



*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali*

***APPALTO GENUINO E INTERPOSIZIONE ILLECITA DI
MANODOPERA: CRITERI E INDICI RIVELATORI PER UNA
CORRETTA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI***

Di Pierluigi Rausei

Working paper n. 18/2006

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

Natura e fenomenologia dell'appalto

L'appalto è un contratto "di risultato" mediante il quale una parte, che prende il nome di "appaltatore", assume, con organizzazione di mezzi propri necessari e con gestione a proprio rischio, l'obbligazione di compiere per l'altra parte, denominata "appaltante" o "committente", un'opera o di prestare alla stessa un servizio, verso un corrispettivo ().

Tale definizione, ricavata espressamente dalla disciplina prevista dal codice civile, deve integrarsi anche con il dettato normativo dell'art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003 il quale stabilisce, in ottica strettamente lavoristica, che l'appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro proprio per l'organizzazione dei mezzi necessari e per la assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore.

Il codice civile norma il contratto di appalto attraverso le disposizioni contenute nel Libro IV, Titolo III, Capo VII (artt. da 1655 a 1677), tuttavia una definizione completa di "appalto" deve conciliare il dettato normativo con le determinazioni della giurisprudenza, secondo cui un legittimo contratto di appalto di opere o di servizi si caratterizza per essere posto in essere, sia nel momento genetico (stipula del contratto), sia nel momento funzionale (esecuzione del contratto), dall'appaltatore quale impegno concreto, in cambio di un corrispettivo predeterminato, a realizzare, nell'interesse esclusivo o comunque del tutto prevalente di un altro soggetto, il committente o altrimenti detto appaltante, a proprio rischio, un determinato risultato, l'opera o il servizio appunto, avvalendosi, in assoluta e piena autonomia, di una propria organizzazione imprenditoriale e di proprio personale dipendente.

Nell'attuale contesto imprenditoriale, caratterizzato dal riassetto complessivo di una società cosiddetta "post-industriale", nell'ottica quindi di un sistema economico in cui sempre più numerosi sono gli addetti al settore dei servizi e sempre meno rilevanti sono i numeri degli operatori dell'industria, l'appalto si caratterizza sempre più quale tipologia contrattuale utilizzata secondo due standard di riferimento:

(a) anzitutto, tradizionalmente, in quegli ambiti dell'attività produttiva nei quali l'imprenditore opera su commissione diretta del cliente per realizzare il prodotto o i prodotti specifici ai quali il cliente stesso aspira, secondo i propri desiderata, senza limitarsi ad una produzione seriale e preventivamente determinata. In questa prospettiva si determina, ad esempio, l'uso del contratto di appalto d'opera, sia inteso nel quadro della costruzione di edifici o opere, pubbliche o private, sia nello spazio relativo alla realizzazione di singoli prodotti o beni;

(b) in secondo luogo, e da ultimo sempre con maggiore efficacia e presenza, la figura contrattuale in argomento si estrinseca, in termini fenomenologici, e in tale contesto prevalente se ne occupa il D. Lgs. n. 276/2003, nell'affidamento, da parte di singole imprese, di uno o più servizi alle cure di altre realtà imprenditoriali o aziendali, non necessariamente da considerarsi minori, specializzate o tecnicamente più attrezzate per l'esecuzione dei servizi stessi. In questo ambito si muove il contratto di appalto di servizi, nei cui confronti l'impresa italiana volge ormai da qualche decennio un'attenzione precipua, dando a questa tipologia contrattuale uno spazio sempre più numeroso e crescente: sia nell'industria vera e propria (basti pensare all'affidamento in appalto dei servizi di installazione, di montaggio-smontaggio, di manutenzione di impianti e/o attrezzature), sia nel terziario (e qui si ponga pensiero ai servizi legati ai sistemi informatici, alle reti, alla pubblicità, all'informazione, al marketing, al customer service).

Parlare di "appalto", allora vuol dire, essenzialmente, discutere non di una singola tipologia negoziale, ma piuttosto di una fenomenologia più complessa, in cui questo contratto tipico di origine codicistica si presenta primariamente distinto in due macro-modelli:

(a) appalto d'opera, relativo alla realizzazione di una o più opere specifiche;

(b) appalto di servizi, relativo alla prestazione di uno o più servizi.

Si deve poi ulteriormente riflettere sul dato della caratterizzazione del secondo dei

due normotipi che, a sua volta, si struttura in due ambiti fortemente differenziati, con problematiche e disciplina assai diverse fra loro:

(b1) appalto di servizi endo-aziendali, laddove i servizi vengono resi e svolti direttamente all'interno degli spazi aziendali;

(b2) appalto di servizi extra-aziendali, quando i servizi sono prestati nella sede propria dell'appaltatore.

Sulla dicotomia da ultimo accennata occorre concentrare una iniziale analisi epifenomenica.

La differenza cade, come pure nominalisticamente osservabile, sul luogo di svolgimento del servizio appaltato.

Nel primo caso l'appalto si svolge negli spazi di pertinenza dell'azienda committente, ovvero, in taluni casi sempre meno sporadici, direttamente nei luoghi di lavoro dell'appaltante.

Nel secondo caso, invece, il servizio viene prestato senza connessione strutturale con la realtà lavorativa del committente, limitandosi l'appaltatore a recarsi presso l'impresa appaltante esclusivamente per il tempo strettamente necessario, svolgendo l'attività di realizzazione o di predisposizione del servizio in altra struttura di sua proprietà o appartenenza.

Proprio all'occhio allenato del giuslavorista la differenziazione fra appalti endo-aziendali e appalti extra-aziendali impone una riflessione attenta.

Non v'è dubbio, in effetti, che proprio nelle situazioni in cui il datore di lavoro deciderà di non svolgere direttamente il servizio avvalendosi del proprio personale dipendente o di lavoratori somministrati, ma si rivolgerà ad un altro soggetto in veste di appaltatore, allorché lo stesso fosse chiamato ad impegnare i propri dipendenti direttamente all'interno dell'azienda committente, scorrono, oggi come ieri, davanti agli occhi del giurista le immagini dei pericoli di confusione per il corretto inquadramento della fattispecie posta in essere.

Proprio in ragione degli "appalti interni", come risultavano disciplinati espressamente dall'art. 3 della legge n. 1369/1960, infatti, il diritto del lavoro ha preso ad occuparsi più direttamente dell'appalto sotto un profilo normativo.

La precedente disciplina, peraltro, si riferiva propriamente ai casi in cui l'imprenditore affida in appalto il compimento di opere o lo svolgimento di servizi che devono essere materialmente eseguiti nell'interno dell'azienda, con organizzazione e gestione autonoma da parte dell'appaltatore.

Non sembrava facile, tuttavia, già nello schema normativo della legge n. 1369/1960, orientarsi circa la corretta interpretazione della locuzione «all'interno dell'azienda», che definiva esplicitamente gli appalti endo-aziendali di cui pure nel vigente regime normativo introdotto dal D. Lgs. n. 276/2003 ci si deve occupare.

Due le proposte teoriche ricostruttive avanzate in dottrina, confortate dalla giurisprudenza:

(1) concetto topografico: da intendersi come attività da svolgersi all'interno dello stabilimento o nei locali aziendali in cui ha luogo il ciclo produttivo o commerciale;

(2) concetto funzionale: da intendersi come attività funzionalmente connessa, in via principale o accessoria, con il normale ciclo produttivo o commerciale del committente.

Ciò che appariva evidente, nell'una e nell'altra impostazione, è dato dall'osservazione che il termine "azienda" non viene usato dal legislatore in senso propriamente tecnico, ma in una dimensione spaziale; su come poi la spazialità debba essere intesa, sembrerebbe più idonea un'analisi caso per caso.

In talune circostanze, la maggior parte a dire il vero, si riteneva che l'art. 3 della legge n. 1369/1960 trovasse applicazione ogniqualvolta ricorreva un collegamento organicamente funzionale fra l'attività imprenditoriale dell'appaltante e l'opera o il servizio svolti dai dipendenti dell'impresa appaltatrice.

In altre situazioni, tuttavia, non si poteva fare a meno di valutare integralmente la portata della norma, tornando al concetto topografico, in considerazione che anche appalti non ricorrenti pienamente nel ciclo operativo dell'azienda erano assoggettabili alla disciplina dell'art. 3.

Tornando ora al diritto vivente, come introdotto dall'art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003, occorre segnalare che al fine di distinguere correttamente l'appalto vero e proprio, "genuino" secondo la lettera dell'art. 84, co. 2 del decreto, bisogna indagare sul complessivo comportamento dell'appaltatore che non deve essersi limitato ad inviare i propri dipendenti presso l'azienda committente affinché svolgessero una qualsivoglia attività lavorativa per conto di essa, ma deve altresì avere organizzato i mezzi necessari e, soprattutto, avere assunto il rischio d'impresa specificamente richiamato dall'art. 29 stesso e dall'art. 1655 cod. civ., quale fondamento di legittimità, civilistica e commerciale, anzitutto, ma, date le previsioni generali del D. Lgs. n. 276/2003 (art. 18), anche penale e amministrativa, dell'operazione contrattuale.

Sul punto vale allora la pena di approfondire il concetto di "rischio": che cosa deve intendersi, infatti, per assunzione di rischio dell'affare, opera o servizio, appaltato, rappresenta l'elemento principale per una disamina genuina del negozio giuridico considerato.

In primo luogo, il rischio di non riuscire a coprire tutti i costi dei materiali, delle attrezzature e della manodopera impiegati per la realizzazione dell'opera o per l'esecuzione del servizio, se, ad esempio, successivamente alla conclusione del contratto, durante lo svolgimento del rapporto contrattuale instauratosi fra appaltatore e committente, vengono ad aumentare le spese da sostenere per uno o più degli elementi ricordati.

In secondo luogo, l'appaltatore assume il rischio di non ricevere dal committente alcun corrispettivo per l'attività svolta, nonostante il lavoro prestato effettivamente dai propri dipendenti e i costi sostenuti per materie prime e attrezzature: si pensi all'ipotesi del servizio non compiutamente reso o dell'opera realizzata al di fuori di quanto pattuito e concordato.

D'altro canto, va precisato che il rischio di cui trattasi non è, appunto, il rischio tecnico-giuridico relativo ai casi fortuiti, ma piuttosto quello economico che deriva, propriamente, dalla impossibilità di stabilire previamente ed esattamente i costi relativi al compimento dell'opera e del servizio, per cui l'appaltatore potrà ben trovarsi anche a perdere nell'affare stipulato se i costi si riveleranno superiori al corrispettivo concretamente pattuito.

Tuttavia, a maggior rigore e chiarezza, si tenga presente che la gestione "a proprio rischio" da parte dell'appaltatore va oltre il mero significato economico con riguardo alle prospettive di convenienza dell'affare, acquisendo l'espressione "a proprio rischio" un valore giuridico preciso nel senso che l'assunzione del rischio nell'esecuzione del rapporto contrattuale è a carico delle parti per quello che ciascuna vi impegna direttamente, quindi nel caso dell'appaltatore egli assume su di sé il rischio della gestione dell'intera attività lavorativa complessivamente valutata.

Su questo scoglio, perciò, si frange l'onda della distinzione fra appalto genuino e appalto di manodopera: nel primo caso il committente deve il corrispettivo pattuito solo contro la prestazione del risultato (opera o servizio) originariamente pattuito, nel secondo il committente retribuisce comunque l'appaltatore a prescindere dal conseguimento di un risultato, per il solo fatto di aver svolto il lavoro.

Criteria e indici di "genuinità" dell'appalto

Come noto, la fattispecie illecita di interposizione di manodopera deve essere considerata esclusivamente in termini sostanziali, a prescindere cioè da quale forma giuridica negoziale si utilizzi, e indipendentemente dall'esistenza o meno di uno

specifico accordo fraudolento tra il datore di lavoro effettivo (interponente) e quello fittizio (interposto).

La tutela che la legge n. 1369/1960 prima e il D. Lgs. n. 276/2003 ora apprestano ai lavoratori appare, conseguentemente, di ampia portata, avendo voluto il legislatore deliberatamente non circoscrivere la rilevanza penale a singole e specifiche figure contrattuali e avendo appositamente adottato un archetipo normativo non "rigido", capace di intervenire in ottica preventiva e repressiva su ogni possibile ritrovato sperimentale frutto della foriera fantasia imprenditoriale: l'interposizione illecita è, ai sensi del combinato disposto degli artt. 18 e 84 del D. Lgs. n. 276/2003 qualunque comportamento negoziale (appalto, fornitura, contratto d'opera) posto in essere da due datori di lavoro che coincida di fatto con una somministrazione di manodopera da parte di un soggetto non autorizzato.

Senza dubbio, peraltro, il nuovo dettato normativo depone per uno sguardo privilegiato nei confronti del contratto d'appalto, d'opera o di servizi, quale tipologia contrattuale maggiormente foriera di una deriva patologica illecita.

Se così è, allora, appare evidente, oggi, nel nuovo diritto del lavoro riformato, più di ieri, la necessità di individuare alcuni indici rivelatori della non "genuinità" dell'appalto, che consentano all'interprete di applicare correttamente gli ambiti di tutela normativamente previsti.

Nel contratto regolare di appalto, ai sensi dell'art. 1655 cod. civ., che ora il legislatore con l'art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003 ha inteso espressamente ed esplicitamente richiamare, nell'ottica di un importante e atteso coordinamento normativo, l'appaltatore s'impegna, nei confronti del committente, contro un corrispettivo pattuito, a realizzare con rischio a proprio carico un risultato predefinito, facendo affidamento e utilizzando la propria organizzazione imprenditoriale e, nell'ambito di questa, i propri dipendenti in piena e totale autonomia.

Al contrario si ha un fittizio contratto di appalto (cd. "appalto di manodopera"), che maschera una interposizione illecita di manodopera, quando lo pseudo-appaltatore si limita a mettere a disposizione dello pseudo-committente le mere prestazioni lavorative dei propri dipendenti, che finiscono per essere alle dipendenze effettive di quest'ultimo, il quale detta loro le direttive sul lavoro, esercitando su di essi i tipici poteri datoriali.

Or bene, la giurisprudenza e la prassi hanno segnalato una serie di aspetti sintomatici sulla scorta dei quali far emergere e sanzionare gli appalti (illeciti) di manodopera, ieri alla luce della abrogata legge n. 1369/1960, oggi in virtù delle norme introdotte dal D. Lgs. n. 276/2003.

Si tratta, fondamentalmente di una serie di indici e criteri rivelatori che possono sintetizzarsi come segue:

- (1) mancanza in capo all'appaltatore della qualifica di imprenditore, o meglio di un'organizzazione (tecnica ed economica) di tipo imprenditoriale;
- (2) mancanza dell'effettivo esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore;
- (3) impiego di capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante;
- (4) la natura delle prestazioni svolte esula da quelle dell'appalto, afferendo a mansioni tipiche dei dipendenti del committente;
- (5) corrispettivo pattuito in base alle ore effettive di lavoro e non riguardo all'opera compiuta o al servizio eseguito, ovvero corresponsione della retribuzione direttamente da parte del committente.

Di ciascuno di questi elementi ci si occuperà di seguito, approfondendone gli aspetti più rilevanti, secondo le indicazioni e gli orientamenti già maturati nella giurisprudenza.

**organizzazione
imprenditoriale
dell'appaltatore**

sembrerebbe essere quello di prevenire, ancora una volta, come già per la vecchia legge n. 1369/1960, il sorgere di imprese fantasma (cd. "teste di paglia") di cui un imprenditore può avvalersi per abbattere una larga fetta di costi aziendali, evadendo o eludendo gli obblighi fiscali, previdenziali e assicurativi, sotto la species di un fittizio appalto, di opere e, prevalentemente, di servizi.

In questa prospettiva, proprio dalla lettura corretta della norma in questione, nel suo richiamo esplicito all'art. 1655 cod. civ., tenendo in considerazione le risultanze delle decisioni maturate in giurisprudenza durante la vigenza della legge n. 1369/1960, è possibile individuare nella mancanza da parte del presunto appaltatore di una autonoma organizzazione funzionale e gestionale uno dei criteri indiziari, ben è vero il principale, per riconoscere una fattispecie di interposizione illecita ovvero, con dizione più adatta ai nuovi tempi, di un appalto "non genuino".

Ciò che sembra essenziale, per la sussistenza di un vero e proprio contratto di appalto, è che i lavori appaltati siano effettivamente svolti da un'impresa che abbia concretamente la forma e la sostanza di una impresa, sia con riguardo al profilo tecnico, sia sotto l'aspetto strettamente economico ed organizzativo.

D'altro canto, non possiamo non richiamare in questa sede quanto si diceva nel paragrafo precedente, in merito alla figura dell'interposto, giacché il riferimento testuale dell'art. 29, co. 1 al concetto generico di "appaltatore", pare rivolgersi a qualsiasi soggetto che sia in grado di organizzare mezzi necessari e sufficienti, rimanendo ancora, nonostante tutto, quale ostacolo che impedisce di stabilire, in maniera definitiva, una opportuna differenziazione in base allo status soggettivo e professionale dell'appaltatore "genuino".

Tuttavia, quello che permane, anche dopo l'abrogazione della legge n. 1369/1960, è un divieto che concerne la fattispecie oggettiva dell'interposizione di manodopera e non la tipologia soggettiva di chi finisce per realizzarla, violando la legge.

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.

Un caso esemplare, in questa direzione, appare quello in cui il presunto committente, imprenditore genuino, ma anche vero interponente, quanto meno per una parte della sua attività aziendale, determina personalmente o per il tramite di propri fiduciari le caratteristiche del prodotto, nonché la scelta e le modalità dei tempi di lavoro, dirigendo sostanzialmente il personale dipendente formalmente dall'appaltatore fittizio.

La fittizietà dell'impresa rimane, dunque, un criterio indiziario, si potrebbe dire rivelatore di una interposizione illecita, anche secondo i parametri di valutazione dell'art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003, ma l'indagine ispettiva dovrà ora volgersi, in modo ancora più significativo e rilevante che nel passato, più che verso i soggetti del contratto di appalto, verso la concreta natura e sostanza degli elementi oggettivi che attengono ai rapporti giuridici di dubbia configurabilità.

Così, sempre da parte della giurisprudenza, si afferma che la mancata disponibilità di attrezzatura, specifica per lo svolgimento del lavoro appaltato, in capo a un imprenditore titolare di impresa artigiana, non è determinante ai fini della ricorrenza dell'interposizione di manodopera, se il tipo di prestazione esige soltanto l'impiego di semplice attività lavorativa, essendo quindi necessario verificare da chi e come, concretamente, l'energia lavorativa viene organizzata: così tipicamente in caso di appalto di servizi, che richiedono quasi esclusivamente l'uso di energie fisiche.

Ulteriori indici di assenza dell'autonomia organizzativa possono essere :

- la mancanza di una significativa esperienza nel settore interessato dall'appalto;

- il fatto che l'appaltatore non svolge l'attività lavorativa che il presunto dipendente dovrebbe eseguire presso il committente;
- la mancanza di personale tecnicamente preparato per lo svolgimento dell'attività lavorativa appaltata.

D'altra parte, la qualifica di imprenditore dell'appaltatore deriva non tanto dalla materiale consistenza di attrezzature e capitali, quanto dalla effettiva sussistenza di un autonomo nucleo di rapporti e atti giuridicamente rilevanti, realizzato per lo specifico conseguimento di finalità economiche e comunque lucrative, caratterizzate essenzialmente da professionalità e continuità, secondo la nozione di azienda di cui all'art. 2555 cod. civ.; mentre l'ipotetica prevalenza del lavoro rispetto al capitale, ovvero l'inconsistenza o anche l'irrisorietà dell'apparato strumentale o in genere delle risorse a disposizione, rilevano soltanto quali meri indizi della mancanza effettiva di una autonomia gestionale.

Ai sensi dell'art. 29, co. 1, infatti, l'organizzazione dei mezzi può risultare anche dal mero esercizio del potere organizzativo e del potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto per la realizzazione dell'opera o per la effettuazione del servizio.

La rilevanza dei poteri datoriali di direzione e di organizzazione, tuttavia, è strettamente correlata alla natura e alla tipologia dell'appalto, giacché il legislatore condiziona tale profilo alla valutazione delle concrete "esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto".

Pare quindi di poter affermare che l'appalto di opera o di servizi sarà "genuino", purché vi sia assunzione del rischio d'impresa, anche quando l'imprenditore appaltatore non disponga di specifici mezzi ovvero si avvalga dei mezzi dell'appaltante, purché il servizio o l'opera oggetto dell'appalto siano tali da caratterizzarsi per una prevalente o esclusiva necessità di lavoro intellettuale o comunque personale dei lavoratori impiegati nell'appalto (si pensi al settore informatico e quindi ai servizi di gestione siti web o intranet, di tenuta di archivi o data base, ovvero alla realizzazione di software applicativi o di sistemi operativi).

L'art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003, dunque, presenta il pregio indiscutibile di aver operato non solo il già ricordato coordinamento normativo fra la disciplina contrattuale dell'appalto prevista nel codice civile, ma anche quello di aver recepito gli indirizzi giurisprudenziali più recenti e aperti, seppure implicitamente, nel richiamare i due elementi centrali della fattispecie civilistica ("organizzazione dei mezzi necessari" e "assunzione del rischio d'impresa") e nel caratterizzare l'organizzazione anche quale manifestazione del solo "esercizio del potere organizzativo e direttivo".

Si pensi, quindi, a quei contratti di appalto di servizi che hanno per oggetto dei servizi a basso tasso di "materialità", che cioè non abbisognano di mezzi, attrezzature e capitali, e che si contraddistinguono per il loro evolversi nel mero coordinamento organizzativo dello specifico know-how del personale impiegato nell'appalto ovvero anche delle tecnologie avanzate d'impresa, mediante il coordinamento funzionale dei dipendenti addetti all'esecuzione del servizio.

Sveltano, in questo ambito, i servizi informatici e tecnologici complessivamente intesi, ma anche, più semplicemente, i servizi di pulizia, nelle loro poliedriche e molteplici manifestazioni, laddove il riferimento esplicito del legislatore all'organizzazione dei mezzi "necessari" e quindi il richiamo al concetto dato dal binomio "necessità-sufficienza" sembrano chiaro indizio di recepimento, finanche letterale, delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza più avveduta e maggiormente aperta alle esternalizzazioni dell'era post-industriale.

Un appalto è genuino, dunque, anche quando l'appaltatore si limiti sostanzialmente a coordinare i propri dipendenti impegnati nell'operazione contrattuale, i quali sono chiamati ad operare esclusivamente in base al know-how dagli stessi specificamente acquisito e posseduto, senza altri mezzi materiali: unico criterio discriminante in tal

Esercizio del potere direttivo del committente

caso sarà la sufficienza dei "mezzi" immateriali utilizzati (lavoro e know-how), per l'esecuzione del servizio dedotto nel contratto di appalto.

In buona sostanza è vero appaltatore chi organizza soltanto il lavoro fino al limite in cui l'appalto considerato non abbisogna di altri specifici fattori di produzione.

Un ultimo inciso, sul punto, merita la diversa dizione dell'art. 84, co. 2, del D. Lgs. n. 276/2003, il quale con riferimento al contratto d'appalto, appunto, parla di "rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore".

Non si tratta, beninteso, di una articolazione differenziale e contrapposta dei criteri utilizzati dal legislatore nel precedente art. 29 che definisce, propriamente, l'appalto di opera e di servizi: qui il legislatore, con riguardo peraltro al complesso tema della certificazione dei contratti di appalto, si limita a ribadire i requisiti di liceità ("genuinità") dell'appalto secondo l'accezione più generale ed ampia di "mezzi", come ricavabile dalla consolidata opzione ermeneutica sopra enucleata.

Altro elemento sintomatico di una interposizione illecita di manodopera, alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 29 e 84 del D. Lgs. n. 276/2003, è, senza dubbio, sia pure con una interpretazione a contrario, la titolarità in capo all'interponente dei poteri direttivi e di ingerenza, tipici del datore di lavoro, relativamente alla materiale esecuzione della prestazione lavorativa commissionata al presunto appaltatore.

Qui rileva la situazione tipica dell'attività lavorativa svolta per conto del committente che sia, esclusivamente, oggetto dell'organizzazione imprenditoriale dello stesso e intimamente connessa con le sue finalità aziendali, in nulla identificabile con una specifica caratterizzazione autonoma del presunto appaltatore, in termini gestionali, logistici e organizzativi.

Si tratta di fattispecie in cui il lavoratore "appaltato" opera sostanzialmente nella sfera direzionale del committente, il quale esercita nei suoi riguardi tutti i poteri riconosciuti al datore di lavoro in un vero rapporto lavorativo di tipo subordinato.

Peraltro, è considerata necessaria l'esclusione piena, o similmente tale, dell'appaltatore, formale datore di lavoro, dall'esercizio libero ed effettivo della propria iniziativa imprenditoriale e della sua autonomia funzionale, così da relegarlo da vero appaltatore datore di lavoro a mero intermediario di direttive parterite e dettate dal committente, in maniera del tutto svincolata da qualsivoglia rapporto commerciale o contrattuale con l'appaltatore medesimo.

Tali presupposti sembrano evidenti in alcune circostanze chiaramente estrinsecate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità :

- i presunti dipendenti dell'appaltatore seguono il medesimo orario di lavoro di quelli del committente, senza alcuna differenziazione;
- i dipendenti dell'appaltatore giustificano le proprie assenze al committente anziché all'appaltatore;
- l'appaltante provvede direttamente al pagamento delle retribuzioni;
- i presunti dipendenti dell'interposto lavorano sotto il controllo diretto dei dipendenti regolari del committente o di preposti da questi incaricati, senza alcun preventivo confronto e accordo con l'appaltatore;
- l'appaltante decide gli aumenti retributivi e la concessione di ferie e permessi;
- il committente decide volta per volta il numero di lavoratori da utilizzare;
- il committente esercita con piena autorità il potere direttivo, gerarchico e disciplinare, decidendo anche dei licenziamenti dei dipendenti del presunto

appaltatore;

- l'appaltante cura la contabilità dell'appaltatore e provvede agli adempimenti fiscali di questo;
- il committente intrattiene e gestisce le relazioni sindacali con i presunti dipendenti dell'appaltatore;
- l'organico dell'impresa committente viene ridimensionato con riguardo alla possibilità di utilizzare in modo stabile i lavoratori messi a disposizione dal presunto appaltatore.

D'altra parte dottrina e giurisprudenza ritengono che, per considerare sussistente un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato fra lavoratori forniti da chi figura, sia pure apparentemente, quale appaltatore e il soggetto che si palesa quale committente, non è sufficiente una costante, sia pure assidua, direzione tecnica dei lavori da parte di quest'ultimo o di apposito personale da lui incaricato, poiché la direzione tecnica non ha nulla a che vedere con l'esercizio del potere direttivo datoriale, vale a dire con la subordinazione del lavoratore agli ordini gerarchici e ai provvedimenti disciplinari del datore di lavoro.

L'ingerenza direttiva del committente non sussiste, inoltre, se il suo dare indicazioni rientra nei limiti di un indispensabile coordinamento funzionale fra imprese appaltatrici che nulla toglie circa la titolarità del potere di controllo sui dipendenti delle stesse, restando sulla soglia del rapporto di lavoro per garantire una necessaria armonizzazione fra le diverse attività in campo, specie quando l'opera o il servizio appaltato richiede una complessa struttura imprenditoriale.

Può in tal senso rientrare, in concorrenza con gli altri requisiti legalmente previsti e richiesti, nell'ambito di un appalto genuino quella forma di controllo da parte del committente per certificare che l'opera viene eseguita conformemente agli accordi stipulati e a regola d'arte.

Parimenti, sembrerebbe da escludersi l'interposizione illecita se le istruzioni del committente si rivolgono all'appaltatore, il quale provvede poi personalmente a girarle con apposite istruzioni ai propri dipendenti impegnati nell'appalto.

**Impiego di capitali,
macchine e attrezzature
del committente**

L'abrogato art. 1, co. 3 della legge n. 1369/1960 affermava, testualmente: "è considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere e servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante".

Si aveva, quindi, nel previgente sistema normativo, una presunzione assoluta, *juris et de jure*, di appalto illecito di manodopera (oggi non più esistente), frutto di una valutazione legislativa preventiva, basata sull'osservazione logica secondo la quale se un imprenditore possiede tutte le risorse sufficienti e necessarie per il compimento di un'opera o di un servizio e ricorre ad altro imprenditore, la ragione che lo spinge è assai presumibilmente il solo manifesto bisogno di reperire la manodopera che gli necessita allo scopo, raggiungendo in tal modo il risultato che la legge espressamente vieta.

Peraltro, la dottrina maggioritaria riteneva, correttamente, che la norma citata non rappresentasse una fattispecie autonoma e che non esaurisse la fattispecie interpositoria nel suo complesso, ma, piuttosto, che questa parte dell'art. 1 si ponesse nei confronti del primo comma in ottica estensiva, ampliativa dello spettro operativo del divieto, fornendo un criterio orientativo indiretto, capace di segnalare la possibile mancanza di organizzazione imprenditoriale in capo all'appaltatore fittizio.

Le fattispecie concrete passate al vaglio della giurisprudenza durante la vigenza della legge n. 1369/1960 sembrano utile momento di raffronto e di sviluppo teorico

dell'istituto anche alla luce del vigente art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003.

Le pronunce, di merito e di legittimità, si concentrano su una figura di appaltatore che si limita ad assumere la manodopera, a fronte di un committente che provvede a tutti i mezzi necessari e sufficienti alla realizzazione dell'opera o all'esecuzione del servizio. Unanimemente, tuttavia, dottrina e giurisprudenza hanno optato per un'applicazione meno rigorosa della disposizione in argomento: si è sostenuto, infatti, che non è sufficiente a determinare l'interposizione illecita di manodopera un conferimento finanziario e strumentale minimo, richiedendosi invece che la rilevanza di tale apporto da parte del committente risulti tale da rendere assolutamente marginale o insignificante il contributo organizzativo dell'appaltatore.

Il nuovo orientamento sembra andare incontro alle esigenze di settori come il cd. "terziario avanzato", dove in genere il servizio o l'opera dati in appalto si svolgono con l'utilizzo specifico e necessitato di beni e strutture, peraltro di alto valore economico, del committente.

In questo senso l'obiettivo rimodulazione dell'appalto di servizi, specie nel modello endo-aziendale, consente ancora oggi di ritenere che il principio del "contributo organizzativo marginale o insignificante" da parte dell'appaltatore, rappresenti un criterio importante di distinzione fra appalti leciti e interposizioni illecite, in ragione proprio di quella valutazione dell'organizzazione dei mezzi necessari in termini di esercizio del potere organizzativo e direttivo: ove la natura e le caratteristiche del servizio (ma si tenga presente che la norma si allarga anche al contratto di appalto d'opera) consentano di ritenere sufficienti alcuni apporti organizzativi in termini direttivi o meramente direzionali, la mancanza di siffatti contributi gestionali da parte dell'appaltatore ne determinano la marginalità o l'insignificanza del contributo organizzativo e, conseguentemente, la mancanza di uno degli elementi fondanti la liceità dell'appalto stesso (art. 84, co. 2 D. Lgs. n. 276/2003).

D'altro canto, sempre in tale prospettiva si affermava già nel passato che la presunzione stabilita dall'art. 1, co. 3 della legge n. 1369/1960 operava per il committente solo se egli provvedeva a fornire tutti gli strumenti produttivi, poiché la lettera della disposizione espressamente chiedeva la concorrenza dei tre elementi (capitale, macchine e attrezzature); in tal senso si era mosso lo stesso Ministero del lavoro con la Circolare 7 novembre 1961 n. 22, riconoscendo l'inapplicabilità della norma ora abrogata nei casi in cui l'impresa appaltatrice utilizzasse capitali o macchine nella propria sfera di disponibilità esclusiva, ricevendo o prendendo dal committente gli altri residui elementi.

Non rientra nell'ambito dell'interposizione illecita, dunque, il caso dell'appaltatore che nell'esercizio della propria attività, specificamente definita e autonoma, pur essendo fornito di macchinari adeguati, si avvale delle attrezzature dell'appaltante, poiché il lavoro, sebbene rientri nel suo ciclo di attività, richiede l'uso di una macchina particolare ovvero perché l'opera necessita prevalentemente dell'impegno diretto di capitali e personale.

In casi come questo da ultimo cennato, assume specifico rilievo giuridico il tipo di gestione e di organizzazione posto in essere dall'appaltatore, che deve vantare una struttura imprenditoriale autonoma, con personale specializzato e con un determinato know-how, sviluppato propriamente svolgendo, nel tempo, la propria attività aziendale.

Non vi è interposizione illecita neppure quando le materie prime vengono fornite dal committente a garanzia della qualità e delle caratteristiche del lavoro oppure perché devono essere trasformate dall'appaltatore.

Ugualmente non può ricondursi nell'alveo della somministrazione illecita di manodopera la fattispecie che vede l'appaltatore svolgere il servizio commissionatogli (elaborazione dati, creazione data base) operando su attrezzature e macchinari (hardware) del committente impiegando personale e beni immateriali (software e

know how informatico).

Proprio in ragione di quanto ora detto, la congruità, la non marginalità e la significanza dell'apporto organizzativo "dei mezzi necessari" da parte dell'appaltatore andranno valutate caso per caso, in concreto, esaminando l'oggetto e il contenuto sostanziale e intrinseco del contratto di appalto stipulato fra i soggetti interessati, a nulla valendo eventuali dichiarazioni contrattuali d'intenti, volte ad affermare la disponibilità di capitali, attrezzature e macchinari che poi concretamente non vengono utilizzati, ricorrendo a quelli messi a disposizione dal committente, in assenza di caratterizzazioni dell'opera o del servizio (appalto "smaterializzato o immateriale") che giustificano un contributo organizzativo di più basso profilo al limite ricondotto al solo esercizio del potere direttivo nei confronti dei lavoratori impegnati nell'appalto.

Natura delle prestazioni lavorative

Quanto poi al criterio sintomatico relativo alla tipologia delle prestazioni richieste, oltre a ciò che si è argomentato più sopra, si deve ulteriormente precisare, sia pure in estrema sintesi, che l'appalto sarà da ritenersi "genuino" e comunque regolare nei casi in cui:

- l'attività svolta rientra concretamente fra quelle tipiche dell'appaltatore;
- l'opera ha carattere contingente e si esaurisce in un tempo determinato;
- manca un inserimento stabile dei lavoratori impegnati nell'appalto nel contesto organizzativo del committente;
- le prestazioni svolte dai lavoratori dell'appaltatore non appartengono alle mansioni tipiche dei dipendenti dell'appaltante;
- l'attività lavorativa dei lavoratori utilizzati non rientra esclusivamente nelle finalità sociali e aziendali del committente.

Tipologia e natura del compenso

Da ultimo occorre valutare quale elemento distintivo di una fattispecie interpositoria illecita la determinazione e la tipologia del compenso spettante all'appaltatore.

Tale criterio, per la verità, è strettamente connesso al fondamentale requisito costituito dall'assunzione del rischio d'impresa, testualmente richiamato dall'art. 29, co. 1 del D. Lgs. n. 276/2003, e dei conseguenti oneri accessori.

La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che l'appalto sfocia in interposizione allorché il contributo imprenditoriale dell'appaltatore risulta marginale o comunque insignificante, come nel caso in cui si riduca ad un apporto di capitale nei limiti di quanto necessario a pagare le retribuzioni dei lavoratori utilizzati, ovvero a coprire le singole voci che compongono il costo del lavoro, in assenza dell'esercizio del potere direttivo e organizzativo nei confronti dei dipendenti impiegati nell'appalto.

Questo assunto giurisprudenziale trova effettivo riscontro nel concetto di "gestione a proprio rischio" che nella fattispecie interpositoria inevitabilmente viene meno.

Si pensi all'ipotesi in cui il compenso da corrispondere allo pseudo-appaltatore anziché essere stabilito aprioristicamente in misura fissa e predeterminata, sulla base del raggiungimento del risultato (opera o servizio), viene proporzionato ai costi sostenuti dal presunto (fittizio) appaltatore.

Si consideri anche, sempre in tale prospettiva, il caso del committente che provvede personalmente a retribuire i presunti dipendenti dell'appaltatore ovvero quello in cui il committente tiene conto, nel calcolare il corrispettivo dovuto, della retribuzione oraria degli stessi lavoratori nonché delle spese per gli obblighi assicurativi e previdenziali e

La certificazione del contratto di appalto

per le spese di gestione della "pseudo-impresa" appaltatrice.

Rientra ancora nel campo illecito della interposizione di manodopera, salvo specifiche caratteristiche dell'opera o del servizio appaltati, la situazione nella quale il presunto committente determina il compenso in base al numero di ore effettivamente lavorate oppure al numero di giornate lavorative.

Vale la pena ricordare che il fatto interpositorio rileva anche a prescindere dalla concreta pattuizione di un compenso tra committente e pseudo-appaltatore: la somministrazione illecita di manodopera è punita anche nelle ipotesi di "interposizione gratuita", essendo gli artt. 18 e 28 del D. Lgs. n. 276/2003 destinati a sanzionare e prevenire l'appalto di mere prestazioni di lavoro.

L'art. 84 del decreto legislativo n. 276/2003 prevede la certificabilità del contratto di appalto, sia in sede di stipulazione, sia nelle fasi di attuazione del programma negoziale.

L'efficacia dell'azione del certifier adito, pertanto, risulterà tanto più efficace, quanto più si orienterà ad una disamina attenta della sussistenza degli elementi e dei requisiti previsti dall'articolo 29, comma 1, non soltanto su base meramente documentale, ma anche mediante dichiarazioni pubblicamente rese ed acquisite dai due contraenti in sede di audizione personale nel corso dell'iter dell'istanza di certificazione.

I dubbi che si palesano circa l'efficacia, anche in sede ispettiva, della certificazione del contratto di appalto attengono, ben è vero, alla individuazione proprio degli aspetti di liceità del negozio giuridico, a fronte della ricaduta sanzionatoria penalistica della eventuale acclarata insussistenza degli stessi.

Appare, quindi, necessario operare un sano distinguo di carattere diretto e pragmatico: ha senso ricorrere alla certificazione del contratto di appalto, in termini di effettiva attribuzione di certezza alla volontà manifestata dalle parti, anche con riguardo all'orientamento che assumeranno, in sede di indagine, gli ufficiali di polizia giudiziaria (segnatamente gli ispettori del lavoro) e il pubblico ministero, anzitutto, se l'organismo chiamato a certificare il contratto è rivestito di una chiara aura di serietà, professionalità e severitas.

In secondo luogo, il contratto di appalto che merita attenzione da parte del certifier non è certamente quello "di opere", né quello "di servizi extra-aziendali", ma soltanto (e, si sarebbe tentati di dire, esclusivamente) quelli "di servizi endo-aziendali".

Peraltro, neppure tutti i contratti di appalto che prevedono l'espletamento di un servizio all'interno degli stabilimenti o degli uffici del committente richiedono una azione certificatrice, ma solo quelli nei quali, "in relazione alle esigenze" del servizio dedotto in contratto, "la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore" si identifica nell'esercizio "del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto".

Ai sensi dell'articolo 29, comma 1, infatti, l'organizzazione dei mezzi può risultare anche dal mero esercizio del potere organizzativo e del potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto per la effettuazione del servizio. La rilevanza dei poteri datoriali di direzione e di organizzazione, tuttavia, è strettamente correlata alla natura e alla tipologia dell'appalto, giacché il Legislatore condiziona tale profilo alla valutazione delle concrete "esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto".

Pare quindi di poter affermare che l'appalto di servizi "endo-aziendali" sarà "genuino", purché vi sia assunzione del rischio d'impresa, anche quando l'imprenditore appaltatore non disponga di specifici mezzi ovvero si avvalga dei mezzi dell'appaltante, purché il servizio oggetto dell'appalto è tale da caratterizzarsi per una prevalente o esclusiva necessità di lavoro intellettuale o comunque personale dei

lavoratori impiegati nell'appalto. Ma proprio tali profili richiederanno l'autorevole intervento dei certificatori.

Si pensi, quindi, a quei contratti di appalto di servizi che hanno per oggetto dei servizi a basso tasso di "materialità", che cioè non abbisognano di mezzi, attrezzature e capitali, e che si contraddistinguono per il loro evolversi nel mero coordinamento organizzativo dello specifico know-how del personale impiegato nell'appalto ovvero anche delle tecnologie avanzate d'impresa, mediante il coordinamento funzionale dei dipendenti addetti all'esecuzione del servizio.

Sveltano, in questo ambito, i servizi informatici e tecnologici complessivamente intesi, ma anche, più semplicemente, i servizi di pulizia, nelle loro poliedriche e molteplici manifestazioni, laddove il riferimento esplicito del legislatore all'organizzazione dei mezzi "necessari" e quindi il richiamo al concetto dato dal binomio "necessità-sufficienza" sembrano chiaro indizio di recepimento, finanche letterale, delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza più avveduta e maggiormente aperta alle esternalizzazioni dell'era post-industriale.

Un appalto è genuino, dunque, anche quando l'appaltatore si limiti sostanzialmente a coordinare i propri dipendenti impegnati nell'operazione contrattuale, i quali sono chiamati ad operare esclusivamente in base al know-how dagli stessi specificamente acquisito e posseduto, senza altri mezzi materiali: unico criterio discriminante in tal caso sarà la sufficienza dei "mezzi" immateriali utilizzati (lavoro e know-how), per l'esecuzione del servizio dedotto nel contratto di appalto.

In buona sostanza sarà certificabile, perché proveniente da un "vero" appaltatore, anche il contratto di appalto di chi organizza soltanto il lavoro dei lavoratori impegnati nel servizio, fino al limite in cui l'appalto considerato, tuttavia, non abbisogna di altri specifici fattori di produzione.

D'altro canto, al fine di distinguere la genuinità dell'appalto dalla interposizione illecita, si tratterà, fondamentalmente di utilizzare, in sede di certificazione, quella serie di indici e criteri rivelatori, già sopra illustrati, che possono sintetizzarsi come segue:

- sussistenza in capo all'appaltatore della qualifica di imprenditore, o meglio di un'organizzazione (tecnica ed economica) di tipo imprenditoriale;
- rilevanza dell'effettivo esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore;
- impiego esclusivo di capitali, macchine e attrezzature fornite dal committente;
- natura delle prestazioni effettivamente svolte dai lavoratori impegnati nell'appalto e afferenza a mansioni tipiche dei dipendenti dell'appaltante;
- corrispettivo pattuito in base alle ore effettive di lavoro e non riguardo al servizio eseguito.

Soltanto la ricostruzione del quadro d'insieme, anche alla luce del decreto ministeriale contenente "codici di buone pratiche e indici presuntivi", consentirà l'effettività di una certificazione del contratto.

Un ultimo inciso, in argomento, merita il riferimento dell'articolo 84, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, alla "rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore". Non si tratta, ovviamente, di una articolazione differenziale e contrapposta dei criteri utilizzati dal Legislatore nel richiamato articolo 29: la norma si limita a ribadire i requisiti di liceità ("genuinità") dell'appalto secondo l'accezione più generale ed ampia di "mezzi", come ricavabile dalla opzione ermeneutica sopra enucleata.

Infine, nel tentativo di delineare ipotesi tipiche di ispezione sul contratto di appalto certificato, occorre soffermarsi sulla peculiarità di questa tipologia di certificazione che rileva sotto due distinti profili: accanto agli organismi di vigilanza anche i lavoratori assumono le vesti di "terzi" rispetto alle parti del contratto che sono i due imprenditori (committente e appaltatore); nel certificare il contratto di appalto (di opere o di servizi)

il certifier procede non ad una mera valutazione tipologica o comunque normativa, ma piuttosto sviluppa una disamina dei presupposti di fatto che legittimano e rendono conforme ai requisiti dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 il contratto certificando.

La delicatezza della fattispecie, d'altro canto, rileva sotto entrambi gli aspetti in ragione della specifica tutela riconosciuta ai lavoratori, anche con riguardo alla introduzione dell'ipotesi di reato dell'interposizione illecita da pseudo-appalto.

A ben guardare, l'ispettore del lavoro che procede ad accertare la non corrispondenza degli elementi di fatto dell'appalto portato ad esecuzione in una determinata realtà aziendale ai contenuti rappresentati nel provvedimento di certificazione acquisisce, in concreto, i dati utili a rilevare una ipotesi di reato di natura contravvenzionale, per la quale dovrebbe obbligatoriamente procedere, a norma dell'art. 15 del D.Lgs. n. 124/2004, intimando al trasgressore una prescrizione obbligatoria.

Soltanto che, a rigore, al fine di eliminare la valenza contraria della fattispecie negoziale certificata, in termini di efficacia, proprio con riferimento agli elementi che possono consentire una ricostruzione nelle caratteristiche tipiche di illiceità, sarà indispensabile procedere all'impugnativa della certificazione, sulla scorta di quanto compiutamente verbalizzato, prima di poter rilevare e contestare la violazione penalmente sanzionata.

Invero, sotto un profilo prudenziale, l'ispettore che ha proceduto ad acquisire gli elementi che consentono di ricostruire l'ipotesi di reato e di impugnare il contratto certificato, in ragione della ritenuta non genuinità dell'appalto oggetto d'indagine, ben potrebbe (e forse dovrebbe, ai sensi dell'art. 347 c.p.p.) decidere di informare comunque l'Autorità giudiziaria, affinché valutando le prove acquisite, in ossequio alla non sottoposizione a vincoli dell'evidenza penalmente rilevante dei fatti accertati, ove ne ravvisi l'eventualità, inviti il funzionario ispettivo a provvedere con la prescrizione.

D'altro canto si tenga presente che laddove la certificazione sia avvenuta durante la fase di esecuzione del contratto di appalto, il provvedimento di certificazione renderà totalmente non aggredibile il periodo antecedente alla sua emanazione, essendo stato lo stesso puntualmente esaminato sotto i profili sostanziali e non meramente formali.