

# QUESTIONE GIUSTIZIA



Prassi e orientamenti

## Cooperative spurie ed appalti: nell'inferno del lavoro illegale



di **Roberto Riverso**

consigliere presso la Corte di cassazione

La frantumazione dello schema tipico del lavoro subordinato ha tolto al lavoro tutto valore, e dignità, al punto da consentire il dilagare di forme di sfruttamento plateale

30 aprile 2019

### Premessa

Ci sono voluti, di recente, alcuni arresti per così dire eccellenti per sentire parlare sui media di “cooperative spurie”, società cooperative che si aprono, si chiudono, si usano per scaricare costi, debiti, forse raggiri e poi si fanno fallire. In genere, però, nessuna considerazione è stata dedicata in questi servizi giornalistici ai problemi di chi lavora all'interno delle stesse imprese. Eppure esse rappresentano oggi l'ultimo girone infernale della condizione servile in cui viene spesso svolto il lavoro nel nostro Paese. Non si tratta quindi semplicemente di uno stratagemma mimetico rispetto ad uno schema giuridico civilistico che sarebbe canonicamente rivolto a promuovere la partecipazione e l'autentica mutualità tra lavoratori, promossa persino nella Costituzione. Esse sono in realtà parte integrante di una questione sociale più ampia; e rappresentano un grumo di molti dei problemi del diritto del lavoro contemporaneo, in cui si intersecano aspetti cruciali che attengono agli appalti, alla somministrazione, ai distacchi, alla contrattazione collettiva e alla rappresentanza sindacale, all'orario di lavoro, alle paghe, alla sicurezza sul lavoro, alla giustizia del lavoro, alla politica migratoria. Ed in definitiva al fatto che in questi ultimi trent'anni la deregolamentazione del diritto del lavoro ha attuato una redistribuzione del reddito alla rovescia ed ampliato la forbice della diseguaglianza, rendendo più povero e disponibile chi lavora, mentre ha consolidato con maggiori poteri, prerogative e profitti chi si trova in posizione di dominio. Ha detto

qualcuno, non a torto, che la lotta di classe c'è stata ma l'hanno vinta i ricchi. Ed è l'esito di questo conflitto, l'impoverimento di masse crescenti di persone, i 5 milioni di poveri assoluti, che hanno creato, non senza ragioni oggettive quindi, quel terreno favorevole, quel brodo di coltura su cui prospera il populismo di cui tanto si discute anche nel nostro Paese.

## 1. Il lavoro nella frammentazione dell'impresa

L'esperienza pratica e processuale evidenzia, come il principale terreno per la compressione dei diritti e la sottotutela dei lavoratori sia costituito oggi dai processi di scomposizione dell'impresa all'interno delle catene produttive, la sua frammentazione organizzativa (nella prospettiva del comprare più che del fare tipico dell'appalto), resa agevole dalle nozioni *soft* introdotte nell'ordinamento in materia di esternalizzazioni ed internalizzazioni (come per appalti di servizi, subappalti, cambi appalti, subforniture, lavoro in cooperativa, consorzi, cessioni di azienda e di rami di azienda, somministrazioni di manodopera, distacchi, associazioni tra imprese). Una serie di modelli organizzativi e contrattuali che consentono all'imprenditore di organizzare e disporre (giusto per il tempo in cui ne ha necessità, *just in time* diceva Gallino) di manodopera che formalmente dipende da terzi, o di delegare a terzi fasi del suo processo produttivo senza assumere il rischio e la responsabilità dell'imprenditore; primo fra tutti la responsabilità del datore di lavoro.

Nella versione legale una prima forma di questa dissociazione avviene attraverso il contratto di somministrazione con cui il datore di lavoro si rifornisce da un'agenzia privata del personale che ha bisogno corrispondendo un costo al somministratore; oppure attraverso il contratto di appalto che come sappiamo 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 danaro (art. 1655 cc).

Nella versione illegale questa fattispecie si realizza attraverso la fornitura di manodopera da parte di una impresa che non è autorizzata allo svolgimento della somministrazione e lo stratagemma utilizzato per coprire la fornitura è quella di stipulare un contratto di appalto, il più delle volte di servizi, e quasi sempre con una cooperativa o un consorzio o un'associazione temporanea di imprese.

Volendo esemplificare, la fattispecie illegale conosce due versioni. La versione per così dire *hard* (di manifesta illegalità) in cui l'appaltatore (la cooperativa) si limita ad operare come i vecchi caporali ovvero a reperire la manodopera ed a metterla a disposizione del reale datore di lavoro che poi la dirige anche nella sostanza, facendo solo formalmente figurare il personale come se fosse alle sue dipendenze (limitandosi al più alla mera gestione amministrativa del personale). Nelle versioni più ambigue, *border-line*, invece, la realtà di questi rapporti è dissimulata da schermi differenti, elementi e concetti per così dire di disturbo; il più evidente dei quali è però contenuto nella stessa legge essendo detto nell'articolo 29 del d.lgs legislativo n. 276 del 2003 che l'appalto lecito si caratterizza per «la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore» ma che al contempo «l'organizzazione dei mezzi può anche risultare dall'esercizio del potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto».

È del tutto evidente l'antinomia che è presente nella norma la quale afferma ad un tempo che il contratto di appalto si caratterizza per la organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore, ma che al tempo stesso che questo requisito dell'organizzazione dei mezzi può risultare dall'esercizio del potere direttivo ovvero dalla mera direzione della forza lavoro. Era intuitivo, allora, che una simile direttrice normativa potesse aprire la porta agli abusi ed alla frode alla legge; ed indurre a ritenere sufficiente ai fini della liceità di un appalto o di un subappalto che il committente anteponga tra sé ed i lavoratori un semplice intermediario al quale conferire il potere di dirigere i lavoratori (magari attraverso una cooperativa allo scopo costituita).

È stato così introdotto nell'ordinamento un germe corrosivo potentissimo dal momento che si è fatta balenare l'idea che fosse lecito stipulare un qualsiasi contratto d'appalto il cui oggetto potesse consistere appunto nella mera fornitura e direzione del personale, esercitata ovviamente attraverso un preposto, un coordinatore o come si chiamava un tempo, una semplice testa di paglia.

Ed è alla luce di questa previsione di legge che sono fiorite le migliaia e migliaia di imprese, senza mezzi né capitali, più o meno subdole; e si è ricreato quel mercato delle braccia all'interno del quale si è appaltato di tutto e di più, dando vita a quell'economia del sommerso e dell'illegalità, fatta di appalti e subappalti, di cooperative spurie e contratti pirata, di ricatti e peggioramento delle condizioni reali di vita e del lavoro delle persone [1].

Ovviamente tutto ciò non poteva accadere se non fosse stata eliminata a monte la regola della parità di trattamento e della solidarietà del committente (in vigore fin dal 1960) per gli appalti interni; l'eliminazione dell'istanza egualitaria per cui a lavoro eguale deve poter corrispondere un eguale corredo di diritti, a cominciare da quello retributivo ad opera dell'art.29 del d.lgs 276/2003. Talché succede sempre più spesso che lavoratori che operano fianco a fianco, condividendo lo stesso rischio, abbiano condizioni retributive e normative molto differenti, venendo posti in situazione di concorrenza tra di loro.

A livello normativo perciò la tutela dei diritti dei dipendenti di un appaltatore – dalla parità di trattamento stabilita nel 1960 – è andata scemando nel corso degli anni, a partire dal 2003; man mano che è andato invece aumentando il loro impiego all'interno di processi produttivi frammentati che prevedono il ricorso sempre più massiccio a catene di appalti e subappalti.

Anche per quanto riguarda la garanzia della solidarietà dell'impresa committente, l'art. 29 d.lgs 276/2003, è stato sottoposto a ben otto modifiche per delineare un regime speciale, spiccatamente derogatorio in senso peggiorativo rispetto ai principi generali; almeno fino all'ultima disciplina dettata dal dl 17.3.2017, n. 25 per evitare il referendum promosso dalla Cgil.

La regola della parità di trattamento, assurdamente, è rimasta solo per la somministrazione, mentre non opera per gli appalti interni; una irrazionalità manifesta ex art. 3 Cost. perché i primi sono diretti dal datore mentre i secondi no e corrono il rischio dello sfruttamento.

Una volta rimossa la garanzia della parità di trattamento e della solidarietà piena, tutto il sistema di appalti e subappalti muove alla ricerca del prezzo più basso (in cui si annida la vera convenienza dell'operazione economica di esternalizzazione oltre che la rottura della unità organizzativa dei lavoratori, in termini di indebolimento della controparte sindacale). Non è vero pertanto che malgrado la dissociazione tra datore di lavoro e beneficiario della prestazione la posizione soggettiva del lavoratore non subisca alcun deterioramento: a farne le spese sono sempre i lavoratori, il loro trattamento economico, la loro sicurezza sul lavoro che peggiorano da un appalto all'altro; ma alla fin fine vi sono ricadute negative anche sulla stessa qualità complessiva del sistema economico del Paese, all'interno del quale è stato iniettato un fattore pervasivo di destabilizzazione ed illegalità. La rincorsa al ribasso, quando non attuata mediante appalti inevitabilmente fraudolenti, produce effetti di scadimento complessivo del sistema produttivo e di deresponsabilizzazione nella selezione di controparti contrattuali serie ed affidabili, che offrano cioè garanzie di un'attenta e responsabile gestione dei rapporti di lavoro, sotto il profilo retributivo, ma anche della sicurezza del lavoro (essendo l'affidabilità anche economica del datore di lavoro la prima vera tutela preventiva per la salute di un lavoratore impiegato in un appalto); sulla sicurezza ambientale fiscale, amministrativa, sulla legalità complessiva in quanto molti appalti e cooperative sono in mano alla criminalità, anche organizzata.

## 2. Appalti, cooperative, somministrazioni illegali

In questa *terra di mezzo* – della compressione legale ed illegale dei diritti del lavoro – quasi sempre si trova una cooperativa cd. spuria o una srl unipersonale (ma anche un consorzio di cooperative), a cui fanno ricorso, attraverso appalti e subappalti, oramai tutte le imprese, anche di grosse dimensioni. Da almeno venti anni va aggiunto, per quelli che si accorgono adesso di questa situazione. Eppure di recente persino Poste Italiane è stata condannata in sede civile per l'affidamento dei servizi di consegna degli effetti postali (tra cui alcuni dai nomi seducenti come “*Seguimi*” e “*Dimmi quando*”) ad una società (che in quel caso era una srl) che operava come agenzia illegale di somministrazione di manodopera (Tribunale di Catania, sentenza 19 settembre 2018).

Anche in questo settore, come spesso capita in ambito giuslavoristico, la realtà dei fatti si presenta rovesciata rispetto a quella normativa, perché la legge n. 142 del 2001 sui soci lavoratori di cooperativa (l'ultima del primo Governo Prodi) aveva rappresentato uno storico tentativo di dare una risposta all'esigenza, da lungo tempo avvertita, di valorizzare il rapporto di lavoro facente capo al socio e di superare quell'idea di subalternità del lavoro in cooperativa come ultima risorsa per coloro che non hanno di meglio da fare. L'obiettivo era di dare lavoro a condizioni migliori di quelle presenti nelle imprese lucrative. A 18 anni di distanza – grazie anche alle modifiche disposte poco dopo con la legge n. 30 del 2003 – sembra, che la legge n. 142 ed il lavoro in cooperativa siano divenuti, di nuovo sinonimo di lavoro sottotutelato, se non illegale o di sfruttamento. Quasi che la saldatura (garantita dalla stessa legge n. 142 attraverso una pallida clausola di compatibilità) con la legislazione della flessibilità di questi ultimi 25 anni abbia trovato il suo terreno più fertile, l'*humus* ideale, nel settore del lavoro cooperativo.

Se ad esempio si cerca una impresa che offra servizi in appalto, anche col 40% di sconto rispetto alle imprese concorrenti, oggi si troverà una cooperativa multiservizi, la quale ovviamente praticherà condizioni contrattuali e retributive assolutamente peggiorative (per soci e per lavoratori), con paghe basse, orari di lavoro più lunghi, inquadramenti che non corrispondono al lavoro svolto, condizioni assai gravi di insicurezza sul lavoro. Se si

cerca una impresa che duri giusto il tempo di un appalto, si troverà quasi sempre una cooperativa, che alla fine dell'appalto licenzierà i lavoratori (soci e non soci), lasciandoli quasi sempre insoddisfatti dei loro crediti. Salvo ripresentarsi al cambio appalto come nuova cooperativa appaltatrice (ma di fatto collegata alla vecchia) e riassumere sempre gli stessi lavoratori (soci o non soci). In questi casi, i lavoratori saranno pure costretti a sottoscrivere, come *conditio sine qua non* per la riassunzione, un accordo tombale di rinuncia ai propri crediti, magari in sede sindacale con la partecipazione di un rappresentante sindacale diciamo così... accomodante (accordi ovviamente in frode alla legge e pertanto nulli siccome previsto dall'art. 1972 cc). Con il poco desiderabile risultato di dover rinegoziare ogni volta la propria assunzione, sempre al ribasso, vedersi azzerate le garanzie maturate lavorando per anni nello stesso posto, vedere peggiorato il trattamento ogni qualvolta l'impresa subentrante non applicasse lo stesso contratto collettivo di quella uscente; ma anche di essere considerati – dal 7 marzo 2015 in avanti – come nuovi assunti ai fini del cd. contratto a tutele crescenti di cui al d.lgs n. 23 del 2015 e di vedersi applicare pertanto il regime di sottotutela previsto, com'è noto, ad onta dell'etichetta, dalla medesima tipologia contrattuale (che invece le tutele le ha diminuite fortemente, tant'è che si stipulano accordi di secondo livello in sede locale per non applicarlo in caso di cambio appalto con passaggio di manodopera). Succede anche che nel passaggio da un appalto all'altro la cooperativa applichi un contratto diverso, con condizioni di lavoro e retributive sempre al ribasso.

### 3. Possibili indicatori di cooperative spurie

Non è peraltro difficile individuare le cooperative cd. spurie, ossia quelle che utilizzano la forma cooperativa in modo strumentale, senza rispettarne le finalità mutualistiche.

Si tratta infatti di un fenomeno simulatorio (e perciò non produttivo di effetti sul piano civilistico) che nega in modo evidente la cogestione dell'impresa, la partecipazione dei lavoratori (con lo svolgimento di assemblee per l'elezione degli organismi dirigenti e per l'approvazione dei bilanci), l'equa ripartizione dell'occasioni di lavoro, la divisione degli utili e i reinvestimenti.

Gli stessi lavoratori di cooperativa il più delle volte neppure fanno di essere soci, perché non hanno scelto questo ruolo, e semmai lo subiscono, insieme al versamento della quota sociale che viene trattenuta loro con quote mensili dai primi stipendi. Non vi sono perciò quasi mai lavoratori dipendenti in queste cooperative ma soltanto soci. Si tratta di cooperative caratterizzate dall'alta presenza di lavoratori immigrati, la cui debolezza contrattuale e sociale li spinge più di altri verso questi settori di lavoro povero, per l'ovvia necessità di avere un contratto che è condizione indispensabile ai fini della legittimità del soggiorno (e quindi della loro stessa esistenza nel nostro Paese come persone di diritto, *pleno iure*).

La prassi mette costantemente in evidenza come si tratti di cooperative che per lo più non sono associate alle centrali cooperative; non rispettano i contratti collettivi sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi; hanno sovente un rapporto di monocommittenza con un'impresa appaltante e non operano per il mercato. Sono quasi sempre imprese di nuova costituzione, costituite *ad hoc* e spesso in successione cronologica tra di loro; sono quindi sempre sconosciute nel settore in cui operano, e non hanno alcun *know how*; al più si limitano alla mera gestione amministrativa del personale; non hanno immobilizzazioni materiali, strutture logistiche ed

alcuna autonoma organizzazione. Gli acquisti sono quasi sempre minimali e comunque insufficienti per le maestranze impiegate e per il volume d'affare prodotto. In queste cooperative sovente le funzioni di amministratore vengono svolte da meri prestanome. Esse quasi mai presentano le dichiarazioni d'imposta con versamento dell'Iva, Ires, Irap, ritenute e contributi previdenziali; vedendo in tal modo annullato di fatto il rischio d'impresa.

Non è raro, anche in grosse realtà, che sia la stessa impresa committente che decida, arruolando un proprio dipendente, di creare una cooperativa cui appaltare fasi di lavorazione, con dei prestanome nei fatti. Si tratta di imprese che creano problemi di distorsione della concorrenza e sfruttano i lavoratori; ma che sono ampiamente utilizzate nelle catene produttive di appalti e subappalti, anche da imprese tra le più titolate. L'estendersi del loro impiego è infatti direttamente proporzionale all'abbassamento del costo del lavoro all'intera filiera.

Il fenomeno è assai diffuso; e sempre dissimulato con la stipula di appalti di servizi – sapientemente redatti sulla carta ed all'occorrenza anche certificati – cui seguono talvolta subappalti, attraverso l'intermediazione di ulteriori soggetti che renda meno facile il coinvolgimento dei committenti primari in sede ispettiva.

Alcune sofisticate modalità di illecita esecuzione di appalti e subappalti di servizi, prevedono inoltre la costituzione di un ulteriore soggetto di comodo che si interpone tra committenti, appaltatori e i lavoratori; ciò avviene collegando le società fornitrici di manodopera attraverso consorzi di cooperative od un'associazione temporanea di imprese (le cd. ATI) in cui la società appaltatrice di servizi di varia natura (ad esempio, manutenzione meccaniche su impianti e macchinari) affida a sua volta l'esecuzione del contratto a varie società cooperative con le quali stringe appunto questo apparente genere di rapporto contrattuale; un contratto attraverso cui le varie partecipanti conferiscono una sorta di mandato collettivo con rappresentanza alla stessa società appaltatrice per stipulare i contratti e per coordinare poi l'esecuzione dei lavori semplicemente servendosi di un coordinatore. L'unica attività, riconducibile alle varie società subappaltatrici, è però sempre quella di mettere a disposizione della subappaltante (e quindi del committente) la forza lavoro necessaria all'esecuzione del contratto d'appalto originario, con il solo schermo dell'associazione temporanea di impresa o del consorzio di cooperativa. Si tratta di casi in cui però spesso le ispezioni e le contestazioni si fermano solo al secondo livello del rapporto tra appaltatrice e cooperative del consorzio senza coinvolgere come dovrebbero la committente del contratto di appalto alla quale andrebbero imputati i rapporti di lavoro.

#### **4. La giurisprudenza in materia di appalti**

Pensiamo ora ad una cooperativa cui sia affidata in appalto e talvolta in subappalto di movimentare e sistemare una certa merce negli scaffali dentro ad un ipermercato (accanto ai dipendenti che fanno lo stesso mestiere); o di vigilare su alcuni monumenti di una città turistica insieme ai dipendenti della subappaltatrice a cui vengono affidati altri monumenti; oppure di procedere all'attività di macellazione di animali o addirittura ad una sua singola fase all'interno del processo produttivo e con i macchinari della committente; o di effettuare alcuni servizi di facchinaggio e movimentazione materiali all'interno di una industria; oppure in ambito informatico alla tenuta di archivi o *database* con immissione di dati: si tratta di appalti di servizi leciti o illeciti? E cosa dice in proposito la giurisprudenza?

Ovviamente molto dipende nella singola causa da come vengono svolti in concreto questi rapporti; e soprattutto come sempre dai fatti che vengono provati ed accertati volta per volta. Ma molto dipende anche da come viene interpretato l'art. 29 del d.lgs 276/2003, una norma molto ambigua, come già detto, laddove tende a confondere l'organizzazione dei mezzi con il mero esercizio del potere direttivo della forza lavoro.

Tuttavia vi sono alcuni punti fermi ed elementi concettuali su cui non è ammessa discussione quanto si tratta di accertare la legittimità di un contratto d'appalto oppure l'esistenza di una interposizione di manodopera.

a) Occorre avere chiaro che, anche dopo la abrogazione della legge 1369/1960, quello che permane è un divieto che concerne la fattispecie oggettiva dell'interposizione di manodopera e non la tipologia soggettiva di chi finisce per realizzarla. Lo scopo del divieto di intermediazione è ancora quello di reprimere la dissociazione fra rischio di impresa e titolarità del rapporto di lavoro, non essendo consentito, anche se accettato con contratto dalle parti, che il soggetto che investe, organizza e gode degli utili della attività produttiva non si assuma anche il rischio del costo (in senso ampio) del rapporto di lavoro, al di fuori dei casi in cui è oggi ammessa la somministrazione legale di manodopera.) Ed, essendo questo lo scopo del divieto di subappalto di manodopera o interposizione fittizia, è irrilevante che il soggetto che agisce quale intermediario sia titolare di una impresa con oggetto e gestione autonomi ed operi regolarmente sul mercato come imprenditore con propria organizzazione aziendale se con riferimento al contratto specifico si limiti alla mera fornitura di prestazione di lavoro subordinato. Quello che conta è la valutazione del concreto rapporto riferito soprattutto all'esecuzione dell'attività. Mentre, al contrario, non può ritenersi determinante la valutazione del rischio di impresa effettuata in modo astratto e formale dall'esame di documenti o dal contenuto dei contratti o dalla posizione sul mercato o dalla successione di diverse imprese nel rapporto, etc.

b) Nemmeno occorre che il giudice accerti come operazione logica preliminare la illiceità dell'appalto. La quale può essere ricavata dall'accertamento dell'esistenza della fattispecie interpositoria, che svela al tempo stesso l'illiceità dall'appalto ex art. 1655 c.c. e la stessa insussistenza di un rischio di impresa in capo all'appaltatore, che va sempre riguardata in relazione al reale lavoro svolto ed al personale impiegato. (Una volta accertata la presenza degli elementi della interposizione vietata non è necessario fare altro sul versante dell'appalto perché la presenza della prima esclude di per sé la liceità dell'appalto, la quale va giudicata nella fase della sua concreta esecuzione e non rapportata all'organizzazione esterna ed alla reale esistenza sul mercato dell'impresa appaltatrice; né, tantomeno, all'apparato documentale del rapporto. Non conta perciò quale sia il tenore formale dei rapporti tra le parti, o il contenuto di missive, fatture, documenti.

c) Non rileva tutto ciò che inerisce alla mera gestione del rapporto di lavoro per quanto riguarda gli aspetti "amministrativi", come assunzione, permessi, ferie, orario, sostituzioni, retribuzione etc., perché ciò è consequenziale (quanto meno nelle intermediazioni più "accorte") alla stessa fattispecie di costituzione formale del rapporto di lavoro con un soggetto diverso da quello che beneficia della prestazione.

d) Nel caso in cui i lavoratori vengono impiegati in servizi adoperando in prevalenza i macchinari indispensabili della committente ed eseguono prestazioni in modo congiunto con i dipendenti della committente, siamo in presenza di indizi pregnanti per l'individuazione della fattispecie vietata. L'utilizzo

dei macchinari prevalenti ed indispensabili per l'esecuzione della prestazione comportava l'esistenza della presunzione ex art. 1 legge n. 1369/1960 ed era sufficiente per affermare l'esistenza della fattispecie vietata; perché la natura delle prestazioni, la prevalenza e l'indispensabilità dei macchinari della committente, la commistione del personale della appaltatrice e della committente nell'esecuzione delle medesime prestazioni, nel medesimo turno – tenuto conto della complessità dell'organizzazione di impresa all'interno della quale venivano prestate – comporta pure che, nel concreto svolgimento delle prestazioni di cui si tratta, il potere direttivo ed organizzativo sia rimasto in capo alla committente; e denota per contro la carenza dello svolgimento del potere direttivo in capo alle appaltatrici.

I casi problematici riguardano i cd. appalti ad alta intensità di manodopera – quelli in cui è più frequente lo sfruttamento dei lavoratori. Si sostiene che in queste ipotesi ai fini della legittimità basti l'esercizio del potere direttivo della prestazione e addirittura, anche quando non viene accertato il potere direttivo in capo all'appaltatore, si pretende che gli appalti siano considerati nondimeno genuini per presunzione in quanto si sostiene che per servizi elementari (ad alta intensità di manodopera e con pressoché nessun impiego di beni strumentali) anche il potere direttivo si esprimerà di conseguenza in forme necessariamente elementari. Si pretenderà allora di distinguere il potere direttivo del datore (che in realtà non manca mai in nessun rapporto di lavoro subordinato) dal potere di direzione o di coordinamento che compete al committente di un appalto; di differenziare le direttive specifiche da quelle generali; il potere di dirigere la prestazione (il "come fare") dal potere di indicare il solo risultato (il "cosa fare"). Si tratta di tesi che talvolta hanno avuto presa anche in qualche sentenza di legittimità.

Riserve suscita in proposito quella giurisprudenza che ritiene «legittima la predeterminazione da parte del committente anche delle modalità temporali e tecniche di esecuzione del servizio o dell'opera oggetto dell'appalto che dovranno essere rispettate dall'appaltatore, con la conseguenza che non può ritenersi sufficiente, ai fini della configurazione di un appalto fraudolento, la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, occorrendo verificare se le disposizioni siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative» (in tal senso Cass. 13015 del 1993, 12201 del 2011, 15615 del 2011). Ed anche la recente ordinanza n. 30694 del 27 novembre 2018 secondo cui: «In tema di appalto avente ad oggetto prestazioni lavorative, il requisito della "organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore", previsto dall'art. 29 del d.lgs n. 276 del 2003, può essere individuato, in presenza di particolari esigenze dell'opera o del servizio, anche nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nel contratto. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto genuino un appalto concernente la gestione e l'assistenza tecnica di archivi informatici, affermando che, in una tale ipotesi, caratterizzata da una bassa intensità organizzativa, gli strumenti e le macchine forniti dall'appaltante non costituiscono il mezzo attraverso il quale il servizio viene reso, ma, piuttosto, l'oggetto sul quale l'attività appaltata si esercita, sì da risultare predominante la mera organizzazione dei dipendenti)».

Si tratta di un indirizzo che suscita riserve perché introduce differenze cavillose. E perché da una parte svaluta l'elemento materiale della proprietà dei mezzi di produzione per la determinazione della liceità dell'appalto (le macchine su cui si esercita l'attività vengono considerate meri oggetti); e dall'altro apre la porta ad una serie di distinzioni e sottodistinzioni (il potere direttivo che caratterizza il rapporto di subordinazione è cosa diversa dalle legittime istruzioni e direttive che invece il committente di un appalto può impartire per l'esecuzione della prestazione dedotta in appalto), a concetti che sono facili da enucleare a livello teorico ma che tuttavia sono di

difficile identificazione pratica; ad esempio quando si sostiene che il potere direttivo datoriale riguardi il “cosa fare” ossia miri a conformare le mansioni, laddove invece le direttive del committente mirano a individuare il “come fare” della prestazione ossia il risultato.

Si tratta soprattutto di indirizzi i quali dimenticano che la norma parla anche di *potere organizzativo* e di *rischio di impresa*. Il discrimine fra l'appalto lecito e l'appalto illecito, anche endoaziendale, non può essere dato dalla mera direzione della forza lavoro, ai fini della liceità occorre l'organizzazione e la gestione autonoma dell'opera o del servizio con assunzione del rischio economico del risultato pattuito. Occorre cioè che i giudici facciano un accertamento complesso.

È bene a questo proposito osservare che il rischio in questione, ossia il rischio d'impresa, non consiste nel non avere certezza assoluta del compenso per le eventuali difformità, poiché questo tipo di rischio è connesso ad ogni tipo di prestazione d'opera, compresa quella del lavoratore subordinato che è esposto al risarcimento per eventuali danni causati al datore di lavoro. Il rischio di impresa è il rischio del mancato utile dato dalla differenza fra ricavi e costi (compresi i costi indiretti per impianti, beni strumentali, spese fisse, spese per utenze, servizi da terzi etc.) in relazione al compenso pattuito per l'opera o servizio oggetto dell'appalto, di modo che se il compenso è stabilito in base a parametri che fanno ricadere sul committente tutti i preventivati costi dell'opera o servizio (perché la realtà aziendale in cui l'opera o il servizio sono resi è già organizzata in modo tale che non vi siano sostanzialmente costi diversi dal costo della manodopera) non sussiste un rischio di impresa con riferimento allo specifico affare. E se ad esempio in un bilancio vi sono soltanto 2000 € di immobilizzazioni e 2 milioni di € di costi per il personale deve ritenersi che non esiste rischio nel rendere quel determinato servizio.

La nozione di organizzazione e gestione autonoma va dunque definita in relazione ad un concetto economico del risultato sotto due profili connessi: la autosufficienza del risultato oggetto del contratto e la autonomia nella organizzazione e gestione delle risorse per raggiungere il risultato. È da escludere che possa ritenersi risultato produttivo autonomo l'espletamento di mansioni manuali strettamente inerenti a un processo produttivo a catena che attraverso un sistema parte meccanizzato, parte non meccanizzato, porti per fasi di lavoro, preorganizzate nel loro succedersi, dalla materia prima al prodotto finale. Quando il procedimento produttivo descritto è costituito da fasi inscindibili, buona parte delle quali del tutto meccanizzate, ed è realizzato con ingenti investimenti in beni strumentali e materie prime, i cui costi sono a carico solo dell'appaltante, mentre le appaltatrici vengono retribuite o sulla base delle ore di lavoro o in base al numero di capi lavorati (che è una forma di cottimo il cui costo si può esprimere agevolmente in ore di lavoro).

Anche la prevalente giurisprudenza mette in rilievo il concetto di organizzazione e di rischio e guarda all'autonomia del risultato e del servizio oltre che alla semplice direzione del personale. Ad esempio, Cass. sez. Lavoro n. 15693 del 3 luglio 2009 secondo cui: «In relazione al divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, sono leciti gli appalti di opere e servizi che, pur espletabili con mere prestazioni di manodopera o con l'ausilio di attrezzature e mezzi modesti, costituiscano un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore e con assunzione da parte dello stesso dei relativi rischi economici, senza diretti interventi dispositivi e di controllo dell'appaltante sulle persone dipendenti dall'altro soggetto. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva escluso la illiceità dell'appalto avente ad oggetto la prestazione di servizi di pulizia svolti dai soci lavoratori di una cooperativa a favore di una

società alberghiera, senza che fossero sottoposti al potere direttivo della committente che si era limitata a fornire le direttive generali)».Ma anche, più di recente, Sez. Lavoro n. 27213 del 26 ottobre 2018 ha affermato che: «Il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro in riferimento agli appalti “endoaziendali”, caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore–datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo, né una assunzione di rischio economico con effettivo assoggettamento dei propri dipendenti al potere direttivo e di controllo. (Nella specie, relativa a servizi di inserimento della documentazione bancaria gestita dalla committente nella piattaforma informatica, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva riconosciuto il carattere vietato dell'appalto in ragione dell'estraneità dell'appaltatrice all'organizzazione dell'attività svolta presso la committente nonché della fungibilità delle mansioni dei dipendenti dell'appaltante e di quelli dell'appaltatrice, i quali avevano reso una prestazione diversa e più ampia rispetto a quella indicata nel contratto di appalto, senza soluzione di continuità per oltre cinque anni)».

Ovviamente oltre a tali ragioni che comportano un accertamento nel merito e che richiedono un'istruttoria sui fatti relativi alla esecuzione del contratto, nel caso delle cooperative spurie, in cui cioè è provato che non sussistano gli estremi della autentica cooperazione che è data anzitutto dalla partecipazione dei lavoratori alle decisioni e quindi dalla cogestione dell'impresa (la regola una testa un voto), vi sono plurimi fenomeni simulatori che si intrecciano. Il primo attiene all'esistenza stessa dell'impresa cooperativa la quale non può esistere in mancanza dei requisiti costitutivi suoi propri con l'inevitabile conversione del rapporto di socio lavoratore in un normale rapporto di lavoro subordinato fin dall'inizio. Un ulteriore fenomeno simulatorio si determina in relazione alla vicenda contrattuale che inerisce all'appalto dei servizi. In questo ambito la mancanza della parte appaltatrice come genuina e vera società cooperativa può essere valutata ai fini della nullità del contratto d'appalto per la mancanza della stessa parte contraente; e comunque alla stregua di un elemento indiziario comprovante l'illiceità del contratto e la frode alla legge; in quanto la conclusione del contratto d'appalto in mancanza dell'appaltatore genuino risulta rivolto proprio ad eludere il divieto di interposizione nella fornitura di manodopera da parte del committente.

## Conclusione

Dinanzi alla situazione critica che è stata fin qui descritta il nostro compito rimane quello di agire con coerenza e di coniugare alla profondità della analisi il coraggio della denuncia e della critica incessante e senza concessioni nei confronti di nessuno. Non bisogna cedere alla rassegnazione ed assumere la situazione in atto come un dato di natura immodificabile, su cui non sia ammissibile alcun intervento regolativo per invertire il *trend* che domina la scena (politica italiana e non solo), da almeno trent'anni, ed in base al quale il compito di far emergere strategie orientate alla crescita economica, al benessere, all'occupazione deve essere delegato alle relazioni di mercato, piuttosto che alle politiche statali le quali devono occuparsi soltanto di liberare la strada: smantellare quanto più possibile le strettoie dei vincoli giuridici e gli ostacoli dei diritti. Invertire questo *trend* è il compito non facile per tutti coloro che hanno come obiettivo di combattere le disuguaglianze, la precarietà, la disoccupazione; un compito certamente non facile soprattutto nella prospettiva transazionale che sempre più

caratterizza oggi l'economia e l'impresa. Occorrerebbe costituire allora una *task force* delle ingiustizie; per dare la caccia alle ingiustizie che incidono sulla dignità umana, danneggiando le persone. E su questo che mi piacerebbe si innescasse un confronto ed un approfondimento tra tutti quelli che sono sinceramente democratici; allo scopo di avere chiara la situazione e stilare un libro nero delle ingiustizie. Ce ne sono troppe! Formalismi inutili, crudeli ingiustizie neanche tanto nascoste nelle pieghe dell'ordinamento sostanziale e processuale, all'interno di una giurisprudenza difensiva, distante dalla realtà e rinserrata dentro ai propri orizzonti produttivistici e nuove rinnovate relazioni gerarchiche. Ciascuno di noi credo volendo potrebbe fare un lungo elenco di questi casi nel proprio settore e portare il proprio contributo per la costruzione di una nuova stagione dei diritti, di un nuovo statuto protettivo volto a restituire dignità alle persone. Un compito fondamentale se si vuole costruire domani o dopodomani una nuova soggettività politica ed un nuovo protagonismo sociale; perché, come Don Ciotti ha detto intervenendo all'ultimo congresso di Magistratura democratica, il futuro ci chiede di andargli incontro oggi.

---

[1] Emblematica è la vicenda esaminata dal Tribunale di Milano (sentenza n. 1977/2016 reperibile sulla Rivista giuridica del lavoro 2017) in cui un lavoratore assunto da una società cooperativa di servizi per effettuare le mansioni di addetto alla *reception* presso la sede di un istituto bancario di Torino (dove un tempo ci sarebbe stato quindi un impiegato di banca), si vedeva mutare ad ogni cambio appalto il proprio salario con la applicazione di contratti collettivi nazionali sempre differenti, passando da un salario di € 1300 ad uno di 1200, poi di 1000 e con un'ultima busta paga di € 715 al lordo di ogni ritenuta di legge.

Su questo va segnalata una buona notizia essendo intervenuta la sentenza della Cass., n. 4951 del 20 febbraio 2019, la quale ha affermato che: «In tema di società cooperative, ai sensi dell'art. 7, comma 4, del d.l. n. 248 del 2007, conv. con modif. dalla l. n. 31 del 2008, in caso di concorso tra contratti collettivi nazionali applicabili in un medesimo ambito, al socio lavoratore subordinato spetta un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative nella categoria, quale parametro esterno e indiretto di commisurazione ai criteri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, previsti dall'art. 36 Cost.».