

Lidia Undiemi

**Il lavoro autonomo negli appalti ed il suo
collegamento con l'interposizione illecita di
manodopera: la qualifica di vero imprenditore ai
fini della valutazione della liceità dell'appalto**

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Università degli Studi di Palermo
Facoltà di Economia

© Lidia Undiemi 2009

Facoltà di Economia - Università di Palermo

l.undiemi@virgilio.it

ISSN 1724-7322

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)

Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506

giureta@unipa.it

www.giureta.unipa.it

IL LAVORO AUTONOMO NEGLI APPALTI ED IL SUO COLLEGAMENTO CON L'INTERPOSIZIONE ILLECITA DI MANODOPERA: LA QUALIFICA DI VERO IMPRENDITORE AI FINI DELLA VALUTAZIONE DELLA LICEITA' DELL'APPALTO

*Lidia Undiemi**

SOMMARIO: - *Introduzione.* - 1. Appalto, subordinazione ed interposizione vietata. - 2. Il ruolo della subordinazione nella qualificazione del vero imprenditore. - 3. Il lavoro autonomo negli appalti. - 4. Gli effetti della mancata regolamentazione dell'interposizione di lavoro autonomo. - 5. I possibili collegamenti fra l'interposizione di lavoro autonomo e l'attuale disciplina in materia di somministrazione di lavoro. - 6. La centralità dell'oggetto dell'appalto per la valutazione della fattispecie interpositoria. - 7. Il lavoro a progetto negli appalti. - 8. Appalto di servizi ed interposizione vietata. - 9. Il fenomeno organizzativo nella disciplina sull'appalto. - 10. La valutazione dell'autonomia funzionale dell'appaltatore: esistono servizi oggettivamente in appaltabili? - 11. Il ruolo dei mezzi immateriali di produzione negli appalti di servizi a prevalente impiego di prestazioni di lavoro. - 12. L'impatto dell'innovazione tecnologica sulla fattispecie interpositoria.

Introduzione. Se il mercato dell'outsourcing si compone di nuovi elementi strutturali, gli aspetti giuridici in materia di esternalizzazioni devono essere interpretati tenendo conto dell'evoluzione dello scenario di riferimento.

Riguardo al circoscritto ambito lavoristico, si può indubbiamente affermare che di questi tempi l'enorme sviluppo di forme degenerative di lavoro autonomo ha uno stretto legame con l'espandersi dei processi di esternalizzazione. Le masse di lavoratori con contratti di lavoro a progetto, impiegati per l'esecuzione degli appalti relativi alle attività di call center, ne sono un chiaro esempio.

* Dottoranda di ricerca presso il Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, facoltà di Economia, Università degli studi di Palermo.

Più in generale, poi, bisogna considerare che in molti settori il ricorso alle politiche di esternalizzazione è stato accompagnato, grazie alle nuove tecnologie informatiche e delle comunicazioni, da un elevato livello di integrazione e di interdipendenza fra impresa cliente ed impresa fornitrice che in passato non era nemmeno pensabile. La conseguenza è che società giuridicamente distinte possono costituire, di fatto, un'unica *attività economica organizzata*. In questi casi, all'alterità soggettiva delle società che instaurano rapporti di natura commerciale non corrisponde l'attribuzione, a ciascuna di esse, di un'attività d'impresa cui si riferisce la prestazione di lavoro.

Partendo da tali assunti, in questo scritto ci si è specificatamente occupati di questioni giuridiche connesse ai meccanismi di cambiamento appena descritti. La prima riguarda il collegamento fra la tutela lavoristica in materia di appalti e le caratteristiche proprie del lavoro autonomo e del lavoro subordinato. La seconda è relativa alla distinzione fra l'appalto e l'interposizione illecita di manodopera, che continua ad esistere e ad avere una sua ragion d'essere nel sistema giuridico di riferimento, anche al di là dell'ambito strettamente lavoristico.

Per ciò che concerne il collegamento fra la tutela lavoristica in materia di appalti e le caratteristiche proprie del lavoro autonomo e del lavoro subordinato, ciò che si vuole dimostrare è l'esistenza di incoerenze di ordine sistematico fra le discipline in discussione, che sfocia nella mancata regolamentazione dell'interposizione di lavoro autonomo, o in senso più ampio nell'assenza di adeguate forme di tutela in favore di questa categoria di lavoratori.

Il punto di partenza dello studio è la qualità imprenditoriale dell'appaltatore, che rappresenta una condizione fondamentale per considerare un appalto

lecito, piuttosto che una mera interposizione di manodopera, punibile oggi secondo lo schema fornito dal d.lgs. 276/2003.

Dall'analisi dei requisiti d'imprenditorialità, e dalla valutazione della struttura dell'illecito della fattispecie interpositiva, si dimostrerà che l'esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro è diretta ed inevitabile espressione del potere organizzativo tipico dell'appaltatore, senza il quale esso non può essere considerato un vero imprenditore, bensì un mero interposto.

In questo parallelismo, l'aspetto più delicato è chiaramente quello relativo alle potenziali interferenze con il diritto commerciale, generate dal richiamo della nozione civilistica di appalto (art. 1655), e per derivazione di imprenditore (art. 2082), operato dalla disciplina protettiva. Il percorso argomentativo utilizzato, anche attraverso le affermazioni della dottrina commercialistica, ha consentito di dimostrare che il considerare l'elemento della subordinazione un valore imprenditoriale non è una invasione del diritto del lavoro, bensì espressione della fattispecie stessa.

Descrivere in questi termini il collegamento fra l'appalto, la subordinazione e l'interposizione vietata, consente poi di comprendere, con una certa immediatezza, il perché la realizzazione dell'oggetto dell'appalto per il tramite delle prestazioni dei collaboratori autonomi, specie se a progetto, è mera interposizione di manodopera, con o senza specifica tutela. In questa direzione, la nuova disciplina sulla somministrazione di lavoro lascia maggiori spazi interpretativi, dal momento che considera lecito il ricorso a tale fattispecie contrattuale solo se ha ad oggetto il lavoro subordinato.

Passando infine alla questione incentrata sulla distinzione fra l'appalto e l'interposizione illecita di manodopera, lo studio è stato condotto partendo dall'analisi dei requisiti di liceità dell'appalto, ossia dei concetti di organizzazione e di rischio d'impresa. Anche in questo caso si è ritenuto

necessario effettuare un parallelismo con la dottrina commercialistica. Ciò ha consentito di chiarire meglio i dubbi sorti in relazione alla sopravvivenza del divieto di interposizione illecita di manodopera dopo la riforma del 2003.

E' ovvio che il problema si pone maggiormente nei casi di appalti di servizi caratterizzati da una bassa incidenza di mezzi materiali di produzione, dove il fattore lavoro svolge un ruolo preminente per lo svolgimento dell'attività appaltata. Ed è per questo che sono stati approfonditi gli aspetti relativi alla valutazione dell'autonomia gestionale dell'appaltatore, da cui è emersa la possibilità dell'esistenza di servizi *oggettivamente* inappaltabili.

In questa direzione, l'indagine è proseguita con la valutazione dei mezzi immateriali di produzione, attraverso cui si è voluto ampliare l'interpretazione della funzione del Know-How e del fattore tecnologico ai fini della verifica della fattispecie interpositoria.

1. La distinzione fra appalti leciti di opere o servizi ed interposizione illecita è stata governata per decenni dalla l. 23 ottobre 1960, n. 1369¹, nata con lo scopo di combattere un massiccio fenomeno di sfruttamento della manodopera, il cosiddetto <<caporalato>>, attraverso cui un soggetto (pseudo-appaltatore) si interpone fra il lavoratore ed il datore di lavoro, con lo scopo di consentire a quest'ultimo di poter usufruire di mere prestazioni di manodopera senza assumersi le relative responsabilità in ordine al rapporto di lavoro². La

¹ V. A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959; E. LORIGA, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965; S. SPANO, *Il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro*, Milano, 1965; G. IANNIRUBERTO e S. MATTONE, *L'appalto di manodopera*, in *Il rapporto individuale di lavoro*, diretto da D. NAPOLETANO, a cura di G. IANNIRUBERTO e SERGIO MATTONE, Roma, 1972; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti e regole di trasparenza*, Milano, 1995, 40 ss; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Cod. Civ.*, Milano, 2000, 8 ss.

² La prima disciplina legislativa sull'argomento è stata dettata dall'art. 2127 c.c., il quale reprime una particolare forma dell'interposizione, e cioè quella posta in essere da dipendenti dell'imprenditore,

legge aveva infatti imposto all'imprenditore il divieto di affidare, tramite un contratto di appalto o in qualsiasi altra forma, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro subordinato, a prescindere dalla natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono (art. 1).

Coerente con la finalità della norma era il regime sanzionatorio, che imponeva, al verificarsi della fattispecie vietata, la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'effettivo utilizzatore (pseudo-appaltante), oltre che a sanzioni penali.

Questo regime di divieto assoluto è stato attenuato dalla l. 24 giugno 1997, n. 196 (cosiddetto Pacchetto Treu) che ha introdotto la fattispecie di lavoro temporaneo nell'ordinamento giuridico italiano³. Questa normativa, pur senza abrogare la l. n. 1369/1960, ha legittimato la fornitura di mere prestazioni di lavoro da parte di un'impresa, soggetta ad un regime rigoroso di autorizzazioni amministrative, ad un'altra impresa per il soddisfacimento di esigenze produttive temporanee. Ma comunque, il divieto generale di interposizione di manodopera ha continuato a sopravvivere attraverso la legge del 1960.

La disciplina in materia di interposizione di manodopera è stata modificata in modo sostanziale dal d.lgs. 276/2003⁴ che, abrogando la legislazione precedente, ha dettato una nuova normativa attraverso la quale ha ampliato le opportunità di ricorso legittimo alla somministrazione di lavoro (fornitura professionale di manodopera ai sensi dell'art. 2 e dell'art. 20), pur mantenendo

retribuiti a cottimo, che a loro volta assumano e retribuiscano altri lavoratori (c.d. cottimo collettivo autonomo). Il ristretto ambito d'interposizione vietata a cui la norma si riferisce, che ne rappresenta fra l'altro l'ipotesi più eclatante, è stato ampliato con la l. n. 1369/1960, attraverso la quale si è fondato un divieto di carattere generale che, includendo il cottimo collettivo autonomo, ha abrogato tacitamente l'art. 2127 c.c.

³ V. O. MAZZOTTA, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 181 ss; R. DEL PUNTA, *La <<fornitura di lavoro temporaneo>> nella L. N. 196/1997*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 199 ss; G. DE SIMONE, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione: simul stabunt simul cadent?*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1, 1998, 663 ss.

⁴ V., per tutti, M. MARINELLI, *Aspetti problematici del contratto di somministrazione di manodopera*, in *Dir. merc.lav.*, n. 1-2, 2004, 327 ss.

un divieto generale di ricorso a tale fattispecie contrattuale al di fuori delle ipotesi previste dalla stessa legge, e comunque sottoponendo gli operatori ad uno specifico regime di autorizzazione amministrativa.

Il profilo di maggiore rilievo della normativa, sia in quella attuale che in quella previgente, risiede nella distinzione fra l'interposizione e l'appalto. Questo in quanto la fattispecie vietata si è quasi sempre nascosta dietro un contratto di appalto, che formalmente risulta finalizzato alla realizzazione di un'opera o di un servizio, ma che in verità ha come oggetto reale la mera fornitura di manodopera.

La nozione di appalto, cui si riferisce implicitamente la legge del 1960 (art. 1) ed esplicitamente il decreto del 2003 (art. 29, comma uno), è quella civilistica di cui all'art. 1655 c.c. in virtù del quale una parte (appaltatore) si obbliga verso un'altra (committente o appaltante) a compiere, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, un'opera o un servizio verso il corrispettivo in danaro. Poiché i concetti di organizzazione e di rischio che caratterizzano l'appalto coincidono con quelli della nozione di imprenditore (art. 2082 c.c.⁵), occorre che l'appaltatore, nella concreta esecuzione dell'opera o del servizio oggetto di appalto, sia dotato dei requisiti di imprenditorialità.

Il recente intervento legislativo ha dunque ripreso per questo aspetto l'impostazione adottata dalla legge del 1960, ossia la centralità della qualità imprenditoriale dell'appaltatore ai fini della distinzione fra appalto ed interposizione di manodopera, che è stata d'altronde confermata da una consolidata elaborazione giurisprudenziale⁶.

⁵ V. G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Diritto dell'impresa, Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, 239 ss; G. OPPO, *Impresa e imprenditore*, in *Diritto dell'impresa, Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, 263 ss; A. GRAZIANI – G. MINERVINI – U. BELVISO, in *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2004, 37 ss; A. NIGRO, *imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, I, *Impresa e lavoro*, 2001, 648 ss; V. CORRENTI, *Caratteri dell'imprenditore*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, I, *Impresa e lavoro*, 2004, 293 ss.

⁶ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 82 ss.

Se si verifica che l'appaltatore ha operato in concreto senza gli elementi qualificanti la fattispecie di cui all'art. 1655 c.c., allora si deve concludere che i lavoratori impiegati nell'appalto, anche se formalmente assunti dall'appaltatore, sono stati effettivamente utilizzati dall'appaltante e, pertanto, trovano applicazione le sanzioni previste in caso di somministrazione vietata di manodopera.

La difficoltà di dimostrare, in relazione al caso concreto, la sussistenza dei requisiti richiesti dalla norma comporta notevoli sforzi interpretativi.

In questa logica, per facilitare la verifica del caso concreto era intervenuta direttamente la stessa l. n. 1369/1960, che, avendo colto le caratteristiche del contesto economico di quegli anni, aveva previsto una presunzione assoluta di illiceità qualora l'appaltatore impiegasse capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante (art. 1, comma tre, l. n. 1369/1960).

Tuttavia, le modificazioni intervenute nel sistema economico, che tende a caratterizzarsi per la progressiva frammentazione delle imprese e per il cosiddetto fenomeno del decentramento produttivo, hanno messo in crisi i tradizionali criteri di distinzione fra l'appalto lecito e l'interposizione vietata, e cioè quelli che facevano perno sui mezzi materiali di produzione.

L'espandersi dei servizi alla produzione, dove l'impiego di infrastrutture materiali è spesso notevolmente ridimensionato, ha spinto dottrina e giurisprudenza a valorizzare l'organizzazione del lavoro quale elemento di liceità dell'appalto⁷.

Questa particolare idoneità dell'appalto a rappresentare anche attività caratterizzate dalla sola organizzazione del lavoro è stata evidenziata dal legislatore del 2003 (art. 29, comma uno), il quale si è comunque preoccupato

⁷ V. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in AA.VV., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO, Napoli, 2002, 46 ss.

di sottolinearne il collegamento con la norma del codice civile (art. 1655 c.c.). Ma maggiore è il ruolo svolto dall'organizzazione del lavoro rispetto agli altri fattori della produzione, più labile diventa il confine fra l'appalto e l'interposizione, e conseguentemente più difficile la verifica del caso concreto. In tutti i casi, a prescindere cioè dalle particolari caratteristiche del settore economico di riferimento, la verifica in concreto della fattispecie interpositoria si è quindi fondata su una serie di indici idonei a rilevare se l'appaltatore sia effettivamente vero imprenditore. Di sicuro, uno degli indici più frequentemente utilizzati dalla giurisprudenza per verificare l'autonomia organizzativa dell'appaltatore è stato quello dell'esercizio, in concreto, del potere direttivo e di controllo dell'appaltante sui lavoratori impiegati nell'attività appaltata, specie nei casi di attività sostanzialmente riconducibili all'organizzazione del lavoro⁸.

La posizione della fattispecie della subordinazione rispetto al problema dell'interposizione è per lo più dipesa dalla particolare struttura dell'illecito di cui all'art. 1 della l. n. 1369/1960. Su questo tema sono state formulate diverse teorie che, per grandi linee, si basano su due impostazioni di fondo differenti⁹: la prima impostazione secondo cui si ha, nella sostanza, una totale sovrapposizione fra l'area dell'illecito e l'area della subordinazione, con una particolare attenzione all'elemento della <<effettiva utilizzazione>> che caratterizza la struttura della fattispecie interpositoria¹⁰. Secondo questa prima ricostruzione, l'ultimo comma dell'art. 1 della l. n. 1369/1960 non aveva una

⁸ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 85 ss; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 49.

⁹ V. R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 2, 289 ss. V. anche O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: La delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 265 ss. Per un esame critico delle varie ricostruzioni dottrinali si rimanda a M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 42 ss.

¹⁰ V. O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., 265 ss.

funzione sanzionatoria, bensì meramente ricognitiva del rapporto giuridico che, ai sensi dell'art. 2094 c.c., il lavoratore instaura con l'effettivo datore di lavoro. Con la seconda impostazione si sostiene invece una coincidenza soltanto parziale fra la fattispecie interpositoria e la nozione di subordinazione, in quanto l'analisi condotta serve ad accertare la qualità imprenditoriale dell'appaltatore, e non se il committente abbia esercitato il potere direttivo sui lavoratori utilizzati nell'appalto. Con questa seconda interpretazione, sostenuta dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza, si è voluto evidenziare il carattere autonomo ed innovativo della fattispecie di cui all'art. 1 della legge del 1960 rispetto all'art. 2094 c.c.

Anche analizzando la nuova normativa in materia di somministrazione di lavoro contenuta nel d.lgs. n. 276/2003, si può affermare che l'illecito della fattispecie interpositoria regolata dalla precedente legge mantenga la sua autonomia rispetto all'elemento della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. Sotto questo aspetto, il decreto stabilisce anzitutto che l'attività di somministrazione di lavoro, ossia “la fornitura professionale di manodopera” (art. 2, comma uno), è considerata vietata, e di conseguenza soggetta a sanzione, qualora venga esercitata da soggetti non autorizzati, e comunque fuori dai casi consentiti dalla legge. Pertanto, l'ampia e generica formulazione della fattispecie interpositoria prevista dalla l. n. 1369/1960 risulta solo parzialmente abrogata dalla fattispecie di somministrazione di lavoro (subordinato) prevista dal decreto del 2003. In particolare, mentre la previgente normativa puniva tutte le ipotesi di interposizione di manodopera, l'attuale disciplina sanziona solamente la somministrazione di lavoro (subordinato) che rientra nelle ipotesi vietate dalla legge, e pertanto ritenuta

illecita¹¹. Data quindi la sopravvivenza di tale divieto, e considerando la distinzione fra somministrazione di lavoro ed appalto ribadita dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, dove quest'ultimo è ricondotto esplicitamente all'art. 1655 c.c., si può confermare la teoria dell'autonomia dell'illecito della fattispecie interpositoria rispetto alla fattispecie di lavoro subordinato.

Ne deriva che l'utilizzo degli indici riconducibili al concetto di subordinazione, sia prima che dopo il decreto del 2003, è sempre considerato funzionale alla verifica della qualità imprenditoriale dell'appaltatore.

Quello che è invece cambiato nella struttura dell'illecito in esame è il dato dell'effettiva utilizzazione¹². Con la l. n. 1369/1960 il divieto di interposizione operava esclusivamente nei casi di effettiva utilizzazione, in quanto tale requisito era presupposto fondamentale della fattispecie. Diversamente, nel d.lgs. n. 276/2003 il divieto di somministrazione di lavoro è previsto in caso di inosservanza dei requisiti che ne legittimano il ricorso, anche a prescindere dal dato dell'effettiva utilizzazione. In verità, per l'applicabilità del divieto di somministrazione di lavoro il dato dell'effettiva utilizzazione è richiesto, ma soltanto per la configurabilità di alcuni degli illeciti a cui sono collegate le varie sanzioni (civile, penale e amministrativa). In particolare, sul piano civile e penale, per l'applicabilità della sanzione è necessario che il contratto di somministrazione abbia avuto effettivamente esecuzione, mentre questo stesso

¹¹ Per approfondimenti sulla struttura dell'illecito della fattispecie interpositoria che si ricava dalla nuova normativa sulla somministrazione di lavoro contenuta nel d. lgs. n. 276/2003 V. M.T. CARINCI, *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 276/2003*, coordinato da F. CARINCI, II, sub artt. 20 – 32, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di M.T. CARINCI e C. CESTER, 2004, 156 ss. Sul raccordo fra la disciplina della fattispecie interpositoria prevista dalla l. n. 1369/1960, l'ipotesi di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo della l. n. 196/1997 e la nuova normativa sulla somministrazione di lavoro contenuta nel d. lgs. n. 276/2003 V. Cass., 26 gennaio 2004, n. 2583, in *Orient. giur. lav.*, 2004, n. 1, 143 ss.

¹² Sul tipo di relazione che intercorre fra l'elemento dell'effettiva utilizzazione e l'elemento della inconsistenza imprenditoriale si veda M.T. CARINCI, *Questioni in ordine all'applicazione della legge sul divieto di intermediazione nei rapporti di lavoro, con particolare riferimento alle ferrovie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, IV, 712 ss.

presupposto non risulta essenziale per l'applicazione della sanzione amministrativa imposta dalla legge¹³.

2. Occorre adesso analizzare il ruolo della subordinazione rispetto agli elementi di liceità dell'appalto, ossia in che termini questa influisce sul potere imprenditoriale dell'appaltatore (art. 1655 c.c.).

La subordinazione interagisce con entrambi gli elementi essenziali caratterizzanti un lecito appalto, e quindi sia con l'autonomia organizzativa che con la gestione a proprio rischio in capo all'appaltatore.

L'autonomia organizzativa implica l'esercizio del potere imprenditoriale sull'attività organizzatrice, e più in particolare sull'organizzazione del lavoro, la cui rilevanza aumenta al diminuire dell'impiego degli altri fattori della produzione (capitali, attrezzature, macchine ecc.).

E' stata giustamente precisata da un autore¹⁴ la distinzione fra l'«organizzazione dei lavoratori» e l'«organizzazione delle prestazioni di lavoro», intendendo con la prima una mera attività di selezione, reclutamento, formazione, trasporto dei lavoratori, nonché di amministrazione retributiva e contributiva, e con la seconda un'attività che comprende soprattutto i tipici poteri qualificanti la figura del datore di lavoro.

Si tratta adesso di capire se la mera organizzazione dei lavoratori, non includendo di per sé l'esercizio del potere direttivo, disciplinare e di controllo, possa ritenersi sufficiente ai fini della qualificazione di un lecito appalto.

¹³ V. M.T. CARINCI, *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, cit., 157-158.

¹⁴ V. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 48 ss.

Sul punto, un autore evidenzia dei contrasti in dottrina¹⁵, affermando che da una parte si sostiene l'irrelevanza della titolarità del rapporto e dell'esercizio del potere direttivo e gerarchico ai fini della qualificazione della fattispecie concreta in termini di illiceità, basandosi sulla considerazione che quello che deve valutarsi è l'esistenza dell'impresa e non dell'organizzazione della prestazione, o in altri termini dell'imprenditore piuttosto che del sostanziale datore di lavoro. Dall'altra parte si ritiene invece che i poteri derivanti dal concetto di subordinazione siano necessari per qualificare l'appaltatore come vero imprenditore¹⁶.

Ma il contrasto è solo apparente. Chi sostiene la centralità dell'impresa piuttosto che dell'organizzazione della prestazione¹⁷, non nega la rilevanza dell'esercizio del potere direttivo per la qualificazione della fattispecie vietata, bensì considera la subordinazione sul piano del comportamento imprenditoriale, nel senso che la mancata direzione della prestazione di lavoro, equivale, per l'interposto, alla mancata direzione della sua impresa. Il potere direttivo è pertanto assorbito dal potere che si esprime nella direzione dell'impresa. L'autrice (Bellocchi) chiarisce che le norme sull'interposizione si basano sul collegamento lavoro-impresa, e non sulla struttura del contratto di lavoro. Ne deriva che il divieto di interposizione, non essendo intrinseco alla definizione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., ha riguardo soltanto ai casi di effettiva utilizzazione del lavoro altrui che si qualifica attraverso l'inesistenza dell'impresa cui il contratto di lavoro si riferisce. In sostanza, il

¹⁵ V. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 50-51.

¹⁶ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 86; R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, cit., 294; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 50 ss.

¹⁷ V. P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, N. 1, 162 ss.

divieto di effettiva utilizzazione trae origine dalla legge speciale e non dalla norma del codice civile (art. 2094).

Si può dunque affermare che la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che l'esercizio del potere direttivo e gerarchico è un elemento essenziale per la verifica della liceità dell'appalto.

Va precisato che la questione sulla relazione fra lavoro ed impresa non si esaurisce in questi termini. Le attività possono qualificarsi come imprenditoriali anche a prescindere dall'utilizzo di prestazioni di lavoro altrui. La dottrina commercialistica¹⁸ sostiene l'essenzialità del coordinamento e della direzione del lavoro ai fini della qualificazione di un'attività imprenditoriale, ma solo nei casi in cui l'imprenditore decide di impiegare il lavoro altrui, ben potendo un'attività imprenditoriale qualificarsi come tale anche senza la collaborazione dei lavoratori: il solo impiego di capitale proprio e lavoro proprio è sufficiente per garantire l'esistenza dell'impresa. In sostanza, non tutte le attività imprenditoriali richiedono il coordinamento e la direzione del lavoro altrui, che risultano invece necessari qualora l'imprenditore decida di impiegare dei lavoratori nell'attività.

Quindi è vero che si parla di esistenza dell'impresa e non dell'organizzazione della prestazione, ma quest'ultimo elemento diviene strutturalmente collegato al primo nei casi di effettivo impiego di lavoro altrui. Ne deriva che l'appaltatore, come è d'altronde evidente nell'art. 1655 c.c., può essere considerato un vero imprenditore anche senza esercitare i poteri tipici del datore di lavoro, purché l'organizzazione dei mezzi non riguardi le prestazioni di lavoro.

¹⁸ V. G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, cit., 250-254-255; G. OPPO, *Impresa e imprenditore*, cit., 283-288-289; A. GRAZIANI – G. MINERVINI – U. BELVISO, cit., 38; V. CORRENTI, *Caratteri dell'imprenditore*, cit., 293.

Chiusa questa precisazione, e tornando all'ipotesi di effettivo impiego di lavoro altrui per l'esecuzione dell'appalto, si può dunque affermare che gli indici riconducibili al potere direttivo e gerarchico possono essere quindi definiti "assoluti", nel senso che se tali poteri sono esercitati in concreto dall'appaltante, equivale a dire che l'appaltatore è privo di autonomia organizzativa¹⁹.

L'autonomia dell'appaltatore non viene però meno se l'appaltante esercita un certo potere dispositivo e di controllo, purché, in ogni caso, tale potere riguardi l'attività dell'appaltatore e non i suoi dipendenti²⁰. Ciò significa che, anche se le caratteristiche del prodotto o del servizio sono determinate dall'appaltante²¹, il potere d'ingerenza di quest'ultimo sull'appaltatore non potrà mai essere tale da interferire sulle concrete modalità di esecuzione e sui tempi della prestazione dei lavoratori coinvolti nell'appalto, e più in generale sulla direzione tecnica e disciplinare²².

Il riferimento all'esercizio del potere direttivo, disciplinare e di controllo sui lavoratori coinvolti nell'appalto, quale criterio di liceità, è infine effettuato implicitamente dal comma uno dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003: <<...organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto>>.

¹⁹ V. R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, cit., 293-294.

²⁰ V. Cass., 30 ottobre 2002, n. 15337, con nota di L. CALCATERRA, *L'ambito oggettivo di applicazione del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi e prospettive di riforma*, in *Dir. lav.*, 2003, n. 1-2, 87 ss.

²¹ V. Cass. n. 15665/2001, con nota di S. NAPPI, *Interposizione, Appalti interni leciti e limiti del sindacato giurisdizionale*, cit., 776.

²² V. Cass., 19 dicembre 2002, n. 18098 e Cass., 29 agosto 2003, n. 12664.

Come già accennato, oltre che con l'autonomia organizzativa (concetto che verrà approfondito in seguito), la subordinazione interagisce con l'altro elemento essenziale della nozione di appalto, ossia il rischio di impresa, che si presenta come l'aspetto negativo del profitto, e di conseguenza comporta l'assunzione del rischio sull'impiego della forza-lavoro e di tutti i beni materiali ed immateriali coinvolti nell'esercizio d'impresa²³.

Risulta in tal modo coerente la stretta connessione fra il concetto di rischio ed il concetto di profitto, quest'ultimo visto come <<la remunerazione non dell'amministrazione o della coordinazione, ma del rischio e della responsabilità che l'imprenditore (...) si è assunto>>²⁴.

In altre parole, chi svolge un'attività d'impresa ed esercita il potere sull'organizzazione, condizionando e determinando, attraverso l'esercizio di tale potere, il modo d'essere dell'attività, deve necessariamente correlare e controbilanciare tale potere con l'assunzione del rischio d'impresa, inteso in senso economico, e cioè al <<rischio di non coprire con i ricavi i costi dell'attività intrapresa>>²⁵. In altre parole, il rischio d'impresa <<è il rischio dell'imprenditore di non poter remunerare con i guadagni i fattori della produzione impiegati nell'esecuzione dell'opera>>²⁶, e l'appaltatore potrebbe quindi perdere nell'affare nel caso in cui si verificasse una eccedenza dei costi rispetto al compenso pattuito²⁷.

Premesso ciò, diviene chiara la relazione che intercorre fra la subordinazione ed il rischio d'impresa, che è evidentemente di natura indiretta, nel senso che il

²³ V. G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO-ZENCOVICH, *I criteri d'imputazione: colpa, dolo, rischio*, in *Tratt. dir. priv., Obbligazioni e contratti*, a cura di P. RESCIGNO, 1995, VI, 103.

²⁴ V. G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO-ZENCOVICH, *I criteri d'imputazione: colpa, dolo, rischio*, cit., 103.

²⁵ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 82.

²⁶ V. G. FAVA e M. MAGRINI, *Appalto di manodopera: aspetti giuslavoristici e fiscali*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, n. 48, 2784.

²⁷ V. G. FAVA e M. MAGRINI, *Appalto di manodopera: aspetti giuslavoristici e fiscali* cit., 2784.

fattore lavoro deve essere remunerato a prescindere da una eventuale eccedenza dei costi rispetto ai ricavi, in conseguenza dell'esercizio dell'attività imprenditoriale in capo all'appaltatore.

La diretta dipendenza fra la retribuzione dovuta ai lavoratori ed il corrispettivo dell'appaltatore è, infatti, uno degli indici utilizzati dalla giurisprudenza per verificare l'assenza di un reale rischio d'impresa²⁸.

Occorre infine sottolineare che il livello effettivo di rischio economico assunto dall'appaltatore dipenderà anche dalla sua capacità di negoziazione contrattuale ad ottenere condizioni più o meno favorevoli ai propri interessi: <<Una cosa infatti è il rischio attinente all'organizzazione imprenditoriale – che è quello rilevante ai fini della configurazione di un legittimo appalto – altra cosa è il rischio conseguente al rapporto contrattuale>>²⁹.

3. Le conclusioni raggiunte circa il ruolo della subordinazione ai fini della distinzione fra l'interposizione e l'appalto, spingono inevitabilmente a spostare l'attenzione sulle ipotesi di utilizzo di prestazioni di lavoro autonomo negli appalti.

La questione si basa sostanzialmente sull'aspetto dell'autonomia nella organizzazione del lavoro (intesa come organizzazione della prestazione di lavoro) che accomuna il contratto di appalto con il contratto di lavoro autonomo: l'autonomia del singolo lavoratore rappresenta infatti una parte della più ampia autonomia organizzativa dell'appaltatore nell'esercizio dell'attività imprenditoriale.

²⁸ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 88.

²⁹ V. Cass., 26 gennaio 2004, n. 2583, in *Orient. giur. lav.*, 2004, n. 53, 150.

Un lavoratore può essere definito autonomo se esegue la prestazione senza essere assoggettato al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro. Dunque, fermi restando eventuali vincoli di coordinamento e di continuità fra il committente ed il collaboratore, quest'ultimo dovrà eseguire la prestazione in regime di effettiva autonomia di tipo gestionale, gerarchico e organizzativo. Ma proprio l'esercizio di tali poteri è espressione dell'autonomia organizzativa dell'appaltatore, e precisamente del suo ruolo imprenditoriale sull'organizzazione del lavoro.

I termini del problema sono maggiormente evidenti nel caso di appalto di servizi a prevalente prestazione professionale. In questi casi, l'autonomia organizzativa e gestionale dell'appaltatore si esplica essenzialmente nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro³⁰, e quindi nella definizione del contenuto intrinseco della prestazione. E' chiaro che il mancato esercizio di tali poteri rende del tutto marginale ed accessorio il contributo dell'appaltatore. L'attività di quest'ultimo si ridurrebbe, in concreto, ad una mera forma di coordinamento e di amministrazione dei rapporti di lavoro. Si verifica in questo caso una incompatibilità, sia sul piano formale che sul piano sostanziale, fra i due contratti, tale per cui i presupposti di legalità dell'uno escluderebbero quelli dell'altro.

Si deve premettere che la dottrina prevalente e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere inapplicabile il divieto di interposizione ai rapporti di lavoro autonomo³¹, con la precisazione che oggetto di interpretazione era la previgente normativa, che si riferiva esclusivamente al lavoro subordinato.

³⁰ V. Cass. 29 agosto 2003, n. 12664.

³¹ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 72 ss; M. MARINELLI, *Appalto di manodopera e lavoro autonomo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 402 ss; A. FORTUNAT, *Tipicità sociale del contratto di merchandising e divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 717 ss.

In senso contrario un orientamento di una dottrina relativamente recente³², che, basandosi sulla contrapposizione concettuale fra la fattispecie impresa e la fattispecie interpositoria, sostiene l'applicabilità del divieto a prescindere dalla natura della prestazione di lavoro. L'autrice rileva infatti, come già accennato sopra, che la disciplina speciale deve essere letta ed applicata in rapporto al concetto di impresa, da cui deriva che la direzione del lavoro altrui, come d'altronde sostenuto dalla dottrina commercialistica, non è altro che una espressione della direzione dell'impresa.

4. Per potere adeguatamente valutare il problema del lavoro autonomo negli appalti, è adesso necessario esaminare in dettaglio alcune ipotesi astrattamente concepibili. Può accadere che anche se l'appaltatore non esercita formalmente i poteri riconducibili al concetto di subordinazione, i lavoratori siano effettivamente soggetti a tali poteri, oppure che i collaboratori svolgono la propria attività in regime di reale autonomia nell'ambito dell'attività appaltata. In base alla prima ipotesi, il potere direttivo, disciplinare e di controllo sui lavoratori (formalmente assunti con contratti di collaborazione) potrebbe essere esercitato dall'appaltatore o dal committente, ed a questo punto ci si troverebbe di fronte a due situazioni differenti: l'appaltatore ha eluso la normativa posta a tutela del lavoro dipendente, oppure è direttamente il committente che ha, di fatto, esercitato il potere di direzione e di controllo sui lavoratori coinvolti nell'appalto. Nel caso in cui i lavoratori risultano effettivamente subordinati al committente, ci si dovrebbe porre il quesito relativo al soggetto (committente o appaltatore) a cui imputare il rapporto di lavoro rivelatosi subordinato.

³² V. P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, cit., 168-171.

Nella previgente normativa (art. 1, l. n. 1369/1960) l'interposizione illecita di manodopera veniva ricondotta ad una fattispecie complessa, costituita dai seguenti elementi: un contratto di fornitura di mere prestazioni di lavoro fra il committente e l'interposto, un contratto fra quest'ultimo e il lavoratore, e il dato dell'effettiva utilizzazione da parte del committente³³. Risulta chiaro che la normativa sull'interposizione di manodopera poteva essere applicata solamente previo riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato sottostante fra lo pseudo-appaltatore e il lavoratore. Se ne deduce, quindi, che se quest'ultimo fosse stato formalmente assunto con un contratto di collaborazione autonoma, avrebbe dovuto previamente chiedere, ai fini dell'applicazione del divieto d'interposizione, il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato con l'interposto³⁴.

Seguendo questa ricostruzione, anche nella nuova normativa in materia di somministrazione di lavoro l'applicabilità del divieto resta comunque vincolata all'esistenza di un duplice rapporto, con la conseguenza che la subordinazione deve farsi valere, prima nei confronti dell'appaltatore e successivamente nei confronti del committente.

In questi casi comunque, una volta provato che la prestazione di lavoro è svolta in regime di subordinazione, si può fare diretto riferimento alla disciplina speciale, per verificare chi abbia effettivamente agito come vero imprenditore.

Diversamente, se venissero realmente utilizzate delle prestazioni di lavoro autonomo per lo svolgimento dell'attività appaltata (seconda ipotesi), non potrebbero richiamarsi le specifiche forme di tutela poste in essere dalla legge

³³ V. M. MARINELLI, *Appalto di manodopera e lavoro autonomo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 402 ss.

³⁴ V. M. MARINELLI, *Appalto di manodopera e lavoro autonomo*, *cit.*, 402 ss; A. FORTUNAT, *Tipicità sociale del contratto di merchandising e divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 717 ss.

per il lavoro subordinato, e di conseguenza la riconducibilità dell'appaltatore alla figura del mero interposto potrebbe avvenire solamente attraverso un collegamento diretto con i presupposti di liceità dell'appalto di cui all'art. 1655 c.c.

Si tratta dunque di verificare la compatibilità, in chiave giuridica, fra la disciplina speciale (sia la previgente l. n. 1369/1960 che l'attuale d.lgs. 276/2003) e le norme del codice civile (art. 1655 che a sua volta richiama l'art. 2082) da cui la stessa legge trae il principio cardine per l'applicazione del divieto: la verifica dell'esistenza dell'impresa.

Passando a questa ulteriore fase di analisi, è evidente che nel caso in cui venissero realmente impiegate delle prestazioni di lavoro autonomo, l'appaltatore non potrebbe organizzare il fattore lavoro, ossia non potrebbe imporre la scelta delle modalità e dei tempi di lavoro creando efficienza ed economicità in relazione al costo, con la conseguenza che risulterebbe del tutto privato dei poteri organizzativi e gestionali sull'attività. L'eventuale potere esercitato dall'appaltatore sarebbe residuale rispetto all'oggetto dell'appalto, potendo soltanto consistere in forme di coordinamento e di amministrazione dei rapporti di lavoro: l'appaltatore, opererebbe di fatto senza una reale organizzazione dell'attività appaltata, finalizzata al raggiungimento di un autonomo risultato produttivo.

Ne deriva che l'autonomia imprenditoriale dell'appaltatore deve valere nei confronti di tutti i soggetti con i quali esso opera, e cioè non soltanto relativamente al suo rapporto con il committente (*autonomia organizzativa esterna*), ma anche in relazione alla collaborazione dei prestatori di lavoro (*autonomia organizzativa interna*).

La coerenza di tale principio si riscontra in modo indiretto, sia con la tesi dominante relativa alla qualificazione dell'illecito della fattispecie

interpositoria, sia con la verifica condotta dalla giurisprudenza riguardo la distinzione fra l'appalto e l'interposizione. In entrambi i casi l'analisi condotta serve ad accertare la qualità imprenditoriale dell'appaltatore, e non chi abbia effettivamente esercitato il potere direttivo. Il frequente utilizzo da parte della giurisprudenza degli indici riconducibili al concetto di subordinazione è infatti funzionale alla verifica di una effettiva autonomia organizzativa da parte dell'appaltatore: <<riprova ne sia che se l'appaltatore esercita il potere direttivo ma non possiede gli altri requisiti dell'impresa, l'illecito si realizza ugualmente>>³⁵.

Se un appaltatore impiegasse delle prestazioni di lavoro autonomo per l'esecuzione dell'appalto, è chiaro che l'accertamento dell'effettiva autonomia organizzativa dell'appaltatore non potrebbe ricondursi agli elementi della subordinazione attraverso la tradizionale impostazione, che appunto si basa sul confronto fra il potere sull'organizzazione dell'appaltatore rispetto a quello del committente. In questi casi, a limitare l'autonomia organizzativa dell'appaltatore non sarebbe il committente, ma i lavoratori autonomi, che ovviamente sono liberi di scegliere le modalità ed i tempi di lavoro, ossia il contenuto intrinseco della prestazione.

La centralità dell'oggetto dell'appalto ai fini della valutazione della qualità imprenditoriale dell'appaltatore, consente di raggiungere la medesima conclusione anche per gli appalti dove le prestazioni di lavoro sono rilevanti al pari degli altri fattori della produzione. In tali casi, il ruolo dell'imprenditore consiste sostanzialmente nel combinare, attraverso l'attività organizzatrice, tutti i fattori impiegati, di modo tale da farli convergere verso il raggiungimento del risultato per cui l'attività è posta in essere.

³⁵ V. R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, cit., 294.

Questa convergenza può avvenire solamente se l'appaltatore esercita il potere di conformazione sui lavoratori coinvolti nell'appalto, attraverso il quale è possibile adattare le prestazioni di lavoro alle mutevoli esigenze dell'organizzazione.

Il ruolo dell'organizzazione, nella identificazione dell'impresa come fattispecie, resta quello di strumento qualificato dell'attività, e per tale ragione non può essere considerato autonomo, nel senso di non potersi esaurire nel meccanismo costitutivo del rapporto obbligatorio relativo alle prestazioni di lavoro (organizzazione di persone) e degli oggetti di diritto (organizzazione di beni). In caso contrario, verrebbe di conseguenza meno la configurazione del comportamento imprenditoriale come comportamento attuativo composto, oltre che di momenti giuridici, di momenti (effettivi) <<tecnici>>, intellettuali e materiali, attraverso cui si giustifica il nesso fra governo e imputazione³⁶.

In altri termini, ciò significa che la mera costituzione e amministrazione dei rapporti di lavoro e la mera acquisizione dei beni non sono di per sé idonei a configurare un'attività imprenditoriale, dovendo l'organizzazione nel suo complesso essere strutturalmente e funzionalmente collegata all'attività, e compatibile con la sua finalità produttiva. Così, ad esempio, se l'attività è finalizzata alla realizzazione di un bene materiale, l'intera organizzazione deve essere compatibile con questo fine produttivo, e pertanto l'imprenditore dovrà disporre di adeguate prestazioni di lavoro e mezzi, e non potrà di certo assumere con contratto a progetto degli operai.

Quanto al rischio d'impresa, è da ritenere che questo ricada prevalentemente sui collaboratori, qualora il loro compenso sia determinato in relazione alla quantità ed alla qualità del risultato conseguito. Questo è evidente nel caso in cui l'appaltatore ed il committente concordano un corrispettivo variabile a

³⁶ V. G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, cit., in particolare 244-246-255.

seconda degli obiettivi di volta in volta raggiunti, ed a maggior ragione se tali obiettivi formano, a loro volta, l'oggetto dell'attività del collaboratore nel contratto di lavoro. Ad esempio, nell'ambito delle attività di call center, il compenso dei collaboratori a progetto è stato nella maggior parte dei casi determinato in modo variabile a seconda dei risultati delle chiamate, e ciò significa che il rischio relativo alla parte determinante dell'attività appaltata, dunque il rischio tipico di questa attività imprenditoriale, è gravato su questa categoria di lavoratori anziché sull'appaltatore.

In sostanza, se l'appaltatore è privato dei poteri organizzativi e gestionali sull'attività appaltata, e se il rischio d'impresa è prevalentemente sostenuto dai collaboratori, accade che l'appaltatore svolge di fatto un'attività imprenditoriale diversa da quella stabilita contrattualmente, o in altre parole ha posto in essere una organizzazione di mezzi e di persone incompatibile con l'oggetto dell'attività.

Nel caso, ad esempio, di un appalto avente ad oggetto un servizio di assistenza software, nel quale i collaboratori svolgono la prestazione in regime di autonomia di tipo gestionale, gerarchico e organizzativo, l'appaltatore risulterebbe un mero gestore delle prestazioni di lavoro, e probabilmente le forme di coordinamento e di controllo fra i collaboratori e quest'ultimo coinciderebbero con quelle stabilite nel contratto di appalto con il committente.

Sulla reale qualificazione della figura dell'appaltatore, si potrebbero a questo punto formulare due distinte ipotesi. La prima nella quale l'appaltatore svolge una mera attività interpositiva, senza la produzione di alcun ulteriore contributo, se non la messa a disposizione di prestazioni di lavoro. La seconda nella quale, diversamente, l'appaltatore svolge un'apprezzabile attività di

intermediazione e di ricerca e selezione della forza-lavoro, creando comunque un valore aggiunto.

Anche se in entrambi i casi le attività effettivamente svolte restano estranee rispetto all'oggetto dell'appalto, tuttavia nella prima ipotesi sembra potersi riscontrare una impropria attività di somministrazione di lavoro autonomo; mentre nella seconda ipotesi, che dovrebbe ragionevolmente essere la più diffusa, si avrebbe un'attività congiunta di somministrazione di lavoro autonomo (sempre impropria) e di intermediazione e di ricerca e selezione del personale, così come definite dall'art. 2, lettere b) e c) comma uno, d.lgs. n. 276/2003.

Le attività di intermediazione e di ricerca e selezione del personale possono infatti entrambe effettuarsi anche per le prestazioni di lavoro autonomo. Solo in quest'ultimo caso, quindi, potrebbe verificarsi la diretta applicazione delle sanzioni previste dal decreto del 2003, ed in particolare quelle riguardanti lo svolgimento delle attività appena citate senza la necessaria autorizzazione ministeriale, così come previsto dal medesimo decreto.

Partendo da queste premesse, si può affermare fin da adesso che le diverse impostazioni dottrinali, circa la posizione del lavoro autonomo nella disciplina della fattispecie interpositiva, trovano un inevitabile punto di incontro nella essenzialità dei requisiti di imprenditorialità ai fini della verifica della genuinità dell'appalto. Ne deriva che se l'appaltatore non agisce con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (requisiti essenziali di cui all'art. 1655 c.c.), non può essere considerato un vero imprenditore, e questo a prescindere da una precisa scelta legislativa volta a tutelare una categoria di lavoratori piuttosto che un'altra. Diversamente, si finirebbe con l'ammettere che la legge speciale, non considerando come interposizione di manodopera quella che ha ad oggetto il lavoro autonomo,

possa creare una nozione di appalto esclusivamente lavoristica in grado di prescindere dall'organizzazione di mezzi e dalla gestione a proprio rischio, il che è inammissibile. L'appalto trova nell'ordinamento una sua propria nozione, e qualsiasi disposizione legislativa che ci si ricollega deve essere compatibile con tale definizione. Qualsiasi soluzione in senso contrario deve essere pertanto respinta.

Sotto questo profilo, le questioni sollevate dall'autrice (Bellocchi) che sostiene l'applicabilità del divieto d'interposizione al lavoro autonomo in virtù della contrapposizione concettuale fra la fattispecie impresa e la fattispecie interpositoria, risultano essere corrette. Ma d'altra parte è anche vero che la legge non si è mai preoccupata di disciplinare l'interposizione di lavoro autonomo, ed è chiaro che in questi casi sarebbe giuridicamente scorretta, ed anche irragionevole, l'applicazione della sanzione della costituzione di un rapporto di lavoro subordinato. Da quest'altro punto di vista risultano più valide le posizioni assunte dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza in merito a tale questione.

La verità, allora, è che la mancata regolamentazione dell'interposizione di lavoro autonomo si traduce in un vuoto normativo non indifferente.

5. A questo punto, è necessario analizzare più in dettaglio la struttura dell'attuale disciplina speciale, che sembra lasciare maggiori spazi interpretativi per l'introduzione di una specifica disciplina idonea a regolare l'interposizione di lavoro autonomo.

Già nella previgente normativa, in cui il legislatore non poteva prevedere il diffondersi dell'utilizzo improprio di collaborazioni autonome come alternativa al lavoro subordinato, si era compresa la necessità di inserire nel divieto altre

forme di manifestazione del fenomeno interpositorio, oltre le esplicite ipotesi di appalto e subappalto (art. 1 l. n. 1369/1960). Tuttavia, la formula <<aperta>> adottata dal legislatore era ben lontana dal considerare l'interposizione di lavoro autonomo.

L'elemento che aveva infatti inciso, in modo determinante, in favore della esclusione dell'applicabilità del divieto di interposizione alla categoria di lavoratori autonomi era stato l'esplicito riferimento alla manodopera assunta e retribuita, dall'appaltatore o dall'intermediario. C'è però da precisare che se si considera la graduale trasposizione delle tutele previste per il lavoro subordinato in favore del lavoro parasubordinato, entrambi gli elementi (assunta e retribuita) hanno comunque perso nel tempo quella forza discriminante fra le due categorie di lavori. Basti pensare al tendenziale avvicinamento del trattamento fiscale e previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative a quello dei lavoratori subordinati, ed al criterio di proporzionalità che adesso caratterizza, per espressa disposizione legislativa (art. 63 del d.lgs. n. 276/2003), il compenso dei lavoratori a progetto.

Anche la tipologia di sanzione prevista dalla legge del 1960 in caso di violazione del divieto, ossia la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato in capo al committente, ha deposto in favore dell'applicabilità del divieto al solo lavoro dipendente, in quanto è stata giustamente ritenuta sproporzionata qualora il rapporto di lavoro sia stato svolto in regime di reale autonomia da parte del lavoratore. Ma anche in questo caso, considerando che nell'attuale disciplina in tema di collaborazioni autonome a progetto la violazione degli obblighi imposti dalla legge comporta, come sanzione, la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato, a prescindere dall'effettiva

natura del rapporto³⁷, forse anche il valore discriminante del comma cinque dell'art. 1 della legge del 1960, ne sarebbe risultato, se ancora in vigore, indebolito dall'evolversi della nuova regolamentazione del mercato del lavoro. Riguardo alla somministrazione di lavoro, si deve anzitutto dire che anche nella nuova regolamentazione si stabilisce che il ricorso al contratto stipulato fra il somministratore e l'utilizzatore è lecito soltanto quando le prestazioni di lavoro oggetto di contrattazione sono di natura subordinata, e di conseguenza anche le norme sanzionatorie in materia possono applicarsi soltanto in caso di lavoro dipendente.

Fermo restando ciò, è tuttavia importante rilevare che, nonostante sia evidente la destinazione delle tutele ai soli lavoratori subordinati, la nuova disciplina lascia maggiori spazi interpretativi per una estensione del divieto al lavoro autonomo rispetto a quella previgente, grazie alla differente impostazione contenutistica e metodologica della decretazione. Ci si riferisce in particolare alla definizione generica di somministrazione di lavoro fornita dal legislatore, alla nuova posizione attribuita alla subordinazione rispetto alla fattispecie interpositoria, ed infine al risalto conferito alla differenza fra la somministrazione e l'appalto.

Riguardo alla questione definitoria, il riferimento al lavoro subordinato non è effettuato direttamente nella nozione di somministrazione di cui all'art. 2, lettera a) comma uno, d.lgs. n. 276/2003 (...fornitura professionale di

³⁷ L'art. 69, comma uno, d.lgs. n. 276/2003 stabilisce che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto (o di un programma di lavoro o di una fase di esso) sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Questa previsione legislativa è stata ridimensionata dalle prime sentenze che affrontano la questione, secondo le quali si ammette la natura subordinata del rapporto di lavoro in assenza di progetto, salva la possibilità di fornire la prova contraria da parte del committente. V. S. BRUN, *Primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a progetto: prevale la linea "morbida"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 330 ss; A. CORVINO, *Osservatorio di giurisprudenza italiana – Dalla giurisprudenza ulteriori conferme agli indirizzi del Ministero del lavoro in merito al lavoro a progetto*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 3, 821 ss; S. SPATARO, *Il lavoro a progetto nella giurisprudenza*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 664 ss.

manodopera, a tempo indeterminato o a termine, ai sensi dell'art. 20;), bensì indirettamente mediante quanto previsto dall'art. 20, comma due (Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore...).

Sembra dunque che il legislatore abbia fornito un concetto ampio di somministrazione senza specificare la tipologia di lavoro (art. 2), imponendo, poi, come condizione di liceità (art. 20) per il ricorso a tale fattispecie contrattuale, che questa debba avvenire attraverso la soggezione del lavoratore al potere direttivo e di controllo dell'utilizzatore.

Considerato ciò, è adesso possibile discutere la seconda questione, che è tra l'altro un aspetto fondamentale del passaggio dalla vecchia alla nuova normativa, ossia la posizione della subordinazione rispetto alla fattispecie interpositiva: mentre in passato con la legge del 1960 il rapporto di lavoro subordinato era elemento costitutivo della fattispecie vietata, adesso, con il decreto del 2003, questo stesso elemento della subordinazione è richiesto ai fini della liceità della fattispecie di somministrazione di lavoro. Da ciò deriva che essendo la subordinazione un elemento fondamentale per la liceità del contratto di somministrazione, se ne può dedurre che il lavoro autonomo non può formare oggetto di contrattazione.

Un'ulteriore osservazione interessante, che mette ancor più in rilievo il valore della estensione del divieto di interposizione al lavoro autonomo, è il risalto attribuito alla distinzione fra l'appalto e la somministrazione di lavoro (art. 29, comma uno), attraverso cui si ribadisce l'applicazione del principio su cui si è sempre basata la regolamentazione del fenomeno, e cioè che l'appalto, ai sensi dell'art. 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione per l'organizzazione dei mezzi e per la gestione a proprio rischio in capo all'appaltatore.

Soprattutto da quest'ultimo punto di vista emerge chiaramente il vuoto normativo in esame: da un lato la somministrazione di lavoro regolamentata dalla legge riguarda esclusivamente il lavoro subordinato, e dall'altro lato questa stessa fattispecie si deve distinguere dall'appalto per dei requisiti essenziali che, come si è già avuto modo di dimostrare, possono difettare anche in una particolare ipotesi di somministrazione di lavoro che non è invece disciplinata dalla legge, ossia quella che ha ad oggetto il lavoro autonomo.

In definitiva, si può affermare che una regolamentazione totale del fenomeno interpositorio si rende anzitutto necessaria per garantire l'ordine sistematico delle fattispecie giuridiche legate al fenomeno. Dall'indagine fin qui svolta risulta chiaramente come le lacune della legge speciale si riflettono inevitabilmente in modo negativo sulla identità della nozione di appalto (art. 1655 c.c.) e sulla identità della nozione di imprenditore (art. 2082 c.c.).

Tali conclusioni consentono indubbiamente una rivalutazione positiva della posizione assunta da quella dottrina minoritaria che sostiene l'applicabilità del divieto di interposizione anche al lavoro autonomo. L'impostazione adottata dall'autrice è tuttavia viziata da un errore interpretativo che consente di accettarla solo parzialmente. E' vero che la legge speciale deve essere letta ed applicata in rapporto al concetto di impresa, e che quindi il lavoro autonomo non dovrebbe essere escluso dalla normativa. Ma è anche vero che non esiste alcuna disciplina, che possa far rientrare questa categoria di lavori nel campo di applicazione delle tutele poste in essere per il lavoro subordinato.

A questo punto, prima di fornire possibili soluzioni orientate a colmare questa lacuna, è opportuno citare alcune conseguenze, giuridiche ed economiche, generate dal ricorso alla somministrazione di lavoro autonomo.

Per il committente, i vantaggi derivanti dal ricorso all'appalto eseguito mediante l'impiego di lavoratori autonomi sarebbero infatti di due tipi: una maggiore possibilità di poter negoziare un prezzo minore per il servizio o per l'opera, in quanto l'appaltatore non è obbligato a rispettare i minimi retributivi e contributivi previsti per il lavoro subordinato, e l'inapplicabilità della responsabilità solidale del committente prevista dall'art. 29, comma due, d.lgs. n. 276/2003³⁸.

Queste opportunità di mercato hanno probabilmente contribuito all'espansione di processi di esternalizzazione mediante contratti di appalto, accompagnati da un notevole, e spesso improprio, utilizzo delle collaborazioni autonome coordinate e continuative, che hanno comportato condizioni di precarietà diffusa in questa categoria di lavoratori.

In effetti, se l'appaltatore svolgesse un ruolo residuale rispetto al risultato atteso dall'attività appaltata, non esisterebbe nessuna valida ragione economica che potrebbe spingere il committente a ricorrere all'appalto (che tra l'altro non sarebbe più tale), oltre l'opportunità di potersi svincolare dalle responsabilità derivanti da eventuali pretese dei lavoratori. Questo a maggior ragione se si considera che, rispetto alla stipulazione diretta di un contratto di lavoro, il committente deve sostenere un costo maggiore, coincidente con il margine di profitto dell'appaltatore.

³⁸ L'art. 29, comma due, d.lgs. n. 276/2003 prevede una coobbligazione solidale fra committente e appaltatore relativamente ai trattamenti retributivi e ai contributi previdenziali dovuti, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto. Nella prima formulazione dell'art. 29 il legislatore aveva previsto questa forma di tutela soltanto nei casi di appalto di servizi. Con un successivo decreto (n. 251/2004) la tutela è stata estesa anche agli appalti di opere. Sul tema: P. ICHINO, *Il rapporto di lavoro negli appalti di servizi*, in AA. VV., *Commento al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da M. PEDRAZZOLI, 2004, *sub artt. 20 – 29*, 323 ss; R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, a cura di M. TIRABOSCHI, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Milano, 2006, 298 ss. Ulteriori modifiche alla disciplina della coobbligazione solidale in tema di appalto di cui all'art. 29 sono previste dalla l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007), P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *Lav. giur.*, 2007, n. 5, 467 ss.

Ne consegue inoltre che, il ricorso all'impresa appaltatrice risulta economicamente e normativamente più vantaggioso rispetto ad una società di somministrazione di lavoro³⁹, in quanto la prima può operare a bassi costi di manodopera (anche attraverso collaborazioni coordinate e continuative), mentre la seconda è soggetta ad una serie di vincoli retributivi e contributivi a favore del lavoratore, ovviamente subordinato⁴⁰.

Queste ultime argomentazioni rafforzano e giustificano la creazione di una disciplina specifica per la somministrazione di lavoro autonomo.

Prima di fornire possibili soluzioni, è necessario rispondere alla seguente domanda: si deve totalmente vietare l'interposizione di lavoro autonomo o si deve creare una disciplina che autorizzi questa forma di somministrazione di lavoro a determinate condizioni imposte dalla legge?

La risposta a tale domanda è molto più complessa di quanto non lo sia in apparenza. Il ricorso alla somministrazione di lavoro autonomo non ha gli stessi presupposti economici e giuridici di quella che ha ad oggetto il lavoro dipendente.

Con la stipulazione di un contratto di somministrazione di lavoro subordinato, l'utilizzatore ottiene il vantaggio di potere usufruire di lavoratori dipendenti senza doversi accollare una serie di oneri derivanti dall'assunzione diretta. Ne discende che l'utilizzatore ha il diritto di esercitare il proprio potere imprenditoriale sulla prestazione di lavoro, senza correre il pericolo di vedersi imporre un'assunzione diretta, in conseguenza della sanzione prevista in caso di stipulazione di un contratto di appalto con un finto imprenditore. Quindi,

³⁹ Non a caso, ad agire in giudizio contro un appalto avente ad oggetto prestazioni infermieristiche (TAR Piemonte, 27 giugno 2006, n. 2711, con nota di I. ALVINO, *Distinzione fra somministrazione e appalto: il caso della esternalizzazione delle attività di assistenza infermieristica*, in *Orient. giur. lav.*, 2006, n. 2, 329 ss) è stata l'Agenzie per il lavoro associate (A.P.L.A.), cui aderiscono numerose società di fornitura di lavoro temporaneo.

⁴⁰ Sul tema della differenza fra appalto e somministrazione di lavoro in tema di tutela del lavoratore si veda R. DEL PUNTA, *Statuto dei lavori ed esternalizzazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, n. 2, 218 ss.

l'utilizzatore, al fine di potersi avvalere di una notevole flessibilità di organico secondo le proprie esigenze, è disposto a sostenere un costo maggiore (profitto della società di somministrazione) rispetto alla stipulazione di un contratto di lavoro subordinato.

Nel caso invece di lavoro autonomo questi vantaggi in termini di flessibilità garantiti dal contratto di somministrazione sono già intrinseci nell'assunzione diretta. E quindi, che cosa potrebbe giustificare il ricorso alla somministrazione di lavoro autonomo da parte dell'utilizzatore?

Di sicuro, come già accennato, nessun apparente vantaggio in chiave economica, e questo a maggior ragione se si tiene presente che per il lavoro autonomo non sono previsti minimi retributivi. Neppure si può parlare di un'utilità in termini di flessibilità organizzativa della prestazione di lavoro, nel senso che, con o senza contratto di somministrazione, l'utilizzatore non può esercitare il potere di direzione e di controllo su questa categoria di lavoratori.

L'insussistenza di valide esigenze di flessibilità nell'ipotesi di somministrazione di lavoro autonomo trovano anche riscontro nel contesto del sistema giuridico di riferimento.

Mentre per l'applicazione del divieto d'interposizione al lavoro subordinato si deve dimostrare che l'appaltatore non ha agito come vero imprenditore, questo stesso presupposto di verifica viene meno nel caso in cui vengano impiegati dei lavoratori autonomi nell'attività.

In tal caso, infatti, l'assenza di imprenditorialità in capo all'appaltatore non necessita di un ulteriore accertamento in quanto, come già ampiamente dimostrato, essa trae direttamente origine dall'inesistenza del requisito dell'organizzazione, in conseguenza dell'impiego di prestazioni di lavoro autonomo in alternativa al lavoro subordinato.

E' importante ribadire che il valore aggiunto fornito in questi casi dal finto imprenditore, potrebbe essere solamente riconducibile ad una mera forma di amministrazione dei contratti di lavoro, o tutt'al più ad un'attività in grado di produrre un risultato diverso da quello atteso nel contratto di appalto, che probabilmente coinciderebbe con il servizio di intermediazione e di ricerca e selezione del personale, il quale non presuppone la titolarità del rapporto in capo al soggetto erogatore del servizio.

Quest'ultima argomentazione rappresenta un'ulteriore conferma del valore sistematico di un completamento della normativa in esame. In questo senso, se l'oggetto dell'appalto coincidesse con una mera attività di somministrazione di lavoro autonomo, accompagnata da un'apprezzabile attività di selezione del personale, si andrebbero a violare anche le specifiche regole imposte dal decreto del 2003 per l'esercizio delle attività di ricerca e selezione del personale. E si finirebbe di conseguenza con il privare di significato il ruolo attribuito dalla legge a questa tipologia di attività.

A questo punto, la disciplina del fenomeno interpositorio, sia che la si voglia ricondurre a delle finalità di ordine prettamente sistematico, e sia che la si voglia anche intendere come strumento di tutela volto a contrastare la precarietà che ormai investe la categoria di lavoratori autonomi negli appalti, non può che essere modificata nel senso di una imposizione del divieto di somministrazione di lavoro autonomo senza eccezioni.

Ciò significa che l'eventuale interposizione di lavoro celata dietro un finto contratto di appalto, risultante dall'impiego di prestazioni di lavoro autonomo, dovrebbe essere principalmente sanzionata con l'imposizione della costituzione del rapporto di lavoro autonomo in capo all'effettivo utilizzatore.

A questo dovrebbero aggiungersi almeno altre due componenti: il diritto del lavoratore al riconoscimento, fin dalla data di costituzione del rapporto di

lavoro, ad un compenso proporzionato a quello normalmente corrisposto dall'effettivo committente, per analoghe o simili prestazioni di lavoro, associato ad un adeguato sistema sanzionatorio a carico dell'interposto e dell'effettivo utilizzatore.

Un'ulteriore soluzione di riserva, che dovrebbe soccorrere qualora venisse respinta la tesi sulla incompatibilità giuridica fra l'impiego di lavoro autonomo e la sussistenza dei requisiti di imprenditorialità in capo all'appaltatore, potrebbe essere quella di autorizzare questa forma di somministrazione di lavoro attraverso la creazione di una specifica disciplina, che vada in ogni caso a sanzionare l'interposizione non autorizzata, anche al fine di mantenerne la separazione concettuale con l'appalto.

In tal caso, la verifica condotta deve pur sempre basarsi sull'accertamento della qualità imprenditoriale dell'appaltatore, ma stavolta attraverso una serie di indici idonei a rilevare, in concreto, l'autonomia organizzativa e la gestione a proprio rischio in capo all'appaltatore. Si tratta ovviamente di una verifica dell'autonomia organizzativa sia interna (nei confronti dei lavoratori autonomi) che esterna (nei confronti dell'appaltante). E la stessa cosa vale anche per la valutazione del rischio d'impresa.

Quindi, attraverso la prima soluzione si stabilisce un divieto assoluto di somministrazione di lavoro autonomo, mentre con la seconda impostazione si vieta il ricorso a tale fattispecie solo al di fuori di precisi limiti, imposti dalla creazione di una specifica disciplina. In quest'ultimo caso si ammette però implicitamente la possibilità che l'appaltatore può essere considerato un vero imprenditore anche senza l'esercizio del potere direttivo e disciplinare nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto. Questa seconda soluzione lascerebbe dunque irrisolto il problema della compatibilità giuridica fra i requisiti caratterizzanti il lavoro autonomo con quelli dell'appalto, e più in

generale la questione relativa alla sistematicità delle fattispecie giuridiche coinvolte.

Inoltre, offrire agli operatori economici l'opportunità di potere usufruire della somministrazione di lavoro autonomo comporta una spinta verso l'utilizzo fraudolento di tale tipologia contrattuale, in alternativa all'impiego di lavoro subordinato.

E' principalmente per tali ragioni che il vuoto normativo relativo al fenomeno in esame, deve essere colmato attraverso la previsione di un divieto assoluto di interposizione di lavoro autonomo. Questa è l'unica soluzione che riesce a risolvere correttamente tutte le problematiche discusse, e quindi sia dal punto di vista strettamente giuridico che in termini di maggiore tutela dei lavoratori nell'ampio contesto delle esternalizzazioni.

Per ragioni di completezza, si deve rilevare che per la seconda ipotesi possono utilizzarsi le stesse sanzioni fornite per la prima soluzione, ma con una variante: l'obbligo per l'appaltatore di corrispondere al lavoratore un compenso non inferiore a quello erogato dall'appaltante ai suoi lavoratori per analoghe o simili prestazioni di lavoro, autonome e subordinate. In tal modo, si disincentiverebbe notevolmente l'utilizzo indiretto del lavoro autonomo per ragioni di mero risparmio sul costo del lavoro.

6. E' opportuno ribadire che gli elementi di liceità dell'appalto devono specificatamente riguardare l'oggetto dell'attività appaltata. Quindi, più che di assetto organizzativo dell'impresa, si potrebbe parlare di assetto organizzativo dell'attività appaltata.

Per tale ragione, il divieto d'interposizione non dovrebbe estendersi a tutte le forme di lavoro autonomo impiegate per la realizzazione delle attività facenti capo all'appaltatore.

Occorre valutare le prestazioni di lavoro in termini di riconducibilità ad una relazione diretta con gli elementi di liceità (organizzazione autonoma e gestione a proprio rischio) rispetto al contenuto specifico dell'oggetto dell'appalto.

Pertanto, il necessario esercizio del potere direttivo e disciplinare nei confronti dei lavoratori coinvolti nell'appalto dovrebbe riferirsi soltanto a quelle prestazioni di lavoro che, essendo direttamente inserite nell'organizzazione dell'attività oggetto dell'appalto, rappresentano il mezzo attraverso cui l'appaltatore esprime il suo potere di vero imprenditore, rispetto alle obbligazioni assunte contrattualmente con il committente.

Sulla base di tali presupposti, non è quindi la natura della prestazione che è necessariamente subordinata, ma il suo legame con i presupposti essenziali di un lecito appalto, e quindi con le caratteristiche dell'organizzazione del lavoro rispetto all'oggetto dell'appalto stesso.

Ad esempio, un'attività appaltata che ha ad oggetto il solo servizio di assistenza alla clientela, tramite call center, dovrebbe essere formata da lavoratori (subordinati) impiegati direttamente nell'esecuzione del servizio (operatori telefonici), ai quali potrebbero affiancarsi lavoratori di <<supporto>>, le cui prestazioni non vengono impiegate per la realizzazione diretta del servizio oggetto dell'appalto (se non attraverso il risultato finale), ad esempio gli incaricati dall'appaltatore alla sostituzione dei componenti hardware dei pc utilizzati per l'inserimento dei dati relativi all'attività, o l'elettricista nel caso di guasti all'impianto elettrico.

In effetti, per queste attività di supporto, poiché il contenuto intrinseco della prestazione (in termini di scelta delle modalità e dei tempi di lavoro) non influisce sulle caratteristiche della specifica commessa, l'eventuale ricorso a forme di lavoro autonomo non altera la qualità imprenditoriale dell'appaltatore.

7. Riguardo alla notevole diffusione del lavoro coordinato e continuativo (art. 409 del c.p.c.) nell'ambito degli appalti di servizi, è evidente come per questi rapporti, essendo qualificati come prestazioni di lavoro autonomo⁴¹, valgano le stesse considerazioni fatte in generale fino ad ora.

Occorre sottolineare che alcuni problemi interpretativi sono sorti in relazione al contenuto generico dei requisiti (coordinamento e continuità) richiamati dall'art. 409 del c.p.c., rispetto alla definizione di lavoro autonomo di cui all'art. 2222 c.c. Tuttavia, ai fini del presente studio è sufficiente qualche precisazione.

Il coordinamento, che è stato definito in termini di <<...connessione funzionale fra l'attività del prestatore d'opera e quella del destinatario della prestazione>>⁴², consente a quest'ultimo di collegare il risultato della prestazione lavorativa (e quindi non questa stessa come nel lavoro subordinato) alle necessità organizzative dell'impresa. Il coordinamento, comunque, non potrà mai essere tale da determinare un assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro circa le modalità di esecuzione dell'attività

⁴¹ Sul punto la dottrina è divisa: all'orientamento prevalente secondo cui la fattispecie di lavoro a progetto è un sottotipo del lavoro autonomo, si contrappone una tesi minoritaria che riconduce la nuova tipologia contrattuale ad un *tertium genus* fra autonomia e subordinazione. Per approfondimenti si rimanda a C. BIZZARRO, *Il lavoro a progetto nella elaborazione dottrinale*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 3, 656-657.

⁴² V. Cass., 30 dicembre 1999, n. 14722.

lavorativa⁴³, perché in tal caso non si avrebbe più lavoro autonomo ma subordinato. Il potere di coordinazione del committente può essere solo esterno rispetto al contenuto intrinseco della prestazione, e pertanto è evidente che anche questo tipo di prestazioni sono incompatibili con la necessità del vincolo della subordinazione che caratterizza l'appalto.

Lo stesso ragionamento può farsi per il requisito della continuità <<...che ricorre quando la prestazione non sia occasionale ma perduri nel tempo e comporti un impegno costante del prestatore a favore del committente>>⁴⁴.

Il d.lgs. n. 276/2003 ha tipizzato le collaborazioni coordinate e continuative⁴⁵, adesso riconducibili ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso (art. 61, comma uno), ferme restando alcune ipotesi per le quali tale presupposto non è stato ritenuto necessario (art. 61, comma due e tre).

Dalla definizione di lavoro a progetto emerge che il principale carattere distintivo rispetto alle vecchie collaborazioni coordinate e continuative è dato dall'esistenza di un <<progetto, programma o fase di programma>>.

Dalle prime sentenze in materia, emerge anzitutto l'ampia conferma della natura autonoma delle collaborazioni a progetto, quale requisito fondamentale della fattispecie⁴⁶.

⁴³ V. Cass., 2 novembre 2004, n. 2622, in *MGC*, 2004.

⁴⁴ V. Cass., 19 aprile 2002, n. 5698.

⁴⁵ Per approfondimenti si rimanda a D. MEZZACAPO, *Il lavoro coordinato e continuativo a progetto*, in *Il diritto del lavoro*, a cura di G. AMOROSO – V. DI CERBO - A. MARESCA, volume I, Milano, 2007, 1295 ss.

⁴⁶ V. sentenze: tribunale Torino 5 aprile 2005, tribunale Milano 10 novembre 2005, tribunale Ravenna 24 novembre 2005, tribunale Modena 21 febbraio 2006. V. anche le note di: A. LEPORÉ, *Questioni in tema di lavoro a progetto*, in *Dir. lav.*, 2006, III, 305 ss; R. BAUSARDO, *Il contratto a progetto a un primo vaglio della giurisprudenza di merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, IV, 849 ss; S. BRUN, *Primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a progetto: prevale la linea "morbida"*, cit., 330 ss. Si veda inoltre la nota alle sentenze del tribunale di Torino (23 marzo 2007) e del tribunale di Bologna (6 febbraio 2007) di A. CORVINO, *Osservatorio di giurisprudenza italiana – Dalla giurisprudenza ulteriori conferme agli indirizzi del Ministero del lavoro in merito al lavoro a progetto*, cit., 825.

Riguardo al progetto (programma di lavoro o fase di esso), l'elemento che lo caratterizza deve essere la sua <<specificità>>, nel senso che, essendo finalizzato ad un risultato realizzato in autonomia dal collaboratore, non può presentarsi in forma standardizzata, senza specificazioni⁴⁷.

Ma la specificità, ancor prima di essere elemento di distinzione fra le attività dei vari collaboratori, svolge l'importante ruolo di creare una separazione fra l'oggetto sociale e lo specifico progetto affidato al collaboratore.

Se si verificasse una coincidenza fra i due elementi, in realtà ai lavoratori non verrebbe affidato il compito di <<collaborare>> con la struttura aziendale ma di sostituirla ed esaurirla⁴⁸, e, di fatto, si avrebbe l'inserimento del lavoratore nella gerarchia aziendale, con la conseguente mancanza di autonomia decisionale che andrebbe a snaturare la tipologia contrattuale utilizzata⁴⁹.

Il ricorso alla standardizzazione è, in effetti, congeniale allo svolgimento delle attività che coincidono con l'oggetto sociale, ma questo è possibile solo attraverso l'inserimento delle prestazioni di lavoro nell'organizzazione aziendale.

Il requisito della specificità, inteso come elemento di distinzione rispetto all'oggetto sociale, conferma l'impostazione in base alla quale le prestazioni di lavoro utilizzate direttamente per la realizzazione dell'oggetto dell'appalto (quindi integrate nell'organizzazione dell'attività appaltata), non possono essere definite prestazioni di lavoro autonome.

⁴⁷ V. M. NICOLINI, *Lavoro a progetto in funzione antifraudolenta*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, n. 15, 2668 ss.

⁴⁸ V. sentenza Tribunale Torino 5 aprile 2005.

⁴⁹ Nella circolare n. 1/2004 sul lavoro a progetto, emanata dal ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, si specifica che <<il progetto può essere connesso all'attività principale od accessoria dell'impresa.>>. Il concetto di "connessione" che emerge dalla citazione dovrebbe dare la conferma che la prestazione del lavoratore a progetto deve essere connessa all'attività del committente, ma non esserne parte integrante, se non attraverso il risultato finale.

In pratica, se il progetto coincidesse con l'oggetto dell'attività appaltata, significherebbe ammettere che l'appaltatore non potrebbe governare le dinamiche del fenomeno organizzativo. Questo in quanto ogni collaboratore, libero dal potere di conformazione tipico del lavoro subordinato, raggiungerebbe il risultato dedotto in contratto, che altro non è che l'oggetto dell'appalto, scegliendo egli stesso le modalità ed i tempi della prestazione (e cioè l'organizzazione del proprio lavoro), assumendosi inoltre il rischio d'impresa se il compenso è direttamente legato al risultato⁵⁰. L'appaltatore risulterebbe un mero coordinatore di un insieme di “nuclei indipendenti”, che, in quanto tali, non sarebbero idonei a rappresentare un'organizzazione d'impresa finalizzata al raggiungimento dell'oggetto dell'appalto, e l'organizzazione stessa sarebbe inesistente.

La logica di base è dunque questa: la struttura aziendale, finalizzata alla realizzazione dell'oggetto sociale (dell'oggetto dell'appalto nel caso di attività esternalizzata), deve essere il risultato del potere organizzativo dell'imprenditore, al quale deve imputarsi il rischio d'impresa.

La collaborazione di prestatori di lavoro autonomo deve essere attuata sotto forma di <<connessione>> estranea alla gerarchia aziendale, che non vada cioè a creare una sovrapposizione fra l'autonomia organizzativa del collaboratore rispetto al potere organizzativo dell'imprenditore, tale per cui, di fatto, quest'ultimo finirebbe con il costringere il lavoratore autonomo a conformare la propria prestazione alle mutevoli esigenze dell'organizzazione imprenditoriale.

⁵⁰ Interessanti, sotto questo punto di vista, gli approfondimenti di un autore, relativamente alle implicazioni derivanti dalla riconducibilità dell'obbligazione del collaboratore a progetto ad una obbligazione di risultato. V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, IV, 558-561.

Quello che deve andarsi ad integrare all'organizzazione del committente, attraverso il coordinamento fra le rispettive attività, è il risultato e non la prestazione di lavoro.

In questo senso, il ruolo svolto da “uno specifico progetto” sarebbe quello di estraniare l'attività del collaboratore rispetto alle mutevoli e variabili esigenze del committente, impedendo così <<a monte>> l'utilizzo fraudolento del lavoro parasubordinato⁵¹. L'eventuale mancanza della specificità nel progetto è sintomo dell'inserimento del collaboratore nella gerarchia aziendale, e quindi dell'inesistenza dell'elemento essenziale della fattispecie di lavoro a progetto, cioè l'autonomia nell'esecuzione della prestazione.

Il progetto assume quindi la funzione di rilevatore della genuinità del rapporto, che, basandosi sulla centralità del requisito dell'autonomia del collaboratore rispetto all'organizzazione del committente, mantiene una sua validità pratica, anche se dalla sua assenza deriva la natura subordinata del rapporto solo salvo prova contraria fornita dal committente.

Così, se un lavoro non può formare oggetto di uno specifico progetto (come sopra inteso), è improbabile che questo possa essere svolto in regime di effettiva autonomia da parte del collaboratore.

Ad esempio, questo vale sicuramente per il lavoro di una segretaria in uno studio, per il lavoro di un operaio in una fabbrica, o per il lavoro di un operatore telefonico, inbound o outbound, in un call center.

Basandosi sulla ratio della norma⁵², se alle considerazioni di portata generale della previsione legislativa si affiancassero valutazioni specifiche per categorie di lavori inseriti in particolari contesti produttivi, si potrebbe creare una “lista”

⁵¹ V. F. LUNARDON, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionale*, in AA.VV. *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, *sub artt. 61 - 69*, a cura di P. BELLOCCHI, F. LUNARDON E V. SPEZIALE, 2004, 25.

⁵² Ossia impedire l'utilizzo improprio delle collaborazioni coordinate e continuative che di fatto nascondono un rapporto di lavoro subordinato.

di lavori che non possono essere riconducibili allo schema di lavoro a progetto, disincentivando così, a priori, l'utilizzo improprio del lavoro parasubordinato.

In questa direzione, il ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha emanato una circolare (n. 17/2006), rivolta al personale ispettivo, per regolamentare l'utilizzo del lavoro a progetto nei call center, dove, appunto, le caratteristiche del lavoro, o più in generale del settore di riferimento, precludono al datore di lavoro la possibilità di utilizzare contratti di lavoro a progetto per gli operatori telefonici che svolgono attività inbound⁵³.

Talvolta, infatti, le caratteristiche del servizio potrebbero addirittura condurre ad una subordinazione diretta del committente. In questi casi, ponendo per ipotesi che tutti i lavoratori impiegati siano subordinati, gli elementi di liceità dell'appalto (organizzazione autonoma e gestione a proprio rischio) sarebbero messi in discussione dal tipo di relazione instaurata fra l'appaltatore ed il committente.

8. L'analisi condotta nei paragrafi precedenti ha riguardato la verifica dei requisiti di imprenditorialità in capo all'appaltatore dal punto di vista della relazione fra questo ed il lavoratore. Adesso, ponendo per ipotesi che tutti i lavoratori impiegati siano dipendenti, è possibile affrontare la questione relativa alla verifica dei requisiti essenziali dell'appalto dalla prospettiva del rapporto fra l'attività dell'appaltatore con quella del committente.

⁵³ Si rimanda a L.UNDIEMI, *Il problema del lavoro autonomo coordinato e continuativo nei call center*, in corso di pubblicazione in questa rivista.

L'argomento è estremamente interessante in quanto, come si vedrà meglio in seguito, talvolta sono proprio le caratteristiche del servizio che conducono ad una subordinazione diretta dei lavoratori in favore del committente.

In primo luogo, come già accennato, la verifica della liceità dell'appalto è condotta per via interpretativa attraverso l'individuazione dei suoi elementi tipici⁵⁴.

Si configura quindi un lecito appalto allorquando l'appaltatore crea, rispetto alla mera messa a disposizione di mezzi e/o prestazioni di lavoro, un valore aggiunto che, con la produzione dell'opera o del servizio, rispecchia le caratteristiche tipiche di un'attività d'impresa, così come evidenziato dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003. Viceversa, i lavoratori si considerano dipendenti del committente, quando l'appaltatore, anziché agire in concreto come un vero imprenditore, agisce come mero fornitore di manodopera.

Coerentemente con tale impostazione, la giurisprudenza riconduce la liceità dell'appalto alla verifica, nel caso concreto, dei requisiti di imprenditorialità in capo all'appaltatore. Quest'ultimo deve essere in grado di fornire un autonomo risultato produttivo rispetto alla complessa organizzazione del committente, in quanto è solo attraverso questo che è <<possibile e individuabile una organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, con l'assunzione dei correlativi rischi economici in relazione alla responsabilità dell'appaltatore in ordine al risultato pattuito>>⁵⁵.

⁵⁴ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 81; A. BELLAVISTA, *Le sabbie mobili del divieto d'interposizione*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3228 ss.

⁵⁵ V. Cass., 30 ottobre 2002, n. 15337 con nota di P. ALBI, *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari secondo la L. N. 1369/1960*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, III, 536 ss, e con nota di A. V. D'ORONZO, *Sulla distinzione fra interposizione e appalto di servizi a carattere continuativo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 254 ss.

Ovviamente una certa ingerenza del committente sull'attività dell'appaltatore è ammessa, ma questa deve essere attuata sotto forma di coordinamento⁵⁶, che non potrà mai essere tale da vincolare l'autonomia organizzativa e la gestione a proprio rischio dell'appaltatore, perché, in caso contrario, priverebbe quest'ultimo della qualità di imprenditore, e pertanto incorrerebbe nel divieto d'interposizione.

In altri termini, si tratta di un problema di distribuzione del potere esercitabile sull'attività esternalizzata fra il committente e l'appaltatore, legata a sua volta alla quantità e alla qualità dell'integrazione fra le rispettive organizzazioni. La quantità e la qualità dipendono, da un lato, dal rapporto fra l'oggetto dell'appalto e l'organizzazione del committente, e, dall'altro, dal livello di dinamicità del processo produttivo del committente, che influisce direttamente su tale relazione.

A volte, infatti, l'elevata dinamicità richiede un continuo processo di adattamento e di scambio fra le rispettive organizzazioni, che può anche essere tale da annullare l'autonomia organizzativa dell'appaltatore, riducendola ad una mera gestione amministrativa⁵⁷. Soprattutto in questi casi, il committente anziché operare un controllo tecnico connaturale al contratto di appalto, effettua un controllo organizzativo sull'attività dell'appaltatore⁵⁸.

L'appaltatore ed il committente interagiscono quindi mediante una sorta di relazione inversa, se quest'ultimo ingerisce sull'attività dell'appaltatore al punto da limitarne l'autonomia organizzativa. In caso di controversia, spetta al giudice, in relazione al caso concreto, stabilire il confine fra l'ipotesi lecita di

⁵⁶ V. M.T. CARINCI, *Questioni in ordine all'applicazione della legge sul divieto di intermediazione nei rapporti di lavoro*, cit., 716-717.

⁵⁷ Soprattutto in questi casi è evidente come l'esercizio del potere di conformazione sui lavoratori coinvolti nell'appalto è essenziale per adeguare le prestazioni di lavoro alle dinamiche dell'organizzazione rispetto alla qualità del servizio appaltato.

⁵⁸ V. Cass., 19 dicembre 2002, n. 18098.

coordinamento e controllo, rispetto ad una vera e propria ingerenza vietata del committente sull'organizzazione dell'attività dell'appaltatore.

Risulta evidente l'importanza della ricerca di quei principi di fondo dei concetti di organizzazione e di rischio che sono universalmente validi, e che devono trovare riscontro nel caso concreto attraverso una serie di elementi eterogenei che caratterizzano, di volta in volta, le diverse realtà produttive.

9. Per ciò che concerne la comprensione del concetto di organizzazione, è interessante l'impostazione in base alla quale questa si manifesta sotto due aspetti: <<l'organizzazione esprime (nel suo aspetto dinamico: come <<farsi>> dell'organizzazione) il momento astratto di prefigurazione dell'attività, e (nel suo aspetto statico: come organizzato) la struttura in cui tale prefigurazione si cala e si concretizza>>. Basandosi su questa distinzione, gli studi in materia di organizzazione hanno messo in evidenza come <<l'essenza del fenomeno organizzativo è da ritrovare proprio nel suo aspetto dinamico, nel farsi cioè dell'organizzazione, più che nella struttura organizzata: e ciò sia perché quest'ultima è, ovviamente, inscindibilmente legata all'attività (organizzatrice) che ne è all'origine e che continuamente la trasforma, adeguandola alle esigenze per cui l'organizzazione è posta; sia soprattutto perché la struttura prodotta non è che l'aspetto effettuale, la concretizzazione del farsi, appunto, dell'organizzazione>>⁵⁹.

In base a questa impostazione, la natura imprenditoriale di un'attività appaltata implica dunque che la struttura, nella quale l'oggetto dell'appalto viene realizzato, è il risultato dell'attività organizzatrice, attraverso la quale l'appaltatore può assumere il ruolo decisionale tipico dell'imprenditore. Ma

⁵⁹ V. A. NIGRO, *imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, cit., 650 e nota 236.

comunque, è già l'espressione <<attività organizzata>> di cui all'art. 2082 c.c. che attribuisce all'attività organizzatrice dell'imprenditore il valore di elemento normativo indispensabile ai fini della qualificazione dell'attività d'impresa.

Pertanto, la distinzione fra attività imprenditoriali e non imprenditoriali risiede nell'attività organizzatrice, che si manifesta con la scelta della destinazione funzionale ed organica dei beni che caratterizzano l'azienda, e con la creazione di apparati e l'imposizione di regole che presiedono al suo funzionamento⁶⁰. Negli appalti è ovvio che queste caratteristiche (...destinazione funzionale ed organica...creazione di apparati ed imposizione di regole..) che tipizzano le attività imprenditoriali non devono essere necessariamente legate al concetto classico di azienda, e quindi alla rigida definizione di cui all'art. 2555 c.c., ma devono essere ricondotte, con gli opportuni adattamenti, anche a quelle attività appaltate aventi ad oggetto dei servizi a bassa incidenza di mezzi materiali di produzione.

Se il coordinamento con l'organizzazione del committente vincola l'attività organizzatrice dell'appaltatore, quest'ultimo non potrebbe governare le dinamiche del fenomeno organizzativo, e finirebbe con l'operare su una struttura organizzata dal committente, al quale verrebbe imputata la qualifica di vero imprenditore. Nel caso specifico degli appalti di servizi a scarsa intensità organizzativa, il problema si pone in termini di <<distinzione fra potere direttivo proprio del datore di lavoro e potere di coordinamento organizzativo fra le due imprese>>⁶¹.

Sotto un altro aspetto, il concetto di struttura risultante dall'attività organizzatrice, non implica necessariamente, da parte dell'appaltatore, la

⁶⁰ V. A. NIGRO, *imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, cit., 652.

⁶¹ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 89.

proprietà dei mezzi di produzione per l'esecuzione dell'appalto⁶², in quanto, non è l'utilizzo dei fattori di produzione altrui in sé che limita il potere imprenditoriale, ma il fatto che se tale "messa a disposizione" altrui (cioè del committente) si traduce, in concreto, nell'imposizione di una struttura (che ad esempio limita il potere di organizzare il personale in termini di scelta delle modalità e dei tempi di lavoro) tale per cui l'appaltatore non potrebbe esercitare il proprio potere imprenditoriale (attività organizzatrice), ne consegue che l'appalto avrebbe come oggetto reale la mera gestione amministrativa dell'attività esternalizzata.

L'elasticità della rilevanza dell'utilizzo dei mezzi di produzione altrui, per la creazione della struttura necessaria per l'esecuzione dello specifico appalto, è accentuata dalla mancata richiesta del requisito della professionalità⁶³ in capo all'appaltatore. La nozione economica d'impresa, nei termini in cui assume come base l'organizzazione dei fattori economici⁶⁴, risulta infatti maggiormente rappresentativa della qualità imprenditoriale dell'appaltatore, rispetto a quella legislativa che si ricava dall'art. 2082 c.c.⁶⁵.

D'altronde, la presunzione legale di illiceità di cui all'art. 1, terzo comma, l. n. 1369/1960, secondo cui «...è considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per l'esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante»⁶⁶, ormai abrogata dal d.lgs. n. 276/2003, non ha operato come

⁶² L'art. 1655 c.c. non impone infatti il titolo con il quale l'appaltatore deve garantire la disponibilità dei mezzi. V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 91.

⁶³ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 83-84.

⁶⁴ V. NIGRO, *imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, cit., 652.

⁶⁵ V. Cass. 22 Agosto 2003, n. 12363, cit.

⁶⁶ Si discuteva se tale ipotesi costituiva una fattispecie vietata aggiuntiva, oppure se integrava l'ipotesi vietata prevista dall'art. 1, primo comma, formando un'unica ipotesi d'interposizione vietata. La dottrina maggioritaria sosteneva quest'ultimo caso. V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit.,

diretta manifestazione dell'attività organizzatrice, ma è stata un modo per rendere più agevole la verifica di una situazione di fatto, in un contesto produttivo dove era determinante l'apporto di capitali, macchine ed attrezzature per qualificare un'attività imprenditoriale.

L'espandersi di servizi alla produzione, in cui l'impatto dei beni materiali è spesso ridimensionato, al punto da risultare superfluo rispetto alla qualificazione dell'attività imprenditoriale, ha spinto la stessa giurisprudenza a ritenere che il terzo comma ha operato sul piano probatorio, nei termini di una presunzione semplice⁶⁷.

10. Nei servizi caratterizzati da una bassa incidenza dei mezzi di produzione, come ad esempio in quelli “classici” di pulizia e facchinaggio, oppure in quelli più moderni di assistenza software, è il fattore lavoro l'elemento preminente per la realizzazione dell'oggetto dell'appalto.

L'attenzione della giurisprudenza si sposta inevitabilmente sul concetto di servizio⁶⁸ ai fini della rilevazione in concreto dei requisiti d'imprenditorialità in capo all'appaltatore.

E' necessario premettere che la difficoltà di fondo dell'accertamento dipende dal naturale collegamento fra l'attività dell'appaltatore rispetto a quella del committente: l'oggetto dell'appalto ha lo scopo di soddisfare una esigenza produttiva riferita all'attività del committente, a cui il risultato realizzato dall'appaltatore va ad integrarsi. E' evidente che, nell'ambito della distinzione fra appalto ed interposizione, il potere imprenditoriale dell'appaltatore può

92; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 42-43.

⁶⁷ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 94-95.

⁶⁸ V. Cass., 29 agosto 2003, n. 12664.

essere limitato solamente da quello del committente⁶⁹ (o da vincoli imposti dalle autorità sulle sue attività), a prescindere da qualsiasi argomentazione circa la relazione fra l'oggetto dell'appalto e le ragioni organizzative e gestionali riferite all'attività dell'appaltante.

Questa caratteristica, tipica di qualsiasi contratto di appalto, giustifica pienamente l'importanza attribuita dalla Cassazione alla finalizzazione di un lecito appalto ad un autonomo risultato produttivo rispetto alla complessa organizzazione dell'appaltante⁷⁰, in quanto la mancanza di autonomia nella produzione del risultato oggetto di appalto, non può che originare da una mancanza di autonomia organizzativa e gestionale dell'appaltatore, che si manifesta necessariamente in relazione all'organizzazione dell'appaltante.

Queste problematiche sono maggiormente evidenti nei casi di appalto di servizi a prevalente prestazione personale, per i quali la Cassazione, con una recente sentenza⁷¹, ha stabilito che <<l'autonomia gestionale può esplicarsi solo in relazione a mansioni appaltate suscettibili di costituire un servizio in sé compiuto ed autonomo, e cioè un complesso di operazioni costituenti una sezione del processo produttivo esperibile autonomamente dall'appaltatore, nella organizzazione complessa dell'appaltante>>.

Un autore⁷² solleva dei dubbi circa la validità della riconducibilità dell'autonomia gestionale dell'appaltatore alla fornitura di <<un servizio in sé compiuto ed autonomo>>, in quanto criterio distintivo dell'appalto rispetto alla mera fornitura di manodopera, basandosi, da un lato sulla circostanza che l'elemento da valutare è il valore aggiunto dell'opera dell'appaltatore rispetto

⁶⁹ Ovviamente ponendo come ipotesi che l'appaltatore utilizzi delle prestazioni di lavoro subordinato, e quindi non considerando le problematiche esposte nei paragrafi precedenti in merito a tale questione.

⁷⁰ V. Cass., 22 Agosto 2003, n. 12363.

⁷¹ V. Cass., 29 agosto 2003, n. 12664.

⁷² V. L. CALCATERRA, *Interposizione e appalto di servizi: La Cassazione anticipa la riforma*, cit., 61.

alle mere prestazioni e non la posizione dell'appalto rispetto al ciclo produttivo del committente, e dall'altro lato evidenziando il problema della verifica, in concreto, dei requisiti dell'autonomia e della compiutezza.

Rispetto alla posizione di questo autore, è possibile, con le opportune argomentazioni, considerare i concetti di autonomia e di compiutezza della definizione di servizio fornita dalla Cassazione come presupposti essenziali ai fini della qualificazione di un lecito appalto.

Questi elementi, anche se contemporaneamente presenti nel concetto di servizio, agiscono su livelli differenti: la compiutezza si riferisce al servizio inteso come oggetto di un'attività imprenditoriale così come voluta dall'art. 1655 c.c., facendo rientrare nel concetto di servizio una qualsiasi <<sezione del processo produttivo>>, e quindi anche quelle estranee rispetto all'attività tipica dell'impresa committente. Una volta provata la compiutezza del servizio, e quindi verificati i presupposti di cui all'art. 1655 c.c., entra in gioco l'aspetto fondamentale del problema dell'interposizione vietata, e cioè la verifica del requisito dell'autonomia dell'appaltatore rispetto alla complessa organizzazione dell'appaltante, in termini di potere imprenditoriale eventualmente esercitato dal committente sull'attività appaltata; è in questa fase che deve evidenziarsi l'importanza della relazione fra il ciclo produttivo specifico del committente e l'oggetto dell'appalto, ossia nel senso di quanto questa relazione possa incidere sulla effettiva autonomia dell'appaltatore, e non quindi ai fini della qualificazione, a monte, di un vero imprenditore⁷³.

⁷³ Questa impostazione, che riconduce l'importanza della relazione fra l'oggetto dell'appalto ed il ciclo produttivo del committente alla fase di verifica della effettiva autonomia dell'appaltatore (e quindi di un soggetto che, a prescindere dal tipo di attività, sia apparentemente un vero imprenditore), risulta coerente con la tesi della irrilevanza dell'inerenza dell'attività oggetto dell'appalto al ciclo produttivo del committente ai fini dell'applicazione generale del divieto a qualsiasi attività di mera fornitura di manodopera. In questo modo sarebbe anche possibile tralasciare il problema relativo alla formulazione di una nozione generale di ciclo produttivo, che diversamente potrà essere affrontato, di volta in volta, in relazione alle caratteristiche del caso concreto. Sull'argomento V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 89-91; A. V. D'ORONZO, *Sulla distinzione fra interposizione e appalto di servizi a*

Mentre il requisito della compiutezza opera oggettivamente, cioè il servizio è valutato in quanto oggetto dell'attività imprenditoriale in base all'art. 1655 c.c., a prescindere quindi dal legame che di fatto si realizza fra le parti nello specifico contratto di appalto, il requisito dell'autonomia deve essere valutato in termini di relazione fra le rispettive organizzazioni. Da questa analisi deve emergere un'autonomia “oggettiva” dell'organizzazione dell'appaltatore rispetto allo specifico ciclo produttivo dell'appaltante, ed un'autonomia “soggettiva”, e cioè senza limitazioni in fase di esecuzione del potere imprenditoriale dell'appaltatore da parte del committente. Ovviamente, a seconda del caso concreto, l'importanza della relazione dipenderà dalla sua intensità, ma in nessun caso il ciclo produttivo del committente, qualsiasi forma questo assuma, potrà mai limitare l'autonomia imprenditoriale dell'appaltatore.

In sostanza occorre porsi le seguenti domande: l'oggetto dell'appalto è realmente un servizio che l'appaltatore potrebbe astrattamente realizzare con le caratteristiche d'imprenditorialità di cui all'art. 1655 c.c. (concetto di compiutezza)? Le particolari caratteristiche del ciclo produttivo dell'impresa committente consentono una effettiva autonomia organizzativa e gestionale dell'appaltatore-imprenditore, con l'assunzione del relativo rischio economico (concetto di autonomia oggettiva)? L'appaltatore agisce come vero imprenditore od opera in concreto come mero fornitore di manodopera (concetto di autonomia soggettiva)? I tre livelli di analisi (compiutezza, autonomia oggettiva ed autonomia soggettiva) non sono in ordine casuale, nel senso che se, ad esempio, non sussistono i presupposti della compiutezza, non possono conseguentemente verificarsi gli altri due requisiti (autonomia oggettiva ed autonomia soggettiva).

carattere continuativo, cit., 257.

Il TAR del Piemonte con una recente pronuncia⁷⁴, affrontando un caso relativo agli appalti aventi ad oggetto il servizio per prestazioni infermieristiche, ha colto il problema della oggettiva inappaltabilità di alcuni tipi di attività. In particolare, il tribunale amministrativo ha stabilito che, nel caso di specie, non sussistono i presupposti di liceità dell'appalto ma si configura l'ipotesi della somministrazione di lavoro a tempo determinato⁷⁵, e questo per delle ragioni fondamentali legate, da un lato all'oggetto stesso del contratto di appalto, e dall'altro al criterio di aggiudicazione della gara. Dalla descrizione delle modalità organizzative⁷⁶ delle prestazioni infermieristiche contenute nel bando di gara emerge chiaramente che l'attività dell'appaltatore, e dei suoi dipendenti, dovrà essere svolta sotto la direzione ed il controllo della stazione appaltante⁷⁷. Com'è evidente, la mancanza dei presupposti di liceità dell'appalto non dipende dalle concrete modalità di esecuzione dell'attività oggetto dell'appalto, ma è piuttosto legata alle caratteristiche del servizio descritte nel bando di gara, che, conseguentemente, dovrebbe rientrare nell'ipotesi di oggettiva inappaltabilità del servizio per la mancanza del requisito della autonomia

⁷⁴ V. TAR Piemonte, 27 giugno 2006, n. 2771, con nota di I. ALVINO, *Distinzione fra somministrazione e appalto: il caso della esternalizzazione delle attività di assistenza infermieristica*, cit., 329 ss.

⁷⁵ Artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 276/2003.

⁷⁶ Lett. E) Modalità organizzative: “Le turnazioni verranno definite dai responsabili del settore e potranno subire delle variazioni estemporanee. L'orario di lavoro sarà definito sulla base della necessità, come da C.C.N.L. di comparto”; lett. M) osservanza di regole impartite: “Il prestatore di lavoro dovrà svolgere la propria attività secondo le istruzioni impartite dall'A.S.O. per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro ed è tenuto all'osservanza di tutte le ... linee guida e protocolli emanate dalle A.S.O.”; lett. P) Rilevazione orario servizio: “Verranno forniti dalle Due Aziende i badges per la rilevazione degli orari di bollatura”; lett. S) Norme di comportamento: “Gli operatori dovranno uniformarsi alle seguenti regole di comportamento: corretto utilizzo della divisa di servizio secondo le linee guida aziendali con l'esposizione del tesserino di riconoscimento;...”; “Osservanza del segreto professionale, del regolamento aziendale e della tutela della privacy; Rispetto puntuale della programmazione dell'attività formulata dal Coordinatore della struttura Complessa; Rispetto delle indicazioni organizzative dei coordinatori”.

⁷⁷ In questa vicenda, emerge chiaramente che l'applicazione del divieto di somministrazione di lavoro è avvenuta senza che si sia verificata l'effettiva utilizzazione da parte dell'Azienda ospedaliera. Si conferma in tal modo l'oggettiva inappaltabilità di alcuni tipi di attività, che era stata d'altro canto già messa in evidenza dalla Cassazione in una recente sentenza (Cass., 29 agosto 2003, n. 12664).

oggettiva. Ma in realtà, anche prescindendo dalla specifica descrizione contenuta nel bando di gara, le prestazioni infermieristiche inserite in una qualsiasi struttura ospedaliera non potrebbero in nessun caso costituire un servizio in sé compiuto ed autonomo, e quindi essere oggetto di un contratto di appalto lecito: un infermiere inserito in una Azienda Ospedaliera, poiché la sua prestazione lavorativa è strettamente dipendente da quella del medico o più in generale dalla stessa struttura dell'ospedale, deve necessariamente osservare le regole impartite da questa per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro, e questo vale per tutto il settore di riferimento indipendentemente dallo specifico ciclo produttivo del committente. Pertanto, qualsiasi contratto di appalto contenente “prestazioni infermieristiche”, singolarmente considerate o con altri elementi che potrebbero formare teoricamente oggetto di attività appaltata, sarebbe illecito, senza la necessità di ulteriori argomentazioni. Di conseguenza, gli appalti contenenti questa tipologia di prestazioni rientrano nella categoria delle attività oggettivamente inappaltabili per difetto del requisito (base) di compiutezza.

La Cassazione⁷⁸, nella stessa sentenza in cui ha ricondotto il servizio ai concetti di compiutezza ed autonomia, ha colto la possibilità di poter effettuare la verifica della liceità dell'appalto attraverso due livelli di analisi riferibili in modo congiunto ad un criterio soggettivo, riferito alla capacità imprenditoriale dell'appaltatore, ed uno oggettivo riferito al servizio in sé. In base al primo criterio <<la appaltabilità di servizi a prevalente prestazione professionale fa emergere, quale criterio di liceità, l'autonomia gestionale dell'appaltatore che si esplica non nella determinazione delle caratteristiche del prodotto, riservate al committente, ma nella conduzione aziendale, nella direzione del personale,

⁷⁸ V. Cass., 29 agosto 2003, n. 12664. V. M.T. CARINCI, *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, cit., 157-158. V. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 48 ss.

nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro>>. Il criterio oggettivo si integra con quello soggettivo in quanto <<l'autonomia gestionale può esplicarsi solo in relazione a mansioni appaltate suscettibili di costituire un servizio in sé compiuto ed autonomo, e cioè un complesso di operazioni costituenti una sezione del ciclo produttivo esperibile autonomamente dall'appaltatore nella organizzazione complessa dell'appaltante>>⁷⁹.

Quindi, dal punto di vista soggettivo la giurisprudenza pone primaria attenzione alla figura dell'appaltatore per verificarne la qualità di imprenditore, e dal punto di vista oggettivo considera il concetto di autonomia legato, non direttamente al soggetto interposto, ma al servizio in sé rispetto all'organizzazione dell'appaltante. Ne consegue che l'autonomia soggettiva dell'appaltatore deve essere preceduta dalla verifica della idoneità dell'oggetto dell'appalto a costituire un servizio in sé compiuto ed autonomo, che altro non è, per l'appunto, che il criterio oggettivo espresso dalla giurisprudenza. Questo principio coincide con il requisito della compiutezza e dell'autonomia oggettiva argomentati in precedenza.

Se infatti l'attività appaltata è strettamente integrata con l'organizzazione del committente, al punto da non consentire l'autonomia dell'appaltatore in relazione, ad esempio, alle modalità e ai tempi di lavoro, inevitabilmente nell'esercizio in concreto dello specifico servizio non può configurarsi un lecito appalto⁸⁰.

Con il criterio oggettivo, il servizio, inteso nella sua compiutezza ed autonomia, prescinde dalla qualità imprenditoriale del soggetto interposto, ed è piuttosto legato ad oggettive considerazioni sull'attività dell'appaltatore rispetto alla complessa organizzazione della società committente.

⁷⁹ Tale principio è stato ribadito anche in altre sentenze della Cassazione: Cass., 29 maggio 2000, n. 7089; Cass., 19 dicembre 2002, n. 18098; Cass., 30 ottobre 2002, n. 15337.

⁸⁰ V. Cass., 22 Agosto 2003, n. 12363.

L'oggettiva appaltabilità, che a sua volta rende astrattamente possibile l'autonomia organizzativa e gestionale dell'appaltatore, si verifica quando è possibile distinguere il risultato dell'attività (servizio oggetto dell'appalto), di cui le caratteristiche sono determinate dal committente, rispetto alle modalità di svolgimento della stessa⁸¹.

Tuttavia, le *caratteristiche del servizio* potrebbero, proprio per loro natura, influenzare notevolmente le modalità di esecuzione della prestazione, al punto da determinare una totale sovrapposizione fra i due elementi, il cui risultato sarebbe un'attività oggettivamente inappaltabile.

11. Le problematiche appena esposte sono maggiormente evidenti nel caso di servizi a bassa intensità organizzativa, in cui è necessario valutare la gestione autonoma dell'organizzazione del lavoro e/o dei beni materiali e immateriali, e l'esistenza di un reale rischio d'impresa.

Il primo elemento (organizzazione del lavoro) è una diretta espressione dell'attività organizzatrice, ed in quanto tale è una condizione necessaria di liceità: mentre la presunzione di cui all'art. 1, terzo comma, della legge del 1960 ha operato come indice relativo, in nessun caso un lecito appalto può prescindere dall'organizzazione del lavoro in capo all'appaltatore. In caso contrario, si avrebbe l'effettiva utilizzazione delle prestazioni di lavoro da parte del committente.

L'organizzazione del lavoro è tale se, alle mere prestazioni di lavoro, è possibile integrare un valore aggiunto, sia esso un bene immateriale, tipo

⁸¹ V. S. NAPPI, *Interposizione, Appalti interni leciti e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 772 ss.

software, od uno specifico Know how⁸², tale per cui dalla loro combinazione è possibile produrre un servizio in sé compiuto ed autonomo (presupposto oggettivo), in quanto frutto dell'autonomia organizzativa e della gestione a proprio rischio dell'appaltatore (presupposto soggettivo).

La modifica introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, in base al quale l'appalto può anche risultare << ... in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa>> (comma uno, art. 29), di fatto non sembra aver aggiunto nullo di nuovo, dovendo pur sempre l'organizzazione del lavoro, in quanto tale, risultare dalla combinazione dei fattori, e cioè mere prestazioni di lavoro e mezzi immateriali⁸³. Questo è evidente nel momento in cui si considera la riconducibilità alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto.

Il grado di complessità dell'accertamento del divieto di interposizione dipende principalmente dal livello di integrazione fra le prestazioni di lavoro e l'organizzazione del committente, a sua volta determinato dallo specifico oggetto di appalto dedotto in contratto.

Nel caso dei lavori di pulizia, è già l'oggetto dell'appalto in sé che, non essendo direttamente legato al ciclo produttivo del committente, non richiede una significativa ingerenza da parte di quest'ultimo.

Se diversamente le prestazioni di lavoro fossero strettamente connesse col processo produttivo specifico dell'imprenditore committente, la liceità dell'appalto sarebbe seriamente messa in discussione, in quanto l'appaltatore

⁸² Sulla distinzione fra software e Know how si veda M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 95-96.

⁸³ In questo senso, la Cassazione (sentenza 26 gennaio 2004 n. 2583) ha dichiarato che quanto disposto dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, è stata una precisazione relativa alla distinzione fra somministrazione ed appalto di servizi.

non potrebbe *oggettivamente* essere in grado di esercitare un ruolo imprenditoriale, operando di fatto nella struttura organizzata dall'appaltante.

L'oggettiva inappaltabilità è in alcuni settori, specie in quelli dove le imprese rivestono un ruolo di pubblica utilità, ulteriormente "appesantita" da eventuali vincoli imposti dalle autorità, nell'ambito delle rispettive competenze⁸⁴. Si potrebbe in tal caso parlare di *criterio oggettivo esterno*.

In sostanza, tanto maggiore è il livello di connessione fra le prestazioni di lavoro utilizzate nell'appalto con il processo produttivo del committente, tanto minore sarà la possibilità per l'appaltatore di agire con un'autonoma organizzazione, in quanto si riducono gli spazi necessari per combinare fra loro i fattori della produzione. Ed è infatti attraverso tale combinazione che è possibile esplicitare la funzione imprenditoriale, creando efficienza ed economicità in relazione al costo.

L'organizzazione del lavoro implica che l'appaltatore deve organizzare e gestire le prestazioni di lavoro, e quindi esercitare il potere direttivo e gerarchico sui lavoratori impiegati nell'appalto, sulla base del suo contributo in termini di apporti immateriali, fermo restando un residuale impiego di beni strumentali. L'appaltatore agisce quindi come un vero imprenditore se, attraverso la combinazione delle prestazioni di lavoro con i mezzi immateriali a sua disposizione, crea un valore aggiunto, riconducibile al servizio, in sé compiuto ed autonomo, oggetto di appalto.

La centralità dell'oggetto dell'appalto per la valutazione in concreto di una reale organizzazione d'impresa, rispetto alla diffusione delle attività "smaterializzate", è stata messa bene in evidenza dalla Cassazione, che in una nota sentenza⁸⁵ ha riconosciuto l'importanza crescente del software e del

⁸⁴ Questa problematica è stata trattata indirettamente nella sentenza della Cass., 22 Agosto 2003, n. 12363, con riferimento ad un appalto avente ad oggetto alcuni servizi delle Ferrovie dello Stato.

⁸⁵ V. Cass., S.U., 19 ottobre 1990, n. 10183.

Know-how, in quanto elementi essenziali per il raggiungimento di autonomi risultati economici che possono costituire oggetto di attività appaltate⁸⁶. Nella sentenza emerge un altro passaggio fondamentale, e cioè che l'apporto di beni materiali (per esempio il pc), è considerato talvolta strumentale ai fini del raggiungimento del risultato economico, risultando invece determinante il contributo di beni immateriali (ad esempio il software).

Sotto questo aspetto va evidenziato che determinate attività “smaterializzate”, in relazione all'oggetto che le caratterizza, possono anche richiedere una complessa organizzazione di mezzi e di persone, nonché notevoli investimenti di capitali. Questa precisazione si è resa necessaria data la diffusa opinione secondo cui, in tema di liceità dell'appalto, la questione relativa agli apporti di mezzi immateriali è sostanzialmente riconducibile alle attività a scarsa intensità organizzativa, e quindi alle prestazioni di lavoro in termini di specifico Know-how, capacità, conoscenze, ecc.⁸⁷.

In verità, questa visione del problema è parte integrante di una più ampia questione relativa al ruolo dei mezzi immateriali nell'ambito della qualificazione di un lecito appalto.

Premesso ciò, bisogna considerare due ipotesi, ossia quella in cui il bene immateriale rappresenta un mezzo di produzione, ovvero quella in cui tale

⁸⁶ Sulle problematiche relative al ruolo del *Know-how* nell'ambito della distinzione fra appalto ed interposizione v. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 100; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2001, 112 ss.; L. CALCATERRA, *L'ambito oggettivo di applicazione del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi e prospettive di riforma*, cit., 71-77.

⁸⁷ V. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 44-45; R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, cit.; M.G. GRECO, *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2004, n. 10, 922-923; R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, cit. Diversamente, M.T. CARINCI, in *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 95-101, fornisce un'argomentazione più ampia del problema, dedicando, giustamente, un paragrafo agli appalti di servizi a bassa intensità organizzativa diverso da quello relativo agli appalti dove hanno rilevanza i mezzi immateriali.

bene è invece oggetto dell'attività appaltata⁸⁸. Nel primo caso, date le specifiche caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, occorrerebbe capire quanto e come incide il mezzo immateriale rispetto ai requisiti di organizzazione autonoma e di gestione a proprio rischio di cui all'art. 1655 c.c.. Si potranno avere dei casi in cui il bene immateriale rappresenta il nucleo centrale dell'attività, attorno al quale gravitano, guidati da un processo di adattamento reciproco che converge verso il concetto di organizzazione, i mezzi materiali e le prestazioni di lavoro. In questa particolare ipotesi, se il bene immateriale su cui operano i lavoratori è fornito e gestito dal committente, è molto probabile che si abbia di fatto un inserimento delle prestazioni di lavoro nell'organizzazione dell'appaltante, e l'appaltatore potrebbe solamente svolgere un ruolo residuale, che di certo non è riconducibile a quello di vero imprenditore.

Si può affermare che, in quegli appalti dove l'oggetto dell'attività è riconducibile ad un servizio ad alto contenuto tecnologico, e quindi i beni materiali sono considerati alla stregua di mere strumentazioni, l'eventuale conformità dell'appaltatore, così come previsto dalla normativa sulla subfornitura (art. 1, primo comma, l. n. 192/1998), <<a progetti esecutivi, conoscenze tecniche o tecnologiche, modelli e prototipi forniti dall'impresa committente>> potrebbe essere un segnale di interposizione vietata, qualora l'organizzazione del lavoro sia strettamente dipendente a tali elementi⁸⁹. La

⁸⁸ V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 98.

⁸⁹ Il contratto di subfornitura, che la dottrina maggioritaria riconduce al contratto di appalto (M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 39), avendo come caratteristica peculiare il presupposto della dipendenza tecnologica e commerciale rispetto al committente, riduce notevolmente i margini di imprenditorialità dell'impresa fornitrice, specie se si considerano quelle forniture dove il *Know how* è proprio il valore aggiunto che, combinato con le prestazioni di lavoro, dovrebbe essere posseduto dall'appaltatore. La stessa dottrina è infatti sostanzialmente concorde nel ritenere che la normativa sulla subfornitura non è applicabile ai contratti di outsourcing, in quanto questi sono generalmente privi dei presupposti previsti dalla legge (dipendenza tecnologica e commerciale). <<Normalmente è il presupposto della dipendenza tecnologica a non potersi configurare nei confronti dell'impresa fornitrice, in quanto il Know-how è nelle mani dell'appaltatore, o comunque del soggetto che fornisce un

conseguenza sarebbe infatti l'annullamento dell'autonomia organizzativa e del controllo del rischio d'impresa in capo all'appaltatore.

Un caso emblematico potrebbe essere quello degli appalti aventi ad oggetto attività di call center delle banche, in cui risulta discutibile che sia effettivamente l'appaltatore ad imporre le direttive sul lavoro. E ciò non solo in quanto il principale strumento di lavoro, ossia il software che consente all'operatore di gestire la relazione con il cliente, è probabilmente quello della banca committente o comunque gestito e organizzato da questa in un'ottica strategica, ma anche per le particolari esigenze del settore di riferimento. Sarebbe come pensare di esternalizzare la produzione di un semilavorato, utilizzando però nell'appalto, come mezzi di produzione, le macchine e le attrezzature integrate nella catena di montaggio all'interno della fabbrica dell'appaltante. Oppure diversamente, ma con lo stesso risultato in termini di mancanza di autonomia organizzativa da parte dell'appaltatore, avere come oggetto del contratto di appalto la sola organizzazione del lavoro riferita alla produzione del semilavorato (o appunto del servizio di call center). In questi casi, infatti, l'apporto di altri beni immateriali da parte dell'appaltatore, quali ad esempio la formazione del personale od uno specifico Know-How⁹⁰, anche se astrattamente idoneo a formare oggetto di appalto, tuttavia, in questi specifici casi, non consentirebbe all'appaltatore di governare autonomamente le dinamiche del fenomeno organizzativo, e quindi di agire in qualità di imprenditore. In sostanza, l'appaltatore non sarebbe in grado di controllare l'organizzazione del lavoro, e nemmeno la gestione del rischio d'impresa.

certo servizio, in grado di individuare soluzioni anche innovative, capaci di garantire maggiore efficienza>>, in *I contratti di outsourcing e di global maintenance service*, in *Lav. Giur.*, 2004, n. 14, 406 – 407. Sulla relazione tra l'interposizione vietata e normativa sulla subfornitura v. anche M. SALA CHIRI, *Subfornitura ed appalto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, n. 1, 219 ss.

⁹⁰ Sulle problematiche relative alla qualificazione del concetto di *Know-how* V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 100.

Ne deriva quindi che se le esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, in cui prevale la discrezionalità delle parti, entrano in contrasto con i requisiti di cui all'art. 1655 c.c., si deve concludere che l'appalto è illecito. Ciò significa che l'appaltatore ed il committente possono liberamente scegliere come oggetto dell'appalto un servizio riconducibile alla sola organizzazione del lavoro, purché questa astratta possibilità sia concretamente realizzabile.

Queste argomentazioni assumono un'importanza esponenziale se si considera che l'attuale sistema produttivo italiano è caratterizzato proprio da un massiccio ricorso ad appalti di servizi che si basano sull'organizzazione del lavoro e sull'utilizzo di nuove tecnologie.

Meno problematica sembra invece l'ipotesi in cui il bene immateriale è oggetto dell'attività anziché mezzo di produzione. Ad esempio, nel caso di un appalto avente ad oggetto la fornitura di *software*, comprensiva di eventuali aggiornamenti e correzioni, il valore aggiunto del servizio prodotto dall'appaltatore è chiaramente riscontrabile nell'apporto di mezzi immateriali (software e Know-how) e prestazioni di lavoro da parte di quest'ultimo⁹¹. Tuttavia, nel caso specifico in cui oggetto del contratto di appalto è, ad esempio, un servizio di manutenzione dei sistemi informatici, il contributo in termini di Know-how dell'appaltatore sarebbe nella maggior parte dei casi irrilevante, in quanto coinciderebbe con le competenze professionali dei prestatori di lavoro⁹².

⁹¹ V. *Divieto d'interposizione nel lavoro a cottimo*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. CENDON, UTET, 2002, 463; M.T. CARINCI, in *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 95-101.

⁹² In questo senso L. CALCATERRA, *L'ambito oggettivo di applicazione del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi e prospettive di riforma*, cit., 76. E' stato inoltre evidenziato come molte delle ipotesi per le quali si riteneva possibile la conclusione di un contratto di appalto sono state ricomprese fra le fattispecie legali di legittima conclusione del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, e fra queste particolare attenzione è stata posta ai servizi di consulenza ed assistenza nel settore informatico, M. MARINELLI, *Aspetti problematici del contratto di somministrazione di manodopera*, cit., 335-340.

E' possibile affermare che, nella sostanza, mezzi materiali e mezzi immateriali sono posti sullo stesso piano, e a seconda dell'attività possono alternativamente essere o *oggetto* o *strumento* della stessa, e per entrambe le categorie di beni (materiali ed immateriali) possono anche essere necessari ingenti investimenti in capitali ed una complessa organizzazione.

In conclusione, si ribadisce che la necessaria imputabilità all'appaltatore dell'organizzazione di alcuni mezzi di produzione, piuttosto che di altri, dipende quindi dalle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, nell'ambito del quale l'appaltatore deve operare come vero imprenditore.

12. Negli ultimi anni, le nuove tecnologie informatiche e della comunicazione hanno consentito alle aziende di raccogliere, classificare ed elaborare, in modo automatizzato e secondo dei parametri di standardizzazione, le informazioni utili al perseguimento degli obiettivi aziendali, provenienti dalle diverse classi di interlocutori dell'azienda (clienti, fornitori, dipendenti, collaboratori etc...), con cui essa interagisce instaurando relazioni ed interdipendenze.

L'informatica ed i nuovi sistemi di comunicazione influenzano direttamente la struttura organizzativa, sia a livello interaziendale che a livello di organizzazione interna.

Nel primo caso, oltre ad un mutamento nell'assetto organizzativo-istituzionale dei grandi gruppi, le aziende tendono ad esternalizzare parti del processo produttivo, aumentando, allo stesso tempo, il collegamento con gli operatori economici ai quali delega parte dell'attività.

In altre parole, le tecnologie informatiche e della comunicazione consentono una forte interconnessione ed integrazione fra l'azienda ed "autonome unità

produttive”, senza che questo pregiudichi le strette relazioni di coordinamento e di controllo da parte della società che esternalizza, a prescindere dalla differente collocazione geografica⁹³. Risulta di conseguenza difficile definire i confini dell'azienda.

Ma nell'ambito della normativa sugli appalti, quanto effettivamente può essere autonoma una unità produttiva strettamente interconnessa ed integrata con la società committente, quest'ultima in grado di esercitare un consistente e diretto controllo sull'attività appaltata?

Ed è in questi termini che l'evoluzione dell'assetto organizzativo interaziendale si collega inevitabilmente al problema della interposizione vietata.

Infatti, se le aziende riescono ad ottenere un elevato livello di integrazione e d'interdipendenza, al punto da consentire al committente di esercitare un potere diretto sull'attività esternalizzata, attraverso sistemi di programmazione e di controllo, non è difficile ipotizzare l'effettivo esercizio del potere direttivo e di controllo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, o più in generale sull'intera organizzazione dell'appaltatore.

Inoltre, l'imposizione dell'uso dell'automatizzazione del sistema informativo, consente all'impresa la standardizzazione delle modalità operative di esecuzione dell'attività, secondo norme prestabilite.

Ciò significa che non soltanto il committente è in grado di esercitare un diretto potere di programmazione e controllo sull'attività appaltata, tale da rendere incerti i confini fra le imprese, ma, attraverso l'imposizione

⁹³ Nei moderni sistemi per la gestione dei database è indispensabile l'indipendenza dal supporto fisico nell'organizzazione dei dati, in quanto in tal modo è possibile una reale integrazione dei dati. <<Con il termine integrazione dei dati s'intende l'utilizzo e la condivisione di archivi comuni da parte di più aree funzionali, processi e procedure automatizzate relative all'attività dell'azienda e ai rapporti che la stessa intrattiene con i suoi stakeholder (clienti, fornitori, pubblica amministrazione ecc.)>>. V. G. BRACCHI, C. FRANCALANCI, G. MOTTA, *I sistemi di supporto operativo nelle aziende in rete*, in *Sistemi informativi e aziende in rete*, Mc Graw-Hill, 2001, 103-106.

dell'automatizzazione con la creazione di procedure esecutive standard, potrebbe di fatto esercitare un potere dispositivo e di controllo sui lavoratori impiegati nell'appalto.

La valenza di queste affermazioni è collegata all'oggetto dell'attività appaltata.

Se l'oggetto dell'appalto è un servizio la cui produzione è strettamente interconnessa con il sistema informatico dell'azienda committente (ad esempio attivazione servizi clienti nel settore bancario o delle telecomunicazioni), l'efficacia e l'efficienza rispetto agli obiettivi aziendali dipende dall'integrazione fra le imprese, e quindi anche dall'automatizzazione e dalla standardizzazione secondo regole operative prestabilite dal committente: tanto maggiore è il ruolo svolto dalle ICT (Information Communication Technology) a supporto sia dei processi che dei prodotti/servizi per l'impresa, tanto più le ICT rappresentano una leva strategica rilevante per il top management⁹⁴.

La piena comprensione di tali fenomeni necessita di approfondimenti tecnici relativi ai sistemi informatici utilizzati, i quali, sulla base delle scelte strategiche ed operative dell'azienda, si riflettono inevitabilmente e direttamente sull'organizzazione e gestione delle risorse umane, sia insourcing che in outsourcing.

⁹⁴ ICT *Strategic Sourcing: un'ottica diversa nelle scelte di outsourcing, i risultati 2005 dell'osservatorio*, dipartimento di Ingegneria gestionale, Politecnico di Milano, www.osservatori.net.