

# La nuova disciplina degli appalti di servizi sociali

di Marzia Barbera\* e Cristina Alessi†

**Il D. Lgs. 24 settembre 2003, n. 276, ha introdotto importanti modifiche nella normativa degli appalti di servizi, abrogando contestualmente la legge n. 1369/1960, che rappresentava la disciplina generale in materia. La distinzione tra appalto di servizi e somministrazione di lavoro ai fini della liceità dell'appalto.**

Nell'affrontare l'analisi della nuova disciplina degli appalti di servizi, occorre tener conto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi nel vigore della legge n. 1369/1960, perché alcune delle posizioni interpretative consolidate in quel quadro normativo sono state utilizzate dal legislatore ai fini dell'introduzione della definizione di appalto lecito, mentre altre possono chiarire il significato di alcuni dei concetti-chiave della nuova normativa. L'osservazione vale, in particolare, per l'individuazione del confine tra appalto di servizi e somministrazione di lavoro, che rappresenta la chiave di volta per la valutazione della liceità dell'appalto.

## Il concetto di "servizio"

Una delle prime questioni che occorre affrontare è quella che investe il significato stesso di "servizio" come oggetto dell'appalto; ciò che si intende chiarire, insomma, è se l'appalto di servizi si differenzia dalla somministrazione di manodopera, oltre che per le caratteristiche espressamente previste dalla legge, anche per la natura dell'attività oggetto dei due contratti. Si pone il dubbio,

in altre parole, se l'appalto di servizi debba attenerne esclusivamente ad attività secondarie, non rientranti nel cosiddetto *core business* del datore di lavoro, posto che la somministrazione di lavoro, al contrario, può avere per oggetto qualunque attività dell'impresa utilizzatrice.

Secondo la dottrina formatasi nel vigore della legge n. 1369/1960, il concetto di interposizione illecita non faceva affatto riferimento alla natura ordinaria o meno dell'attività oggetto della commessa, quanto alle modalità di svolgimento della stessa e alla natura genuinamente imprenditoriale del soggetto che organizza le prestazioni dei lavoratori. Un orientamento che ha manifestato una straordinaria capacità di resistenza proprio perché non ha preteso di definire il ciclo produttivo aziendale, imponendo "al soggetto titolare dell'iniziativa economica di organizzare e produrre autonomamente determinati beni o servizi"<sup>(1)</sup>. In questa prospettiva, si è sottolineato che la legge del 1960 non stabiliva "cosa debba rientrare nell'attività d'impresa e cosa possa essere invece decentrato all'esterno"; pertanto, la legge non impediva affatto gli appalti inerenti al ciclo produttivo fondamentale<sup>(2)</sup> dell'azienda, anche se, alla fine, la stessa dottrina segnalava la difficoltà di stabilire cosa dovesse intendersi per "ciclo produttivo fondamentale". Da questo punto di vista, si può anticipare che la previsione del D.Lgs. n. 276/2003 sull'appalto non ha fatto che recepire l'orientamento dottrinale in parola. La giurisprudenza sembra aver seguito percorsi parzialmente diversi. In alcune pronunce, sia di legittimità che di merito, viene posto l'accento sull'inerenza o meno dell'attività svolta dai lavoratori rispetto al ciclo produttivo ordinario del committente per desumerne la legittimità o me-

no dell'appalto. In particolare, la giurisprudenza, anche recente, sembra escludere la legittimità dell'appalto quando le attività che ne costituiscono l'oggetto non siano in grado di "fornire un autonomo risultato produttivo"<sup>(3)</sup>. Soltanto in questo caso sarebbe individuabile una gestione autonoma dell'appaltatore, con l'assunzione dei relativi rischi. La Cassazione ha infatti sottolineato come l'appalto debba riguardare uno dei servizi principali o ausiliari predisposti ai fini della realizzazione del ciclo produttivo dell'impresa concedente l'appalto<sup>(4)</sup>.

Nella lettura di questa giurisprudenza, tuttavia, occorre evitare di cadere nell'equivoco di considerare il "servizio" oggetto dell'appalto con riferimento ad un segmento dell'attività d'impresa, di modo che non potrebbe considerarsi lecito l'appalto che non avesse ad oggetto una parte del processo produttivo suscettibile di gestione ed organizzazione autonoma.

Come si è detto, a nulla rileva che l'attività svolta dai dipendenti dell'appaltatore rientri o meno nell'attività ordinaria dell'impresa: d'altra parte, la stessa legge n. 1369/1960 vietava di appaltare mere prestazioni di lavoro qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono, lasciando chiaramente intendere che il criterio di distinzione tra appalto lecito e illecito fosse da ricercarsi altrove. L'art. 3 della legge stabiliva la responsabilità solidale tra committente e appaltatore per il rispetto della parità di trattamento tra i rispettivi dipendenti nell'ipotesi degli appalti interni e prefigura proprio alcune attività rientranti nell'ordinaria attività dell'impresa (si pensi alla manutenzione ordinaria degli impianti). Il punto fondamentale è l'individuazione di quel «risultato produttivo autonomo»<sup>(5)</sup>, che dovrebbe servire a distinguere l'appalto lecito da quello illecito. Con riguardo all'attività di erogazione di servizi, tuttavia, non è affatto chiaro che cosa si intenda per "servizio in sé compiuto e autonomo", specialmente in quegli appalti in cui sia assolutamente prevalente la mera attività manuale o personale dei lavoratori rispetto all'organizzazione dei mezzi produttivi da parte dell'appaltatore.

Con riguardo ai servizi socio-assistenziali, un esempio di "servizio compiuto ed autonomo" può considerarsi quello dell'appalto avente ad oggetto lo svolgimento del servizio Asa (Assistenza specialistica ambulatoriale), che riguarda le funzioni di pulizia, igiene e la somministrazione dei pasti. In questa ipotesi, infatti, il servizio si inserisce nelle attività ordinarie della residenza socio-sanitaria, non esaurendole integralmente (poiché gli operatori Asa non svolgono funzioni sanitarie) ed essendo in sé ben definito. Un'altra ipotesi può essere quella, di frequente ricorrente nel settore, di gestione del servizio di assistenza notturna agli ospiti delle Rsa (Residenze sanitarie assistenziali); anche in questo caso si tratta di un servizio ben definito, che risponde ad esigenze diverse rispetto all'assistenza diurna e che, dunque, può considerarsi "in sé compiuto ed autonomo". Nelle citate ipotesi, l'indagine circa la liceità dell'appalto si sposterà, inevitabilmente, sulle modalità di svolgimento del servizio stesso.

### Il nodo delle prestazioni lavorative

Ai fini dell'individuazione delle ipotesi di interposizione nelle prestazioni di lavoro, gli approdi dottrinali più recenti sembrano fare leva sul profilo, fondamentale nel quadro della legge n. 1369/1960, relativo all'effettiva utilizzazione dei lavoratori. Com'è noto, infatti, l'art. 1, comma 5, della citata legge sanziona la violazione del divieto di interposizione attraverso l'imputazione *de iure* del rapporto di lavoro in capo all'imprenditore che abbia effettivamente utilizzato le prestazioni dei lavoratori. Secondo la dottrina prevalente, in altre parole, la legge n. 1369/1960 avrebbe introdotto nel nostro ordinamento un principio di trasparenza, in base al quale deve essere riconosciuto come datore di lavoro il soggetto che abbia effettivamente utilizzato le prestazioni dei lavoratori<sup>(6)</sup>.

Da questo punto di vista, quello che più conta, allora, ai fini della distinzione tra appalto lecito e illecito è il dato della "effettiva utilizzazione" delle prestazioni dei lavoratori. La questione merita qualche precisazione.

In primo luogo, occorre sottolineare come a nulla rilevi il fatto che il committente tragga un'utilità dalle prestazioni lavorative rese dai dipendenti dell'appaltatore. Si può dire, anzi, che questo aspetto costituisce la ragion d'essere dell'appalto.

Ciò che più rileva, a tal fine, è la riferibilità delle prestazioni lavorative all'organizzazione produttiva dell'appaltatore, cioè il fatto che lo svolgimento dell'attività lavorativa all'interno dell'impresa del committente realizzati al tempo stesso lo scopo produttivo dell'appaltatore. Se l'attività dell'appaltatore consiste nella fornitura di servizi alle imprese, il lavoratore adempie il proprio contratto di lavoro svolgendo la propria attività lavorativa all'interno dell'organizzazione produttiva del committente. L'attività lavorativa svolta in adempimento di un contratto di appalto lecito è riferibile all'appaltatore, perché costituisce oggetto della sua attività d'impresa.

### **L'accertamento della natura genuinamente imprenditoriale dell'appaltatore**

A questo punto è possibile comprendere meglio gli orientamenti giurisprudenziali formatisi nel vigore della legge del 1960 e sostanzialmente ripresi dal legislatore del 2003 nel definire i tratti distintivi dell'appalto e della somministrazione di lavoro.

La giurisprudenza precedente riteneva infatti che l'appalto lecito richiedesse:

- a) l'organizzazione dei mezzi produttivi;
- b) l'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore.

### **L'organizzazione dei mezzi produttivi**

Per quanto riguarda l'organizzazione dei mezzi produttivi, occorre ricordare che la legge n. 1369/1960 stabiliva una presunzione assoluta di illiceità dell'appalto nell'ipotesi in cui l'appaltatore utilizzasse «capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltan-

te». La giurisprudenza più recente ha escluso, comunque, la ricorrenza di questa fattispecie nelle ipotesi degli appalti ad alta intensità di lavoro (gli appalti *labour intensive*), nei quali pure vengono utilizzati strumenti e mezzi del committente<sup>(7)</sup>, purché i risultati prevalente il *know-how* dell'appaltatore. Sulla base di questo orientamento, in particolare, la giurisprudenza ha ritenuto leciti gli appalti di servizi informatici, laddove i lavoratori utilizzavano gli strumenti messi a disposizione dal committente<sup>(8)</sup>. La dottrina ha rilevato come l'illiceità dell'appalto debba essere esclusa quando la *software house* sia dotata di un *know-how* ben identificabile, e non invece quando si limiti a inviare al committente i lavoratori dotati di capacità tecniche specifiche<sup>(9)</sup>. Ciò detto, si può ritenere che l'utilizzo di strumenti messi a disposizione del committente non debba essere considerato un indice di illiceità dell'appalto, quando tali strumenti siano di scarso rilievo rispetto all'attività svolta dai dipendenti dell'appaltatore.

Sempre per gli appalti ad alta intensità di manodopera, ci si è chiesti, nel vigore della disciplina precedente, se l'attività di gestione e organizzazione della manodopera impiegata nell'appalto fosse sufficiente a concretizzare l'organizzazione dei mezzi produttivi ritenuta, da dottrina e giurisprudenza, necessaria per la liceità dell'appalto. La risposta è stata prevalentemente negativa. La giurisprudenza, in particolare, ha sottolineato che non può considerarsi sufficiente, a tal fine, che l'organizzazione dell'appaltatore si estrinsechi nella mera assunzione, retribuzione e la concreta gestione amministrativa del personale<sup>(10)</sup>, occorrendo accertare l'esistenza di un più complesso esercizio dell'attività organizzata di impresa, ovvero di elementi strutturali e procedurali che assumano rilevanza significativa ai fini della realizzazione del servizio dedotto in contratto<sup>(11)</sup>. L'elemento più utilizzato ai fini della distinzione tra appalto e interposizione è stato, alla fine, quello relativo all'esercizio del potere direttivo e di controllo sui lavoratori. La giurisprudenza, in altre parole, ha dato rilievo decisivo alla soggezione alle disposizioni impartite dal committente e all'esercizio da parte di quest'ultimo di una

stretta sorveglianza sullo svolgimento delle prestazioni, desunto, per esempio, dall'obbligo imposto ai lavoratori di timbrare i cartellini di entrata e uscita all'interno dell'azienda appaltante<sup>(12)</sup>, per ricavarne l'illiceità dell'appalto. La titolarità del potere organizzativo e di controllo da parte dell'appaltatore non è incompatibile con il potere del committente di determinare le caratteristiche dell'oggetto dell'appalto ai sensi dell'art. 1662 del codice civile<sup>(13)</sup>, giungendo ad affermare che si possono ritenere irrilevanti, ai fini dell'applicazione della norma dell'art. 1, legge n. 1369/1960, «quei contributi logistico-organizzativi, forniti dal committente, che siano inevitabilmente connessi con la collocazione dell'attività appaltata all'interno degli ambienti di pertinenza dell'appaltante<sup>(14)</sup>». In altre parole, la legittimità dell'appalto non è incompatibile con l'esercizio, da parte del committente, del potere di dare le disposizioni necessarie a integrare l'attività oggetto dell'appalto all'interno della propria organizzazione lavorativa. In questo ambito, quello cioè del necessario coordinamento tra l'attività dei dipendenti dell'appaltante e di quella dell'appaltatore, è considerato del tutto compatibile con l'appalto anche l'esercizio da parte del committente di un potere in senso lato assimilabile a quello direttivo. Il potere disciplinare, invece, resta in capo all'appaltatore, pur se il suo esercizio si svolgerà in raccordo con l'attività di controllo sulla qualità del servizio svolta dai dipendenti dell'appaltante.

### **L'assunzione del rischio d'impresa**

Altro elemento determinante ai fini della distinzione tra interposizione illecita e appalto di manodopera risulta essere l'assunzione, da parte dell'appaltatore, del rischio di impresa. Con riguardo a questo elemento, la dottrina più accorta ha sottolineato come per assunzione del rischio connesso all'esecuzione dei lavori, secondo la formula utilizzata dalla giurisprudenza maggioritaria, non si alluda solo alla sussistenza di una responsabilità contrattuale per il compimento dell'opera o del servizio, bensì si faccia riferimento all'alea implicita in ogni attività d'im-

presa, determinata dalla possibilità di non riuscire a coprire i costi sostenuti con il corrispettivo pattuito<sup>(15)</sup>. L'elemento dell'assunzione del rischio di impresa è considerato determinante specie nelle attività nelle quali non è richiesta la presenza di attrezzature di un certo rilievo<sup>(16)</sup>. Sempre a proposito del requisito relativo al rischio d'impresa, occorre a questo punto precisare che a seguito dell'abrogazione della legge n. 1369/1960 cade anche la presunzione assoluta di ricorrenza di un appalto illecito nell'ipotesi di fornitura di capitali, macchine e attrezzature da parte dell'appaltante<sup>(17)</sup>, con la conseguenza che la valutazione circa il rilievo di detta fornitura ai fini della liceità o meno dell'appalto dovrà essere svolta caso per caso, avendo riguardo alle concrete caratteristiche del servizio appaltato<sup>(18)</sup>. Per converso, le ipotesi considerate di per sé lecite dagli artt. 3 e 5 della legge del 1960 devono ora essere riconsiderate alla luce dei criteri indicati dalla nuova normativa in materia, di modo che per dette tipologie di appalto non è affatto scontata la riconduzione alla nozione di appalto lecito.

### **La distinzione tra appalto e interposizione illecita**

La rassegna svolta finora dell'assetto normativo precedente al D.Lgs. n. 276/2003, nota come legge Biagi, serve a delineare il quadro nel quale si colloca la riforma e a chiarirne alcuni snodi problematici che derivano dalla necessità di distinguere somministrazione e appalto e, conseguentemente, di individuare l'area in cui sopravvive il divieto di interposizione.

A tale proposito, occorre sottolineare che l'abrogazione della normativa del 1960 non ha affatto comportato, secondo la dottrina unanime, la cancellazione dal nostro ordinamento del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro. Da questo punto di vista, l'art. 27 del D.Lgs. n. 276/2003 è stato indicato come vera e propria norma di chiusura del sistema, essendo volto a sanzionare tutte le ipotesi interpositorie che si collocano al di fuori del sistema delineato dal le-

gistratore. La conferma della correttezza di questa interpretazione si è avuta con l'approvazione del D.Lgs. n. 251/2004, correttivo del D.Lgs. n. 276/2003, che ha espressamente previsto l'applicazione delle sanzioni comminate per l'ipotesi di somministrazione irregolare anche all'appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1 e al distacco avvenuto in violazione delle previsioni dell'art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003. Sul punto si tornerà più avanti; per il momento è sufficiente osservare come l'utilizzazione del lavoro di soggetti non assunti e retribuiti dall'utilizzatore sia ricondotta ad alcune ipotesi tipiche (sommministrazione, appalto, distacco) al di fuori delle quali opera la regola generale dell'imputazione del rapporto di lavoro al soggetto che abbia effettivamente utilizzato le prestazioni del lavoratore. Da questo punto di vista, la dottrina ha segnalato come la norma dell'art. 29 debba essere considerata l'equivalente funzionale dell'art. 1 della legge n. 1369/1960<sup>(19)</sup>.

### La differenza tra somministrazione di lavoro e appalto d'opera o servizi

Per quanto rileva in questa sede, gli aspetti più interessanti del D.Lgs. n. 276/2003 riguardano proprio la differenza tra somministrazione di lavoro e appalto. La differenza non è di poco conto se si considera che il venir meno della regola della parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltatore e dell'appaltante sposta la convenienza della scelta tra appalto e somministrazione decisamente a favore del primo.

Gli elementi rilevanti ai fini della distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto devono essere ricavati non solo dall'art. 29, comma 1, ma anche dall'art. 84, secondo comma, che riguarda i "codici di buone pratiche" da emanarsi da parte del Ministero del Lavoro in materia di interposizione illecita e appalto genuino<sup>(20)</sup>. L'art. 29, comma 1, stabilisce che il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risulta-

re, 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 l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa. L'art. 84, comma 2, aggiunge che i codici di buone pratiche già citati devono tener conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico d'impresa da parte dell'appaltatore.

Sull'interpretazione delle due norme la dottrina è divisa, in particolare con riferimento agli appalti di servizi e, più specificamente, in relazione a quelli ad alta intensità di lavoro. Secondo l'interpretazione più rigorosa, non può considerarsi sufficiente, ai fini della legittimità dell'appalto in questi settori, l'esercizio da parte dell'appaltatore del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei propri dipendenti; in altre parole, l'attività organizzativa non può esaurirsi nell'assunzione, gestione amministrativa e direzione degli stessi lavoratori<sup>(21)</sup>, dovendo l'interprete farsi carico della ricerca degli indici rivelatori dell'esercizio più complessivo di un'attività organizzata d'impresa. Secondo detta posizione dottrinale, gli elementi in parola possono essere intravisti, per esempio, nella predisposizione dell'organizzazione prevenzionistica in materia di sicurezza sul lavoro da parte dell'appaltatore<sup>(22)</sup>, oppure nello svolgimento dell'attività di selezione e formazione del personale. Nel caso delle cooperative, l'indagine dovrebbe in particolare riguardare lo svolgimento effettivo della vita associativa, che risulta essere caratteristica distintiva del "reale e genuino cooperativismo"<sup>(23)</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene invece che il legislatore, nel richiamare l'organizzazione dei mezzi necessari al compimento dell'opera o del servizio, non abbia fatto altro che recepire la nozione di appalto contenuta nell'art. 1655 cod. civ.<sup>(24)</sup>, dando per scontato che i mezzi non debbano necessariamente essere macchine o attrezzature<sup>(25)</sup>. In questa prospettiva, qualora l'imprenditorialità dell'appaltatore consista pre-

valentemente, se non esclusivamente, nell'attività di organizzazione di persone, sarà su tale elemento che dovrà essere commisurata la genuinità dell'appalto<sup>(26)</sup>. A questo allude, secondo l'interpretazione riportata, la previsione legislativa quando stabilisce che l'organizzazione dei mezzi necessari può risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori<sup>(27)</sup>.

Da questo punto di vista si può ritenere che la differenza tra la somministrazione di mere prestazioni di lavoro e l'appalto di servizi *labour intensive* possa essere rintracciato proprio nella diversa ripartizione del potere direttivo e di controllo sui lavoratori, che sta in capo all'utilizzatore nella somministrazione e, al contrario, in capo all'appaltatore nella seconda ipotesi. L'altro elemento rilevante ai fini della distinzione in esame è l'assunzione, da parte dell'appaltatore del rischio d'impresa.

Con riguardo a questo aspetto si possono senz'altro richiamare le osservazioni svolte in precedenza, sottolineando come l'ampliamento della nozione di appalto lecito operato dall'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003, tiene probabilmente conto della necessità di mantenere nell'area della liceità quegli appalti caratterizzati dalla presenza di una genuina organizzazione imprenditoriale e dall'assunzione del rischio d'impresa, anche se in essi risulta molto limitato l'apporto di capitali, macchinari e attrezzature. Alla luce delle considerazioni svolte, riesce più agevole comprendere la previsione secondo la quale l'organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'appalto «può anche risultare (...) dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto»; è difficile, infatti, immaginare in cosa possa consistere l'organizzazione di mezzi materiali necessaria, per l'esecuzione, per esempio, di un appalto di lavori di facchinaggio (mentre per un appalto di pulizia risulta più agevole), ma anche di un appalto di servizi infermieristici. Da questo punto di vista, si può ritenere che l'appalto di servizi nel settore socio-assistenzia-

le può senza dubbio essere inquadrato negli appalti *labour intensive*, ovvero quelli in cui l'organizzazione di mezzi, capitali e attrezzature risulta essere nettamente inferiore rispetto all'organizzazione dell'attività dei dipendenti. Per la valutazione della legittimità dell'appalto, allora, occorrerà fare riferimento ai criteri illustrati in questa relazione, cioè l'individuazione, quale oggetto dell'appalto, di un "servizio autonomo", l'assunzione del rischio d'impresa e l'esercizio del potere direttivo e di controllo nei confronti dei lavoratori.

Con riguardo, in particolare, al concetto di servizio, occorre sottolineare ancora una volta che nella definizione dello stesso non dovrebbe aversi riguardo alla natura dell'attività svolta, bensì all'utilità apportata al committente; sotto questo profilo, non potrebbe escludersi, per esempio, che l'attività di gestione di un settore (o nucleo abitativo) di una Rsa possa essere oggetto di un appalto lecito, purché vengano osservati gli standard previsti per il funzionamento e per l'accreditamento delle strutture<sup>(28)</sup>.

Sotto questo profilo, è opportuno rilevare ancora una volta che i principali elementi distintivi non possono che essere individuati nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori e nell'assunzione del rischio di impresa; in questa prospettiva, è di grande rilievo il fatto che l'organizzazione del lavoro e il controllo sull'operato dei lavoratori inviati per l'esecuzione dell'appalto siano svolti dall'appaltatore, pena il riconoscimento di un'illecita interposizione nelle prestazioni di lavoro. ■

\* *Dipartimento Facoltà di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Brescia*

#### [Note:]

1) Olivia Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, Franco Angeli, 2001, pag. 17. Nello stesso senso Riccardo Del Punta, «Appalto di manodopera e subordinazione», in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, pag. 625 e segg.

2) Riccardo Del Punta, «Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni», in *Dir. merc. lav.*, 2000, pag. 49 e segg.

3) Cass. 22 agosto 2003, n. 12363, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pag. 48 e segg. Nello stesso senso, cfr. Cass. 30 ottobre 2002,



n. 15337, in Riv. it. dir. lav., 2003, II, pag. 254 e segg.; Cass. 12 dicembre 2001, n. 15665, in Riv. it. dir. lav., 2002, I, pag. 772 e segg.

4) Cass. 20 gennaio 1996, n. 446, in Mass. giur. lav., 1996, pag. 233; Cass. 5 aprile 2000, n. 4237, in Mass. giust. civ., 2000, voce: Lavoro (rapporto di), n. 730.

5) Così si esprime Cass. 29 agosto 2003, n. 12664, in Riv. it. dir. lav., 2004, II, pag. 49 e segg.

6) Gisella De Simone, *Titolarietà dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Franco Angeli, Milano, 1995; M. Esposito, «La nozione di datore di lavoro e le fattispecie interpositorie», in Mario Rusciano, a cura di, *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Jovene, Napoli, 2004, pag. 152.

7) Secondo Cass. 16 settembre 2000, n. 12249, in Mass. giust. civ., 2000, voce: Lavoro (rapporto di), n. 1942, e Cass. 19 aprile 2001 n. 5737, in Mass. giust. civ., 2001, voce: Lavoro (rapporto di), n. 824, in particolare, «l'utilizzazione di fattori produttivi messi a disposizione dal committente non comporta le conseguenze legali tipiche di detta presunzione, qualora risulti il ruolo prevalente dei fattori produttivi o organizzativi apportati dall'appaltatore».

8) In tale ipotesi, infatti, la Cassazione ha escluso che gli elaboratori forniti dal committente fossero "strumenti di lavoro", considerandoli invece come l'oggetto sul quale interviene l'attività dei lavoratori: in tal senso Cass., S.U., 19 ottobre 1990, n. 10183, in Mass. giur. lav., 1991, pag. 84.

9) Olivia Bonardi, *op. cit.*, pag. 97; Alberto Lepore, «Il divieto di interposizione alla luce dei processi di esternalizzazione dell'attività imprenditoriale», in Riv. giur. lav., 2000, II, pag. 257.

10) Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337, cit.; Cass. 22 agosto 2003, n. 12363, in Riv. it. dir. lav., 2004, II, pag. 48 e segg.

11) In tal senso Franco Scarpelli, *Sommministrazione irregolare*, in Enrico Gragnoli, Adalberto Perulli, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario di decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, pag. 422.

12) Cass. 7 settembre 1993, n. 9398, in Riv. it. dir. lav., 1994, II, pag. 92, con nota di Martinelli.

13) Art. 1662 cod. civ. «Il committente ha diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato».

14) Cass. 22 agosto 2003, n. 12363, cit.; Cass. n. 30 ottobre 2002, n. 15337, cit.

15) In tal senso Olivia Bonardi, *op. cit.*, pag. 85.

16) Cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 1993, in Cass. pen., 1995, pag. 692, che sottolinea come «quando si tratta di attività per le quali non occorrono specifiche attrezzature, l'elemento fondamentale è rappresentato dall'assunzione del rischio di impresa e di tutti gli oneri conseguenti» da parte dell'appaltatore. Cfr. anche Cass. pen., Sez. III, 19 febbraio 1997, in Riv. crit. dir. lav., 1997, pag. 837, secondo la quale «è da ritenere compatibile con un vero contratto d'appalto e con la conseguente sussistenza di un effettivo rischio di impresa della ditta subappaltatrice il fatto che questa fornisca ai propri lavoratori soltanto le attrezzature minime, dal momento che le attività da eseguire non richiedono l'impiego di strumentazione e mezzi più consistenti, e sia tenuta eventualmente a rifare a proprie spese le opere risultate difettose; non possiede, per contro, alcun valore sintomatico della sussistenza di un rapporto di mera fornitura di manodopera,

in violazione del divieto posto dall'art. II n. 1369 del 1960, la circostanza che i materiali di lavorazione siano forniti dall'impresa committente e che questa impartisca direttiva circa i tempi e le modalità di esecuzione dei lavori».

17) Così disponeva infatti l'art. 1, comma 3, legge n. 1369/1960: «È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quant'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante».

18) Pasquale Chieco, «Sommministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo», in Piero Curzio, a cura di, *Lavoro e diritti dopo il D.Lgs. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, pag. 149.

19) Riccardo Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti...*, cit., pag. 163.

20) I suddetti codici avrebbero dovuto essere emanati entro sei mesi dall'entrata in vigore del D. Lgs. 276/2003, ma non risultano ancora pubblicati. La C.M. n. 15 dicembre 2004, n. 48, tuttavia, nel fornire alcuni chiarimenti sulle modalità di costituzione e funzionamento delle commissioni di certificazione, ha individuato alcune linee-guida che devono essere tenute presenti dalle commissioni medesime nella certificazione delle diverse tipologie di contratti di lavoro. In materia di contratto di appalto, le linee guida fanno riferimento agli indirizzi giurisprudenziali analizzati in queste pagine.

21) Così Franco Scarpelli, *op. cit.*, pag. 421.

22) Olivia Bonardi, *op. cit.*, pag. 364 e segg.; Franco Scarpelli, *op. cit.*, pag. 422.

23) Ancora Franco Scarpelli, *op. cit.*, pag. 422.

24) Art. 1655 cod. civ.: «L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro».

25) Riccardo Del Punta, «La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro», in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, pag. 166.

26) Sempre Riccardo Del Punta, *op. cit.*, pag. 167, che rileva come la previsione legislativa sia tributaria di un processo di smaterializzazione dell'impresa e dell'azienda ex art. 2555 cod. civ., dovuto anche all'infusso della giurisprudenza comunitaria sul trasferimento d'azienda, che ha portato ad identificare l'impresa più come un'attività organizzata che come un'organizzazione di beni strumentali all'esercizio dell'attività.

27) Così anche Pasquale Chieco, *op. cit.*, pag. 148. Nello stesso senso depongono anche le linee-guida ministeriali allegata alla circolare n. 48/2004, là dove stabiliscono che la commissione di certificazione, per i contratti di appalto «concernenti lavori specialistici per i quali non risulta rilevante l'utilizzo di attrezzatura o di beni strumentali», debba acquisire informazioni «in ordine al know how aziendale o alle elevate professionalità possedute dal personale impiegato nell'ambito dell'appalto, nonché indicazioni sulle modalità di esercizio del potere organizzativo e direttivo dei lavoratori».

28) Cfr. per esempio, la delibera della Giunta regionale della Lombardia n. 7435/2001 che, in attuazione dell'art. 12, commi 3 e 4 della L. R. 11 luglio 1997, n. 3, ha definito i requisiti per l'autorizzazione al funzionamento e per l'accreditamento delle Residenze sanitarie assistenziali per anziani (Rsa).