

Esterneizzazioni

Le regole dell'appalto

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow (*)

L'appalto è un *contratto "di risultato"* (Cass. 29 gennaio 1983, n. 821), mediante il quale una parte, che prende la denominazione di "appaltatore", assume, con organizzazione di mezzi e con gestione a proprio rischio, l'obbligazione per l'altra parte, denominata "appaltante" o "committente", di compiere un'opera o di prestare un servizio, verso un corrispettivo: tale definizione, ricavata espressamente dalla disciplina prevista dal Codice civile (artt. 1655-1677), deve integrarsi con il dettato normativo dell'art. 29, D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

Sotto il profilo di una indagine volta a rilevare gli ambiti normativi ed operativi di un genuino contratto di appalto (di opere o di servizi) - anche con riferimento alla "tenuta" del contratto e alle tutele per i lavoratori nel contesto della solidarietà fra i soggetti datoriali interessati - va preliminarmente evidenziato come questa tipologia negoziale si caratterizza per essere attuata, 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 (ma anche autonomo).

Occorre poi tenere conto dei chiarimenti e delle Linee guida offerti dal Ministero del lavoro con l'importante circolare n. 5 dell'11 febbraio 2011, nonché per i profili connessi alla solidarietà fra committente, appaltatore e subappaltatore anche delle modifiche recentemente introdotte dall'art. 2, Decreto legge 17 marzo 2017, n. 25, convertito dalla legge 20 aprile 2017, n. 49.

Caratteristiche e tipologie

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 sanzionatoria 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, D.Lgs. n. 276/2003, qualunque comportamento negoziale (appalto, fornitura, contratto d'opera) posto in essere da due datori di lavoro che coincida di fatto con una *somministrazione di manodopera da parte di un soggetto non autorizzato*.

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

Se così è, allora, appare evidente, oggi, nel diritto del lavoro riformato, come ieri, la necessità di individuare alcuni *indici rivelatori della non "genuinità" dell'appalto*, che consentano all'interprete di applicare correttamente gli ambiti di tutela normativamente previsti, e in questo senso si muove la circolare n. 5/2011.

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

(*) L'Autore è anche dirigente dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

Percorsi

l'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.

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

In questa prospettiva appare interessante leggere la massima di una 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 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, legge n. 1369/1960" (Cass. civ., sez. lav., 27 gennaio 2005, n. 1676).

Requisiti ed elementi essenziali

In giurisprudenza sono stati elaborati **indici e criteri rivelatori** essenziali per identificare un **appalto non genuino** 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, 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 considera-

zione 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 un'auto-noma organizzazione funzionale e gestionale uno dei criteri indiziari, ben è vero il principale, per riconoscere una fattispecie di interposizione illecita ovvero, con dizione più adatta ai nuovi tempi, di un appalto "non genuino".

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

D'altro canto, 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".

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

In tal senso la giurisprudenza ha, in effetti, statuito che si ha ugualmente interposizione di manodopera anche nel caso in cui l'appaltatore è fornito di una propria effettiva e autonoma organizzazione imprenditoriale, quando egli, **di fatto, si limita a prestare soltanto la manodopera, senza assumere su di sé alcun rischio economico** nell'esecuzione dei lavori appaltati (Cass. civ., sez. lav., 2 aprile 1997, n. 3063; Cass. civ., sez. lav., 12 marzo 1996, n. 2014).

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 indiziaro**, si potrebbe dire rivelatore di una interposizione illecita, anche secondo i parametri di valutazione dell'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003, ma l'**indagine ispettiva** dovrà volgersi, in modo significativo e rilevante, più che verso i soggetti del contratto di appalto, verso **la concreta natura e la 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 (Pret. Reggio Emilia 25 marzo 1992).

In argomento la circolare n. 22 del 7 novembre 1961 del Ministero del lavoro sottolinea che in caso, ad esempio, di lavori complementari nell'edilizia, occorre accertare essi vengano svolti da un'impresa che riveste tale fisionomia sia sotto il profilo tecnico, come dal punto di vista economico ed organizzativo, con esclusione di mere prestazioni di manodopera fornite da organismi che dell'impresa hanno veste formale, ma non i caratteri essenziali.

Ulteriori **indici di assenza dell'autonomia organizzativa** possono essere (Cass. civ., sez. lav., 4 luglio 1996, n. 6092; Cass. civ., sez. lav., 27 maggio 1996, n. 4862; Pret. Firenze 17 luglio 1998; Trib. Venezia 20 novembre 1995):

- 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

Percorsi

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. 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 (Trib. Milano 16 novembre 1983; Cass. civ., sez. lav., 5 maggio 1979, n. 2580).

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 la effettuazione del servizio.

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

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

L'art. 29, 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". Si ha invece interposizione illecita, e cioè mera fornitura di manodopera, 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".

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 e tecnologici complessivamente intesi, ma anche, più semplicemente, i servizi di pulizia, nelle loro poliedriche e molteplici manifestazioni, laddove il riferimento esplicito del legislatore all'organizzazione dei mezzi "necessari" e quindi il richiamo al concetto dato dal binomio "necessità-sufficienza" sembrano chiaro indizio di recepimento, finanche letterale, delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza più avveduta e maggiormente aperta alle esternalizzazioni dell'era post-industriale (*ex multis*, fra le pronunce di legittimità: Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337; Cass. 12 dicembre 2001, n. 15665; Cass. 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro It.*, 1992, I, 523. Anche nella giurisprudenza di merito si vedano: Trib. Monza 12 giugno 2002, in *Giur. milanese*, 2002, pag. 375;

Trib. Firenze 9 marzo 2001, in *Foro tosc.*, 2002, pag. 249).

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

In buona sostanza 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, D.Lgs. n. 276/2003, il quale con riferimento al contratto d'appalto, appunto, parla di rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore. Non si tratta di una articolazione contrapposta dei criteri utilizzati dal legislatore nell'art. 29: il legislatore, con riguardo al complesso tema della certificazione dei contratti di appalto, si limita a ribadire i requisiti di liceità ("genuinità") dell'appalto secondo l'accezione più generale ed ampia di "mezzi", come ricavabile dalla consolidata opzione ermeneutica sopra enucleata.

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, D.Lgs. n. 276/2003, è, senza dubbio, sia pure con una interpretazione *a contrario*, la *titolarità in capo all'interponente dei poteri direttivi e di ingerenza*, tipici del datore di lavoro, relativamente alla materiale esecuzione della prestazione lavorativa commissionata al presunto appaltatore.

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

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

Peraltro, è considerata necessaria l'esclusione piena, o similmente tale, dell'appaltatore, formale datore di lavoro, dall'esercizio libero ed effettivo della propria iniziativa imprenditoriale e della sua autonomia funzionale, così da relegarlo da vero appaltatore datore di lavoro a mero intermediario di direttive partorite e dettate dal committente, in maniera del tutto svincolata da qualsivoglia rapporto commerciale o contrattuale con l'appaltatore medesimo (Cass. civ., sez. lav., 26 ottobre 1982, n. 5598; Pret. Sestri Ponente 13 gennaio 1989).

Tali presupposti sembrano evidenti in alcune circostanze chiaramente estrinsecate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (Cass. civ., sez. lav., 22 settembre 1999, n. 10314; Cass. civ., sez. lav., 23 aprile 1999, n. 4046; Trib. Roma 27 marzo 1997; Trib. Roma 12 dicembre 1996):

- 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, deciden-

Percorsi

do 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.

Deve 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 (Trib. Roma 29 marzo 2010).

D'altra parte, per considerare sussistente un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato fra lavoratori forniti da chi figura, 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 (Cass. civ., sez. lav., 10 luglio 1987, n. 6058; Cass. civ., sez. lav., 31 marzo 1987, n. 3092).

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 (Cass. civ., sez. lav., 13 luglio 1998 n. 6860; Pret. Torino 17 gennaio 1994).

In questa prospettiva va assunta come riferimento la posizione assunta dal *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 direttamente l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto.

Il Tribunale di Milano, nella sentenza menzionata, ha 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, 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

ti 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 da 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”*. Dalla sentenza n. 4110/2006 del Tribunale milanese, dunque, si ricava propriamente che, ai sensi dell'art. 29, 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

L'abrogato art. 1, comma 3, legge n. 1369/1960 affermava, testualmente: è considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere e servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante. Si aveva, quindi, nel previgente sistema normativo, una presunzione assoluta di appalto illecito di manodopera, frutto di una valutazione legislativa preventiva, basata sull'osservazione 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 (Cass., sez. un., 19 ottobre 1990, n. 10183; Pret. Milano 29 dicembre 1998; Pret. Napoli 4 aprile 1998; Pret. Foggia 22 gennaio 1998).

Peraltro, in giurisprudenza si era ritenuto anche che la norma citata non rappresentasse una fattispecie autonoma e che non esaurisse la fenomenologia interpositiva nel suo complesso, ma, piuttosto, si ponesse 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 (Cass. civ., sez. lav., 13 luglio 1998, n. 6860).

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, D.Lgs. n. 276/2003. Le pronunce, di merito e di legittimità, si concentrano su una figura di appaltatore che si limita ad assumere la manodopera, a fronte di un committente che provvede a tutti i mezzi necessari e sufficienti alla realizzazione dell'opera o all'esecuzione del servizio. Unanimemente, tuttavia, dottrina e giurisprudenza hanno optato per un'applicazione meno rigorosa della disposizione in argomento: si è sostenuto, infatti, che non è sufficiente a determinare l'interposizione illecita di manodopera un conferimento finanziario e strumentale minimo, richiedendosi invece che la rilevanza di tale

Percorsi

apporto da parte del committente risulti tale da “rendere assolutamente marginale o insignificante il contributo organizzativo dell'appaltatore” (Cass. civ., sez. lav., 31 dicembre 1993, n. 13015; Pret. Napoli 4 aprile 1998).

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. 1369/1960, solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore (Cass. civ., sez. lav., 19 novembre 2010, n. 23495).

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 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, 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 (Cass. civ., sez. lav., 29 gennaio 1999 n. 1214).

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

Ugualmente non può ricondursi nell'alveo della somministrazione illecita di manodopera la fattispecie che vede l'appaltatore svolgere il servizio commissionatogli - elaborazione dati, creazione *data base* - operando su attrezzature e macchinari - *hardware* - del committente impiegando personale e beni immateriali quali *software* e *know-how* informatico (Cass., sez. un., 10 ottobre 1990 n. 1018; Pret. Milano 30 aprile 1998; Trib. Firenze 19 maggio 1999).

Proprio in ragione di quanto ora detto, la congruità, la non marginalità e la significanza dell'apporto organizzativo “*dei mezzi necessari*” da parte dell'appaltatore andranno valutate caso per caso, in concreto, esaminando l'oggetto e il contenuto sostanziale e intrinseco del contratto di appalto stipulato fra i soggetti interessati, a nulla valendo eventuali dichiarazioni contrattuali d'intenti, volte ad affermare la disponibilità di capitali, attrezzature e macchinari che poi concretamente non vengono utilizzati, ricorrendo a quelli messi a disposizione dal committente, in assenza

di caratterizzazioni dell'opera o del servizio (appalto "smaterializzato o immateriale") che giustifichino un contributo organizzativo di più basso profilo al limite ricondotto al solo esercizio del potere direttivo nei confronti dei lavoratori impegnati nell'appalto.

Rimane poi da valutare la **complessiva compatibilità della presunzione esaminata con l'ineluttabile e progressivo sviluppo 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.

Come sottolineato dalla circolare 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.

Natura delle prestazioni lavorative

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 (Trib. Siracusa, 5 agosto 1991):

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

Tipologia e natura del compenso

Da ultimo, occorre valutare quale elemento distintivo di una fattispecie interpositoria illecita la **determinazione e la tipologia del compenso spettante all'appaltatore**. Tale criterio, per la verità, è strettamente **connesso al fondamentale requisito costituito dall'assunzione del rischio**

d'impresa, testualmente richiamato dall'art. 29, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003, e dei conseguenti oneri accessori (Cass., civ., sez. lav., 18 dicembre 1993 n. 11525).

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 singole voci che compongono il costo del lavoro, in assenza dell'esercizio del potere direttivo e organizzativo nei confronti dei dipendenti impiegati nell'appalto (Cass., civ., sez. lav., 11 maggio 1994, n. 4585).

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 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 (Cass., sez. un., 19 ottobre 1990, n. 10183; Pret. Milano 30 giugno 1981; Pret. Torino 7 luglio 1980).

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 interpositivo rileva, sul piano sanzionatorio, 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, D.Lgs. n. 276/2003 e gli

Percorsi

artt. 30-40, D.Lgs. n. 81/2015, destinati, rispettivamente, a sanzionare e prevenire l'appalto di mere prestazioni di lavoro (al di fuori degli schemi legali della somministrazione di lavoro).

Tutele retributive

Gli obblighi di tipo retributivo connessi al corretto utilizzo dell'appalto sono particolarmente evidenziati dalla circolare n. 5/2011, anzitutto con riguardo agli appalti privati, rispetto ai quali si segnala come i **trattamenti retributivi minimi** che devono essere garantiti ai lavoratori utilizzati nell'appalto rimane affidata alla **contrattazione collettiva**, per cui, pur restando fermo, ovviamente, quanto disposto dall'art. 36, Costituzione e dall'art. 36, Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300) si possono verificare delle diversificazioni salariali, nel contesto dello stesso appalto, fra i dipendenti dell'appaltatore e quelli del committente che svolgono prestazioni in astratto omogenee o comunque analoghe o comparabili (ciò contrariamente a quanto accade nelle ipotesi di somministrazione di lavoro, dove, per effetto dell'art. 23, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003, ai dipendenti del somministratore deve essere assicurato un trattamento retributivo commisurato a quello dei dipendenti dell'utilizzatore).

D'altro canto, la circolare n. 5/2011, sottolinea che per effetto dell'art. 1, comma 1175, legge 27 dicembre 2006, n. 296, per poter fruire dei **benefici normativi e contributivi** (come enucleati nella circolare n. 5 del 30 gennaio 2008 del Ministero del lavoro) vi è un obbligo generalizzato al rispetto *“degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*.

Ciò indubbiamente si volge a favorire una *“applicazione delle tariffe minime retributive previste dalla contrattazione collettiva”* e il rispetto delle norme contrattuali relative al personale nei casi di cambio di appalto.

La circolare n. 5/2011, sottolinea come questa tutela si faccia *“ancor più stringente”* nel contesto degli appalti e dei subappalti che si sviluppano nel settore edile, nel quale rileva in maniera significativa l'impatto della corretta e integrale applicazione della parte economico-normativa del

Ccnl, anche con riferimento alla iscrizione alla Cassa edile e al relativo versamento della contribuzione al medesimo organismo bilaterale, in ragione del rilascio del Durc in assenza del quale viene meno lo stesso titolo ad edificare.

Sempre dal Ministero giunge l'ulteriore sottolineatura circa il rilievo della tutela economica dei lavoratori impegnati nell'appalto nell'ambito di aziende appartenenti al settore dell'artigianato, anche per quanto attiene l'integrale rispetto delle disposizioni in ordine alla adesione al sistema della bilateralità, ovvero all'applicazione delle norme della parte economico-normativa del Ccnl con la corresponsione del previsto elemento aggiuntivo della retribuzione per il quale lo stesso Ministero del lavoro si era espresso con la precedente circolare n. 43 del 15 dicembre 2010 per chiarire che lo stesso è volto a garantire *“condizioni di effettiva equivalenza retributiva”*.

Solidarietà retributiva e previdenziale

In materia di responsabilità solidale tra committente, appaltatore e subappaltatore, relativamente ai **trattamenti retributivi ed ai contributi previdenziali da corrispondere ai lavoratori**, rileva quanto previsto dall'art. 29, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003, dapprima modificato dall'art. 1, comma 911, legge n. 296/2006 e dall'art. 2, D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni nella legge 4 aprile 2012, n. 35, e ancora dal D.L. n. 76/2013, convertito dalla legge n. 99/2013, da ultimo ulteriormente emendato dall'art. 2 del D.L. 17 marzo 2017, n. 25, convertito dalla legge 20 aprile 2017, n. 49.

In particolare, con l'art. 4, comma 31, legge 28 giugno 2012, n. 92 la disposizione era stata modificata per attribuire ai contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore la facoltà di *“individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti”*. Veniva così introdotta, in via generale, la possibilità per la contrattazione collettiva di prevedere deroghe all'obbligazione solidale, mediante specifici metodi e peculiari procedimenti che possono essere attivati per controllare e verificare la regolarità degli appalti. Sul punto il Vademecum adottato dal Ministero del lavoro con Lettera circolare n. 7258 del 22 aprile 2013 aveva specificato che

“l’esclusione della responsabilità solidale in forza della deroga operata da parte della contrattazione collettiva nazionale sembrerebbe poter afferire ai trattamenti retributivi e non invece alle obbligazioni previdenziali e assicurative di natura pubblicistica maturate nei confronti degli Istituti, intesi quali soggetti terzi rispetto agli accordi derogatori intercorsi tra le parti sociali”. Sul l’argomento, il D.L. n. 76/2013, convertito dalla legge n. 99/2013, era poi intervenuto a chiarire in modo definitivo che la contrattazione collettiva poteva incidere soltanto sulla responsabilità solidale retributiva, senza alcun effetto sui contributi previdenziali e assistenziali.

L’art. 2 del D.L. n. 25/2017, convertito dalla legge n. 49/2017, da ultimo, abroga del tutto la deroga espressa in precedenza riconosciuta alla contrattazione collettiva nazionale di lavoro.

D’altra parte, sembra permanere (anche per effetto dell’abrogazione operata dal D.L. n. 25/2017, convertito dalla legge n. 49/2017) una concreta e più immediata possibilità di **deroga al regime della solidarietà negli appalti** già disciplinata nell’ordinamento giuslavoristico dall’art. 8, comma 2, lett. c), D.L. n. 138/2011, così come convertito con modificazioni dalla legge n. 148/2011, che affida tale facoltà a specifiche **intese, realizzate nei contratti collettivi di prossimità** (sottoscritti a livello aziendale o territoriale).

Rimane confermato il **termine di decadenza posto in capo ai lavoratori creditori** dell’appaltatore per proporre la relativa azione nei confronti del committente: non più uno ma **due anni dalla cessazione dell’appalto**.

D’altronde, la solidarietà del committente non è più estesa soltanto ai lavoratori dell’appaltatore, ma anche a quelli che operano nell’appalto per ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori.

Sul punto, peraltro, il Ministero del lavoro con nota n. 7140 del 13 aprile 2012, ha chiarito che il termine di decadenza per l’esercizio della responsabilità solidale fra appaltatore e subappaltatore **decorre dal termine effettivo dei lavori da parte del subappaltatore** e non già dalla cessazione dell’appalto, mentre la circolare n. 5/2011 aveva già segnalato che il limite temporale entro cui i lavoratori possono azionare i propri diritti retributivi nei confronti del committente, per farne valere la responsabilità solidale (in quanto obbligato in solido con l’appaltatore, nonché con

gli eventuali subappaltatori) quali creditori delle somme dovute a titolo di trattamento retributivo, costituisce un termine di decadenza, come sancito anche dalla giurisprudenza (Trib. Milano, n. 4093 del 15 settembre 2011 e n. 4647 del 7 ottobre 2011).

La circolare n. 5/2011 ha precisato che, “*trattandosi di diritti relativi a oneri sia retributivi che previdenziali*”, la **decadenza biennale** introdotta dalla legge n. 296/2006 **deve intendersi operante non soltanto con riferimento all’esercizio della azione da parte del lavoratore, ma anche da parte degli Istituti previdenziali**, creditori delle somme dovute a titolo di contributi, per il relativo recupero dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi dovuti.

D’altro canto, per quanto attiene all’aspetto contributivo la circolare ministeriale evidenzia che il termine decadenziale di due anni si riferisce solo alla azione dell’Istituto previdenziale nei confronti del responsabile solidale, mentre deve ritenersi intatta “*l’ordinaria prescrizione quinquennale prevista per il recupero contributivo nei confronti del datore di lavoro inadempiente (appaltatore o eventuale subappaltatore)*”.

Inoltre appare chiaro come il D.L. n. 5/2012 abbia inteso ridefinire l’ambito di applicazione del regime di solidarietà ai fini retributivi, con riguardo alla possibilità per i lavoratori di far valere i propri crediti patrimoniali, maturati in costanza dello svolgimento dell’appalto o del subappalto, nei confronti del committente o dell’appaltatore, rispetto al datore di lavoro (appaltatore o subappaltatore) che non ha adempiuto. La norma, infatti, estende espressamente l’**obbligazione solidale alle quote del Tfr**, ampliando la portata operativa della locuzione “*trattamenti retributivi*” consentendo ai lavoratori di ricomprendere nel concetto oltre alla retribuzione diretta e indiretta, anche quella differita, con esplicito richiamo testuale alle “*quote di trattamento di fine rapporto*”, peraltro richiamate a titolo meramente esemplificativo e *ad includendum* (“comprese”).

Altra novità attiene all’importante e duplice chiarimento offerto dall’art. 21, D.L. n. 5/2012 circa il valore di riferimento dell’obbligo di solidarietà ai fini previdenziali: da un lato la previsione - da valersi quasi come norma di interpretazione autentica - riguardo alla circostanza che l’obbligazione solidale si estende oltre che ai contributi previdenziali (Inps) anche ai premi assicurativi

Percorsi

(Inail); dall'altro lato **la responsabilità solidale** sancita dall'art. 29, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003, **non si estende alle sanzioni civili**, delle quali rimangono responsabili esclusivi l'appaltatore o l'eventuale subappaltatore.

Rimane pienamente valido quanto chiarito dalla circolare n. 5/2011 a proposito della nozione di "lavoratori", rispetto alle tutele riconosciute nei confronti dei responsabili in solido, dovendosi ricomprendere non soltanto i **lavoratori subordinati**, ma anche la **generalità dei lavoratori impiegati nell'appalto a prescindere dalla tipologia contrattuale adottata**, compresi i **lavoratori irregolarmente occupati**.

Con riferimento all'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003, infatti, la circolare ministeriale n. 5/2011 precisa che l'utilizzo da parte del legislatore del concetto di "lavoratori" nel corpo della disposizione per indicare i "beneficiari delle tutele poste dal regime della responsabilità solidale", consente di sostenere legittimamente che la responsabilità solidale deve estendersi non solo ai lavoratori subordinati, ma anche alla generalità dei "soggetti impiegati nell'appalto con diverse tipologie contrattuali (ad es. collaboratori a progetto e associati in partecipazione)". Sul tema il *Vademecum* ministeriale del 22 aprile 2013 aveva ribadito ulteriormente "la norma utilizza la locuzione "lavoratori" senza distinguere tra le fattispecie di lavoro subordinato o autonomo. Sembrerebbe, pertanto, ragionevole interpretare la disposizione in senso garantista nei confronti di ciascuna tipologia di lavoratori coinvolti nell'esecuzione dell'appalto". L'interpretazione ministeriale ha trovato definitivo sostegno nel D.L. n. 76/2013 (art. 9, comma 1) il quale ha definitivamente statuito (piuttosto laconicamente) che la responsabilità solidale lavoristica è estesa anche ai "lavoratori autonomi". La successiva circolare n. 35/2013 del Ministero del lavoro ha chiarito a riguardo che la norma deve intendersi limitata sostanzialmente ai **collaboratori coordinati e continuativi** (a progetto e non) impiegati nell'appalto e non anche ai "lavoratori autonomi che sono tenuti in via esclusiva all'assolvimento dei relativi oneri".

Sotto altro profilo lo stesso regime di responsabilità solidale deve operare per la tutela di tutti i lavoratori comunque impiegati nell'appalto o nel subappalto compresi, quindi, i lavoratori irregolarmente occupati ("in nero"). I trattamenti retri-

butivi, i premi assicurativi e i contributi previdenziali sono riferiti al solo periodo di esecuzione del contratto di appalto, non potendosi estendere a periodi ulteriori e differenti, sebbene relativi al medesimo rapporto di lavoro, ma per nulla attinenti all'appalto o al subappalto.

La circolare n. 2 del 16 febbraio 2012 del Ministero del lavoro ha riconosciuto subito come sia "significativa" la modifica operata dall'art. 21, D.L. n. 5/2012, in materia di responsabilità solidale negli appalti.

Sempre nella circolare n. 2/2012 si afferma che il Decreto "semplificazioni" ha potuto chiarire "l'ambito della responsabilità solidale tra committente, appaltatore e subappaltatore prevista dall'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003".

Una speciale attenzione viene dedicata dalla circolare ministeriale del 16 febbraio 2012 alla solidarietà sul profilo retributivo che in base alla nuova formulazione normativa finisce per comprendere anche le **quote di trattamento di fine rapporto**, "eliminando ogni ipotesi interpretativa volta ad addebitare al responsabile in solido l'intero ammontare del Tfr dovuto al lavoratore dell'appaltatore/subappaltatore che, durante il periodo di svolgimento dell'appalto, abbia maturato il diritto al trattamento".

Quale "ulteriore precisazione" la circolare n. 2/2012 evidenzia come il D.L. n. 5/2012 "esclude invece espressamente dall'ambito della responsabilità solidale qualsiasi obbligo per le sanzioni civili" delle quali **deve rispondere soltanto il responsabile dell'inadempimento**.

L'art. 2, D.L. n. 25/2017, convertito dalla legge n. 49/2017, interviene anche sull'ultima parte del comma 2 dell'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003 dove trovavano rilievo alcuni profili processuali specifici, con riferimento al giudizio già introdotto con apposito ricorso dai lavoratori dell'appaltatore o del subappaltatore. L'art. 4, comma 31, legge n. 92/2012 aveva introdotto la possibilità per il committente convenuto in giudizio unitamente all'appaltatore e agli eventuali subappaltatori di eccepire il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori, sancendo che il committente doveva essere sempre convenuto in giudizio congiuntamente all'appaltatore (litisconsorzio necessario) e introducendo l'eccezione di preventiva escussione (*beneficium excussionis*) sia riguardo al patrimonio dell'appaltatore che a quello dei

subappaltatori eventualmente rientranti nella filiera dell'appalto. Conseguentemente l'azione esecutiva da parte dei lavoratori poteva essere avviata nei confronti del committente soltanto dopo l'escussione infruttuosa del patrimonio dell'appaltatore e di quello degli eventuali subappaltatori. Con la modifica introdotta dall'art. 2, D.L. n. 25/2017, convertito dalla legge n. 49/2017, invece, ***i lavoratori possono agire direttamente nei confronti del committente.***

Da ultimo la norma sancisce - ma la previsione rende esplicito un principio cardine dell'Ordinamento rispetto al regime delle obbligazioni solidali civilistiche - che il committente che effettua il pagamento delle somme dovute ai lavoratori a titolo di retribuzione (nel senso oggettivamente estensivo) ovvero agli Istituti previdenziali (per i contributi e i premi dovuti e omessi) è legittimato ad esercitare l'azione di regresso nei confronti dell'obbligato principale, seguendo le regole generali fissate dall'art. 1299 c.c. che introduce questo specifico strumento giuridico finalizzato a ripristinare l'equilibrio nei rapporti interni fra i coobbligati.

Peraltro, l'art. 28, comma 2, D.Lgs. n. 175 del 21 novembre 2014 ha modificato l'art. 29, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003 prevedendo che quando il committente provvede al pagamento è tenuto, nei casi previsti, ad assolvere gli obblighi propri del sostituto di imposta. La circolare dell'Agenzia delle entrate n. 31/E del 30 dicembre 2014 ha specificato che l'obbligo di assolvere gli adempimenti del sostituto d'imposta, ai sensi del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, ha natura confermativa di un principio di carattere generale in materia di sostituzione d'imposta (cfr. Risoluzione n. 481/E del 2008 che sanciva l'obbligo per il committente di assolvere gli adempimenti del sostituto d'imposta per i pagamenti effettuati ai dipendenti dell'appaltatore a seguito delle azioni proposte ai sensi dell'art. 1676 c.c.).

Tornando ai profili generali di tutela solidale in materia di appalti, il Ministero del lavoro nella circolare n. 5/2011 ricorda come in tema di responsabilità solidale rilevi quanto previsto dall'art. 1676 c.c., secondo cui ***“coloro che, alle dipendente dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il com-***

mittente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda”. Come sottolinea la circolare ministeriale la disposizione codicistica non pone ***“limiti di carattere temporale per l'azione per il riconoscimento delle retribuzioni dovute”***, ma introduce un limite tutt'affatto differente che la circolare ministeriale definisce ***“di carattere quantitativo”***, consistente nel ***debito residuo del committente verso l'appaltatore*** al momento in cui è proposta la domanda.

La circolare n. 5/2011, quindi, conclude chiarendo che ***“trascorso il termine di due anni dalla cessazione dell'appalto previsto dall'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003, resta in ogni caso possibile l'esercizio della azione diretta ex art. 1676 c.c. nei confronti del committente, azione che consente di conseguire la retribuzione entro il limite del debito che il committente ha verso l'appaltatore”***.

Peraltro, la responsabilità solidale del committente (nei confronti di appaltatore e subappaltatori) e dell'appaltatore (nei confronti dei subappaltatori) opera con riferimento alle ipotesi di appalto ***“lecito”***, e cioè ***“genuino”***. Al contrario, come precisato da Cass. civ., sez. Un., 26 ottobre 2006, n. 22910, ***la solidarietà illustrata non opera nei casi di interposizione illecita per pseudo-appalto***, secondo il principio affermato per cui, in caso di appalto illecito e fraudolento, la nullità del contratto di appalto comporta che ***“solo sull'appaltante (o interponente) gravano gli obblighi in materia di trattamento economico e normativo scaturenti dal rapporto di lavoro nonché gli obblighi in materia di assicurazioni sociali, non potendosi configurare una (concorrente) responsabilità dell'appaltatore (o interposto) in virtù dell'apparenza del diritto e dell'apparente titolarità del rapporto di lavoro stante la specificità del suddetto rapporto e la rilevanza sociale degli interessi ad esso sottesi”*** (cfr. anche Cass. civ. 16 febbraio 2009, n. 3707).

Con specifico riferimento all'obbligazione solidale contributiva dell'appaltatore con il subappaltatore, la circolare Inps n. 106 del 10 agosto 2012 chiarisce che, a far data dal 29 aprile 2012, il regime previsto per il committente obbligato in solido va esteso anche all'appaltatore chiamato in solidarietà per il debito previdenziale del subappaltatore verso i lavoratori impiegati nel subappalto.

Percorsi

I chiarimenti dell'Istituto previdenziale, infatti, puntualizzano che fino al 28 aprile 2012, ai sensi del testo previgente dell'art. 35, comma 28, D.L. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, in legge n. 248/2006, il vincolo di solidarietà dell'appaltatore è “*senza limiti economici*” e “*non è soggetto a termini di decadenza*” (con applicazione soltanto del termine legale di prescrizione contributiva), sebbene la disposizione (che fa espresso riferimento ai “*redditi di lavoro dipendente*”), come rilevato dalla circolare n. 5/2011 può trovare applicazione “esclusivamente con riferimento alle prestazioni rese da lavoratori subordinati” che devono essere “regolarmente iscritti al Lul” o comunque oggetto di “*comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro*” come ribadito dalla circolare Inps n. 106/2012.

Quanto al regime normativo attuale, ai sensi dell'art. 29, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003, l'Inps nella circolare n. 106/2012 rinvia all'orientamento giurisprudenziale (Cass. civ., sez. lav., 7 marzo 2008, n. 6208) che considera il contratto di subappalto come un appalto “*che si caratterizza, rispetto al contratto-tipo, solo per essere un contratto derivato da altro contratto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto*”. Una interpretazione che assicura senz'altro una migliore tutela ai lavoratori ausiliari del subappaltatore, “*atta a preservarli dal rischio dell'inadempimento di questi*”.

Sul piano della vigilanza la circolare Inps n. 106/2012 detta apposite istruzioni operative per una “*uniforme redazione del verbale unico di accertamento*” stabilendo che qualora **accerti la solidarietà nell'obbligazione contributiva l'ispettore deve “comunicare all'obbligato in solido il verbale di accertamento già notificato all'obbligato principale”. Il verbale ispettivo deve essere “*congruamente motivato*” e contenere “*l'esposizione dettagliata dei fatti presupposto dell'addebito*”, con specifico riferimento anche a: elenco dei lavoratori interessati, periodi di lavoro riferiti a ciascun lavoratore, riferimenti normativi da cui sorge l'obbligazione solidale. Secondo la circolare Inps n. 106/2012, inoltre, il **verbale ispettivo deve contenere** i dati anagrafici, fiscali e contributivi relativi all'obbligato principale e agli obbligati solidali, mentre l'addebito contributivo deve “*evidenziare, distintamente per ciascuno degli obbligati solidali, l'importo della contribuzione dovuta*”, nonché “*delle somme aggiuntive*”**

quando dovute secondo il regime normativo applicabile. L'Istituto chiarisce poi che la comunicazione del verbale di accertamento al committente o all'appaltatore obbligato in solido non determina l'iscrizione a bilancio di un'ulteriore partita di credito, per cui non deve essere attribuita all'obbligato solidale una apposita posizione contributiva (matricola).

Appalto illecito

Se l'**appalto viene ritenuto illegittimo e quindi illecito**, perché **privo dei requisiti legali** di cui all'art. 29, comma 1, 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, Decreto, 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. Quanto ai profili sanzionatori, l'art. 18, comma 5-bis, D.Lgs. n. 276/2003, deve essere letto in uno con la novella legislativa introdotta dall'art. 1, 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 (art. 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, 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.

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).

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.

Ai sensi dell'art. 18, comma 5-bis, 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 amministrativa 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.

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'al-

tro coefficiente (il numero delle giornate), come chiarito dal Ministero del lavoro con nota 21 febbraio 2008, n. 2852.

D'altronde, l'applicazione delle sanzioni amministrative depenalizzate segue le procedure, i principi e i criteri della legge n. 689/1981, 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, 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*. In questo senso la circolare n. 6/2016: 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 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 x 10 x 15), in misura ridotta pari a 2.500 euro.

Appalto illecito con sfruttamento di minori

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

Percorsi

tamento 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, legge n. 977/1967.

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, legge n. 977/1967, come sostituito dall’art. 14, 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 di reato integrate con una medesima azione criminosa* realizzata dal somministratore abusivo e dall’utilizzatore illecito.

Si ha “*sfruttamento*” di minori, a seguito dell’illegale 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 progressiva*”, con base sanzionatoria in misura fissa e coefficiente moltiplicatore variabile in base alle circostanze di fatto.

Sanzione civile

Sul piano sanzionatorio civilistico si tenga presente che l’art. 29, comma 3-*bis*, introdotto dall’art. 6, comma 2, 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 contratto di appalto stipulato senza i requisiti legali del comma 1, quindi, 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 della applicazione all’ipotesi di appalto illecito e di pseudo-appalto della disposizione già contenuta nell’art. 27, comma 1. E il richiamo all’art. 27, sebbene al disposto del comma 2, è esplicito nel nuovo art. 29, comma 3-*bis*, ultimo periodo, a conferma del rimando effettuato alla disciplina per la somministrazione irregolare.

Appalto fraudolento

Pur essendo abrogato l’art. 28, D.Lgs. n. 276/2003 ad opera dell’art. 55, comma 1, *lett. d*), D.Lgs. n. 81/2015, comportando l’*abolitio criminis del reato di somministrazione fraudolenta a far data dal 25 giugno 2015*, giacché si ha abolizione, e non mera successione di leggi incriminatrici, quando la nuova configurazione della fattispecie considerata esclude, come nel caso di specie, la rilevanza penale di fatti che in precedenza costituivano reato. Ciò nondimeno può indurre l’interprete e l’operatore 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 la 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, 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, 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 con-

tratto 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.

Intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera

Rileva, infine, il delitto di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera (art. 603-bis c.p., introdotto dall'art. 12, D.L. n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011), come riscritto dalla legge n. 199/2016, che reca norme “*in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero e dello sfruttamento del lavoro in agricoltura*”.

Per effetto dell'art. 1, legge n. 199/2016, il reato di cui all'art. 603-bis c.p., è stato differenziato in due fattispecie delittuose:

- la prima, punita con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore, per aver reclutato manodopera da destinare al lavoro presso altri in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori, nonché per aver assunto, utilizzato o impiegato manodopera, anche dopo intermediazione, **assoggettando i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno** (art. 603-bis, comma 1, c.p.);
- la seconda, punita con la reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, quando i fatti di intermediazione, assunzione, utilizzazione o impiego sono **commessi mediante violenza o minaccia** (art. 603-bis, comma 2, c.p.).

La norma conferma gli **indici di sfruttamento** già precedentemente in vigore sostituendo, tuttavia, la difficile condizione di “*sistematicità*” con la più agevolmente riscontrabile “*reiterazione*” della condotta relativa alla corresponsione di retribuzioni palesemente difformi dai contratti collettivi o comunque sproporzionate rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonché alla

violazione della normativa relativa all'orario di lavoro e ai tempi di riposo (con riferimento ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie). Mentre rilevano direttamente anche una sola violazione in materia di tutela della salute (igiene) e della sicurezza nei luoghi di lavoro e la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Quanto alla **struttura del reato**, dunque, l'intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera si configura quale **delitto di natura sussidiaria** e si caratterizza come **reato di azione, a struttura unitaria e di pericolo**.

Soggetto attivo del reato è individuabile in qualsiasi soggetto od organismo che illecitamente utilizza e sfrutta lavoratori ovvero che esercita una attività di intermediazione che non è soltanto o semplicemente abusiva, ma avviene attraverso lo sfruttamento della manodopera. Possono rendersi, quindi, colpevoli del delitto in oggetto sia i soggetti autorizzati e iscritti in una delle sezioni dell'Albo delle Agenzie, sia tutti quei soggetti, in forma societaria, anche cooperativa, o individuale - “*chiunque*” recita la norma -, che esercitano l'attività di intermediazione illecita sfruttando i lavoratori secondo gli indici di riferimento appositamente enucleati dalla norma; d'altra parte, il reato - in entrambe le sue forme di manifestazione - ha come soggetto attivo anche l'utilizzatore, configurandosi una sorta di reato plurisoggettivo.

Soggetto passivo del reato, vittima dello stesso, è il lavoratore reclutato, intermediato e utilizzato, quale che sia la natura giuridica del rapporto di lavoro formalmente instaurato e la qualificazione di esso. Sebbene il dettato normativo sembri rivolgersi ai lavoratori subordinati - come evidenziato dai concetti utilizzati nell'individuare gli indici rivelatori dello sfruttamento (retribuzione, orario di lavoro, riposo settimanale, ferie) - appare ragionevole, in ottica sistematica, riconoscere la sussistenza dei delitti *de quibus* in tutti i casi di sfruttamento dei lavoratori anche non subordinati.

Quanto poi all'**elemento soggettivo del delitto di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera** deve rilevarsi come non sia sufficiente la sola colpa, ma si renda senz'altro necessaria una partecipazione psicologica di tipo doloso, sia pure nella forma del dolo generico, dovendo l'autore del reato accompagnare psicologi-

Percorsi

camente l'agire con l'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori intermediati ovvero con le più gravi manifestazioni di violenza o di minaccia.

Il **dolo necessario per l'integrazione del delitto** in esame è costituito dalla **consapevolezza dello stato in cui versano i lavoratori**, dalla parallela **volontà di trarre profitto** da tale particolare situazione, nonché dalla coscienza e volontà dell'azione violenta o minacciosa.

Con riguardo poi agli **effetti l'intermediazione illecita** con sfruttamento della manodopera costituisce una ipotesi di **reato istantaneo con effetti permanenti**, giacché il legislatore viene a vietare e punire non soltanto lo sfruttamento della manodopera illecitamente reclutata, ma già la mera attivazione dell'attività organizzata e strutturata di intermediazione.

L'**individuazione della condizione di sfruttamento** deve avvenire in base alle specificazioni offerte dal secondo comma dello stesso art. 603-bis c.p. che sembra chiamato a completare la definizione del precetto normativo, identificando quattro differenti situazioni. Più dettagliatamente la norma prevede che, per le sole finalità della identificazione e della punizione del reato di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera, rappresenta un "**indice di sfruttamento**", vale a dire che ha natura di indicatore della possibile realizzazione del delitto *de quo*, il sussistere, obiettivamente evidenziato ed accertato in sede di vigilanza, nell'espletamento delle attività investigative attivate, di almeno una ("**una o più**") secondo il dettato normativo) delle situazioni oggettive appresso evidenziate.

Anzitutto il rilievo di una "**reiterata corresponsione ai lavoratori di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato**" secondo quanto sancito dall'art. 603-bis, comma 3, n. 1), c.p. Il primo degli indicatori selezionati dal legislatore attiene, dunque, al **valore patrimoniale effettivamente riconosciuto alla prestazione lavorativa resa**. Potrà aversi sfruttamento quando l'intermediario abbia retribuito i lavoratori in misura del tutto non corrispondente ai livelli retributivi sanciti dalla contrattazione collettiva nazionale o territoriale di lavoro maggiormente rappresentativa

(al contrario della norma previgente che non conteneva alcun riferimento alla rappresentatività negoziale). Inoltre lo sfruttamento potrà risultare dalla corresponsione di una retribuzione comunque sproporzionata con riguardo alla quantità e alla qualità del lavoro effettivamente prestato dai lavoratori intermediati: in questo caso non si ha riguardo a parametri oggettivi esterni al rapporto di lavoro ma direttamente alla tipologia di attività lavorativa resa, che viene ad essere "misurata" sia per gli aspetti quantitativi che per quelli (dai contorni assai più incerti e indeterminati) qualitativi.

Il secondo indicatore di sfruttamento si concentra sulle **concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa**, prendendo a riferimento "**la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie**". Di tutta evidenza appare, dunque, come questo criterio rivelatore sia connesso alla contestuale rilevazione da parte degli investigatori della sussistenza di illeciti (amministrativi) in materia di tempi di lavoro e tempi di riposo. Peraltro il connotato di "**reiterazione**" individuato dall'art. 603-bis, comma 3, n. 2), c.p. impone che le violazioni siano state rilevate alle condizioni dettate dall'art. 8-bis, legge n. 689/1981, vale a dire che "**nei cinque anni successivi alla commissione di una precedente violazione amministrativa, che sia stata accertata con provvedimento esecutivo, lo stesso soggetto si trova a commettere almeno un'altra violazione della stessa indole oppure se con un unico provvedimento esecutivo vengono accertate più violazioni della stessa indole commesse nell'arco di un quinquennio**". La **reiterazione**, dunque, nel sistema sanzionatorio amministrativo, risulta delimitata temporalmente (cinque anni) e oggettivamente (omogeneità delle violazioni).

Con il terzo indicatore la norma intende dare specifico peso al **comportamento antidoveroso del datore di lavoro rispetto agli obblighi prevenzionistici a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro**, indicando quale elemento rivelatore dello sfruttamento "**la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro**". Qui non rilevano il numero e la ricorrenza delle condotte illecite in materia prevenzionistica, ma il mero fatto che tali violazioni sussistano al momento in cui

si accerta la condotta di illecito sfruttamento, senza che la norma richieda (come accadeva nel testo previgente) anche l'ulteriore verificarsi della circostanza che le violazioni esponano i lavoratori reclutati a pericolo per la loro salute, per la loro sicurezza ovvero per la loro incolumità personale. D'altro canto, l'assenza nell'attuale testo dell'art. 603-*bis*, comma 3, n. 3), c.p. del riferimento ad una finalizzazione specifica delle violazioni riguardo al pericolo incorso, rileva l'esistenza di una finalizzazione insita, quasi *in re ipsa*, nella fattispecie illecita rilevata per la violazione delle disposizioni in materia di protezione e prevenzione dei lavoratori per lo svolgimento delle prestazioni lavorative in sicurezza.

Da ultimo, riguardo alla elencazione normativa, il quarto criterio rivelatore interessa ancora una volta lo svolgersi della prestazione lavorativa con riferimento alla “*sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti*”. Questo ultimo indicatore, dunque, concerne specificamente le **condizioni lavorative generali dei lavoratori reclutati**, sia per quanto attiene ai metodi di sorveglianza che alle modalità di espletamento del lavoro, che non debbono avere caratteristiche di “*particolare degrado*”. Analogamente il legislatore si preoccupa, con implicita attenzione per i fenomeni di interposizione illecita che interessano i lavoratori extracomunitari, delle situazioni alloggiative che parimenti non devono risultare particolarmente degradanti. D'altra parte l'attributo che qualifica le condizioni lavorative “*particolarmente degradanti*” individuato dall'art. 603-*bis*, comma 3, n. 4), c.p., appare talmente vago e generico da potersi senza dubbio considerare una clausola elastica ed aperta.

Quanto all'elemento oggettivo delle due fattispecie di delitto in esame, d'altra parte, occorre evidenziare come lo sfruttamento debba essere puntualmente connotato da un **agire illecito dell'intermediario** (c.d. “caporale”) ovvero dell'utilizzatore che si caratterizza per un duplice aspetto rilevante sia sul piano della condotta che su quello della volontà dell'autore del reato:

- l'**approfittamento dello stato di bisogno** dei lavoratori (per il reato del primo comma), rispetto al quale rileva il venire meno del riferimento allo stato di necessità richiesto dal testo previgente;

- l'esercizio nei confronti dei lavoratori reclutati di **violenza o minaccia** (per il reato del secondo comma), anche in questo caso rilevando la cancellazione del riferimento previgente alla intimidazione.

Ribadita nel quadro normativo delineato dalla legge n. 199/2016 è anche l'**aggravante speciale** che opera nel caso in cui i lavoratori reclutati sono più di tre oppure quando almeno una delle persone intermedie è un minore in età non lavorativa o, infine, se i lavoratori sfruttati sono stati esposti a situazioni di grave pericolo. L'art. 603-*bis*, comma 4, c.p., infatti, prevede che la pena per il delitto di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera venga aumentata da un terzo alla metà in forza di tre aggravanti specifiche dettagliatamente individuate. Si tratta di effettive *circostanze aggravanti*, rispetto all'ipotesi base esaminata nelle sue due forme di realizzazione, conseguentemente sono soggette al trattamento previsto per le fattispecie circostanziali, essendo la previsione normativa riconducibile, per espresso riferimento di legge, all'alveo delle circostanze speciali poiché comporta l'aumento dell'importo della pena, sia detentiva che pecuniaria, in misura superiore a un terzo (art. 63, comma 3, c.p.).

Più dettagliatamente la prima delle **tre circostanze aggravanti** previste dal quarto comma dell'art. 603-*bis* c.p. è di carattere quantitativo operando in ragione del fatto che “*il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre*”. Dal dettato normativo, quindi, si evince chiaramente che l'**aggravante dello sfruttamento plurimo** si applicherà in ogni caso in cui i lavoratori reclutati dall'intermediario saranno almeno quattro. La scelta del legislatore pare essere quella di evidenziare una maggiore gravità del comportamento che coinvolge una pluralità di lavoratori, al fine di punirlo più intensamente.

La seconda circostanza aggravante punisce il **coinvolgimento di un minorenne non ancora in età di lavoro** (“*il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa*”). Come già il D.Lgs. n. 276/2003 per il reato di intermediazione abusiva, anche il D.L. n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011, e la legge n. 199/2016 scelgono di caratterizzare per una maggiore odiosità il comportamento di chi recluta e intermedia minori ai quali l'Ordinamento giuridico non riconosce alcuna possibilità

Percorsi

di svolgere una attività lavorativa. La previsione, dunque, si muove nel solco della tutela costituzionale del lavoro minorile, al fine di evitare forme intollerabili di sfruttamento.

Da ultimo, nella terza circostanza aggravante la norma si concentra sulle condizioni lavorative poste in essere dall'intermediario o dall'utilizzatore per punire maggiormente "l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori sfruttati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro". L'aggravante speciale opera in tal caso quando le prestazioni lavorative (richieste ai lavoratori reclutati e sfruttati) e **le condizioni di lavoro** (nelle quali gli stessi sono stati chiamati a rendere la propria attività lavorativa) **hanno determinato situazioni di obiettiva esposizione a pericolo grave**. La gravità del pericolo non è misurata dalla norma, mentre la natura di esso sembra doversi necessariamente individuare nelle caratteristiche di prevenzione e protezione della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Quanto poi ai **criteri di imputazione delle circostanze aggravanti**, quelle in argomento non sfuggono al regime generale di imputazione delle aggravanti previsto dall'art. 59, comma 2, c.p., vale a dire che lo sfruttamento plurimo, quello dei minori e quello in condizioni di grave pericolo potranno essere addebitati, con il relativo aggravamento della pena, **se risulteranno avvenuti per colpa** (ovviamente generica, nelle consuete caratteristiche della negligenza, della imperizia o della imprudenza) del soggetto autore del reato di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera.

L'art. 2, legge n. 199/2016 ha introdotto **due nuovi articoli nel Codice penale**, con la finalità di **rendere più efficace l'applicazione del reato di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera**, a contrasto del caporalato, in particolar modo (ma non solo) nel settore agricolo.

In questa prospettiva, dunque, si inserisce nel **Codice penale il nuovo art. 603-bis.1**, rubricato "Circostanza attenuante", per sancire che la pena è diminuita da un terzo a due terzi per chi, nel rendere dichiarazioni su quanto a sua conoscenza, **si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a ulteriori conseguenze ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o giudiziaria per la raccolta di prove decisive** per in-

dividuare o catturare i concorrenti o infine per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. Una circostanza attenuante ad effetto speciale, quale utile tentativo per provare ad abbattere il muro di omertà che ordinariamente protegge le fattispecie criminose del caporalato.

Analogamente si è introdotto il **nuovo art. 603-bis.2** (rubricato "Confisca obbligatoria", per sancire l'obbligo di **confisca delle cose che servono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto** (salvo che appartengano a persona estranea al reato) in tutti i casi di condanna, ma anche di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art. 444 c.p.p.*, per il delitto di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera di cui all'art. 603-bis c.p., estendendo in ciò ad una ipotesi di reato in materia di lavoro quanto già previsto dall'art. 20, comma 4, legge n. 689/1981 per le violazioni amministrative gravi o reiterate, in materia di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro (per effetto dell'art. 9, comma 1, D.L. n. 187/2010, convertito dalla legge n. 217/2010). Sono fatti espressamente salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno. La norma d'altra parte introduce anche la confisca dei beni di cui il *reo* ha la disponibilità, anche indirettamente o per interposta persona, per un valore corrispondente al prodotto, prezzo o profitto del reato se non è possibile la confisca delle cose che furono destinate alla commissione del reato o ne furono prodotto o profitto.

Una prospettiva di efficacia e di effettività si coglie nell'art. 3, legge n. 199/2016 il quale stabilisce che nei procedimenti per i reati di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera di cui all'art. 603-bis c.p., se l'interruzione dell'attività imprenditoriale può comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico dell'azienda, sia disposto dal giudice il **controllo giudiziario dell'azienda** (*ex art. 321, comma 1, c.p.p.*), anziché il sequestro, con contestuale nomina di uno o più amministratori giudiziari per la rimozione delle condizioni di sfruttamento, chiamati a regolarizzare i lavoratori che prestavano la propria attività in assenza di un regolare contratto e ad adottare adeguate misure, anche in difformità rispetto a quelle proposte dall'imprenditore, per impedire che le violazioni possano ripetersi.