

Appalto e distacco: nuovo sistema sanzionatorio

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow

Nel fenomeno delle esternalizzazioni rientrano a pieno titolo anche l'appalto di opere e di servizi, in special modo quello c.d. labour intensive, e il distacco di manodopera, che sono disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 29 e 30 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, con un'estensione sanzionatoria specifica all'art. 18, comma 5-*bis*, dello stesso D.Lgs. n. 276/2003. Di seguito si illustrano tutte le fattispecie sanzionatorie che governano le forme patologiche degli istituti negoziali menzionati, trattando distintamente dapprima l'appalto e a seguire il distacco, con peculiare riferimento alla depenalizzazione operata dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8.

Appalto

Alla luce dei chiarimenti e delle linee guida offerti dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con l'importante circolare n. 5 dell'11 febbraio 2011 (1), appare utile ripercorrere il quadro normativo e giurisprudenziale, nonché dei più rilevanti chiarimenti amministrativi, in materia di appalto, evidenziandone i requisiti di legalità e di genuinità, valorizzando altresì il ruolo della certificazione del contratto di appalto o di subappalto (2) e dell'apparato sanzionatorio complessivamente inteso.

(1) Per un primo commento alla circolare citata si vedano: M. Tiraboschi, P. Rausei, *Esternalizzazioni senza facili ribassi*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 febbraio 2011; M. Tiraboschi, S. Salvato, *Appalti: le linee guida del Ministero del lavoro*, in *Guida al lavoro*, 2011, 8; S. Salvato, *Il quadro normativo in materia di appalti. Commento alla circolare ministeriale 11 febbraio 2011, n. 5*, in *Dri*, 2011, 2.

(2) La risposta ad interpello n. 77 del 22 ottobre 2009 - con speciale riguardo all'ipotesi di un subappalto per l'esecuzione di una fase specifica di attività appartenente al ciclo produttivo dell'appaltatore che mette a disposizione (in comodato, noleggio o uso) dei lavoratori dipendenti dell'impresa subappaltatrice, le dotazioni, anche individuali, esistenti in cantieri e stabilimenti già strutturati - dopo aver precisato che la questione non può prescindere da un esame attento del caso concreto, ha ricordato che la disponibilità del complesso delle attrezzature necessarie per lo svolgimento dell'attività affidata in appalto non costituisce una presunzione di illiceità dell'appalto, per poi evidenziare che non può ritenersi *tout court* superata ogni indagine sull'assetto dei "mezzi" diversi dalla forza lavoro utilizzati per l'esecuzione dell'appalto/subappalto. Il Ministero precisa che l'indagine sui mezzi non deve concentrarsi solo sul dato formale della proprietà ma considerando l'assetto organizzativo complessivo dell'appalto/subappalto per verificare la sussistenza di una struttura imprenditoriale adeguata rispetto all'oggetto del contratto, denominata "soglia minima di imprenditorialità". L'interpello n. 77/2009 segnala che nelle ipotesi di utilizzo di mezzi di proprietà dell'appaltante è necessario verificare la sussistenza di «una adeguata regolazione economica dell'utilizzo da parte dell'appaltatore di tali mezzi, oltre che la congrua imputazione del costo della somministrazione di energia elettrica, gas, forza motrice eventualmente erogate da un

impianto unico centralizzato e con costo, a carico delle imprese appaltatrici, determinato in via forfetaria». Perché si possa parlare di un appalto genuino occorre, inoltre, che l'organizzazione dei macchinari e delle attrezzature, unitamente agli altri elementi indispensabili per l'esecuzione dell'opera o del servizio, venga effettuata dall'impresa appaltatrice/subappaltatrice in autonomia e con gestione a proprio rischio. L'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, secondo la lettura dell'interpello n. 77/2009, fa riferimento all'organizzazione dei mezzi necessari e non al titolo giuridico che permette l'utilizzo di tali mezzi, chiarendo che l'elemento "organizzazione" può concretarsi, in presenza di «esigenze dell'opera e del servizio dedotti in contratto», nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori occupati nell'appalto, specie quando l'apporto del lavoro è comparativamente più rilevante tenuto conto del peso specifico della specializzazione e del *know-how* organizzativo e professionale dell'appaltatore o del subappaltatore. In un sistema complesso di subappalto e appalto, in particolare, rileveranno, anche in sede ispettiva, le modalità di coordinamento messe in atto tra le imprese coinvolte al fine di escludere qualsiasi commistione e sovrapposizione fra le distinte realtà organizzative, e quindi la rigorosa attenzione alla disciplina in tema di interferenze, il rispetto integrale degli standard di sicurezza previsti per attrezzature e dotazioni, la previsione di adeguati strumenti per rendere immediatamente evidente, anche sotto un profilo logistico, la separazione fra le imprese e le rispettive fasi della produzione. Il Ministero del lavoro con l'interpello n. 77/2009 coglie l'occasione per segnalare come l'interposizione illecita di manodopera sussiste quando l'appaltatore o il subappaltatore mette a disposizione del committente una mera prestazione lavorativa, riservandosi compiti di gestione amministrativa del rapporto di lavoro, ma

Inserto

L'appalto (3) è un contratto "di risultato" (4), mediante il quale una parte, che assume la denominazione di "appaltatore", assume, con organizzazione di mezzi propri necessari e con gestione a proprio rischio, l'obbligo 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 (artt. 1655-1677), deve integrarsi anche con il dettato normativo dell'art. 29 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 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 l'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore. A questo proposito la circolare n. 5/2011 del Ministero afferma con vigore proprio che «l'inadeguatezza e l'inalturalità del precedente quadro normativo, a fronte del mutato contesto produttivo imprenditoriale e della evoluzione dei modelli di organizzazione del lavoro», sono state superate grazie all'intervento riformatore operato dal D.Lgs. n. 276/2003, «che ha permesso di valutare come opportunità e non più come una strategia ri-

schiosa, sul piano organizzativo, la traslazione all'esterno, in capo all'appaltatore, sia pure solo in parte, del risultato produttivo e delle responsabilità connesse all'utilizzo della forza-lavoro» (5).

Il Codice civile disciplina il contratto di appalto attraverso le disposizioni contenute nel Libro IV, Titolo III, Capitolo VII (artt. 1655-1677) (6), 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.

senza un effettivo esercizio dei poteri direttivi nei confronti dei lavoratori e senza una concreta organizzazione della prestazione lavorativa che risulti finalizzata a un risultato produttivo autonomo. In questo quadro, secondo i chiarimenti ministeriali, il solo utilizzo di strumenti di proprietà del committente o dell'appaltatore da parte dei dipendenti del subappaltatore non costituisce elemento per sé solo decisivo per qualificare la fattispecie come appalto non genuino, dovendosi valutare e verificare tutte le circostanze concrete dell'appalto e in specie la natura e le caratteristiche dell'opera o del servizio dedotti nel contratto di modo che, in concreto, possa ritenersi compatibile con un appalto genuino anche un'ipotesi in cui i mezzi materiali siano forniti dal soggetto che riceve il servizio, a condizione che la responsabilità del loro utilizzo rimanga totalmente in capo all'appaltatore e con tale fornitura di mezzi non si inverte il rischio di impresa, che deve gravare sull'appaltatore o subappaltatore.

(3) Per un approfondimento sull'appalto si vedano i contributi raccolti in M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006; nonché: M. Lambertini, *L'appalto nel diritto del lavoro*, in R. Pessi (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Utet giuridica, Milano, 2011, 419 s.; A. Pessi, *L'appalto di opere e servizi*, in M. Persiani (diretto da), *I nuovi contratti di lavoro*, Utet giuridica, Milano, 2010, 699 s.; M. T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2010; M.T. Carinci e C. Cester (a cura di), *Somministrazione, Comando, Appalto, Trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276/2003*, Ipsoa, Milano 2004; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive* in P. Curzio, *Lavoro e diritti. A tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari 2006; L. Corazza, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2009, 1297 s.; R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano 2004; P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Pedrazzoli (diretto da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna,

2004; P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004; M. Biagi, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in *GLav*, 1997, n. 3, 10, ed ora in L. Montuschi, M. Tiraboschi, T. Treu (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 271. Sia consentito, infine, rinviare a P. Rausei, *Somministrazione di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2009.

(4) Sulla questione relativa all'appalto quale fonte di obbligazioni di risultato vedi, in giurisprudenza, Cass. civ., 29 gennaio 1983, n. 821 in *Mass. Foro it.*, 1983. Per approfondire la problematica, in dottrina la distinzione obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato è stata ampiamente studiata da L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pag. 185 e segg.

(5) Con la risposta ad interpello n. 16 del 20 febbraio 2009 il Ministero del lavoro - con riguardo alle attività di *catering*, *banqueting* e ristorazione rese in forma di consorzio di imprese in cui il consorzio fornisce direttamente alle consorziate servizi di consulenza specializzata per la gestione e la organizzazione, nonché il servizio di gestione dei ricevimenti o di parte di essi con l'impiego dei dipendenti del consorzio - ha chiarito che il consorzio, quale imprenditore autonomo può fornire servizi di consulenza specializzata o di altro tipo alle imprese consorziate per la gestione e l'organizzazione delle stesse, segnalando però che «ciò deve avvenire necessariamente nell'ambito di un contratto di appalto genuino che presenti tutti i requisiti essenziali previsti dalla legge ed enucleati dalla giurisprudenza (organizzazione imprenditoriale, rischio d'impresa, esercizio del potere direttivo, impiego di capitali, macchine e attrezzature, ecc.)». Viene, in particolare, sottolineato che «deve essere riscontrabile un'autonoma organizzazione funzionale e gestionale del servizio finalizzata allo specifico risultato produttivo, che non si traduca nella mera gestione amministrativa del lavoro».

(6) Nella disamina della natura del contratto di appalto la tipologia contrattuale va ricondotta allo schema negoziale e causale della *locatio operis*, vale a dire al medesimo ambito teorico cui deve essere ricondotto ogni discorso che riscontri la propria matrice sul contratto d'opera (art. 2222 c.c.) o sul contratto d'opera professionale (art. 2229 c.c.) che integrano, come noto, l'ipotesi tipica e di base del cosiddetto "lavoro autonomo" o non subordinato; v. F. Galgano, *"Diritto civile e commerciale"*, Cedam, Padova 1993, vol. II, tomo II, pag. 57.

Nell'attuale contesto imprenditoriale, caratterizzato dal riassetarsi 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 (7):

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 (8).

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 un'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 le immagini dei pericoli di confusione per il corretto inquadramento della fattispecie posta in essere. A maggior ragione laddove si ponga mente al perverso fenomeno delle cooperative c.d. "spurie".

Al fine di distinguere correttamente l'appalto vero e proprio, "genuino" secondo la lettera dell'art. 84, comma 2 del D.Lgs. n. 276/2003, bisogna indagare sul complessivo comportamento dell'appaltatore (9), che non deve essersi limitato ad inviare i propri dipendenti presso l'azienda committente affinché svol-

(7) Sulla distinzione fra opere e servizi, vedi Cass. civ., n. 11522/1996.

(8) Sulla specifica del nuovo e diverso uso del contratto di appalto nella cosiddetta "era dei servizi", cfr. Santini, *I servizi*, Bologna 1987, *passim*.

(9) Invero la circolare n. 5/2011 si è occupata anche dei requisiti formali di verifica della genuinità dell'appalto evidenziando alcuni elementi di carattere documentale: l'iscrizione nel *registro delle imprese*: dal quale si possono trarre elementi utili a caratterizzare l'appaltatore quale imprenditore, anche con riguardo alla data di iscrizione dell'impresa, all'oggetto sociale e al capitale dell'impresa; l'analisi del *libro giornale* e del *libro degli inventari*: si tratta di documenti obbligatori dai quali

ricavare informazioni essenziali per quello che concerne l'andamento economico e commerciale dell'impresa, le attività e le passività dell'azienda, i movimenti contabili, elementi utili a riconoscere le caratteristiche della struttura imprenditoriale dell'appaltatore; il *libro unico del lavoro*: in quanto dal libro obbligatorio sui rapporti di lavoro si possono verificare le registrazioni relative alla tipologia e alla data di assunzione, ma anche alle qualifiche e alle mansioni dei lavoratori utilizzati nell'appalto; il *documento unico di regolarità contributiva*: in quanto dal possesso del Durc dà attestazione della regolarità contributiva e assicurativa rispetto alla correttezza e alla correttezza degli adempimenti previdenziali da parte dell'appaltatore.

Inserto

gessero 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 c.c., quale fondamento di legittimità dell'operazione contrattuale (10).

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 il D.Lgs. n. 276/2003 appresta ai lavoratori appare di ampia portata, avendo voluto il Legislatore deliberatamente non circoscrivere la rilevanza illecita 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 lavoro da parte di un soggetto non autorizzato.

Senza dubbio, peraltro, il dettato normativo depone per uno sguardo privilegiato nei confronti del contratto d'appalto, d'opera o di servizi, quale tipologia con-

trattuale maggiormente foriera di una deriva patologica illecita.

Se così è, allora, appare evidente 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, e in questo senso si muove la circolare ministeriale n. 5/2011.

Nel contratto regolare di appalto, ai sensi dell'art. 1655 c.c., che l'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 ha inteso esplicitamente richiamare, nell'ottica di un importante 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 (c.d. "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 (11)

(10) 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 (Cass. civ. n. 3754/1979), 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 (cfr. D. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, Utet, Torino 1993, pag. 761) 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.

(11) In questa prospettiva appare interessante leggere la massima di una recente pronuncia della Suprema Corte volta a delineare i requisiti oggettivi di principale rilevanza per un appalto genuino: «Con riguardo al divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro sancito dall'art. 1, legge 23 ottobre 1960, n. 1369 occorre di volta in volta - al di là dell'ipotesi di presunzione di interposizione fittizia prevista dal terzo comma dell'art. 1 cit. (per il caso di fornitura all'appaltatore da parte del committente di capitale, macchine ed attrezzature) - procedere ad una dettagliata analisi di tutti gli elementi che caratterizzano il rapporto instaurato tra le parti allo scopo di accertare se l'impresa appaltatrice, assumendo su di sé il rischio economico dell'impresa, operi concretamente in condizioni di reale autonomia organizzativa e gestionale rispetto all'impresa committente; se sia provvista di una propria organizzazione d'impresa; se in concreto assuma su di sé l'alea economica insita nell'attività produttiva oggetto dell'appalto; infine se i lavoratori impiegati per il raggiungimento di tali risultati siano effettivamente diretti dall'appaltatore ed agiscano alle sue dipendenze e nel di lui interesse. Quando tutti questi

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.

Mancanza di organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore

Il fondamento logico-razionale del nuovo art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 sembrerebbe essere quello di prevenire, ancora una volta, come già per la vecchia legge n. 1369/1960, il sorgere di *imprese fantasma* (c.d. "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 c.c., 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" (12).

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, il riferimento testuale dell'art. 29, comma 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".

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).

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 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 (14).

elementi siano riscontrati come presenti ed i risultati dell'accertamento processuale convergano nel senso che l'impresa appaltatrice sia sprovvista di effettiva autonomia imprenditoriale ed abbia struttura e capitali del tutto inadeguati all'importanza dell'opera, i poteri decisionali siano riservati al committente e sia sottratta all'appaltatore ogni autonomia, sicché questo sia un semplice strumento per celare la realtà dei rapporti, il fatto che egli abbia anche potuto impiegare, nell'esecuzione dei lavori, capitale, attrezzature e mezzi propri, diventa circostanza del tutto marginale ed irrilevante ai fini del riconoscimento della sussistenza della situazione interpositoria ipotizzata dal primo comma dell'art. 1 della legge n. 1369 del 1960». Così Cass., sez. lav., 27 gennaio 2005, n. 1676 - Pres. Ciciretti - Rel. Filadoro - P.M. (Conf.) Frazzini - *Omissis* contro

Omissis.

(12) Cfr. Menegatti, *Divieto di interposizione, esternalizzazione e trasferimento d'azienda*, in *Lav. giur.* 2000, pag. 949; G. Carullo, *Commento art. 1, legge n. 1369/1960*, par. V cit., pag. 861 e segg. In giurisprudenza vedi: Pret. Milano 28 dicembre 1998, in *Or. giur. lav.*, 1999, pag. 145; Pret. Milano 15 luglio 1997, in *Lav. giur.* 1998, pag. 152; Cass., sez. lav. n. 2580/1979.

(13) Vedi sul punto Cass., sez. lav. 2 aprile 1997, n. 3063 in *Dir. prat. lav.*, 1997, 17, 1262; Cass., sez. lav. 12 marzo 1996, n. 2014 in *Dir. prat. lav.*, 1996, 34, 2460.

(14) Pret. Reggio Emilia 25 marzo 1992 in *Dir. prat. lav.*, 1992, pag. 2691. Cfr. sul punto anche la circolare Min. lav. e P.S. n. 22 del 7 novembre 1961 dove si sottolinea come occor-

Inserto

Ulteriori indici di assenza dell'autonomia organizzativa possono essere (15):

- 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 dall'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 c.c.; 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 (16).

Ai sensi dell'art. 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 realizzazione dell'opera o per l'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».

In questo senso argomenta la circolare n. 5/2011 la quale fa esplicito riferimento agli appalti che «non richiedono un rilevante impiego di beni strumentali, in cui la consistenza organizzativa dell'appaltatore sia esigua, riducendosi alla organizzazione del lavoro (es. servizi di facchinaggio o pulizia)», rispetto ai quali, dunque, «la genuinità dell'appalto può anche risultare da un accertamento su chi, concretamente, esercita il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati», per cui rileverà la specificità dell'oggetto, dovendosi evidenziare nell'appalto un «*facere*» individuato dal fatto che «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» (17). Si pensi, allora, a quei contratti di appalto di servizi, c.d. *labour intensive*, 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 (18) 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 da-

ra accertare che in caso, ad es., di lavori complementari nell'edilizia, essi vengano svolti da un'impresa che riveste, in effetti, tale fisionomia sia sotto il profilo tecnico come dal punto di vista economico ed organizzativo, con esclusione quindi di mere prestazioni di manodopera fornite da organismi che dell'impresa hanno veste formale, ma non i caratteri essenziali.

(15) Vedi, in generale, sui singoli aspetti considerati nel testo: Cass., sez. lav. 4 luglio 1996 n. 6092 in *Dir. prat. lav.* 1996, pag. 3477; Cass., sez. lav., 27 maggio 1996 n. 4862 in *Dir. prat. lav.* 1996, pag. 3336; Pret. Firenze 17 luglio 1998; Trib. Venezia 20 novembre 1995.

(16) Così la giurisprudenza Trib. Milano 16 novembre 1983 in *Lavoro 80*, 1986, pag. 167; Cass., sez. lav. 5 maggio 1979 n. 2580 in *Or. giur. lav.*, 1979, pag. 1324. In dottrina vedi: R. Romèi, *Azienda, impresa, trasferimento* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, pag. 49; L. Galantino *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino 2000, pagg. 134-135.

(17) Si ha, invece, interposizione illecita e cioè mera fornitura di manodopera secondo la circolare n. 5/2011, se si individua un "dare", rispetto al 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».

(18) Peraltro si tenga presente che, secondo parte della dottrina, in tema di contratti di utilizzazione dei *computers*, per quanto concerne la produzione di *software* personalizzato «la figura dell'appalto dovrà essere il più delle volte esclusa, anche quando a produrre il programma sia una impresa» (così F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., vol. II, tomo II, pag. 196-197), analogamente si sostiene in merito alla realizzazione di siti *intranet* o *internet*, cfr. Moscati, *L'appalto di sistemi e di servizi informatici* in *I contratti di informatica*, a cura di G. Alpa e Zeno-Zencovich, Giuffrè, Milano 1987, pag. 227 e segg.

to 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* (19).

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 (20).

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; in questo senso la circolare n. 5/2011 sottolinea che l’organizzazione dei mezzi, vero e proprio “*requisito imprescindibile*” di un appalto genuino, va intesa “*in senso ampio*”, fino a potersi sostanziare anche soltanto nell’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati nell’appalto in base alle esigenze tipiche dell’oggetto dell’appalto.

Un ultimo inciso, sul punto, merita la diversa dizione dell’art. 84, comma 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 dell’assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell’appaltatore.

Non si tratta, beninteso, di un’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 rica-

vabile dalla consolidata opzione ermeneutica sopra enucleata.

Esercizio del potere direttivo del committente

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 un’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 (21).

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 (22).

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 (23).

Tali presupposti sembrano evidenti in alcune circostanze chiaramente estrinsecate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (24):

(19) Cfr. *ex multis*, fra le pronunce di legittimità: Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337 in Riv. it. dir. lav., 2003, II, pag. 254; Cass. 12 dicembre 2001, n. 15665; Cass. 19 ottobre 1990, n. 10183 in Foro it., 1992, I, pag. 523. Anche nella giurisprudenza di merito si vedano, a titolo di esempio, Trib. Monza 12 giugno 2002, in *Giur. milanese*, 2002, pag. 375; Trib. Firenze 9 marzo 2001, in Foro tosc., 2002, pag. 249.

(20) Vedi in tal senso R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro* cit., pag. 166.

(21) Cfr., con varietà di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, G. Carullo *Commento art. 1, legge n. 1369/1960*, par. V cit., pag. 862.

(22) In merito agli appalti di servizi infermieristici la nota del Ministero del lavoro 29 novembre 2007, n. 15749 ha chiarito che l’aspetto essenziale va individuato nell’assunzione su di sé del rischio d’impresa da parte dell’appaltatore che deve esporsi all’eventuale risultato negativo dell’attività se il servizio non è portato a compimento. Il Ministero precisa che la gestione “a proprio rischio” da parte dell’appaltatore «va oltre il mero significato economico relativo alle prospettive di convenienza dell’affare, acquisendo l’espressione 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». Inoltre il compenso pattuito con il committente non deve risultare commisurato meccanicamente al tempo impiegato dai lavoratori per eseguire il lavoro e l’attività svolta non deve rientrare nelle mansioni tipiche dei dipendenti del committente, ma avere, tendenzialmente, un carattere contingente e non esaurirsi in un tempo determinato. Sempre secondo la nota ministeriale deve sussistere nell’appaltatore una autonoma organizzazione funzionale e gestionale, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo, che non può identificarsi con la mera predisposizione dei turni di lavoro o con la gestione amministrativa delle retribuzioni.

(23) Vedi, *ex multis*, Cass., sez. lav. n. 5598 del 1982; Pret. Sestri Ponente 13 gennaio 1989 in *Lavoro* 80 1989, pag. 788.

(24) Gli elementi sintetizzati nel testo trovano riscontro in numerose pronunce giurisprudenziali fra le quali: Cass., sez. lav., n. 10314/1999; Cass., sez. lav. 23 aprile 1999 n. 4046 in *Giust. civ. mass.*, 1999, pag. 92; Pret. Milano 29 dicembre 1998 in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pag. 499; Trib. Roma 27 marzo 1997 in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, pag. 798; Trib. Roma 12 dicembre 1996 in *Lav. giur.*, 1996, pag. 210; Pret. Milano 10 novembre 1982 in *Riv. giur. lav.*, 1983, IV, pag. 147; Pret. Torino 5 luglio 1973 in *Foro it.*, 1974, I, col. 2236. Più di recente Trib. Ro-

Inserto

- 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 (25) 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 (26).

In questa prospettiva rileva la posizione del Tribunale di Milano, sezione lavoro, che con sentenza 31 ottobre 2006, n. 4110 ha sancito che quando l'appalto rientra fra quelli per i quali hanno scarso (o nullo) rilievo i mezzi e gli strumenti necessari per l'esecuzione del lavoro e rileva, invece, in modo assolutamente preponderante o essenziale, la prestazione di manodopera, assume significato dirimente l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto (27). Dalla sentenza da ultimo citata, infatti, si ricava propriamente che, ai sen-

ma 29 marzo 2010 ha sancito come debba ritenersi genuino l'appalto nel quale manca una concreta, diretta e costante ingerenza del committente o del suo personale nello svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei lavoratori impiegati dall'appaltatore.

(25) Così Cass., sez. lav. n. 6058 del 1987; Cass., sez. lav. n. 3092 del 1987; Cass., sez. lav. n. 593 del 1987. In dottrina vedi L. Galantino *Diritto del lavoro* cit.

(26) Sul punto Cass., sez. lav. 13 luglio 1998, n. 6860, in *Unico lavoro, Il Sole 24 Ore*, Milano 2001; Pret. Torino 17 gennaio 1994, in *Dir. prat. lav.*, 1994, pag. 2057; Pret. Roma 15 febbraio 1990, in *Dir. lav.*, 1991, II, pag. 234. In dottrina R. Del Punta *Appalto di manodopera e subordinazione* cit., pag. 641-643.

(27) Il caso *de quo* era stato sollevato dal socio di una cooperativa (licenziato dalla stessa per inadempimenti contrattuali) che ha proposto ricorso nei confronti di una società di energia elettrica che aveva affidato alla cooperativa dalla quale dipendeva lo svolgimento dell'attività di lettura periodica dei contatori indicanti i vari consumi. Nel convenire in giudizio la società committente, il lavoratore sosteneva che non si trattava di un vero e proprio appalto perché erano assenti gli elementi della diretta organizzazione dei mezzi economici e l'esercizio personale e diretto del potere direttivo e organizzativo da parte della cooperativa presunta appaltatrice, mentre doveva ritenersi configurata l'ipotesi di una mera somministrazione di lavoro, nelle forme di un pseudo-appalto, quindi illecita perché posta in essere in violazione delle norme che disciplinano tale istituto, e in particolare perché effettuata da un soggetto non auto-

rizzato e non iscritto all'apposita sezione dell'Albo nazionale delle Agenzie per il lavoro. Il ricorrente, a tal proposito, evidenziava, fra l'altro, fra gli elementi di fatto a fondamento delle proprie pretese, la circostanza che i palmari utilizzati dallo stesso lavoratore per procedere alla lettura dei contatori erano di proprietà della committente società di energia elettrica, che si limitava a metterli a disposizione della cooperativa. Il Tribunale di Milano, nella sentenza menzionata, nel respingere la tesi del ricorrente, ha puntualmente chiarito che l'effettiva organizzazione imprenditoriale dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore quando, come nel caso di specie, hanno esiguo rilievo gli strumenti necessari per l'esecuzione dell'attività lavorativa posta ad oggetto del contratto per la realizzazione dell'opera o l'espletamento del servizio, mentre riveste sicura rilevanza la prestazione di lavoro in sé considerata, può anche dedursi «dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto». Su tale potere, pertanto, incide massimamente, negli appalti c.d. *labour intensive*, la valutazione della genuinità o meno dell'appalto, sulla circostanza obiettiva, nella fattispecie all'esame dei giudici milanesi, che l'organizzazione del lavoro era gestita effettivamente in maniera autonoma dalla cooperativa appaltatrice. Così rileva la ricostruzione dei fatti operata e dimostrata dall'appaltatore secondo cui la società di energia elettrica nell'appaltare il servizio di lettura dei contatori si limitava ad indicare alla cooperativa, e non già ai singoli lavoratori della stessa, mese per mese, il numero delle letture da effettuare nel mese successivo, lasciando alla stessa la libera facoltà di organizzare i tempi e le modalità di svolgimento del servizio nell'arco del mese considerato,

si dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, elemento di distinzione tra appalto e mera somministrazione di lavoro è «l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore», dovendosi avere riguardo alla natura imprenditoriale della prestazione dedotta in contratto, con la chiara consapevolezza che la sussistenza di tale elemento essenziale può dedursi anche «dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto», oltre che dalla «assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa».

Impiego di capitali, macchine e attrezzature del committente

Si aveva, nell'art. 1, comma 3 della legge n. 1369/1960 previgente, 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 (28).

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 (29).

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 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. Unanimente, 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* (30).

Il nuovo orientamento sembra andare incontro alle esigenze di settori come il c.d. "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

senza nulla imporre in termini di carichi di lavoro giornalieri o settimanali. Allo stesso modo, rileva la scelta della cooperativa di escludere il ricorrente dal novero dei soci, assunta in modo totalmente autonomo dagli organi sociali della stessa e in nessun modo interferita dalla committente: il lavoratore veniva escluso dalla cooperativa per autonoma decisione della stessa a seguito della verifica dei dati forniti dal medesimo che risultavano inesatti e davano dimostrazione obiettiva del fatto che egli non aveva effettuato alcuna rilevazione nel periodo e nei casi esaminati. Né, d'altro canto, per il Tribunale di Milano, assume peso specifico l'elemento del possesso e dell'uso, da parte di soci della cooperativa impiegati nell'appalto, di computer palmari di proprietà della società committente, in quanto tale circostanza, secondo i giudici di merito, «non appare sufficiente ad escludere la legittimità dell'appalto alla stregua degli indici di valutazione indicati dalla norma». Al contrario, la sentenza n. 4110/2006 del Tribunale lombardo insiste sui parametri di ricostruzione dell'esercizio effettivo del potere organizzativo da parte della cooperativa, rilevando che: il numero delle utenze fa verificare veniva periodicamente deciso da appositi incontri fra i responsabili della committente e quelli della cooperativa; le persone da adibire al servizio, i lavoratori a cui consegnare i palmari erano individuati esclusivamente dall'appaltatore; gli itinerari dei "letturisti" venivano determinati autonomamente dalla cooperativa, senza interferenze da parte della committente, mediante assegnazione a zone adiacenti ai luoghi di residenza dei lavoratori per ottimizzare il servizio. Da qui l'affermazione decisa del Tribunale di Milano, secondo cui, se è vero che «le letture dovevano essere effettuate secondo le

esigenze della committente, anche per quanto attiene alla loro periodicità», è altrettanto certo che «le indicazioni fornite dalla convenuta a tale riguardo trovano giustificazione nella necessaria coordinazione tra i servizi appaltati e le attività proprie dell'imprenditore appaltante».

(28) Cfr. Cass., S.U. 19 ottobre 1990 n. 10183, in *Mass. giur. lav.*, 1991, pag. 84; Pret. Milano 29 dicembre 1998 in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pag. 449; Pret. Napoli 4 aprile 1998 in *Lav. giur.* 1998, pag. 872; Pret. Foggia 22 gennaio 1998 in *Lav. giur.*, 1998, pag. 693.

(29) Cass., sez. lav., n. 6860 del 1998; Cass. pen. 4 aprile 1997 in *Dir. prat. lav.*, 1997, pag. 3312; Pret. Torino 30 agosto 1996 in *Giur. piem.* 1997, pag. 450. In dottrina Spano *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, pag. 62.

(30) Così, ad esempio: Cass., sez. lav., 19 novembre 2010, n. 23495 (*In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro, la utilizzazione, da parte dell'appaltatore, di macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante da luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie vietata dalla legge n. 1369 del 1960, solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore*), in *Guida lav.*, 2011, 1, 36 s.; Cass., sez. lav., 31 dicembre 1993, n. 13015 in *Dir. prat. lav.*, 1994, pag. 813; Pret. Napoli 4 aprile 1998 in *Lav. giur.*, 1998, pag. 872; Pret. Foggia 22 gennaio 1998 in *Lav. giur.*, 1998, pag. 693. In dottrina, vedi R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione cit.*, pag. 630 e segg.; G. Carullo, *Commento art. 1, legge n. 1369/1960*, par. VII cit., pag. 865.

Inserto

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, comma 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, comma 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 n. 22 del 7 novembre 1961, 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 accennato, 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 (31).

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 commissionato (elaborazione dati, creazione *data base*) operando

su attrezzature e macchinari (*hardware*) del committente impiegando personale e beni immateriali (*software* e *know how* informatico) (32).

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 vanno 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 giustificino un contributo organizzativo di più basso profilo al limite ricondotto al solo esercizio del potere direttivo nei confronti dei lavoratori impegnati nell'appalto (33).

Natura delle prestazioni lavorative e del compenso

Quanto poi al criterio sintomatico relativo alla tipologia delle prestazioni richieste si deve ulteriormente precisare, sia pure in sintesi, che l'appalto sarà da ritenersi "genuino" e comunque regolare nei casi in cui (34): 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.

Da ultimo, occorre valutare quale elemento distintivo di una fattispecie interpositiva 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, comma 1 del D.Lgs. n. 276/2003, e dei conseguenti oneri accessori (35). La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che l'appalto sfocia in interposizione allorquando 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

(31) Cass., sez. lav., 29 gennaio 1999, n. 1214 in *Dir. prat. lav.*, 1999, pag. 920.

(32) Cfr. Cass., S.U. 10 ottobre 1990, n. 10183 in *Mass. giur. lav.*, 1990, pag. 84; Pret. Milano 30 aprile 1998 in *Mass. giur. lav.*, 1998, pag. 650; Trib. Firenze 19 maggio 1999.

(33) Vedi P. Ichino, *Le nuove forme del decentramento produttivo* cit., pag. 161 e segg. Come sottolineato dalla circolare ministeriale n. 34 del 29 settembre 2010 rimane fondamentale che la responsabilità dell'utilizzo dei mezzi sia esclusivamente in capo all'appaltatore sul quale grava integralmente il rischio di impresa. Anche a fronte dell'ineluttabile e progressivo svi-

luppo di tipologie di decentramento produttivo (*outsourcing*) che comprendono l'affidamento continuativo di interi processi produttivi, o comunque di servizi a questi connessi, a società che operano su strutture e macchinari dell'imprenditore committente, ovvero che svolgono attività necessitanti scarsi mezzi materiali e un significativo apporto di forza lavoro.

(34) Per completezza di motivazione vedi Trib. Siracusa 5 agosto 1991 in *Or. giur. lav.*, 1991, pag. 804.

(35) Cfr. Cass., sez. lav. 18 dicembre 1993 n. 11525 in *Dir. prat. lav.*, 1994, pag. 603.

single voci che compongono il costo del lavoro, in assenza dell'esercizio del potere direttivo e organizzativo nei confronti dei dipendenti impiegati nell'appalto (36). 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 per le spese di gestione della "pseudo-impresa" appaltatrice (37).

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.

Da ultimo, 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 l'art. 18 del D.Lgs. n. 276/2003 destinato a sanzionare (e prevenire) l'appalto di mere prestazioni di lavoro, al di fuori degli schemi legali.

Apparato sanzionatorio per lo "pseudo-appalto"

Quanto ai profili sanzionatori, l'art. 18, comma 5-bis del D.Lgs. n. 276/2003 (secondo cui, testualmente: «nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, 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»), deve essere letto in uno con la novella legislativa introdotta dall'art. 1 del D.Lgs. n. 8/2016, in base al quale la norma - originariamente composta da una contravvenzione e da una aggravante - ora si struttura in due illeciti distinti:

- un illecito amministrativo che punisce l'appalto illecito (art. 18, comma 5-bis, primo periodo, D.Lgs. n. 276/2003);

- un illecito penale (contravvenzione) che punisce l'appalto illecito con sfruttamento di minori (art. 18, comma 5-bis, secondo periodo, D.Lgs. n. 276/2003). Conferma questa lettura anche Cass. pen., sez. III, 14 marzo 2016, n. 10484, che afferma espressamente che il D.Lgs. n. 8/2016 «ha depenalizzato l'ipotesi base del reato di intermediazione illecita di manodopera per violazione delle disposizioni in materia di appalto e distacco (articolo 18, comma 5-bis), non anche invece l'ipotesi aggravata relativa allo sfruttamento dei minori».

Ne deriva che l'interposizione illecita di manodopera, scaturente da uno pseudo-appalto di opere o di servizi, rimane sanzionabile, in coerenza con una meritevolezza di tutela costituzionalmente orientata fatta propria dal D.Lgs. n. 8/2016, alla medesima stregua di quanto operato dall'art. 18, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 276/2003 per la somministrazione di lavoro abusiva con utilizzazione illecita, risolvendosi (di fatto) la condotta antidoverosa riguardante un appalto privo dei requisiti di legge nella concretizzazione di una somministrazione di lavoro al di fuori degli schemi legali previsti. D'altra parte la liceità odierna della somministrazione di lavoro, anche a tempo indeterminato, rimane comunque condizionata alla ricorrenza di tutti e soli i requisiti di autorizzazione stabiliti dal D.Lgs. n. 276/2003.

Il testo del D.Lgs. n. 276/2003, comunque, fa richiamo esplicito alla nozione di interposizione illecita o di appalto illecito in due diversi punti:

- all'art. 12, comma 2, lettera b), viene espressamente evidenziato che una quota del contributo versato dalle agenzie di somministrazione viene destinata alle azioni di lotta e di contrasto «agli appalti illeciti»;

- all'art. 84, comma 2, dove la locuzione «interposizione illecita» figura perfino nella rubrica, si affida al Ministro del lavoro il compito di dettare «codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore».

Non v'è chi non veda, peraltro, che l'appalto di mere prestazioni di lavoro è, di fatto, sotto un profilo giuridico, una fornitura abusiva di manodopera: in questo senso espressamente lo stesso Ministero del lavoro nella circolare 21 febbraio 2005, n. 7 (38).

Lo pseudo-appaltatore che attua il fenomeno interpositorio illecito viola precise norme inderogabili di leg-

(36) Vedi Cass., sez. lav. 11 maggio 1994 n. 4585 in *Dir. prat. lav.*, 1994, pag. 2698.

(37) Si vedano: Cass., S.U. 19 ottobre 1990 n. 10183 cit.; Pret. Milano 30 giugno 1981 in *Riv. giur. lav.*, 1982, IV, pag. 579; Pret. Torino 7 luglio 1980 in *Mass. giur. lav.*, 1981, pag. 56.

(38) Sul punto la circolare n. 7/2005 del Ministero del lavoro afferma: «In caso di appalto non genuino o di distacco fuori dai limiti individuati dall'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003, poiché

tali ipotesi integrano una ipotesi di somministrazione senza autorizzazione e quindi irregolare, il legislatore ha espressamente previsto che il lavoratore possa chiedere la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione. L'azione può essere proposta davanti al Tribunale in funzione di giudice del lavoro, anche solo nei confronti dell'utilizzatore. È evidente, peraltro, che nell'ipotesi in cui la somministrazione senza autorizzazione si concretizzi in assenza di un contratto scritto, il contratto di somministrazione

Inserto

ge, quali sono quelle che regolamentano il contratto di appalto: si osservi, specificamente, che lo stesso art. 29, nel disciplinare l'appalto, ha premura di distinguere, appositamente, l'appalto dalla somministrazione di lavoro, ai fini della applicazione delle sanzioni previste per le ipotesi di somministrazione illecita (39).

Appalto illecito

D'altro canto, posto il generale divieto di somministrazione di manodopera al di fuori dei limiti legali previsti, se l'appalto viene ritenuto e giudicato illegittimo, e quindi illecito, perché privo dei requisiti legali di cui all'art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003 e all'art. 1655 c.c., si configurerà, inevitabilmente, un'ipotesi di somministrazione illecita di manodopera, ovvero di "interposizione illecita", utilizzando la dizione letterale contenuta nell'art. 84, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003, trattandosi, di fatto, di una somministrazione di lavoro posta in essere da soggetto non autorizzato e del tutto al di fuori degli schemi legali riconosciuti leciti dalla norma.

Qui, a differenza che nelle due violazioni distinte della somministrazione abusiva e della utilizzazione illecita, l'illecito è unico e rappresenta, dunque, sotto un profilo soggettivo, un vero e proprio *illecito plurisoggettivo proprio*, in cui entrambi i soggetti datoriali rispondono di una condotta attiva, che consiste nella realizzazione di un appalto al di fuori degli schemi legali precostituiti, nel quale, di fatto, si è fittiziamente celata una vera e propria somministrazione abusiva di mere prestazioni di lavoro (interposizione illecita).

L'interposizione illecita da pseudo-appalto si perfeziona, quindi, per la sussistenza dei seguenti elementi tipici:

a) contratto di appalto non genuino: il contratto di appalto, di opere o di servizi, corrisponde in realtà all'esecuzione di mere prestazioni di lavoro da parte

dei lavoratori impiegati dallo pseudo-appaltatore e realmente eterodiretti dallo pseudo-committente (40), mancano cioè i requisiti legali che rendono perfettamente lecito ed operativo l'appalto (art. 29, comma 1) (41);

b) partecipazione psicologica dello pseudo-committente e dello pseudo-appaltatore alla fattispecie illecita realizzata: entrambi sono corresponsabili, almeno sotto il profilo di una condotta colposa, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 689/1981, perché hanno stipulato un contratto di appalto fittizio, illecito o comunque non genuino, non usando della normale diligenza, prudenza e perizia richieste dall'Ordinamento;

c) effettiva e concreta utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori: il personale fittiziamente impegnato in un appalto è stato concretamente, illecitamente, impiegato in un'attività lavorativa di tipo subordinato alle dirette e immediate dipendenze dello pseudo-committente.

Quanto agli effetti della condotta antidoverosa, l'interposizione illecita da pseudo-appalto costituisce un'ipotesi di *illecito permanente*, giacché committente e appaltatore partecipano con le rispettive condotte alla realizzazione del fatto illecito fin dal primo momento in cui i lavoratori vengono di fatto utilizzati al di fuori degli schemi legali dell'appalto quali veri e propri dipendenti dell'appaltante, ma poi la violazione si perpetua in forma permanente nel susseguirsi dei giorni di occupazione, ma invero di lavoro effettivo, in cui gli stessi prestano attività lavorativa sotto le direttive dello pseudo-committente (42).

Ai sensi dell'art. 18, comma 5bis, del D.Lgs. n. 276/2003, come novellato dal D.Lgs. n. 8/2016, pertanto, l'appaltatore e il committente che abbiano posto in essere, in esecuzione di un fittizio contratto di appalto di opere o di servizi, una mera fornitura o somministrazione di lavoratori da parte del secondo al primo, sono entrambi soggetti alla sanzione ammi-

deve comunque ritenersi nullo e i lavoratori sono considerati alle dirette dipendenze dell'utilizzatore e questo indipendentemente dalla supposta qualificazione del contratto come appalto ovvero dalla convinzione che l'invio del lavoratore presso il terzo integra la diversa ipotesi del distacco».

(39) In questo senso si sono espressi precisamente i giudici della Suprema Corte, affermando che «se si tiene presente la chiara opzione non formalistica del Legislatore nella soggetta materia, per cui i contratti valgono per il loro contenuto effettivo e non per il *nomen iuris* loro assegnato, e si considera la distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi ribadita dall'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003, per cui sussiste l'appalto solo nel caso in cui l'organizzazione dei mezzi produttivi, la direzione dei lavoratori e il rischio d'impresa sono intestati all'appaltatore e non al committente o utilizzatore delle prestazioni, se ne deve concludere che ogni volta che un imprenditore utilizza prestazioni di lavoratori forniti da altri, assumendosi però l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavoratori e il rischio d'impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera, che resta vietata e penalmente sanzionata se priva dei requisiti soggettivi e oggettivi prescritti dalla nuova legge», così: Cass. pen., 26 gennaio 2004 n. 2583, in *Dir. prat. lav.*, 2004, n. 10, 713, con nota di R. Guariniello, *Somministrazione di lavoro tra D.Lgs. n. 276/2003 e leggi precedenti*, e in *GLav*, 2004, n. 13, 46, con nota di I.V. Romano, *Somministrazione e*

intermediazione di manodopera: prima pronuncia della Cassazione.

(40) Peralto, sotto un profilo oggettivo, infine, le condotte, risultanti dall'accordo negoziale in cui si concreta la pattuizione relativa al contratto di appalto non genuino e quindi illecito (art. 84, comma 2), finiscono per coincidere nell'avere il committente fittizio utilizzato illecitamente una somministrazione di lavoro e nell'avere lo pseudo-appaltatore fornito manodopera senza munirsi della autorizzazione ministeriale richiesta dalla normativa.

(41) Su un piano pratico, l'assenza dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1, andrà accertata dal personale ispettivo delle Direzioni territoriali del lavoro, dall'Ispettorato territoriale del lavoro a seguito della attuazione del D.Lgs. n. 149/2015, a partire dalla verifica della esistenza in capo all'appaltatore delle caratteristiche tipiche di impresa, per poi constatare la congruenza dell'eventuale mero esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati, a fronte della natura e delle esigenze dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto medesimo.

(42) Cfr. Cass. pen. 9 giugno 2004, n. 25726, in *GLav*, 2004, n. 28, 10, con nota di C. Fossati, *Rilevanza penale dell'appalto di manodopera dopo la Riforma Biagi*, sia pure resa con riferimento al testo originario dell'art. 18 del D.Lgs. n. 276/2003.

nistrativa pecuniaria, proporzionale progressiva, pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, come ricorda anche la circolare n. 5/2011 (43).

La sanzione da applicare va calcolata moltiplicando la base monetaria per un coefficiente (il numero dei lavoratori) e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente (il numero delle giornate) (44).

D'altronde, l'applicazione delle sanzioni amministrative depenalizzate segue le procedure, i principi e i criteri della legge n. 689/1981 (richiamata dall'art. 6, D.Lgs. n. 8/2016), sia con riferimento alla notificazione degli illeciti (art. 14, legge n. 689/1981), sia riguardo all'estinzione agevolata dell'illecito con pagamento della sanzione in misura ridotta (art. 16, legge n. 689/1981).

Inoltre, l'importo della sanzione amministrativa concretamente da irrogare (trattandosi di fattispecie sanzionatoria strutturata in misura proporzionale), in base all'art. 1, comma 6, del D.Lgs. n. 8/2016, «è pari all'ammontare della multa o dell'ammenda ma non può, in ogni caso, essere inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000» (cfr. circolare del Ministero del lavoro n. 6/2016).

Ne consegue che quando la somma da calcolo risulta inferiore a 5.000 euro, la sanzione da irrogare va adeguata a tale minimo e su tale importo va calcolata la *sanzione in misura ridotta* (art. 16, legge n. 689/1981).

Mentre la diffida a regolarizzare (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004), in ragione del fatto che trattandosi di condotta materialmente già posta in essere, e non rimediabile, non può trovare applicazione (45).

Appalto illecito	
Illecito	Sanzione
<p>Art. 29, D.Lgs. 276/2003 Per aver stipulato un contratto di appalto, d'opera o di servizi, in assenza dei requisiti di cui all'art. 29, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003 (Pseudo-committente e pseudo-appaltatore)</p>	<p>Art. 18, c. 5-bis, primo periodo, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 1, c. 1, 2 e 6, D.Lgs. n. 8/2016 Sanzione amministrativa di € 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. In ogni caso, la sanzione da irrogare non può essere inferiore a € 5.000 né superiore a € 50.000. Diffida (Art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile Sanzione ridotta (Art. 16, legge n. 689/1981): è applicabile ed è pari a € 16,67 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ovvero a € 1.666,67 nel caso sia irrogata la sanzione minima di € 5.000</p>

Appalto illecito con sfruttamento di minori

Come già più sopra rilevato l'art. 18, comma 5-bis, secondo periodo, del D.Lgs. n. 276/2003, dopo l'intervento dell'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 8/2016, disciplina un illecito penale a carattere contravvenzionale che punisce l'appalto illecito con sfruttamento di minori.

La locuzione "sfruttamento dei minori" fa riferimento al disposto normativo della legge n. 977/1967, come modificata dal D.Lgs. n. 345/1999, relativa all'impiego lavorativo di minori che non hanno compiuto i quindici anni di età e comunque non hanno concluso

il periodo di istruzione obbligatoria, nonché agli adolescenti (minori tra i 15 e i 18 anni di età che hanno concluso l'obbligo scolastico) adibiti nelle mansioni, nei processi e nei lavori espressamente considerati dall'art. 6 della legge n. 977/1967 (46).

Ne consegue che ai sensi dell'art. 81, comma 1, c.p. si ha concorso formale eterogeneo di reati stante la rilevanza penale autonoma dello svolgimento di attività lavorativa da parte dei minori per effetto dell'art. 26 della legge n. 977/1967, come sostituito dall'art. 14 del D.Lgs. n. 345/1999 (arresto fino a sei mesi, art. 4; arresto non superiore a sei mesi o ammenda fino a 5.164 euro, art. 3), trattandosi di due distinte ipotesi

(43) Invero, a ben guardare, la disposizione sanzionatoria del comma 5bis differisce da quella del comma 1, esclusivamente per il riferimento alla giornata «di occupazione», anziché «di lavoro», ricalcando pedissequamente la dizione del comma 2, ma senza effetti peculiari nella ricostruzione giuridica della fattispecie illecita.

(44) Sul punto, i chiarimenti operativi del Ministero del lavoro con nota 21 febbraio 2008, n. 2852, già precedentemente richiamata.

(45) In questo senso la circolare n. 6/2016 che offre anche un esempio di calcolo: nel caso di utilizzazione di un solo lavoratore per 10 giornate si ha una sanzione amministrativa pari a 500 euro (50 × 10), che essendo inferiore all'importo minimo di riferimento, impone come sanzione da irrogare quella di 5.000 euro che in misura ridotta (art. 16, legge n. 689/1981) è pari a 1.666,67 euro; nel caso in cui però la sanzione derivata dal calcolo è superiore a 5.000 euro, si deve procedere a determinare la sanzione ridotta direttamente sull'importo risultante:

se sono utilizzati 10 lavoratori per 15 giornate si avrà una sanzione di 7.500 euro (50 × 10 × 15), in misura ridotta pari a 2.500 euro.

(46) Opzione interpretativa confermata da Cass. pen., sez. III, 14 marzo 2016, n. 10484, che testualmente afferma: «qualora il reato de quo (appalto privo dei requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'articolo 30, comma 1) sia commesso mediante lo sfruttamento di minori (che, di regola, si ha con l'avviamento al lavoro di soggetti minori di 15 anni o che non abbiano concluso il periodo di istruzione obbligatoria, o ancora minori compresi tra i 15 e i 18 anni per adibirli ai lavori espressamente vietati dalla legge 17 ottobre 1967, n. 977, articolo 6, come modificato dal Decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 345 e quindi dal Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 262), l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo».

Inserto

di reato integrate con una medesima azione criminosa realizzata dal somministratore abusivo e dall'utilizzatore illecito.

Si ha "sfruttamento" di minori, a seguito dell'illecito impiego lavorativo dei minori nell'appalto illecito.

Si tratta dell'unica ipotesi di reato nella vicenda degli appalti illeciti, nella quale la pena è dell'ammenda fino a 300 euro per ciascun lavoratore e per ciascuna giornata congiuntamente alla pena detentiva dell'arresto fino a 18 mesi: una pena a *proporzionalità pro-*

gressiva, con base sanzionatoria in misura fissa e coefficiente moltiplicatore variabile in base alle circostanze di fatto.

Per il calcolo della pena, si procede a una duplice moltiplicazione: dapprima moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente (cfr. nota del Ministero del lavoro n. 2852/2008).

Appalto illecito con sfruttamento di minori	
Illecito	Sanzione
<p>Art. 29, D.Lgs. 276/2003 - Art. 18, c. 5-bis, secondo periodo, D.Lgs. n. 276/2003</p> <p>Per aver stipulato un contratto di appalto, d'opera o di servizi, in assenza dei requisiti di cui all'art. 29, c. 1, del D.Lgs. n. 276/2003, con sfruttamento di minori. (Pseudo-committente e pseudo-appaltatore)</p>	<p>Art. 18, c. 5-bis, secondo periodo, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 1, c. 1, 2 e 6, D.Lgs. n. 8/2016</p> <p>Arresto fino a 18 mesi e ammenda fino a € 300 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione.</p> <p>Prescrizione obbligatoria (art. 15, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile</p> <p>Oblazione (art. 162 c.p.): non può essere ammessa</p>

Sanzioni civili per appalto illecito e fraudolento

Sul piano sanzionatorio civilistico, si tenga presente che l'art. 29, comma 3-bis, introdotto dall'art. 6, comma 2, del D.Lgs. n. 251/2004, pone in capo ai lavoratori interessati dallo pseudo-appalto la facoltà di adire il Giudice per la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dello pseudo-committente, datore di lavoro effettivo.

In caso di appalto illecito, vale a dire di contratto di appalto stipulato senza i requisiti legali dell'art. 29, comma 1, dunque, i lavoratori impiegati nell'appalto di opere o di servizi possono proporre ricorso ex art. 414 c.p.c. al Giudice del lavoro al fine di ottenere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore delle prestazioni lavorative rese.

Si tratta in buona sostanza dell'applicazione all'ipotesi di appalto illecito e di pseudo-appalto della disposizione già contenuta nell'art. 27, comma 1 e ora riproposta sostanzialmente nell'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015.

D'altra parte il richiamo all'art. 27, sebbene al disposto del comma 2, è esplicito nel nuovo art. 29, comma 3bis, ultimo periodo, a ulteriore conferma del rimando effettuato alla disciplina già in vigore per la somministrazione irregolare, da intendersi evidentemente ora riferito all'art. 38, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015.

Per effetto dell'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, l'azione che il lavoratore impiegato in uno pseudo-appalto deve attivare ai sensi dell'art. 29, comma 3bis, è soggetta ai termini di decadenza di cui all'art. 6 della legge 15 luglio 1966 n. 604. Ne deriva che il lavoratore che intende vedersi costituito il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore pseudo-committente deve osservare impugnare (in via giudiziale o stragiudiziale) il contratto di appalto in forza del quale ha svolto le proprie prestazioni entro 60 giorni

dalla sua cessazione o dalla cessazione del rapporto di lavoro, dovrà poi procedere, entro 180 giorni dall'impugnazione, a pena di inefficacia, a depositare la domanda giudiziale presso il giudice competente o comunicare allo pseudo-committente la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

Anche se risulta abrogato l'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003 ad opera dell'art. 55, comma 1, lettera d), del D.Lgs. n. 81/2015, l'interprete e l'operatore possono essere indotti a distinguere i profili penalistici da quelli civilistici.

Si ritiene possibile, infatti, una valutazione giuridica del contratto di appalto in ipotesi di una utilizzazione fraudolenta dell'istituto, poiché l'accordo negoziale fra pseudo-committente e pseudo-utilizzatore che hanno operato in frode alla legge, attivando un contratto di appalto consistente in una mera interposizione di manodopera, facendo rilevare l'illiceità della causa del contratto che finisce per costituire il mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative in materia di tutela dei diritti normativi, economici e retribuitivi dei lavoratori occupati in appalto di opere o di servizi (fuggendo dal rispetto degli obblighi, dei limiti e delle condizioni posti dagli artt. 30-40 del D.Lgs. n. 81/2015 in materia di somministrazione lecita di lavoro).

In questo senso l'appalto in frode alla legge è, per i principi generali dell'ordinamento, radicalmente nullo per illiceità della *causa negotii* (articoli 1344 e 1418, comma 2, c.c.), inverandosi in una somministrazione priva dei requisiti essenziali di liceità, validità e legittimità.

In particolare in caso di appalto fraudolento si ha la conseguente naturale estensione applicativa del precetto contenuto nell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, a mente del quale in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione di lavoro è nullo, nonché della connessa previsione sanzionatoria secondo cui quando il contratto di somministrazione

è nullo «i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore».

D'altra parte, il Ministero del lavoro nella circolare n. 5/2011 prevede che, «valutate tutte le circostanze», gli ispettori del lavoro adottino, nei confronti dello pseudo-committente utilizzatore fraudolento, secondo

le indicazioni fornite con la circolare n. 24 del 24 giugno 2004, anche il provvedimento di diffida accertativa (art. 12, D.Lgs. n. 124/2004) per i crediti patrimoniali maturati dai lavoratori impiegati nell'appalto per le differenze retributive riscontrate.

Sanzioni civili per appalto illecito e fraudolento	
Illecito	Sanzione civile
<p>Art. 29, D.Lgs. 276/2003 Appalto illecito Per aver stipulato un contratto di appalto privo dei requisiti legali di liceità, per l'esecuzione di un'opera o di un servizio senza assumere l'appaltatore su di sé il rischio economico dell'impresa, senza operare in condizioni di reale autonomia organizzativa e gestionale e privo di una propria organizzazione d'impresa.</p>	<p>Art. 29, c. 3-bis, D.Lgs. n. 276/2003 - Artt. 1418-1424 c.c. Il contratto di appalto è nullo per contrasto con norme imperative e il lavoratore ha la facoltà di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore o pseudo-committente</p>
<p>Art. 29, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 38, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015 Appalto fraudolento Per aver stipulato un contratto di appalto per l'esecuzione di un'opera o di un servizio consistente in una mera interposizione di manodopera in violazione delle norme imperative in materia di somministrazione di lavoro, inverandosi in una somministrazione senza contratto scritto.</p>	<p>Art. 38, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015 - Artt. 1344-1418 c.c. Il contratto di appalto è nullo perché in frode alla legge, per cui il lavoratore è considerato alle dirette dipendenze dell'utilizzatore o pseudo-committente a tutti gli effetti</p>

Distacco

L'istituto del distacco nel lavoro privato (47), disciplinato dall'art. 30 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, è stato oggetto di numerosi tentativi di ricostruzione dogmatica, in ragione di una peculiare strutturazione della fattispecie che si instaura coinvolgendo tre diverse soggettività: accanto ai protagonisti-attori dell'originario (ed unico) rapporto di lavoro subordinato, infatti, si aggiunge un terzo soggetto datoriale che si interlaccia col datore di lavoro in termini commerciali, o similari, e con il lavoratore, nell'esercizio di un potere direttivo che viene "distratto" dal datore di lavoro effettivo.

Il distacco configura un rapporto giuridico trilaterale, in una relazione triangolare che vede quali soggetti coinvolti: il datore di lavoro distaccante, il lavoratore distaccato e il distaccatario.

Quanto al distaccante l'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 consente che a rivestire tale ruolo sia qualsiasi "dato-

re di lavoro", anche non formalmente inquadrato quale imprenditore, purché risulti l'effettivo datore di lavoro del lavoratore distaccato (48).

Anche con riguardo al soggetto distaccatario la norma riconosce la legittimità di un distacco presso un non imprenditore, anzi utilizzando la nozione generalissima di "soggetto" sembra alludere alla possibilità che vi sia un distacco nei confronti di un qualsiasi individuo privato che svolga una qualche attività lavorativa determinata, sebbene in tale ipotesi i rischi di illiceità del distacco si fanno più pressanti.

Da ultimo, con riguardo al lavoratore distaccato, egli deve essere un lavoratore subordinato alle dipendenze del datore di lavoro distaccante (49) e, si badi, l'operazione del distacco non dovrà necessariamente riguardare un singolo lavoratore, ma, come già riconosciuto dalla giurisprudenza, anche più lavoratori simultaneamente, purché in capo a ciascun lavoratore distaccato, e con riferimento ad ogni singola fattispe-

(47) Per un approfondimento sul distacco si vedano i contributi raccolti in M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006; nonché: M. T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2010; O. Mazzotta, *La dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet giuridica, Milano, 2009, 915 s.; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive* in P. Curzio, *Lavoro e diritti. A tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari 2006; P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Pedrazzoli (diretto da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004; P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004; M. Lanotte, G. Pellacani, *La somministrazione di lavoro e il regime sanzionatorio*, in G.

Pellacani, *Commentario alla riforma del lavoro. I nuovi contratti di lavoro e la certificazione*, Ipsoa, Milano, 2005; C. Bizzarro, M. Tiraboschi, *La disciplina del distacco nel D.Lgs. n. 276 del 2003*, in *Dri*, 2004, n. 2. Sia consentito, infine, rinviare a P. Rausei, *Somministrazione di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2009.

(48) In un certo qual modo si tratta di un recepimento dei più recenti orientamenti giurisprudenziali formati con riferimento alle organizzazioni imprenditoriali complesse e alla struttura snella o assottigliata dell'impresa contemporanea, cfr. Cass. civ., 25 giugno 2001, n. 8643.

(49) Sul punto, peraltro, la circolare n. 7 del 22 febbraio 2005 del Ministero del lavoro ha sancito che «l'attribuzione del potere direttivo e di controllo all'utilizzatore e l'ulteriore precisazione che durante la somministrazione il lavoratore esegue la prestazione nell'interesse dell'utilizzatore comporta che il lavoratore in somministrazione» possa anche «essere inviato in distacco presso un altro utilizzatore», ma non si possono nascondere i dubbi circa la effettiva sussistenza dei requisiti dell'interesse del distaccante e della temporaneità del distacco che andranno verificati caso per caso.

Inserto

cie di distacco, vi sia la presenza dei requisiti e delle condizioni di legittimità e di liceità.

Quanto alle relazioni giuridiche che derivano dal distacco fra i tre soggetti interessati, parte della dottrina ha ritenuto di poter individuare in capo al lavoratore un nuovo obbligo, autonomo, nei confronti del distaccatario, sorgente dalla relazione contrattuale insorta fra quest'ultimo e il distaccante. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che il distacco possa rientrare nello schema negoziale del contratto a favore del terzo (art. 1411 c.c.), con il sorgere di un autonomo diritto per il distaccatario di pretendere ed ottenere l'adempimento della prestazione lavorativa direttamente dal lavoratore distaccato. Per la maggior parte della dottrina, tuttavia, il distacco si muove nell'alveo di una strutturazione secondo cui la fattispecie si incentra in una variazione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, da intendersi quale semplice (e normale) vicenda esecutiva del rapporto di lavoro, senza che insorga una qualsivoglia relazione giuridica autonoma fra lavoratore e distaccatario, essendo il lavoratore responsabile dell'adempimento della prestazione solo nei confronti del proprio datore di lavoro (distaccante) (50).

Il D.Lgs. n. 276/2003, con l'art. 30, sembra aver recepito l'orientamento dottrinale predominante, avendo ricostruito l'istituto, in termini di diritto positivo, quale mutamento temporaneo, ovvero non definitivo, delle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro.

Per quanto concerne, dunque, i requisiti sostanziali che rendono legittimo e lecito il distacco dei lavoratori, occorre andare al testo normativo dell'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003, come interpretato dalle Circolari del Ministero del lavoro n. 3 del 15 gennaio 2004 (51) e n. 28 del 24 giugno 2005.

Dalla lettura del dettato normativo, si conferma che i requisiti di legittimità del distacco sono essenzialmente tre:

- la temporaneità del distacco, vale a dire la non definitività dello stesso, rispetto alla quale non ha alcun rilievo l'entità del periodo di distacco, ma soltanto il fatto che la durata del distacco stesso risulti concretamente funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante;
- l'interesse del distaccante, ovvero che il distaccante deve essere spinto o mosso al distacco da un qualsiasi

interesse produttivo proprio che non può coincidere, evidentemente, con quello alla mera somministrazione di lavoro, interesse, peraltro, che deve sussistere e protrarsi per tutta la durata del distacco;

- l'attività lavorativa determinata, nel senso che il lavoratore distaccato non potrà essere addetto a prestazioni lavorative generiche, ma a quella determinata attività lavorativa che caratterizza e sostanzia l'interesse proprio del distaccante.

Peraltro, giusti anche i chiarimenti ministeriali, gli elementi che caratterizzano la liceità del distacco dei lavoratori sono soltanto i primi due: la temporaneità del distacco e l'interesse del distaccante. L'elemento discriminante fra l'interposizione illecita di manodopera e il distacco lecito risiede, dunque, sulla individuazione dei due requisiti di legittimità già estrinsecati dalla giurisprudenza con l'avallo della dottrina maggioritaria:

- interesse specifico dell'impresa distaccante-datore di lavoro;
- temporaneità della permanenza del lavoratore distaccato presso il distaccatario (52).

In primo luogo, dunque, il distacco lecito rappresenta una mera estrinsecazione del potere organizzativo del datore di lavoro imprenditore, che modifica essenzialmente le modalità di svolgimento e di esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro subordinato. In tal senso, l'interesse del datore di lavoro distaccante deve sussistere fin dall'inizio del distacco, e protrarsi per tutta la durata dello stesso. D'altro canto esso va accertato concretamente, caso per caso, in base all'attività espletata e non semplicemente con riferimento agli scopi sociali del distaccante.

In secondo luogo, il distacco non deve essere definitivo, ma temporaneo, eccezionale ed occasionale, anche se non è necessario che la durata sia particolarmente breve, né che essa sia predeterminata *ab initio* (53).

Più dettagliatamente, nel nuovo contesto normativo l'interesse del datore di lavoro distaccante acquisisce, in termini di diritto positivo, una centralità assoluta (54).

L'art. 30, comma 1, stabilisce con una definitività perentoria che il distacco lecito e legittimo deve essere specificamente e direttamente finalizzato a soddisfare un preciso interesse proprio del distaccante, senza pe-

(50) Per una disamina accurata delle tre distinte posizioni dottrinali qui riassunte vedi M. P. Monaco, *Il distacco del lavoratore* cit., pagg. 207-209.

(51) Vedi per una prima lettura E. Massi, *Distacco temporaneo del personale* in *Dir. prat. lav.*, 2004, 5, 324 e segg.

(52) D'altro canto, con interpello n. 1 del 2 febbraio 2011, il Ministero del lavoro ha chiarito che: «Il luogo di lavoro del lavoratore distaccato costituisce mera modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e dunque come tale non sembra assumere particolare rilievo - potendosi individuare addirittura nella stessa sede del datore di lavoro distaccante - nel momento in cui sia già accertata la sussistenza dei requisiti indicati e, primo fra tutti, l'interesse del datore di lavoro. Va, peraltro, sottolineato che la natura dell'attività esercitata dal distaccante può giustificare l'espletamento della prestazione lavorativa in una o più sedi diverse da quella propria dell'azienda di-

staccataria (ad es. trasporto, manutenzione d'impianti, controllo di sistemi informatici, eventuali prestazioni di natura intellettuale, ecc.). Fermo restando quanto sopra, la prestazione del lavoratore presso una sede di lavoro diversa da quella del distaccatario costituisce dunque un elemento di fatto della prestazione che potrà eventualmente essere valutato, unitamente agli altri, per verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti di legittimità e l'assenza di condotte elusive».

(53) Cfr. Cass., sez. lav. 17 marzo 1998 n. 2880 in *Dir. prat. lav.*, 1998, pag. 2199; Cass., sez. lav., n. 5721 del 10 giugno 1999 in *Unico lavoro*, *Il Sole 24 Ore*, Milano 2001; Cass. civ., sez. un., 21 marzo 1997 n. 2517 citata alla nota 56. Vedi anche Pret. Pisa 17 maggio 1999 in *Toscana Lav. giur.* 1999, pag. 469; Trib. Milano 29 luglio 1997 in *Lav. giur.* 1998, pag. 241.

(54) Così anche M. P. Monaco, *Il distacco del lavoratore* cit., pag. 213.

raltro meglio definire o chiarire in che cosa consista, concretamente, tale requisito.

Spetta, pertanto, all'interprete fornire all'operatore una lettura utile del dettato dispositivo al fine di rendere operativamente applicabile l'istituto, seguendo anche i suggerimenti e le indicazioni che provengono dalla citata circolare n. 3/2004, dalla quale sembra potersi dedurre che l'interesse che legittima il distacco possa coincidere con qualsivoglia "interesse produttivo" del distaccante che non deve però integrare, e qui risiede l'unico limite condizionante espresso manifestato dal Ministero del lavoro in sede interpretativa, l'interesse ad una semplice somministrazione di lavoro; così pure la successiva circolare n. 28/2005 insiste con più rigore sul punto, segnalando che «il distacco non può mai concretizzarsi in un mero interesse al corrispettivo per la fornitura di lavoro altrui». Entrando maggiormente nel dettaglio occorre, invece, rilevare come l'interesse del distaccante dovrà essere accertato concretamente, caso per caso, in base all'attività espletata e non semplicemente con riferimento agli scopi sociali dell'impresa. Ciò premesso l'interesse del distaccante dovrà essere senza ombra di dubbio strettamente attinente con l'esercizio dell'attività (imprenditoriale o datoriale) tipica del distaccante stesso, vista sotto un profilo sia funzionale (orientamento alla realizzazione di un risultato proprio), sia strutturale (appartenenza dell'interesse alla sfera organizzativa).

In tale prospettiva è conforme alle previsioni dell'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 il distacco che trova esplicito fondamento in una chiara motivazione di carattere tecnico, produttivo ovvero anche organizzativo manifestata dal distaccante, purché, all'evidenza, la ragione motivata del distacco del lavoratore sia realmente sussistente, sia lecita (non persegua quindi fini frodati o meramente elusivi) e si caratterizzi per una rilevanza di significativa entità nel contesto dinamico della realtà datoriale da cui proviene il lavoratore distaccato (55).

Si può distaccare legittimamente un lavoratore non solo con riguardo all'attività principale o prevalente dell'impresa distaccante, ma anche con riferimento ad un'attività meramente complementare ovvero anche per una attività straordinaria (56).

Appare così legittimo, in presenza anche dell'altro prerequisite della temporaneità, il distacco di un lavoratore presso un'impresa che utilizza determinati processi produttivi o specifici macchinari, allorché il datore di lavoro distaccante voglia verificare l'utilizzabilità dei processi o dei macchinari all'interno della propria organizzazione.

(55) Cfr. in giurisprudenza Cass. civ., 10 giugno 1999, n. 5721; Cass. civ., 2 novembre 1999, n. 12224, dove si insiste sull'effettività e sulla rilevanza dell'interesse proprio del datore di lavoro distaccante.

(56) Concorde sul punto M. P. Monaco, *Il distacco del lavoratore* cit., pag. 213.

(57) In argomento vedi M. Esposito, *L'incerta collocazione del "comando" e del "distacco" nelle fattispecie interpositorie*

Interesse del distaccante - L'interesse che legittima il distacco, dunque, non è quello del distacco in sé, ma la presenza di un vantaggio di tipo organizzativo e personale per il datore di lavoro distaccante, di tipo patrimoniale, anzitutto, ma anche non patrimoniale.

Come pure da altri rilevato (57), infatti, l'assenza di ogni riferimento alla patrimonialità dell'interesse del distaccante lascia aperto un varco per ipotesi di distacco in cui l'interesse di chi pone in essere l'operazione risiede in esigenze di ordine morale o solidaristicamente manifestate (58).

A rendere pienamente legittimo il distacco, conclusivamente, con riguardo all'interesse del distaccante sono tre distinti profili di tipo squisitamente oggettivo:

- l'esistenza di un interesse proprio del datore di lavoro distaccante, di tipo patrimoniale o non patrimoniale;
- la liceità dell'interesse manifestato;
- la sussistenza di un nesso di causalità diretta tra interesse e distacco.

La più recente circolare ministeriale n. 28/2005 insiste ulteriormente sull'importanza fondamentale dell'interesse che deve muovere il datore di lavoro distaccante segnalandone alcune caratteristiche qualificative: «*specifico, rilevante, concreto e persistente*».

L'interesse al distacco, pertanto, deve essere:

a) specifico, nel senso che necessita di un'esatta individuazione, senza riferimenti generali e non circoscritti ad attività, fatti o situazioni contingenti: ogni distacco deve muovere da un distinto e specificamente individuato interesse datoriale, evitando qualsiasi "clausola di stile" o causale generale *omnibus*;

b) rilevante, vale a dire che deve mostrare caratteristiche idonee a proporzionare la scelta datoriale al significato strategico dell'operazione nel contesto dell'organizzazione aziendale: il distacco va letto nell'ottica dei riflessi organizzativo-produttivi che viene precisamente ad avere per il datore di lavoro distaccante;

c) concreto, e cioè non deve avere astratta attinenza con i processi produttivi o logistici aziendali, ma diretta e immediata incidenza su almeno uno di essi: la giurisprudenza ha insistito sulla "concretezza" dell'interesse al distacco, evidenziando che il patto con il quale il lavoratore viene ad essere distaccato deve trovare diretta e veritiera rispondenza in un interesse che non sia generale ed astratto, ma che, al contrario, risulti perfettamente aderente alla realtà gestionale dell'organizzazione datoriale interessata;

d) persistente, nel senso che deve permanere per tutta la durata del distacco e sussistere fin dal primo momento dell'attivazione di esso: il distaccante dovrà per tutta la durata del distacco essere accompagnato

cit., pagg. 164 e seg.; M. P. Monaco, *Il distacco del lavoratore* cit., pag. 214.

(58) Anche in giurisprudenza tale ipotesi ha trovato un accoglimento, cfr. Cass. civ., 17 gennaio 2000, n. 594 in *Riv. It. dir. lav.* che ha dichiarato legittimo un distacco di manodopera posto in essere da una cooperativa per scopo di natura solidale.

Inserto

da una specifica valutazione interessata dell'operazione posta in essere.

Si tratta, dunque, di una temporanea mutazione delle condizioni contrattuali di lavoro, fortemente e particolarmente giustificata, in ragione delle quattro caratteristiche essenziali che devono connotare necessariamente l'interesse datoriale ad agire.

L'art. 7, comma 2, del D.L. n. 76/2013, convertito dalla legge n. 99/2013 ha aggiunto il nuovo comma 4-ter all'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 che impatta specificamente sui profili della sussistenza di un interesse in capo al distaccante, prevedendo che «qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa che abbia validità (...), l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'art. 2103 del codice civile».

Come si nota, dunque, il legislatore della riforma 2013 allarga le maglie del distacco favorendo la massima flessibilità nell'utilizzo delle risorse umane impiegate da aziende che sottoscrivono e aderiscono ad un medesimo contratto di rete di imprese (art. 3, commi 4-ter, 4-quater e 4-quinquies del D.L. n. 5/2009, come convertito dalla legge n. 33/2009) (59), riconoscendo con presunzione assoluta, in modo automatico, la sussistenza di un interesse al distacco in capo al datore di lavoro aderente al contratto di rete che distacca un proprio dipendente presso altra azienda che ha sottoscritto lo stesso contratto.

Secondo il dettato normativo contenuto nel D.L. n. 76/2003, convertito dalla legge n. 99/2013, infatti, l'interesse del datore distaccante sorge "automaticamente" per il solo fatto di trovarsi ad "operare" nell'ambito di una rete di imprese (cfr. circolare n. 35/2013).

Più di recente, inoltre, il Ministero del lavoro, con la risposta ad interpello n. 1 del 20 gennaio 2016, ha esteso la portata dell'art. 30, comma 4-ter, del D.Lgs. n. 276/2003, all'aggregazione in gruppo di imprese (che si caratterizza per il potere di controllo e direzione che una società del gruppo, c.d. capogruppo, esercita sulle altre ferma restando l'autonomia giuridica dei soggetti che ne fanno parte), rilevando la condivisione di un medesimo disegno strategico finalizzato al raggiungimento di un risultato economico unitario che trova specifica rappresentazione finanziaria nel bilancio consolidato di gruppo. Su tale premessa,

dunque, la risposta ad interpello n. 1/2016 afferma che in un distacco posto in essere tra società appartenenti ad uno stesso gruppo di imprese (posto che siano rispettate le condizioni dell'art. 2359, comma 1, c.c.), l'interesse della società distaccante può coincidere nel comune interesse perseguito dal gruppo analogamente a quanto espressamente previsto, appunto, per le imprese che partecipano ad un contratto di rete. **Temporaneità** - Tuttavia, come si accennava più sopra, il distacco che pure presenti l'interesse del distaccante nei tre profili da ultimo sintetizzati, non può ritenersi né legittimo, né lecito qualora non possieda anche il secondo requisito di legittimità stabilito oggi dal Legislatore e ieri già riconosciuto e individuato dalla prassi e dalla giurisprudenza: la temporaneità.

In estrema sintesi il profilo della durata dell'operazione viene trattato dal Legislatore con un solo avverbio "temporaneamente" (art. 30, comma 1), che va estrinsecato nel senso di un distacco necessariamente temporaneo, e quindi, tendenzialmente, eccezionale ed occasionale, anche se non appare in alcun modo necessario che la durata "temporanea" debba essere particolarmente breve, né che essa debba essere comunque predeterminata *ab initio*.

Sul punto, con la circolare n. 3/2004, il Ministero del lavoro sostiene che temporaneità significa sostanzialmente "non definitività", almeno nel senso che il distacco non deve essere definitivo e può durare, come si deduce dalle espresse indicazioni ministeriali, fintantoché perdura l'interesse proprio del distaccante.

Che la durata del distacco non debba essere forzatamente predeterminata è dato acquisito già nella giurisprudenza formatasi ante riforma, laddove si era giunti ad affermare che, appunto, «la durata del distacco può essere anche non predeterminata, dovendo la temporaneità accertarsi in relazione all'esistenza, nel datore di lavoro distaccante, di un interesse al distacco» (60).

La non definitività del distacco (61), quindi, potrà coincidere con una durata più o meno lunga e significativa, purché perduri, sostanzialmente identico, l'interesse originario, presentante i caratteri già individuati ed esaminati, che ha mosso fin dall'inizio il datore di lavoro distaccante.

Non è la durata che determina la legittimità dell'interesse, ma è la persistenza dell'interesse a condizionare la liceità della durata: temporaneità non vuol dire,

(59) Il contratto di rete di imprese è disciplinato dall'art. 3, commi 4ter, 4quater e 4quinquies del D.L. n. 5/2009, come convertito dalla legge n. 33/2009 (così come modificato dall'art. 42, commi 2-bis e 2-ter, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché dall'art. 45, commi 1-3, del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 e dall'art. 36, commi 4, 4-bis e 5, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221), secondo cui con il contratto di rete più imprenditori (si ritiene almeno due) perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a

collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso.

(60) Così testualmente Cass. civ., 12 novembre 1984, n. 5708.

(61) Cfr. in giurisprudenza: Cass. civ., 20 marzo 2000 n. 3287 in *Giust. civ.*, 2001, I, 1073 e segg.; Cass. civ., 21 maggio 1998, n. 5102 cit.

pertanto, “brevità”, anzi una esigua brevità del distacco potrebbe non essere garanzia di un effettivo, reale e persistente interesse del distaccante, almeno nei casi in cui si tratti di un distacco orientato alla verifica di programmi o di progetti di un certo peso o richiedenti un particolare impegno (62).

In questo senso, nella circolare n. 28/2005 si trova conferma della centralità che assume il profilo dell’interesse, tale per cui il distacco è “temporaneo” (e cioè legittimo) non quando è “breve”, ma piuttosto nei termini in cui è supportato dal medesimo interesse datoriale che ha spinto il distaccante, muovendolo al distacco.

La temporaneità che legittima il distacco di manodopera, conclusivamente, sarà concretizzata da:

- non definitività del distacco;
- sussistenza e persistenza dell’interesse del distaccante;
- durata coerente con l’intensità e la portata dell’interesse del distaccante.

Distacco illecito

L’art. 18, comma 5-bis, del D.Lgs. n. 276/2003, come novellato dal D.Lgs. n. 8/2016, mostra il lato forte della sistematicità del quadro sanzionatorio che governa la figura (una e trina) della interposizione illecita di manodopera.

In effetti, la configurazione dell’illecito interpositorio viene a caratterizzarsi, correttamente, nelle tre forme della somministrazione abusiva/utilizzazione illecita, dello pseudo-appalto e del distacco illecito, con identica reazione sanzionatoria.

Le tre ipotesi sono senza dubbio riconducibili, per l’appunto, alla unitaria antidoverosità e antiggiuridicità della condotta interpositoria delle mere prestazioni di manodopera, al di fuori degli schemi legali tipizzati della somministrazione di lavoro.

Nessuno può dubitare che il distacco di manodopera risulta tecnicamente costruito come una somministrazione non professionale di lavoro e che come tale viene ad essere fortemente limitato, dal testo di legge e dalle circolari del Ministero del lavoro n. 28/2005 e n. 3/2004, alle ipotesi in cui sussistono i requisiti espressamente e rigidamente stabiliti (art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003).

La somministrazione di lavoro non professionale, *alias* il distacco, se risulta priva dei requisiti della temporaneità e dell’interesse del distaccante, si qualifica, giuridicamente, come somministrazione abusiva/utilizzazione illecita.

Pertanto, nei casi in cui il distacco viene posto in essere senza i caratteri di liceità e di legalità di cui all’art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003, viene materialmente a configurarsi una chiara ipotesi di somministrazione

illecita di manodopera, nelle forme di una più generale “interposizione illecita di manodopera”, alla luce dell’art. 18, comma 5-bis, del D.Lgs. n. 276/2003, come novellato dal D.Lgs. n. 8/2016.

In questo senso esplicitamente Cass. pen., sez. III, 14 marzo 2016, n. 10484, che statuisce: «in assenza di un’espressa esclusione, sono depenalizzate le fattispecie disciplinate dal Decreto Legislativo n. 276 del 2003, articolo 18 punite con la sola pena pecuniaria, tra cui il reato di “appalto illecito” e di “distacco illecito” (articolo 18, comma 5-bis, in relazione, rispettivamente, all’articolo 29, comma 1, e all’articolo 30 comma 1), essendo tali fattispecie di reato, nella loro ipotesi-base, punite con l’ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione».

Lo pseudo-distaccante e lo pseudo-distaccatario che hanno posto in essere, in esecuzione di un distacco fittizio, una mera fornitura o somministrazione di lavoratori, senza interesse e/o in maniera definitiva, sono entrambi soggetti alla sanzione amministrativa pecuniaria pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione.

La sanzione da applicare va calcolata moltiplicando la base monetaria per un coefficiente (il numero dei lavoratori) e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l’altro coefficiente (il numero delle giornate) (63).

D’altronde, l’applicazione delle sanzioni amministrative depenalizzate segue le procedure, i principi e i criteri della legge n. 689/1981 (richiamata dall’art. 6 del D.Lgs. n. 8/2016), sia con riferimento alla notificazione degli illeciti (art. 14, legge n. 689/1981), sia riguardo alla estinzione agevolata dell’illecito con pagamento della sanzione in misura ridotta (art. 16, legge n. 689/1981).

Inoltre, l’importo della sanzione amministrativa concretamente da irrogare (trattandosi di fattispecie sanzionatoria strutturata in misura proporzionale), in base all’art. 1, comma 6, del D.Lgs. n. 8/2016, «è pari all’ammontare della multa o dell’ammenda ma non può, in ogni caso, essere inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000» (cfr. circolare del Ministero del lavoro n. 6/2016).

Ne consegue che quando la somma da calcolo risulta inferiore a 5.000 euro, la sanzione da irrogare va adeguata a tale minimo e su tale importo va calcolata la *sanzione in misura ridotta* (art. 16, legge n. 689/1981).

Mentre la diffida a regolarizzare (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004), in ragione del fatto che trattandosi di condotta materialmente già posta in essere, e non rime-diabile, non può trovare applicazione (64).

(62) Su queste argomentazioni vedi anche M. P. Monaco, // *distacco del lavoratore* cit., pagg. 216 e segg. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., 17 marzo 1998, n. 2880; Cass. civ., 8 febbraio 1985, n. 1013.

(63) Sul punto, i chiarimenti operativi del Ministero del lavoro con nota 21 febbraio 2008, n. 2852, già precedentemente ri-

chiamata.

(64) In questo senso la circolare n. 6/2016 che offre anche un esempio di calcolo: nel caso di utilizzazione di un solo lavoratore per 10 giornate si ha una sanzione amministrativa pari a 500 euro (50 x 10), che essendo inferiore all’importo minimo di riferimento, impone come sanzione da irrogare quella di

Inserto

Peraltro le differenze fra distacco e interposizione illecita si possono agevolmente individuare alla luce della valutazione strutturale della fattispecie che sebbene, in entrambi i casi, si basi su un rapporto trilaterale (imprenditore distaccante, lavoratore distaccato, imprenditore distaccatario), finisce per presentare non poche peculiarità che ne determinano, a seconda dei casi la liceità o meno:

- il distacco è temporaneo e si fonda sull'interesse del distaccante, mentre l'interposizione ha carattere di definitività e si basa sull'interesse (prevalente o esclusivo) dello pseudo-distaccatario;
- il rapporto di lavoro rimane regolarmente sussistente fra l'impresa distaccante e il proprio dipendente, mentre nell'interposizione di manodopera il prestatore è soggetto al potere direttivo, disciplinare, organizzativo e gerarchico del distaccatario-interponente;
- l'impresa distaccante resta il datore di lavoro effettivo, su cui grava l'obbligo di farsi carico di qualsiasi modificazione intervenga nel rapporto durante il distacco in tema retributivo, previdenziale, assicurativo, di sicurezza, contrariamente a quanto accade in occasione di una interposizione, sia pure celata nelle forme di un distacco;
- non vi è alcun vincolo lavorativo espresso di natura subordinata fra impresa distaccataria e lavoratore, sebbene quest'ultimo venga collocato e inserito nell'organizzazione aziendale con uno specifico profilo; nell'organizzazione del distaccatario il lavoratore distaccato mantiene una posizione esterna, sia pure sotto l'aspetto della provenienza e della atipicità, di contro in caso di interposizione egli risulta perfettamente e stabilmente inserito nella realtà aziendale.

L'illecito di interposizione illecita da pseudo-distacco si connota secondo specifici elementi di analisi della fattispecie:

- **distacco illecito**: il comando o distacco del lavoratore si risolve nella esecuzione di mere prestazioni di lavoro da parte dei lavoratori interessati, che vengono occupati di fatto alle immediate direttive dello pseudo-distaccatario e da questi realmente eterodiretti, mancano quindi i requisiti legali che rendono lecito il distacco (art. 30, comma 1);
- **partecipazione psicologica dello pseudo-distaccante e dello pseudo-distaccatario alla fattispecie illecita**: entrambi i soggetti datoriali si rendono corresponsabili, almeno per colpa, della violazione amministrativa avendo posto in essere un distacco fittizio (ovvero simulato) o in sé illecito, senza usare della normale diligenza, prudenza e perizia;
- **effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori distaccati**: i lavoratori oggetto dello pseudo-distacco devono essere stati concretamente impiegati in attività lavorative alle immediate dipendenze dello pseudo-distaccatario, non bastando a realizzare il reato il mero incontro di volontà fra distaccante e distaccatario circa l'utilizzo delle energie lavorative di singoli lavoratori preventivamente individuati ma di fatto non impegnati in alcuna prestazione di lavoro.

Nell'analisi *quoad effectum* va rilevato, come già per l'appalto illecito, che anche qui si realizza un'ipotesi di *illecito permanente*, per effetto del quale la condotta illecita permane nel protrarsi dello svolgimento dell'attività lavorativa da parte dei lavoratori fittiziamente distaccati e illecitamente utilizzati dallo pseudo-distaccatario.

Interposizione illecita da pseudo-distacco	
Illecito	Sanzione
<p>Art. 30, D.Lgs. n. 276/2003 Per aver posto in essere un distacco in assenza dei requisiti di cui all'art. 30, c. 1 del D.Lgs. n. 276/2003 (Pseudo-distaccante e pseudo-distaccatario)</p>	<p>Art. 18, c. 5-bis, primo periodo, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 1, c. 1, 2 e 6, D.Lgs. n. 8/2016 Sanzione amministrativa di € 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. In ogni caso, la sanzione da irrogare non può essere inferiore a € 5.000 né superiore a € 50.000. Diffida (Art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile Sanzione ridotta (Art. 16, legge n. 689/1981): è applicabile ed è pari a € 16,67 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ovvero a € 1.666,67 nel caso sia irrogata la sanzione minima di € 5.000</p>

Distacco illecito con sfruttamento di minori

L'art. 18, comma 5bis secondo periodo, del D.Lgs. n. 276/2003, dopo l'intervento dell'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 8/2016, disciplina un illecito penale a carattere contravvenzionale che punisce il distacco illecito con sfruttamento di minori.

La locuzione "sfruttamento dei minori" fa riferimento al disposto normativo della legge n. 977/1967, come modificata dal D.Lgs. n. 345/1999, relativa all'impiego lavorativo di minori che non hanno compiuto i quindici anni di età e comunque non hanno concluso il periodo di istruzione obbligatoria, nonché agli adolescenti (minori tra i 15 e i 18 anni di età che hanno

5.000 euro che in misura ridotta (art. 16, legge n. 689/1981) è pari a 1.666,67 euro; nel caso in cui però la sanzione derivata dal calcolo è superiore a 5.000 euro, si deve procedere a determinare la sanzione ridotta direttamente sull'importo risultante:

se sono utilizzati 10 lavoratori per 15 giornate si avrà una sanzione di 7.500 euro (50 × 10 × 15), in misura ridotta pari a 2.500 euro.

concluso l'obbligo scolastico) adibiti nelle mansioni, nei processi e nei lavori espressamente considerati dall'art. 6 della legge n. 977/1967 (65).

Ne consegue che ai sensi dell'art. 81, comma 1, c.p. si ha concorso formale eterogeneo di reati stante la rilevanza penale autonoma dello svolgimento di attività lavorativa da parte dei minori per effetto dell'art. 26 della legge n. 977/1967, come sostituito dall'art. 14 del D.Lgs. n. 345/1999, trattandosi di due distinte ipotesi di reato integrate con una medesima azione criminosa realizzata dal somministratore abusivo e dall'utilizzatore illecito da pseudo-distacco.

Lo "sfruttamento" di minori si realizza per l'illegale impiego lavorativo dei minori nel distacco illecito e

dà luogo all'unica ipotesi di reato nella vicenda dello pseudo-distacco, cui si connette la pena dell'ammenda fino a 300 euro per ciascun lavoratore e per ciascuna giornata congiuntamente alla pena detentiva dell'arresto fino a 18 mesi.

Si tratta di una pena a *proporzionalità progressiva*, con base sanzionatoria in misura fissa e coefficiente moltiplicatore variabile in base alle circostanze di fatto, da calcolarsi moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente (cfr. nota del Ministero del lavoro n. 2852/2008).

Distacco illecito con sfruttamento di minori	
Illecito	Sanzione
Art. 30, D.Lgs. n. 276/2003 Per aver posto in essere un distacco in assenza dei requisiti di cui all'art. 30, c. 1 del D.Lgs. n. 276/2003, con sfruttamento di minori. (Pseudo-distaccante e pseudo-distaccatario)	Art. 18, c. 5-bis, secondo periodo, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 1, c. 1, 2 e 6, D.Lgs. n. 8/2016 Arresto fino a 18 mesi e ammenda fino a € 300 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. Prescrizione obbligatoria (art. 15, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile Oblazione (art. 162 c.p.): non può essere ammessa

Sanzioni civili per distacco illecito e fraudolento

Sul piano sanzionatorio civilistico, si tenga presente che l'art. 30, comma 4-bis, pone in capo ai lavoratori interessati dallo pseudo-distacco la facoltà di adire il Giudice per la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dello pseudo-distaccatario, datore di lavoro effettivo.

In caso di distacco illecito, realizzato senza i requisiti legali dell'art. 30, comma 1, dunque, i lavoratori illecitamente distaccati possono proporre ricorso ex art. 414 c.p.c. al Giudice del lavoro al fine di ottenere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore delle prestazioni lavorative rese.

Si tratta in buona sostanza dell'applicazione all'ipotesi di distacco illecito e di pseudo-distacco della disposizione già contenuta nell'art. 27, comma 1 e ora riproposta sostanzialmente nell'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015.

D'altra parte il richiamo all'art. 27, sebbene al disposto del comma 2, è esplicito nell'art. 30, comma 4-

bis, ultimo periodo, a ulteriore conferma del rimando effettuato alla disciplina già in vigore per la somministrazione irregolare, da intendersi ora riferito all'art. 38, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015.

Per effetto dell'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, l'azione che il lavoratore impiegato in uno pseudo-distacco deve attivare ai sensi dell'art. 30, comma 4-bis, è soggetta ai termini di decadenza di cui all'art. 6 della legge n. 604/1966 (66).

Pur essendo abrogato l'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003 ad opera dell'art. 55, comma 1, lettera d), del D.Lgs. n. 81/2015, comportando l'*abolitio criminis* del reato di somministrazione fraudolenta, ciò nondimeno si ritiene possibile una valutazione giuridica del distacco in ipotesi di una utilizzazione fraudolenta dell'istituto, poiché l'accordo negoziale fra pseudo-distaccante e pseudo-distaccatario che hanno operato in frode alla legge, realizzando un'ipotesi di distacco illecito in violazione dei principi e dei criteri di cui all'art. 30, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003, consistente in una mera interposizione di manodopera, facendo rilevare l'illiceità della causa del contratto che finisce per costituire il mezzo per eludere l'applicazione di norme

(65) Così espressamente anche Cass. pen., sez. III, 14 marzo 2016, n. 10484: «qualora il reato de quo (appalto privo dei requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'articolo 30, comma 1) sia commesso mediante lo sfruttamento di minori (che, di regola, si ha con l'avviamento al lavoro di soggetti minori di 15 anni o che non abbiano concluso il periodo di istruzione obbligatoria, o ancora minori compresi tra i 15 e i 18 anni per adibirli ai lavori espressamente vietati dalla legge 17 ottobre 1967, n. 977, articolo 6, come modificato dal Decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 345 e quindi dal Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 262), l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell'arresto

fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo».

(66) Ne deriva che il lavoratore che intende vedersi costituito il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore pseudo-distaccatario deve impugnare (in via giudiziale o stragiudiziale) il distacco in forza del quale ha svolto le proprie prestazioni entro 60 giorni dalla sua cessazione o dalla cessazione del rapporto di lavoro, dovrà poi procedere, entro 180 giorni dall'impugnazione, a pena di inefficacia, a depositare la domanda giudiziale presso il giudice competente o comunicare allo pseudo-distaccatario la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

Inserto

imperative in materia di tutela dei diritti normativi, economici e retribuiti dei lavoratori distaccati (fuggendo dal rispetto degli obblighi, dei limiti e delle condizioni posti dagli artt. 30-40 del D.Lgs. n. 81/2015 in materia di somministrazione lecita di lavoro).

In questo senso il distacco in frode alla legge è, per i principi generali dell'ordinamento, radicalmente nullo per illiceità della *causa negotii* (articoli 1344 e 1418, comma 2, c.c.), inverandosi in una somministrazione priva dei requisiti essenziali di liceità, validità e legittimità.

In particolare in caso di distacco fraudolento si ha la conseguente naturale estensione applicativa del precetto contenuto nell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, a mente del quale in mancanza di un contratto di somministrazione di lavoro stipulato in forma scritta l'accordo negoziale è nullo, con l'effetto sanzionatorio ulteriore per cui a fronte della nullità del contratto di somministrazione i lavoratori - distaccati in questo caso - devono essere considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dello pseudo-distaccatario utilizzatore fraudolento.

Il lavoratore non è sempre considerato dipendente dell'effettivo utilizzatore della prestazione in modo automatico, potendo dipendere dall'iniziativa dello stesso di ricorrere al Giudice, in particolare nei casi di distacco illecito, avvenuto al di fuori dei requisiti di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003. Ferme restando le sanzioni *ex art.* 18 del D.Lgs. n. 276/2003, l'effettivo utilizzatore potrebbe essere considerato a tutti gli effetti il datore di lavoro del personale utilizzato in forza di un distacco illecito con la conseguenza che «tutti gli atti compiuti dal distaccante per la

costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale il distacco ha avuto luogo, s'intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione» (art. 30, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 276/2003). In tali ipotesi l'applicabilità della norma esclude la possibile applicazione delle sanzioni per lavoro sommerso (maxisanzione e provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale) e delle altre sanzioni amministrative relative agli adempimenti di costituzione e gestione del rapporto di lavoro (comunicazione di instaurazione del rapporto, dichiarazione di assunzione, libro unico del lavoro). Si ritengono comunque inapplicabili tali sanzioni anche nelle ipotesi in cui il distacco sia illecito e ad esso non segua l'iniziativa giudiziale del lavoratore, trattandosi di fattispecie che ha per presupposto una utilizzazione dei lavoratori avvenuta in forza di un accordo tra distaccante e distaccatario utilizzatore verificabile in base agli adempimenti retributivi e contributivi in capo al distaccante. Esiste, quindi, una "tracciabilità" circa l'esistenza di un rapporto di lavoro ed i connessi adempimenti gestionali che, pur facendo capo ad un datore di lavoro che non è l'effettivo utilizzatore delle prestazioni, inducono a ritenere tali comportamenti meno lesivi rispetto a chi ricorre al lavoro sommerso. Ne consegue che non sarebbe in linea «con il quadro normativo e con i criteri di ragionevolezza che sottendono l'interpretazione del complessivo assetto della disciplina sanzionatoria» applicare oltre alle sanzioni per il distacco illecito anche le sanzioni amministrative per lavoro sommerso o legate agli adempimenti gestionali del rapporto di lavoro (risposta ad interpello n. 27 del 7 novembre 2014 del Ministero del lavoro).

Sanzioni civili per distacco illecito e fraudolento	
Illecito	Sanzione civile
<p>Art. 30, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003</p> <p>Distacco illecito</p> <p>Per aver realizzato un distacco, ponendo uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto, senza l'esigenza di soddisfare un proprio interesse, senza una effettiva temporaneità e senza finalizzare l'operazione alla esecuzione di una determinata attività lavorativa.</p>	<p>Art. 30, c. 4-bis, D.Lgs. n. 276/2003 - Artt. 1418-1424 c.c.</p> <p>Il lavoratore ha la facoltà di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore o pseudo-distaccatario (il distacco è nullo per contrasto con norme imperative).</p>
<p>Art. 30, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 38, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Distacco fraudolento</p> <p>Per avere posto in essere un distacco consistente in una mera interposizione di manodopera in violazione delle norme imperative in materia di somministrazione di lavoro, inverandosi in una somministrazione senza contratto scritto.</p>	<p>Art. 38, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015 - Artt. 1344-1418 c.c.</p> <p>Il distacco è nullo perché in frode alla legge, il lavoratore è considerato a tutti gli effetti alle dirette dipendenze dell'utilizzatore (pseudo-distaccatario)</p>