedenti si è evidenziato il fatto che l'ordinamento italiano ammette la possibilità di utilizzare diversi schemi contrattuali per ottenere il medesimo servizio/opera; ma nel contempo non si può assolutamente trascurare che ciascun tipo contrattuale articola diversamente la distribuzione tra le parti di diritti/doveri/rischi¹⁴.

Questa presenza di diversi strumenti contrattuali astrattamente idonei a conseguire i medesimi servizi chiede dunque alle parti di prestare particolare attenzione in sede di qualificazione giuridica del contratto, ovvero quando "riconoscono" il contenuto dei diritti/doveri che nascono dal contratto sottoscritto, nonché la loro corretta attribuzione a ciascuna delle parti contraenti.

Come si è fatto cenno, il medesimo servizio potrebbe infatti essere conseguito utilizzando:

- un contratto di appalto (la parrocchia assume l'obbligo di pagare il corrispettivo e l'appaltatore assume l'obbligo di garantire il servizio di mensa scolastica, organizzando come meglio crede il servizio e facendosi carico di tutti gli oneri economici e giuridici);

se può risultare assai complesso riconoscere il vincolo di subordinazione e qualificare esattamente il rapporto intercorrente tra le parti. [...] Le principali differenze che emergono dal testo normativo possono essere così sintetizzate: 1. nel lavoro autonomo la posizione del prestatore è di assoluta autonomia, in quanto egli gode di ampia discrezionalità circa le modalità ed i temi di esecuzione della propria attività; nel lavoro subordinato, invece, è di subordinazione, essendo il lavoratore sottoposto al potere di eterodirezione ed eterodeterminazione della prestazione lavorativa, nonché di vigilanza e controllo nell'esecuzione della stessa da parte del datore di lavoro; 2. altro elemento distintivo è caratterizzato dall'organizzazione produttiva che costituisce elemento essenziale del lavoro autonomo e difetta sempre nelle prestazioni di lavoro subordinato; 3. il rischio economico connesso all'esercizio dell'attività produttiva è sopportato in toto dal lavoratore autonomo [...], mentre il lavoratore subordinato ne è del tutto esonerato; 4. nelle prestazioni di lavoro autonomo il corrispettivo è strettamente connesso al risultato finale dell'attività realizzata, a prescindere dal tempo di cui il lavoratore necessita all'uopo, mentre nel lavoro subordinato esso è calcolato in base al tempo di lavoro, restando irrilevante il risultato finale».

¹⁴ L'ordinamento ritiene dunque che la possibilità riconosciuta alle parti di decidere liberamente (salvo i limiti di cui si tratterà in seguito) come strutturare i reciproci diritti/doveri e come distribuire i rischi di una determinata relazione giuridica sia un valore da tutelare. Sacco R – De Nova G., *Obbligazioni e contratti/II* in *Trattato di*

- un contratto d'opera (la parrocchia assume l'obbligo di pagare un compenso e il lavoratore autonomo si obbliga a garantire la preparazione quotidiana dei pasti scolastici organizzando come meglio ritiene il proprio lavoro);
- un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (la parrocchia assume un cuoco e, contro il pagamento della retribuzione, organizza quotidianamente il suo lavoro in cucina al fine di ottenere nel modo migliore la preparazione dei pasti quotidiani).

L'opera di qualificazione giuridica di un particolare testo contrattuale è dunque ineludibile¹⁵ in quanto permette alle parti di individuare quali sono gli effetti che da esso necessariamente si generano e quelli che non potranno realizzarsi anche qualora le parti li volessero esplicitamente.

Il legislatore ha disciplinato i principi essenziali trattando della "interpretazione del contratto" a partire dall'articolo 1362 del codice civile: «*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*».

Se tale opera interpretativa potrebbe essere piuttosto semplice quando le parti concludono uno dei contratti cosiddetti "tipici", ovvero quelli il cui contenuto (o elementi essenziali) e i cui effetti sono già compiutamente disciplinati dal legislatore (per es. il contratto di compravendita ex artt. 1470 ss., il contratto di lavoro subordinato, il contratto di appalto, il contratto d'opera, il contratto di somministrazione ex art. 20, D.Lgs. 276/2003), non altrettanto può dirsi quando il testo del contratto sottoscritto non è immediata-

Diritto Privato, 10, UTET, 1989, 250 «La teoria del contratto sta in piedi grazie alla simmetrica che normalmente esiste, entro certi limiti, fra il voluto e l'effetto del negozio; fra il precetto privato, e il precetto adottato dall'ordinamento [...]. Questa armonia, o compatibilità, fra contenuto ed effetto del contratto è uno dei due aspetti dell'autonomia contrattuale, quale si esprime nel duplice fenomeno della libertà di contrarre, e della libertà di scegliere il contenuto del precetto. L'autonomia, reciprocamente, può essere menomata in tre modi: [...], con il mancato riconoscimento di un accordo, in ragione del suo contenuto».

¹⁵ AA.VV., *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, 2006, 19 «*La storia del diritto del lavoro allora, prima e dopo il codice e fino ai giorni nostri, si identifica largamente con la storia della subordinazione. E nel corso di questa storia sono incessanti gli sforzi, specie dottrinali, di affinamento della nozione chiave del diritto del lavoro, nella fiducia di farle acquisire una sempre più soddisfacente idoneità qualificatoria del rapporto oggetto della disciplina tipica. L'insistenza e la difficoltà degli sforzi sono ben comprensibili ovi si pensi che la subordinazione deve consentire non solo (in astratto) la precisa delimitazione della fattispecie tipica rispetto ad altre, aventi pure ad oggetto attività latu sensu lavorativa, ma anche (in concreto) la riconduzione ad essa dello specifico rapporto da qualificare. E ciò mentre è pacifica la c.d. tassatività della disciplina tipica, vale a dire la sua necessaria inerenza, malgrado qualsiasi volontà delle parti, ad ogni rapporto che effettivamente presenti le caratteristiche del rapporto di lavoro subordinato*».

mente riconducibile ad un contratto *tipico* in quanto non vi sono solo o tutti gli elementi essenziali di un particolare tipo contrattuale.

Si deve infatti considerare che l'articolo 1322, comma 2 del codice civile riconosce il diritto delle parti di «*concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*».

Questa libertà contrattuale non è però assoluta in quanto non tutti i contratti atipici¹⁶ sono consentiti e tutelati dall'ordinamento poiché occorre vagliare di volta in volta se gli effetti che le parti intendono conseguire sono – in senso lato – “giusti ed equi”¹⁷ e se tali effetti sono ottenuti attraverso una distribuzione di diritti e doveri il cui equilibrio è ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento.

La civiltà giuridica moderna, infatti, non è disposta ad accettare il principio per cui debbano ricevere tutela tutti i contenuti e gli effetti purché previsti e voluti dalle parti¹⁸: una delle applicazioni più conosciute di tale

¹⁶ TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2004, 477 «[...] *tuttavia le parti non devono necessariamente scegliere, per regolare l'affare che intendono compiere, uno degli schemi contrattuali previsti dal codice (contratti nominati), ma possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare (si parla in tal caso di contratti “atipici” o “innominati”), elaborando i modelli contrattuali che ritengano più confacenti alle loro specifiche esigenze (e che spesso trovano ampia diffusione nella prassi, cosicché talora si parla di contratti che, pur essendo privi di una specifica disciplina legale, vengono definiti “socialmente tipici”, perché utilizzati largamente in conformità ad un modello diffuso tra gli operatori: si pensi all'esempio del contratto di leasing). Tali contratti sono validi ed efficaci, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico: in queste ipotesi può talvolta risultare delicato stabilire quali regole applicare a tali figure, che vanno disciplinate utilizzando estensivamente o analogicamente la disciplina dettata per singoli aspetti dei contratti tipici*».

¹⁷ La matrice del criterio di “giustizia” accolto dall'ordinamento giuridico italiano è dato dagli artt. 2 e 3 della Costituzione «Art. 2. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.* Art. 3. *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*».

¹⁸ TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2004, 203, «*Quando invece il contenuto del negozio dipende dalla libera scelta del privato – e quindi in primo luogo nel caso del contratto (Art. 1322 cod. civ.) – è necessario che gli effetti complessivamente perseguiti siano giustificati. L'esigenza della causa (che l'art. 1325 annovera espressamente tra i “requisiti” del contratto) e soprattutto di una causa lecita (cfr. art. 1434 cod. civ.) indica la necessità che siano leciti e meri-*

fondamentale scelta dell'ordinamento è il divieto per il datore di lavoro di recedere *ad nutum* dal contratto, mentre analogo limite non è imposto al dipendente.

Per quanto riguarda i contratti, soprattutto atipici, le norme che evocano il concetto di "giustizia ed equità" sono l'articolo 1343 (causa illecita per contrarietà a norme imperative)¹⁹ e l'articolo 1344 (contratto in frode alla legge)²⁰.

Pertanto, proseguendo nell'esempio, se un contratto è ricondotto – attraverso l'opera interpretativa – al tipo "lavoro subordinato a tempo indeterminato", la presenza nel testo di una clausola che consente alla parte che si serve della prestazione lavorativa resa dall'altra di recedere *ad nutum* non

tevoli di protezione giuridica non soltanto i singoli effetti perseguiti (il trasferimento di una proprietà, l'assunzione di una obbligazione, il riconoscimento di un debito, l'assunzione di una garanzia, ecc.), ma soprattutto la loro combinazione; è sine causa la promessa di trasferire la proprietà di un bene se non è indicato un corrispettivo e non è adoperata la forma solenne necessaria per una donazione; è sine causa l'assicurazione contro l'incendio di una cosa già bruciata; è sine causa la promessa di mantenere un parente povero (anche se l'adempimento non consente la ripetizione, ove si ritenga che la promessa dia luogo ad un'obbligazione naturale). In altre parole, non sempre un certo risultato, ancorché lecito, può realizzarsi sol perché voluto e promesso: un "nudo consenso" non è sufficiente per dare luogo ad effetti giuridici. [...] Per i contratti atipici o innominati, che sono quelli che la pratica pone in essere pur in assenza di uno schema legislativo (ad es.: contratto d'albergo, leasing, factoring, ecc.), la valutazione deve riguardare non solo il contenuto concreto dell'accordo, ma pure lo stesso schema generico della pattuizione: è lecito assoldare un detective per avere informazioni sulla vita privata di un'altra persona? Una categoria particolare dei contratti atipici è rappresentata da i contratti misti o complessi, la cui causa è costituita dalla fusione delle cause di due o più contratti tipici. [...] Quale disciplina giuridica si applica la contratto misto? Secondo la dottrina più autorevole e la giurisprudenza si applica per analogia la disciplina del contratto la cui funzione è in concreto prevalente».

¹⁹ Art. 1343 «La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume»; Cass. n. 14343 del 19 giugno 2009: «In altri termini, il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidati alle singole esplicitazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili. I fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro. Ci si riferisce ai controlli di meritevolezza di tutela degli interessi (art. 1322 c.c.) e di liceità (spec. art. 1343 c.c.) che devono essere condotti».

²⁰ Cass. n. 5324 del 4.4.2003: «La causa del contratto si identifica con la funzione economico-sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce come rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle due parti si propone di realizzare; ne consegue che si ha illiceità della causa, sia nell'ipotesi di contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, sia nell'ipotesi di utilizza-

potrà che essere considerata nulla (ovvero come non scritta) per contrarietà a norma imperativa²¹.

3. LA CORRETTA QUALIFICAZIONE DEL CONTRATTO (DI APPALTO). L'OPPORTUNITÀ DELLA "CERTIFICAZIONE"

Avendo come riferimento questi brevissimi cenni d'ordine generale è possibile illustrare alcuni aspetti dei procedimenti mediante cui si può giungere alla corretta qualificazione di un testo contrattuale²² e alla verifica della compatibilità delle sue clausole con i limiti previsti dall'ordinamento.

In primo luogo si deve considerare che la giurisprudenza e la dottrina escludono che sia sufficiente far riferimento al *nome iuris* utilizzato dalle parti contraenti e chiedono che si dia rilevanza alle modalità effettive con le quali le parti adempiono gli obblighi assunti:

«Ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, questa Corte ha ripetutamente affermato che la qualificazione del rapporto compiuta dalle parti nella iniziale stipulazione del contratto non è determinante, diventando il comportamento delle parti posteriore alla conclusione del contratto elemento necessario non solo ai fini della sua interpretazione, ma anche ai fini dell'accertamento di una nuova e diversa volontà eventualmente intervenuta nel corso dell'attuazione del rapporto e diretta a modificare singole sue clausole o addirittura la stessa natura del rapporto lavorativo inizialmente prevista, con la conseguenza che, in caso di contrasto fra dati formali iniziali di individuazione della natura del rapporto e dati fattuali emergenti dal suo concreto svolgimento, è a questi ultimi che deve darsi rilievo

zione dello strumento negoziale per frodare la legge, qualora entrambe le parti attribuiscono al negozio una funzione obiettiva volta al raggiungimento di una comune finalità contraria alla legge»; Cass. n. 1523 del 26.1.2010: «La peculiarità del contratto in frode alla legge, di cui all'art. 1344 cod. civ, consiste nel fatto che gli stipulanti raggiungono, attraverso gli accordi contrattuali, il medesimo risultato vietato dalla legge, con la conseguenza che, nonostante il mezzo impiegato sia lecito, è illecito il risultato che attraverso l'abuso del mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare».

²¹ Art. 1, L. n. 604/1966 *«Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercedente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento, e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo».*

²² Per "qualificazione" di un contratto si intende la possibilità di ricondurre l'accordo concluso tra le parti ad uno dei tipi contrattuali previsti dal legislatore (per es. appalto, contratto d'opera, contratto di lavoro subordinato, somministrazione di manodopera), oppure precisare il contenuto dei reciproci diritti e doveri se si riconosce che il contratto concluso è atipico.

prevalente. Pertanto, ove le parti, nel regolare i loro reciproci interessi, abbiano qualificato come autonomo il rapporto di lavoro, è possibile pervenire ad una diversa qualificazione di esso soltanto se si dimostri che nel concreto svolgimento del rapporto sia presente l'elemento della subordinazione, inteso come vincolo di natura personale che assoggetta il prestatore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro (Cass. n. 6673 del 2003)»²³.

Come non è decisivo il *nomen iuris* del contratto, neppure lo sono le singole espressioni contrattuali concordate dalle parti in quanto

«l'accertamento della esatta natura del rapporto di lavoro intercorrente tra le parti è estremamente importante ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile e, pertanto, merita un'accurata indagine che tenga conto di tutti gli elementi caratterizzanti le diverse fattispecie contrattuali. In tal senso, risulta necessario analizzare la reale ed effettiva volontà delle parti che non può essere desunta solo da quanto espressamente indicato nel contratto, poiché la qualificazione in esso contenuta ha solo valore indiziario e deve essere confortata dalla sussistenza di altri elementi»²⁴.

Il rifiuto di un'interpretazione parcellizzata e frammentaria (e probabilmente contraddittoria) delle clausole contrattuali è stato positivamente accolto dal legislatore all'articolo 1363 del codice civile laddove ha prescritto che *«Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto»*.

Già l'insufficienza del *nomen iuris* e l'inammissibilità di una interpretazione "assoluta"²⁵ delle singole clausole contrattuali dovrebbero convincere le parti contraenti dell'inutilità di ogni tentativo di comporre testi contrattuali come se fossero l'abito di Arlecchino, ovvero accostando clausole prive di connessione se non anche contraddittorie, al solo scopo di costruire un rapporto contrattuale capace di evitare le invalidità derivanti dalla violazioni di norme inderogabili. Purtroppo la realtà mostra che sono ancora frequenti i casi di contratti genericamente definiti "convenzioni" il cui testo è elaborato con una buona dose di fantasia: in questi casi le parti intendono garantirsi i risultati più vantaggiosi (fine di per sé lecito) ma dimenticano di prestare attenzione ai limiti posti dall'ordinamento²⁶.

Uno degli esempi più ricorrenti è la "convenzione" il cui contenuto ba-

²³ Cass. n. 5826 del 13.3.2006.

²⁴ VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro II*, Cedam, 2011, 252.

²⁵ Per "assoluta" si intende una interpretazione delle clausole contrattuali che prescinde dalla presenza di tutte le altre clausole e dai loro reciproci effetti.

²⁶ VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro II*, Cedam, 2011, 78 «Il diritto del lavoro nasce proprio per proteggere il lavoratore subordinato contro la sua stessa libertà negoziale, abbandonando il mito liberistico della eguaglianza formale dei contraenti e della conseguente naturale equità del contenuto del contratto per prede-

se è quello del contratto d'appalto (organizzazione dell'attività riservata all'appaltatore) cui però si aggiunge la possibilità per il committente di dirigere ed organizzare il lavoro dei collaboratori dell'appaltatore.

Qualora i principi sopra esposti non fossero sufficienti per dissuadere le parti dalle alchimie giuridiche si deve ricordare che l'ordinamento non si limita a dar cieca efficacia al modo con cui il singolo contratto distribuisce diritti/doveri e rischi (al di là del *nomen iuris* e delle singole clausole contrattuali), ma ne soppesa anche il contenuto e gli effetti giuridici al fine – come anticipato – di verificare che non siano violate norme inderogabili (art. 1343) o si vogliano ottenere risultati in frode alla legge (art. 1344)²⁷.

A conferma della delicatezza e ineludibilità delle questioni illustrate soccorre in aiuto il nuovo istituto della cosiddetta "certificazione dei contrat-

re atto della diseguaglianza sostanziale delle parti che imponi interventi correttivi esterni a tutela del più debole. Da qui la fortissima limitazione dell'autonomia privata individuale, sia ad opera della legge, sia ad opera dei contratti collettivi, mediante disposizioni che fissano il trattamento minimo spettante al lavoratore. Carattere essenziale, anche laddove non prevista espressamente, di questa estesa normativa di tutela è, infatti, la inderogabilità con efficacia sostitutiva delle clausole difformi del contratto individuale, che quindi rimane in vita producendo di effetti previsti dalla legge e dal contratto collettivo al posto di quelli voluti dalle parti».

²⁷ Come esempio si veda la sorte del contratto di lavoro somministrato redatto e concluso al di fuori dei limiti e delle condizioni fissate dal legislatore o allo scopo di eludere norme inderogabili: cf artt. 27, c. 1 e 28 del D.Lgs. n. 276/2003 relativamente al contratto di somministrazione irregolare e fraudolento. Cass. n. 5148 del 28.7.1983: «Ove, anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 1369 del 1960, e quindi anche sotto il vigore della legge 29 aprile 1949 n. 264, che faceva obbligo ai datori di lavoro di assumere i lavoratori tramite i competenti Uffici di collocamento, un lavoratore sia stato assunto da un'impresa appaltatrice di mano d'opera e sia stato posto a disposizione di altra impresa con un contratto d'appalto, le parti attuano un negozio indiretto, mercè utilizzazione di un negozio tipico (appalto) per il perseguimento di uno scopo ulteriore vietato dall'ordinamento giuridico e cioè l'appalto di mano d'opera, considerato negozio in frode alla legge e come tale soggetto alla disciplina della nullità per illiceità della causa; il collegamento funzionale tra i due negozi (quello fra il lavoratore e l'intermediario e quello fra quest'ultimo e l'impresa beneficiaria delle prestazioni lavorative) estende l'effetto di nullità all'intero rapporto tra i tre distinti soggetti e nei suoi distinti momenti, restando valido ed efficace solo il rapporto che nella realtà concreta si è attuato tra il lavoratore e l'ente che ha beneficiato delle sue prestazioni in modo esclusivo e continuativo». Cass. n. 2224 del 2.3.1988: «Nel caso in cui le parti stipulino un contratto di lavoro autonomo per dissimulare un rapporto di lavoro subordinato al fine di eludere gli obblighi che in forza di norme imperative questo comporta per il datore di lavoro, si versa in ipotesi di contratto in frode della legge (art. 1344 cod. civ.), essendo la dichiarazione negoziale unica e voluta per quella particolare finalità antiggiuridica, e non nella diversa ipotesi della simulazione relativa fraudolenta, la quale implica la divergenza tra dichiarazione manifestata e dichiarazione voluta e quindi l'esistenza di due negozi giuridici (quello simulato e quello dissimulato) al fine di eludere l'applicazione di norme imperative».

ti”, introdotto dal legislatore con gli articoli 75 e seguenti del decreto legislativo 276/2003²⁸, proprio al fine di ridurre quanto più possibile le incertezze che potrebbero manifestarsi sia durante la vita del rapporto contrattuale sia al momento della sua conclusione.

L’obiettivo è infatti quello di definire una volta per tutte e in anticipo la tipologia di quel particolare contratto nel quale è dedotta una prestazione di lavoro, al fine di poter individuare senza incertezza la disciplina normativa applicabile. A tal proposito si segnala che, coerentemente con la *ratio* dell’istituto, il comma 2, lettera d) dell’articolo 78 prevede che l’atto conclusivo del procedimento di certificazione debba contenere «*esplicita menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione*».

Si deve dunque ammettere che dall’ordinamento²⁹ emerge la volontà di superare, quanto più possibile, la fisiologica incertezza che deriva dalla applicazione delle norme (inderogabili e derogabili) – e ciò in riferimento sia al contenuto disciplinare dei contratti, sia alle modalità con le quali vengono adempiuti nel concreto gli obblighi contrattuali assunti dalle parti – sia, infine, per sanzionare efficacemente³⁰ i tentativi di elusione di norme inderogabili.

4. I LIMITI CONNESSI ALL’UTILIZZO DEL CONTRATTO DI APPALTO E D’OPERA DA PARTE DELLA PARROCCHIA. IL CASO DELL’ORATORIO E DELLE ATTIVITÀ DI PASTORALE GIOVANILE

Nei precedenti paragrafi sono state evidenziate alcune ragioni che possono indurre la parrocchia a decidere di concludere un contratto di appalto o un contratto d’opera, gli elementi costitutivi e imprescindibili di questi contratti, la presenza dei cosiddetti “limiti legali” all’autonomia contrattuale delle parti e la necessità di una corretta opera interpretativa al fine di accertare a quale contratto tipo debba essere ricondotto il contratto sottoscritto dalle parti e di poter verificare la legittimità delle eventuali clausole contrattuali speciali.

A partire da queste premesse è ora possibile illustrare alcuni criteri

²⁸ Art. 75 «*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 secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo*».

²⁹ Per l’argomento trattato nel presente articolo ci si riferisce alle norme relative alla tutela del lavoro subordinato, quali il D.Lgs. n. 276/2003 (Legge Biagi), il D.Lgs. n. 61/2000 (lavoro a tempo parziale) e il D.Lgs. n. 68/2001 (lavoro a tempo determinato).

³⁰ Accanto alla tradizionale sanzione civile della nullità (art. 1418 cod. civ.) è stata introdotta anche la conversione del contratto (art. 27, c. 1 e art. 29, c. 3-bis, D.Lgs. n. 276/2003), soluzione che tutela maggiormente il prestatore di lavoro.

utili per riconoscere i servizi per la cui realizzazione la parrocchia può sottoscrivere un contratto di appalto o d'opera ed evidenziare le circostanze e le situazioni che invece non permettono il loro utilizzo.

All'origine di tutto sta il fatto che la scelta di affidare un servizio in appalto prescrive che la parrocchia rinunci ad intervenire – direttamente ed immediatamente – sulla organizzazione del servizio e sulle modalità di realizzazione³¹.

Pertanto qualora la parrocchia non voglia o non possa rinunciare a tale forma di controllo:

- l'ordinamento le impedisce di utilizzare il contratto di appalto o il contratto d'opera e,
- qualora il contratto sia stato sottoscritto, non può evitare che l'ordinamento lo riqualifichi in un'altra (e più onerosa) fattispecie contrattuale, quale, per esempio, il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato³².

³¹ A conferma di ciò si veda l'art. 1662 cod. civ che disciplina il potere di controllo del committente: «*Il committente ha diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato. Quando, nel corso dell'opera, si accerta che la sua esecuzione non procede secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve conformare a tali condizioni [...]*».

³² Un chiaro esempio dell'applicazione della sanzione civile della conversione del contratto è la Sentenza della Corte di Cassazione n. 7670/1998 riferita alla legge n. 1369/1960 (ora abrogata dal D.Lgs. n. 276/2003): «*Con sentenza in data ... 1994 il pretore ... rigettava i ricorsi proposti nei confronti della Banca ... dai sig.ri ..., perché fosse affermata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra gli stessi, pur apparentemente dipendenti della Cooperativa ... di trasporto e facchinaggio, e la Banca e fosse dichiarata l'inefficacia del licenziamento, loro intimato verbalmente il ... 1992, con ordine di reintegrazione nel posto di lavoro previa declaratoria del diritto al loro inquadramento nel profilo professionale di commesso e con condanna della Banca a pagare le differenze retributive conseguenti. Su appello dei lavoratori, il Tribunale ..., con sentenza depositata in data ... 1996 dichiarava la natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso, in violazione dell'art. 1 della legge n. 1369 del 1960, tra i lavoratori e la Banca ...; dichiarava altresì il diritto degli appellanti ad essere inquadrati nella categoria degli ausiliari e condannava la Banca al pagamento delle differenze retributive dovute in relazione a tale inquadramento dall'epoca di inizio delle rispettive prestazioni lavorative; la condannava altresì nelle spese di entrambi i gradi. ...*

Ha ritenuto, ancora, il Tribunale che l'orario di lavoro degli attori, identico a quello dei dipendenti della Banca, era sintomatico esso pure di una stretta interdipendenza tra l'attività di questi e di quella dei primi, parimenti assoggettata al controllo dei preposti della banca. Tale controllo si inseriva in un potere di direttive assunto personalmente dai funzionari della banca preposti alle attività in questione.

La Banca censura tali affermazioni osservando che gli elementi valorizzati dal giudice di appello, quali la coincidenza di orario degli appellanti con quello dei dipendenti della banca era resa indispensabile dal tipo di attività che imponeva la compresenza dei due gruppi di lavoratori. Il controllo sugli orari da parte della Banca

Un primo indice dell'esistenza della suddetta "area di autonomia" è dato dal fatto che il contratto di appalto definisca con precisione il tipo di servizio atteso dalla parrocchia e non contenga, invece, un generico riferimento a forme di "collaborazione" volte a realizzare un progetto più o meno comune.

Infatti l'assenza nel contratto di appalto di un preciso oggetto è un elemento che in caso di contenzioso può far ritenere che tale contratto sia in realtà un caso di somministrazione illecita di personale in quanto l'unico impegno assunto dall'appaltatore sarebbe quello di mettere a disposizione della parrocchia le prestazioni lavorative di un proprio collaboratore, che la parrocchia utilizzerebbe dirigendolo e controllandolo come se fosse un proprio dipendente.

Il servizio oggetto del contratto di appalto può però essere anche solo una "fase" o una "parte" di una più complessa e articolata attività, purché sia sempre garantito all'appaltatore l'autonomia organizzativa. Così, l'appalto potrebbe avere ad oggetto l'intero servizio di mensa scolastica (dall'approvvigionamento, alla preparazione dei cibi, dal servizio a tavola alla pulizia dei locali) oppure solo una fase, per esempio la pulizia della cucina e del refettorio.

Questa segmentazione dell'attività in diversi servizi o fasi o parti non può però giungere a rendere del tutto evanescente l'autonomia organizzativa di cui deve necessariamente farsi carico l'appaltatore o il lavoratore autonomo³³.

era ininfluenza essendo questa creditrice delle prestazioni e legittimata a controllare la presenza di chiunque nei propri locali.

Si tratta di censure che, nel loro insieme, non possono essere condivise.

Se è vero, infatti, che la coincidenza di orari e una certa contiguità (o vicinanza) tra le attività dei lavoratori formalmente dipendenti dall'impresa appaltatrice e i lavoratori della Banca, al pari di certe forme di riscontro delle attività svolte, potevano trovare giustificazione nella circostanza che la committente, quale creditrice di determinate attività, doveva essere in condizione di riceverle, il che non avrebbe potuto avvenire di norma se non con sostanziale coincidenza di orari e con una certa coordinazione con le attività proprie, è insuperabile, ai fini della esclusione della esistenza di un vero e proprio appalto (lecito), la circostanza che il Tribunale ha sostanzialmente escluso la esistenza di una organizzazione e gestione propria dell'appaltatore (così come richiesto dall'art. 3 della legge n. 1369 del 1960: cfr. Cass., 20 dicembre 1983, n. 7505 e 4 ottobre 1985, n. 4800), in quanto, secondo accertamenti di merito non censurati in questa sede, ha affermato che gli appellanti erano stati sempre ed esclusivamente soggetti alle direttive del personale della Banca le quali erano, evidentemente, cosa intrinsecamente ben diversa dal controllo della esecuzione da parte della impresa appaltatrice di lavori ad essa specificamente commessi e da essa organizzati e diretti. ...

Conclusivamente, assorbito ogni altro profilo di censura, le considerazioni svolte impongono di rigettare il ricorso. Le spese seguono la soccombenza».

³³ AA.VV., *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, 2006, 107 ss «Di fronte agli appalti di servizi non implicanti l'impiego di un'organizzazione complessa (c.d. a bassa intensità organizzativa) e con prevalenza di apporto del fattore

Qualora tale autonomia venisse a mancare, e dunque venisse meno anche l'esercizio dei poteri di direzione e controllo dei collaboratori in capo all'appaltatore, l'ordinamento reagisce considerando i dipendenti del pseudo-appaltatore alle dirette dipendenze di colui che beneficia delle loro prestazioni lavorative³⁴.

Come anticipato vi sono delle attività per le quali il contratto di appalto o d'opera non può essere utilizzato in quanto la parrocchia deve necessariamente mantenere una significativa forma di controllo e direzione.

Si fa riferimento alle attività che costituiscono il motivo per cui esiste l'ente parrocchia, ovvero, secondo una nota definizione giuridica, le cosiddette "attività di religione e culto" elencate nell'articolo 16, lettera a) della legge n. 222/1985, *Disposizioni sugli enti e i beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi*, del 20 maggio 1985: «attività di religione o di culto quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana».

Prima e accanto a questo già preciso riferimento normativo si deve considerare quanto affermato dal canone 515 del Codice di Diritto Canonico che definisce il soggetto parrocchia come «una determinata comunità di fedeli che viene costituita stabilmente nell'ambito di una Chiesa particolare, e la cui cura pastorale è affidata, sotto l'autorità del vescovo diocesano, ad un parroco quale suo proprio pastore».

“lavoro” piuttosto che di “capitale” (ad alta intensità di lavoro o labor intensive) la giurisprudenza operava il distinguo accertando chi organizzasse il fattore lavoro, quindi chi esercitasse i poteri tipici del datore di lavoro verso i dipendenti (poteri direttivo, di controllo, disciplinare). Il processo di smaterializzazione dell'impresa implicante la valorizzazione dell'impiego di beni immateriali o di attività puramente organizzative della forza lavoro, ha portato quindi al progressivo ridimensionamento di quegli elementi (attrezzature, impianti, macchine) che erano tradizionalmente ritenuti i soli atti a caratterizzare l'impresa. [...] Pur nell'ambiguità di alcune definizioni (artt. 29, 1° comma, e 84, 2° comma D.Lsg. n. 276/2003) già oggetto di dibattito in dottrina, accanto ai tradizionali fattori di distinzione, quali quello dell'“organizzazione di mezzi” e quello del “rischio di impresa”, il D.Lgs. n. 276/2003 aggiunge un indizio importante da tener presente per la configurazione di un contratto di appalto di cui all'art. 1655 cod. civ. e conseguentemente per la qualificazione di un soggetto come appaltatore “genuino”: l'esercizio da parte di questo del “potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto” (art. 29, 1° comma)».

³⁴ RAUSEI P. (a cura), *Contratti di lavoro*, Ipsoa, 2008, 968 «Il secondo elemento sintomatico di una interposizione illecita di manodopera è la titolarità in capo all'interponente dei poteri direttivi e di ingerenza, tipici del datore di lavoro, relativamente allo svolgimento in concreto, da parte dei lavoratori occupati dal presunto appaltatore, della prestazione lavorativa commissionata. Si tratta di fattispecie in cui il lavoratore finisce per essere lui stesso appaltato, in quanto opera nella sfera direzionale del committente, che esercita su di lui tutti i poteri riconosciuti al datore di lavoro in un ordinario rapporto lavorativo di tipo subordinato».

Rilevanza decisiva è assunta dal concetto di “cura pastorale”³⁵ il cui significato non è riducibile ad una sola definizione per la ricchezza di contenuti e di sfumature; tuttavia per il rilievo che la norma ha in riferimento alle questioni oggetto del presente studio è sufficiente rinviare ai canoni 519 e 528 che ne declinano il contenuto:

Can. 519

«Il parroco è il pastore proprio della parrocchia affidatagli, esercitando la cura pastorale di quella comunità sotto l'autorità del Vescovo diocesano, con il quale è chiamato a partecipare al ministero di Cristo, per compiere al servizio della comunità le funzioni di insegnare, santificare e governare, anche con la collaborazione di altri presbiteri o diaconi e con l'apporto dei fedeli laici, a norma del diritto».

Se è vero che la “cura pastorale” è responsabilità propria dell'ufficio di parroco e, prima ancora, dell'ufficio episcopale, e che tale funzione non si identifica con le attività attraverso le quali il parroco la svolge, è altrettanto innegabile che alcune iniziative realizzate dalla parrocchia non possono non essere progettate e condotte direttamente dal parroco.

Quali tra le molteplici iniziative promosse dalla parrocchia non possono essere affidate alla gestione/direzione di altri non dipende dal tipo di attività ma dal fatto che la funzione pastorale propria del parroco si esplicita necessariamente attraverso esse. Esempio tipo è l'attività di oratorio tanto diffusa in molte parrocchie italiane³⁶.

³⁵ COCCOPALMERIO F., *La parrocchia*, San Paolo, 2000, 40 «[...] che cosa significano i termini “pastore” e “cura pastorale”, in che cosa precisamente consiste l'attività del parroco per la parrocchia? [...] Dai soli termini “pastore” e “cura pastorale” possiamo ricavare un solo significato generico: procurare la salvezza soprannaturale. Tale significato generico diventa più specifico se facciamo ricorso al citato can. 519 che dà un contenuto ai contenuti ai termini di “pastore” e “cura pastorale”».

³⁶ Diocesi di Milano, *Sinodo 47°*, Milano, 1995 «218. *L'oratorio nella pastorale giovanile della parrocchia.* § 1. *Il progetto di pastorale giovanile delineato da ogni parrocchia, come traduzione e applicazione di quello diocesano, richiede l'irrinunciabile attenzione alla totalità della popolazione giovanile che vive nel suo territorio. Strumento privilegiato e prioritario con cui svolgere l'impegno educativo della parrocchia nei confronti di tutta la popolazione giovanile è l'oratorio. Esso «è una comunità che educa all'integrazione fede-vita, grazie al servizio di una comunità di educatori, in comunione di responsabilità e di collaborazione con tutti gli adulti. Il metodo dell'oratorio (o il suo stile) è quello dell'animazione, che consiste nel chiamare i ragazzi a partecipare a proposte educative che partono dai loro interessi e dai loro bisogni».* § 22. *La parrocchia non può esimersi dal promuovere e organizzare l'oratorio e ricordare l'opera svolta in esso con quella esercitata da associazioni, gruppi e movimenti. L'oratorio infatti ricerca ed accoglie ogni fanciullo, ragazzo, adolescente o giovane che vive nell'ambito della parrocchia, mentre l'adesione ad associazioni, gruppi e movimenti riguarda solo una parte della popolazione giovanile che ne accetta le modalità ed i cammini»*

A tal proposito è eloquente il canone 528 che rassegna le fondamentali attività della parrocchia fondandole nell'esercizio della cura pastorale.

Can. 528

«§ 1. Il parroco è tenuto a fare in modo che la parola di Dio sia integralmente annunciata a coloro che si trovano nella parrocchia; perciò curi che i fedeli laici siano istruiti nelle verità della fede, soprattutto con l'omelia delle domeniche e delle feste di precetto e con l'istruzione catechetica; favorisca inoltre le attività che promuovono lo spirito evangelico, anche in ordine alla giustizia sociale; abbia cura speciale della formazione cattolica dei fanciulli e dei giovani; si impegni in ogni modo, anche con la collaborazione dei fedeli, perché l'annuncio evangelico giunga anche a coloro che si sono allontanati dalla pratica religiosa o non professano la vera fede.

§ 2. Il parroco faccia in modo che la santissima Eucaristia sia il centro dell'assemblea parrocchiale dei fedeli; si adoperi perché i fedeli si nutrano mediante la celebrazione devota dei sacramenti e in speciali modo perché si accostino frequentemente al sacramento della santissima Eucaristia e della penitenza; si impegni inoltre a fare in modo che i fedeli siano formati alla preghiera, da praticare anche nella famiglia, e partecipino consapevolmente e attivamente alla sacra liturgia, di cui il parroco deve essere il moderatore nella sua parrocchia, sotto l'autorità del Vescovo diocesano e sulla quale è tenuto a vigilare perché non si insinuino abusi».

Permane invece la possibilità per la parrocchia di dare in appalto alcune iniziative e attività ogniquale volta la cura pastorale può essere esercitata mantenendo in capo al parroco il più limitato compito di elaborare il progetto e di verificarne l'esecuzione.

La differenza tra le attività la cui direzione non può essere affidata a terzi e quelle che invece possono essere oggetto di un contratto di appalto o d'opera appare chiara, per esempio, facendo riferimento all'attività di catechesi per i bambini e a quella di scuola cattolica organizzata dalla parrocchia: entrambe le iniziative sono occasioni per educare i bambini, ma la prima è *necessaria* (nel senso che è una delle ragioni d'essere della parrocchia), mentre la seconda è *eventuale* (nel senso che è uno strumento contingente a disposizione della comunità ecclesiale per prendersi cura dei bambini).

Altrettanto può dirsi dell'attività di catechesi per i ragazzi adolescenti rispetto all'attività sportiva o di doposcuola: mentre non vi sono difficoltà ad ammettere che l'attività sportiva, le attività ricreative e le attività di doposcuola possono essere affidate in appalto (oltre che realizzate direttamente da soggetti diversi dalla parrocchia negli ambienti parrocchiali e attraverso rapporti diretti con gli utilizzatori³⁷), altrettanto non può invece dirsi per l'attività di catechesi.

³⁷ È il caso della attività sportiva realizzata direttamente da una associazione sportiva dilettantistica che utilizza ambienti parrocchiali, oppure della scuola di teatro rea-

Va infine precisato che l'impossibilità di utilizzare il contratto di appalto in relazione alle cosiddette "attività essenziali" della parrocchia implica che neppure la loro mera "direzione e coordinamento" possa essere affidata a terzi in quanto proprio tali compiti sono di colui che è titolare/responsabile dell'attività, quindi necessariamente della parrocchia e del parroco.

Si deve dunque escludere che il ruolo di direttore dell'oratorio (o figure analoghe) possa essere affidato a terzi mediante un contratto di appalto o d'opera, e il divieto non dipende dai nomi utilizzati ma dalla sostanza del ruolo³⁸.

5. IL CASO DEI SERVIZI DI SEGRETERIA

Accanto ad attività che la parrocchia non può affidare in appalto in quanto non può dismettere la propria responsabilità organizzativa e direttiva, in altri casi il divieto deriva dal fatto che all'incaricato del servizio manca del tutto uno spazio di autonomia in quanto la sua prestazione deve essere necessariamente svolta nell'osservanza delle direttive date dal parroco, come accade per il servizio di segreteria parrocchiale³⁹.

Al fine di distinguere le attività che oggettivamente non possono essere svolte "in autonomia" (da ricondurre quindi alla fattispecie di lavoro subordinato) da quelle che possono essere affidate in appalto/contratto d'opera, è necessario fare riferimento a quanto elaborato dalla giurisprudenza in ordine al percorso logico e alle circostanze rilevanti.

A tal proposito sono particolarmente significativi gli argomenti evidenziati dalla Sentenza n. 8569 del 5 maggio 2004:

lizzata da una compagnia teatrale presso la sala cine-teatro della parrocchia.

³⁸ Assolutamente inefficace è il tentativo di aggirare il divieto affidando ad un appaltatore/lavoratore autonomo il servizio di "coordinamento dell'oratorio" invece che quello di "responsabile". Arcidiocesi di Milano, *Progetto di Pastorale Giovanile. La cura pastorale*, Milano, 2011, 49 «*Il Direttore dell'Oratorio è una persona adulta che svolge il suo servizio in riferimento alla regia complessiva dell'oratorio, attuando il progetto educativo, in stretta intesa con il responsabile ultimo e favorendo il più possibile un ampio e ordinato concorso di corresponsabilità. La sua figura non sostituisce il Consiglio dell'Oratorio, ma si affianca ad esso conducendone l'attività all'insegna della sua promozione e valorizzazione. Si provveda ad individuare questa figura tra diaconi, persone consacrate e fedeli laici, uomini e donne. [...] Il Direttore dell'Oratorio risponde direttamente al parroco (o al Responsabile della Comunità Pastorale), e terrà un costante riferimento al Coordinatore dell'Equipe di Pastorale giovanile di cui necessariamente fa parte, e al Progetto di Pastorale Giovanile dell'Unità di Pastorale giovanile di appartenenza*».

³⁹ Pur con tutti i limiti delle esemplificazioni i compiti affidati al segretario parrocchiale possono così sintetizzarsi: cura dell'archivio, predisposizione dei documenti (per es. i certificati canonici e le pratiche matrimoniali) su indicazione del responsabile, prime informazioni ai parrocchiani, annotazione delle telefonate.

«In conformità a quanto è stato affermato dalla sentenza impugnata nella parte iniziale della motivazione, va in primo luogo ricordato che questa Corte, premesso che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di lavoro autonomo, ha, in effetti, ripetutamente affermato che l'elemento tipico che contraddistingue il primo dei suddetti tipi di rapporto è costituito dalla subordinazione, intesa quale disponibilità del prestatore nei confronti del datore, con assoggettamento del prestatore di lavoro al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, ed al conseguente inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale con prestazione delle sole energie lavorative corrispondenti all'attività di impresa (ex multis Cass. 3 aprile 2000 n. 4036; Cass. 9 gennaio 2001 n. 224; Cass. 29 novembre 2002 n. 16697; Cass. 1° marzo 2001 n. 2970).

In numerose altre pronunzie si è opportunamente sottolineato, peraltro, che l'esistenza del vincolo va concretamente apprezzata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito; e, proprio in relazione alle difficoltà che non di rado si incontrano nella distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato alla luce dei principi fondamentali ora indicati, si è precisato che in tale ipotesi è legittimo ricorrere a criteri distintivi sussidiari, quali la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale ovvero l'incidenza del rischio economico, l'osservanza di un orario, la forma di retribuzione, la continuità delle prestazioni e via di seguito (v. per tutte, Cass. 27 marzo 2000 n. 3674; Cass. n. 4036/2000 cit.).

Ora, se l'attuazione del potere direttivo e disciplinare, tale da non escludere pregiudizialmente la sussistenza della subordinazione e da consentire il ricorso ai menzionati criteri sussidiari, è stata di solito riscontrata nella giurisprudenza di legittimità in relazione a prestazioni lavorative dotate di maggiore elevatezza e di contenuto intellettuale e creativo (quali, ad esempio, quelle del giornalista), va rilevato, tuttavia, che un analogo strumento discrezionale può validamente adottarsi, all'opposto, con riferimento a mansioni estremamente elementari e ripetitive, le quali, proprio per la loro natura, non richiedono in linea di massima l'esercizio di quel potere gerarchico che si estrinseca – secondo quanto asserito in numerosissime pronunce di questa Corte – nelle direttive volta a volta preordinate ad adattare la prestazione alle mutevoli esigenze di tempo e di luogo dell'organizzazione imprenditoriale e nei controlli sulle modalità esecutive della prestazione lavorativa.

Si vuol dire con ciò che ove la prestazione lavorativa sia assolutamente semplice e routinaria e con tali caratteristiche si protragga per tutta la durata del rapporto, l'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, nei termini testé precisati, potrebbe non avere occasione di manifestarsi (come del resto è stato affermato da Cass. n. 3674 del 2000, cit., secondo cui l'esistenza del potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro “è sicuro indice di subordinazione, mentre la relativa assenza non è sicuro indice di autonomia”).

Conclusione, questa, che tanto più appare valida laddove nel momento genetico del rapporto di lavoro siano state dalle parti puntualmente

predeterminate le modalità di una prestazione destinata a ripetersi nel tempo, essendo evidente che in casi del genere – a fronte, cioè, di mansioni elementari e, per così dire, rigide – il potere direttivo del datore di lavoro potrà anche non assumere una concreta rilevanza esterna (laddove il potere disciplinare in tanto potrà avere modo di estrinsecarsi in quanto il prestatore sia incorso in una inosservanza dei propri doveri, che non può essere astrattamente presupposta).

Del resto, che la subordinazione possa ritenersi sussistente anche in assenza del vincolo di soggezione al potere direttivo del datore di lavoro (inteso, ancora una volta, nei termini sopra indicati), ed in presenza, viceversa, dell'assunzione per contratto, da parte del prestatore, dell'obbligo di porre a disposizione del datore le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità "secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro ed in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione per il perseguimento dei fini propri dell'impresa", è stato già affermato da questa Corte, sia pure con riferimento all'evolversi dei sistemi di organizzazione del lavoro in direzione di una sempre più diffusa esteriorizzazione di interi settori del ciclo produttivo o di professionalità specifiche (in particolare Cass. 6 luglio 2001 n. 9167 e 26 febbraio 2002 n. 2842): tanto a riprova della possibilità – ed anzi della necessità – con riferimento all'estrema variabilità che la subordinazione può assumere nei diversi contesti, di prescindere dal potere direttivo dell'imprenditore nei casi in cui esso non possa validamente assumere il ruolo discrezionale che normalmente gli è proprio.

[...]

5. La sentenza impugnata, dunque, non si è attenuta ai criteri sopra indicati, per cui, assorbiti nelle considerazioni che precedono il terzo e il quarto motivo del ricorso, essa va cassata e rinviata ad altro giudice equiordinato, che si indica nel dispositivo e che dovrà attenersi al seguente principio di diritto: "Nel caso in cui la prestazione dedotta in contratto sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione ed al fine della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare non risulti, in quel particolare contesto, significativo, per la qualificazione del rapporto di lavoro occorre far ricorso a criteri distintivi sussidiari, quali la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale (anche con riferimento al soggetto tenuto alla fornitura degli strumenti occorrenti) e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore, desunto anche dalla eventuale concomitanza di altri rapporti di lavoro».

Qualora, invece, i servizi che la parrocchia intende esternalizzare non fossero di semplice segreteria ma relativi solo alla amministrazione economico-finanziaria e alla tenuta della contabilità fiscale non vi è motivo di escludere la possibilità di affidarne l'esecuzione ad un lavoratore autonomo, attraverso un contratto d'opera, o ad un appaltatore, anche qualora fossero

svolti presso gli ambienti parrocchiali.

Per completezza di esposizione si ricorda che la specifica mansione di segreteria parrocchiale potrebbe essere inquadrata oltre che con il contratto di lavoro subordinato, anche con il contratto di somministrazione del personale a tempo indeterminato⁴⁰.

6. CONCLUSIONI

Prudenza e conoscenza dei criteri interpretativi della giurisprudenza sono, dunque, riferimenti ineludibili per individuare la risposta corretta in ordine al modo con cui la parrocchia può ottenere i servizi di cui ha bisogno per realizzare al meglio le proprie iniziative.

Come visto, infatti, in molti casi il confine tra i servizi che possono essere esternalizzati e quelli che devono essere realizzati con collaboratori (gratuiti o retribuiti) organizzati e diretti immediatamente dalla parrocchia è labile e il pericolo è quello di utilizzare uno strumento contrattuale che in caso di contenzioso non resisterà al giudizio di adeguatezza e sarà quindi convertito in un'altra fattispecie contrattuale. Si tratta, di solito, di generiche convenzioni, di appalti, contratti d'opera e contratti di somministrazione di lavoro (ex artt. 20 ss, D.Lgs. n. 286/2003) riquilificati come rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato in capo alla parrocchia.

Va notato che il costo derivante dalla conversione dei contratti illeciti non grava sulle persone fisiche, che imprudentemente hanno creato queste situazioni pericolose, ma sull'intera comunità cristiana che dovrà reperire le risorse necessarie per pagare le sanzioni amministrative e penali, nonché i diritti riconosciuti dal giudice al lavoratore.

E di solito tutto ciò può essere evitato semplicemente accettando che non tutte le soluzioni che possono essere immaginate, possono essere anche realizzate.

L'articolo integra quanto riportato in
"La gestione e l'amministrazione della parrocchia" al capitolo 8.

⁴⁰ Cf *"Il contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato: una nuova opportunità per gli enti ecclesiastici"*, exLege, 3/4 dell'anno 2010.