

Capitolo VI

LA SEGMENTAZIONE DEL PROCESSO PRODUTTIVO E I SUOI EFFETTI SUL RAPPORTO DI LAVORO

Sezione I

FENOMENOLOGIA DELLA SEGMENTAZIONE DEL PROCESSO PRODUTTIVO

Sommario: 114. La ragion d'essere economica della segmentazione dell'impresa e il possibile interesse dei lavoratori a opporvisi. — 115. La ragion d'essere economica del contratto di somministrazione di manodopera e il possibile interesse dei lavoratori a opporvisi. — 116. I rapporti interpositori rispondenti a un interesse preminente del soggetto interposto. — 117. La considerazione unitaria del fenomeno *lato sensu* interpositorio e una classificazione delle sue manifestazioni. — 118. Gli sviluppi recenti del fenomeno *lato sensu* interpositorio. Il c.d. *outsourcing*, l'attività di fornitura di lavoro temporaneo e quella di *staff leasing*.

114. *La ragion d'essere economica della segmentazione dell'impresa e il possibile interesse dei lavoratori a opporvisi.* — Tra i motivi che possono spingere un imprenditore ad avvalersi della collaborazione di un altro imprenditore, ad esempio per mezzo di un contratto di appalto o di somministrazione di semilavorati, invece che avvalersi di persone e mezzi organizzati all'interno della propria azienda, il primo che viene in considerazione è costituito dalla maggiore produttività del lavoro organizzato da tale altro imprenditore, in conseguenza della sua migliore dotazione strumentale o di *know-how*, oppure in conseguenza delle economie di scala che egli riesce a realizzare offrendo lo stesso prodotto o servizio a numerose altre imprese. Quando questo sia il motivo del ricorso del primo imprenditore al contributo del secondo, è evidente l'opportunità, sul piano economico e sociale, di consentire tale segmentazione del processo produttivo, poiché ne deriva una maggiore efficienza complessiva del sistema, da cui tutti traggono vantaggio: in linea generale anche i lavoratori, il cui lavoro è meglio valorizzato nell'impresa più efficiente, potendo pertanto essi trarne un trattamento migliore.

In realtà, tuttavia, anche in questo caso l'interesse dell'imprenditore — nell'alternativa tra fare in proprio e far fare a terzi (*make or buy*) — a optare per la seconda soluzione può entrare in conflitto con un interesse dei suoi dipendenti, e quindi della loro organizzazione sindacale, a mantenere la funzione produttiva all'interno dell'impresa, o comunque a negoziare e controllare tempi, modi e misura dell'acquisizione dell'apporto esterno. È questo, infatti, con tutta evidenza, uno dei molteplici aspetti della limitazione e del controllo della concorrenza fra lavoratori, che costituisce una delle principali ragioni d'essere del diritto del lavoro e della coalizione sindacale (§§ 3-6 e 48): così come l'assunzione di nuovi lavoratori dipendenti, anche l'acquisizione di nuovi apporti produttivi mediante contratti di appalto, di somministrazione di semilavorati, o contratti di altro genere, può preludere alla sostituzione di lavoratori già dipendenti dall'impresa con altri lavoratori più produttivi; e anche la sola possibilità della sostituzione indebolisce il potere contrattuale dei primi. Tra le funzioni proprie del diritto del lavoro, come si è visto nel primo capitolo, vi è anche quella di porre sotto controllo i processi di sostituzione e aumentarne i costi, per assicurare la maggiore stabilità dei rapporti di lavoro e aumentare il potere contrattuale dei lavoratori nei confronti dell'imprenditore: anche la disciplina dell'esternalizzazione di funzioni da parte di un'impresa è dunque materia — per così dire — naturalmente propria del diritto del lavoro; e lo è anche, nella misura di cui si dirà a suo luogo (§§ 148-155), quando tali funzioni vengano affidate a imprese che le svolgono in modo più efficiente rispetto all'impresa committente.

Lo stesso problema si propone, a maggior ragione, quando l'imprenditore sia indotto al ricorso all'apporto produttivo esterno non da una intrinseca maggiore efficienza dell'altra impresa, ma soltanto dal risparmio dei costi che deriverebbero dall'aumento dimensionale della propria.

Per mettere a fuoco quest'ultimo possibile motivo di segmentazione della struttura imprenditoriale nell'ambito di un determinato processo produttivo giova fare riferimento alla costruzione teorica classica che considera il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa come una forma di organizzazione del lavoro essenzialmente finalizzata a un risparmio dei costi di transazione (§ 77): l'imprenditore si avvale di un insieme di rapporti di lavoro subordinato per non dover rinegoziare di volta in volta il contenuto specifico delle prestazioni dei propri collaboratori e poterlo invece adattare via via unilateralmente alle mutevoli esigenze produttive (1). Considerata in questa luce, la tendenza dell'impresa a ingrandirsi è funzione della differenza fra costi di transazione esterni e costi organizzativi interni: quando tale differenza assuma segno negativo, cioè i costi di transazione esterni diventino inferiori ai costi organizzativi interni — tra i quali va annoverato anche il maggior rischio di errore nell'esercizio del potere direttivo, derivante dal crescere delle dimensioni dell'organizzazione —, l'imprenditore ha interesse a perseguire la combinazione dei fattori produttivi al di fuori dell'impresa (intesa come luogo dove si esercita il suo potere direttivo), anche quando la struttura produttiva esterna con cui egli si collegherà non sia intrinsecamente più efficiente della sua (2). Se il costo marginale di organizzazione della forza-lavoro interna all'impresa (cioè coordinata mediante l'assoggettamento al potere direttivo) cresce con il crescere della quantità della forza-lavoro stessa, cioè delle dimensioni dell'impresa — come tipicamente accade quando l'ordinamento impone limiti al potere direttivo dell'imprenditore la cui severità cresce con il crescere delle dimensioni dell'impresa (3) —, vi è un limite oltre il quale l'imprenditore incomincia ad avere interesse a

procurarsi questo fattore produttivo senza inserirlo nell'impresa così intesa, cioè utilizzando contratti diversi da quello di lavoro subordinato, stipulati di volta in volta secondo le necessità. D'altra parte, la severità dei limiti al potere direttivo può aumentare col crescere delle dimensioni dell'impresa anche senza che ciò sia stabilito da una norma, ma soltanto in conseguenza del crescere di fatto del potere di controllo sul processo produttivo di un'organizzazione sindacale, quando l'incisività dell'azione di quest'ultima sia favorita — come solitamente è favorita — dalle maggiori dimensioni dell'azienda.

Ne risulta una possibile correlazione fra protezione — legale o sindacale — dei lavoratori e tendenza alla segmentazione della struttura imprenditoriale attraverso la quale si svolge il processo produttivo. Donde una ragione d'essere ulteriore e più specifica, rispetto a quella sopra individuata, della norma legislativa o negoziale collettiva tendente a limitare o disciplinare tale segmentazione (oltre che una ragione d'essere ulteriore della tradizionale ostilità del sindacato e dei giuslavoristi verso di essa) (4): l'esigenza, cioè, di impedire l'elusione della disciplina protettiva o la vanificazione dell'azione sindacale.

Per altro verso, col ridursi delle dimensioni dell'azienda di cui è titolare il fornitore del bene, dell'opera o del servizio esternalizzato, sovente si riduce anche la garanzia dei crediti dei lavoratori da lui dipendenti. Donde un aspetto di disparità della loro condizione rispetto ai dipendenti dell'imprenditore principale, in relazione al quale sorge un'esigenza ulteriore di intervento protettivo.

In conclusione, un interesse dell'imprenditore ad avvalersi di un'altra impresa per un segmento del processo produttivo può manifestarsi anche quando quest'ultima non sia intrinsecamente meglio dotata di mezzi materiali e/o immateriali; e a maggior ragione in questo caso i lavoratori dipendenti dalla committente possono avere interesse ad opporvisi, riproponendosi così ancora una volta il problema di individuare il limite entro il quale quell'opposizione risponde a un interesse generale dei lavoratori e oltre il quale essa risponde soltanto all'interesse di un gruppo di essi (i dipendenti della committente) confliggente con quello di altri. Restrizioni e vincoli all'esternalizzazione di un segmento del processo produttivo, al pari di qualsiasi standard minimo di trattamento, costituiscono sostanzialmente, per i lavoratori dipendenti dall'impresa committente, una tutela contro la concorrenza esterna; e, come in ogni altro caso, la limitazione della concorrenza fra lavoratori può corrispondere, a seconda delle circostanze, a un interesse comune a tutti i lavoratori, oppure soltanto all'interesse di una parte di essi, contrapposto all'interesse di quelli ai quali la competizione è impedita (5). Per altro verso, la limitazione della concorrenza, mantenendo il prezzo al di sopra del livello che risulterebbe altrimenti dal libero gioco del mercato, danneggia sempre i consumatori o utenti: donde l'esigenza di un temperamento fra interessi dei dipendenti dell'impresa principale, interessi dei dipendenti degli imprenditori terzi potenziali fornitori di beni o servizi e interessi di consumatori e utenti.

Nella scelta tra produrre in casa propria e procurarsi altrove possono, beninteso, giocare in senso contrario alla soluzione esterna anche alcuni costi peculiari di questa soluzione gravanti sull'impresa committente, quali ad esempio il rischio del crearsi di una situazione di « dipendenza » della stessa committente dal fornitore (6), o il rischio di circolazione all'esterno dell'azienda di informazioni suscettibili di essere sfruttate dalla concorrenza. Ma il discorso in proposito presenta scarso interesse ai fini di questa trattazione.

115. *La ragione d'essere economica del contratto di somministrazione di manodopera e il possibile interesse dei lavoratori a opporvisi.* — Presenta numerose analogie, e per certi aspetti identità di problemi, con il fenomeno della segmentazione dell'impresa di cui si è detto nel paragrafo precedente, il fenomeno — anch'esso esaminato qui esclusivamente nella sua manifestazione fattuale, essendo rinviato alle sezioni successive di questo capitolo l'esame del suo inquadramento e disciplina nell'ordinamento italiano — dell'acquisizione da parte dell'imprenditore di prestazioni lavorative mediante un contratto di somministrazione di manodopera (7). Fra i due fenomeni vi è tuttavia una differenza rilevante: mediante il contratto di somministrazione l'imprenditore committente si limita a procurarsi la forza-lavoro che gli è necessaria attraverso un soggetto terzo, che si impegna a fornirgliela senza però fornire anche macchine, attrezzature o altri mezzi materiali di produzione, né garantire una sinergia efficiente fra tali mezzi e la forza-lavoro. Oggetto del contratto non è dunque un'opera o un servizio che richieda per essere prodotto la capacità di far funzionare bene un'organizzazione di mezzi materiali e persone, bensì la pura e semplice prestazione lavorativa. Per altro verso, la sola differenza rispetto al contratto di lavoro subordinato sta nel fatto che la prestazione dedotta nel contratto di somministrazione non è quella svolta personalmente dal somministratore (o non è quella soltanto), bensì anche quella di altre persone da questi ingaggiate e retribuite.

Possono individuarsi, in linea teorica astratta, due tipi di somministrazione di manodopera, cui corrispondono due ruoli in parte differenti del somministratore: questi può limitarsi a fornire all'imprenditore l'attività dei lavoratori all'uopo ingaggiati, oppure può integrare tale prestazione con una propria attività di direzione dei lavoratori stessi (8).

Possiamo indicare il primo caso col termine *mera somministrazione* e il secondo col termine *somministrazione e direzione di lavoro* (9), fermo restando che l'attività di direzione svolta dal somministratore nel secondo caso non comporta l'ideazione e gestione a proprio rischio da parte dello stesso somministratore dell'organizzazione del lavoro, poiché altrimenti il contratto sarebbe qualificabile come appalto e si ricadrebbe nel caso della segmentazione dell'impresa di cui si è detto nel paragrafo precedente.

I motivi che possono spingere l'imprenditore ad avvalersi del contratto di somministrazione di manodopera coincidono in parte con quelli, di cui si è detto sopra, che possono spingerlo ad avvalersi di altre imprese mediante contratti di appalto o di somministrazione di semilavorati per evitare un accrescimento della propria impresa. L'incentivo ad avvalersi della somministrazione di manodopera può essere costituito, in particolare, dalla tendenza all'aumento dei costi organizzativi interni o del costo orario del lavoro con il crescere del numero dei lavoratori direttamente dipendenti

dall'impresa; ovvero dalla possibilità che abbia il somministratore di manodopera, a differenza dell'imprenditore committente, di sfuggire agli standard minimi di trattamento imposti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, e in particolare alla disciplina limitativa dei licenziamenti. Donde il manifestarsi anche qui dello stesso interesse dei lavoratori e delle loro organizzazioni a contrastare o comunque controllare questo genere di operazioni dell'imprenditore.

Il contratto di somministrazione di manodopera può, inoltre, produrre lo stesso effetto di riduzione della garanzia del credito dei lavoratori coinvolti, di cui si è detto a proposito della segmentazione dell'impresa: quando il somministratore non sia titolare di una vera e propria organizzazione aziendale, o sia titolare di una organizzazione di modesta consistenza, il rischio di sua insolvenza è, per i suoi dipendenti, più grave di quello che essi correrebbero se del loro contratto fosse titolare l'imprenditore che utilizza le loro prestazioni. Si manifesta dunque anche qui la stessa esigenza di una estensione della garanzia del loro credito, che sorge nel caso di loro dipendenza da una piccola impresa appaltatrice, o fornitrice di semilavorati.

Dalla definizione stessa qui proposta del contratto di somministrazione di manodopera consegue che tra i motivi di ricorso ad esso da parte dell'imprenditore non può esservi una maggiore produttività del lavoro fornito dal somministratore, dovuta a particolari dotazioni materiali (attrezzature e impianti) o immateriali (*know-how* organizzativo e reti di conoscenze o relazioni), di cui quest'ultimo disponga, poiché tale elemento, quando assumesse peso rilevante nell'economia del rapporto, farebbe sì che l'oggetto della prestazione non sia soltanto la forza-lavoro e determinerebbe la sua qualificabilità in termini di appalto. Una maggiore efficienza del somministratore può tuttavia manifestarsi *nella fase precedente* a quella dell'esecuzione della prestazione: nel reperimento e selezione dei lavoratori, nella negoziazione con loro delle condizioni di lavoro, nei relativi adempimenti amministrativi; il contratto di somministrazione di manodopera può dunque consentire un rilevante risparmio dei costi di transazione relativi all'acquisizione della forza-lavoro, soprattutto quando il mercato locale sia povero di canali di incontro fra domanda e offerta di manodopera, oppure quando la complessità degli adempimenti amministrativi imposti dall'ordinamento per la costituzione e lo svolgimento dei rapporti di lavoro renda vantaggioso l'affidamento delle relative pratiche a un operatore specializzato.

Anche il lavoratore può trarre una utilità dall'interposizione del somministratore, quando quest'ultimo sia specializzato in un determinato settore del mercato (si pensi, ad esempio, al settore dei servizi informatici, dove operano le c.d. *software houses*) e goda di un buon avviamento commerciale: in tal caso il fatto di dipendere da tale somministratore può conferire alla prestazione lavorativa una sorta di « marchio » di qualità, che consente al lavoratore di valorizzare la propria professionalità assai meglio di quanto potrebbe offrendosi in proprio nel mercato, e di conseguire così livelli più elevati di reddito e di sicurezza della continuità di occupazione.

Dunque, quell'elemento rilevante di imprenditorialità che, per definizione, non può essere presente nella prestazione dedotta nel contratto di somministrazione di manodopera, può invece essere presente — ed economicamente assai rilevante — *nell'attività preparatoria* della prestazione stessa, cioè nell'attività di reperimento, selezione, ingaggio, formazione o riqualificazione del personale, nonché di gestione dei relativi rapporti contrattuali. Non è, peraltro, infrequente la commistione di questa funzione, tipicamente propria del contratto di somministrazione di manodopera, con quella tipica del contratto di appalto di servizi, configurandosi in tal caso una sorta di contratto misto di appalto e somministrazione di manodopera.

A proposito della riduzione dei costi di transazione relativi all'acquisizione di forza-lavoro abbiamo visto, trattando della disciplina del mercato del lavoro (§ 29), come essa assuma particolare rilievo nel settore del lavoro occasionale, dove alla breve durata del rapporto consegue un maggior peso relativo dei costi che l'impresa deve sostenere per contattare, selezionare e ingaggiare il lavoratore dotato delle capacità necessarie; qui più che altrove, pertanto, si manifesta l'utilità del somministratore professionalmente capace di ridurre quei costi; e questo spiega la diffusione, a tutte le longitudini e latitudini, delle agenzie fornitrici di lavoro temporaneo.

Il c.d. *staff leasing*, invece, consiste nella somministrazione a tempo indeterminato, o comunque non puramente occasionale, del lavoro necessario in un determinato settore dell'impresa: ad esempio negli uffici amministrativi, oppure nei reparti cui sono affidate l'elaborazione informatica di dati, la promozione delle vendite, la ricerca di mercato, la cura delle relazioni pubbliche, oppure il servizio di centralino telefonico, di vigilanza, di portineria, di trasporto interno o esterno all'azienda. Qui il « valore aggiunto » insito nella prestazione del somministratore nasce essenzialmente dalla sua capacità di selezione dei lavoratori, gestione dei rispettivi rapporti individuali e collettivi e dei relativi adempimenti amministrativi, organizzazione della loro eventuale rotazione in una pluralità di imprese, sostituzione in caso di malattia. Quanto più complessi sono questi compiti, tanto maggiore è il potenziale vantaggio del loro affidamento a un'impresa specializzata (salvo — beninteso — che la legge lo vieti: di questo parleremo nella seconda sezione del capitolo).

Il risparmio di costi di transazione perseguito dall'imprenditore committente accomuna le forme più arcaiche di somministrazione di manodopera — e in particolare i fenomeni individuati oltre alpe con il termine *marchandage du travail* (10), da noi il c.d. « caporalato » nel settore agricolo (11), il « cottimismo » soprattutto nel settore edile (12) — alle forme più moderne, conosciute sotto il nome di « fornitura di lavoro temporaneo » e di *staff leasing*: nel reddito che il « caporale » o il « capo-cottimo » traggono dalla propria attività non vi è, infatti, soltanto la componente di rendita parassitaria (che può pure non esservi: non mancano i casi in cui il « caporale » è più sfruttato che sfruttatore), bensì anche, per lo più, una componente di remunerazione per un servizio che è fonte di un « valore aggiunto » effettivo rispetto alla pura e semplice prestazione lavorativa (13). La differenza fra il fenomeno arcaico e quello più

moderno sta essenzialmente nel fatto che le agenzie di lavoro temporaneo e di *staff leasing*, pur limitandosi a svolgere il ruolo di somministratrici di manodopera (a termine nel primo caso, a tempo indeterminato nel secondo), conseguono il risparmio di costi di transazione mediante una organizzazione di natura schiettamente imprenditoriale, la quale invece fa difetto nella figura socialmente tipica del « caporale » o in quella del « capo-cottimo ». Inoltre, a differenza di queste ultime figure (cui di solito si fa ricorso per eludere più facilmente le tutele del lavoro di fonte legislativa e sindacale), le agenzie moderne hanno la funzione diametralmente opposta di assicurare professionalmente la regolarità formale e sostanziale del rapporto di lavoro sotto tutti i profili, rendendo pienamente trasparente e suscettibile di controllo amministrativo e sindacale il rapporto trilatero fra loro stesse, il lavoratore e l'impresa utilizzatrice (v. §§ 29 e 139-144): fatto, questo, che mi induce a non condividere la tesi — sostenuta ultimamente da una parte della dottrina — secondo cui un divieto generale e assoluto dei rapporti interpositori sarebbe giustificato dall'esigenza di assicurare la trasparenza delle modalità di utilizzazione della prestazione lavorativa subordinata (14).

116. *I rapporti interpositori rispondenti a un interesse preminente del soggetto interposto.* — Dalle forme di somministrazione di manodopera individuate nel paragrafo precedente devono tenersi distinte quelle che si caratterizzano per la sussistenza di un interesse preminente e caratterizzante del soggetto interposto, rispetto all'interesse dell'impresa utilizzatrice, allo svolgimento della prestazione di lavoro in favore di quest'ultima da parte di un proprio dipendente. È questo tipicamente il caso del « comando » o « distacco », che consiste nell'invio, da parte di un'impresa, di un proprio dipendente presso un'altra impresa (solitamente una società collegata), al fine di esercitare un controllo su quest'ultima dall'interno, o di realizzare una comunicazione di competenze tecniche, a cui la prima sia particolarmente interessata (§§ 145-147).

Un altro caso nel quale l'interposizione risponde principalmente a un interesse del soggetto interposto, è quello in cui datore e prestatore di lavoro pattuiscono la possibilità per quest'ultimo di sostituirsi o affiancarsi occasionalmente nella prestazione di lavoro — retribuendolo in proprio — un altro lavoratore. Questa fattispecie si caratterizza rispetto alle prime sopra individuate non solo per il fatto che la possibilità di sostituzione o affiancamento è pattuita fra le parti essenzialmente in funzione di un interesse del lavoratore interposto a una certa flessibilità del proprio impegno lavorativo personale, ma anche per il peso marginale o comunque non prevalente che assume la prestazione lavorativa acquisita dall'imprenditore mediante il rapporto interpositorio, rispetto alla prestazione svolta dal lavoratore titolare nell'ambito di un normale rapporto di lavoro subordinato. È questo, ad esempio, il caso previsto negli anni cinquanta dal contratto collettivo per i portieri di stabili urbani, che consentiva al titolare della portineria di farsi sostituire all'occorrenza, a proprie spese, da un altro lavoratore, per lo più un familiare; oppure il caso dell'operaio specializzato che si affianca occasionalmente un giovane a cui intende insegnare il mestiere (v. in proposito § 121).

117. *La considerazione unitaria del fenomeno lato sensu interpositorio e una classificazione delle sue manifestazioni.* — Quanto esposto nei primi due paragrafi spiega, per un verso, la differenza sostanziale del fenomeno della segmentazione dell'impresa rispetto a quello della mera somministrazione di manodopera; ma consente anche di cogliere l'utilità, dal punto di vista proprio del diritto del lavoro come dal punto di vista economico e sociologico, di una considerazione unitaria dei due fenomeni, entrambi caratterizzati dall'interposizione di un terzo soggetto fra l'imprenditore principale e il lavoratore subordinato (15). Lo stesso approccio unitario al problema, pur nella consapevolezza della differenza sostanziale fra appalto e somministrazione di sola manodopera, caratterizza l'attività istruttoria recentemente svolta dal *Bureau International du Travail* in funzione di un prossimo intervento dell'O.I.L. su questa materia (16).

Che quel terzo soggetto sia o no un imprenditore, che la prestazione a cui egli si obbliga abbia o no natura imprenditoriale, che essa richieda o no un'organizzazione imprenditoriale nella fase preparatoria, molti degli interessi coinvolti nelle diverse ipotesi considerate si presentano in modo analogo, se non identico, sia nel caso in cui in esse si configuri una segmentazione dell'impresa, sia nel caso in cui in esse si configuri un rapporto di somministrazione di manodopera, tanto che è sovente difficile distinguere fra le due figure (17):

— in entrambi i casi la segmentazione del processo produttivo può rispondere a un interesse dell'imprenditore a evitare maggiori costi organizzativi o retributivi di fatto correlati con l'aumento del numero dei lavoratori dipendenti direttamente da lui; donde in entrambi i casi l'interesse simmetricamente opposto dei lavoratori ad assicurare, invece, una parità di trattamento fra dipendenti dell'impresa principale e dipendenti dell'appaltatore o somministratore;

— in entrambi i casi il processo di segmentazione può costituire lo strumento per una sostituzione di lavoratori dipendenti direttamente dall'imprenditore committente con altri lavoratori; donde in entrambi i casi l'interesse dei primi (non necessariamente condiviso dai secondi) ad opporsi a tale processo o a porlo sotto controllo per limitare la concorrenza esterna;

— in entrambi i casi il processo di segmentazione può produrre l'effetto di una riduzione della garanzia dei crediti dei dipendenti dell'appaltatore o somministratore; donde in entrambi i casi l'esigenza di un intervento volto a estendere o ricostituire detta garanzia;

— infine, tanto il vero appaltatore quanto il somministratore di manodopera possono svolgere una funzione di riduzione dei costi di transazione relativi all'acquisizione e gestione della forza-lavoro, a parità di standard di trattamento dei singoli lavoratori; donde in entrambi i casi l'esigenza di salvaguardare la possibilità di corretto svolgimento da parte loro di tale funzione, nel rispetto delle necessarie garanzie di trasparenza.

L' analogia e la parziale coincidenza delle ragioni d'essere economiche dei fenomeni considerati e degli interessi in essi coinvolti giustificano la creazione di una categoria, che possiamo convenzionalmente indicare con il termine *segmentazione del processo produttivo*, comprensiva sia dei fenomeni di segmentazione dell'impresa (mediante

contratti di appalto, somministrazione di semilavorati o altro), sia di quelli di segmentazione del processo di acquisizione e gestione della manodopera (mediante contratti di somministrazione di manodopera). Nell'ambito di questa grande categoria le diverse possibili manifestazioni del fenomeno della segmentazione si dispongono in un ordine che va, con una certa continuità, da quelle nelle quali l'imprenditorialità del fornitore assume peso maggiore e più diretto, caratterizzando questo soggetto per una migliore capacità produttiva specifica rispetto all'imprenditore principale, a quelle nelle quali l'imprenditorialità del fornitore, ancorché meno sviluppata, costituisce pur sempre elemento essenziale della sua prestazione, a quelle nelle quali l'imprenditorialità del fornitore si esprime soltanto nell'attività preparatoria della sua prestazione (e precisamente nella sua capacità di conseguire una riduzione dei costi di transazione o di gestione della forza-lavoro), fino a quelle nelle quali tale imprenditorialità è del tutto assente. Si può dunque tracciare la classificazione che segue:

- a) *segmentazione dell'impresa* motivata principalmente dalla *migliore dotazione materiale o immateriale dell'impresa fornitrice* e quindi dalla maggiore produttività del lavoro da essa organizzato, oppure dall'esigenza di *riduzione dei costi organizzativi interni* dell'impresa principale;
- b) *segmentazione dell'impresa* motivata principalmente dalla possibilità di applicazione, nell'impresa fornitrice, di *standard di trattamento dei lavoratori inferiori* rispetto a quelli a cui è vincolata l'impresa committente;
- c) *segmentazione dell'impresa combinata con somministrazione di lavoro*, motivata (oltre che da uno dei motivi di cui *sub a e b*) anche dalla possibilità di realizzare *risparmi nei costi di transazione per l'acquisizione e la gestione della forza-lavoro*;
- d) *somministrazione (con o senza attività di direzione) di lavoro a tempo indeterminato* da parte di soggetto operante *in forma imprenditoriale* per il reperimento, selezione, formazione e gestione del personale (c.d. *staff leasing*);
- e) *somministrazione (per lo più senza attività di direzione) di lavoro temporaneo* da parte di soggetto operante *in forma imprenditoriale* per il reperimento, selezione, formazione e gestione del personale (agenzie di fornitura di lavoro temporaneo);
- f) *somministrazione (con o senza attività di direzione) di lavoro* da parte di soggetto *non* operante a tal fine in forma imprenditoriale (ad es.: cottimo collettivo, caporalato).

A queste si aggiungono le ultime due figure di interposizione sopra individuate (§ 116):

- g) « *comando* » o « *distacco* » di un lavoratore da parte dell'impresa datrice di lavoro presso un'altra impresa, in funzione di un interesse della prima al controllo dall'interno sulla seconda, o alla trasmissione di conoscenze o capacità professionali;
- h) *sostituzione o affiancamento occasionale di un sostituto o aiutante*, non dipendente dall'imprenditore utilizzatore della prestazione, al lavoratore titolare del contratto con l'imprenditore stesso, che provvede in proprio alla retribuzione. L'organizzazione imprenditoriale del soggetto fornitore è elemento essenziale di tutte le prime cinque figure individuate, ancorché la sua prestazione assuma natura imprenditoriale soltanto nelle prime tre (*a, b e c*); nelle altre due (*d ed e*) ha invece natura imprenditoriale soltanto l'attività preparatoria della prestazione.

118. *Gli sviluppi recenti del fenomeno* lato sensu *interpositorio*. Il c.d. *outsourcing, l'attività di fornitura di lavoro temporaneo e quella di staff leasing*. — L'ultima forma di somministrazione di manodopera, menzionata nel paragrafo precedente *sub f*), che si differenzia dalle prime due (*d ed e*) per l'assenza dell'imprenditorialità dell'interposto sia nella prestazione dedotta in contratto, sia nell'attività preparatoria di essa, è quella nella quale il « valore aggiunto » effettivamente prodotto dal somministratore — essenzialmente in termini di riduzione dei costi di transazione — assume per lo più valore secondario rispetto ad altri vantaggi perseguiti dal committente, consistenti invece nella riduzione indebita degli standard di trattamento dei lavoratori coinvolti. Il fenomeno è diffuso in tutto il mondo, soprattutto nel settore agricolo, in quello edile e in quello della manifattura leggera, ed è per lo più in tendenziale aumento — secondo i dati forniti dal *Bureau International du Travail* (18) —, ancorché vadano diffondendosi gli interventi normativi volti a limitarlo o vietarlo. Figure analoghe a quelle ben note in Italia del *caporale* fornitore di lavoro bracciantile nelle campagne meridionali (19), o del *capo-cottimo* fornitore di manovalanza nei cantieri edili (20), compaiono a tutte le latitudini e longitudini, con caratterizzazioni marginali via via diverse; ma tutte queste figure sono sempre accomunate dalla funzione essenziale di fornitura di mera manodopera a un utilizzatore che non assume la veste formale di datore di lavoro rispetto alla manodopera stessa: sono gli *enganchadores* che forniscono braccianti nelle campagne messicane e cilene e che in Brasile assumono la denominazione di *empreiteiros* o *gatos*, i *talleristas* che forniscono lavoro a domicilio in Argentina e Uruguay, i *tâcherons* che forniscono lavoro di manovalanza alle imprese edili o agricole nell'Africa francofona, gli *Zwischenmeister* tedeschi e tutti gli altri fornitori di manodopera dei quali non conosciamo la denominazione nella lingua locale, ma ci giunge notizia dalle piantagioni indiane, filippine, malesi e keniate, dalle aziende forestali statunitensi, cilene e indonesiane, dai cantieri edili, dalle miniere, dai pozzi petroliferi, dalle piccole manifatture tessili di tutto il mondo (21).

Quando l'interposto opera senza una struttura imprenditoriale, nel margine di guadagno che egli riesce a conseguire la porzione imputabile a remunerazione per l'attività di mediazione è sovente inferiore a quella che può considerarsi una vera e propria rendita parassitaria, resa possibile dai difetti di informazione, formazione e mobilità autonoma di cui soffrono i lavoratori da lui dipendenti, quando non addirittura da un loro vero e proprio asservimento ottenuto con i metodi propri della criminalità organizzata. Per questo, come vedremo meglio in seguito, queste forme di somministrazione di manodopera sono vietate dal nostro ordinamento, analogamente a quanto accade nella maggior parte degli altri ordinamenti europei continentali. Esse si collocano pertanto prevalentemente nell'area dell'economia sommersa e non sono suscettibili di un censimento preciso.

Quanto alle prime cinque forme di segmentazione, che si collocano invece per lo più nell'area dell'economia regolare, si è assistito nell'ultimo mezzo secolo a un loro incremento rilevantissimo. Per quel che riguarda le prime tre (esternalizzazione rispetto all'impresa principale di segmenti del tessuto produttivo aziendale), che — accomunate talvolta alla quarta e alla quinta — oggi vanno comunemente sotto il nome di *outsourcing* (22), nell'ultimo quarto di secolo (23) il loro incremento è stato fortemente favorito dalle nuove possibilità di coordinamento fra imprese mediante strumenti informatici e telematici, nonché dal rapido sviluppo dei processi di automazione della produzione e dalla conseguente progressiva trasformazione del lavoro umano da attività di modificazione della materia in attività di elaborazione e trasmissione di informazioni. Secondo i dati disponibili, l'imponente fenomeno della cosiddetta « terziarizzazione » della nostra economia — per cui nell'arco degli ultimi cinquant'anni gli addetti a imprese del settore terziario sono passati da meno di un quarto a circa due terzi del totale della forza-lavoro — è per una parte non secondaria determinato da una tendenza costante delle imprese industriali alla esternalizzazione di servizi in precedenza gestiti al loro interno (24) (quando un'impresa manifatturiera scorpora dalla propria struttura, ad esempio, la rete di vendita, il servizio di ricerche di mercato, di relazioni pubbliche, di magazzino, di vigilanza, o di selezione del personale, i lavoratori dipendenti dalle nuove imprese che ne nascono o ne risultano accresciute non sono più computati, nelle statistiche, fra gli addetti al settore manifatturiero, ma fra gli addetti al terziario). Nonostante che da più parti si parli oggi del prevalere nelle economie più sviluppate di una tendenza inversa — per cui i processi di *outsourcing* si avvierebbero nella congiuntura attuale ad avere minor peso rispetto a quelli di *insourcing* —, qui da noi sembrano essere all'ordine del giorno colossali operazioni di esternalizzazione, tra le quali spiccano per importanza quelle per mezzo delle quali viene progressivamente attuata la c.d. « privatizzazione » delle aziende in precedenza soggette al controllo pubblico.

Per quel che riguarda, infine, il settore delle imprese specializzate nella somministrazione di lavoro temporaneo, nel nostro Paese esso ha potuto emergere dalla semiclandestinità in cui era stato relegato per decenni soltanto con l'entrata in vigore della legge n. 196 del 1997 (§§ 29 e 139-144) e solo limitatamente all'attività di fornitura di lavoro temporaneo. Ma nella maggior parte degli altri Paesi occidentali industrializzati l'attività di somministrazione di lavoro, in questa sua configurazione, ha avuto nell'ultimo quarto di secolo uno sviluppo più rilevante, giungendo a fornire nel 1996 quasi il 2% delle ore complessivamente lavorate negli U.S.A. e una quota che va dallo 0,2 al 4% nei Paesi dell'Unione europea (25).

Quanto alle imprese specializzate nell'attività di *staff leasing* (26), nell'ultimo decennio esse hanno avuto negli U.S.A. uno sviluppo impetuoso, registrandosi una loro crescita, per numero e dimensioni, del 20 o 30% ogni anno (27). In Europa esse stanno prendendo piede soprattutto in Gran Bretagna. Nel nostro ordinamento questa attività, ancora formalmente vietata, di fatto compare talvolta, ancorché con minore frequenza rispetto a quella di fornitura di lavoro temporaneo, sotto le mentite spoglie dell'appalto di servizi.

Sezione II

IL DIVIETO DI INTERPOSIZIONE NEL RAPPORTO DI LAVORO

Sommario: 119. Gli interventi normativi precedenti alla legge del 1960. Il nuovo codice civile e la regola generale di insensibilità del rapporto di lavoro alle vicende dell'imprenditore. — 120. La tesi dottrinale dell'incompatibilità dell'interposizione nel rapporto fra lavoratore e utilizzatore della prestazione con il tipo legale del contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.* — 121. Compatibilità con il tipo legale di cui all'art. 2094 c.c. della clausola che autorizza il prestatore a sostituirsi o affiancarsi occasionalmente un altro prestatore, da lui stesso retribuito. — 122. La delimitazione del divieto di interposizione contenuta nei progetti di legge originari e la scelta del divieto generale assoluto compiuta con la legge del 1960. — 123. L'uso degli artt. 3 e 5 per temperare il rigore del divieto generale posto dall'art. 1. — 124. L'interpretazione del divieto di cui all'art. 1 come divieto della sola interposizione fraudolenta. — 125. Gli elementi essenziali della fattispecie interpositoria vietata, secondo la costruzione classica. — 126. La fornitura di macchine e attrezzature da parte del committente come indice di difetto di imprenditorialità della prestazione dell'interposto (art. 1, c. 3°). Distinzione di tale fattispecie da quella del trasferimento di ramo d'azienda dal committente al fornitore dell'opera o servizio. — 127. La violazione del divieto di interposizione e le due sanzioni distinte che ne conseguono sul piano civile. — 128. L'inversione logica compiuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina negli anni di mezzo. — 129. La crisi della costruzione accontrattualistica del divieto di interposizione come conseguenza dell'indeterminatezza del concetto di « inserimento » della prestazione lavorativa nell'organizzazione dell'utilizzatore effettivo. — 130. Il disorientamento della giurisprudenza nell'ultimo ventennio. — 131. La conferma del vecchio divieto generale nella legge n. 196/1997. — 132. La nozione di appalto di servizi a carattere continuativo. Configurabilità dell'appalto genuino anche quando per la sua esecuzione sia necessaria soltanto un'organizzazione di lavoratori. — 133. Individuazione della natura imprenditoriale dell'organizzazione per mezzo della quale viene eseguito l'appalto. — 134. Il confine tra *staff leasing* e appalto di servizi a carattere continuativo. Il caso del contratto misto di appalto di servizio e somministrazione di manodopera. Le altre forme di interposizione non fraudolenta che restano vietate. — 135. Il campo soggettivo di applicazione del divieto di interposizione. La questione dell'applicabilità del divieto agli utilizzatori non imprenditori e agli enti pubblici. — 136. Effetti della violazione del divieto di interposizione

sul piano civile: il rapporto di lavoro. — 137. Il rapporto fra interponente e interposto. — 138. La sanzione penale per la violazione del divieto di interposizione.

119. *Gli interventi normativi precedenti alla legge del 1960. Il nuovo codice civile e la regola generale di insensibilità del rapporto di lavoro alle vicende dell'imprenditore.* — Abbiamo visto (§§ 114-115) come all'interesse dell'imprenditore a interporre fra sé e una parte dei lavoratori un terzo soggetto in veste di datore di lavoro si contrapponga tipicamente un interesse di (tutti o parte dei) lavoratori a limitare o comunque disciplinare tale manovra. Questo spiega perché una disciplina legislativa, collettiva, o di fonte giurisprudenziale, del fenomeno interpositorio, almeno in alcune delle sue possibili manifestazioni, compaia in molti ordinamenti fin dalle origini dello sviluppo industriale e del diritto del lavoro (28). Così, ad esempio, in Francia l'« exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs, ou marchandage » è vietata fin dalla metà del secolo XIX per mezzo del decreto 2 marzo 1848, con sanzioni penali che andranno in seguito progressivamente aggravandosi (29), ancorché — a quanto risulta — con scarsa effettività (30).

Nell'ordinamento italiano si segnala un primo intervento legislativo in questo campo con l'art. 336 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, che vieta il subappalto nei lavori pubblici senza il consenso dell'amministrazione appaltante (31). Si riferisce invece al settore privato il regolamento di esecuzione del testo unico 31 gennaio 1904 n. 51 sull'assicurazione obbligatoria degli operai contro gli infortuni sul lavoro, emanato con R.D. 13 marzo 1904 n. 141, il cui art. 10 pone direttamente a carico dell'imprenditore l'obbligo dell'assicurazione antiinfortunistica in favore dei lavoratori subcattimisti (32); norma, questa, particolarmente interessante, in quanto costituisce la prima manifestazione di un principio cui la legge del 1960 darà applicazione ben più ampia: quello, cioè, dell'imputazione diretta all'imprenditore principale degli obblighi inerenti al rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto interposto. Dello stesso principio fa applicazione l'art. 10 del testo unico delle leggi sul lavoro delle donne e dei fanciulli 10 novembre 1907 n. 818, che sancisce la corresponsabilità dell'imprenditore con il capo-cottimo per il rispetto delle norme poste a protezione della sicurezza, igiene e moralità negli ambienti di lavoro (33).

Un ruolo importante per la limitazione e la disciplina del fenomeno interpositorio ha svolto la contrattazione corporativa nel corso degli anni '30. L'art. 4 del contratto collettivo 22 febbraio 1934 per gli artisti di varietà introduce, per la prima volta a quanto risulta, la regola che imputa all'« impresario » la responsabilità diretta per i rischi degli artisti scritturati da un « capogruppo » o « capotroupe » (34). L'art. 1 del contratto per il settore del commercio di prodotti alimentari 9 maggio 1936 stabilisce la responsabilità diretta del titolare concessionario della licenza commerciale nei confronti dei dipendenti degli esercenti in subconcessione per il rispetto degli standard stabiliti dal contratto stesso (35). Più incisiva e di portata assai più vasta è la disposizione contenuta nell'art. 8 del contratto collettivo 20 dicembre 1937 per la disciplina dei cottimi nelle aziende industriali, artigiane e cooperative, che vieta « alle aziende di servirsi di cottimisti i quali abbiano alle loro dipendenze altri lavoratori da essi direttamente retribuiti, dovendosi intendere il rapporto di lavoro sempre intercorrente fra il lavoratore e l'azienda, e la dipendenza di un lavoratore da un altro unicamente possibile agli effetti tecnici e disciplinari » (36). Su questa disposizione collettiva si modellerà di lì a poco l'art. 2127 del nuovo codice civile, recante il divieto generale di interposizione nel lavoro a cottimo, che tuttavia qui è limitato al caso in cui l'interposto sia dipendente dall'imprenditore (c. 1°) ed è sanzionato soltanto con l'imputazione a quest'ultimo « degli obblighi derivanti dai contratti di lavoro » stipulati dall'interposto coi lavoratori interessati (c. 2°), senza una menzione esplicita della sostituzione dell'imprenditore all'interposto nella piena titolarità dei rapporti di lavoro.

Nel nuovo codice incomincia inoltre a delinearsi una regola generale destinata ad assumere in seguito grande rilievo per la disciplina dei rapporti interpositori: quella per la quale è all'identità e continuità dell'organizzazione aziendale che occorre fare riferimento per l'individuazione della continuità del rapporto di lavoro, la determinazione del contenuto del credito del lavoratore e l'individuazione del patrimonio che lo garantisce. Le vicende dell'imprenditore non devono avere influenza diretta sulla posizione del lavoratore dipendente o pregiudicare il livello di trattamento, essendo il rapporto sensibile soltanto alle vicende dell'azienda, o, meglio, alle vicende dell'impresa intesa come attività organizzata, concettualmente distinta dal suo titolare. Le norme del codice civile nelle quali questa regola si manifesta più direttamente ed esplicitamente — su ciascuna delle quali torneremo a suo luogo — sono contenute nell'art. 2112 c.c., in materia di effetti sul rapporto di lavoro del trasferimento di azienda, e nell'ultimo comma dell'art. 2119, in materia di effetti sul rapporto stesso del fallimento dell'imprenditore: l'idea che in esse si esprime è che l'imprenditore può mutare, smembrarsi, incorporare o essere incorporato, fallire, morire e vedersi succedere un erede, ma finché l'organizzazione aziendale (e quindi l'impresa) continua a vivere, e non interviene un valido licenziamento, il rapporto di lavoro prosegue in essa senza alterazioni di sorta; e in ogni caso il lavoratore non deve vedere ridursi il proprio livello di trattamento o le garanzie del proprio credito per effetto di tali vicende. La stessa idea, a ben vedere, si esprime anche nella regola, già presente *in nuce* nelle norme del 1904 e del 1907 di cui si è detto sopra, per cui quando la prestazione lavorativa si svolge all'interno di un'azienda, ma alle dipendenze di un soggetto diverso dal titolare dell'azienda stessa, il trattamento a cui il lavoratore ha diritto si determina comunque in relazione alla disciplina legislativa e collettiva applicabile nell'azienda stessa, ed è garantito dal suo titolare.

E proprio quest'ultima regola, in materia di rapporti interpositori, viene esplicitata nel contratto collettivo 24 luglio 1959 per il settore edile — recepito a norma della legge Vigorelli nel D.P.R. 14 luglio 1960 n. 1032 (§ 67) — che, insieme alle numerose denunce di fonte sindacale degli abusi connessi con i fenomeni del caporalato e del cottimismo e

agli esiti di una indagine parlamentare in proposito (37), prepara il terreno per la legge sulla stessa materia di pochi mesi successiva: la disposizione collettiva prevede la parità di trattamento fra i dipendenti dell'appaltatore principale di un'opera privata o pubblica e i dipendenti del subappaltatore, la corresponsabilità solidale del primo con il secondo per i crediti dei dipendenti di quest'ultimo, con particolare riferimento al caso « che i lavori compresi nel subappalto o nella cessione importino da parte del subappaltatore o cessionario soltanto l'impiego di manodopera ». Come era accaduto per l'art. 2127 c.c., così anche per la legge del 1960 sull'interposizione la contrattazione collettiva precede e orienta l'intervento del legislatore (38), secondo un modello di rapporto fra le due fonti destinato a rimanere dominante nei decenni successivi (anche se in quest'ultimo decennio il legislatore mostra di sentirsene meno vincolato).

120. *La tesi dottrinale dell'incompatibilità dell'interposizione nel rapporto fra lavoratore e utilizzatore della prestazione con il tipo legale del contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.* — Come il Parlamento e la contrattazione collettiva, così anche i teorici del diritto del lavoro negli anni '50 si mettono in movimento, dedicandosi ad affinare gli strumenti concettuali necessari per una reazione efficace dell'ordinamento contro il fenomeno dell'interposizione parassitaria o fraudolenta.

Mossa da questo intendimento, una parte della dottrina ravvisa nella definizione del contratto di « lavoro subordinato nell'impresa » contenuta nell'art. 2094 c.c. il fondamento della tesi secondo cui questo contratto non sarebbe compatibile con l'interposizione di un terzo soggetto fra prestatore e utilizzatore effettivo della prestazione: se è lavoratore subordinato chi si obbliga a prestare il proprio lavoro « alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore » (§ 80), colui verso il quale il lavoratore assume l'obbligo deve essere lo stesso imprenditore (39).

Donde, in questo ordine di idee, l'impossibilità di sussumere nel tipo legale del contratto di lavoro subordinato nell'impresa il contratto fra datore e prestatore avente per oggetto un'attività lavorativa destinata a essere utilizzata da un soggetto terzo; quest'ultimo contratto si configurerebbe pertanto come contratto atipico (40); e, laddove esso fosse utilizzato al fine di eludere o vanificare norme imperative di tutela del lavoratore, quindi in funzione di interessi non meritevoli di tutela, esso dovrebbe considerarsi escluso anche dal novero dei contratti cui l'ordinamento riconnette gli effetti voluti dalle parti. Questa tesi è destinata a influire profondamente in seguito, fino ai giorni nostri, sulla nostra dottrina giuslavoristica, la quale, sia pure con costruzioni teoriche in parte differenti, tornerà ripetutamente ad affermare l'incompatibilità logica del rapporto interpositorio con il tipo legale del lavoro subordinato (41).

Dalla formulazione letterale dell'art. 2094 c.c. non sembra, però, potersi trarre argomento univoco a sostegno di questa esclusione, poiché la norma nulla dice circa il soggetto con il quale il lavoratore può contrarre e « obbligarsi »: essa non sembra, dunque, escludere la possibilità che, con il contratto di lavoro subordinato, il lavoratore A si obblighi verso il soggetto B a prestare il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione del soggetto C. Non si tratta affatto, a ben vedere, di una « negazione della subordinazione », ma al contrario di una accentuazione del vincolo stesso di subordinazione, che si estende qui all'obbligo per il lavoratore di assoggettarsi anche al potere direttivo di un soggetto terzo (42).

La tesi dell'incompatibilità generale del contratto di somministrazione di manodopera con il tipo legale non trova un fondamento solido neppure nell'art. 2127 c.c.: come si è visto (§ 119), questa norma vieta, sì, l'interposizione di un terzo fra l'imprenditore effettivo utilizzatore e il prestatore, ma limita la portata del divieto al caso del cottimo collettivo gestito da un dipendente dell'imprenditore stesso. A seconda che si aderisca o no alla tesi di cui si è detto, che esclude la compatibilità dell'interposizione con il tipo legale del rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, l'art. 2127 può essere considerato come divieto di un contratto atipico, comunque non riconducibile al tipo legale del lavoro subordinato, oppure come divieto di un sottotipo particolare di rapporto di lavoro subordinato.

Non fornisce argomento univoco né all'una né all'altra tesi neppure l'art. 2139 c.c., che prevede espressamente il caso dello « scambio di mano d'opera » fra imprenditori agricoli: a seconda dell'opzione teorica di fondo, la norma può essere letta come corollario di una regola generale di compatibilità del rapporto interpositorio con il tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa, o come eccezione a una regola generale di contenuto opposto.

Che si aderisse o no alla tesi sopra esposta, prima dell'emanazione — nel 1960 — del divieto generale di interposizione fra lavoratore subordinato e utilizzatore effettivo della prestazione (di cui si dirà tra breve) poteva comunque considerarsi vietata soltanto l'interposizione fraudolenta, volta cioè a eludere norme imperative di legge (43); quando invece non fosse provato tale intendimento elusivo, restava aperta la possibilità del rapporto di lavoro subordinato fra il prestatore e un soggetto che poi fornisse, in posizione autonoma, la prestazione lavorativa a un terzo effettivo utilizzatore: dall'opzione teorica nell'uno o nell'altro senso sopra indicato dipendeva soltanto la possibilità di sussumere il rapporto fra il lavoratore e il soggetto interposto nel tipo legale di cui all'art. 2094, o, nel caso contrario, la necessità di considerarlo come contratto atipico, ma non per questo di per sé privo di diritto di cittadinanza nell'ordinamento (art. 1322 c.c.). Alcune figure di interposizione nel rapporto di lavoro subordinato diverse da quella vietata dall'art. 2127, del resto, erano addirittura previste da leggi speciali (44); altre erano pacificamente riconosciute, nel corso degli anni '50, dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla stessa contrattazione collettiva come compatibili con l'ordinamento: in particolare quella del « comando » o « distacco » di un lavoratore da parte dell'imprenditore suo datore di lavoro presso un'altra impresa (sulla quale v. § 117, *sub g*; nonché *infra*, §§ 145-147), quella del « sostituto » ingaggiato e retribuito dal portiere, ma la cui prestazione è svolta in favore del proprietario dell'immobile, quella dell'operaio che si avvale di un apprendista o garzone da lui stesso retribuito (§§ 116 e 117) e numerose altre analoghe (45).

121. *Compatibilità con il tipo legale di cui all'art. 2094 c.c. della clausola che autorizza il prestatore a sostituirsi o affiancarsi occasionalmente un altro prestatore, da lui stesso retribuito.* — Se dalla formulazione letterale dell'art.

2094 c.c. non può dedursi univocamente la necessità della coincidenza del titolare del contratto (dal lato del creditore di lavoro) con il soggetto che esercita effettivamente il potere direttivo, dalla stessa formulazione può dedursi invece la necessità della coincidenza del titolare del contratto, dal lato del debitore di lavoro, con il soggetto che effettivamente svolge la prestazione lavorativa: l'oggetto della prestazione alla quale il lavoratore « si obbliga » è infatti individuato come « il proprio lavoro intellettuale o manuale ».

Fermo restando il carattere eminentemente personale della prestazione lavorativa dedotta nel contratto, non sembra tuttavia potersene dedurre una infungibilità assoluta della prestazione stessa: prima del 1960 era infatti comunemente ammessa la possibilità per il lavoratore, purché con il consenso del creditore, di farsi sostituire o aiutare occasionalmente da persona di sua fiducia (46), realizzandosi così l'ultima delle fattispecie interpositorie sopra individuate (§ 117, lett. h). L'argomento contrario fondato sulla fiducia personale del datore di lavoro nel prestatore, sulla quale tipicamente poggia il rapporto contrattuale, era agevolmente superabile con l'osservazione che la tutela della fiducia opera qui essenzialmente nell'interesse dello stesso datore di lavoro: onde non si vedeva per quale motivo questi non potesse validamente acconsentire a un'estensione della fiducia stessa alla persona nella quale riponesse fiducia il prestatore (47). Il discorso valeva, ovviamente, solo fino a quando la sostituzione o l'affiancamento mantenessero un carattere meramente occasionale: in difetto del quale la fattispecie avrebbe dovuto essere qualificata, alternativamente, — in termini di inadempimento della propria obbligazione contrattuale da parte del lavoratore, nel caso di sostituzione permanente non autorizzata dal creditore; — in termini di trasformazione del contratto di lavoro subordinato in contratto di somministrazione di manodopera, nel caso di sostituzione permanente autorizzata dal creditore.

122. *La delimitazione del divieto di interposizione contenuta nei progetti di legge originari e la scelta del divieto generale assoluto compiuta con la legge del 1960.* — Da tempo invocata dalle confederazioni sindacali maggiori (che avevano presentato due progetti di legge già nella II legislatura, rispettivamente nel 1955 e nel 1956, poi altri due all'inizio della terza, nel 1958) (48), parzialmente anticipata dal divieto di interposizione nel lavoro a domicilio disposto con l'art. 2, 4° c., della L. 13 marzo 1958 n. 264 (49) e soprattutto dall'intervento della contrattazione collettiva sui rapporti interpositori nel settore edile (§ 119), accompagnata nel suo iter parlamentare dal coevo intervento dottrinale sull'interposizione fraudolenta nei rapporti di lavoro, di cui si è detto nelle pagine precedenti (§ 120), appoggiata da un arco di forze politiche amplissimo (50), la legge 23 ottobre 1960 n. 1369 interviene finalmente a disciplinare la materia colmando le lacune emerse in proposito nel codice civile.

La legge, criticata come tecnicamente mal fatta da uno dei suoi primi e più illustri commentatori (51) a causa dell'uso improprio del termine « appalto » che compare nell'art. 1 (52), presenta piuttosto il difetto più grave nell'eccesso di assolutezza del divieto che essa pone (53) rispetto alle istanze originarie delle organizzazioni sindacali che se ne erano fatte promotrici e — come vedremo tra breve (§ 123) — anche rispetto agli intendimenti effettivi dello stesso legislatore. Tanto che, prima del varo definitivo, questi è costretto a disporre *in extremis* qualche temperamento.

Nei due progetti di legge originari presentati dalle confederazioni sindacali maggiori nella II legislatura (54) il divieto del contratto di somministrazione di mere prestazioni di lavoro era esplicitamente limitato alle prestazioni lavorative « inerenti all'attività dell'azienda » dell'imprenditore committente (55): ne erano dunque escluse le prestazioni che non potessero considerarsi come appartenenti al processo produttivo proprio dell'azienda stessa. Durante l'esame del testo legislativo al Senato, in seconda lettura, il relatore rileva che questa delimitazione del campo di applicazione del divieto è stata eliminata dalla Camera dei Deputati (56), cosa che egli considera inopportuna, sia perché eccessiva rispetto alla *ratio legis* — da lui individuata sulla scorta della recentissima costruzione dottrinale del divieto di interposizione fraudolenta, di cui si è detto sopra (§ 120), che egli mostra di conoscere assai bene (57) —, sia perché contraddittoria rispetto ad altre leggi precedenti, che prevedevano e disciplinavano proprio il ricorso alla somministrazione di manodopera per servizi « estranei » rispetto al processo produttivo dell'azienda del committente, quali ad esempio i servizi di trasporto, di pulizia o di facchinaggio (58). Egli pertanto presenta un emendamento aggiuntivo all'art. 1, tendente a ripristinare la delimitazione contenuta nei progetti originari (59).

L'emendamento del relatore viene in seguito da lui ritirato, per lo stesso motivo che aveva indotto i presentatori a sopprimere la delimitazione del divieto di interposizione inizialmente prevista dai progetti di legge originari: ci si rende conto del fatto che il concetto di « prestazioni inerenti all'attività dell'azienda », o di « processo produttivo normale dell'impresa », ha confini troppo vaghi e indeterminati; l'incertezza del campo di applicazione del divieto, e quindi della sanzione penale da cui lo si vuole assistito, rischierebbe di comprometterne gravemente l'effettività. La scelta che prevale anche in seconda lettura è dunque quella del divieto generale e assoluto di interposizione, che corrisponde all'idea secondo cui il rapporto interpositorio non può mai perseguire interessi meritevoli di tutela (60): a norma del primo comma dell'art. 1, quando il requisito della natura imprenditoriale della prestazione dedotta nel contratto fra l'imprenditore principale e il fornitore faccia difetto il contratto è nullo; e dal momento in cui il contratto stesso prenda ad avere effettiva esecuzione, il rapporto di lavoro si considera costituito automaticamente fra committente e lavoratore ingaggiato dal fornitore interposto (quinto comma).

Anche l'affidamento ad altra impresa di una parte del processo produttivo proprio dell'impresa principale, mediante il contratto di appalto, è visto con sospetto (61); ma, non essendo proponibile un divieto generale del contratto di appalto, il legislatore si limita a stabilire la regola per cui, quando l'attività appaltata si collochi all'interno dell'azienda principale, ai dipendenti dell'appaltatore deve essere assicurato sotto ogni aspetto uno standard di trattamento non inferiore rispetto a quello dei dipendenti del committente; e quest'ultimo è corresponsabile in solido con l'appaltatore

sia per il debito retributivo, sia per quello contributivo previdenziale (art. 3: §§ 148-153).

Dall'applicazione di quest'ultima regola vengono infine esclusi alcuni casi tassativamente elencati, sul presupposto che in questi casi la particolare natura specialistica dell'attività appaltata o il carattere occasionale o straordinario dell'appalto (istallazione di impianti, manutenzione straordinaria, opere in muratura, successione di fasi specialistiche nell'ambito del processo costruttivo di uno stesso manufatto, servizi di trasporto) oppure il fatto che il servizio sia svolto da un imprenditore operante contemporaneamente per una pluralità di committenti, consentano di escludere che con l'appalto il committente persegua una pura e semplice segmentazione del processo produttivo della propria impresa (art. 5).

123. *L'uso degli artt. 3 e 5 per temperare il rigore del divieto generale posto dall'art. 1.* — Il legislatore opta dunque per una soluzione più severa — almeno nella sua formulazione testuale — sia rispetto alla costruzione dottrinale coeva, che teorizza il divieto della sola interposizione fraudolenta, sia rispetto ai progetti di legge originari, presentati dai rappresentanti parlamentari delle organizzazioni sindacali, nei quali il divieto era limitato alle sole prestazioni lavorative inerenti al processo produttivo normale dell'impresa. Tuttavia i problemi posti dal relatore al Senato in riferimento ad alcuni specifici servizi, che rischierebbero di essere travolti dal divieto generale così formulato (62), non vengono ignorati: per evitare questo rischio si decide di menzionare esplicitamente nell'art. 3, come possibile oggetto di appalto legittimo, quei lavori di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, che nella proposta di legge presentata originariamente dai parlamentari della Cgil erano espressamente ricompresi nel divieto generale di interposizione (63); vi si aggiungono i lavori di facchinaggio (di cui poi in seconda lettura verrà ripetuta la menzione nell'art. 5 con l'aggiunta della lettera *g*, per sottrarli altresì alla disciplina degli appalti interni di cui all'art. 3 quando le imprese che li svolgono impieghino « personale dipendente presso più aziende contemporaneamente »); allo stesso scopo vengono inoltre menzionate nell'art. 3, con l'aggiunta del secondo comma, « le attività di esazione, installazione e lettura di contatori, manutenzione di reti di distribuzione e di trasporto, allacciamenti, costruzione di colonne montanti, impianti di apparecchi, reti a bassa tensione e attività simili ». Analogamente si procede, ancora alla Camera e presumibilmente con lo stesso intento (64), in riferimento alle attività di « installazione o montaggio di impianti e macchinari » con l'aggiunta all'art. 5 della lettera *b*; in riferimento ai « lavori di manutenzione straordinaria » con l'aggiunta della lettera *c*; in riferimento alle attività svolgentisi in fasi successive, che richiedano « l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa » con l'aggiunta della lettera *e*; infine il Senato aggiunge all'art. 5 una lettera *h* per sottrarre al divieto generale i contratti di gestione dei posti telefonici pubblici (nei quali, essendo all'epoca l'impianto fornito integralmente dall'azienda telefonica di Stato, dovrebbe altrimenti riconoscersi senz'altro l'interposizione vietata, a norma del terzo comma dell'art. 1: v. § 126) (65).

Questa operazione di « salvataggio », mediante la menzione negli artt. 3 e 5, di singole attività che rischierebbero altrimenti di essere colpite dal divieto non avviene in modo politicamente indolore: nei lavori parlamentari vi sono numerose tracce del dibattito in proposito (66), a tratti aspro (67), che mostrano come all'intendimento degli estensori di questi emendamenti agli artt. 3 e 5 si contrapponga quello di chi vorrebbe difendere il divieto nella sua assolutezza. Il compromesso viene raggiunto con l'aggiunta nell'art. 3 di un inciso tendente a far salva la linea di confine teorica fra interposizione vietata e appalto legittimo: si mantengono gli emendamenti agli artt. 3 e 5 contenenti la menzione delle singole fattispecie particolari di cui si è detto, ma si ribadisce esplicitamente la regola astratta secondo cui il contratto di appalto, per essere legittimo, deve avere per oggetto una attività svolta « con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore » (art. 3, 1° c.). Come sovente accade, anche in questo caso lo scontro tra le forze politiche in Parlamento si risolve con una formulazione ambigua della norma, che consente a ciascuna parte di presentare ai propri elettori un esito coerente con le loro preferenze, ma pone in realtà non facili problemi di interpretazione e applicazione pratica della norma stessa (68) (e che la questione resti aperta è dimostrato dal fatto che nei primi anni '70 verrà presentata una nuova proposta di legge tendente, tra l'altro, a ricomprendere esplicitamente le attività di pulizia, facchinaggio e manutenzione ordinaria degli impianti nella nozione di interposizione vietata) (69).

In relazione a tutte le figure menzionate nell'art. 3 e nell'art. 5, beninteso, è possibile distinguere in linea teorica il caso in cui oggetto del contratto è un *opus* ben individuato (lo stabilimento pulito, l'intervento di manutenzione compiuto a regola d'arte, l'impianto perfettamente montato, ecc.), che deve essere eseguito dal prestatore con organizzazione propria e gestita a proprio rischio, dal caso in cui oggetto del contratto è soltanto la fornitura della prestazione di manodopera (torneremo sul punto più ampiamente nel § 132) (70). Sta di fatto, però, che l'aggiunta progressiva, nel corso dell'elaborazione del testo legislativo, di nuove attività agli elenchi contenuti nei due articoli nasce dall'esigenza pratica, di cui la maggioranza parlamentare ritiene di doversi fare carico, di salvare quelle attività dal divieto, nonostante che esse si presentino di fatto per lo più come forme di mera fornitura di manodopera. Questo è detto esplicitamente in riferimento alle attività di pulizia e di facchinaggio (71); ma è presumibilmente identico il motivo della menzione nel secondo comma dell'art. 3 delle attività di « esazione » e di quelle di « lettura di contatori », dove la prestazione oggetto del contratto appare costituita essenzialmente da una attività lavorativa. Lo stesso può dirsi degli « appalti » per l'installazione o montaggio di impianti e macchinari: anche qui l'oggetto dell'« appalto » è quasi sempre essenzialmente una prestazione di sola manodopera qualificata o specializzata, riducendosi la strumentazione necessaria al cacciavite, al martello o alla chiave inglese, ed essendo solitamente la retribuzione strettamente correlata all'estensione temporale del lavoro prestato; lo stesso può dirsi degli « appalti » relativi ad attività produttive che « richiedano in più fasi successive di lavorazione l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa », dove la caratterizzazione sostanziale dell'oggetto del contratto come prestazione di manodopera qualificata o specializzata è quasi esplicita. Il fenomeno che il legislatore ha in mente quando menziona

quest'ultima fattispecie è soprattutto quello della segmentazione del processo produttivo nel settore edilizio: alla fine degli anni '50 le tecniche più moderne già richiedono manodopera qualificata o specializzata differente per ciascuna delle fasi di costruzione dell'edificio, con la conseguenza che, non potendosi evidentemente tenere inattivi gli operai necessari per una fase della costruzione, nel tempo necessario per il completamento delle fasi precedenti, l'impresa appaltatrice principale — *general contractor* — si avvale, per ciascuna fase, del personale fornito da imprese subappaltatrici, le quali operano senza fornire né i materiali, né la parte più consistente degli impianti e strumenti di lavoro, quali gru, ponteggi, betoniere e altre strutture necessarie per il funzionamento del cantiere; nell'economia del contratto di subappalto il peso di gran lunga prevalente, quando non esclusivo, è dunque quello della fornitura e gestione della manodopera; e anche qui è diffusissima la prassi di determinare il compenso per l'impresa subappaltatrice in stretta correlazione con il numero delle ore o delle giornate di lavoro prestate. Ciò che viene qui effettivamente promesso e « prestato » dal subappaltatore non è, per lo più, una vera organizzazione imprenditoriale, ma è proprio la « manodopera specializzata », non per caso esplicitamente menzionata nella lettera e dell'art. 5. Nel testo legislativo si esprimono dunque due intendimenti fra loro contrastanti: quello di affermare l'assolutezza del divieto di interposizione e quello di limitare l'applicazione del divieto stesso. Vedremo a suo luogo (§§ 132-134) come la lettura rigorosa della legge in chiave sistematica impedisca di ravvisare nelle fattispecie elencate negli artt. 3 e 5 altrettante eccezioni al divieto di interposizione; ma come tuttavia la menzione di tali fattispecie fra i casi di appalto legittimo fornisca un fondamento positivo a una nozione molto ampia del contratto di appalto, con corrispondente riduzione di quella dell'interposizione vietata.

124. *L'interpretazione del divieto di cui all'art. 1 come divieto della sola interposizione fraudolenta.* — L'opzione testuale compiuta dal legislatore nell'art. 1 viene interpretata riduttivamente dall'Autore che con il proprio studio sull'interposizione fraudolenta aveva preparato il terreno per la nuova legge (§ 120), il quale, all'indomani della sua emanazione, ne dà una lettura strettamente legata a quella sua prima costruzione teorica (72): « l'interpretazione della legge », egli sostiene, « non può essere condotta se non alla luce del principio informatore che scaturisce dall'art. 1344 cod. civ.; ciò equivale a dire che i criteri di individuazione delle ipotesi illecite di intermediazione e interposizione nella prestazione di lavoro sono ancora quelle che presiedono all'accertamento della frode alla legge » (73); e poiché la frode si configura soltanto quando il committente si proponga di ottenere, attraverso l'intermediario, « prestazioni di lavoro direttamente inerenti al ciclo produttivo della propria impresa, riversando [sullo stesso interposto] gli obblighi e le responsabilità connesse a questa utilizzazione di lavoro », dovrebbe dedursene che « sia da considerare illecita l'interposizione solo quando, in realtà, l'imprenditore utilizza prestazioni di lavoro inerenti al ciclo produttivo della propria impresa » (74).

Così interpretato il divieto generale posto dall'art. 1, ne risulta superato ogni problema di suo coordinamento con le previsioni specifiche contenute negli artt. 3 e 5 di cui si è detto nel paragrafo precedente (75): le singole figure ivi menzionate, infatti, siano esse qualificabili in termini di appalto o in termini di somministrazione di manodopera, risultano comunque escluse dal divieto in quanto estranee al ciclo produttivo dell'impresa committente e quindi immuni dal sospetto di frode. Senonché — come vedremo meglio nel paragrafo seguente — non è questa l'interpretazione dell'art. 1 che ha prevalso: dottrina e giurisprudenza prevalenti si sono subito orientate, sulla base dell'interpretazione letterale della norma, nel senso dell'individuazione di un divieto generale e assoluto, non limitato alle sole prestazioni inerenti al processo produttivo normale dell'impresa committente. Questa, del resto, è la scelta che dai lavori preparatori risulta essere stata consapevolmente compiuta dal legislatore, in considerazione dell'indeterminatezza della nozione di processo produttivo normale dell'impresa e del rischio che il riferimento a quella nozione potesse compromettere l'effettività del divieto generale (§ 122). A distanza di tempo, tuttavia, la maggiore estensione del divieto che ne consegue è destinata a diventare a sua volta fonte di problemi in sede di applicazione della norma e quindi di rischi per la sua effettività: il sistema reggerà secondo gli intendimenti originari fino a quando la struttura del tessuto produttivo rimarrà simile a quella considerata dal legislatore del 1960; entrerà invece in crisi quando i processi di segmentazione e ricomposizione del processo produttivo incominceranno a dare vita a nuove attività di servizio all'impresa e a nuove forme di divisione e organizzazione del lavoro.

Ma è ancora presto per parlare di questi sviluppi relativamente recenti. Ritorniamo invece alla costruzione geometricamente perfetta elaborata dalla dottrina nel corso del primo decennio successivo all'entrata in vigore della legge e tuttora recepita nei nostri manuali di diritto del lavoro.

125. *Gli elementi essenziali della fattispecie interpositoria vietata, secondo la costruzione classica.* — In contrasto con l'autorevole — ma nettamente minoritaria — dottrina di cui si è detto nel paragrafo precedente, i primi commentatori quasi unanimemente sottolineano come il legislatore abbia inteso svincolare il divieto generale di interposizione dall'accertamento della frode: anche perché si ritiene che la mera interposizione nel rapporto di lavoro non possa avere alcuna funzione economicamente apprezzabile, se non quella di assicurare all'interposto una rendita parassitaria, o quella di consentire all'interponente di eludere norme legislative o collettive poste a tutela del lavoratore (76). L'elemento essenziale della fattispecie vietata dalla legge del 1960 non sta, dunque, nell'intenzione fraudolenta o elusiva del committente (77); non è essenziale, ai fini dell'applicazione del divieto, che l'interponente, cioè l'utilizzatore effettivo delle prestazioni lavorative, abbia inteso eludere obblighi retributivi o contributivi, e neppure che il trattamento riservato ai lavoratori interessati sia obiettivamente inferiore rispetto a quello a cui essi avrebbero avuto diritto se assunti direttamente alle dipendenze dello stesso utilizzatore: il reato ben può configurarsi anche quando il costo orario del lavoro non sia in alcun modo ridotto per effetto dell'interposizione (78).

Parimenti irrilevante è il fatto che l'attività affidata all'interposto sia strettamente connessa con il processo produttivo

proprio dell'impresa del committente, oppure debba considerarsi rispetto ad esso complementare, sussidiaria, od occasionale (79).

Secondo la lettura della legge che ha prevalso fin dai primi anni non è di per sé rilevante neppure il fatto che il soggetto interposto eserciti o no il potere direttivo sul lavoratore: che cioè oggetto del contratto fra interponente e interposto sia la mera somministrazione di manodopera o la somministrazione e direzione di manodopera: la prestazione dedotta nel contratto fra interponente e interposto non acquista infatti carattere di genuina imprenditorialità — e il contratto stesso non acquista conseguentemente natura di appalto genuino — per il solo fatto che l'attività lavorativa fornita sia diretta dall'interposto, in difetto di una consistente organizzazione aziendale di cui egli sia « autore » effettivo e titolare originario (80) (ad esempio, non basta, per escludere l'illecito, che l'imprenditore edile affidi al capocottimo — o l'agrario al « caporale » — il compito di dirigere gli operai da questo stesso assunti e retribuiti). Una parte della dottrina ha proposto a questo riguardo la distinzione fra interposizione *reale* (nella quale l'interposto « riceve effettivamente » e gestisce la prestazione lavorativa acquisita mediante il contratto stipulato con il lavoratore) e interposizione *fittizia* (nella quale l'interposto resta invece estraneo alla gestione del lavoro): entrambe illecite, ma solo la prima configurante la fattispecie vietata dalla legge del 1960, mentre nella seconda si configurerebbe la fattispecie della mediazione fra domanda e offerta di lavoro vietata dalla legge sul collocamento del 1949 (81); ma se, come si è visto sopra (§ 120), la destinazione della prestazione di lavoro a favore di un terzo non è di per sé astrattamente incompatibile con il tipo legale del lavoro subordinato di cui all'art. 2094, appare logico ritenere che la fattispecie vietata dalla legge del 1960 si configuri in tutti i casi in cui il soggetto interposto stipuli il contratto di somministrazione con l'imprenditore e il contratto di lavoro con il lavoratore, indipendentemente dal fatto che il primo « riceva » o no la prestazione lavorativa, esercitando su di essa un potere direttivo.

Non basta, inoltre, per escludere l'illecito, che il fornitore abbia la qualifica di imprenditore, ma occorre anche che il suo essere imprenditore sia essenziale per l'esecuzione del contratto, ovvero che la sua prestazione consista in un'opera o servizio di natura imprenditoriale, realizzata cioè mediante un'organizzazione di mezzi e/o persone gestita a proprio rischio, e non in una somma di prestazioni di lavoro, quand'anche a queste si aggiunga quella direttiva o di controllo svolta da lui stesso (82).

Ne rileva, per il configurarsi della fattispecie vietata, il tipo di contratto stipulato fra utilizzatore e fornitore, dal momento che il rapporto interpositorio è vietato sia che si svolga in forma di appalto, sia che si svolga « in qualsiasi altra forma » (art. 1, 1° comma), e la legge nega espressamente qualsiasi rilievo alla qualità dell'interposto (2° comma). Il rapporto può assumere — come per lo più assume — la forma del (falso) appalto di servizi, preceduto o no da una cessione di strumenti e attrezzature da parte dell'interponente mediante contratto di vendita, locazione o comodato (3° comma: § 126); ma può assumere anche forme diverse, quale ad esempio quella del contratto di lavoro fra interponente e interposto, sia esso subordinato (caso già contemplato dall'art. 2127 c.c.: v. § 119) o autonomo, a cottimo o « in economia » (2° comma), oppure quella dell'agenzia (83), o della somministrazione di semilavorati di fatto prodotti con macchinari e *know how* dell'acquirente (84): il divieto e le sanzioni connesse si applicano in tutti i casi in cui, al di là della forma e del *nomen* utilizzato, la prestazione oggetto del contratto si configuri sostanzialmente come mera fornitura di manodopera, essendo priva del carattere di genuina imprenditorialità (85).

Parimenti irrilevante, per il configurarsi della fattispecie vietata, è il tipo di contratto utilizzato dall'interposto per assicurarsi la prestazione lavorativa subordinata (86): così, il divieto si applica — quando non si tratti di appalto genuino o di altra genuina attività imprenditoriale — anche nel caso in cui si tratti di lavoro subordinato a domicilio (per il quale il divieto di interposizione è ora ribadito dall'art. 2, 4° c., della legge n. 877/1973), o di lavoro svolto dal socio come conferimento societario (87), e nel caso in cui il ruolo dell'interposto sia svolto da una cooperativa di produzione e lavoro e la prestazione lavorativa sia svolta da soci-lavoratori della cooperativa stessa (88). Deve comunque trattarsi di prestazione di lavoro subordinato, cioè pienamente assoggettata al potere direttivo dello stesso interposto, o dell'utilizzatore della prestazione: è infatti opinione pressoché unanime — fondata non soltanto sulla tradizionale limitazione del campo di applicazione del diritto del lavoro all'area del lavoro subordinato, ma anche sui termini utilizzati dal legislatore nell'art. 1 (comma 1°: « manodopera assunta e retribuita »; comma 2°: « prestatori di opere assunti e retribuiti »; comma 5° « alle dipendenze dell'imprenditore ») — che il divieto di interposizione non si applichi nell'area del lavoro autonomo (89). È pacifica, viceversa, l'applicabilità del divieto stesso indipendentemente dall'inquadramento professionale del lavoratore coinvolto nel rapporto interpositorio, non potendosi interpretare restrittivamente il termine « manodopera » usato dal legislatore nella formulazione della norma (90).

La dottrina del primo decennio non ha affrontato la questione se la violazione del divieto di interposizione debba necessariamente configurarsi nel momento in cui si costituisce il rapporto fra interposto e lavoratore, o possa configurarsi anche in un momento successivo. In proposito è parsa prevalere in giurisprudenza in un primo tempo la tesi della necessaria coincidenza (91), poi superata dall'orientamento contrario. Prevale dunque oggi nettamente la tesi secondo cui è irrilevante il momento in cui è iniziato il rapporto interpositorio, rispetto al momento iniziale del contratto fra il lavoratore e l'interposto: essi possono coincidere, come accade nella maggior parte dei casi, ma può anche accadere che il rapporto interpositorio abbia inizio in un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto di lavoro, senza che per questo possano escludersene l'illegittimità e l'assoggettabilità alle sanzioni comminate dalla legge (92).

Cio che essenzialmente rileva, secondo la costruzione teorica elaborata dalla dottrina del primo decennio, seguita dalla dottrina tutt'oggi dominante, è invece soltanto il fatto che la prestazione oggetto del contratto fra committente e fornitore consista esclusivamente o prevalentemente in una prestazione lavorativa, svolta senza necessità di una

organizzazione aziendale di cui il fornitore sia titolare e che egli gestisca a proprio rischio. La questione cruciale, in linea teorica, è dunque sempre questa: se il fornitore dell'opera o del servizio operi o no, nel rapporto con il committente, come vero imprenditore; dalla risposta positiva o negativa su questo punto, e soltanto da essa, dipende la configurabilità del contratto fra i due soggetti come appalto legittimo, o come rapporto interpositorio vietato.

126. *La fornitura di macchine e attrezzature da parte del committente come indice di difetto di imprenditorialità della prestazione dell'interposto (art. 1, c. 3°). Distinzione di tale fattispecie da quella del trasferimento di ramo d'azienda dal committente al fornitore dell'opera o servizio.* — Il legislatore ha voluto impedire che la natura imprenditoriale della prestazione dell'interposto possa essere simulata mediante l'artificio consistente nel farlo apparire come autore e titolare di una organizzazione produttiva predisposta in realtà dall'imprenditore interponente. A tal fine il terzo comma dell'art. 1 (ricalcato, come il primo comma, sull'art. 1 della prima proposta di legge del 1955) (93) indica come situazione tipica di difetto di imprenditorialità della prestazione, con conseguente sua qualificazione in termini di mera somministrazione di manodopera, il caso in cui il soggetto interposto « impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante »; dove l'espressione « capitali, macchine ed attrezzature » sembra doversi leggere come endiadi: in particolare, il termine « capitali » non deve essere inteso soltanto nel senso del denaro, ma anche come termine riassuntivo di tutti i fattori produttivi che l'imprenditore utilizza combinandoli utilmente con la forza-lavoro (94). Non va invece confusa con la fornitura degli strumenti di lavoro la fornitura delle materie prime, che è suscettibile di essere liberamente posta dal contratto di appalto a carico del committente (art. 1658 c.c.) senza che possa trarsene alcuna conseguenza ai fini dell'accertamento dell'interposizione illecita (95).

In riferimento alla norma testè citata si pone il problema se la fattispecie ivi delineata comprenda esclusivamente il caso in cui macchine, attrezzature, strutture immobili, necessarie per lo svolgimento del lavoro sono cedute dal committente (96) all'interposto solo temporaneamente (ad es. in uso, in comodato o in locazione), oppure anche il caso in cui esse siano state *vendute* dal primo al secondo, venendo pertanto quest'ultimo ad averne non soltanto l'« uso », ma la piena proprietà. Il tenore testuale della norma, nella quale è espressamente menzionato il pagamento di un corrispettivo « per il loro uso », sembra fornire argomento a sostegno della prima soluzione; e in questo senso depongono anche i lavori preparatori della legge (97). Questo non significa, tuttavia, che possa escludersi senz'altro l'interposizione vietata nel caso in cui i mezzi in questione siano stati oggetto di un contratto di compravendita fra committente e appaltatore: basti, per convincersene, considerare il caso in cui il committente venda macchine o attrezzature a prezzo irrisorio allo stesso soggetto con il quale stipula contestualmente il contratto di appalto, in considerazione dei consistenti risparmi di costo del lavoro che il rapporto interpositorio consentirà in futuro; ma nel caso del trasferimento di proprietà di macchine e attrezzature l'accertamento dell'interposizione vietata non sembra potersi fondare automaticamente sul terzo comma dell'art. 1.

Altro problema di non facile soluzione sul piano teorico è se questa norma debba intendersi come fonte di una presunzione legale *ex art. 2728 c.c.*, e in particolare di una presunzione assoluta (98), o come norma sostanzialmente tendente a qualificare direttamente una fattispecie interpositoria particolare (99), oppure debba invece ritenersi che essa assolva soltanto la funzione di indicare una situazione tipica di assenza di imprenditorialità reale nella prestazione dell'interposto, lasciando spazio al giudice per l'accertamento contrario senza vincoli rigidi circa l'onere della prova in proposito (100). Di fatto, però, due acquisizioni pacifiche circa la delimitazione della fattispecie indicata nel terzo comma dell'art. 1 riducono di molto — se non azzerano del tutto — il rilievo pratico della questione.

Per un verso, è pacifica in dottrina e in giurisprudenza l'esclusione dalla fattispecie in esame del caso, assai diffuso nella prassi dei traffici, in cui un imprenditore ceda ad altro soggetto (sovente una società controllata) la proprietà o l'uso di un ramo della propria azienda, collegandosi poi con lo stesso soggetto mediante un contratto di appalto, di somministrazione di semilavorati, di distribuzione commerciale, di agenzia o di altro genere: il concetto stesso di ramo d'azienda implica infatti che il compendio di beni ceduti configuri un'organizzazione di mezzi idonea a consentire l'esercizio di una attività di produzione di beni o servizi di natura genuinamente imprenditoriale.

Per altro verso, è ugualmente pacifica in dottrina e in giurisprudenza l'esclusione dalla fattispecie indicata nel terzo comma dell'art. 1 della legge del 1960 del caso in cui i mezzi forniti dal committente all'interposto abbiano un peso marginale nell'economia complessiva del rapporto, rispetto all'organizzazione aziendale necessaria per l'esecuzione della prestazione, della quale l'interposto sia titolare (101).

Stanti questi due limiti — per così dire « superiore » e « inferiore » — della fattispecie vietata, il problema dell'applicazione del terzo comma dell'art. 1 consiste in pratica nell'accertamento, in primo luogo, del peso non marginale dei mezzi ceduti dal committente (in uso o in proprietà) rispetto all'organizzazione necessaria per l'esecuzione della prestazione; in secondo luogo, quando questo dato sia accertato, nella qualificazione del compendio dei beni ceduti come (ramo d')azienda *ex art. 2112 c.c.*, oppure invece come mero insieme di macchine e/o attrezzature: in quest'ultimo caso, e solo in questo, deve ritenersi sussistente l'interposizione vietata (102). E poiché il concetto di « azienda » *ex art. 2112* rimanda al concetto di impresa, nel senso che dovunque l'oggetto della cessione sia un'organizzazione di mezzi dotata di una sua « individualità produttiva » e sufficiente per lo svolgimento di un'attività di impresa, la si configura un trasferimento d'azienda, la fattispecie indicata nel 3° comma dell'art. 1 ne risulta essere nient'altro che un caso particolare della fattispecie generale vietata dal 1° comma, connotata — in contrapposizione alla fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. — dal difetto del carattere di imprenditorialità del soggetto interposto. Il problema di interpretazione e applicazione del 3° comma rifluisce nel più generale problema di individuazione di quella fattispecie generale.

Donde una conferma della tesi — condivisa peraltro soltanto da una parte della dottrina — della sostanziale unitarietà del divieto previsto nei primi tre commi dell'art. 1 (103).

127. *La violazione del divieto di interposizione e le due sanzioni distinte che ne conseguono sul piano civile.* — Alla violazione del divieto del contratto di somministrazione di manodopera consegue innanzitutto, logicamente, la nullità del contratto stesso; nullità che può determinarsi immediatamente, quando cioè che è stato negoziato fra l'imprenditore e l'interposto sia fin dall'inizio la mera fornitura di forza-lavoro, oppure in un secondo momento, quando da un legittimo appalto si passi, anche solo tacitamente, alla mera somministrazione di manodopera (non occorre dunque fare ricorso, a questo proposito, alla controversa figura della « nullità successiva » (104), ben potendo pensarsi che la nullità colpisca non il contratto originario, ma un contratto nuovo fra le stesse parti).

Il quinto comma dell'art. 1 prevede inoltre che « i prestatori, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore *che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni* ». La sanzione della costituzione automatica del rapporto fra interponente e lavoratore si distingue nettamente rispetto agli effetti che l'art. 2126 c.c. riconnette alla prestazione di fatto in violazione della legge: in quest'ultimo caso l'ordinamento si limita ad assicurare al lavoratore il corrispettivo per una prestazione già svolta, al di fuori di un contratto di lavoro valido, configurandosi in tal modo un rapporto obbligatorio di natura extra-contrattuale, fondato esclusivamente sulla legge, e non suscettibile di durata futura; la legge del 1960, invece, assicura al lavoratore un perfezionamento e potenziamento degli effetti di un rapporto di lavoro di fonte contrattuale — sia pure con surrogazione di un nuovo soggetto al datore di lavoro originario — e la sua prosecuzione in futuro (105).

La costituzione automatica del rapporto di lavoro fra lavoratore e imprenditore è subordinata al verificarsi di una fattispecie complessa a formazione successiva, i cui tre elementi costitutivi sono limpidamente individuati dalla dottrina del primo decennio (106):

- che fra imprenditore e interposto sia stato stipulato un contratto avente per oggetto soltanto una somministrazione di lavoro e non una attività di natura imprenditoriale;
- che il lavoratore sia stato ingaggiato dall'interposto per l'esecuzione di quel contratto;
- infine che l'imprenditore « abbia utilizzato effettivamente » la prestazione del lavoratore, cioè che l'attività lavorativa abbia avuto materialmente inizio.

Si osservi come, in questa costruzione, l'« utilizzazione effettiva » non costituisca elemento *necessario* della fattispecie vietata (contratto di somministrazione di manodopera), bensì soltanto condizione perché alla fattispecie vietata si applichi il secondo effetto sanzionatorio, previsto nell'ultima parte della norma (107).

Per altro verso, l'« utilizzazione effettiva » non può assumere neppure il rilievo di elemento *sufficiente* per il configurarsi della fattispecie vietata: non basta, infatti, che l'imprenditore committente si avvalga effettivamente della prestazione lavorativa, ma occorre che il soggetto interposto, che ha ingaggiato il lavoratore, non operi effettivamente quale imprenditore; circostanza, quest'ultima, che non può certo desumersi dalla pura e semplice osservazione del fatto materiale — di per sé del tutto ambiguo — del committente che trae effettivamente utilità dalla (ovvero si avvale della) prestazione del lavoratore.

La qualificabilità dell'utilizzazione del lavoratore come « utilizzazione effettiva *diretta* » da parte dell'imprenditore committente dipende essenzialmente dalla qualificazione della prestazione dell'interposto come prestazione di natura non imprenditoriale. Basti, per convincersene, considerare il caso del tecnico che svolge un lavoro di progettazione, manutenzione o collaudo su macchine o prodotti appartenenti a una determinata azienda: vi è, con tutta evidenza, « utilizzazione effettiva » della prestazione lavorativa da parte del titolare dell'azienda sia nel caso in cui il tecnico sia stato da lui assunto direttamente, sia nel caso in cui il tecnico sia stato assunto da un terzo che opera nel rapporto come mero interposto, sia nel caso in cui egli sia stato assunto da un terzo che opera nel rapporto come imprenditore e quindi genuino appaltatore del servizio; e la mera osservazione del rapporto di fatto che si svolge fra il tecnico e il titolare dell'azienda nella quale egli interviene non consente di distinguere fra le tre ipotesi. Ciò che consente di distinguere fra di esse non è l'« utilizzazione effettiva », che ricorre di per sé in tutte e tre le ipotesi, ma è soltanto l'accertamento della natura del rapporto intercorrente fra il titolare dell'azienda e il terzo fornitore della prestazione.

128. *L'inversione logica compiuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina negli anni di mezzo.* — Questa costruzione, assai semplice e chiara nelle sue linee essenziali, messa a fuoco dalla dottrina nel primo decennio, nel corso del decennio successivo subisce una curiosa inversione ad opera della giurisprudenza, probabilmente mossa dall'interesse pratico di contrastare più efficacemente il fenomeno del frazionamento del processo produttivo: accade che invece di mantenere l'ordine logico di cui si è detto — il quale impone di procedere preliminarmente all'accertamento della natura imprenditoriale o no dell'attività del fornitore del servizio, per dedurne, in caso di esito negativo dell'accertamento, l'« utilizzazione effettiva diretta » della prestazione da parte del committente, i giudici rovescino il ragionamento, procedendo preliminarmente all'accertamento circa l'« inserimento » del lavoratore nell'organizzazione aziendale del committente, cioè l'« utilizzazione effettiva diretta » della prestazione da parte sua, per dedurne quindi, con il carattere non imprenditoriale dell'attività del fornitore, l'interposizione vietata.

A questa inversione logica fornisce un rilevante supporto teorico, verso la fine degli anni '70, una costruzione della figura dell'interposizione ispirata alla concezione acontrattualistica del rapporto di lavoro, in quel periodo nettamente dominante in dottrina.

Abbiamo visto (§ 120) come la legge del 1960 fosse stata preceduta da una elaborazione dottrinale tendente a escludere dal novero dei possibili rapporti di lavoro subordinato, sulla base della sola definizione del tipo legale contenuta nell'art. 2094 c.c., il rapporto fra il lavoratore e il soggetto interposto, avente per oggetto una prestazione utilizzata da

un terzo soggetto. Quel tentativo viene ripreso e perfezionato vent'anni dopo, sulla base di una costruzione in larga parte diversa (108). L'Autore di questa nuova costruzione non ravvisa negli artt. 2094 e 2127 c.c. un dato positivo capace di dare fondamento a un divieto generale del contratto di somministrazione di forza-lavoro: in essi può infatti individuarsi soltanto la manifestazione di un disfavore dell'ordinamento nei confronti dell'interposizione, ma non ancora una univoca definizione del rapporto di lavoro subordinato incompatibile con l'interposizione. L'esclusione — egli afferma — è stata invece resa possibile dall'art. 1 della legge n. 1369/1960, la cui funzione nel sistema sarebbe proprio quella di completare e chiarire la definizione del rapporto di lavoro subordinato (109), sgombrando il campo dalle interpretazioni dell'art. 2094 meno coerenti con l'impianto complessivo dell'ordinamento lavoristico (110) e in particolare dalle costruzioni che attribuiscono peso alla volontà negoziale delle parti ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro (111). Viene attribuito rilievo decisivo, in questo ordine di idee, alla previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 1 della legge del 1960, che sancisce la costituzione del rapporto di lavoro fra lavoratore subordinato e « utilizzatore effettivo » delle prestazioni, come conseguenza automatica di tale utilizzazione (§ 127): il quinto comma dell'art. 1 costituirebbe il significativo punto di emersione di una più generale opzione del legislatore per una nozione acontrattualistica del rapporto di lavoro. Con l'entrata in vigore della legge n. 1369/1960 si sarebbe così chiarito definitivamente che, dovunque di fatto si svolga una prestazione lavorativa inserita nell'organizzazione dell'imprenditore, là vi è un rapporto di lavoro subordinato, non dovendo attribuirsi soverchio valore al contenuto del contratto — inteso come incontro di volontà negoziali — stipulato fra le parti e, in particolare, all'eventuale coinvolgimento contrattuale di una terza persona fra il prestatore e l'imprenditore.

In altre parole, il legislatore del 1960 avrebbe perseguito il proprio obiettivo non « vietando » l'accordo interpositorio, ma optando per una definizione del contratto di lavoro subordinato che prescinde totalmente dalla volontà negoziale dei suoi titolari e facendo sorgere il relativo rapporto immediatamente fra il prestatore e l'utilizzatore per il solo fatto dello svolgimento della prestazione da parte del primo e la sua utilizzazione effettiva da parte del secondo; col risultato di privare radicalmente l'ipotetico accordo interpositorio di qualsiasi effetto. L'accertamento dell'interposizione finirebbe così per coincidere con l'accertamento della subordinazione (112); e, una volta accertata la subordinazione, sarebbe accertato anche il rapporto direttamente intercorrente fra il prestatore e chi dirige e di fatto utilizza la prestazione.

In questo ordine di idee, individuandosi cioè la fattispecie del lavoro subordinato soltanto nell'esecuzione della prestazione lavorativa e nel suo « inserimento di fatto » nell'organizzazione di chi se ne avvale, il fenomeno interpositorio assume rilievo giuridico non come simulazione negoziale *contra legem*, o comunque come contratto vietato e quindi nullo, ma soltanto come mero comportamento fattuale delle parti che ne sono protagoniste (113). Ed è sulla base di questa costruzione che può essere individuata come elemento necessario e sufficiente per il configurarsi della fattispecie interpositoria vietata l'« utilizzazione effettiva » della prestazione lavorativa da parte del committente (114).

Fatto sta che dalla fine degli anni '70 in poi la dottrina nettamente prevalente si orienta — esplicitamente o implicitamente, richiamandosi o no a quella costruzione — nel senso di considerare l'« utilizzazione effettiva » della prestazione lavorativa da parte del committente (ovvero — ma si tratta esattamente dello stesso concetto espresso in termini diversi — la « dissociazione fra titolarità formale del rapporto di lavoro e utilizzazione effettiva della prestazione ») come sinonimo del difetto di natura imprenditoriale della prestazione dell'interposto; cosicché l'accertamento positivo in proposito può bastare per l'individuazione dell'interposizione vietata (115).

129. La crisi della costruzione acontrattualistica del divieto di interposizione come conseguenza dell'indeterminatezza del concetto di « inserimento » della prestazione lavorativa nell'organizzazione dell'utilizzatore effettivo. — Il fondamento positivo della costruzione teste esposta è molto esile: quel quinto comma dell'art. 1 della legge del 1960 — cui in realtà, come si è visto (§ 127), il legislatore ha attribuito soltanto il ruolo marginale di norma sanzionatoria, rimedio di natura eccezionale contro una patologia del rapporto — assurge qui a manifestazione di un principio generale, fondamento della definizione stessa del rapporto. Al frammento normativo del 1960 viene attribuito il ruolo di chiave di volta di una concezione nuova, che prescinde dalla definizione del lavoro subordinato contenuta nell'art. 2094 c.c., sostanzialmente obliterandola; all'elemento, ivi indicato come essenziale, dell'« obbligarci » a svolgere una prestazione assoggettata al potere direttivo altrui, cioè della promessa negoziale di obbedienza, si sostituisce un elemento essenziale radicalmente diverso: l'« inserimento di fatto » della prestazione nell'organizzazione altrui. La costruzione può reggere, evidentemente, solo se e fino a quando l'elemento fattuale che in essa assume valore decisivo — cioè l'inserimento di fatto della prestazione nell'organizzazione di un imprenditore — conserva una sua identità precisa, corrisponde a un concetto ben definito. Senonché abbiamo visto, nel capitolo precedente (§ 82), quanto il concetto di « inserimento » sia sfuggente e tenda a confondersi con quello di continuità o non occasionalità della prestazione lavorativa. Per un verso l'analisi teorica, per altro verso l'evoluzione delle forme della produzione, hanno progressivamente messo in luce l'indeterminatezza del concetto di « inserimento », privandolo del valore discrezionale che gli si era voluto attribuire: tra le attività lavorative svolte in modo continuativo in favore di un imprenditore è impossibile distinguere quelle che sono « inserite » nell'organizzazione di quest'ultimo e quelle che non lo sono. Donde le difficoltà che hanno indotto la giurisprudenza prevalente tra la fine degli anni '80 e i primi anni '90, in sede di qualificazione del rapporto di lavoro, ad abbandonare la concezione acontrattualistica del rapporto stesso, imperniata su quel concetto, e a rivalutare la volontà contrattuale effettiva delle parti: a rivalutare, cioè, l'« obbligarci » alla prestazione eterodiretta, di cui all'art. 2094, come elemento capace di individuare il tipo legale. Una svolta altrettanto netta non si è, però, verificata in materia di criteri di accertamento dell'interposizione vietata,

dove si è assistito e si assiste tuttora a un preoccupante disorientamento della giurisprudenza. Da un lato sopravvive — pur ridotto a dimensioni minoritarie — l'orientamento « rigorista », che si caratterizza per la perdurante applicazione del criterio dell'« utilizzazione effettiva » della prestazione lavorativa, ovvero dell'« inserimento » della prestazione stessa nell'organizzazione del committente: criterio che consente, in pratica, di individuare l'interposizione vietata in tutti i casi di appalto di servizi a carattere continuativo, soprattutto (ma non soltanto) quando il servizio sia svolto fisicamente all'interno dell'azienda del committente (116). La maggior parte dei giudici del lavoro sembra invece reagire alla constatazione dell'inservibilità del criterio dell'« inserimento » professando la necessità dell'accertamento preliminare della natura imprenditoriale dell'attività del fornitore dedotta nel contratto con il committente. Le massime delle sentenze dei giudici del lavoro ribadiscono con frequenza crescente una rinnovata adesione alla costruzione classica del divieto di interposizione; ma se ci si spinge a leggere le motivazioni delle stesse sentenze ci si accorge che assai sovente questa enunciazione di principio si accompagna all'applicazione di criteri che con essa per un verso o per l'altro contrastano. Aporie non dissimili si riscontrano, del resto, in sede dottrinale (117).

130. *Il disorientamento della giurisprudenza nell'ultimo ventennio.* — Di fatto numerosi giudici (così come numerosi ispettori del lavoro) hanno da tempo imboccato la via della decisione del caso concreto secondo buon senso pratico: dove il rapporto tra lavoratore e appaltatore/interposto è costituito in modo formalmente regolare, gli standard retributivi collettivi sono rispettati, i contributi previdenziali sono puntualmente versati, gli oneri amministrativi adempiuti, si accetta la qualificazione del rapporto tra fornitore e committente in termini di appalto senza andare troppo per il sottile e rinunciando a risolvere il problema insolubile se la prestazione lavorativa sia « inserita » nell'azienda del fornitore o in quella del committente (118). Questa opzione, che comporta in sostanza il ritorno alla antica tesi minoritaria secondo cui il divieto di interposizione posto dalla legge del 1960 doveva intendersi limitato alla sola interposizione fraudolenta (119), viene in qualche caso esplicitata nella motivazione della sentenza (120). In altri casi il giudice invece la maschera qualificando — talora a costo di notevoli acrobazie argomentative — in termini di appalto genuino contratti aventi per oggetto, con tutta evidenza, mere prestazioni di manodopera, manuale o intellettuale: sembra un caso di questo genere, ad esempio, quello del contratto — sostanzialmente riconducibile al modello dello *staff leasing* ma qualificato dal giudice come appalto di servizi — col quale l'editrice di un grande quotidiano si procurava la prestazione di numerosi grafici, dipendenti da un'altra impresa, ma operanti quotidianamente e continuativamente nei locali dell'editrice stessa, con orario di lavoro corrispondente a quello dei redattori del giornale e in stretta sinergia con loro (121). La partecipazione effettiva dei soci di cooperativa di lavoro al rischio dell'impresa è considerata sufficiente dal Ministero del lavoro per escludere l'interposizione (122). In una sentenza di Cassazione sembra riproporsi la tesi, sostenuta all'indomani dell'emanazione della legge da un dottrina poi rimasta del tutto minoritaria (123), secondo cui il divieto di interposizione si estenderebbe soltanto alle attività inerenti al processo produttivo specificamente proprio dell'imprenditore committente (124); ma non mancano sentenze di merito in cui, tutt'al contrario, si è ritenuto che l'appartenenza di una funzione al processo produttivo proprio dell'imprenditore committente vieterebbe addirittura di affidarla in appalto a un imprenditore terzo (125). In un altro caso la Corte ha confermato la qualificazione in termini di appalto genuino del contratto di fornitura del servizio di vigilanza a una banca, sul presupposto che l'impresa fornitrice del servizio si sarebbe effettivamente assunta il « rischio circa il risultato » del servizio prestato, ma non ha chiarito in che cosa consistesse precisamente quel rischio (forse che l'impresa di vigilanza garantiva alla committente il fallimento di qualsiasi tentativo di furto o di rapina?) (126). Un'altra ha ritenuto sufficiente per escludere l'interposizione vietata, in un caso di « appalto con scarso apporto di mezzi materiali » da parte del fornitore del servizio, il fatto che quest'ultimo esercitasse il potere direttivo sui lavoratori adibiti al servizio stesso presso l'impresa committente (127). Un'altra ancora ha sostanzialmente disapplicato la presunzione di cui al terzo comma dell'art. 1 in un caso in cui l'impresa principale aveva sollecitato le dimissioni di propri dipendenti ponendo a loro disposizione tutti i mezzi, i finanziamenti e la consulenza professionale necessari per la costituzione di una società, cui era stato poi conferito l'appalto dello stesso servizio al quale essi erano stati adibiti in precedenza (128).

Alla presunzione di cui al terzo comma dell'art. 1 viene sovente tributato omaggio formale nelle motivazioni di sentenze che però poi la disapplicano più o meno drasticamente, ritenendo che macchine, attrezzature e locali posti dal committente a disposizione dell'appaltatore non costituiscano « elemento essenziale » del servizio appaltato; quest'ultimo sembra, però, in tal modo ridursi proprio a una mera prestazione di lavoro, sia pure talora professionalmente qualificata (129).

Negli ultimi anni ha preso a diffondersi un'operazione di *outsourcing* consistente nel trasferimento da parte di un'impresa a un'altra dell'organizzazione materiale necessaria per lo svolgimento delle funzioni amministrative inerenti all'attività della prima, nonché dei contratti di lavoro relativi al personale che vi era in precedenza addetto, con contestuale affidamento in appalto dalla prima alla seconda delle stesse funzioni. I primi due giudici che hanno affrontato un caso di questo genere lo hanno risolto in modo opposto a distanza di pochi giorni l'uno dall'altro: l'uno ravvisando nell'operazione contestata un trasferimento d'azienda (130), l'altro ravvisandovi invece un caso di interposizione vietata (131); ma nessuno dei due ritenendo applicabile la presunzione legale di cui al terzo comma dell'art. 1.

Molto significativo delle difficoltà in cui i giudici del lavoro si dibattono è anche il travagliatissimo caso giudiziario — ancora irrisolto dopo ben cinque gradi di giudizio — nato dal contratto con cui un grande istituto di credito aveva affidato in via continuativa a un'impresa l'esecuzione dei lavori di manutenzione dell'impianto elettrico nei propri immobili: via via che si rendeva necessario sostituire una lampadina, aggiungere una presa elettrica, riparare un

interruttore, o altre esigenze analoghe, un piccolo gruppo di operai dipendenti dalla fornitrice del servizio, muniti soltanto di pinze e cacciavite, erano a disposizione per compiere gli interventi necessari, per i quali utilizzavano anche alcuni attrezzi (in particolare trapano elettrico e scale) messi a disposizione dalla banca committente. Può lasciare perplessi il fatto che nella quinta sentenza relativa a questo caso la Corte di cassazione attribuisca rilievo, tra altri elementi accertati dal giudice di merito, alla circostanza che gli operai ricevessero degli « incarichi » invece che degli « ordini » dall'ufficio tecnico della banca committente; ma il vero argomento forte della motivazione sta nella considerazione secondo cui « l'attività di manutenzione rientra fra quelle ammesse nell'appalto genuino [dall']art. 3 della L. 23 ottobre 1960 n. 1369 » (132) (l'*escamotage* del legislatore del 1960 — § 123 — produce dunque l'effetto voluto!).

Merita un discorso a parte il caso, deciso dalle Sezioni unite all'inizio degli anni '90, della *software house* che « presta » a un'impresa di altro settore i propri programmatori o analisti informatici, i quali svolgono per lunghi periodi (talvolta addirittura a tempo indeterminato) la propria attività nei locali di quest'ultima, sul suo *computer* e nei suoi orari di lavoro: la Corte ha stabilito che anche in un caso di questo genere può configurarsi un appalto legittimo di servizi informatici quando, pur facendo difetto nella prestazione dedotta in contratto dalla *software house* l'impiego di una apprezzabile organizzazione di mezzi materiali, la prestazione stessa sia resa possibile da un rilevante elemento di capitale immateriale costituito dal *know-how* specifico, del quale soltanto l'impresa fornitrice dispone e non la committente (133). In seguito a questa importante pronuncia, oggi il « prestito » di personale informatico specializzato da parte delle *software houses* è di fatto considerato da giudici e ispettori legittimo, senza eccezioni; ma non si considera che il *know-how* rilevante nell'economia del rapporto trilatero è per lo più interamente posseduto dal lavoratore inviato a svolgere il servizio presso l'impresa committente, facendo esso parte della sua specifica professionalità; cosicché l'oggetto della prestazione fornita dalla *software house* è un'attività lavorativa di cui quel *know-how* costituisce un elemento intrinseco, non un'attività lavorativa organizzata dall'appaltatore per mezzo di esso. Tanto questo è vero, che, per lo più, lo stesso prestatore potrebbe offrire in proprio sul mercato la stessa identica prestazione: se non lo fa, e si avvale dell'intermediazione della *software house*, è perché questa, con la propria organizzazione commerciale e il proprio avviamento, è in grado di garantire ai clienti la buona qualità della prestazione; e conseguentemente ai propri dipendenti maggiore reddito e continuità di occupazione (§ 115). Onde è davvero difficile distinguere la fattispecie a cui si riferisce la sentenza delle Sezioni unite da quello che gli statunitensi, proprio in riferimento ai servizi resi dalle *software houses*, chiamano senza falsi pudori *body rental*, ovvero noleggio di persona (134).

La realtà è che le stesse Sezioni unite — al pari della maggioranza dei giudici e degli ispettori del lavoro, ma anche dei giuslavoristi più affezionati al vecchio « bastione » del divieto di interposizione — si rendono conto degli effetti socialmente indesiderabili che sarebbero prodotti da una applicazione rigorosa di quel divieto in tutta una gamma, sempre più ampia ogni giorno che passa, di casi nei quali il contratto di somministrazione di manodopera non soltanto non presenta rilevanti aspetti di pericolosità sociale, ma al contrario è sovente indispensabile per la migliore valorizzazione di determinate professionalità specifiche dei lavoratori, oltre che per la riduzione dei costi di transazione delle imprese utilizzatrici (§ 115), in un tessuto produttivo sempre più mobile, complesso, segmentato e bisognoso di canali sofisticati di comunicazione fra domanda e offerta di lavoro (135). Anche i paladini più agguerriti del divieto di interposizione si accorgono del fatto che applicarlo troppo rigorosamente segnerebbe sul piano politico la sua fine, poiché condurrebbe a risultati palesemente irragionevoli: è per questo che, paradossalmente, proprio da loro viene talora speso il maggiore impegno argomentativo a sostegno di una riduzione del campo di applicazione del divieto entro limiti ritenuti ragionevoli, anche a costo di un corrispondente ampliamento della nozione dell'appalto di servizi ben al di là dei suoi confini originariamente riconosciuti dalla dottrina giuslavoristica.

Accade così che, qualificate come appalto di servizi, nell'ultimo ventennio riescano a diffondersi e mettere solide radici nel nostro tessuto produttivo, insieme al *body rental* delle *software houses*, numerose altre forme di somministrazione di manodopera nelle quali può ravvisarsi, a seconda dei casi, una attività di fornitura di lavoro temporaneo o una attività di *staff leasing* (§§ 115 e 118): basti pensare, ad esempio, al servizio svolto in occasione di convegni e congressi da interpreti e *hostess* messe a disposizione per una o più giornate da imprese specializzate in tale attività; ai servizi di guardia armata o di vigilanza svolti davanti alle agenzie bancarie o altre sedi aziendali dagli « sceriffi » forniti da questa o quella impresa specializzata, dietro compenso determinato in base al numero delle « giornate-uomo » (136); alla fornitura di personale per ricerche di mercato consistenti essenzialmente nello svolgimento di interviste alla potenziale clientela secondo schemi stabiliti dal committente, con corrispettivo commisurato al numero delle interviste effettuate; ai centralinisti o *receptionists* messi da un'« agenzia » a disposizione di un'impresa e operanti all'interno di questa, anche a tempo indeterminato. Innumerevoli ulteriori esempi di questo genere possono trarsi dagli annuari telefonici alle voci « ricerca e selezione del personale », « cooperative di produzione e lavoro », « trasporti », « infermieri », « contabilità » e altre ancora.

Operazione scorretta, questa compiuta da giudici, ispettori del lavoro e giuslavoristi coll'acceptare la qualificazione in termini di appalto di tutti quei contratti di somministrazione di manodopera? Se il quadro normativo di riferimento è quello che abbiamo indicato come la « costruzione classica » del divieto di interposizione, probabilmente sì. Ma abbiamo visto (§ 123) come sia una operazione assai simile a questa quella mediante la quale il legislatore del 1960 ha inteso far salve alcune attività nelle quali si configura comunemente una mera somministrazione di manodopera, col consentire (menzionandole negli artt. 3 e 5) che esse venissero agevolmente « fatte passare » nella categoria degli appalti.

La realtà è che già nel 1960 si percepisce l'inesattezza dell'affermazione secondo cui il contratto di somministrazione di manodopera può generare soltanto una rendita parassitaria per l'interponente o per l'interposto, o comunque un intorbidamento pericoloso del contesto in cui il rapporto di lavoro si svolge: sono già presenti nel tessuto produttivo (e presenti anche alla mente del legislatore) (137) casi in cui la somministrazione di manodopera svolge una funzione economicamente apprezzabile, e, se debitamente disciplinata e controllata, può non essere socialmente pericolosa. Moltiplicandosi poi questi casi nei quaranta anni successivi, è comprensibile che anche giudici e ispettori del lavoro si facciano carico dell'esigenza di temperare corrispondentemente gli effetti del divieto. Il problema è, tuttavia, che i giudici (come gli ispettori) affrontano la questione soltanto caso per caso, risolvendola secondo buon senso, col risultato di una progressiva e disordinata erosione del campo di applicazione del divieto generale e del crearsi di una situazione di marcata incertezza del diritto (138).

La questione, del resto, sembra essere affrontata caso per caso anche dal legislatore, il quale a più riprese interviene a esentare dal divieto alcuni settori della pubblica amministrazione: con l'art. 1 della L. 25 ottobre 1989 n. 355 a beneficio dell'Ente delle Poste e Telecomunicazioni per i servizi di raccolta della corrispondenza, trasporto e consegna di dispacci postali e recapito di pacchi; con l'art. 6-bis, 1° comma, della legge 18 marzo 1993 n. 67 e poi nuovamente con il 2° comma dell'art. 53 della legge 17 maggio 1999 n. 144 a beneficio dell'intero Servizio sanitario nazionale, nonché, per le attività di assistenza e beneficenza, delle province, dei comuni e dei loro consorzi (139).

131. *La conferma del vecchio divieto generale nella legge n. 196/1997.* — Questo regime di divieto apparentemente assoluto, ma in realtà derogato da diverse norme in favore di aziende pubbliche e temperato da una « chiusura d'occhio selettiva » da parte di giudici e ispettori del lavoro, con la situazione che ne consegue di incertezza della disciplina del mercato del lavoro, viene denunciato alla Corte di Giustizia come incompatibile con il principio comunitario di proporzionalità e congruità fra le limitazioni poste dall'ordinamento all'iniziativa economica privata e le finalità di ordine pubblico che le giustificano (140): così come il regime di monopolio statale dei servizi di collocamento (§ 27), anche il divieto generale di interposizione colpisce indiscriminatamente vecchie forme di sfruttamento del lavoro insieme a servizi utili a imprenditori e lavoratori, che sono condannati a essere svolti semi-clandestinamente, ai margini del mercato. Nelle more del tormentato procedimento che consegue a questa iniziativa interviene l'emanazione della legge 24 giugno 1997 n. 196 (§§ 29 e 139-144), con la quale viene riconosciuta e disciplinata l'attività di fornitura di lavoro temporaneo da parte di agenzie specializzate e che armonizza per questo aspetto l'ordinamento italiano con quello della maggior parte degli altri Paesi membri dell'Unione; la Corte di Giustizia può così, nella sentenza conclusiva, considerare superata la questione relativa ai servizi di fornitura di lavoro temporaneo e occuparsi soltanto della questione residua relativa al monopolio statale dei servizi di collocamento (141).

L'intendimento legislativo che si esprime nella legge n. 196/1997 è duplice: aprire, per un verso, un varco molto ben delimitato nel « muro » del divieto generale di interposizione, riconoscendo e disciplinando rigorosamente l'attività delle agenzie di fornitura di lavoro temporaneo (della quale si dirà nella terza sezione di questo capitolo) (142); ma al contempo ribadire e anzi rafforzare il divieto stesso: l'art. 10, 1° c., della nuova legge ammonisce severamente che, al di fuori dei casi in cui l'attività delle suddette agenzie è consentita, « continua a trovare applicazione la legge 23 ottobre 1960 n. 1369 » (143).

L'ampiezza del varco che così si apre nel divieto generale è stabilita con grande precisione e i suoi contorni — come vedremo a suo luogo — sono rafforzati con finiture solidissime, a prova di erosione giurisprudenziale o amministrativa (art. 1, 1° c, e 2, 1° c.) (144), in modo che l'entità dell'apertura non sia suscettibile di alcun possibile incremento, salvo soltanto quello eventualmente disposto dalla contrattazione collettiva (art. 1, 2° c., lett. a); ma in quest'opera di puntigliosa rifinitura del varco il legislatore sembra non tenere in alcuna considerazione le fessure e i cedimenti impressionanti che si osservano da tempo nel « muro » del divieto generale e che pure sono stati segnalati ripetutamente da più parti nel corso della discussione parlamentare delle nuove norme. La perfezione dell'opera di innesto del nuovo varco non ha la virtù di restaurare la parte restante del muro; cioè — fuor di metafora — la nuova normativa, nonostante la cura tecnica con cui è stata redatta e le inequivoche intenzioni del legislatore, non ha la virtù di restituire al divieto generale quell'efficienza ed effettività che esso ha, in larga parte, da tempo perduto.

Col ribadire e confermare la necessità di applicazione rigorosa della vecchia norma la nuova legge mette in crisi l'equilibrio di fatto instauratosi in precedenza, basato sulla soluzione tipicamente italiana della « chiusura d'occhio selettiva » da parte di ispettori e giudici; ma della crisi non aiuta in alcun modo il superamento: essa non fornisce alcuna indicazione per la corretta interpretazione, alcun nuovo elemento positivo per la definizione dell'esatta portata del vecchio divieto generale di interposizione, al di fuori del caso particolare della fornitura di lavoro temporaneo. I termini del problema teorico generale sono dunque gli stessi di prima (145); la differenza rispetto a prima sta solo nel fatto che il legislatore del 1997 lancia implicitamente a giudici e operatori pratici l'invito a interrompere il lento processo di progressiva disapplicazione del vecchio divieto, nel quale poteva quasi ravvisarsi la tendenza a una sua abrogazione consuetudinaria.

Questo invito del legislatore sembra precludere in modo inequivocabile, sul piano sistematico, la scelta di abbandonare la costruzione classica del divieto, per rivalizzare e perfezionare la vecchia teoria del tutto minoritaria secondo cui il divieto di interposizione sarebbe limitato alle attività inerenti al processo produttivo proprio del committente (146). Esso sembra altresì precludere il ritorno alla costruzione — essa pure rimasta del tutto minoritaria in dottrina, ma di fatto largamente seguita in sede giudiziale e amministrativa nell'ultimo ventennio — che all'indomani dell'emanazione della legge del 1960 ha individuato l'oggetto del divieto nella sola interposizione fraudolenta, con la conseguente drastica riduzione del suo campo di applicazione e attribuzione al giudice di un compito rilevante di accertamento della

fraus legi caso per caso (147). Se fosse sufficiente il rigoroso rispetto degli standard retributivi e degli adempimenti amministrativi e previdenziali, per rendere legittima l'attività di fornitura di manodopera, il legislatore del 1997 si sarebbe limitato a chiarirlo con una norma di due righe e sarebbe stato del tutto superfluo il lungo e travagliato lavoro parlamentare di elaborazione della nuova articolata e complessa normativa sull'attività di fornitura di lavoro temporaneo. Non più praticabile, dunque, in sede di interpretazione dello *ius conditum*, il ritorno al divieto della sola interposizione fraudolenta sarebbe possibile oggi soltanto in sede di riforma legislativa. È sostanzialmente una scelta di questo genere quella che può leggersi in una proposta *de lege ferenda* formulata all'inizio degli anni '90, tendente a riformare il divieto di interposizione con l'aggiunta, nell'art. 1 della legge, dell'inciso: « sempreché ne derivi pregiudizio per il lavoratore o elusione di norme inderogabili di leggi o di contratto collettivo » (148). In attesa di un nuovo intervento legislativo organico sulla materia, assai improbabile a breve e medio termine, una razionalizzazione sistematica dei criteri di applicazione del divieto può essere perseguita soltanto sul piano interpretativo; ed essa non sembra potersi svincolare dall'alternativa concettuale fra appalto (legittimo) e mera interposizione nelle prestazioni di lavoro (vietata). Punto di passaggio obbligato di questa operazione non può che essere, dunque, una più precisa individuazione della nozione di appalto, con particolare riferimento al sottotipo — tipizzato dal codice civile — dell'appalto di servizi.

132. *La nozione di appalto di servizi a carattere continuativo. Configurabilità dell'appalto genuino anche quando per la sua esecuzione sia necessaria soltanto un'organizzazione di lavoratori.* — È convinzione comune tra i giuslavoristi che non possa considerarsi come appalto genuino un contratto avente per oggetto una prestazione che richieda per essere eseguita l'impiego esclusivo o nettamente prevalente di manodopera rispetto all'impiego di capitale. Questa esclusione — il cui fondamento viene solitamente indicato nella definizione del tipo legale dell'appalto contenuta nel codice civile (art. 1655), dove ne sono indicati come elementi essenziali l'organizzazione e gestione a proprio rischio da parte dell'appaltatore *dei mezzi* per l'esecuzione dell'opera o servizio — non è avallata dalla dottrina civilistica tradizionale: questa indica bensì come elemento essenziale dell'appalto la natura imprenditoriale dell'organizzazione necessaria per l'esecuzione dell'opera o del servizio, ma non considera necessario a tal fine che il peso economico di un'organizzazione di mezzi materiali predomini su quello della forza-lavoro dipendente impiegata, bensì soltanto che nell'economia della prestazione il peso economico *dell'organizzazione*, sia essa composta di mezzi o persone, predomini su quello *del lavoro dell'appaltatore* (149). E questo era ben presente anche alla dottrina giuslavoristica più attenta, prima che si affermasse l'interpretazione del divieto di interposizione destinata a dominare in seguito — ancorché soltanto sul piano teorico e non su quello dell'applicazione pratica della legge — fino ad epoca assai recente (150).

Del resto, se si accantona per un momento la questione teorica astratta e si considera la realtà che quotidianamente ci circonda, è prassi corrente la qualificazione in termini di appalto del contratto con cui un qualsiasi soggetto dia incarico a un'impresa di eseguire un lavoro di spalatura di neve in una strada o in un giardino, di imbiancatura delle pareti della propria casa, o di dattiloscrittura di testi, dove pure oggetto della prestazione dedotta in contratto è essenzialmente l'attività lavorativa dello spalatore, dell'imbianchino o del dattilografo (151). Il dubbio viene al giuslavorista quando nella posizione di committente non sta un privato cittadino, ma un'imprenditore; e ancor più quando l'oggetto del contratto ha caratteristiche di omogeneità merceologica rispetto all'attività produttiva del committente; ma — appunto — si tratta di un dubbio di matrice giuslavoristica (dettato dall'esigenza di protezione dei dipendenti dell'appaltatore da un rischio di sfruttamento, o dei dipendenti del committente dal rischio di sostituzione di cui si è detto all'inizio: §§ 114 e 115), non di un dubbio di matrice civilistica. Sul piano civilistico non vi è nulla, nella nozione di appalto, che impedisca di ricomprendervi il contratto avente per oggetto una prestazione realizzata prevalentemente o anche esclusivamente mediante l'impiego di forza-lavoro: che questa possa costituire il solo « mezzo » (*ex art. 1655 c.c.*) di cui si avvale l'appaltatore per l'esecuzione della prestazione è, del resto, confermato proprio dagli artt. 3 e 5 della legge del 1960, che menzionano esplicitamente fra le attività suscettibili di costituire oggetto di legittimo appalto una serie di « lavori », quali quelli di pulizia, facchinaggio, manutenzione, lettura di contatori, esazione di pagamenti, installazione di impianti, ecc., nella cui esecuzione la strumentazione materiale ha un peso marginale, quando non del tutto irrilevante.

Certo, il riferimento agli elenchi di attività specifiche contenuti negli artt. 3 e 5 della legge del 1960 non sarebbe utilizzabile a conferma di questa nozione ampia di appalto di servizi, se essi potessero essere interpretati — secondo l'intendimento di qualcuno dei loro estensori (§ 123) — come elenchi contenenti casi di mera somministrazione di manodopera, quindi sostanzialmente come fonte di eccezioni al divieto di cui all'art. 1. Ma una lettura rigorosa della legge nel suo inequivoco contenuto letterale non consente questa interpretazione: mentre il divieto del contratto di interposizione di cui all'art. 1 è formulato nei termini più assoluti, gli artt. 3 e 5 si riferiscono invece esplicitamente all'« appalto di opere o servizi ... da eseguirsi ... con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore », in netta contrapposizione rispetto alla fattispecie interpositiva vietata (152); deve quindi ritenersi che tutte le attività menzionate negli artt. 3 e 5 — di per sé suscettibili di essere dedotte anche in un contratto di somministrazione di manodopera (vietato) — siano assoggettate alle regole poste dagli stessi artt. 3 e 5 soltanto se dedotte in un contratto di appalto (legittimo), il quale si configura là dove la forza-lavoro utilizzata per l'esecuzione della prestazione sia organizzata e gestita dall'appaltatore a proprio rischio e con un proprio apporto professionale specifico, costituente elemento essenziale dell'oggetto del contratto da lui stipulato con il committente (153). Ma con ciò stesso la legge conferma esplicitamente che anche una prestazione consistente essenzialmente in una attività di lavoro può essere oggetto di un contratto di appalto legittimo: ciò che conta è che essa sia resa possibile da un'organizzazione *di tipo*

imprenditoriale, di cui sia titolare effettivo l'appaltatore, e che la natura imprenditoriale della prestazione costituisca elemento essenziale dell'assetto di interessi effettivamente voluto dalle parti.

Il problema si sposta così dal piano teorico a quello dell'applicazione pratica della norma (154); ma, certo, su questo piano non appare di più facile soluzione (155).

Per altro verso, la specifica previsione nel codice civile della possibilità che il contratto di appalto abbia per oggetto anche la prestazione di un servizio a carattere periodico o continuativo (art. 1677) consente di ricomprendere senz'altro nel tipo legale anche i contratti che soddisfano un interesse permanente e non meramente occasionale del committente, e che hanno ad oggetto non la produzione di un *opus* indivisibile (o di una serie di *opera*, ciascuno in sé indivisibile), ma lo svolgimento di un'attività divisibile in ragione del tempo dell'esecuzione: ad esempio un contratto a tempo indeterminato avente per oggetto un'attività di vigilanza su di uno stabilimento, di formazione o riqualificazione professionale del personale che vi lavora, di controllo di qualità della produzione, di cura delle pubbliche relazioni dell'impresa, e così via (156). La vastissima diffusione di questi contratti, del resto, è il miglior indice del fatto che nel nostro diritto vivente il carattere continuativo (in senso tecnico) della prestazione, così come dell'interesse del committente da essa soddisfatto, non è affatto incompatibile con l'appalto genuino di servizi.

Al fine della qualificazione della fattispecie in termini di appalto legittimo non può infine attribuirsi alcun rilievo decisivo, sul piano teorico-sistematico, neppure al fatto che l'attività dedotta in contratto appartenga o no al processo produttivo proprio dell'impresa committente: è la stessa legge n. 1369/1960 a fornire, con gli artt. 3 e 5, una esplicita conferma testuale della configurabilità di un appalto genuino e legittimo anche nel caso in cui l'opera o il servizio oggetto dell'obbligazione debbano essere eseguiti in seno all'organizzazione produttiva del creditore e costituiscano una forma di segmentazione dell'organizzazione stessa. Del resto, è osservazione ormai comunissima quella secondo cui l'avvento dell'informatica e della telematica ha reso ancor più problematica di quanto già non fosse in precedenza la distinzione tra ciò che è fisicamente od organizzativamente « dentro » e ciò che è « fuori » del processo produttivo proprio di un'impresa (157): qualsiasi fase o passaggio necessario per la produzione o la commercializzazione di un bene o di un servizio può essere, a seconda delle scelte organizzative dell'impresa e delle opportunità offerte dal mercato, affidato a terzi o svolto in proprio, e/o collocato fisicamente « dentro » o « fuori » rispetto a una unità produttiva, senza che questo impedisca uno stretto coordinamento — sempre agevolmente realizzabile per mezzo del computer e del collegamento telematico — dell'attività decentrata con il resto dell'attività aziendale.

Oggi ancor meno di ieri, dunque, sembra possibile attribuire rilievo alla appartenenza o no dell'attività oggetto del contratto al processo produttivo proprio del committente, ai fini della distinzione tra appalto legittimo e interposizione vietata. Donde l'improponibilità, anche *de iure condendo*, di un ritorno al criterio di delimitazione del divieto di interposizione proposto nei progetti di legge di fonte sindacale del 1955 e 1956, già disatteso dal legislatore del 1960 (§ 122).

In conclusione, non è di ostacolo al configurarsi di un appalto genuino né il fatto che il contratto abbia per oggetto lo svolgimento di un servizio a carattere continuativo (nel senso tecnico-giuridico del termine), né la predominanza o addirittura l'esclusività dell'impiego della forza-lavoro rispetto a quello dei mezzi materiali nella prestazione dedotta in contratto, né il fatto che l'opera o servizio dedotti in contratto siano strettamente inerenti al processo produttivo proprio dell'impresa del committente. Necessario e sufficiente perché possa configurarsi il legittimo appalto è soltanto che l'opera o servizio dedotti in contratto siano resi possibili da un'organizzazione *di natura imprenditoriale*; è dunque essenzialmente su questo punto che deve concentrarsi l'attenzione, anche quando la questione sia affrontata dal versante giuslavoristico.

133. Individuazione della natura imprenditoriale dell'organizzazione per mezzo della quale viene eseguito l'appalto. — Organizzazione di natura imprenditoriale non significa che l'appaltatore debba essere necessariamente imprenditore: potrebbe qualificarsi come appalto *ex art.* 1655 c.c. anche il contratto di fornitura di un'opera o servizio che vengano eseguiti con una organizzazione messa insieme occasionalmente, limitandosi il titolare a operare per quella singola fornitura, con conseguente esclusione del carattere di professionalità dell'attività da lui svolta in funzione dell'adempimento (158). In considerazione di questo — che però appare più che altro un caso di scuola — non è del tutto esatto affermare che il difetto di qualifica imprenditoriale del soggetto interposto consenta senz'altro l'esclusione della qualificabilità del rapporto in termini di appalto, con il conseguente configurarsi dell'interposizione vietata: la qualifica imprenditoriale, se per un verso non è sufficiente a escludere l'applicazione del divieto (159), a stretto rigore non può dirsi neppure necessaria a tal fine.

A norma dell'art. 1655 c.c., per la configurabilità dell'appalto sono necessari soltanto l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di una *organizzazione di natura imprenditoriale* e che tale organizzazione sia da lui *gestita a proprio rischio*.

L'elemento della gestione a proprio rischio, sempre essenziale sul piano teorico e sovente menzionato nelle motivazioni delle sentenze (160), di fatto è sovente poco o nulla utilizzabile quale criterio di qualificazione della fattispecie concreta per la facilità della simulazione in proposito e la difficoltà di dimostrarla; donde consegue che una sicura imputazione giuridica del rischio gestionale nella maggior parte dei casi è possibile soltanto all'esito dell'operazione qualificatoria e non prima (161).

Nella pratica l'elemento che assume valore decisivo per la qualificazione o no della fattispecie concreta in termini di genuino appalto è quello dell'organizzazione. Abbiamo visto in proposito (§ 132) che può trattarsi anche di una organizzazione composta soltanto di persone, o nella quale i mezzi strumentali assumano comunque un peso minimo; e che la prestazione dedotta nel contratto di appalto può individuarsi in un *servizio* a carattere continuativo, consistente

materialmente nella mera attività lavorativa di queste persone; quando dunque faccia difetto l'impiego rilevante di mezzi strumentali e l'oggetto della prestazione sia costituito da una *attività* e non da un *opus*, occorre — e siamo giunti al cuore della questione — individuare ciò che distingue la mera somministrazione di manodopera dalla prestazione di una attività lavorativa « organizzata a impresa ».

Merita di essere ribadito, a questo proposito, l'insegnamento tradizionale — peraltro non sempre seguito con rigore dalla giurisprudenza (162) — secondo il quale non basta, perché possa riconoscersi natura imprenditoriale alla prestazione dell'interposto, che quest'ultimo eserciti il potere direttivo e organizzativo sui lavoratori: non può, ad esempio, considerarsi « organizzata a impresa » la prestazione del capo-cottimo in un cantiere edile solo perché egli organizza e dirige la propria squadra di muratori. Il discorso cambia, tuttavia, quando in questa attività di organizzazione e direzione l'interposto utilizzi in piena autonomia un rilevante patrimonio di conoscenze, esperienza e professionalità specifica, di cui il committente può non disporre: qui sta oggi quella che è stata indicata come la « soglia minima di imprenditorialità » (163) superata la quale può parlarsi di legittimo appalto. Viene in rilievo, in proposito, l'orientamento giurisprudenziale già citato (164), secondo il quale, per il configurarsi della natura imprenditoriale della prestazione dedotta nel contratto, è sufficiente che essa richieda un patrimonio di esperienza e conoscenza tecnica di non facile acquisizione, che l'appaltatore trasfonda attraverso la propria attività organizzativa e direttiva nell'attività svolta dai propri dipendenti operanti presso l'impresa committente (165).

Si osservi come sotto il profilo in esame possa assumere rilievo anche la capacità del fornitore di realizzare economie di scala offrendo lo stesso servizio contemporaneamente a una pluralità di committenti: è questo un elemento cui l'art. 5 della legge del 1960 attribuisce esplicitamente rilievo solo ai fini dell'esclusione degli appalti di pulizia, facchinaggio e manutenzione ordinaria dal campo di applicazione della regola di cui all'art. 3 (§§ 122-123), ma che ben può essere considerato suscettibile di assumere rilievo anche ai fini dell'accertamento della natura imprenditoriale dell'organizzazione per mezzo della quale il servizio viene eseguito.

Alla stregua di questo criterio, può dunque qualificarsi come genuino appalto non soltanto — come è del tutto ovvio e pacifico — il contratto col quale una *software house* si obbliga alla produzione di un *opus* informatico indivisibile e ben determinato (produzione di un programma « su misura » per le esigenze del committente, o intervento di manutenzione sul *software* già esistente), inviando presso l'azienda del committente uno o più analisti o programmatori, ma anche il contratto col quale la stessa *software house* si impegna a fornire un servizio continuativo (mera attività) di assistenza informatica, svolgendolo esclusivamente per mezzo di personale qualificato che essa stessa organizza e dirige secondo i criteri dettati da un'esperienza e un *know-how* che le è proprio e si aggiunge alla professionalità specifica dei lavoratori impiegati (166). Vero è che in molti casi — come si è già osservato (§ 130) — l'attività organizzativa e direttiva della *software house* manca del tutto: quest'ultima si obbliga effettivamente soltanto a inviare l'analista o il programmatore perché essi si tengano a disposizione dell'impresa committente per una serie indeterminata di occorrenze entro un certo periodo; in questi casi, quando i lavoratori inviati eseguano di volta in volta gli interventi richiesti in regime di effettiva autonomia rispetto alla committente, il contratto è suscettibile di qualificazione in termini di somministrazione di lavoro autonomo (come tale non vietata: v. § 125), avente per oggetto una serie di *opera* in sé indivisibili; quando invece i lavoratori siano assoggettati al potere direttivo della committente, il contratto non può qualificarsi se non come somministrazione di lavoro subordinato e quindi — per quanto ciò possa apparire inopportuno sul piano economico-sociale — come interposizione vietata.

Analogamente, il contratto col quale un'impresa si impegna a fornire a un'altra impresa l'organizzazione — anche, in ipotesi, prevalentemente costituita da forza-lavoro — necessaria per l'espletamento continuativo di servizi nel settore amministrativo (ricezione e smistamento degli ordini, fatturazione e tenuta della contabilità, predisposizione periodica del bilancio, confezione dei prospetti-paga), nel settore dei c.d. « servizi generali » (gestione del centralino telefonico, servizio di vigilanza all'ingresso, servizio di fattorinaggio, pulizia), nel settore commerciale (gestione e promozione delle vendite, *merchandising*) o nel settore tecnico-produttivo (progettazione e *design*, manutenzione ordinaria o straordinaria degli impianti, controllo di qualità del prodotto, ecc.), potrà qualificarsi come genuino appalto a condizione che nell'attività di organizzazione e direzione del personale impiegato la fornitrice del servizio trasfonda un « capitale immateriale » fatto di capacità, conoscenze, reti di relazioni, tecniche di controllo, formazione e aggiornamento professionale, senza il quale la prestazione del singolo lavoratore dipendente avrebbe minor valore produttivo intrinseco per l'impresa utilizzatrice, o non ne avrebbe alcuno, o addirittura sarebbe del tutto impossibile.

134. Il confine tra staff leasing e appalto di servizi a carattere continuativo. Il caso del contratto misto di appalto di servizio e somministrazione di manodopera. Le altre forme di interposizione non fraudolenta che restano vietate. — In riferimento alla classificazione dei fenomeni interpositori proposta all'inizio della trattazione (§ 117), possiamo dunque concludere confermando — secondo l'insegnamento tradizionale — la legittimità di tutte le forme di segmentazione dell'impresa e la illegittimità di tutte le forme di somministrazione di manodopera (salva quella riconosciuta e disciplinata dalla legge n. 196/1997). Con la precisazione, però, che può costituire una forma di segmentazione dell'impresa, come tale legittima e qualificabile in termini di appalto, anche il contratto con cui il committente affidi a un soggetto terzo un servizio a carattere continuativo per la cui esecuzione sia necessario l'impiego esclusivo o nettamente prevalente di manodopera rispetto all'impiego di mezzi materiali, purché nell'organizzazione e direzione della forza-lavoro coinvolta il fornitore del servizio metta a frutto una propria competenza tecnica e professionalità specifica.

Il criterio di distinzione fra quest'ultima fattispecie e quella dello *staff leasing* — che abbiamo definito a suo luogo come somministrazione di lavoro a tempo indeterminato da parte di un soggetto operante a tal fine in forma

imprenditoriale per la riduzione dei costi di transazione e di gestione dei rapporti con il personale (§ 117, lett. *d*) — è chiaro e netto soltanto sul piano teorico astratto: nel caso dello *staff leasing* la professionalità imprenditoriale del fornitore si esprime tutta sul terreno della riduzione dei costi che l'impresa principale deve sostenere per il reperimento e la gestione della forza-lavoro, cioè sul piano dell'attività preparatoria della prestazione lavorativa dedotta in contratto; nel caso dell'appalto genuino del servizio, invece, la professionalità imprenditoriale del fornitore costituisce parte integrante della prestazione stessa, esprimendosi principalmente nell'organizzazione e direzione dei lavoratori secondo modelli e metodi propri dell'appaltatore (e sostanzialmente sulla base di questo criterio che è stato qualificato come appalto e non come mera somministrazione di manodopera il contratto fra le Ferrovie dello Stato e la Compagnia delle carrozze letto, avente per oggetto il servizio di accompagnamento notturno e assistenza ai viaggiatori sulle vetture dotate di cuccette (167), o quello avente per oggetto una attività di progettazione industriale (168); e continuano invece a essere considerate come forme di interposizione vietata tutte quelle nelle quali il fornitore della prestazione non aggiunge nulla di proprio all'attività svolta dai singoli lavoratori, né in termini di *know how* specifico, né dal punto di vista del rischio gestionale). Ma quel criterio di distinzione non è di altrettanto facile applicazione sul piano pratico: innanzitutto perché non è sempre facile distinguere, su questo piano, l'attività che è propriamente oggetto della prestazione dedotta nel contratto dall'attività preparatoria della prestazione stessa; inoltre perché la funzione tipica dello *staff leasing* si intreccia sovente con quella propria del genuino appalto di un servizio a carattere continuativo, configurandosi così un contratto misto nel quale può essere difficile, quando non impossibile, discernere la parte legittima da quella vietata. Difficoltà pratiche, queste, che sovente possono essere correttamente risolte dal giudice soltanto con un'applicazione rigorosa della ripartizione dell'onere della prova fra le parti, e quindi del principio *in dubio pro reo*.

Resta da chiedersi quanto le ineliminabili incertezze di cui si è detto nell'applicazione pratica del divieto siano costituzionalmente conciliabili con la sanzione penale da cui esso è assistito.

135. *Il campo soggettivo di applicazione del divieto di interposizione. La questione dell'applicabilità del divieto agli utilizzatori non imprenditori e agli enti pubblici.* — Si è già visto (§ 125) che l'applicazione del divieto di interposizione si estende a tutto il campo dei rapporti di lavoro subordinato, sia esso lavoro subordinato « nell'impresa » ex art. 2094 c.c., o lavoro subordinato a domicilio (l. 18 dicembre 1973 n. 877, art. 2, c. 4°), mentre non è vietato fornire prestazioni di lavoro autonomo svolte da personale ingaggiato e retribuito dallo stesso fornitore e non dall'utilizzatore.

È invece questione controversa se destinatario del divieto, sul versante dell'utilizzatore effettivo della prestazione, sia soltanto il soggetto qualificabile come imprenditore, oppure sia qualsiasi soggetto, indipendentemente dalla qualifica. La soluzione restrittiva, seguita dalla dottrina prevalente (169), si fondava sulla formulazione letterale dell'art. 1, dove, nei primi due commi, il divieto è riferito *all'imprenditore*; e nel quarto il riferimento agli enti pubblici è formulato nei termini propri di una estensione rispetto alla previsione contenuta nei primi due: « le disposizioni dei precedenti commi si applicano altresì alle aziende dello Stato e agli Enti pubblici ... » (170). La tesi contraria — nel senso dell'« uso atecnico » del termine « imprenditore » nell'art. 1 da parte del legislatore: il divieto si applicherebbe quindi anche quando l'utilizzatore non sia imprenditore — è stata invece sostenuta nell'ambito della costruzione del divieto di interposizione come espressione di una regola generale desumibile dalla definizione stessa del rapporto di lavoro subordinato (171); ove, però, non si ravvisi l'incompatibilità logica del rapporto interpositorio con la definizione del rapporto di lavoro subordinato, sostenuta da quella dottrina, cade il presupposto su cui si fonda la svalutazione del dato legislativo letterale e l'estensione del divieto di interposizione all'utilizzatore non imprenditore.

Ora la questione è risolta dal combinato disposto di due norme contenute nella già menzionata legge n. 196/1997, che ha previsto la possibilità di esercizio legittimo di attività di fornitura di lavoro temporaneo da parte di agenzie specializzate e adeguatamente controllate (§§ 139-144). Mentre il primo comma dell'art. 10 di quest'ultima legge conferma la perdurante operatività del divieto posto dalla legge n. 1369/1960 e delle relative sanzioni nei confronti dell'« impresa utilizzatrice che ricorra alla fornitura di prestatori di lavoro dipendente da parte di soggetti diversi » da quelli autorizzati (§ 131), il secondo comma dell'art. 11 stabilisce che « le disposizioni della presente legge che si riferiscono all'impresa utilizzatrice sono applicabili anche a soggetti non imprenditori »: così ampliandosi esplicitamente il campo di applicazione del divieto posto dalla legge n. 1369/1960 rispetto ai suoi confini originari. Lo stesso secondo comma dell'art. 11 sembra doversi interpretare nel senso della ricomprensione, nella nozione di « soggetti non imprenditori », anche di tutte le amministrazioni pubbliche: l'ulteriore proposizione in esso contenuta, infatti, escludendo che la violazione delle disposizioni in materia di fornitura di lavoro temporaneo da parte delle amministrazioni pubbliche possa dar luogo alla conversione *ope legis* del rapporto temporaneo in rapporto di impiego stabile, conferma la riferibilità della prima proposizione a qualsiasi « soggetto non imprenditore », indipendentemente dalla sua natura privata o pubblica. Se la giurisprudenza seguirà questa opzione interpretativa — che appare la più lineare e conforme al testo legislativo, oltre che alla tendenza in atto alla uniformazione della disciplina dell'impiego pubblico rispetto a quella del rapporto di lavoro privatistico — ne risulterà sgombrato il campo da tutte le questioni inerenti all'interpretazione dell'art. 1, 4° c., e dell'art. 8 della legge del 1960, nonché dell'art. 2, secondo comma, del D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, che sono state oggetto di un rilevante dibattito dottrinale e di contrasti giurisprudenziali fino a pochi anni or sono (172).

136. *Effetti della violazione del divieto di interposizione sul piano civile: il rapporto di lavoro.* — A norma del quinto comma dell'art. 1, come si è visto a suo luogo (§ 127), « i prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia

utilizzato le loro prestazioni ».

Secondo una parte della dottrina, il contratto stipulato dall'interponente con l'interposto e quello stipulato da quest'ultimo con il lavoratore sarebbero entrambi nulli per contrarietà dell'oggetto e/o della causa con il divieto posto dalla legge del 1960; e il rapporto di lavoro fra interponente e lavoratore nascerebbe per effetto diretto della norma testè citata, come rapporto privo di fonte negoziale (173). Questa tesi, condivisibile per ciò che riguarda la nullità del contratto fra interponente e interposto, appare invece eccessiva in riferimento al contratto fra interposto e lavoratore, del quale, anche in considerazione del principio di conservazione del negozio, ben può ritenersi invece la validità, salva la modificazione soggettiva operata dalla legge (174): in virtù del quinto comma dell'art. 1, nel momento in cui si verifica lo svolgimento effettivo della prestazione lavorativa in favore dell'interponente, questi si surroga all'interposto nella posizione del datore di lavoro, senza che perciò il contratto debba ritenersi nullo (175). Quest'ultima costruzione consente, senza alcuna forzatura rispetto alla lettera e allo spirito della legge, di evitare la conseguenza davvero illogica per cui — come talvolta accade — l'istituto previdenziale restituisce all'interposto i contributi da lui versati, contemporaneamente addebitando all'interponente gli stessi contributi con interessi e sanzioni per la pretesa omissione del pagamento: prassi, quest'ultima, che comunque contrasta con l'orientamento giurisprudenziale prevalente nel senso della piena responsabilità anche dell'interposto, in virtù dell'apparenza del diritto e dell'affidamento dei terzi di buona fede, per tutte le obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro (176). Consente inoltre di conservare gli effetti del contratto di lavoro nel caso in cui, non essendosi verificata l'« utilizzazione effettiva » da parte del committente, non ha luogo la surrogazione di quest'ultimo all'interposto nella titolarità del rapporto (177). Consente infine di conservare gli effetti di una eventuale pattuizione di per sé valida, fra interposto — in qualità di datore di lavoro putativo — e lavoratore, di un termine finale (178), di un periodo di prova, di un obbligo di non concorrenza successivo alla cessazione del rapporto, di un trattamento — retributivo o di altro genere — migliorativo rispetto ai minimi collettivi (179): pattuizioni tutte che invece verrebbero ovviamente (ma, a mio avviso, indebitamente) travolte dalla nullità del contratto (180).

Dottrina e giurisprudenza prevalenti qualificano il licenziamento intimato al lavoratore dal soggetto interposto come « licenziamento di fatto », quindi illegittimo (181). A mio avviso occorre distinguere, a questo proposito, il caso in cui l'interposto non svolge alcuna attività in seno all'organizzazione dell'interponente, da quello in cui invece egli costituisce parte integrante dell'organizzazione, svolgendo in seno ad essa una attività e in particolare una attività di direzione della prestazione lavorativa: nel primo caso il recesso intimato dall'interposto non è nemmeno un « licenziamento di fatto », poiché esso semplicemente *non esiste* come atto di recesso dal rapporto (« licenziamento di fatto » è semmai, in tal caso, il rifiuto della prestazione da parte dell'interponente) (182); nel secondo caso, invece, il licenziamento intimato dall'interposto dovrebbe considerarsi alla stregua del licenziamento intimato da qualsiasi altro soggetto al quale nell'organizzazione aziendale sia normalmente affidata la gestione dei rapporti con il personale (183). È pacifico che gli standard minimi di trattamento del lavoratore debbano essere desunti dalla disciplina legislativa e collettiva applicabile nell'azienda dell'interponente (184).

La data iniziale del rapporto che si instaura fra interponente e lavoratore dovrebbe, secondo logica, coincidere con quella di inizio dell'« utilizzazione effettiva » (185); ma sembra prevalere l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale nel senso della imputazione del rapporto all'interponente *ex tunc* (186). Quanto alla durata del rapporto stesso, prevale nettamente l'opinione secondo cui esso è destinato a rimanere in vita fino a quando non si verifichi un atto o fatto idoneo a determinarne la cessazione secondo la disciplina ordinaria dei contratti di lavoro a tempo indeterminato (187). Questa opinione trova ora una conferma sul piano sistematico nell'art. 10 della legge n. 196/1997, che commina la trasformazione del rapporto di lavoro temporaneo in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice o dell'impresa fornitrice, come conseguenza del difetto di forma rispettivamente del contratto di fornitura fra le due imprese o del contratto di lavoro fra la fornitrice e il lavoratore (§§ 142-144): la previsione esplicita, da parte del legislatore del 1997, di questa sanzione per una irregolarità formale nell'ambito del rapporto, in sé legittimo, di fornitura di lavoro temporaneo suona come una sorta di « interpretazione autentica » del quinto comma dell'art. 1 della legge del 1960, nel senso che anche nel caso di interposizione illecita il rapporto che si instaura fra interponente e lavoratore è un normale rapporto di lavoro a tempo indeterminato (l'applicazione di questa sanzione è esclusa espressamente dall'art. 11 della legge n. 196/1997 soltanto nei confronti delle amministrazioni pubbliche). Mi sembra tuttavia condivisibile l'opinione secondo cui, quando l'interposizione vietata si collochi temporalmente all'interno di un rapporto di lavoro di per sé valido fra lavoratore e interposto, che riprende ad avere regolare svolgimento al termine del « prestito » del lavoratore all'impresa committente, la responsabilità di quest'ultima è limitata a retribuzioni e contributi previdenziali relativi al periodo di utilizzazione del lavoratore, il quale però poi torna a considerarsi a tutti gli effetti dipendente dal suo originario datore di lavoro (188).

Si discute in dottrina se e come sussista una responsabilità dell'interposto (nei confronti del lavoratore), nel caso di inadempimento degli obblighi inerenti al rapporto di lavoro da parte dell'interponente, registrandosi in proposito un orientamento prevalente nel senso della sussistenza di una corresponsabilità di natura contrattuale del primo con il secondo (189).

Il lavoratore può far valere i propri diritti nei confronti di interponente e interposto entro i rispettivi termini prescrizionali (190), mentre si ritiene imprescrittibile l'azione di accertamento del rapporto interpositorio (191).

137. Il rapporto fra interponente e interposto. — Quanto al rapporto fra interponente e interposto, occorre distinguere la parte concernente la somministrazione di manodopera da quella concernente un'eventuale prestazione lavorativa dello stesso interposto. In relazione alla prima non può configurarsi alcun obbligo di quest'ultimo verso l'interponente,

stante la nullità della pattuizione in proposito (192). In relazione alla seconda, quando l'interposto abbia effettivamente promesso una prestazione lavorativa deve procedersi caso per caso all'individuazione in concreto dei caratteri della prestazione stessa per qualificarla come subordinata o autonoma, secondo i criteri di cui si è detto a suo luogo (cap. V) (193).

Un discorso analogo vale, a mio avviso, anche con particolare riferimento al caso in cui la prestazione lavorativa fornita dall'interposto sia una prestazione (subordinata) a domicilio, nonostante che la stessa norma che pone il relativo divieto specifico — contenuta nel già citato quarto comma dell'art. 2 della legge n. 877/1973 — stabilisca che in tal caso gli « intermediari, comunque denominati » siano senz'altro « considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze del datore di lavoro per conto e nell'interesse del quale hanno svolto la loro attività ». Inducono a tale lettura riduttiva di quest'ultima norma, per un verso, l'impossibilità di determinare l'oggetto di un rapporto di lavoro che si costituisca *ope legis* fra l'interponente e l'interposto, quando quest'ultimo non abbia né promesso né svolto alcuna attività lavorativa, per altro verso l'irrazionalità del « premio » che altrimenti verrebbe garantito all'interposto per una attività vietata dalla legge (194).

138. La sanzione penale per la violazione del divieto di interposizione. — L'art. 2 della legge n. 1369/1960 perfeziona il divieto posto dall'art. 1 comminando all'interposto e all'interponente una sanzione contravvenzionale proporzionata al numero dei lavoratori coinvolti e al numero delle loro giornate di lavoro. In proposito va registrata per completezza di esposizione, benché del tutto minoritaria, la tesi dottrinale secondo cui gli interventi legislativi degli ultimi anni avrebbero determinato una situazione di incertezza dei confini della fattispecie vietata, incompatibile con il principio della precisa conoscibilità delle previsioni penalmente sanzionate, desumibile dall'art. 25 Cost., 2° c. (195). Secondo un orientamento giurisprudenziale risalente (196), l'interposizione vietata costituisce un reato istantaneo, consumato al momento della stipulazione del contratto di fornitura della manodopera, ancorché produttivo di effetti permanenti. Oggi prevale nettamente l'orientamento opposto, sia in dottrina, sia in giurisprudenza (197).

Sezione III

IL LAVORO TEMPORANEO TRAMITE AGENZIA

Sommario: 139. L'impatto della legge n. 196/1997 sul sistema del diritto del lavoro. — 140. Il collegamento negoziale fra i due contratti stipulati dall'agenzia fornitrice. — 141. Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo. — 142. Il contratto fra l'agenzia fornitrice e il lavoratore. — 143. Il rapporto fra il lavoratore e l'utilizzatore. — 144. Agenzia fornitrice e impresa utilizzatrice come co-datrici di lavoro del lavoratore temporaneo.

139. L'impatto della legge n. 196/1997 sul sistema del diritto del lavoro. — Abbiamo visto (§§ 29 e 131) come il riconoscimento legislativo dell'attività delle imprese specializzate nella fornitura di lavoro temporaneo abbia costituito un elemento assai rilevante di discontinuità nell'evoluzione del nostro ordinamento lavoristico, ponendo fine all'(apparente) assolutezza del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro.

All'introduzione nell'ordinamento delle nuove figure del fornitore specializzato di manodopera e del lavoratore che dipende da lui, ma è obbligato a svolgere la propria prestazione in favore e sotto la direzione di un terzo, la dottrina ha reagito in modo molto disomogeneo.

Alcuni Autori, particolarmente riluttanti a rinunciare all'idea dell'inscindibilità della figura del datore di lavoro dalla figura di chi effettivamente utilizza e dirige la prestazione lavorativa, hanno recisamente condannato la nuova legge come intrinsecamente illogica, tentando di mostrare come il rapporto di lavoro fra agenzia fornitrice di manodopera e lavoratore sia soltanto una *finzione*, essendo l'utilizzatore il vero titolare del contratto di lavoro e riducendosi sostanzialmente il ruolo dell'agenzia a una mediazione fra domanda e offerta (198). Altri, pur non spingendosi a qualificare l'operazione compiuta dal legislatore come finzione, ne hanno dato tuttavia una lettura molto riduttiva: si tratterebbe sostanzialmente di un *escamotage* finalizzato a introdurre nel sistema più o meno surrettiziamente elementi di flessibilità in precedenza esclusi, svolgendo le agenzie fornitrici, oltre che la funzione di mediazione fra domanda e offerta, una funzione di schermo a difesa delle imprese utilizzatrici contro le possibili pretese di stabilità dei lavoratori (199). Altri ancora, superata l'ostilità espressa in precedenza nei confronti dell'introduzione della nuova fattispecie nel nostro ordinamento, hanno per così dire fatto buon viso a cattivo gioco, prendendo obbiettivamente atto della scelta del legislatore, ma limitando la sua portata a una deroga ben circoscritta al divieto di interposizione posto dalla legge del 1960 e sottolineando come questo resti la regola generale, rispetto alla quale quella del 1997 costituirebbe soltanto un'eccezione (200).

Una valutazione assai meno riduttiva del nuovo istituto creato dalla legge del 1997 è data invece da chi sottolinea la molteplicità di funzioni utili sul piano economico e sociale che il nuovo ordinamento affida all'agenzia fornitrice di manodopera: non soltanto il ruolo di promozione dell'incontro fra domanda e offerta nel mercato, che si nutre di una peculiare capacità di selezione dell'una in relazione all'altra secondo criteri oggettivi e marcatamente professionali, ma anche la funzione di formazione e addestramento specifico del personale, quella di gestione amministrativa dei rapporti di lavoro (resa sempre più onerosa per le aziende dal moltiplicarsi e complicarsi degli adempimenti previdenziali e fiscali), quella di gestione del rischio inerente alle sopravvenienze, quella di impostazione del rapporto con i singoli lavoratori secondo tecniche specifiche volte a incrementarne la motivazione e la produttività, nonché infine la

funzione — non certo ultima per importanza — di fluidificazione dell'accesso al mercato dell'occupazione regolare in favore dei lavoratori più deboli ed esposti al rischio dell'esclusione (201). In questo ordine di idee il nuovo strumento giuridico, costituito dal rapporto trilatero fra agenzia, lavoratore e impresa utilizzatrice, lungi dall'essere visto come mera deroga eccezionale a un divieto generale, viene presentato dalla dottrina meno legata ai vecchi schemi della cultura giuslavoristica addirittura come una « nuova forma giuridica di lavoro dotata di logiche sue proprie rispetto a quelle del tipo legale lavoro subordinato di cui all'art. 2094 » (202).

Lo « strappo » — come oggi si usa dire — compiuto dal legislatore del 1997 rispetto al passato è fuori discussione; tuttavia a me sembra che, per la parte relativa al rapporto di lavoro, non ne sia nato un tipo legale nuovo rispetto a quello definito dall'art. 2094 del codice (203). Nella sezione precedente di questo capitolo (§ 120) mi sono proposto di mostrare come la nozione di lavoro subordinato desumibile da questa norma non sia affatto incompatibile con la pattuizione che obbliga il lavoratore nei confronti di un determinato soggetto (qui l'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo) a svolgere l'attività dedotta in contratto nell'interesse e sotto la direzione di un terzo soggetto. E ancor meno mi sembra che possa ravvisarsi tale incompatibilità della nuova fattispecie con il vecchio tipo legale, quando possa giungersi — e vedremo che può giungersi: v. § 144 — a considerare anche l'utilizzatore terzo quale co-datore di lavoro insieme all'agenzia fornitrice: così come, a mio avviso, non è incompatibile con il vecchio tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa lo sdoppiamento della persona del lavoratore nell'ambito dello stesso rapporto, mediante la pattuizione della coobbligazione solidale di due persone per la medesima prestazione di lavoro (c.d. *job sharing*) (204), allo stesso modo non è incompatibile con il vecchio tipo legale lo sdoppiamento della figura del datore di lavoro.

140. Il collegamento negoziale fra i due contratti stipulati dall'agenzia fornitrice. — Le prime costruzioni teoriche convergono nel ravvisare nella nuova fattispecie non un unico contratto stipulato dai tre soggetti interessati, bensì due contratti fra loro collegati (205): quello che la legge indica all'art. 1 come « contratto di fornitura di lavoro temporaneo », stipulato dall'agenzia fornitrice con l'impresa utilizzatrice, e quello che la stessa legge indica all'art. 3 come « contratto per prestazioni di lavoro temporaneo », stipulato dall'agenzia con il lavoratore; e si parla per lo più, a questo proposito, di collegamento *necessario*.

Il riferimento alla categoria del collegamento necessario è corretto se con esso si intende sottolineare che il contratto di fornitura di lavoro temporaneo è per sua natura destinato a essere attuato, di norma, mediante la stipulazione di un contratto per prestazioni di lavoro temporaneo stipulato con un lavoratore. Lo stesso riferimento mi pare invece inesatto se con esso si intende affermare — come qualche Autore sembra fare, attribuendo al concetto di collegamento necessario un sovrappiù di contenuto — che un contratto per prestazioni di lavoro temporaneo non possa essere validamente stipulato se non in presenza e in funzione dell'attuazione di un determinato contratto di fornitura, e che l'eventuale inesistenza o invalidità di quest'ultimo determini l'invalidità del primo (secondo la regola per cui *accessorium sequitur principale*) (206). A mio avviso, invece, non soltanto la validità di ciascuno dei due contratti, ma anche la possibilità concreta dell'attuazione del rapporto contrattuale sussiste indipendentemente dalla sussistenza e validità dell'altro contratto.

Valido ed efficace pur in difetto del contratto collegato è, innanzitutto, il contratto di fornitura di lavoro, dal momento che — nell'ipotesi in cui la fornitrice non riesca a reperire il lavoratore temporaneo corrispondente alle esigenze della utilizzatrice — esso può essere onorato in modo esatto anche mediante distacco (§ 146) da parte della fornitrice stessa di un proprio dipendente titolare di rapporto di lavoro ordinario, quando questi vi acconsenta: ancorché atipico rispetto allo schema previsto dal legislatore, questo modo di adempiere il contratto non aggirerebbe alcuna protezione del lavoratore, il quale sarebbe, anzi, meglio tutelato di quanto sarebbe il lavoratore assunto appositamente per la singola prestazione temporanea; sarebbe dunque assurdamente formalistico considerare illecita questa operazione. Nulla vieta, poi, a mio avviso, che l'obbligazione dedotta nel contratto di fornitura venga eccezionalmente adempiuta dall'agenzia anche mediante il ricorso a una seconda agenzia che disponga del lavoratore con le caratteristiche richieste e lo ingaggi nelle forme prescritte; il rapporto in tal modo instaurato fra le due agenzie si configura come un contratto atipico, ma idoneo a produrre gli effetti voluti in quanto gli interessi perseguiti non hanno alcunché di illecito e la garanzia dei crediti del lavoratore coinvolto è addirittura triplicata.

Per converso, anche il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo stipulato dall'agenzia con il lavoratore è idoneo a produrre, almeno in parte, i propri effetti indipendentemente dalla stipulazione o dalla concreta attuazione del corrispondente contratto di fornitura. Questo è immediatamente evidente in riferimento al contratto fra agenzia e lavoratore a tempo *indeterminato*, del quale, come vedremo fra breve (§ 142), è la legge stessa a disciplinare gli effetti nel caso in cui per un determinato segmento temporale faccia difetto un contratto di fornitura corrispondente. Ma il collegamento con il contratto di fornitura non costituisce presupposto indispensabile neppure per la validità ed efficacia del contratto di lavoro a tempo *determinato*: qualora venisse meno la possibilità di inviare il lavoratore temporaneo già ingaggiato presso l'impresa utilizzatrice, secondo quanto originariamente programmato (ad esempio, per la sopravvenuta indisponibilità dell'utilizzatrice a stipulare il contratto di fornitura o a ricevere la prestazione), l'agenzia fornitrice sarebbe comunque tenuta a retribuirlo in adempimento del contratto; con il consenso del lavoratore, poi, essa potrebbe sanare la propria mora creditoria verso di lui inviandolo in missione presso un'altra impresa, previa variazione della relativa indicazione scritta nel contratto individuale, come è espressamente previsto dal primo contratto collettivo nazionale di categoria, stipulato nel 1998 (207). Nonostante che — come vedremo a suo luogo (§ 142) —, per esigenze di trasparenza, nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo debbano essere indicati i motivi dell'assunzione e l'impresa destinataria, l'eventuale incapacità sopravvenuta dell'agenzia fornitrice di dar seguito all'invio del

lavoratore secondo il programma originario genera dunque soltanto una situazione di irregolarità amministrativa, ma non di vera e propria disfunzione causale del contratto. Si osservi peraltro in proposito come la sanzione della trasformazione del contratto per prestazioni temporanee in contratto a tempo indeterminato sia comminata dall'art. 10, 2° c., soltanto per il caso di omissione dell'indicazione nel contratto della data di inizio e termine della missione e non per il caso di omissione o errata indicazione dell'impresa utilizzatrice (208). Va infine annotato che lo stesso contratto collettivo di categoria prevede addirittura la possibilità che, in caso di « interruzione della missione » prima della scadenza prefissata, l'agenzia datrice di lavoro possa utilizzare il lavoratore anche all'interno della propria organizzazione, purché in mansioni compatibili con la sua qualifica (209): previsione, questa, che contiene forse una forzatura rispetto alle rigide formalità prescritte dalla legge per la legittimità dell'assunzione a termine, ma che a mio avviso può considerarsi sostanzialmente legittima se interpretata nel senso della sua applicabilità nei soli casi in cui l'impossibilità di invio del lavoratore presso l'impresa utilizzatrice sia imputabile esclusivamente a un inadempimento contrattuale di quest'ultima e possa quindi escludersi qualsiasi intento fraudolento da parte dell'agenzia. Se quanto fin qui osservato ha fondamento, ne consegue l'indifferenza della successione temporale fra i due contratti: l'agenzia fornitrice può, a seconda delle convenienze del momento, sottoscrivere prima il contratto con il lavoratore e poi quello con l'utilizzatore, o viceversa.

141. Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo. — Il contratto fra l'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo e l'impresa utilizzatrice costituisce un nuovo tipo legale a sé stante, a mio avviso non riconducibile alla figura dell'appalto (210). La riconducibilità all'appalto non va, a mio avviso, esclusa per il fatto che oggetto del contratto di fornitura sia una prestazione « di mezzi » e non « di risultato » (211): basti considerare in proposito che anche l'appalto di servizi a carattere continuativo (art. 1677 c.c.) ha per oggetto lo svolgimento di una mera attività e non la realizzazione di un *opus*; tuttavia mentre nell'appalto di servizi questi vengono eseguiti mediante un'organizzazione di natura imprenditoriale (§ 132), nel caso della fornitura di lavoro temporaneo la prestazione consiste esclusivamente nel porre un lavoratore a disposizione del committente, facendo in essa difetto qualsiasi attività di organizzazione dell'attività del lavoratore. È ben vero che, per essere pronto a svolgere la prestazione dedotta in contratto, il fornitore deve essere dotato di un'organizzazione di natura imprenditoriale; e che — come si è visto a suo luogo — la legge addirittura subordina la legittimità dello svolgimento di questa attività al requisito di una rilevante consistenza e articolazione dell'organizzazione del fornitore; ma — come pure si è visto (§ 134) — nel contratto di fornitura di lavoro il carattere imprenditoriale dell'attività del fornitore si esprime interamente *nella fase preparatoria* e non nella fase esecutiva della prestazione. Quelli di cui si parla comunemente come di « servizi » che l'agenzia fornisce all'impresa utilizzatrice, e precisamente la selezione, formazione e gestione amministrativa del personale, non costituiscono, a ben vedere, oggetto del contratto, ma soltanto attività preliminari per la sua esecuzione. Se a una categoria civilistica tradizionale deve farsi riferimento, a proposito del contratto in esame, essa è semmai quella del contratto di somministrazione: alla somministrazione di cose tipizzata dall'art. 1559 c.c. si aggiunge ora la somministrazione di lavoro, tipizzata dall'art. 1 della legge del 1997 (212).

Pur non essendo questo pacifico in dottrina, a me pare indubbio che oggetto del contratto non sia soltanto la « messa a disposizione » del lavoratore, bensì la prestazione stessa di lavoro (e proprio il carneluttiano « contratto di lavoro subordinato altrui ») (213). Onde non soltanto l'eventuale difetto di presenza e disponibilità del lavoratore nel luogo pattuito, ma anche l'eventuale difetto di subordinazione o di diligenza nell'esecuzione dell'attività lavorativa costituisce inadempimento (anche) dell'agenzia fornitrice (214): su quest'ultima grava di regola, oltre al rischio della malattia o altra sopravvenienza impeditiva dell'attività del lavoratore, anche il rischio della sua scorrettezza nell'adempimento. Si osservi, tuttavia, che quello di cui stiamo parlando è soltanto l'assetto negoziale normale degli interessi delle due parti: nessuna norma inderogabile impedisce che fornitrice e utilizzatrice si accordino per una diversa distribuzione dei rischi di cui si è detto (215).

Se la fornitura della prestazione lavorativa subordinata all'impresa utilizzatrice costituisce l'oggetto immediato del contratto, la sua funzione economica può non ridursi a questo: un interesse ulteriore, e persino predominante, legittimamente perseguito dall'impresa utilizzatrice mediante il contratto può consistere anche nella sperimentazione del lavoratore in funzione di una successiva assunzione a tempo indeterminato: questa funzione di selezione e collocamento dei lavoratori — come si è già sottolineato a suo luogo (§ 29) — è sottolineata e al tempo stesso garantita dal divieto dell'inserimento nel contratto di fornitura di lavoro temporaneo fra agenzia e impresa utilizzatrice di qualsiasi « clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'impresa utilizzatrice di assumere il lavoratore al termine del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo » (art. 1, c. 6°), nonché dell'inserimento nel contratto di lavoro temporaneo fra l'agenzia stessa e il lavoratore di qualsiasi clausola « che limiti, anche in forma indiretta, la facoltà del lavoratore di accettare l'assunzione da parte dell'impresa utilizzatrice dopo la scadenza del contratto di fornitura di lavoro temporaneo » (art. 3, c. 6°).

A norma dell'art. 2, il contratto di fornitura può essere validamente stipulato, dal lato della fornitrice, soltanto da soggetti che rispondano ai requisiti di cui ho detto a suo luogo, trattando della disciplina del mercato del lavoro (§ 29), sotto pena di nullità del contratto e di applicazione delle sanzioni previste dalla legge n. 1369/1960 (§§ 136-138) (art. 10, 1° c.) (216). Dall'altro lato, invece, il contratto può essere stipulato da chiunque, persona fisica o giuridica, imprenditore o non imprenditore, soggetto di diritto pubblico o di diritto privato; anche dal *quibus de populo* interessato occasionalmente a disporre di un lavoratore ad esempio per la preparazione di una cena, per l'esecuzione di un lavoro di dattiloscrittura, o per lo sgombero di una cantina (217). Se è vero, infatti, che negli artt. 1-10 della legge si parla sempre di « impresa utilizzatrice », tuttavia il secondo comma dell'art. 11 precisa che « le disposizioni della presente

legge che si riferiscono all'impresa utilizzatrice sono applicabili anche a soggetti non imprenditori ».

Ai fini della necessaria trasparenza dell'intera operazione, il 5° comma dell'art. 1 impone, sotto pena di nullità del contratto e di applicazione delle sanzioni previste dalla legge n. 1369/1960 (art. 10, 1° c.), che il contratto di fornitura sia stipulato in forma scritta e contenga la precisa indicazione di tutti gli elementi rilevanti del rapporto: numero dei lavoratori richiesti, mansioni a cui verranno adibiti, corrispondente inquadramento, luogo e orario delle prestazioni, trattamento che verrà riservato ai lavoratori stessi dall'agenzia, obblighi delle parti fra di loro e loro obblighi solidali verso i lavoratori utilizzati, durata del contratto di fornitura, estremi dell'autorizzazione rilasciata dall'autorità amministrativa all'agenzia fornitrice.

Il contratto deve inoltre essere preceduto — salvi comprovati motivi di urgenza, nel qual caso l'obbligo può essere adempiuto entro cinque giorni dalla stipulazione — dall'informazione, fornita dall'impresa utilizzatrice alle rappresentanze sindacali aziendali, o in loro mancanza alle « associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale » (qui non compare il requisito restrittivo della maggiore rappresentatività *comparativa*), circa i motivi del ricorso al lavoro temporaneo e il numero dei lavoratori richiesti (art. 7, 4° c., lett. a). Inoltre, ogni dodici mesi, alle stesse controparti sindacali devono essere comunicati — anche per il tramite dell'associazione imprenditoriale — i dati complessivi relativi al ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia, con riferimento non soltanto ai motivi e al numero dei contratti, ma anche alla loro durata e al numero e qualifica dei lavoratori temporanei coinvolti (lett. b).

Le note diffidenze di parte sindacale nei confronti di questa forma di organizzazione del lavoro (v. § 29) hanno indotto il legislatore a porre numerosi limiti oggettivi alla possibilità di utilizzazione da parte delle imprese del contratto di fornitura di lavoro, salva la possibilità di superamento di tali limiti ad opera della contrattazione collettiva. In assenza di diversa disposizione collettiva applicabile, il contratto di fornitura è consentito soltanto per prestazioni di carattere temporaneo (lo si desume dal nome stesso che il legislatore ha assegnato al contratto) ed è vietato, sotto pena di nullità e applicazione delle sanzioni previste dalla legge n. 1369/1960 (art. 10, 1° c.):

— quando l'esigenza per la quale esso viene stipulato sia suscettibile di essere soddisfatta con l'organico aziendale normale (art. 1, 2° c., lett. b);

— quando la fornitura riguardi qualifiche già « previste dai normali assetti produttivi aziendali » (ancora art. 1, 2° c., lett. b: la disposizione sembra dunque impedire il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo per esigenze a cui l'impresa possa far fronte per mezzo del lavoro straordinario), salvo che la fornitura sia resa necessaria per sostituzione di lavoratori assenti (lett. c), fermo restando comunque il divieto di sostituzione con lavoratori forniti dall'agenzia di lavoratori in sciopero (4° c., lett. b);

— nei settori dell'agricoltura e dell'edilizia (art. 1, 3° c.), dove però il divieto è stato limitato alle qualifiche operaie con l'art. 64 della legge 23 dicembre 1999 n. 488;

— « per le mansioni individuate dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, con particolare riferimento alle mansioni il cui svolgimento può presentare maggiore pericolo per la sicurezza del prestatore di lavoro o di soggetti terzi » (4° c., lett. a, come modificato dall'art. 64 della legge 23 dicembre 1999 n. 488) (218);

— « presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i dodici mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce la fornitura » (4° c., lett. c), o dove sia in corso, per le stesse mansioni, una sospensione del lavoro con intervento della Cassa integrazione guadagni (4° c., lett. d);

— a favore di imprese che non abbiano adempiuto l'obbligo della valutazione dei rischi di cui all'art. 4 del D.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 (4° c., lett. e);

— « per le lavorazioni che richiedono sorveglianza medica speciale e per lavori particolarmente pericolosi » individuati con decreto ministeriale (4° c., lett. f: in attuazione della norma è stato emanato il D.M. 31 maggio 1999) (219).

Le prime due limitazioni sopra menzionate non si applicano quando oggetto della prestazione sia una attività lavorativa di livello dirigenziale (art. 11, 1° c.) (220).

Le prime tre limitazioni sopra menzionate possono essere superate mediante « contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente maggiormente rappresentativi » (221), i quali possono peraltro porre dei limiti percentuali al numero di lavoratori temporanei rispetto all'organico delle aziende utilizzatrici (art. 1, 8° c.) (222). Nel possibile conflitto di interessi fra *insiders* e *outsiders* circa la praticabilità del lavoro temporaneo tramite agenzia (che vede sovente i primi interessati a limitare la concorrenza dei secondi, in particolare sul terreno delle « punte » di produzione cui si può far fronte anche con il lavoro straordinario), il legislatore ha scelto dunque di privilegiare l'interesse dei primi (223): non è dato, infatti, spiegare altrimenti la precisa menzione, come possibile fonte di deroga al limite posto dalla legge, dei contratti « della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice », che sembra escludere la possibilità di deroga negoziata invece, ad esempio, mediante un contratto collettivo interconfederale. Se questa è l'interpretazione corretta della disposizione, essa offre il fianco, per questo aspetto, a una censura di incostituzionalità.

Nulla vieta che il contratto di fornitura contenga una « clausola di gradimento », volta a consentire all'utilizzatore di rifiutare il lavoratore avviato in seguito a un primo periodo di sperimentazione delle sue capacità (224). Delle conseguenze dell'esercizio della facoltà di rifiuto da parte dell'utilizzatore diremo trattando del patto di prova (§ 142).

142. Il contratto fra l'agenzia fornitrice e il lavoratore. — Ho già detto (§ 139) che il contratto con cui l'agenzia fornitrice ingaggia il lavoratore per porsi in condizione di adempiere il contratto di fornitura con l'impresa utilizzatrice è, a mio avviso, suscumbibile nel tipo legale definito dall'art. 2094 c.c., possedendone tutti gli elementi essenziali e

caratterizzandosi in seno ad esso per un elemento aggiuntivo: la pattuizione della disponibilità del lavoratore a prestare la propria attività sotto la direzione di un utilizzatore terzo. In questo ordine di idee, la fattispecie può considerarsi assoggettata alla disciplina generale del tipo legale maggiore, salve le deroghe e le tutele aggiuntive disposte dalla legge n. 196/1997.

Il primo comma dell'art. 3 della legge attribuisce alle parti individuali la piena libertà di scelta fra la stipulazione del contratto a tempo indeterminato, oppure « a tempo determinato corrispondente alla durata della prestazione lavorativa presso l'impresa utilizzatrice »: quest'ultima opzione è dunque svincolata dai limiti posti in precedenza dall'ordinamento per la stipulazione del contratto a termine e indirettamente assoggettata soltanto ai limiti posti dall'art. 1 della nuova legge per la stipulazione del contratto di fornitura di lavoro temporaneo fra agenzia e utilizzatore (§ 141). Il contratto di lavoro deve essere stipulato in forma scritta (art. 3, 3° c.), sotto pena di costituzione automatica del rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'impresa fornitrice (art. 10, 2° c.) (225). Quando si tratti di contratto a termine, stipulato in funzione di una singola missione (226), esso deve contenere l'identificazione dell'agenzia e dell'impresa utilizzatrice, dei motivi del ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo da parte di quest'ultima, delle mansioni a cui il lavoratore sarà adibito e del corrispondente inquadramento, dell'eventuale periodo di prova, del luogo di lavoro, dell'orario (che può anche essere parziale) (227) e di ogni altro elemento del trattamento previsto, dei termini iniziale e finale della missione (il termine finale può, ovviamente, essere individuato mediante l'indicazione di un evento *certus an, incertus quando*, quale ad esempio il rientro di un lavoratore/trice da una assenza per malattia o maternità, o il completamento di un determinato lavoro), nonché delle eventuali misure di sicurezza rese necessarie dal tipo di lavoro che dovrà essere svolto (in proposito v. anche gli artt. 3 e 7 della direttiva comunitaria 25 giugno 1991 n. 383, che completa le misure di tutela della sicurezza per i lavoratori con rapporto di lavoro temporaneo). Il patto di prova costituisce lo strumento necessario per il coordinamento della facoltà di recesso dell'agenzia dal contratto a termine con la facoltà di rifiuto del lavoratore eventualmente attribuita all'impresa utilizzatrice per mezzo della « clausola di gradimento » di cui si è detto nel paragrafo precedente (228). Se invece il lavoratore è ingaggiato con contratto a tempo indeterminato, all'agenzia non resta, in caso di rifiuto da parte dell'utilizzatore dopo la scadenza del periodo di prova, che inviare il lavoratore stesso presso altra impresa, oppure farsi carico del periodo di inattività conseguente al rifiuto, oppure ancora — ricorrendone il giustificato motivo — licenziare il lavoratore fornendone adeguata motivazione.

A differenza di numerosi ordinamenti stranieri, la nostra legge non pone esplicitamente alcun limite massimo alla durata del contratto a termine. Un limite in proposito si desume indirettamente dal requisito della *temporaneità* posto dall'art. 1, 2° c., lett. *b* (§ 141) in riferimento alle esigenze che possono essere soddisfatte con il contratto di fornitura, nonché dallo stesso *nomen iuris* utilizzato dal legislatore per indicare la fattispecie: « lavoro temporaneo ». Donde l'implicito (permanere del) divieto del contratto di *staff leasing*, cioè di fornitura di lavoro a tempo indeterminato o comunque per periodi di tempo lunghi (§§ 118 e 134). Nel rispetto del requisito della temporaneità, tuttavia, i contratti nazionali dei diversi settori delle imprese utilizzatrici potrebbero, utilizzando lo spazio riservato dall'art. 1, 2° c., lett. *a* all'autonomia collettiva, prevedere la possibilità di contratti di fornitura per periodi assai più lunghi rispetto alla durata consueta dei contratti a termine: si può pensare, per esempio, a una pattuizione contenuta nel contratto collettivo per il settore terziario che autorizzi la fornitura di tecnici informatici, o di personale esperto in contabilità, in funzione di opere o servizi di notevole durata; oppure a una pattuizione contenuta nel contratto collettivo del settore edile che autorizzi contratti di fornitura di tecnici od operai per la durata dei lavori di un cantiere, che possono protrarsi anche per anni; nel settore dirigenziale, poi, il primo comma dell'art. 11 consente senz'altro, come si è visto, anche senza necessità di una pattuizione collettiva che li preveda, contratti di fornitura di lavoro dirigenziale (c.d. *temporary management*) di lunga durata, ad esempio in funzione della realizzazione di un progetto di ristrutturazione o riconversione aziendale della durata di due o tre anni. Col che ci si avvicina molto alla figura dello *staff leasing*.

Il termine inizialmente stabilito può essere prorogato, sempre in forma scritta e con il consenso del lavoratore interessato, a condizione che ciò sia previsto nel contratto collettivo nazionale di categoria (qui — in assenza della diversa specificazione, che compare invece in altre parti della legge — il riferimento deve intendersi non al contratto collettivo per la categoria cui appartiene l'impresa utilizzatrice, ma al contratto collettivo nazionale per la categoria dei lavoratori temporanei) (229). Qualora la prestazione di lavoro prosegua oltre la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il lavoratore ha diritto a una maggiorazione retributiva del 20 per cento, a carico dell'agenzia se la prosecuzione è stata con essa concordata, altrimenti a carico dell'impresa utilizzatrice. Se la prestazione prosegue per più di dieci giorni oltre il termine (che non sia stato validamente prorogato), da quel momento si costituisce automaticamente un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice (art. 10, 3° c.).

Da quanto detto fin qui sulla disciplina del contratto a termine stipulato dall'agenzia con il lavoratore emergono alcune analogie, ma anche alcune rilevanti diversità di disciplina del contratto stesso rispetto al contratto a termine di lavoro ordinario, regolato dalla legge 18 aprile 1962 n. 230. Deve comunque escludersi qualsiasi applicazione estensiva o analogica di quella vecchia legge alla nuova fattispecie, stante la sua marcata specialità: in questo senso è orientata la maggior parte dei primi commenti dottrinali (230).

L'agenzia fornitrice è obbligata nei confronti del lavoratore a informarlo sui rischi specifici dell'attività a cui verrà adibito e ad addestrarlo opportunamente a essa, salvo che il contratto di fornitura collochi quest'obbligo in capo all'impresa utilizzatrice: clausola che deve in tal caso essere menzionata espressamente nel contratto di lavoro (art. 3, 5° c.) (231). La stessa agenzia è la debitrice principale nei confronti del lavoratore del trattamento economico, che non

puo` essere inferiore a quello cui hanno diritto i lavoratori di pari livello titolari di rapporto di lavoro ordinario con l'impresa utilizzatrice; per la parte della retribuzione correlata all'andamento della produzione o ai risultati economici dell'impresa utilizzatrice (premi di produzione, forme di partecipazione agli utili, ecc.) dispongono i contratti collettivi delle imprese utilizzatrici (art. 4, 2° c.) (232); il lavoratore temporaneo non puo`, tuttavia, essere inquadrato al « livello piu` basso quando tale inquadramento sia considerato dal contratto collettivo come avente carattere esclusivamente transitorio » (art. 4, 2° c., periodo aggiunto a norma dell'art. 64 della legge 23 dicembre 1999 n. 488).

Quando il contratto di lavoro e` a tempo indeterminato, in esso deve essere fissata la misura dell'« indennita` di disponibilita` » — di cui il terzo comma dell'art. 4 prevede il carattere mensile e la suddivisione in quote orarie — destinata a remunerare il lavoratore per gli intervalli tra una missione e l'altra o per il tempo di non lavoro nel caso di impiego a tempo parziale. La norma prevede in proposito la fissazione di uno standard minimo mediante decreto ministeriale (e` questo uno dei rari casi nei quali l'autorita` statale interviene in materia di standard retributivi) (233), al di sopra del quale la materia e` ovviamente riservata all'autonomia collettiva (234) e all'autonomia delle parti individuali. Suscita qualche dubbio di costituzionalita` il quarto comma dello stesso art. 4, che prevede una sorta di assorbimento dell'indennita` nella retribuzione percepita dal lavoratore il quale nel corso del mese sia stato impegnato in una missione: se di « indennita` di disponibilita` » deve trattarsi, cioe` di remunerazione per un periodo di inattivita` durante il quale il lavoratore si e` tenuto a disposizione dell'agenzia, l'assorbimento dell'indennita` nella retribuzione per il lavoro prestato sembra contrastare con il principio di proporzionalita` di cui all'art. 36 Cost. La norma puo` essere salvata soltanto ignorandosi il *nomen* attribuito dalla legge all'emolumento e considerandosi l'« indennita` » come una « retribuzione minima » che la legge impone di garantire al lavoratore, indipendentemente dalla quantita` del lavoro prestato nell'arco del mese; in questo senso sembra orientata la maggior parte dei primi commentatori (235).

Il gia` citato contratto collettivo nazionale prevede che nei periodi trascorsi in disponibilita` non maturi il diritto alle ferie e alle mensilita` aggiuntive (236).

Si discute se nel caso del contratto a tempo indeterminato si applichino i limiti allo *ius variandi* posti dall'art. 2103 c.c. in riferimento alla variazione delle mansioni assegnate al lavoratore nel succedersi delle missioni presso le imprese clienti dell'agenzia. La soluzione a mio avviso preferibile e` senz'altro quella della non applicabilita` della regola generale: anche nell'interesse del lavoratore, che vedrebbe altrimenti ridursi le occasioni di lavoro e allungarsi i periodi di « disponibilita` » non lavorati (237). Che l'art. 2103 c.c. non si applichi nel rapporto fra agenzia e lavoratore in riferimento al succedersi di contratti a termine e` invece fuori discussione.

Il primo contratto collettivo nazionale del settore ha previsto l'inquadramento dei lavoratori temporanei in tre categorie: personale direttivo (compresi gli impiegati con funzioni di direzione o coordinamento di altro personale), personale di concetto o comunque specializzato, dotato di apprezzabile autonomia operativa, e personale qualificato e d'ordine (238). Tale inquadramento rileva tuttavia soltanto ai fini della determinazione della durata massima del periodo di prova (239) e della possibilita` di anticipazione dell'inizio della missione rispetto all'inizio dell'assenza del lavoratore da sostituire (240); ma non dovrebbe essere interpretato nel senso di precostituire una limitazione della variabilita` delle mansioni via via assegnabili al lavoratore nell'ambito di diversi contratti a termine, dal momento che una siffatta limitazione e` espressamente menzionata dallo stesso contratto collettivo soltanto in riferimento al caso particolare dell'« interruzione di missione » con conseguente riutilizzazione del lavoratore presso altra impresa utilizzatrice (241). D'altra parte, l'ampiezza di ciascuna delle tre categorie individuate dal contratto collettivo e` tale da rendere anche questa limitazione assai poco rilevante sul piano pratico.

I prestatori di lavoro temporaneo dipendenti da una stessa agenzia, pur operando presso aziende diverse, hanno « uno specifico diritto di riunione secondo la normativa vigente e con le modalita` specifiche determinate dalla contrattazione collettiva » (art. 7, 3° c.): questa formulazione un po' sibillina utilizzata dal legislatore deve probabilmente essere interpretata nel senso che il diritto in questione costituisce una specificazione del diritto di assemblea di cui all'art. 20 St. lav. (§ 58), ma i modi del suo esercizio devono essere adattati alla particolare struttura trilatera del rapporto di lavoro; spetta alla contrattazione collettiva (del settore del lavoro temporaneo tramite agenzia), anche di livello aziendale, compiere tale adattamento, in modo che non ne derivi aggravio per le imprese utilizzatrici (sulle quali, come vedremo tra breve, grava anche l'onere ulteriore della partecipazione dei lavoratori temporanei alle assemblee dei dipendenti ordinari) e contemperando equamente gli interessi dell'agenzia con quelli dei prestatori da essa dipendenti (242).

Il prestatore di lavoro temporaneo e` soggetto al potere disciplinare dell'agenzia datrice di lavoro, la quale lo esercita, nelle forme previste dall'art. 7 St. lav., anche — ma non necessariamente — sulla base delle contestazioni che le pervengano dall'impresa utilizzatrice (art. 6, 5° c.). L'agenzia stessa non e` invece dotata — di regola, e salvo quanto si dira` in proposito nel paragrafo seguente — di alcun potere direttivo o di controllo sulla prestazione lavorativa del lavoratore, essendo tali poteri attribuiti in via esclusiva all'impresa utilizzatrice.

Nell'ordine di idee sopra proposto (§ 139), secondo cui il contratto e` riconducibile al tipo legale maggiore di cui all'art. 2094 c.c., il prestatore di lavoro temporaneo ingaggiato a tempo indeterminato deve ritenersi vincolato — salva pattuizione contraria — all'obbligo di non concorrenza *ex* art. 2105 c.c. nei confronti dell'agenzia datrice di lavoro, che gli vieta di farsi ingaggiare da altre agenzie fornitrici di lavoro temporaneo nei periodi di inattivita`. Lo stesso obbligo in linea teorica potrebbe (ma si tratta soltanto di un'ipotesi di scuola) essere esteso al periodo successivo alla cessazione del rapporto con un patto di non concorrenza rispondente ai requisiti di cui all'art. 2125 c.c.; ma il divieto pattuito potrebbe riguardare soltanto il lavoro per altre agenzie di fornitura di lavoro temporaneo (243).

I prestatori di lavoro temporaneo, siano essi assunti a termine o a tempo indeterminato, non sono computati ne`

nell'organico dell'agenzia ai fini del collocamento obbligatorio dei disabili (§§ 40-46), ne' nel flusso delle assunzioni ai fini della riserva di una quota di esse alle categorie protette a norma dell'art. 25 della legge n. 223/1991 (§§ 27 e 47), restando l'agenzia assoggettata ai relativi obblighi soltanto in riferimento al personale assunto con contratto di lavoro ordinario (art. 2, 8° c.).

143. Il rapporto fra il lavoratore e l'utilizzatore. — Secondo lo schema tipizzato dalla legge del 1997, tra lavoratore e impresa utilizzatrice non interviene alcun contratto. Cio' non toglie che tra i due soggetti, per effetto dei contratti da loro rispettivamente stipulati con l'agenzia fornitrice, sorgano alcuni degli obblighi tipicamente propri del contratto di lavoro subordinato, al punto che la legge fa riferimento a un vero e proprio « rapporto di lavoro » tra di essi (art. 4, c. 1°). Può dunque senz'altro escludersi che si tratti soltanto di un rapporto di fatto.

A carico del lavoratore sorge l'obbligo di svolgere « la propria attività secondo le istruzioni impartite dall'impresa utilizzatrice », essendo egli « tenuto inoltre all'osservanza di tutte le norme di legge e di contratto collettivo applicate ai lavoratori dipendenti » dell'impresa stessa (art. 4, c. 1°), quindi anche, in particolare, dell'obbligo di svolgimento diligente e tecnicamente adeguato della prestazione lavorativa (art. 2104 c.c.), nonché degli obblighi di non concorrenza e di segreto aziendale di cui all'art. 2105 c.c.

Sull'impresa utilizzatrice (244), per converso, gravano nei confronti del lavoratore tutti gli obblighi di sicurezza e protezione, ivi compreso quello di informazione sulle misure protettive particolari in ipotesi necessarie in relazione a rischi specifici e quello di una « sorveglianza medica speciale », ove necessaria (245) (v. in proposito anche la già citata direttiva comunitaria n. 383/1991, specificamente destinata alla tutela della sicurezza dei lavoratori temporanei). Inoltre l'utilizzatrice deve consentire al lavoratore di esercitare tutti i diritti di libertà e di attività sindacale, in particolare di partecipare alle assemblee del personale appartenente all'organico permanente (art. 7, 2° c.). Il lavoratore ha diritto a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatrice addetti alla stessa unità produttiva, « esclusi quelli il cui godimento sia condizionato all'iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio » (art. 6, 4° c.).

L'impresa utilizzatrice è titolare, oltre che del potere direttivo e di controllo sulla prestazione di lavoro (art. 3, c. 2°), anche dello *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c., nella stessa misura e negli stessi limiti in cui ne dispone il datore di lavoro nel contratto di lavoro subordinato ordinario, salvo che, in funzione di qualche esigenza particolare o delle caratteristiche professionali del lavoratore, il contratto di fornitura contenga limitazioni particolari in proposito.

Quando, nell'esercizio di quella facoltà, al prestatore vengano assegnate mansioni superiori rispetto alle originarie, l'agenzia fornitrice deve esserne immediatamente informata (art. 6, 2° c.); questa ipotesi, espressamente prevista dalla legge, presuppone logicamente che l'adeguamento del corrispettivo dovuto dall'utilizzatrice all'agenzia costituisca un elemento naturale del contratto di fornitura; il quale può peraltro disporre diversamente, ad esempio prevedendo che la differenza di retribuzione conseguente all'assegnazione al lavoratore di mansioni superiori sia pagata direttamente dall'impresa utilizzatrice (cio' che comunque è disposto dalla legge per il caso in cui quest'ultima non abbia provveduto tempestivamente a informare della variazione delle mansioni l'agenzia fornitrice: art. 6, 2° c.).

Salvo il caso teste' menzionato, l'impresa utilizzatrice non è obbligata in via principale al pagamento della retribuzione del lavoratore temporaneo; essa, tuttavia, risponde in solido (art. 6, 3° c.) dell'obbligo retributivo e contributivo in ipotesi non adempiuto dall'agenzia fornitrice, per la parte non coperta dal deposito cauzionale cui l'agenzia stessa è tenuta a norma del secondo comma dell'art. 2, lett. c (§ 29).

A norma del quinto comma dell'art. 6 il prestatore di lavoro inviato dall'agenzia non è computato nell'organico dell'impresa utilizzatrice ai fini del collocamento obbligatorio dei disabili (§§ 40-46) o di qualsiasi altra disposizione di legge o di contratto collettivo il cui campo di applicazione sia correlato alle dimensioni dell'azienda o dell'unità produttiva; e non è computato neppure nel flusso delle assunzioni ai fini della riserva di una quota di esse alle categorie protette a norma dell'art. 25 della legge n. 223/1991 (§§ 27 e 47). La stessa impresa utilizzatrice risponde tuttavia nei confronti dei terzi per i danni ad essi arrecati dal prestatore di lavoro temporaneo nell'esercizio delle sue mansioni (7° c.); si discute se la responsabilità risarcitoria verso i terzi si estenda anche all'agenzia fornitrice (246).

A norma del 3° comma dell'art. 10, se la prestazione di lavoro temporaneo continua per più di dieci giorni dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, « il lavoratore si considera assunto a tempo indeterminato dall'impresa utilizzatrice dalla scadenza del termine stesso » (247).

144. Agenzia fornitrice e impresa utilizzatrice come co-datrici di lavoro del lavoratore temporaneo. — Dal quadro tracciato nei due paragrafi precedenti emerge con evidenza come gli elementi che nel rapporto di lavoro subordinato ordinario integrano la normale posizione giuridica del datore di lavoro, legati tra loro da un collegamento funzionale apparentemente inscindibile — si pensi al nesso tra potere direttivo o di controllo e potere disciplinare, oppure al nesso fra potere organizzativo e uso della retribuzione in funzione incentivante —, nel rapporto di lavoro temporaneo tramite agenzia si scindano, venendo imputati *esclusivamente all'impresa fornitrice* (potere disciplinare, ivi compreso quello di licenziamento per inadempimento del lavoratore; facoltà di recesso unilaterale per decorso del termine di comporta in caso di malattia del lavoratore, o per motivi obbiettivi nel contratto a tempo indeterminato; obblighi amministrativi inerenti alla costituzione, svolgimento e cessazione del rapporto di lavoro), oppure *esclusivamente all'impresa utilizzatrice*, salva diversa pattuizione fra le parti (potere direttivo, organizzativo e di controllo sulla prestazione; *ius variandi*), oppure *in parte all'una e in parte all'altra* (obblighi retributivo e contributivo, che gravano in via principale sull'agenzia in relazione alle mansioni dedotte nel contratto di fornitura, ma possono gravare sull'utilizzatrice in caso di insolvenza dell'agenzia, o in caso di prosecuzione non concordata della prestazione lavorativa oltre il termine, o ancora per la differenza relativa alle mansioni superiori assegnate al lavoratore, in caso di omessa tempestiva comunicazione;

obblighi di sicurezza; obblighi corrispondenti ai diritti di riservatezza del lavoratore; obblighi corrispondenti ai suoi diritti sindacali); vi è infine un elemento costitutivo della posizione giuridica del datore di lavoro che nel rapporto trilatero delineato dalla nuova legge viene imputato *contemporaneamente all'una e all'altra impresa*: il diritto al corretto svolgimento da parte del lavoratore della prestazione lavorativa, prestazione che costituisce oggetto al tempo stesso del contratto di lavoro temporaneo e del contratto di fornitura e della quale entrambe le imprese devono essere considerate a tutti gli effetti come creditrici.

Ne risulta pienamente confermata la costruzione del rapporto trilatero come rapporto di lavoro caratterizzato dalla « duplicazione del creditore della prestazione lavorativa » (248). Ciò che trattiene una parte della dottrina dal qualificare l'impresa utilizzatrice come (co-)datore di lavoro è probabilmente l'abitudine a collegare inscindibilmente alla posizione di datore di lavoro l'assunzione di un obbligo *lato sensu* assicurativo verso il lavoratore contro il rischio delle sopravvenienze negative del rapporto, mentre la nuova legge ha inteso esplicitamente esonerarne del tutto l'impresa « cliente », accollando tale rischio interamente all'agenzia fornitrice. Ma una volta che si entri nell'ordine di idee che quel rischio può — nel rispetto delle opportune garanzie di trasparenza e affidabilità dei soggetti interessati — essere oggetto di una transazione commerciale, per mezzo della quale il datore di lavoro trasferisce la funzione assicurativa nei confronti del lavoratore a un soggetto specializzato nella gestione del relativo rischio, viene meno ogni ostacolo concettuale allo « sdoppiamento » della figura del datore di lavoro e alla configurabilità di un rapporto di lavoro caratterizzato dalla compresenza di due creditori di un'unica prestazione lavorativa.

Sezione IV

IL COMANDO O DISTACCO E IL LAVORO IN GRUPPI DI SOCIETÀ COLLEGATE

Sommario: 145. Le forme di interposizione previste dalla legge prima del 1997: scambio di manodopera agricola e prestito di lavoratori nelle situazioni di crisi occupazionale. — 146. La figura generale del comando o distacco. — 147. Limiti della possibile rilevanza del collegamento societario.

145. *Le forme di interposizione previste dalla legge prima del 1997: scambio di manodopera agricola e prestito di lavoratori nelle situazioni di crisi occupazionale.* — Nonostante l'apparente rigore del divieto posto dall'art. 1 della legge n. 1369/1960 (§ 125), l'ordinamento legittimava in realtà alcune forme di dissociazione fra soggetto titolare del contratto e soggetto utilizzatore effettivo della prestazione anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 196/1997 sul lavoro temporaneo tramite agenzia. Ho già fatto cenno di una di queste: lo « scambio di manodopera o di servizi », oggetto di espressa previsione nell'art. 2139 del codice civile, confermata dall'art. 10, c. 8°, del D.L. 3 febbraio 1970 n. 7 sul collocamento in agricoltura (§ 120). A questa si aggiunge la previsione contenuta nell'art. 8 della legge 19 luglio 1993 n. 236, del « comando o distacco » (249) di lavoratori appartenenti a imprese in situazione di crisi occupazionale, nelle quali sia stata aperta la « procedura di mobilità » prevista dall'art. 24 della legge 23 luglio 1991 n. 223: i lavoratori in questione possono essere « prestati » ad altre imprese, quando in tal senso disponga un accordo sindacale al fine di evitare il licenziamento. Dato lo scopo perseguito dalla norma, che è evidentemente quello di consentire l'alleggerimento del bilancio dell'impresa in situazione di crisi, logica vuole che il prestito possa senz'altro essere pattuito tra le due imprese a titolo oneroso, cioè dietro rimborso da parte dell'impresa ricevente alla « distaccante » del costo della manodopera distaccata.

In entrambi i casi vi sono buoni motivi per ritenere che il datore di lavoro possa procedere all'invio del lavoratore presso l'altra azienda anche senza necessità del suo consenso. Nel caso dello scambio di lavoro agricolo depone in questo senso la tipicità sociale dell'operazione prevista dal codice civile: è consueto che le aziende agricole si scambino fra loro i dipendenti per il migliore svolgimento delle fasi più impegnative del lavoro: mietitura, trebbiatura, vendemmia, ecc. Nel caso della crisi occupazionale, invece, può parlarsi di una sorta di ampliamento del potere direttivo del datore di lavoro, disposto dalla legge in considerazione della situazione di crisi aziendale, ma condizionato al consenso delle organizzazioni sindacali, che funge così da « filtro » delle esigenze aziendali obbiettive e al tempo stesso da garanzia di equo temperamento fra queste e gli interessi dei lavoratori.

La fattispecie particolare che in entrambi i casi si configura presenta rilevantissime analogie strutturali rispetto a quella del lavoro temporaneo tramite agenzia, ora disciplinata dalla legge n. 196/1997 (§§ 139-144): anche qui, in particolare, si verifica uno sdoppiamento del creditore della prestazione di lavoro, con distribuzione e/o condivisione solidale fra i due soggetti collocati in questa posizione dei diritti e obblighi propri del datore di lavoro. Appare dunque ragionevole (per quanto opinabile) ritenere applicabile in entrambi i casi in via analogica la disciplina dei diritti e obblighi reciproci delle parti del rapporto trilatero disposta dalla legge del 1997. A differenza del rapporto tra agenzia fornitrice e lavoratore, nel quale alle mansioni assegnabili al lavoratore nelle varie missioni successive il vincolo dell'equivalenza di contenuto professionale di cui all'art. 2103 c.c. non si applica in modo rigoroso (§ 142), nel rapporto fra datore di lavoro distaccante e lavoratore quel vincolo si applica in tutta la sua portata, imponendo l'equivalenza tra mansioni svolte nell'azienda di provenienza e mansioni assegnate nell'azienda di destinazione.

146. *La figura generale del comando o distacco.* — Rilievo pratico assai maggiore rispetto alle due figure tipizzate dalla legge, di cui si è detto nel paragrafo precedente, assume la figura generale del comando o distacco del lavoratore, non disciplinata e neppure menzionata — salva la fattispecie particolare di cui alla L. n. 223/1991 di cui si è detto nel §

145 — dalla nostra legge nazionale (250), ma individuata e studiata dalla dottrina sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale. Anche prima del parziale riconoscimento legislativo operato dalla legge n. 236/1993, era comunemente ammessa la legittimità del « prestito » di un lavoratore da parte di un'impresa a un'altra, ovvero la non riconducibilità di tale fattispecie all'interposizione vietata dall'art. 1 della legge n. 1369/1960, alle due seguenti condizioni:

— carattere temporaneo del « prestito », essendo il lavoratore destinato a rientrare presto o tardi nell'azienda d'origine;
— sussistenza di uno specifico interesse dell'impresa distaccante alla prestazione svolta dal lavoratore presso l'impresa di destinazione (251).

Questo secondo requisito ha la funzione logica di sottrarre la figura del distacco al divieto generale di interposizione: il datore di lavoro distaccante può non essere considerato come un mero interposto proprio in quanto egli ha un proprio interesse specifico alla prestazione lavorativa, ancorché questa sia svolta nell'ambito di una sfera organizzativa diversa da quella dell'azienda di cui egli è titolare. Così, ad esempio, la società-madre di un gruppo può avere interesse alla prestazione svolta da un proprio dirigente presso una società-figlia, per controllare meglio tale società (e infatti il distacco di personale direttivo è prassi diffusa soprattutto in seno ai gruppi di imprese collegate); l'impresa che ha venduto un grande impianto industriale a un'altra può avere interesse alla prestazione svolta da un proprio tecnico presso l'acquirente per un primo periodo di tempo, per assolvere meglio il proprio obbligo di garanzia di buon funzionamento e per salvaguardare meglio il proprio buon nome commerciale; il *franchisor* può avere interesse alla prestazione di un proprio dipendente presso il *franchisee* per garantirsi il livello voluto di qualità del prodotto o del servizio commercializzato.

Si osservi che l'interesse del datore di lavoro distaccante, per soddisfare il requisito indicato dalla giurisprudenza al fine di distinguere il distacco dall'interposizione vietata, deve avere per oggetto *la prestazione* svolta dal dipendente, non essendo evidentemente sufficiente a tal fine l'ovvia sussistenza di un interesse *al corrispettivo* eventualmente pagato dall'impresa alla quale il lavoratore viene inviato. Questo comporta, almeno sul piano teorico, una netta distinzione tra la figura generale del distacco, distinta dalla fattispecie interpositoria vietata, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza e la figura del distacco del lavoratore da un'impresa in situazione di crisi occupazionale ad altra impresa, prevista dalla legge n. 236/1993 (di cui si è detto nel paragrafo precedente): in quest'ultimo caso, infatti, l'interesse dell'impresa distaccante ha per oggetto soltanto il corrispettivo pagato dall'impresa destinataria (o — che è lo stesso — l'esonero dal debito retributivo e contributivo, quando questo sia accollato direttamente all'impresa utilizzatrice della prestazione) e non lo svolgimento della prestazione lavorativa presso di essa.

Nelle massime giurisprudenziali ricorrenti viene sovente indicato come requisito per la legittimità del distacco, oltre ai due sopra indicati, quello del consenso del lavoratore interessato: consenso che può essere manifestato preventivamente, anche all'atto della costituzione del rapporto, con o senza particolari limitazioni, oppure di volta in volta in riferimento a ciascun invio (252): prevale infatti l'orientamento nel senso di considerare lo spostamento della prestazione in un contesto aziendale diverso da quello dell'impresa datrice di lavoro come esorbitante rispetto al debito contrattuale del lavoratore e alla normalità di svolgimento del rapporto. Il requisito del consenso del lavoratore non attiene, tuttavia, alla legittimità del distacco in riferimento al divieto di interposizione (253): il solo effetto del rifiuto del consenso da parte del lavoratore sta nella facoltà di quest'ultimo di disattendere la richiesta di spostamento della prestazione, rivoltagli dal datore di lavoro.

Devono in ogni caso essere rispettati i limiti posti dall'art. 2103 c.c. in materia di equivalenza delle mansioni assegnate al lavoratore; il consenso dato dal lavoratore di volta in volta esclude invece la necessità del « comprovato motivo » previsto dalla stessa norma per lo spostamento geografico della prestazione lavorativa (254).

Il problema della legittimità del distacco si pone soltanto nel caso in cui il rapporto di lavoro fra datore e prestatore di lavoro prosegua, con la sola modificazione inerente allo spostamento della prestazione nell'azienda dell'impresa terza, restando l'obbligo retributivo a carico dello stesso datore di lavoro distaccante (e valgono in proposito le stesse osservazioni svolte nel paragrafo precedente circa l'applicabilità in via analogica della disciplina dei diritti e obblighi reciproci delle parti del rapporto trilatero, disposta dalla legge n. 196/1997, salvo diverso accordo in proposito fra le parti stesse). Ben diverso discorso, come è ovvio, vale invece in riferimento al caso in cui, in funzione dello spostamento temporaneo della prestazione, il rapporto di lavoro « principale » venga consensualmente sospeso al fine di consentire la costituzione del rapporto di lavoro (solitamente a termine) presso l'impresa terza, mediante la stipulazione di un apposito contratto fra questa e il lavoratore: in questo caso non si pone evidentemente alcun problema né in riferimento al divieto di interposizione, né in riferimento al consenso del lavoratore, che è indubitabilmente indispensabile tanto per la sospensione del rapporto « principale », quanto per la costituzione del rapporto con l'impresa terza (255).

147. Limiti della possibile rilevanza del collegamento societario. — Il collegamento (azionario, o realizzato in una delle molte possibili forme dell'impresa-rete: v. § 150) fra la società-madre formalmente datrice di lavoro e la società-figlia che utilizza di fatto la prestazione lavorativa può dunque assumere rilievo, alla luce della giurisprudenza a cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente, per la configurabilità di un « distacco » legittimo del lavoratore dalla prima presso la seconda, in considerazione dello specifico interesse della prima, che la prestazione lavorativa (ancorché svolta presso la seconda) direttamente soddisfa (256). Al di fuori di tale ipotesi, invece, la mera sussistenza di una partecipazione di una società nell'assetto azionario dell'altra, anche quando tale partecipazione assuma il carattere del pieno controllo della società-madre sulla società-figlia, non assume alcuna rilevanza né ai fini dell'esclusione dell'interposizione illecita (che deve senz'altro ravvisarsi nel prestito di mera manodopera dall'una all'altra), né ai fini

dell'individuazione del soggetto responsabile per i crediti del lavoratore, dei quali risponde la sola società titolare del rapporto.

In altre parole — e nonostante i numerosi tentativi compiuti dalla dottrina giuslavoristica di affrancare il discorso su questa materia dai ferrei limiti imposti dal diritto societario (257) — il gruppo di società collegate non costituisce di regola centro di imputazione unitario dei rapporti di lavoro facenti capo alle società stesse, salvo che un contratto collettivo o individuale disponga in senso contrario. La sola eccezione a questa regola è costituita dall'ipotesi della simulazione, o del frazionamento societario essenzialmente mirato alla riduzione delle dimensioni dell'impresa formalmente titolare del rapporto di lavoro, al solo scopo di eludere l'applicazione di norme dal cui campo di applicazione sono escluse le imprese di minori dimensioni. La natura fraudolenta del frazionamento della struttura societaria dell'impresa, secondo giurisprudenza costante, può presumersi quando ricorrano gli elementi dell'unicità della struttura organizzativa e produttiva, della stretta integrazione fra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo, del loro assoggettamento a uno stretto coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario, nonché dell'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società (258).

Sezione V

DISCIPLINA DEL LAVORO IN APPALTO

Sommario: 148. La disciplina degli effetti della segmentazione dell'impresa sui rapporti di lavoro nell'art. 3 della legge del 1960. — 149. La ragion d'essere originaria della distinzione fra « appalto interno » e « appalto esterno » e il cosiddetto criterio topografico. — 150. Il tentativo di individuare i « confini naturali » dell'impresa: il c.d. criterio funzionale di distinzione fra « interno » ed « esterno ». Le nuove forme del tessuto connettivo tra i fattori produttivi nell'impresa-rete e nelle reti di imprese. — 151. Una versione particolare del criterio « funzionale »: sono funzioni proprie dell'impresa quelle delle quali essa si avvale in modo continuativo. — 152. I tentativi di desumere la nozione di « appalto interno » direttamente dalla *ratio legis*. La tesi dell'applicabilità della norma protettiva in tutti i casi in cui l'appalto faccia seguito alla gestione in proprio della funzione da parte del committente. — 153. La tesi dell'applicabilità della norma protettiva in tutti i casi di « dipendenza economica » dell'appaltatore dal committente. — 154. La disciplina dei processi di segmentazione dell'impresa nella contrattazione collettiva. — 155. Nuove tendenze legislative: dall'appaltatore come figura potenzialmente pericolosa, al « subfornitore » come destinatario di tutela nei confronti dell'impresa committente (legge 18 giugno 1998 n. 192).

148. *La disciplina degli effetti della segmentazione dell'impresa sui rapporti di lavoro nell'art. 3 della legge del 1960.* — Con la legge n. 1369/1960, come si è detto a suo luogo (§ 122), il legislatore vieta la segmentazione del contratto di lavoro subordinato, cioè l'interposizione, ma non vieta la possibile segmentazione dell'impresa, cioè la facoltà dell'imprenditore di affidare ad altra organizzazione imprenditoriale una parte del processo produttivo (259). Su quest'ultimo terreno, cioè che il legislatore intende impedire — sulla scorta delle indicazioni provenienti dall'inchiesta parlamentare che ha preceduto l'elaborazione della legge (260) e dalla contrattazione collettiva (261) — è soltanto che con l'avvalersi dell'opera di un altro imprenditore si persegua un risparmio di costi realizzato attraverso una riduzione degli standard di trattamento dei lavoratori (262); e a questo fine lo stesso legislatore adotta, nell'art. 3, una tecnica normativa diversa da quella adottata nell'art. 1, ponendo non un divieto, ma una norma di salvaguardia della parità di trattamento dei dipendenti dell'appaltatore rispetto a quelli del committente (263) nonché della garanzia dei loro diritti: quando un imprenditore appalti opere o servizi « da eseguirsi nell'interno » della sua azienda egli è coobbligato in solido con l'appaltatore per « un trattamento minimo inderogabile retributivo » e « un trattamento normativo » (264) non inferiori a quelli spettanti ai propri dipendenti (art. 3, 1° c.) (il diritto del dipendente dell'appaltatore e dell'istituto previdenziale a far valere la corresponsabilità solidale del committente è assoggettato, a norma dell'art. 4, a un termine di decadenza di un anno dalla data di cessazione del contratto di appalto) (265). Nei primi commenti, a questa norma viene attribuito carattere di eccezionalità rispetto alla disciplina generale degli appalti, con conseguente preclusione di una sua applicazione analogica (266); ma nella dottrina successiva sembra prevalere, a questo proposito, l'orientamento nel senso di considerare la norma come espressione del « fondamentale principio costituzionale della parità di trattamento a parità di lavoro » (267).

A differenza dell'art. 1676 c.c., che prevede una responsabilità del committente per le retribuzioni dei dipendenti dell'appaltatore nei limiti del debito del primo verso il secondo, l'art. 3 della legge del 1960 non pone limiti in proposito (268): la norma è infatti finalizzata a fungere indirettamente da « filtro » delle scelte di segmentazione dell'impresa, scoraggiando quelle tendenti alla elusione delle tutele dei lavoratori (quelle che abbiamo classificato *sub b* nello schema proposto nel § 117), o comunque vanificando il disegno elusivo ad esse sotteso, ma non ostacolando quelle tendenti soltanto a un risparmio di costi organizzativi interni dell'impresa committente, o motivate da una migliore dotazione materiale o immateriale dell'impresa fornitrice (cioè quelle che nello stesso schema abbiamo classificato *sub a*).

L'intento del legislatore — quale emerge con chiarezza dai lavori parlamentari — è comunque di proteggere i lavoratori soltanto contro le operazioni di segmentazione che alterano la struttura « normale » dell'impresa, cioè la amputano di una o più funzioni appartenenti al suo processo produttivo, solitamente coincidente con l'insieme delle funzioni svolte all'interno dello stabilimento o degli stabilimenti che all'impresa stessa fanno capo. Alla fine degli anni

'50, in un tessuto produttivo nel quale le tecnologie informatiche e telematiche sono ancora lontane dal fare la propria comparsa, il problema dell'individuazione del processo di segmentazione dell'impresa e la sua distinzione rispetto alla generalità dei casi di cooperazione fra imprese diverse può ancora essere agevolmente risolto mediante un criterio essenzialmente « topografico », perché il coordinamento spazio-temporale costituisce la forma assolutamente dominante — anzi, quasi esclusiva — di coordinamento delle attività produttive nell'impresa. La contiguità di svolgimento di funzioni in seno a una unità produttiva costituisce presupposto necessario e sufficiente per una stretta sinergia fra di esse, ovvero per il loro assoggettamento al potere direttivo e organizzativo dell'imprenditore, quindi criterio di individuazione delle funzioni proprie di una determinata impresa, oltre che di una « comunità » di lavoratori che in quell'impresa vivono e operano quotidianamente gomito a gomito (269). In sede di elaborazione della legge si considera dunque come segmentazione dell'impresa solo l'affidamento ad altra impresa di una funzione da svolgersi all'interno dello spazio fisico proprio dell'azienda di cui la committente è titolare: tutto ciò che sta al di fuori di quello spazio fisico può considerarsi estraneo anche all'impresa.

La norma, inoltre, fa riferimento soltanto alla segmentazione che si realizza nella forma dell'appalto, perché all'epoca in cui la legge viene elaborata dal Parlamento non si sono ancora sperimentate forme di genuina segmentazione dell'impresa, con mantenimento della contiguità spaziale fra i diversi segmenti, attuate mediante strumenti negoziali diversi dall'appalto: in particolare, non si è ancora manifestato il fenomeno — diffusosi invece nei decenni successivi — della cessione di un reparto dell'azienda con contestuale stipulazione fra cedente e cessionario di un contratto di somministrazione di semilavorati; né si è ancora incominciato a parlare di quel particolare sistema di organizzazione della rete di vendita che va oggi sotto il nome di *franchising*. Il legislatore sembra avere qui in mente soprattutto l'appalto di servizi necessari per il funzionamento dell'unità produttiva, dei quali vengono esplicitamente menzionati nel primo comma dell'art. 3 quelli statisticamente più rilevanti: manutenzione ordinaria, pulizia e facchinaggio; e alcuni altri nel secondo comma (270); numerosi appalti aventi per oggetto la produzione di opere particolari (pur all'interno dell'azienda del committente), che vengono menzionati nel corso dei lavori preparatori (opere edili, installazione di impianti, oppure « lavorazioni a fasi successive »), vengono invece esclusi dal campo di applicazione dell'art. 3 mediante la loro menzione nell'elenco di eccezioni contenuto nell'art. 5.

Dunque, a differenza del divieto di interposizione di cui all'art. 1, che si applica in tutti i casi di segmentazione del contratto di lavoro, quale che sia la forma negoziale in cui essa si manifesta e il luogo in cui la prestazione si svolge, le regole della solidarietà passiva del committente con l'appaltatore e della parità di trattamento fra i loro dipendenti, di cui all'art. 3, si applicano invece — secondo la previsione originaria — soltanto nel caso in cui la segmentazione dell'impresa avvenga per mezzo di un contratto di appalto e la prestazione che ne è oggetto si svolga all'interno del perimetro dell'azienda. Resta da chiedersi se queste due drastiche delimitazioni del campo di applicazione della disciplina protettiva di cui all'art. 3, individuate secondo l'intendimento del legislatore e il testo letterale della norma, siano suscettibili di un'interpretazione evolutiva ed estensiva, in considerazione del moltiplicarsi e diversificarsi dei fenomeni di segmentazione dell'impresa verificatisi nei quattro decenni successivi all'emanazione della legge. Per affrontare la questione occorre innanzitutto chiarire meglio la ratio della norma in esame.

149. La ragion d'essere originaria della distinzione fra « appalto interno » e « appalto esterno » e il cosiddetto criterio topografico. — In un suo studio recente il *Bureau International du Travail* propone di distinguere, in riferimento agli interessi in gioco dei lavoratori, il caso dell'appalto eseguito all'interno dell'impresa committente, nel quale si porrebbe un problema di tutela dei dipendenti dell'appaltatrice e in particolare di estensione ad essi degli standard di trattamento propri della committente, dal caso dell'« appalto esterno », nel quale si porrebbe invece un problema di tutela della stabilità dei dipendenti della stessa committente (271). A me sembra che questa distinzione non colga l'essenza della questione. Per un verso, l'interesse dei dipendenti della committente a opporsi alla segmentazione dell'impresa può manifestarsi anche quando l'attività appaltata a terzi sia destinata a svolgersi all'interno dell'azienda, poiché anche in questo caso essi subiscono, più o meno direttamente, la concorrenza dei dipendenti dell'appaltatrice; è ben vero che quando l'appalto si svolge all'interno dell'azienda i contenuti effettivi dell'operazione sono più facilmente visibili e controllabili da parte dei dipendenti della committente, ma è anche vero che in questo caso la possibile concorrenza è più immediata e diretta. Per altro verso, l'interesse dei dipendenti dell'appaltatrice alla parità di trattamento con quelli della committente e all'ampliamento della garanzia dei propri crediti può manifestarsi anche nel caso dell'appalto esterno: la distanza topografica può soltanto rendere meno evidente — quindi meno suscettibile di generare rivendicazioni — l'eventuale differenza di trattamento e di sicurezza del credito, ma non altera in alcun modo i termini del problema sostanziale. In realtà, tutti gli interessi, degli uni e degli altri, sono in gioco in entrambi i casi; e tutti gli interventi normativi, di fonte legislativa o collettiva, volti a disciplinare il fenomeno, in entrambe le sue manifestazioni, sono sempre sostanzialmente finalizzati a una limitazione della concorrenza fra lavoratori, che può — a seconda delle circostanze (e delle opzioni politico-sindacali) — essere considerata corrispondente all'interesse dei dipendenti dell'impresa committente a difendersi dalla concorrenza dei dipendenti della appaltatrice, secondo il modello *insider/outsider*, oppure corrispondente a un interesse comune agli uni e agli altri (§§ 4 e 114).

Col limitare ai soli « appalti interni » il campo di applicazione della disciplina protettiva di cui all'art. 3, il legislatore — consapevole dell'inopportunità, oltre che dell'impossibilità, di limitare in linea generale forme e contenuti della cooperazione fra imprese — ha inteso soltanto scoraggiare i processi di segmentazione per mezzo dei quali « si ricerca una prestazione ... a costi inferiori in quanto eludono le garanzie che sono invece fornite ai dipendenti dell'impresa appaltante » (272): intendimento, questo, perfettamente in linea con tutta la parte restante della legislazione lavoristica (della quale esso condivide l'ambiguità fondamentale: non può infatti stabilirsi a priori se l'intervento normativo

opererà in concreto soltanto a vantaggio dei dipendenti del committente, proteggendoli dalla concorrenza con l'imposizione dello standard minimo, oppure effettivamente a vantaggio di tutti i lavoratori che ne sono investiti, essendovi per loro concrete possibilità di accedere alla tutela predisposta) (273). Questo essendo il suo intendimento, il legislatore — come si è visto nel paragrafo precedente — ha perseguito il proprio obiettivo individuando nella dislocazione fisica del lavoro all'interno dell'unità produttiva il criterio di distinzione fra ciò che è estraneo all'impresa e ciò che è « naturalmente » proprio dell'impresa e pertanto, se gestito in appalto da un imprenditore diverso, ingenera il sospetto della frode. Il modello che il legislatore ha di fronte è quello della grande impresa fordista, la cui struttura è ben visibile e identificabile nei grandi stabilimenti dove si concentra e si organizza l'intero processo produttivo: ciò che si fa lì dentro è naturalmente proprio dell'impresa, mentre ciò che si fa fuori di lì appartiene ad altri. Il confine naturale dell'impresa coincide con il perimetro esterno dello stabilimento, che costituisce così anche elemento decisivo per la determinazione dello standard di trattamento dei lavoratori: ciò che si fa lì dentro deve dunque essere fatto nel rispetto della disciplina propria dell'impresa (274).

150. *Il tentativo di individuare i « confini naturali » dell'impresa: il c.d. criterio funzionale di distinzione fra « interno » ed « esterno ».* Le nuove forme del tessuto connettivo tra i fattori produttivi nell'impresa-rete e nelle reti di imprese. — Con il tramonto della grande impresa di tipo fordista e l'avvento delle nuove tecnologie, che consentono di sostituire al coordinamento spazio-temporale tra i fattori produttivi il coordinamento informatico e telematico, riducendo la rilevanza della dislocazione spaziale dei fattori stessi, il criterio esclusivamente topografico di distinzione fra ciò che è « interno » e ciò che è « esterno » a un'azienda ha perso gran parte della sua efficienza originaria. Di questo non hanno tardato ad accorgersi dottrina e giurisprudenza, le quali hanno dunque tentato di sostituire al criterio topografico un criterio diverso, consistente nell'individuazione di una struttura tipica dell'impresa in relazione al suo prodotto finale, ovvero delle funzioni produttive tipicamente proprie di tale impresa (275) alle quali tutte possa estendersi l'« ombrello protettivo » dell'art. 3. Senonché questo tentativo di fissazione dei « confini naturali » dell'impresa appartenente a un determinato settore ha dato esiti complessivamente inappaganti.

Ciò che impedisce di distinguere oggi le funzioni essenziali dalle funzioni accessorie, o soltanto eventuali, di una sorta di « azienda tipica » di un determinato settore merceologico è, innanzitutto, la difficoltà — quando non impossibilità — di individuare una siffatta « azienda tipica » *in rerum natura* (276). Ma quella distinzione è impedita anche dal fatto che i modi in cui i fattori della produzione si combinano fra loro si sono molto diversificati e in parte ormai sfuggono all'alternativa tradizionale fra combinazione « all'interno » dell'azienda e combinazione « al di fuori » di essa, mediante transazioni nel mercato (277).

Per quanto riguarda il primo aspetto, cioè la difficoltà di individuare la struttura dell'« azienda tipica » di un determinato settore, è osservazione ormai comunissima quella secondo cui le nuove tecnologie consentono il sorgere di imprese specializzate nello svolgimento per altre imprese di funzioni parziali, ovvero singoli segmenti del processo produttivo, che in passato ciascuna impresa gestiva in proprio. L'affidamento di queste funzioni a imprese specializzate, tecnicamente impraticabile fino a qualche tempo fa, può invece ora essere fonte di cospicui risparmi: si pensi ad esempio alla maggiore efficienza che può esprimere un'impresa specializzata nella produzione di servizi di tenuta della contabilità o dei libri paga e matricola, di fatturazione ai clienti, di esazione dei pagamenti, di redazione dei bilanci semestrali e annuali, di predisposizione mensile delle buste-paga, di collaudo del prodotto finito, di gestione del magazzino, di gestione della rete di vendita o della rete di assistenza ai clienti, di ricezione telefonica e smistamento di reclami o richieste di informazioni da parte dei clienti (c.d. *call centres*); e l'elenco potrebbe continuare a lungo. Le nuove tecnologie consentono inoltre di realizzare un perfetto coordinamento tecnico-produttivo e logistico fra aziende diverse e geograficamente distanti fra loro, che producono gli *n* componenti di un unico prodotto finale; col risultato che quest'ultimo può essere costruito altrettanto bene da un'unica impresa o da *n* imprese, di cui ciascuna costruisce un solo componente (278). Tutte queste nuove possibilità di segmentazione del processo produttivo fanno sì che sia divenuto impossibile stabilire quale sia la struttura tipica di un'impresa in relazione al suo prodotto finale, cioè distinguere le funzioni che le sono tipicamente proprie da quelle che non lo sono: nel mercato di un determinato bene possono operare con pari efficienza imprese che scelgono di gestire in proprio per intero il processo produttivo in tutte le sue articolazioni, anche marginali, e imprese che scelgono la via della massima specializzazione in quello che considerano come il proprio *core business*, facendo pertanto ricorso all'*outsourcing* o alla subfornitura nel modo più esteso possibile. E tra questi due poli estremi dell'alternativa tra il *make* e il *buy* le scelte intermedie concretamente praticabili sono infinite (279).

Quanto alla distinzione fra ciò che è « dentro » e ciò che è « fuori » di un'impresa, se si esclude il criterio meramente topografico riferito alla singola unità produttiva occorre fare riferimento alla nozione di impresa propria della scienza economica: l'impresa, cioè, come luogo nel quale l'imprenditore combina direttamente i fattori della produzione, senza necessità di transazioni (ovvero senza necessità di ricorrere al mercato). Senonché negli ultimi decenni il tessuto connettivo proprio delle strutture produttive si è notevolmente diversificato: se un tempo esso era costituito essenzialmente dall'insieme dei poteri autoritativi derivanti all'imprenditore dal diritto di proprietà o di uso dei beni materiali e dall'obbligo di obbedienza dei dipendenti, oggi la sinergia fra i fattori produttivi può essere perseguita anche per mezzo di tutta una gamma di strumenti diversi (i *soft management tools* di cui parla la scienza dell'organizzazione) (280): la comunanza di una « cultura » o « filosofia » aziendale, ad esempio, può costituire il tessuto connettivo di una rete di imprese utilizzando lo stesso marchio, oppure operanti in regime di *franchising*, altrettanto efficiente quanto il tessuto connettivo dell'impresa tradizionale, costituito da rapporti gerarchici, prerogative proprietarie o controlli societari della società-madre sulle società-figlie in seno a un gruppo.

Così sfuma anche la nozione di « azienda » come luogo del coordinamento diretto dei fattori produttivi, in contrapposizione al coordinamento che avviene nel mercato.

151. *Una versione particolare del criterio « funzionale »: sono funzioni proprie dell'impresa quelle delle quali essa si avvale in modo continuativo.* — Già proposto trent'anni or sono da una dottrina rimasta a lungo isolata (281), in epoca assai più recente è stato riproposto il tentativo di risolvere il problema identificando il ciclo produttivo « naturalmente proprio » di un'impresa con l'insieme delle funzioni necessarie *in modo continuativo* o *normale* per la realizzazione del prodotto finito ed escludendo da quella nozione le funzioni la cui necessità si presenta soltanto occasionalmente (282). Ma neppure questa soluzione sembra reggere al vaglio dell'applicazione pratica: il tessuto produttivo è da sempre fitto di relazioni di cooperazione a carattere continuativo, in forma di appalto o in altre forme, fra imprese appartenenti a settori profondamente diversi, che svolgono funzioni produttive profondamente differenti e disomogenee fra loro sul piano tecnico-professionale come sul piano merceologico. Gli esempi di questo genere sono innumerevoli: basti pensare alla laccatura o verniciatura di manufatti in legno abitualmente affidata da un mobilificio, appartenente al settore del legno, a un'impresa specializzata appartenente al settore chimico; al rivestimento in stoffa di un manufatto metallico, affidato abitualmente da un'impresa metalmeccanica a un'impresa del settore tessile e dell'abbigliamento; al servizio di mensa gestito da un'impresa specializzata, di cui si avvalga continuativamente un'impresa mineraria; ai servizi informatici di una *software house* di cui può avvalersi continuativamente un'impresa assicuratrice o di altro settore; al servizio telefonico di cui qualsiasi impresa si avvale permanentemente; all'attività di stampa di libri, giornali o riviste svolta continuativamente da una tipografia per un editore; all'attività di manutenzione di apparecchiature radiologiche, ecografiche, e simili, svolta dalla grande impresa metalmeccanica che le produce e le vende in favore dell'ospedale o casa di cura che le utilizza; alla stagionatura di forme di parmigiano che un istituto di credito emiliano, detentore delle stesse a titolo pignoratorio per il finanziamento dell'industria casearia, affida permanentemente a un magazzino specializzato; e l'elenco potrebbe continuare a lungo. In nessuno dei casi menzionati si può ragionevolmente affermare che l'attività svolta dall'impresa fornitrice dell'opera o del servizio costituisca parte « intrinsecamente propria » del ciclo produttivo dell'impresa committente solo perché quest'ultima se ne avvale in modo continuativo; ed è comunque evidente l'improponibilità dell'estensione autoritativa ai dipendenti della fornitrice degli standard di trattamento riservati ai dipendenti della committente.

In realtà, la « continuità » del rapporto, così come nel caso della collaborazione personale non può costituire criterio di individuazione né della subordinazione (§§ 80 e 82), né dell'interposizione vietata (§ 129), allo stesso modo nel caso della collaborazione fra imprese non può costituire criterio di distinzione di ciò che appartiene « intrinsecamente » al ciclo produttivo di un'impresa da ciò che è ad esso estraneo.

152. *I tentativi di desumere la nozione di « appalto interno » direttamente dalla ratio legis. La tesi dell'applicabilità della norma protettiva in tutti i casi in cui l'appalto faccia seguito alla gestione in proprio della funzione da parte del committente.* — Per evitare il ritorno al criterio topografico originario, con il conseguente inevitabile progressivo svuotamento del campo di applicazione della regola enunciata nell'art. 3, è stata proposta un'interpretazione di questa norma strettamente legata alla *ratio legis*: se lo scopo perseguito dal legislatore è quello di impedire la segmentazione dell'impresa finalizzata a un risparmio sul costo del lavoro, la regola della solidarietà passiva fra committente e appaltatore e della parità di trattamento fra i loro dipendenti deve applicarsi in tutti i casi in cui una funzione precedentemente svolta direttamente dall'impresa del primo venga affidata in appalto al secondo, quale che sia il luogo in cui l'appalto viene eseguito (283). In altre parole, al criterio della « continuità » si sostituisce qui il criterio della « provenienza » della funzione produttiva: se in un primo tempo essa è stata svolta all'interno di un'impresa, essa dovrebbe continuare a considerarsi « interna », ai fini dell'art. 3, anche dopo che l'impresa abbia deciso di affidarla a terzi.

Senonché — anche a voler dimenticare il tenore letterale della norma, che non sembra certo consentire una tale divagazione interpretativa — a questo criterio può muoversi la stessa obiezione che si è mossa al criterio della « continuità » di utilizzazione della funzione (§ 151): per la produzione di un determinato bene può essere necessaria la sinergia tra funzioni profondamente diverse tra loro, quali quella del falegname e quella del laccatore, quella del fabbro e quella del sarto, quella bancaria e quella del magazzino per la stagionatura dei formaggi dati in pegno; e non si vede come si possa pervenire a considerare una delle due funzioni « intrinsecamente collegata » all'altra solo perché per un certo periodo esse siano, in ipotesi, state svolte entrambe dallo stesso imprenditore.

153. *La tesi dell'applicabilità della norma protettiva in tutti i casi di « dipendenza economica » dell'appaltatore dal committente.* — Resta da dire di un ulteriore tentativo di individuazione della nozione di « appalto interno », datato all'inizio degli anni '90, anch'esso incentrato sulla *ratio* dell'art. 3, ma sviluppato in modo assai più raffinato rispetto a quello ora esaminato (284). Esso muove dall'individuazione dello scopo perseguito dal legislatore, di « evitare la possibile estensione di aree di lavoro sottotutelato » attraverso « non solo lo scorporo di una parte della tradizionale produzione dell'impresa, ma anche l'affidamento all'esterno di una attività nuova e diversa » (285); ciò che è essenziale è che questa sia svolta in una posizione di sostanziale « dipendenza » economica rispetto all'impresa committente, dovendo interpretarsi in questo senso il riferimento contenuto nell'art. 3 alla collocazione dell'attività appaltata « all'interno dell'azienda »: « il nodo della distinzione ... sembra poter essere proprio quello dell'autonomia dei rapporti e di posizioni nel mercato » fra le parti del contratto di appalto (286). Gli « indici » di dipendenza vengono quindi desunti dal confronto fra i casi specifici di appalto menzionati (per includerli nel campo di applicazione della tutela) nell'art. 3 e quelli menzionati (per escluderli) nell'art. 5, giungendosi alla conclusione secondo cui costituiscono fattori di « indipendenza » o autonomia sostanziale dell'appaltatore dal committente non soltanto la professionalità

specialistica del primo rispetto al secondo in relazione all'attività specifica appaltata (richiamata nelle lettere *a, d* ed *e* dell'art. 5), ma anche il carattere di occasionalità o saltuarietà dell'opera o servizio oggetto dell'appalto (richiamato nelle lettere *c* ed *f* dello stesso articolo) e il fatto che l'appaltatore operi contemporaneamente per una pluralità di committenti (richiamato nella lettera *g*, salvo controllo preventivo in proposito da parte dell'ispettorato).

E' agevole osservare come le circostanze che in questa costruzione vengono individuate quali fattori di « dipendenza », ovvero squilibrio di potere contrattuale, fra committente e appaltatore siano gli stessi che gli economisti del lavoro ci additano quali fattori di asimmetria nel rapporto fra lavoratore (subordinato o autonomo) e datore di lavoro (§§ 4 e 10): la debolezza contrattuale del lavoratore e funzione della fungibilità della sua prestazione (tanto maggiore quanto più ridotta è la sua professionalità), della continuità nel tempo del rapporto (poiché essa determina una minore conoscenza del mercato del lavoro esterno da parte del lavoratore, rispetto all'imprenditore che invece lo frequenta quotidianamente) e dell'unicità o prevalenza del rapporto stesso come fonte di reddito del lavoratore (che determina per quest'ultimo una pericolosa « concentrazione del rischio », a differenza dell'imprenditore, il cui rischio è ripartito su di una pluralità di rapporti). La costruzione in esame ha il merito assai rilevante di individuare negli artt. 3 e 5 della legge del 1960 una prima — sia pure ancora imprecisa e parziale — emersione di quella che soltanto un quarto di secolo più tardi, verso la metà degli anni '80, incomincia a essere individuata dalla scienza economica come la ragione d'essere essenziale dell'intervento autoritativo dello Stato per la correzione delle distorsioni che tipicamente si producono in un mercato del lavoro non strutturalmente monopsonistico: gli stessi fattori di « dipendenza » economica che in questo mercato indeboliscono normalmente il lavoratore nel rapporto con il datore di lavoro possono indebolire anche un imprenditore nei confronti di un altro, con conseguente pregiudizio indiretto anche per i lavoratori da lui dipendenti. E si osservi come il ragionamento proposto porti logicamente a un allargamento del discorso sulla disciplina dei processi di segmentazione dell'impresa, rispetto al campo di applicazione originariamente proprio dell'art. 3 della legge del 1960, limitato al solo caso della segmentazione realizzata mediante il contratto di appalto (287).

Vedremo tra breve (§ 155) come questa costruzione prepari il terreno per la norma legislativa che, otto anni dopo, interverrà a disciplinare i rapporti di « subfornitura » fra imprese caratterizzati da « dipendenza economica » fra l'una e l'altra: si tratta dunque di un contributo di grande interesse e fecondo di rilevanti sviluppi. Tuttavia l'equivalenza che questa costruzione propone fra la nozione di « opere e servizi da eseguirsi nell'interno delle aziende » degli imprenditori committenti, cui fa riferimento l'art. 3, e la nozione di « opere e servizi appaltati a impresa operante in posizione di dipendenza economica rispetto all'impresa committente » sembra andare oltre il limite di un'interpretazione evolutiva della norma. Basti considerare, in proposito, che nel passaggio dalla prima nozione (cui fa riferimento la legge) alla seconda (costruita dall'interprete) muta addirittura la fattispecie oggetto di disciplina: mentre la legge attribuisce rilievo soltanto alla dislocazione dell'opera o servizio oggetto di appalto, cioè al luogo della prestazione dedotta in contratto, la costruzione in esame finisce coll'attribuire rilievo alla collocazione nel mercato dell'impresa fornitrice della prestazione stessa. Un salto a mio avviso eccessivo, se si pretende di farlo in sede di interpretazione del diritto vigente.

154. *La disciplina dei processi di segmentazione dell'impresa nella contrattazione collettiva.* — Ciò che è impossibile alla dottrina, in sede di interpretazione della legge vigente, è invece possibile all'autonomia collettiva: una « struttura tipica » dell'azienda appartenente a un determinato settore merceologico in un determinato periodo di tempo può essere individuata, con maggiore o minore precisione, dal contratto collettivo al fine di una disciplina dei processi di segmentazione dell'impresa.

E' quanto accade, ad esempio, nel settore del credito, dove il contratto collettivo nazionale precisa che si considerano come « parte costitutiva essenziale del ciclo produttivo » proprio dell'intermediazione finanziaria, o come « attività intrinsecamente ordinate e funzionali » all'intermediazione finanziaria stessa, l'attività di elaborazione informatica dei dati, i servizi centralizzati di sicurezza e i servizi di gestione degli immobili: come tali, queste attività non possono essere affidate in appalto a imprese che non appartengano all'« area contrattuale », nella quale si applica la disciplina collettiva bancaria (288). E' consentito il ricorso ad appaltatori esterni all'« area contrattuale » soltanto per le « attività complementari e/o accessorie » (289). Analogamente, il contratto collettivo per il settore edile estende il campo di applicazione delle regole della responsabilità solidale fra committente e appaltatore e della parità di trattamento fra dipendenti del secondo e dipendenti del primo a tutti i casi di conferimento di appalto o subappalto di lavori edili da parte di un'impresa del settore, indipendentemente dal luogo di esecuzione (290). Le parti stipulanti perseguono in tal modo l'obiettivo di impedire la segmentazione dell'impresa finalizzata a una riduzione dei costi del lavoro mediante riduzione degli standard di trattamento dei dipendenti dell'impresa fornitrice di servizi considerati come intrinsecamente propri del processo produttivo tipico del settore, indipendentemente dal fatto che la prestazione appaltata sia eseguita « all'interno » o « all'esterno » dell'azienda committente.

In altri contratti collettivi sono previste norme di contenimento o di vero e proprio divieto dell'esternalizzazione di funzioni produttive. Così, ad esempio, nel contratto per il settore chimico si prevede che vengano concordati con le rappresentanze sindacali i modi per il riassorbimento nell'impresa delle « attività manutentive degli impianti di produzione, le quali presentino una sostanziale omogeneità e affinità tecnologica con le attività dello stabilimento » (291). Il contratto per il settore metalmeccanico vieta l'appalto di lavori « direttamente pertinenti alle attività di trasformazione proprie dell'azienda », nonché di quelli di manutenzione ordinaria continuativa (292); e negli altri casi si prevede un esame congiunto tra direzione aziendale e rappresentanze sindacali per la verifica della sussistenza di giustificate esigenze « tecniche, organizzative, gestionali ed economiche » che costituiscono il motivo dell'esternalizzazione della funzione (293). Le nozioni di « attività di trasformazione propria dell'azienda » e di

esigenza giustificata di ricorso all'appalto cui si fa qui riferimento sono molto generiche; ma il fatto stesso che esse siano menzionate consente alle rappresentanze dei lavoratori in prima istanza, e al giudice del lavoro in caso di controversia giudiziale, di sindacare le scelte dell'imprenditore in proposito alla stregua dell'interesse collettivo dei lavoratori emergente nel caso concreto.

Nella disciplina degli appalti contenuta in numerosi contratti, anche aziendali, ricorre la clausola che esclude dal divieto o dall'applicazione di procedure restrittive i lavori di pulizia o di facchinaggio, o quelli di manutenzione da eseguirsi al di fuori dei normali turni di lavoro (294): nelle disposizioni di questo genere si manifesta l'interesse tipicamente proprio dei dipendenti dell'impresa principale a sottrarsi ai lavori considerati meno gratificanti o al lavoro notturno.

Le disposizioni che prevedono l'obbligo per l'impresa committente e per l'impresa appaltatrice di assicurare determinati standard di trattamento ai dipendenti di quest'ultima possono senz'altro ascrivere alla c.d. parte normativa del contratto collettivo (§ 63), con conseguente efficacia diretta sui rapporti individuali di lavoro ai quali si estenda il campo di applicazione del contratto stesso (§§ 68-69). Le altre disposizioni, contenenti il divieto per l'imprenditore di affidare in appalto a terzi determinate attività, o l'onere per lo stesso di seguire determinate procedure di informazione preventiva o negoziazione con le rappresentanze sindacali in proposito, devono invece ascrivere alla c.d. parte obbligatoria del contratto collettivo: esse non producono direttamente alcun effetto sui rapporti di lavoro individuali, bensì soltanto obblighi od oneri dell'imprenditore nei confronti delle associazioni sindacali stipulanti. Deve pertanto ritenersi che alla violazione di queste ultime disposizioni possa reagire soltanto l'associazione sindacale, la quale è legittimata ad avvalersi a tal fine del procedimento di repressione del comportamento antisindacale *ex art. 28 St. lav.*

155. Nuove tendenze legislative: dall'appaltatore come figura potenzialmente pericolosa, al « subfornitore » come destinatario di tutela nei confronti dell'impresa committente (legge 18 giugno 1998 n. 192). — Nelle pattuizioni collettive esaminate nel paragrafo precedente si esprimono di volta in volta la solidarietà tra lavoratori forti e lavoratori deboli, o la tendenza, naturale e universale, dei lavoratori sindacalmente organizzati, per lo più dipendenti da imprese di grandi dimensioni, a difendersi dal « rischio di sostituzione » che è sempre insito in qualsiasi processo di segmentazione dell'impresa (§ 114). Su questo terreno è giusto che venga lasciato ampio campo di manovra alla contrattazione collettiva, mentre è necessario che la legge si astenga da interventi limitativi della libera evoluzione della struttura del tessuto produttivo, i quali rischierebbero di produrre una sua « ingessatura » tanto più pericolosa, quanto più rapido e incalzante è il ritmo di obsolescenza delle tecnologie applicate e delle tecniche di organizzazione del lavoro.

Cio di cui la legge può e, a mio avviso, deve farsi carico è invece la correzione di quelle distorsioni nel funzionamento del libero mercato che — come abbiamo visto (§ 153) — tipicamente generano situazioni di innaturale debolezza contrattuale non soltanto del lavoratore nei confronti dell'imprenditore datore di lavoro, ma anche dell'impresa fornitrice di un bene o servizio nei confronti dell'impresa committente: donde, indirettamente, un possibile pregiudizio anche per i dipendenti della prima. Di questa esigenza il nostro legislatore ha incominciato a mostrarsi consapevole — dimostrando una inconsueta sensibilità e reattività alle tendenze legislative manifestatesi recentemente nell'ordinamento comunitario (295) e negli ordinamenti di alcuni tra i principali Stati membri dell'Unione (296) — intervenendo recentemente a dettare alcune norme per la protezione del contraente debole nei rapporti di « subfornitura » fra imprese, con la legge 18 giugno 1998 n. 192.

Nella nuova legge il fenomeno della segmentazione del processo produttivo è considerato in una luce molto diversa rispetto alla legge del 1960. In primo luogo, la materia disciplinata non è limitata alla sola fattispecie dell'appalto di servizi, bensì è estesa anche alla somministrazione di semilavorati « destinati a essere incorporati o comunque a essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso »; ma la novità più rilevante sta nel fatto che destinatario della tutela qui prevista non è il dipendente del fornitore, bensì il fornitore stesso, in quanto egli si trovi in una posizione di dipendenza economica nei confronti dell'impresa committente. Tale posizione è oggetto di una duplice definizione: la prima, contenuta nell'art. 1 e riferita specificamente al rapporto di « subfornitura » cui si applicano le previsioni protettive contenute nei successivi articoli da 2 a 8, individua come elemento essenziale della fattispecie alternativamente il fatto che oggetto del contratto sia l'esecuzione di « lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime fornite dalla committente », oppure il fatto che la fornitura di beni o servizi sia assoggettata al vincolo della « conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente »; la seconda, contenuta nell'art. 9 e riferita alla generalità dei rapporti fra imprese, individua come situazione di « dipendenza economica » quella in cui « un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi », dovendosi tenere conto nel relativo accertamento « anche della reale possibilità » per l'altra parte « di reperire sul mercato alternative soddisfacenti » (c. 1°). Nel secondo comma dell'art. 9 si elencano alcune forme in cui può manifestarsi l'abuso di posizione dominante da parte di un'impresa: esso può consistere « nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto » (297).

Il legislatore interviene dunque ancora su di un fenomeno di segmentazione dell'impresa. Questa volta lo squilibrio da correggere viene individuato nel rapporto commerciale tra committente e fornitore invece che nel rapporto di lavoro; ma la ragion d'essere economica dell'intervento legislativo è sostanzialmente analoga a quella che, come abbiamo visto a suo luogo (§§ 4 e 10), spiega e giustifica l'intervento correttivo riferito al rapporto di lavoro. Ciò che rende asimmetrico — quindi squilibrato — il rapporto contrattuale tra fornitore e committente, dando luogo pertanto a una situazione di « dipendenza economica » del primo dal secondo, è la combinazione di quelle stesse due circostanze che

rendono asimmetrico e squilibrato il rapporto fra il collaboratore continuativo e il suo datore di lavoro: la sua durata nel tempo e la sua esclusività o prevalenza nell'ambito dell'attività complessiva del prestatore; chi lavora a lungo esclusivamente (o prevalentemente) per un committente è infatti per un verso in una posizione di maggior rischio, poiché il suo reddito dipende in tutto (o per la maggior parte) dalle sorti del rapporto stesso, per altro verso in una posizione di maggior debolezza nei confronti della controparte, perché conosce meno il mercato e ha quindi maggiore difficoltà a trovare altri committenti di quanto il suo committente ne abbia a trovare altri collaboratori o fornitori (298). La legge n. 192/1998, a dire il vero, non individua in modo netto e limpido questi due fattori di debolezza del subfornitore come elementi necessari e sufficienti a determinare la sua posizione di « dipendenza economica », limitandosi ad alludere sinteticamente là dove attribuisce rilievo determinante alla difficoltà di una parte « di reperire sul mercato alternative soddisfacenti » (art. 9, c. 1°). Ma la logica socio-economica che sottosta a questo intervento legislativo sembra proprio la stessa che sottosta alla protezione del lavoratore nel rapporto con il datore di lavoro; onde proprio su questo terreno sembra aprirsi una prospettiva di comunicazione, se non addirittura di saldatura, fra diritto del lavoro e diritto commerciale: la questione dell'impresa debole presenta una rilevante analogia con quella del lavoratore debole.

Le circostanze cui la nuova legge ricollega l'applicazione della disciplina protettiva a favore del subfornitore sono, a ben vedere, le stesse che una dottrina relativamente recente ha individuato come indicative di una esigenza di estensione della tutela di cui all'art. 3 della legge del 1960 ai dipendenti dell'impresa fornitrice dell'opera o servizio (§ 153). Questo non è sfuggito all'Autrice che si è occupata ultimamente della materia, la quale ha ritenuto di ravvisare nella legge n. 192/1998 la fonte del nuovo criterio di determinazione del campo di applicazione della regola di cui all'art. 3 della legge del 1960: là dove vi è « dipendenza economica » di un'impresa subfornitrice dalla committente, dovrebbe ravvisarsi una sostanziale integrazione della prima nel ciclo produttivo della seconda, sufficiente per far scattare l'applicazione della regola della parità di trattamento dei dipendenti della prima rispetto a quelli della seconda e della corresponsabilità solidale nei loro confronti dei due imprenditori (299). In altre parole, la lettura combinata delle due leggi porterebbe ad attribuire all'impresa subfornitrice economicamente dipendente dalla committente, insieme al beneficio della tutela disposta dalla legge del 1998, anche l'obbligo di applicazione ai propri dipendenti degli standard di trattamento riservati ai dipendenti della stessa committente, garantito dalla corresponsabilità solidale di quest'ultima. La tesi è suggestiva; ma ancora una volta è difficile sottrarsi all'impressione di una distanza eccessiva fra questo punto d'arrivo dell'argomentazione ermeneutica e il contenuto testuale della norma: la nozione di « appalto di opere e servizi da eseguirsi all'interno dell'azienda » (art. 3 della L. n. 1369/1960) appare strutturalmente troppo diversa dalla nozione di « subfornitura, in forma di appalto o di somministrazione di semilavorati, eseguita da qualsiasi impresa che si trovi in posizione di dipendenza economica dall'impresa committente » (artt. 1 e 9 della L. n. 192/1990), perché possa operarsi una identificazione fra di esse in via interpretativa.

Se questa identificazione deve probabilmente respingersi sul piano dello *ius conditum*, nondimeno la costruzione esaminata può costituire un punto di riferimento importante e fecondo sul piano dello *ius condendum*: su questo terreno nulla impedisce di pensare a una legge che individui — in modo assai più semplice e chiaro di quanto non faccia la legge n. 192/1998 — gli elementi essenziali del concetto di « dipendenza economica » nelle due situazioni che l'analisi economica indica come fattori tipici di debolezza contrattuale del fornitore (di lavoro, servizi o semilavorati) nei confronti del committente: l'esclusività o assoluta prevalenza di fatto del rapporto come fonte di reddito del fornitore, con conseguente concentrazione del rischio per quest'ultimo, e la continuità di fatto del rapporto stesso, intesa come estensione per un considerevole lasso di tempo, con conseguente apprezzabile riduzione dell'attitudine del fornitore a trovare nel mercato altri committenti a parità di condizioni (sia per la « non frequentazione » del mercato stesso che ne consegue, sia per la difficoltà di spendere in altri rapporti contrattuali la specializzazione professionale accumulata nel rapporto di collaborazione continuativo con una controparte determinata: gli economisti parlano a questo proposito di *investimento idiosincratico*). In presenza di questi due tratti caratterizzanti — la cui individuazione prescinde dal contenuto giuridico del contratto stipulato fra le parti e non sembra presentare particolari difficoltà sul piano pratico — il rapporto potrebbe essere assoggettato a una disciplina generale volta a correggere gli effetti distorsivi della dipendenza economica dal committente e a garantire ai dipendenti del fornitore un trattamento non inferiore, a parità di livello delle mansioni, rispetto a quello di cui godono i dipendenti del committente stesso (300).

(1) R. Coase, *La natura dell'impresa: la natura, il significato, l'influenza*, nella raccolta di scritti dello stesso A., *Impresa mercato e diritto*, a cura di M. Grillo, Bologna, 1995 (lo scritto originario è del 1988), pp. 145-146. Per gli ultimi sviluppi della discussione in proposito, nel campo della scienza economica e dell'organizzazione, v. R. Gibbons, *Taking Coase Seriously*, Cornell Univ., 1999; J. Freeman, *Efficiency and Rationality in Organizations*, Cornell Univ., 1999.

(2) V. il primo saggio dello stesso Coase, *La natura dell'impresa* (1937), nella raccolta citata, p. 85, dove si osserva che « *coeteris paribus* ... un'impresa tende a essere più grande: « a » quanto minori sono i costi di organizzazione e quanto più lentamente questi costi crescono con un aumento delle transazioni organizzate; « b » quanto meno è probabile che l'imprenditore commetta errori e quanto minore è l'incremento negli errori con un aumento delle transazioni organizzate [su questo punto cfr. F.H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, cit. alla nota 3 del § 77, p. 283: « ciò che principalmente determina i limiti dimensionali dell'impresa è la capacità degli amministratori »]; « c » quanto maggiore è la diminuzione (o quanto minore l'aumento) del prezzo di offerta dei fattori di produzione per le imprese di grande dimensione ».

(3) Per una trattazione ampia e organica in proposito v. M. Biagi, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Milano, 1978.

(4) In campo giuslavoristico l'espressione di questa tradizionale ostilità più compiuta e meditata si trova in L. Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, particolarmente pp. 175-194 (ivi, p. 152, nt. 51, l'indicazione di alcune linee di riforma della materia tendenti a una marcata restrizione delle possibilità di segmentazione del processo produttivo); e l'espressione della stessa temperie culturale e

dello stesso orientamento lo scritto di P. Genoviva, *La legge sull'intermediazione di mano d'opera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, RGL, 1978, I, pp. 465-487. Sulla marcata ostilità del movimento sindacale nei confronti del fenomeno degli appalti negli anni '70 e sulla rivendicazione diffusa in quegli anni nel senso del « completo superamento degli appalti legati al ciclo produttivo, ma anche di quelli continuativi che, comunque, impegnino i lavoratori a tempo pieno e nella stessa impresa, con il conseguente assorbimento dei lavoratori [stessi] da parte dell'azienda appaltante », v. A. Maresca, *Il problema degli appalti ancora alla ricerca di una soluzione legislativa*, RGL, 1975, I, partic. pp. 709-713. Nell'ultimo decennio la diffidenza dei giuslavoristi nei confronti del fenomeno del decentramento produttivo si è attenuata, diventando più selettiva: v. ad es. F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, in *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1990, dove si sottolinea a più riprese « la necessità », per il lavorista, di non guardare più in maniera unidirezionale ai fenomeni di decentramento » (p. 48).

(5) Vedremo a suo luogo (§ 149) come — sia nel nostro ordinamento interno, sia in sede internazionale — sia stato attribuito rilievo alla distinzione fra « appalto interno » e « appalto esterno » rispetto all'azienda del committente, ai fini della modulazione della tutela dei lavoratori coinvolti; vedremo però anche come tale distinzione non corrisponda a una diversità sostanziale fra gli interessi in gioco nei due casi.

(6) Sul concetto di « dipendenza economica » v. §§ 4, 10 e 155.

(7) L'uso del termine *somministrazione* si giustifica con il carattere di durata che è proprio di qualsiasi prestazione lavorativa subordinata; e non sembra precluso, nel linguaggio tecnico-giuridico, dal fatto che l'art. 1559 c.c. indichi come possibile oggetto del contratto di somministrazione soltanto le « cose ». Il termine *somministrazione di manodopera* nell'accezione più ampia, comprensiva di ogni forma di fornitura di manodopera, è usato per la prima volta, a quanto mi consta, da L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1935, vol. I, p. 181; poi da P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 38, nt. 10; V. Cassi, *Della somministrazione di lavoro a favore di terzi*, in *Annali sem. giur. Univ. Catania*, 1950, II, p. 325 (n.v.: cit. da G. Nicolini, op cit. in questa nota, p. 6) e ricompare nella stessa accezione molto ampia, dopo l'emanazione della legge sull'interposizione e gli appalti del 1960, in E. Loriga, *Relazione introduttiva al seminario dell'Università di Firenze*, aprile 1961, in *Problemi di interpretazione e di applicazione della legislazione sulla disciplina degli appalti di opere e di servizi*, Milano, 1963, p. 13; Id., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965: « l'appalto e la somministrazione di lavoro o di manodopera presentano un'identità strutturale » (p. 106); A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, MGL, 1962, pp. 278-281; G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, RTDPC, 1965, p. 1521; G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano, 1980, *passim* e partic. pp. 2 e 28. Lo stesso termine è usato invece in una accezione più ristretta, per indicare alcuni casi particolari e non la generalità dei contratti di fornitura di mere prestazioni di manodopera, in A. Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, cit., pp. 117-129 e — sulla scorta di questo studio — nella *Relazione* al Senato dell'on. De Bosio (parte I, § 3) sul disegno di legge da cui nascerà la legge teste citata e poi nell'intervento al Senato sulla stessa legge dell'on. Di Grazia, dove questi sottolinea « l'opportunità che il divieto di interposizione sia esteso anche a quella forma illecita che è la somministrazione di lavoro » (resoconto sommario della seduta del Senato del 14 luglio 1960, p. 21). La relazione al Senato dell'on. De Bosio, come quella sulla stessa legge presentata alla Camera dagli onn. Andreucci e Butte', possono leggersi, oltre che negli atti parlamentari ai quali faremo riferimento *infra*, anche in appendice agli atti del seminario fiorentino sopra cit., rispettivamente pp. 123-131 e 131-159.

(8) Cfr. G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione ecc.*, cit.: « Le ipotesi specifiche nell'ambito di questa ampia caratterizzazione possono essere numerose e disparate: dal caso estremo in cui un soggetto (l'interposto) si limita ad assumere mano d'opera per avviarla nell'altrui impresa, fino a giungere, attraverso varie gradazioni, a quello più complesso in cui l'assuntore organizza e dirige personalmente il lavoro, a volte di alta specializzazione, sebbene senza avere macchinari e attrezzature notevoli » (p. 1512). Vedremo nel § 125 (ivi particolarmente nota 81) come una parte della dottrina, in riferimento al nostro ordinamento oggi vigente, qualifichi il primo caso come « interposizione fittizia » e il secondo come « interposizione reale », ricollegando a tale diversa qualificazione effetti differenti.

(9) Per le diverse denominazioni con cui questi due contratti vengono comunemente indicati v. *infra* in questo paragrafo.

(10) V. in proposito *infra*, nota 21.

(11) V. in proposito *infra*, nota 19.

(12) V. la descrizione del fenomeno proposta da E. Loriga, *Relazione* cit., p. 7-8. Sulle sue origini e diffusione attuale v. *infra*, nota 20.

(13) Nel caso del caporalato agricolo, al servizio di agevolazione dell'incontro fra domanda e offerta di lavoro si aggiunge anche il servizio di trasporto dei braccianti fra il luogo di abitazione e il luogo di lavoro: v. in proposito ancora la relazione ministeriale citata nella nota 19.

(14) È la tesi centrale del saggio di G. De Simone, *Titolarietà dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995.

(15) La necessità di tale considerazione unitaria è colta e particolarmente sottolineata da S. Spano, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Milano, 1965, partic. pp. 39 e 114-118.

(16) V. il 6° rapporto presentato alla 85a sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, *Le travail en sous-traitance* (nell'edizione inglese: *Contract labour*), Ginevra, 1997: dove alla *sous-traitance proprement dite* — categoria nella quale rientra sia l'appalto, sia la somministrazione di semilavorati — viene affiancata nella trattazione la *sous-traitance de main-d'oeuvre* (nell'edizione inglese: *labour-only contracting*).

(17) Cfr. Bureau International du Travail, *Le travail en sous-traitance*, cit., p. 8, dove si sottolinea come la « sous-traitance de services » possa essere, in concreto, « difficile à distinguer de la sous-entreprise de main d'oeuvre ».

(18) V. il rapporto presentato all'85a sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, citato nella nota 16.

(19) Per una descrizione essenziale del fenomeno, come esso si manifestava ancora in epoca relativamente recente nel nostro Mezzogiorno, v. la risposta del ministro del lavoro a un'interrogazione parlamentare in proposito, svolta nella seduta della Commissione lavoro della Camera dei Deputati del 21 gennaio 1982, riportata in appendice nel volume *Il collocamento impossibile*, Bari, 1982, pp. 195-199.

(20) Per una descrizione del fenomeno del cottimismo nella sua evoluzione storica v. G. Giugni, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *Scritti in memoria di A. Graziani*, vol. II, Napoli, 1968, partic. pp. 823-841; ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Sull'esplicito riconoscimento legislativo di questa figura contenuto nelle leggi antinfortunistiche del 1904 e 1907 v. § 119 e ivi note 32 e 33.

(21) B.I.T., *Le travail en sous-traitance*, cit., pp. 9-10 e 17-20. Sulla diffusione attuale del fenomeno su scala planetaria v. anche, dello stesso B.I.T., *Le rôle des agences d'emploi privé es dans le fonctionnement des marchés du travail*, 6° rapporto all'81a sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, Ginevra, 1994, p. 30 (può leggersi anche in traduzione italiana in *RIDL*, 1994, III, pp. 183-262).

(22) Con il termine *outsourcing* nel linguaggio corrente si indicano tutti i fenomeni di segmentazione del processo produttivo che vedono un'impresa affidare funzioni originariamente proprie — ivi compresa quella relativa all'acquisizione e gestione del personale — a operatori esterni (dove anche il termine « esternalizzazione », talora sostituito più o meno impropriamente da « terziarizzazione »). In questa accezione molto ampia il termine è usato nelle pubblicazioni dell'Outsourcing Institute di New York e in particolare nell'*Outsourcing Index* che l'Istituto periodicamente diffonde, dove è considerata come una forma di o. anche il ricorso allo *staff leasing*. Nel linguaggio tecnico della scienza dell'organizzazione aziendale, invece, il termine è per lo più usato soltanto per indicare l'affidamento di una fase della produzione o di una funzione aziendale a un'impresa specializzata mediante un contratto di appalto o di somministrazione di semilavorati, o addirittura soltanto per indicare l'affidamento a terzi, mediante appalto di servizi, di una funzione non direttamente produttiva precedentemente svolta da una struttura interna dell'impresa committente (quella che i francesi, gelosi tutori della purezza del proprio idioma, chiamano *sous-traitance de services*: ad es.: la gestione delle relazioni pubbliche o della pubblicità, del magazzino, del servizio di vigilanza o di centralino telefonico), ma non per indicare la scelta di esternalizzare una fase della produzione, indicata in inglese come *externalization of manufacturing*, in francese come *sous-traitance de production*.

(23) In apertura della *Relazione* al Senato dell'on. De Bosio sul disegno di legge in materia di interposizione e appalti, da cui sarebbe nata la legge n. 1369/1960 (v. nota 7), si trova l'osservazione di un incipiente sviluppo del fenomeno già alla fine degli anni '50: « è stato constatato il ricorso,

sempre più esteso e non sempre opportuno, al vero e proprio appalto di opere e di servizi da eseguirsi nell'interno dello stabilimento gestito dalle imprese. Rapporti contrattuali questi previsti e regolati dal nostro ordinamento giuridico e che, in date circostanze, possono adempiere anche a una utile funzione, ma che di frequente danno luogo a disparità di trattamento retributivo e normativo tra i lavoratori dipendenti dall'impresa appaltatrice e quelli della impresa committente, che si trovano a lavorare fianco a fianco gli uni con gli altri ... ».

(24) Cfr. E. Reyneri, *Sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, 1996, pp. 231-233; ivi ulteriori riferimenti alla letteratura economica e sociologica precedente in proposito. Il peso dell'*outsourcing* nel dato statistico della terziarizzazione dell'economia risulta però ridimensionato da alcuni studi economici più recenti.

(25) Mi riferisco ai dati forniti dalla Ciett (Confederazione internazionale delle imprese del settore), *Staffing Industry report*, novembre 1998. Per dati ulteriori, ma meno aggiornati, sullo sviluppo di questa forma di organizzazione del lavoro nel mondo v. Bureau International du Travail, *Le rôle des agences d'emploi privé es dans le fonctionnement des marchés du travail*, cit., pp. 28-29.

(26) Mi riferisco qui allo *staff leasing* finalizzato al risparmio dei costi di gestione del personale (le imprese che esercitano questa attività sono oggi indicate negli U.S.A. come *Professional Employer Organizations*), non certo all'attività formalmente analoga finalizzata all'elusione degli standard minimi di trattamento dei lavoratori, della quale si ha notizia in epoca molto precedente. A casi di quest'ultimo genere si riferisce esplicitamente, ad esempio, la circolare del ministero del lavoro 10 gennaio 1956 n. 6112, cit. da M. Franco, E. Scaccia, *La fornitura di mano d'opera e la disciplina degli appalti nella legge 23 ottobre 1960 n. 1369, DL, 1962, I, p. 119*; a un contratto di somministrazione non occasionale di manodopera per attività amministrativa e contabile si riferisce, ancora, la sentenza del Tribunale di Milano 10 marzo 1958 citata nella *Relazione* al Senato dell'on. De Bosio (v. note 23 e 57) e in E. Favara, *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro e appalti di lavoro*, nota a T. Ancona 14 novembre 1960, *DL, 1961, II, p. 115*.

(27) Nel 1993 la National Staff Leasing Association (ora National Association of Professional Employer Organizations - Napeo) indicava in circa 1400 le imprese esercenti questa attività negli U.S.A., con circa un milione di lavoratori dipendenti (*The Business of Employee Leasing*, Arlington, Virginie, 1993); oggi ne indica circa 2000, con un numero di dipendenti tra i due e i tre milioni, essendosi registrato nell'ultimo decennio un ritmo di crescita del settore del 20-30% ogni anno (traggo questi ultimi dati dal sito www.napeo.org). In proposito v. anche Bureau International du Travail, *Le rôle des agences d'emploi privé es ecc.*, cit, p. 31. È interessante osservare come nella dottrina statunitense si stenti a cogliere la distinzione fra contratto di *staff leasing* e contratto di « appalto di servizi da svolgersi all'interno dell'impresa », essendo indicate con lo stesso termine (*contract firm*) le imprese che svolgono attività dell'uno e dell'altro tipo: v. in proposito R.B. Moberly, R.J. Gramming, *Lavoro intermittente tramite agenzia e appalto di servizi negli Stati Uniti, DRI, 1998, pp. 445-452* (ivi ulteriori riferimenti bibliografici in argomento).

(28) L. Gaeta, *Infortunati sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986, pp. 82-89, intitolate al « facile "decentramento" della responsabilità padronale ».

(29) J.-C. Javillier, *Droit du travail*, Paris, 1990³, p. 154.

(30) G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982, p. 251.

(31) In proposito E. Loriga (*Relazione* cit. nella nota 7) osserva però che il divieto è posto « non nell'interesse del lavoratore, ma unicamente al fine di evitare la possibilità di speculazioni sugli appalti dello Stato » (p. 6).

(32) « Il capo esercente dell'impresa, industria o costruzione che dà a cottimo ai propri operai lavori da eseguirsi nel proprio stabilimento, officina o cantiere, permettendo loro di valersi per eseguirli di altri operai da essi assunti e pagati, è obbligato ad assicurare anche questi ultimi ».

Sull'orientamento giurisprudenziale che aveva in precedenza ripetutamente negato la responsabilità del committente per gli infortuni, pur accaduti nella sua azienda, nei quali fossero coinvolti lavoratori ingaggiati da soggetti interposti, v. L. Gaeta, *Infortunati sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, cit. nella nota 28, pp. 84-89.

(33) La norma non è ripresa nella legge 26 aprile 1934 n. 653, che sostituisce il testo unico del 1907: probabilmente perché si è voluto evitare di conferire, con la reiterazione della disposizione, una nuova legittimità a un rapporto interpositivo di cui si percepiva la pericolosità sociale, soprattutto nei confronti della parte più debole della manodopera, e che solo tre anni dopo sarebbe stato oggetto di divieto ad opera della contrattazione collettiva (v. *infra* in questo paragrafo).

(34) S. Spano, *L'attore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pp. 84-87; ivi anche il riferimento al successivo contratto collettivo 1° aprile 1938 per gli scritturati dalle compagnie di operette, riviste e varietà, che parrebbe subordinare la responsabilità diretta dell'impresario alla condizione che il « capogruppo » non sia munito di un apposito nulla-osta amministrativo (p. 85).

(35) Per una interpretazione fortemente riduttiva di questa pattuizione collettiva v. Cass. 4 aprile 1941 n. 986, *DL, 1941, II, p. 149*.

(36) Traggo la citazione testuale da E. Loriga, *Relazione* cit. nella nota 7, p. 7; in proposito v. anche L. Riva Sanseverino, *Della impresa*, nel *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969⁴, p. 575. Disposizioni analoghe sono citate da S. Spano (*Il divieto di interposizione ecc.*, cit., pp. 19-20) come contenute nei contratti collettivi 9 maggio 1936 per il settore commerciale dell'alimentazione, 25 ottobre 1939 per gli operai dell'industria molitoria e della pastificazione, 2 febbraio 1940 per i confezionisti di abiti, biancheria e affini (in quest'ultimo caso il divieto sarebbe stato esteso a qualsiasi forma di somministrazione di manodopera, e non soltanto a quella attuata nella forma del cottimo collettivo).

(37) Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, *Relazioni della Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia. VIII. Rapporti particolari di lavoro*, Roma, 1959, pp. 121 e ss.

(38) L'osservazione è di L. Riva Sanseverino, *Della impresa*, cit., p. 577.

(39) A. Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*, Milano, 1959, pp. 87-89: se « per il nuovo codice il vero contenuto del contratto sta nell'obbligarsi, mediante retribuzione, a collaborare con un soggetto (imprenditore) nella sua organizzazione di impresa e per il conseguimento del fine produttivo di essa, dunque nell'obbligarsi a integrare la propria attività lavorativa con quella dell'imprenditore », ne consegue che « il rapporto di lavoro che intercorre con un imprenditore non può essere inerente a una impresa diversa, cui stia a capo un diverso imprenditore ».

(40) Questa tesi di A. Cessari verrà fatta propria poco più tardi dagli onn. Andreucci e Butte' nella *Relazione* alla Camera dei Deputati sulla nuova legge in materia di interposizione nei rapporti di lavoro (v. nota 60): « trattasi in sostanza di un contratto innominato, alla cui disciplina può porsi mano senza preoccupazioni di modificazioni del codice civile »; nello stesso senso la *Relazione* al Senato dell'on. De Bosio, parte I, § 2 (v. nota 7).

(41) V. soprattutto la costruzione di O. Mazzotta, *Rapporti interpositivi e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1979; in seguito G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, (1995); Ead., *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione: Simul stabunt simul cadent?*, *RGL, 1998, I, pp. 663-690*; v. inoltre gli scritti di G. Suppiej e di A. Vallebona cit. nella nota 198 al § 139.

(42) Cfr. B. Veneziani, *La flessibilità del lavoro e i suoi antidoti. Un'analisi comparata, DLRI, 1993*: « è la stessa subordinazione ad essere sublimata ... È come se nel momento in cui [il lavoratore] instaura un rapporto (contratto) con un imprenditore si impegni a "essere a disposizione", senza condizioni, dell'altro contraente » (p. 279). V. anche tutta la giurisprudenza in materia di distacco del lavoratore (§ 146 e ivi note 251-255), secondo la quale « il distacco del lavoratore non comporta una novazione soggettiva e il sorgere di un nuovo rapporto con il beneficiario della prestazione lavorativa, ma solo una modificazione nell'esecuzione dello stesso rapporto, nel senso che l'obbligazione del lavoratore di prestare la propria opera viene (temporaneamente) adempiuta non in favore del datore di lavoro ma in favore del soggetto (cui sono attribuiti i connessi poteri direttivi e disciplinari) presso il quale il datore medesimo ha disposto il distacco del dipendente » (Cass. 10 agosto 1999 n. 8567, *NGL, 1999, p. 569*).

(43) A. Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*, cit. In senso contrario v. però ora G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., la quale ritiene invece che, in base a un principio generale di trasparenza, potesse ritenersi già vigente un divieto assoluto del rapporto interpositivo anche prima della riforma del 1960, la quale sarebbe intervenuta soltanto a esplicitare il divieto stesso e a perfezionare il sistema delle sanzioni dalle quali esso è assistito (partic. pp. 42-47 e 52-56).

(44) V. nota 58 al § 122.

(45) V. ancora A. Cessari, *op. ult. cit.*: « anche quando il sistema di retribuzione convenuto non è quello “a cottimo”, può verificarsi l’ipotesi che a un lavoratore venga affidata l’esecuzione di lavori da eseguirsi con la collaborazione di *ausiliari* da lui dipendenti. È il caso del riquadratore che conduce con sé un garzone, dell’operaio che conduce con sé un apprendista, del giornalista che si serve di coadiutori, del cameriere o portiere che si servono di sostituti » (pp. 73-74); oppure « il caso di una grande fabbrica dolciaria che aveva creato una serie di aziende di vendita, preponendo un gestore ad ogni negozio e facendo obbligo al gestore stesso di assumere in proprio e retribuire direttamente gli impiegati necessari per le operazioni di vendita » (p. 77), caso che presenta qualche interessante analogia, per un verso, con il cottimo collettivo subordinato, per altro verso con la figura — a quell’epoca non ancora individuata come socialmente tipica — del *franchising*.

(46) La possibilità per il lavoratore subordinato, purché con il consenso del creditore, di farsi sostituire occasionalmente da persona di sua fiducia è generalmente riconosciuta fin dalle origini: v. in proposito le massime riportate nel *Massimario della giurisprudenza dei provviri* curato da E. Redenti, Roma, 1906, p. 103, nn. 358 e 359 (ora in ed. anastatica, Torino, 1992, p. 179). V. inoltre A. Cessari, *L’interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, cit.: « Certo, occorre ben distinguere le ipotesi di vera e propria *interposizione* dalle ipotesi di mera *sostituzione* del lavoratore obbligato alla prestazione » (p. 75); inoltre loc. cit. nella nota 45.

(47) In senso contrario v. soprattutto G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge ecc.*, cit., pp. 58-61, dove tuttavia si ammette la legittimità della sostituzione quando l’attività svolta dal sostituto abbia carattere meramente accessorio rispetto a quella del lavoratore sostituito, debitore principale (p. 61). Per alcuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali più recenti in proposito v. nota 9 al § 78.

(48) I primi tre progetti di legge sono stati presentati alla Camera dei Deputati da Pastore, Scalia e altri il 10 maggio 1955 (n. 1609), da Di Vittorio, Lizzadri, Pessi, Santi e Brodolini il 22 giugno 1956 (n. 2334) e da Maglietta e altri (n. 3507, *n.v.*); i due ulteriori ancora alla Camera da Storti e altri (n. 130) e Maglietta e altri (n. 134), entrambi il 22 luglio 1958. Sul contenuto di questi ultimi due v. anche L. Ventura, *Oscurità della legge e insufficienza della interpretazione*, RGL, 1962, II, pp. 112-113.

(49) Dovendo così interpretarsi, secondo l’opinione unanime della dottrina, l’espressione « avvalersi dell’opera di mediatori o di intermediari comunque denominati », che compare nella norma menzionata: v. per tutti sul punto L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell’impresa*, Torino, 1973, p. 215.

(50) In particolare, alla Camera, in prima lettura, il provvedimento legislativo è approvato con 370 voti favorevoli e solo 38 contrari (seduta del 15 ottobre 1959). Successivamente, anche in seconda lettura al Senato (14 luglio 1960) e in terza alla Camera (14 ottobre 1960) il provvedimento legislativo verrà approvato con il voto favorevole sia dalla maggioranza, sia dall’opposizione di sinistra.

(51) F. Carnelutti, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, RDC, 1961, I: « al solito la legge è redatta con l’inabilità tecnica che costituisce ormai un carattere costante della nostra legiferazione sempre più improvvisata » (p. 503) (se questo il grande giurista pensava della legge n. 1369/1960, non oso immaginare che cosa egli avrebbe pensato della nostra legislazione giuslavoristica maturata nell’ultimo quarto di secolo). Nello stesso senso v. S. Spano, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., p. 2.

(52) Uso improprio del quale il legislatore era peraltro pienamente consapevole in entrambi i rami del Parlamento (v. le relazioni alla Camera e al Senato già più volte citate), pur giustamente non mostrandosene troppo preoccupato e finendo per confermare quella scelta terminologica, in quanto meglio corrispondente al linguaggio comune e non suscettibile di generare equivoci sul significato della norma.

(53) Parla di « ampliamento della fattispecie ... forse eccessivo » recentemente anche G. Suppiej, *L’interposizione brevettata*, cit. nella nota 41 (1998), p. 18.

(54) Da Pastore e altri il 10 maggio 1955 (n. 1609), da Di Vittorio e altri il 22 giugno 1956 (n. 2334): v. nota 48.

(55) Con l’art. 1 del p.d.l. n. 1609/1955, a firma degli onn. Pastore e altri si vuol vietare infatti « all’imprenditore di affidare in appalto od in qualsiasi altra forma di lavoro autonomo l’esecuzione di mere prestazioni di lavoro per operazioni inerenti alla attività della sua azienda » (c. m.). La stessa limitazione del campo di applicazione del divieto si trova nell’art. 1 del p.d.l. n. 2334/1956, a firma degli onn. Di Vittorio e altri: « È vietato all’imprenditore di affidare ad altra ditta o ad uno o più lavoratori, sotto forma giuridica di appalti, subappalti ed altre consimili, comunque denominate, l’esecuzione di opere e servizi inerenti all’attività dell’azienda »; l’art. 2 della stessa proposta estende però il divieto ai casi in cui « il lavoro di cui trattasi abbia carattere accessorio alle attività produttive dell’azienda, purché con caratteristiche di continuità o di normale periodicità », come manutenzione delle macchine, degli impianti e degli stabili, servizi di pulizia, sorveglianza e simili » (c. m.). Merita di essere osservato come una delimitazione del campo di applicazione della protezione dei lavoratori nei rapporti interpositori analoga a quella contenuta negli artt. 1 di queste due proposte di legge sia indicata tra le possibili opzioni di una futura convenzione e/o raccomandazione dell’O.I.L. dal Bureau International du Travail nel questionario recentemente distribuito in proposito ai Governi degli Stati membri (riportato in appendice al rapporto su *Le travail en sous-traitance*, cit., p. 84, § 6.a).

(56) Quella delimitazione, in realtà, era già scomparsa nei due progetti di legge presentati nel luglio 1958, all’inizio della III legislatura (v. nota 48), dove il divieto di interposizione era proposto nella formulazione assoluta che sarebbe stata poi fatta propria dal legislatore.

(57) « se le prestazioni di lavoro non sono inerenti al ciclo produttivo dell’impresa e perciò sono di tal natura da non rientrare nella normale attività dell’impresa medesima, non si vede perché detto imprenditore debba forzatamente servirsi di propri dipendenti anche per l’esecuzione di tali prestazioni: infatti, in questa ipotesi, non v’è alcuna violazione di legge da reprimere, né possibilità di danno per i lavoratori » (*Relazione della 10^a Commissione permanente*, estensore il sen. De Bosio, trasmessa alla Presidenza del Senato il 23 giugno 1960, atto n. 749-A, p. 18).

(58) In conseguenza della soppressione della delimitazione del divieto, « qualsiasi esecuzione di prestazioni di lavoro mediante mano d’opera non assunta e retribuita dall’imprenditore principale dovrebbe considerarsi illecita e fraudolenta. Ma ciò costituisce un assurdo, poiché la legge stessa consente di affidare ad altre imprese l’esecuzione di prestazioni di mano d’opera quando queste non siano inerenti al ciclo produttivo o comunque all’attività dell’impresa principale. Molteplici sono le ipotesi di prestazioni d’opera pienamente legittime, alle quali si è costretti a ricorrere per necessità del tutto estranee all’attività dell’azienda. Basti qui ricordare la legge 3 maggio 1955 n. 407, che consente di affidare a carovane o cooperative di facchini la esecuzione di mere prestazioni di mano d’opera; né è inopportuno ricordare le norme del Codice della navigazione e il regolamento 15 febbraio 1952 n. 328, in tema di disciplina del lavoro delle compagnie portuali che eseguono, appunto, mere prestazioni di lavoro a favore di altre imprese » (*Relazione cit.*, p. 17).

(59) Questo il contenuto dell’emendamento: « Il divieto si applica quando tali prestazioni sono inerenti all’attività dell’azienda che richiede l’esecuzione delle prestazioni di lavoro » (*Relazione cit.*, p. 17).

(60) « la organizzazione della produzione in una impresa sarebbe indubbiamente più economica se fatta direttamente piuttosto che tramite l’intermediario, ove il fattore lavoro fosse ... trattato e retribuito secondo quanto dispongono i contratti normativi ... essendo evidente che il terzo intermediario opera per un utile che si aggiunge ai costi normali. Poiché non appare logico che tale operazione avvenga con un aumento del costo di produzione, risulta evidente ... che tale pratica va a discapito dei lavoratori » (*Relazione delle Commissioni permanenti IV e XIII (Giustizia e Lavoro)*, estensori gli onn. Andreucci e Butte’, presentata alla Presidenza della Camera il 7 settembre 1959, Atto n. 130-A e 134-A, p. 2).

(61) V. in proposito § 148 e ivi particolarmente note 262 e 263.

(62) V. paragrafo precedente e ivi particolarmente note 57 e 58.

(63) P.d.l. Di Vittorio e altri n. 2334/1956, art. 2, citato nella nota 55.

(64) Delle motivazioni dei redattori in proposito non resta, però, traccia esplicita nei resoconti parlamentari, perché l’elaborazione del « testo unificato » dei progetti di legge è opera di un « comitato ristretto » nominato dalla Commissione, i cui lavori non vengono verbalizzati.

(65) Il senso di questa operazione è colto con precisione da E. Favara nel suo commento già citato (nota 26) alla nuova legge, da lui scritto immediatamente dopo la sua emanazione (quando ancora erano fresche di stampa le cronache del dibattito parlamentare) e pubblicato probabilmente per primo in ordine di tempo: « L’art. 3 vuole ... limitare tale campo di applicazione, escludendo dal divieto taluni contratti che ... dovrebbero altrimenti definirsi veri e propri appalti di lavoro, vietati come tali dall’art. 1 della legge. ... È chiaro che nelle ipotesi di cui al primo comma [dell’art. 3] si tratta di contratti il cui oggetto di gran lunga prevalente è proprio l’esecuzione di mere prestazioni di lavoro » (p. 118); e « Un’ulteriore

dimostrazione di tale *ratio legis* viene testualmente fornita dall'art. 5 », il quale « permette di escludere dalla disciplina della legge ipotesi di veri e propri appalti di lavoro il cui assoggettamento alle restrizioni e ai divieti di legge avrebbe arrecato troppo mutamento alla disciplina vigente, anche al di là di quanto la necessità di eliminazione dell'interposizione fraudolenta in campo del lavoro avrebbe probabilmente richiesto » (pp. 119-120). V. in proposito anche le osservazioni critiche di L. Ventura, *Oscurezza della legge e insufficienza della interpretazione*, cit. (1962): « Soprattutto il 2° comma dell'art. 3 e l'art. 5 sembrano essere stati dettati più sotto la pressione di gruppi e di interessi particolari che in base a una visione generale dei problemi affrontati. Nel successivo iter legislativo ... tale tendenza sembra essersi accentuata ulteriormente ... In sostanza, pare che il mancato accordo su criteri di carattere generale abbia accentuato l'interesse alla regolamentazione di situazioni particolari e il carattere che alcune norme hanno in tal modo assunto ha reso ancor più difficile una interpretazione sistematica della legge » (p. 113).

(66) Alla Camera viene respinto in Aula l'emendamento degli onn. Biaggi e Ferioli tendente a sopprimere nell'art. 3 la menzione delle attività di facchinaggio e di pulizia approvata dalla Commissione (seduta del 14 ottobre 1959); nella seduta del 9 ottobre 1959 si erano registrate le perplessità dell'on. Gitti e in quella del 13 ottobre le perplessità dell'on. Guerrieri sulle aggiunte all'elenco contenuto nell'art. 5 delle lettere *b c d e* ed *e*. V. inoltre la nota seguente.

(67) Al Senato l'on. Bitossi denuncia con vigore l'operazione di riduzione della portata del divieto compiuta dalla maggioranza: « il fatto che stupisce e allarma i lavoratori interessati è che, mentre si accetta di vietare all'imprenditore di affidare in appalto o subappalto l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro ... poi, in casi eccezionali, l'appalto è ammesso » e « il relatore e alcuni senatori della maggioranza si battono con tenacia non solo per estendere tali casi eccezionali, ma anche per privare i lavoratori dei benefici previsti dall'articolo 3 del disegno di legge (*interruzione del senatore Varaldo*) » (resoconto della seduta del 14 luglio 1960, p. 20). Sull'aggiunta all'art. 5 della lettera *g* verrà poi raggiunto un faticoso compromesso con l'accettazione da parte della maggioranza di un emendamento dei senatori Bitossi e Banfi (ivi, p. 28); la « logica ... un po' compromissoria » della soluzione adottata « perché non sostenuta da ragioni di diritto e di fatto » è poi ammessa esplicitamente dai relatori Andreucci e Butte in sede di terza lettura del testo trasmesso dal Senato (relazione presentata alla Camera il 6 ottobre 1960, Atto n. 130-134-C, p. 2).

(68) Parla di « carattere marcatamente compromissorio » della legge n. 1369/1960 anche M. Esposito, *Problemi ricostruttivi e prospettive in tema di interposizione nel rapporto di lavoro*, LD, 1993, pp. 361-362; nello stesso senso in precedenza F. Cecconi, C. Filadoro, *L'appalto di mano d'opera*, Milano, 1976, p. 12.

(69) Progetto di legge presentato alla Commissione Lavoro del Senato dall'on. Torelli in sede di discussione e rielaborazione del precedente p.d.l. 2 agosto 1972 a firma dell'on. Fermariello e altri, art. 1, 4° c.: « Si considerano altresì di mere prestazioni di lavoro gli appalti aventi ad oggetto lavori di facchinaggio, di manutenzione ordinaria degli impianti e di pulizia, svolti all'interno dell'impresa appaltante e comunque riconducibili al ciclo produttivo di essa con continuità o periodicità ». Per un esame critico del progetto di legge v. A. Maresca, *Il problema degli appalti ancora alla ricerca di una soluzione legislativa: commento alla proposta Torelli*, cit. nella nota 4 (1975), pp. 718-719, dove si dà conto delle osservazioni critiche del CNEL in proposito.

(70) Se ne preoccupa E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit.: « se è vero che gli appalti per le operazioni di facchinaggio richiedono per la loro esecuzione una prevalenza quasi esclusiva di impiego di manodopera, bisogna tener presente che oggetto dell'appalto non sono le prestazioni di lavoro che vi vengono adibite, ma pur sempre l'esplicazione di quelle attività di carico e scarico ... che rappresentano il servizio commesso all'appaltatore, integrando quindi gli estremi del tipico contratto di appalto » (p. 156).

(71) *Relazione* al Senato dell'on. De Bosio, loc. cit. nella nota 58, e intervento dell'on. Bitossi, cit. nella nota 67.

(72) A. Cessari, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, DL, 1961, I, pp. 128-135. Aderiscono alla costruzione del divieto di interposizione fraudolenta proposta da C., come chiave di interpretazione della nuova legge, E. Favara, *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit., partic. p. 119, e, con argomentazione più ampia ma sostanzialmente di analogo contenuto, M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti d'opere e di servizi*, RTDPC, 1961, partic. pp. 855-860 e 867-869. A questo orientamento si ispira P. Roma 26 gennaio 1962, RGL, 1962, II, p. 109, con nota dissenziente di L. Ventura.

(73) A. Cessari, *op. ult. cit.*, p. 129. Nello stesso senso G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, cit. (1980), particolarmente pp. 82-101 e 109-117, dove l'A. si propone di conciliare tra loro l'interpretazione della legge dominante in dottrina (interposizione come atto *contra legem*) e quella legata alla teoria cessariana dell'interposizione come atto vietato in quanto compiuto *in fraudem legis*, mostrando come per entrambe le vie si pervenga agli stessi risultati pratici: donde la conclusione secondo cui « la portata innovativa della legge ... [è] più apparente che reale » (p. 101). Si osservi, però, che quest'ultimo A., a differenza del Cessari e degli altri due citt. nella nota precedente, ritiene irrilevante l'appartenenza o no dell'attività fornita dall'interposto al « ciclo produttivo » normale dell'impresa utilizzatrice (p. 44).

(74) A. Cessari, *loc. ult. cit.* (c. m.).

(75) Cfr. sul punto particolarmente E. Favara, *op. cit.* nella nota 72, pp. 116 e 118-120; nonché M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit.: « qualche autore ... dimostra una certa riluttanza a riconoscere la natura di appalti veri e propri a contratti che hanno ad oggetto lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria di impianti ... Analogo dubbio può sorgere relativamente alle attività di lettura di contatori e di esazione di bollette di consumo ... In queste ipotesi siamo di fronte a figure negoziali ben più simili alle deprecate forniture di mere prestazioni di lavoro che non agli appalti veri e propri ... Ne consegue che la diversità di trattamento normativo fra i negozi contemplati nell'art. 1 ... e quelli previsti nell'art. 3 — inibiti gli uni, ammessi invece gli altri, anche se assoggettati a qualche regola particolare — non deve giustificarsi sulla base di una distinzione sempre netta nell'ambito delle singole fattispecie: preferirei addurre a questo scopo l'opportunità di limitare l'assoluto divieto ai soli casi di interposizione fraudolenta nel lavoro » (p. 868).

(76) V. per tutti F. Carnelutti, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, cit., p. 503: « Se un imprenditore paga la giornata dei suoi lavoratori 100 e cede a un altro il loro lavoro a 120, guadagna alle loro spalle. È codesto contratto tra i due imprenditori, che la legge vieta ». Cfr. in proposito anche la relazione alla Camera cit. nella nota 60. Parla in proposito di « razionalizzazione del sistema economico e, mediamente, del sistema giuridico » U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, p. 256.

(77) V. in questo senso, fra i primi commentatori, A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni ecc.*, cit. nella nota 7, p. 279; S. Spano, *Il divieto di interposizione ecc.*, pp. 1-32 e partic. 31-32; G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione ecc.*, cit., p. 1522; R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1966, p. 443; L. Montuschi, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967: « se prima dell'entrata in vigore della legge n. 1369 ... [l'interposizione non riconducibile alla fattispecie ex art. 2127 c.c.] ... rappresentava uno degli esempi di scuola di *in fraudem agere* (e pertanto era sanzionabile solo ex art. 1344 c.c.), oggi il medesimo meccanismo deve reputarsi *contra legem* » (p. 32). L'irrelevanza dell'intento fraudolento sarà poi ribadita da tutta la dottrina successiva: v. soprattutto G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, cit., pp. 255-258; O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., pp. 134-165; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., pp. 34-35; P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, cit., pp. 324-327 e 331. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. S.U. 20 gennaio 1985 n. 1499, mass.; Cass. 4 luglio 1996 n. 6092, LG, 1997, p. 75; Cass. S.U. 21 marzo 1997 n. 2517, RIDL, 1997, II, p. 705, con nota di M.T. Carinci, *Questioni in ordine all'applicazione della legge sul divieto di intermediazione nei rapporti di lavoro ecc.*, nonché MGL, 1997, p. 851, con nota di G. Cammalleri, *Divieto di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro: la rilevanza dell'« in fraudem legis agere » al vaglio delle Sezioni unite in un caso di (sopravvenuto illecito) appalto di mano d'opera*; quest'ultima sentenza è commentata adesivamente su questo punto da G. De Simone, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione ecc.*, cit. partic. pp. 688-690, dove essa è indicata come pietra miliare della giurisprudenza sulla materia in esame. Sulle deviazioni giurisprudenziali che si sono registrate su questo punto nell'ultimo ventennio v. § 130 e ivi nota 120.

(78) Nel senso dell'irrelevanza del danno in concreto subìto dal lavoratore v. gli stessi scritti citt. nella nota prec., nei quali si sostiene l'irrelevanza dell'intento fraudolento.

(79) E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., p. 155, dove, dando conto della vicenda parlamentare di cui si è detto sopra (§§ 122-123), l'A. osserva che « il mancato accoglimento dell'emendamento proposto [dal Relatore al Senato] consente di escludere con sicurezza ogni

eccezione alla generalità del divieto stabilita dall'art. 1 » (l'A. però sembra contraddirsi a p. 64, dove afferma che l'ambito di applicazione del divieto di interposizione dovrebbe considerarsi comunque limitato « nell'ambito dell'impresa e del suo normale tipico ciclo produttivo »). Sulle incertezze giurisprudenziali che si sono registrate recentemente su questo punto v. § 130 e ivi nota 124.

(80) Così, tra i primi commentatori, S. Spano, *Il divieto di interposizione ecc.*, cit., pp. 51-56. Per la dottrina successiva, nel senso dell'irrelevanza dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'interposto, F. Scarpelli, *Interposizione e appalto ecc.*, cit., p. 68. In giurisprudenza, nel senso dell'irrelevanza dell'esercizio da parte dell'interposto del potere direttivo sui lavoratori coinvolti nel rapporto interpositivo, Cass. 16 settembre 1987 n. 7259, *FI*, 1988, I, c. 827; Cass. 7 settembre 1993 n. 9398, *RIDL*, 1994, II, 92, con nota di M. Martinelli, e *GC*, 1994, I, p. 999; entrambe le sentenze si riferiscono a un caso di lavoro cooperativo.

(81) V. in questo senso soprattutto G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit., pp. 256-257, dove l'A. sostiene che, quando la prestazione di lavoro sia interamente assoggettata al potere direttivo del committente, non si configurerebbe un fenomeno di interposizione reale, bensì di interposizione fittizia: il contratto fra interposto e lavoratore costituirebbe qui un caso di simulazione, nascondendo un contratto di lavoro effettivo fra lavoratore e interponente; e, rimanendo l'interposto di fatto estraneo al rapporto di lavoro, la norma violata non sarebbe il divieto di interposizione di cui alla legge del 1960, ma il divieto di mediazione fra domanda e offerta di cui alla legge n. 264/1949 (§ 27). In questo senso v. anche P. Magno, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro*, Padova, 1976, p. 115, nt. 3; A. Guarnieri, *L'interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro*, *RIDL*, 1987, I, p. 438; G. Cottrau, *L'intermediazione di mano d'opera nell'attuale contesto legislativo, ne Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, a cura di L. Galantino, Milano, 1997, pp. 19-20. Ma la distinzione fra interposizione reale e interposizione fittizia non può fondarsi sul solo elemento dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'interponente o dell'interposto: quest'ultimo, infatti, come si è visto quando si è parlato della funzione economica delle agenzie di *staff leasing* e di fornitura di lavoro temporaneo (§ 115), può svolgere un ruolo reale e relevantissimo nel rapporto trilatero anche astenendosi dal dirigere la prestazione, ma accollandosi tutti gli oneri relativi alla gestione amministrativa del rapporto. Sulla difficoltà della riconduzione a un concetto unitario della figura dell'interposizione reale e di quella dell'interposizione fittizia, sul piano civilistico generale, v. F. Scardulla, *Interposizione di persona*, in *Enc dir*, XXII, 1972, pp. 143-151.

(82) « L'appaltatore ... non consegue il risultato solamente con l'energia dei suoi impiegati, ma altresì mediante gli strumenti materiali maneggiati dagli impiegati medesimi: moduli, registri, macchine da scrivere, macchine da calcolare, mezzi di trasporto e via dicendo. Comunque, ciò che più importa è che l'appaltatore fornisce il risultato di un'organizzazione, dovuta prima di tutto al lavoro suo perché anche al fine di organizzare un servizio bisogna lavorare; e questo è il lavoro dell'imprenditore, non dei suoi dipendenti: ora ciò che la legge proibisce è il guadagno sul lavoro altrui, non il guadagno sul lavoro proprio » (F. Carnelutti, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, cit., p. 503); G. Benedetti, *op. cit.*, p. 1513. Conforme tutta la dottrina successiva: v. in tal senso esplicitamente G. Pera, *Lezioni di diritto del lavoro*, Padova, 1977³, p. 391; A. Guarnieri, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Padova, 1998, p. 351; F. Scarpelli, *Interposizione e appalto*, cit., p. 69; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., p. 64; P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, cit., p. 331; G. Mannacio, *Il divieto di intermediazione e il lavoro interinale*, Padova, 1997, p. 12. In giurisprudenza, nello stesso senso, fra le più recenti, Cass. 12 marzo 1996 n. 2014, *GC*, 1996, I, p. 2615, con nota di L. Nannipieri; Cass. 4 luglio 1996 n. 6092, *LG*, 1997, p. 75; Cass. S.U. 21 marzo 1997 n. 2517, cit. nella nota 77; Cass. 22 aprile 1997 n. 3456, mass.

(83) La questione specifica dell'uso del contratto di agenzia a fini interpositori è trattata però soltanto, a vent'anni dall'emanazione della legge, da G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge ecc.*, cit. (1980), pp. 53-58. Per un caso in cui è stata ravvisata l'interposizione vietata nell'utilizzazione da parte della SIAE di personale assunto e retribuito dai suoi agenti di ruolo e operante negli uffici di questi ultimi v. Cass. 23 giugno 1989 n. 3031, *MGL*, 1989, p. 620, e *DL*, 1990, II, p. 23. Si osservi come, in questo ordine di idee, un contratto di agenzia in se' legittimo ben possa coniugarsi, nel caso concreto, con la somministrazione illegittima di manodopera.

(84) Per una rassegna dei tipi contrattuali impropriamente utilizzabili dalle parti per realizzare il rapporto interpositivo v. G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982, p. 255; O. Mazzotta, *op. cit.*, pp. 101-111.

(85) Per questa affermazione generale, tra i primi commentatori v. S. Spano, *Il divieto di interposizione ecc.*, cit., pp. 56-65. Anche su questo punto concorda tutta la dottrina successiva: v. fra gli altri G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., pp. 57-67; e ultimamente G. Mannacio, *Il divieto di intermediazione*, cit.: « la legge — in questa sua parte (art. 1) — utilizza il termine [appalto] in senso atecnico così come usa in senso atecnico il termine appaltatore nel terzo comma. Si tratta di una imprecisione che ... è ... del tutto innocua e per nulla fuorviante. ... la qualificazione dello strumento attraverso il quale viene attuata la "scissione" non interessa molto il legislatore » (pp. 7-8).

(86) Sulla possibilità che la prestazione di lavoro subordinato costituisca oggetto di contratti diversi dal « contratto di lavoro subordinato nell'impresa » di cui all'art. 2094 c.c., e in particolare di contratti di natura associativa, v. § 90.

(87) In riferimento a un caso di società di fatto v. Cass. 4 ottobre 1985 n. 4800, mass. V. in proposito le osservazioni critiche di R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 637; ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali in argomento.

(88) Così, tra i primi commentatori, A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari ecc.*, cit., p. 278, nota 1; E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., pp. 113-119; in senso contrario v. però M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit., pp. 860-867. La questione dell'applicazione del divieto di interposizione nel campo del lavoro cooperativo è stata affrontata più approfonditamente dalla dottrina soltanto nel corso degli anni '80 e '90: v., nel senso indicato nel testo, A. Guarnieri, *L'interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro*, cit., pp. 451-454; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., pp. 69-75; G. Cottrau, *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo, ne Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, a cura di L. Galantino, Milano, 1997, pp. 23-27; G. Mannacio, *op. cit.*, pp. 27-28. In giurisprudenza, nello stesso senso; Cass. 7 settembre 1993 n. 9893, *RIDL*, 1994, II, p. 92, con nota di M. Martinelli, *Interposizione illecita e lavoro in cooperativa: un problema risolto?* (ivi i riferimenti a giurisprudenza e dottrina precedenti); Cass. pen. 13 gennaio 1998 n. 3043, mass.; Cass. 7 marzo 1998 n. 2570, *RIDL*, 1999, II, p. 31, con nota di G. Martinucci, *Sull'applicabilità del divieto di interposizione in materia di lavoro cooperativo.*

(89) In questo senso, già all'indomani dell'emanazione della legge, F. Carnelutti, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, cit., implicitamente a p. 504; A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni ecc.*, p. 278; M. Franco, E. Scaccia, *La fornitura di mano d'opera ecc.*, cit., p. 130; inoltre S. Spano, *Il divieto di interposizione ecc.*, pp. 140-143. Nello stesso senso, tra gli scritti più recenti, F. Scarpelli, *L'ipotesi del « lavoro intermittente tramite agenzia » nell'ordinamento giuridico italiano*, *DRI*, 1992, p. 100; G. Cottrau, *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, cit., p. 18, nt. 42, e p. 22; A. Guarnieri, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., p. 352; nello stesso senso, ancorché in chiave più problematica, R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, *DLRI*, 1995, p. 638; implicitamente G. Mannacio, *op. cit.*, pp. 12-13. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. 13 dicembre 1982 n. 6855, mass., in riferimento a lavoro prestato nell'ambito di una società di fatto; Cass. 8 gennaio 1987 n. 59, mass., in riferimento al lavoro di un « accertatore » perante su incarico di un agente per la Siae e ritenuto autonomo; Cass. 20 febbraio 1988 n. 1817, mass., in riferimento a fattispecie di lavoro nel settore bancario; P. Modena 29 maggio 1996, *RIDL*, 1996, II, p. 717, con nota di A. Fortunat, *Tipicità sociale del contratto di merchandising e divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*; T. Torino 31 dicembre 1991, *GPiem*, 1992, p. 166 (in motivazione, pp. 171-172); inoltre, in riferimento a un caso di sostanziale interposizione di agenzia specializzata nelle prestazioni di lavoro autonomo svolte da indossatrici in sfilate di moda, P. pen. Milano 29 aprile 1988, *RIDL*, 1988, II, p. 638, dove tuttavia la questione è esaminata espressamente soltanto in riferimento al divieto di mediazione di cui alla legge n. 264/1949.

(90) V. sul punto fra i primi commentatori della legge E. Loriga, *Relazione* cit., p. 12; Id., *La disciplina giuridica ecc.*, cit., p. 68; G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione ecc.*, cit., p. 1532; S. Spano, *Il divieto di interposizione ecc.*, cit., pp. 68-70. Ultimamente nello stesso senso P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, cit., p. 316. In giurisprudenza, sempre nel senso dell'irrelevanza dell'inquadramento professionale del lavoratore coinvolto nel rapporto interpositivo, Cass. S.U. 19 ottobre 1990 n. 10183, cit. nella nota 133.

(91) Cass. 5 febbraio 1983 n. 990, *RIDL*, 1983, II, p. 551; Cass. 24 aprile 1985 n. 2708, *IPrev*, 1985, p. 1273; Cass. 21 gennaio 1986 n. 375, *NGL*, 1986, p. 437.

(92) Cass. 28 ottobre 1995 n. 5301, *FI*, 1987, I, c. 897, in motivazione; Cass. 9 agosto 1991 n. 8706, *MGL*, 1992, p. 33, e *NGL*, 1992, p. 762; Cass. 11 giugno 1992 n. 7213, *MGL*, 1992, p. 494 e *NGL*, 1992, p. 762; Cass. 7 settembre 1993 n. 9398, *RIDL*, 1994, II, p. 92, con nota di M. Martinelli; Cass. S.U. 21 marzo 1997 n. 2517, cit. nella nota 77. In dottrina, in questo senso, A. Guarnieri, *L'interposizione ingiustificata ecc.*, cit., p. 441; P. Chieco, *op. cit.*, p. 338; G. Cottrau, *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, cit., p. 13.

(93) P.d.l. Pastore e altri n. 1609/1955, cit. nella nota 48.

(94) Così T. Pisa 19 dicembre 1974, *GI*, 1975, I, 2, c. 753.

(95) Cfr. G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione ecc.*, cit., p. 1516; E. Loriga, *Relazione* cit., p. 14. Nello stesso volume che ospita l'ultimo scritto citato v. anche (pp. 89-95) una interessante esercitazione degli allievi del seminario fiorentino sul quesito se possa configurarsi una sostanziale fornitura di capitali anche nella fornitura, da parte del committente, delle materie prime, che viene risolto negativamente da due sentenze dei pretori di Foligno e di Conegliano ivi citate.

(96) Non è comunque necessario che il committente stesso ne sia proprietario, essendo sufficiente che egli le abbia procurate: F. Cecconi, C.

Filadoro, *L'appalto di mano d'opera*, cit., p. 24; P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, cit., p. 341; in giurisprudenza App. Milano 26 settembre 1969, *OGI*, 1970, p. 535.

(97) Nell'art. 1 della p.d.l. Pastore e altri n. 1609/1955, sul quale il terzo comma dell'art. 1 della legge è in larga parte ricalcato, era esplicitamente distinto il caso dell'« uso gratuito od oneroso » di « locali, macchinari od attrezzi », da quello della « cessione a qualsiasi titolo » delle « materie prime occorrenti » per l'esecuzione dell'opera o servizio. V. inoltre in proposito la *Relazione* alla Camera degli onn. Andreucci e Butte', cit. nella nota 60: « il divieto si estende a quei casi in cui si maschera un appalto di mera manodopera con un contratto in cui dall'appaltante vengono prestate all'appaltatore macchine, attrezzature, ecc. di proprietà dell'appaltante da usare nell'esecuzione dell'appalto stesso ». Nella *Relazione* al Senato dell'on. De Bosio si parla invece, a questo proposito, di una cessione soltanto formale, ma non sostanziale, da parte del committente (p. 150). Nei primi commenti della norma sembra darsi per scontato che essa non si riferisca al trasferimento di proprietà, bensì soltanto alla cessione in uso: cfr. M. Franco, E. Scaccia, *La fornitura di mano d'opera ecc.*, cit., p. 123; G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione ecc.*, cit., p. 1517. In seguito la questione non risulta essere stata affrontata *ex professo* in dottrina; sembra propendere per l'opinione opposta, ancorché in modo non del tutto esplicito, P. Alleva, *Il campo di applicazione dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1980: « la proprietà di mezzi strumentali da parte dell'appaltatore, o la fornitura a lui da parte di terzi che non siano il committente, può incidere solo nell'operare della presunzione [di cui al terzo comma dell'art. 1], non sull'operare del divieto » (p. 110; c. m.). Nel senso, invece, per cui la presunzione scatta in quanto i fattori produttivi in questione restino di proprietà del committente, v. C. De Marchis, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, *RGL*, 1993, II, p. 260; G. Cottrau, *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, cit., p. 14.

(98) In questo senso dottrina e giurisprudenza da sempre prevalenti: v. soprattutto, per la dottrina del primo decennio, S. Spano, *Il divieto di interposizione ecc.*, cit., p. 65; in giurisprudenza Cass. III sez. 11 maggio 1965 n. 896, *RDL*, 1966, II, p. 311; Cass. 21 giugno 1969 n. 2228, *ivi*, 1970, II, p. 45. Più recentemente, nello stesso senso, F. Cecconi, C. Filadoro, *L'appalto di mano d'opera*, cit., p. 23; P. Genoviva, *La legge sull'intermediazione di mano d'opera ecc.*, cit. (1978), pp. 471-472; P. Alleva, *op. ult. cit.*, pp. 104-113; O. Bonardi, *Sui labili confini del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, *RIDL*, 1995, II, pp. 69-70. In giurisprudenza T. Torino 31 dicembre 1991, cit. nella nota 89; Cass. S.U. 19 ottobre 1990 n. 10183, cit. nella nota 133; Cass. 31 dicembre 1993 n. 13015, *DPL*, 1994, p. 813; Cass. 13 luglio 1998 n. 6860, cit. nella nota 124.

(99) R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, *DLRI*, 1995, pp. 627-629: ivi alcune considerazioni assai penetranti in proposito.

(100) In questo senso, fra i primi commentatori, M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit., pp. 856-857; tra i più recenti G. Mannacio, *Il divieto di intermediazione ecc.*, cit., pp. 9-12.

(101) V. in questo senso tra i primi commentatori A. Cessari, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., pp. 129-130; E. Loriga, *Relazione* cit., pp. 14-15; Id., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., p. 61; E. Favara, *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit., p. 118. In giurisprudenza v. T. Torino 31 dicembre 1991 cit. nella nota 98; Cass. 6 giugno 1989 n. 2740, *NGL*, 1989, p. 393: « la sussistenza di un'ipotesi di pseudo-appalto illecito ... postula che il conferimento, dall'appaltante all'appaltatore, dei ... mezzi di organizzazione e produzione sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio ... l'apporto dell'appaltatore, non essendo sufficiente per la configurabilità di detta ipotesi un minimo conferimento di tali mezzi ». Conformi, tra le sentenze dell'ultimo decennio: Cass. 1° febbraio 1993 n. 1191, *D&L*, 1993, p. 611; Cass. 31 dicembre 1993 n. 13015, cit. nella nota 98; Cass. 26 febbraio 1994 n. 1979, *DL*, 1994, II, p. 170, con nota di M.N. Bettini e P. Pizzuti; Cass. 11 maggio 1994 n. 4585, *mass.*; Cass. 13 settembre 1997 n. 9144, cit. nella nota 132.

(102) Questo è il procedimento seguito da entrambi i giudici del lavoro che hanno recentemente affrontato il caso della cessione, da parte di una società a un'altra società dell'insieme delle attrezzature necessarie per l'attività amministrativa dell'impresa, nonché dei contratti di lavoro relativi al personale che vi era addetto, con contestuale stipulazione fra le due società di un contratto di appalto avente per oggetto l'attività stessa: P. Milano 16 settembre 1998 e P. Genova 22 ottobre 1998 (*RIDL*, 1999, II, p. 416, con nota di L. Corazza, *Esternalizzazione di un'attività dell'impresa e trasferimento di ramo di azienda: il caso Ansaldo*), le quali peraltro risolvono la stessa questione in modo opposto, riconoscendo la prima e negando la seconda il configurarsi nel caso esaminato di un trasferimento di ramo d'azienda.

(103) Nel senso che il secondo e il terzo comma dell'art. 1 non individuino fattispecie a sé stanti, bensì abbiano la funzione di chiarire il significato del divieto generale posto dal primo comma, specificandolo in riferimento ad alcuni casi frequentemente ricorrenti, v. tra i primi commentatori M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit., pp. 856-857; M. Franco, E. Scaccia, *loc. ult. cit.*; E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 58-59. Tra gli scritti più recenti, G. De Simone, *Titolarietà dei rapporti ecc.*, cit., particolarmente pp. 53-54, 59-61 e 67-69; P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, cit., pp. 318-324 (ivi, p. 321, altri riferimenti dottrinali conformi; ma v. poi, in apparente contraddizione, p. 339); G. Mannacio, *op. cit.*, pp. 5-14. In senso contrario, implicitamente o esplicitamente, tutti gli Autori (citati nella nota 98) che ravvisano nel terzo comma dell'art. 1 la fonte di una presunzione legale assoluta, poiché questa ha necessariamente l'effetto di un ampliamento della fattispecie illecita rispetto ai confini desumibili dalla definizione che ne dà il primo comma.

(104) La « nullità successiva » si verificherebbe nel caso in cui il contratto venisse privato di un suo elemento essenziale in un momento successivo al suo perfezionamento negoziale: « solo questa riduzione del negozio, mediante l'eliminazione di un suo elemento, può distinguere la nullità successiva dalla semplice inefficacia successiva » (F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, p. 245, dove tuttavia l'A. dubita dell'ammissibilità di tale figura).

(105) Cfr. G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione ecc.*, cit., p. 1531. Per una diversa prospettazione della difformità fra le due norme v. L. Montuschi, *I limiti legali ecc.*, cit., pp. 30-34. Considera invece il quinto comma dell'art. 1 della legge del 1960 come « più intensa espressione » della regola contenuta nell'art. 2126 c.c. G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge ecc.*, cit., pp. 78-81.

(106) V. soprattutto G. Benedetti, *op. ult. cit.*, pp. 1519-1520 e 1533-1536; nello stesso senso più recentemente M. Esposito, *Problemi ricostruttivi e prospettive in tema di interposizione ecc.*, cit. (1993), p. 370. Sulla configurazione teorica della costituzione automatica del rapporto fra interponente e lavoratore v. § 136.

(107) Il contratto « è colpito dal divieto della legge, il quale opera ancorché la fattispecie interpositoria non si completi con gli altri elementi essenziali » (G. Benedetti, *op. ult. cit.*, p. 1522); « Visto che il rapporto di lavoro in capo all'interponente si costituisce solo in presenza dell'effettiva utilizzazione, si deve ritenere che, nel caso contrario, non essendo quegli vincolato al lavoratore, lo sia (e perché non dovrebbe?) solo l'assuntore » (ivi, p. 1529).

(108) O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit. nella nota 41 (1979).

(109) *Op. ult. cit.*: « Il problema della repressione delle intermediazioni si è ... presentato ... solo come un aspetto del più generale problema dei tratti caratteristici tipici della subordinazione » (p. 312).

(110) *Op. ult. cit.*: il divieto dell'interposizione posto dalla legge del 1960 ha « un valore interpretativo della norma del codice, tale da avvalorare — a fronte di altre possibili vie interpretative — quella ... più fedele all'immagine complessiva del contratto di lavoro che emerge dall'insieme della

normativa e dalla valorizzazione della *ratio* dell'intervento della legge » (p. 310).

(111) *Op. ult. cit.*: la legge non vieta all'imprenditore o al lavoratore di negoziare il rapporto interpositorio, ma « riconosce e dichiara l'esistenza di un rapporto giuridico che già *nei fatti* è di lavoro subordinato e si svolge fra quei soggetti » (p. 265). Per altri riferimenti circa l'orientamento dottrinale accontrattualistico, § 82 e ivi nota 29.

(112) *Op. ult. cit.*: « è perfettamente sovrapponibile la giurisprudenza formatasi sull'art. 1 della l. n. 1369 ... a quella formatasi attorno alla individuazione della fattispecie del lavoro subordinato » (p. 277); ancora O. Mazzotta, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, LD, 1988: « Il *proprium* della disciplina normativa sull'appalto di manodopera sta nell'opera di "giuridicizzazione" dei dati usualmente utilizzati dalla giurisprudenza per individuare la subordinazione » (p. 367; concetto poi sviluppato ulteriormente a p. 368). Nello stesso senso v. più recentemente P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Torino, 1996, p. 335. È interessante osservare come la stessa sovrapposizione o tendenziale coincidenza dei criteri di individuazione della subordinazione e dell'interposizione sia rilevata sul piano comparatistico come dato comune a numerosi ordinamenti: « le critères du "contrôle" (ou de la "subordination") reste souvent prépondérant dans bien de pays comme le signe distinctif de la relation d'emploi. Plus l'entreprise utilisatrice contrôle la façon dont le travail s'effectue, plus il est probable que les travailleurs interressés se verront reconnaître la qualité de salarié, même si le sous-traitant assume un risque substantiel en ce qui concerne ses gains » (Bureau International du Travail, *Le travail en sous-traitance*, cit., p. 29). Ma un'analisi attenta degli orientamenti giurisprudenziali recenti mostra come essi si discostino sostanzialmente dalla tesi della perfetta sovrapposizione fra le due fattispecie (subordinazione e interposizione): R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., pp. 649-653.

(113) Nello stesso ordine di idee proposto da O. Mazzotta cfr. l'opera coeva di F. Mazziotti, *Diritto del lavoro*, Pisa, 1979: « ... individuandosi la fattispecie concreta nella stessa esecuzione, con irrilevanza di ogni altra contraria dichiarazione di volontà ... risultano nel nostro caso irrilevanti sia l'istituto della simulazione (artt. 1414-1417 c.c.), sia quello del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) » (p. 495). V. anche G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge ecc.*, cit. (1980), p. 57, dove si attribuisce rilevanza decisiva, a questo proposito, alla « continuità » e sistematicità con le quali il prestatore è tenuto a soddisfare le richieste del committente ».

(114) Così, sostanzialmente, P. Milano 22 giugno 1994, *OGI*, 1994, p. 255, dove si attribuisce valore decisivo all'« inserimento funzionale » della prestazione lavorativa nell'impresa del committente; P. Modena (sez. Vignola) 21 novembre 1994, annullata da Cass. 21 maggio 1998 n. 5087, cit. nella nota 127; e più esplicitamente T. Roma 4 marzo 1996, *D&L*, 1996, p. 975: « sono indici rivelatori di un appalto di mere prestazioni di lavoro ... lo svolgimento delle mansioni secondo modalità rivelatrici di un vincolo di subordinazione tra appaltatore e appaltante, nonché ... l'intraneità delle prime al ciclo produttivo dell'impresa appaltante, nell'ambito di un rapporto di *intromissione* stretta e necessaria » (c. m.). Questo orientamento è molto puntualmente contrastato da Cass. 16 aprile 1996 n. 3560, mass., la quale esclude che al fine dell'individuazione dell'interposizione vietata possa prescindersi dalla preventiva individuazione e qualificazione del contratto stipulato fra committente e fornitore, limitandosi l'indagine all'accertamento del fatto — necessario ma non sufficiente a tal fine — « che l'asserito interposto ha messo a disposizione dell'interponente le energie lavorative del lavoratore ».

(115) Oltre a O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, partic. pp. 263 ss. e 367 ss., v. G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge ecc.*, cit. (1980), pp. 57, 76-77 e 92; P. Zanelli, *Il decentramento produttivo*, voce per il *Digesto IV*, già in *GI*, 1988, IV, cc. 402-406; C. De Marchis, *L'appalto di manodopera ecc.*, cit., secondo il quale « la nozione [di effettiva utilizzazione] costituisce il fulcro su cui verte il fenomeno interpositorio » (p. 262); G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., pp. 64-66, 173 e *passim*; P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, cit., partic. pp. 335-336: « l'effettiva utilizzazione è elemento implicato nell'inserimento della prestazione nell'organizzazione complessiva del committente; e ancora nell'inerenza dell'attività lavorativa al processo produttivo oggetto specifico dell'impresa appaltante »; e ultimamente O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta del lavoratore. Divieto di interposizione e lavoro interinale*, di prossima pubblicazione, cap. I: « L'unico dato a cui si può fare riferimento è quello dell'inserimento del lavoratore nell'impresa, o meglio, nel contesto organizzativo dell'interponente ... è *effettivo utilizzatore* il titolare dell'organizzazione in cui *si inseriscono* i lavoratori » (corsi miei). Parrebbe doversi ascrivere a questo orientamento anche il saggio di F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit. (1990), pp. 65-74: « ciò che è in questione ... è il problema di quale sia l'impresa nella quale [le prestazioni lavorative subordinate] vengono a inserirsi ... L'interprete, di fronte al caso concreto, dovrà indagare quale sia l'impresa che ha "utilizzato" le prestazioni ... indagare se l'impresa abbia usufruito direttamente delle prestazioni ... o dell'opera nella quale quelle prestazioni si inseriscono » (pp. 72-73); ma la tesi del carattere decisivo dell'« effettiva utilizzazione » ai fini dell'accertamento dell'interposizione vietata viene poi sostanzialmente corretta o ridimensionata in considerazione delle nuove forme in cui l'appalto legittimo può manifestarsi (v. rispettivamente note 133 e 150). Sul punto v. anche M. Dell'Olio, *Lavoro (intermediazione e interposizione nel)*, *Digesto IV, Disc. priv., Sez. comm.*, VIII, p. 170, dove l'A. precisa che l'« effettiva utilizzazione ... si caratterizza per non essere una mera ricezione bensì implicare l'esercizio, da parte del committente, di quell'attività di direzione, coordinamento e programmazione, senza cui non può parlarsi di lavoro subordinato ».

(116) Cass. 23 febbraio 1983 n. 1359, *GC*, 1983, I, p. 3349, con nota di P. Ghinoy.

(117) Cfr. M. Esposito, *Problemi ricostruttivi e prospettive in tema di interposizione ecc.*, cit. (1993): « si riscontra in dottrina — a più di trenta anni dall'emanazione della l. n. 1369 — una persistente eterogeneità degli approcci al tema, quasi che la legge n. 1369 fosse agli albori della sua applicazione e necessitasse ancora di una sistemazione nell'ordinamento giuridico » (p. 362).

(118) Tendenza ben individuata da G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro ecc.*, cit., pp. 25-28; e da O. Bonardi, *Sui labili confini del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, *RIDL*, 1995, II, p. 65, dove l'A. parla a questo proposito di un « diffuso atteggiamento di insofferenza nei confronti della legge sul divieto di interposizione, considerata troppo rigida a fronte di interposizioni non lesive dei diritti dei lavoratori e rese necessarie dalle nuove forme di organizzazione dell'impresa e del lavoro ». V. inoltre l'analisi straordinariamente acuta e penetrante degli orientamenti giurisprudenziali recenti in materia di interposizione proposta da R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit.

(119) Sostenuta da A. Cessari nel suo primo commento alla legge, del 1961: v. § 124 e ivi nota 72.

(120) V. soprattutto Cass. 18 ottobre 1983 n. 6093, *NGL*, 1984, p. 62, e *FI*, 1984, I, c. 1025 (con nota critica di O. Mazzotta): « quando, malgrado la dissociazione tra datore di lavoro e beneficiario delle prestazioni lavorative, la posizione del lavoratore non subisce deterioramento di alcun genere, viene meno la ragion d'essere della tutela e la legge protettiva, in realtà priva del suo oggetto, non può trovare applicazione »; manifestano adesione a questa tesi P. Zanelli, *Intervento in Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Milano, 1986, il quale invita « a leggere la normativa del 1960 sotto la diretta luce della sua *ratio*, che è quella di impedire solo i casi di intermediazione soggettivamente atta a menomare qualche diritto del lavoratore » (p. 99); e M. Papaleoni, *Intermediazione di manodopera: sanzionabilità penale*, *MGL*, 1999, p. 998. Sostanzialmente nello stesso senso in precedenza Cass. pen. 29 aprile 1974, *GI*, 1974, II, p. 389; Cass. 26 febbraio 1982 n. 1264, *GC*, 1982, I, p. 1549; P. Milano 14 gennaio 1988, *DPL*, 1998, p. 1521. L'intento fraudolento del committente è indicato come indizio di interposizione vietata in un caso di prestito di lavoratori fra società collegate da T. Milano 29 marzo 1996, *LG*, 1996, p. 673.

(121) P. Torino 17 gennaio 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 62, con nota dissenziente di O. Bonardi, cit. nella nota 118: nel caso specifico il giudice ha attribuito valore decisivo al fatto che la fornitrice del servizio, impresa operante per una pluralità di clienti, fosse effettivamente dotata di capitali e attrezzature proprie; ma dalla stessa motivazione della sentenza risulta con tutta evidenza il peso marginalissimo — se non del tutto inesistente — di quei capitali e attrezzature nella prestazione oggetto del contratto con l'editrice del quotidiano. In precedenza, due casi analoghi, nei quali oggetto dell'appalto era un servizio fotografico svolto con continuità per l'editore di un quotidiano, erano stati risolti in modo opposto rispettivamente da P. Milano 18 marzo 1977 e T. Torino 23 ottobre 1975, citt. da G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge ecc.*, cit., pp. 40-41.

(122) Circolare min. lav. 7 dicembre 1995 n. 517/Segr.: « si precisa che i soci lavoratori di una Cooperativa hanno la titolarità della gestione dell'impresa, corrono i rischi connessi alla attività stessa e, quindi, data in questo caso la prevalenza del rapporto associativo su quello subordinato, non possono rientrare nelle ipotesi previste dalla citata legge [n. 1369/1960]; essa, infatti, si riferisce chiaramente a cooperative c.d. "spurie" ».

(123) V. §§ 124 e 125 e ivi particolarmente note 74 e 79.

(124) Cass. 13 luglio 1998 n. 6860 (*RIDL*, 1999, II, p. 259, con nota di M.L. De Margheriti, *Indici rivelatori della violazione del divieto di*

intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro), nella quale si legge che « non è dato configurare la ipotesi vietata dalla legge ove non ricorra nel caso concreto una prestazione lavorativa strettamente connessa con il processo produttivo specifico dell'imprenditore committente, né quella di attività complementari o sussidiarie, preordinate ... al raggiungimento delle proprie finalità, in quanto trattisi di attività completamente estranee a tali scopi o di ordinaria manutenzione » (in motivazione, p. 264). È interessante osservare come nella stessa sentenza si tragga argomento a sostegno di questa tesi dall'art. 5 della legge del 1960, « che, introducendo eccezioni alla suddetta regola di divieto, riguarda esclusivamente lavori appaltati chiaramente estranei a quelli che caratterizzano siffatto ciclo » (ivi, p. 10). Altre sporadiche pronunce in questo senso sono citate da A. Maresca, *Il problema degli appalti ecc.*, cit. (1975), p. 715, e da P. Genoviva, *La legge sull'intermediazione di mano d'opera ecc.*, cit. (1978), pp. 474-475. In senso contrario su questo punto v. Cass. 23 febbraio 1983 n. 1359, cit. nella nota 16; Cass. 17 febbraio 1988 n. 1699, mass.; Cass. 31 dicembre 1993 n. 13015, cit. nella nota 98; Cass. 13 settembre 1997 n. 9144, cit. nella nota 132; queste ultime due sentenze sono commentate adesivamente su questo punto da G. De Simone, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione ecc.*, cit. part. p. 688.

(125) P. pen. Milano 17 aprile 1984, *RGL*, 1985, IV: « perché un contratto di appalto sia lecito è ... necessario che l'attività data in appalto sia di natura specialistica rispetto all'attività dell'appaltante ... tale, cioè, da non potersi considerare rientrante nel ciclo produttivo, nell'oggetto dell'impresa appaltante » (in motivazione, p. 189).

(126) Cass. 13 gennaio 1988 n. 151, mass. In senso opposto, su di una fattispecie in tutto analoga, le tre sentenze della Pretura di Roma 22 aprile, 19 e 25 luglio 1998, di cui dà notizia *RGL News*, 1998, n. 6, p. 25.

(127) Cass. 21 maggio 1998 n. 5087, *RIDL*, 1999, II, p. 252, con nota di M.T. Carinci, *La distinzione fra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedano una rilevante strumentazione materiale*. Sembra attribuire valore decisivo all'esercizio del potere direttivo da parte del committente piuttosto che del fornitore del servizio anche Cass. 9 aprile 1999 n. 4502, *DPL*, 1999, p. 1937.

(128) T. Torino 31 dicembre 1991, cit. nelle note 89 e 98. Dello stesso Tribunale merita di essere segnalata a questo proposito la sentenza 14 dicembre 1998 (*GPiem*, 1999, p. 91), riferita al caso dell'appalto di un servizio consistente nella vigilanza sui clienti o sugli automezzi all'entrata di un supermercato.

(129) « Le maglie del meccanismo "presuntivo", a lungo tenute strette dalla giurisprudenza, si sono alquanto allargate negli orientamenti più recenti » (R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 630): se ne veda un esempio in P. Torino 24 aprile 1996, *GPiem*, 1997, p. 220 (mass.): « Anche nel caso di presenza di capitali, macchine e attrezzature dell'appaltante la presunzione non vale, se l'opera o il servizio non richiedono l'apporto di mezzi produttivi rilevanti e, a un tempo, come nel caso di specie, consistono in buona parte in interventi meramente professionali di assistenza e di primo soccorso, oltre che in attività amministrative complementari e sussidiarie ».

(130) P. Milano 16 settembre 1998, cit. nella nota 102.

(131) P. Genova 22 ottobre 1998, cit. nella nota 102.

(132) Cass. 13 settembre 1997 n. 9144, *GC*, 1998, I, p. 3223, con nota di A. Bellavista, *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*, dove l'intera vicenda giudiziale è compiutamente analizzata.

(133) Cass. Sez. un. 19 ottobre 1990 n. 10183, *GI*, 1991, I, p. 281, e *FI*, 1992, I, c. 523, con nota di F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante « obiter dictum » della Cassazione sul ruolo del « know-how » di impresa*; in senso conforme Cass. 31 dicembre 1993 n. 13015, cit. nella nota 98 e, in riferimento specifico a un altro caso di appalto di servizi informatici, Cass. 11 maggio 1994 n. 4585, mass.. Per una trattazione approfondita del problema dell'appalto dei servizi informatici v. G. Camisa, *Impresa informatica e tipologie contrattuali*, e F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, part. pp. 74-85, entrambi in *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, a cura di O. Mazzotta, cit.; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., pp. 164-171. In argomento v. anche M. Esposito, *Problemi ricostruttivi ecc.*, cit., pp. 376-377; G. Cottrau, *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, cit., p. 15, dove l'A. osserva che nel caso in esame « le macchine e le attrezzature di proprietà dell'impresa committente non costituiscono i mezzi strumentali per la realizzazione del lavoro, bensì l'oggetto su cui si deve svolgere l'opera appaltata ».

(134) Cfr. le analoghe osservazioni di F. Scarpelli, nota a Cass. n. 10183/1990, cit. nella nota prec., part. c. 526.

(135) Cfr. R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit.: « gli orientamenti più recenti ... rivelano la preoccupazione di stare al passo coi profondi mutamenti intervenuti, in più di trentacinque anni, nel sistema industriale e in quello economico complessivo, a cominciare dall'enorme sviluppo di un settore, quello dei servizi, in rapporto al quale certe parti di questa normativa sono ben presto apparse incongrue o quantomeno poco razionali rispetto allo scopo » (p. 630).

(136) V. in proposito la lettera 24 novembre 1992 con cui il Ministero del lavoro concede la propria benedizione ai « servizi di guardiania, ove la realizzazione del risultato, la sorveglianza, venga effettuata dai dipendenti dell'appaltatore in modo del tutto indipendente dall'organizzazione imprenditoriale del committente, con autonomia logistica e di attrezzature e senza alcuna interferenza da parte di soggetti diversi dal datore di lavoro ».

(137) V. ancora i brani della relazione dell'on. De Bosio al Senato citati nelle note 57 e 58.

(138) A questa situazione di incertezza del diritto si proponeva di porre rimedio la legge 6 dicembre 1993 n. 499 (delega al Governo per la riforma dell'apparato sanzionatorio in materia di lavoro), che prevedeva una riformulazione delle norme « in modo da rendere più precisa e rigorosa l'identificazione del mero appalto di manodopera ». La delega su questa materia non è stata tuttavia esercitata dal Governo (v. in proposito G. De Simone, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione ecc.*, cit., pp. 686-687, la quale esprime soddisfazione al riguardo, ritenendo che la norma delegata avrebbe presentato il rischio di una « disinvoltata cancellazione di una regola di trasparenza » e di una « modifica surrettizia » del divieto generale di interposizione, che ci avrebbe « riportati indietro di quarant'anni »).

(139) In questi settori, « Alle prestazioni lavorative, comunque effettuate alla data di entrata in vigore della presente legge, anche erogate da organizzazioni non lucrative di utilità sociale per l'assolvimento delle attività socio-sanitarie di cui al comma 1°, non trovano applicazione le disposizioni della legge 23 ottobre 1960, n. 1369; i giudizi e i contenziosi di qualunque natura pendenti alla medesima data aventi ad oggetto questioni ad esse relative sono dichiarati estinti d'ufficio con compensazione delle spese tra le parti e i provvedimenti giudiziari non passati in giudicato restano privi di effetto ». Di analogo contenuto era in precedenza l'art. 6-bis, 1° comma, della legge 18 marzo 1993 n. 67, poi abrogato dal decreto legislativo 23 dicembre 1993 n. 546. V. in proposito O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori ecc.*, cit., pp. 89-106 del dattiloscritto. Sulla non retroattività delle norme citate v. Cass. 20 febbraio 1999 n. 1465, *OGL*, 1999, p. 416, nonché *DL*, 1999, II, p. 453, con nota di M. De Cristofaro, *Le avventure di una norma esonerativa dal divieto di pseudoappalto*.

(140) V. *Collocamento e lavoro interinale: la legge italiana al vaglio della Corte di Giustizia*, *RIDL*, 1994, III, pp. 113-150.

(141) Corte Giust. C.E. 11 dicembre 1997, causa *Job Centre II* n. 55/96, *RIDL*, 1998, II, p. 22. Sull'intera vicenda, oltre ai riferimenti cit. nella nota 52 al § 27, v. ora lo studio critico di G. De Simone, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione: Simul stabunt simul cadent?*, cit. nella nota 41, pp. 663-690: ivi, in nota, gli ulteriori riferimenti circa gli atti e le vicende del duplice procedimento che con la sentenza si è concluso, nonché gli interventi dottrinali in proposito. Nelle more del procedimento il contrasto fra il divieto generale di interposizione e il diritto comunitario era stato recisamente negato in Cass. pen 9 novembre 1995 (*GP*, 1996, II, c. 480), nella cui motivazione tuttavia si faceva riferimento agli artt. 86 e 90 (vecchia numeraz.) del Trattato — che rilevano soltanto per la questione relativa al monopolio statale dei servizi di collocamento — e non al principio comunitario di congruità delle limitazioni all'iniziativa economica privata rispetto alle finalità di ordine pubblico in funzione delle quali esse sono poste, cioè al profilo principale di illegittimità del divieto generale di interposizione che era stato sollevato davanti alla Corte di Giustizia. Per la tesi secondo cui il divieto generale di interposizione non sarebbe sopravvissuto alla sentenza *Job Centre II*, v. (del tutto isolata) P. Brescia 22 aprile 1998, *D&L*, 1999, p. 226.

(142) Operazione male accolta, come è ovvio, da quella parte della dottrina che è rimasta legata all'idea della incompatibilità logica dell'interposizione con il tipo legale del lavoro subordinato (opp. citt. nella nota 41 al § 120: si è parlato in proposito di « sfrontata insensatezza del legislatore » (A. Vallebona, *L'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana*, cit., p. 135, giudizio cui aderisce sostanzialmente G. Suppiej,

L'interposizione brevettata, cit., pp. 33-34).

(143) Per alcune acute e condivisibili osservazioni sulla portata sistematica del 1° comma dell'art. 10 della legge del 1997 v. R. Del Punta, *La « fornitura di lavoro temporaneo » nella L. n. 196/1997, RIDL*, 1998, I, pp. 205-207. Nettamente minoritaria la tesi dottrinale secondo cui « l'affermazione della continuità applicativa della legge del 1960 » contenuta nell'art. 10 della legge n. 196/1997 « non riguarda la legge nel suo complesso, ma solo l'apparato sanzionatorio, utilizzato dal legislatore del 1997 per colpire le violazioni della disciplina del nuovo contratto di fornitura di manodopera »: così A. Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Flessibilità e diritto del lavoro* (a cura di G. Santoro Passarelli), Torino, 1997, p. 182, nonché in *RIMP*, 1997, I, p. 248; in senso contrario v. Cass. 11 dicembre 1998 n. 12943, *MGL*, 1999, p. 708; Cass. 23 dicembre 1998 n. 13599, *MGL*, 1999, p. 807; fra le prime sentenze nelle quali la Corte di cassazione ha affrontato il tema dell'impatto della nuova legge sul vecchio sistema v. anche Cass. pen. 9 ottobre 1997, *DPL*, 1997, p. 3312. Per un commento critico a questo orientamento giurisprudenziale v. M. Papaleoni, *Intermediazione di mano d'opera: sanzionabilità penale*, cit., pp. 992-998, il quale sostiene la tesi dell'irreversibile depotenziamento del divieto del 1960 ad opera non soltanto della legge n. 196/1997, ma anche della legge sulla subfornitura n. 192/1998, della quale si parlerà nell'ultima sezione di questo capitolo (§ 155).

(144) Cfr. sul punto G. De Simone, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione ecc.*, cit., partic. pp. 683-687.

(145) Del divieto generale di interposizione R. Del Punta scriveva nel 1995, alla vigilia della presentazione del primo disegno di legge organico del Governo sulla fornitura di lavoro temporaneo, che esso « vive oggi in una sorta di sospensione fra passato e futuro. Il passato è lo sfruttamento selvaggio della manodopera, il caporalato, la sottoprotezione. Il futuro è la rivoluzione tecnologica, la telematica, l'immaterialità ». Tutte cose che si ritrovano già, fianco a fianco, nel nostro presente destrutturato » (*Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 625).

(146) V. note 74 al § 124, 79 al § 125 e 124 al § 130.

(147) Il riferimento è ai commenti alla nuova legge di A. Cessari, E. Favara e M. Rudan, tutti del 1961, cit. nella nota 72 al § 124.

(148) R. De Luca Tamajo, *Proposta di modifica della legge n. 1369/1960*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, a cura di O. Mazzotta, cit. (1990), art. 1, p. 268. Auspica un chiarimento legislativo in questo senso, richiamando la proposta di legge teste citata, anche M. Esposito, *Problemi ricostruttivi e prospettive ecc.*, cit., p. 377.

(149) V. per tutti M. Stolfi, *Appalto, Enc dir*, II, 1958: « l'appalto presuppone l'esistenza di una organizzazione ad impresa dell'appaltatore, la quale pone in secondo piano la prestazione di lavoro di quest'ultimo. ... L'appalto assume, pertanto, di solito le caratteristiche del contratto di impresa » (p. 630); v. inoltre ivi (pp. 647-648) l'indicazione di alcuni esempi di « appalti di servizi », quali quello avente per oggetto la discarica di merci, la bonifica di campi minati o la ricerca e raccolta di materiale residuo di guerra, nei quali il peso economico della forza-lavoro è assolutamente predominante rispetto a quello degli strumenti di lavoro. Nello stesso senso, A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, cit. nella nota 7, p. 279 dove si indicano, quali esempi di appalti per l'esecuzione dei quali sia necessario soltanto l'impiego di manodopera, quelli della spatatura della neve e della manutenzione di impianti. V. anche D. Rubino, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile* dir. da D. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1973: « l'obbligazione di eseguire i lavori è un'obbligazione di fare. Tuttavia ... data la differenza ... fra appalto e semplice contratto d'opera, ... più che un fare, ... il suo [dell'appaltatore], praticamente, è un far fare. Di regola il compito dell'appaltatore è solo quello organizzativo » (p. 25). Non considera invece la distinzione fra appalto e contratto d'opera F. Galgano, *Diritto civile e commerciale. III. L'impresa e le società*, tomo primo, *L'impresa, le società in genere, le società di persone*, Padova, 1990, pp. 28-34, dove l'A., ricomprendendo la figura del lavoratore autonomo nel concetto di piccolo imprenditore, nega l'essenzialità del requisito dell'organizzazione per l'individuazione dell'imprenditore: « Il requisito della "organizzazione finisce, dunque, con il rivelarsi uno pseudo-requisito: la sua mancanza non impedisce di assumere la qualità di imprenditore ..."; la sua presenza serve, semmai, a distinguere l'imprenditore non piccolo, che ha sempre una organizzazione, dal piccolo imprenditore, che può non averla » (p. 34). Anche in quest'ultimo ordine di idee, tuttavia, l'elemento dell'organizzazione resta essenziale per la distinzione fra appalto e interposizione nelle prestazioni di lavoro, poiché chi ha alle proprie dipendenze dei lavoratori non può qualificarsi come imprenditore, piccolo o no, se non è egli stesso a organizzarli.

(150) A. Cessari, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit. (1961), dove l'A. sostiene la possibile legittimità di « contratti di appalto o subappalto aventi ad oggetto opere o servizi che — per loro natura — richiedano un impiego di mano d'opera assai prevalente rispetto all'impiego di capitali ed attrezzature » (p. 130); M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit. (1961), dove l'A. esclude che lo scopo perseguito dal legislatore del 1960 sia quello di vietare indiscriminatamente tutti i « contratti di appalto o subappalto aventi ad oggetto opere o servizi che richiedano un impiego di mano d'opera nettamente prevalente rispetto all'impiego di attrezzature o di capitale » (p. 858); e propone una nozione di appalto abbastanza ampia da ricomprendere il caso in cui « per l'esecuzione dei lavori ... sussista a carico dell'appaltatore una sia pur semplicissima organizzazione di attrezzature e un rischio anche quasi irrilevante », purché non possa ravvisarsi nel contratto un intento di elusione fraudolenta delle norme poste a tutela dei lavoratori (pp. 868-869). V. anche, con argomentazione più succinta ma sostanzialmente nello stesso senso, E. Favara, *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit., pp. 119-120. Più recentemente questo dato è riemerso in F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit. (1990): « la nozione di organizzazione quindi dovrà essere intesa non nel senso materiale, ma ... nel senso di attività organizzativa: l'organizzare le prestazioni di lavoro » (p. 75).

(151) Per un caso di contratto avente per oggetto il lavoro di taglio, raccolta e imballo di erba medica in un fondo, qualificato pacificamente in termini di appalto, v. Cass., II Sez., 30 maggio 1997 n. 12304, *GI*, 1998, I, 1, c. 2067.

(152) Cfr. sul punto L. Ventura, *Oscurità della legge e insufficienza della interpretazione*, cit.: « Abbiamo detto ... di aver ricavato dai lavori preparatori l'impressione che il legislatore abbia moltiplicato la casistica contenuta nella legge proprio per una mancanza di chiarezza o per sostanziali dissensi sui criteri generali. Tale constatazione però non può impedire all'interprete di ricavare dalle norme di legge dei criteri di ordine generale, indipendentemente dalle vicende dell'iter di formazione » (p. 116).

(153) Cfr. A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, cit. nella nota 7: « vi sono delle fattispecie in cui la classificazione di un contratto come somministrazione di mere prestazioni di lavoro o come appalto di servizi non può dipendere dalla circostanza che gli strumenti di lavoro siano forniti dal committente o dall'incaricato del servizio. ... La qualificazione del contratto come vero appalto di servizi qui risulta dalla circostanza che l'impresa incaricata del servizio opera con un'organizzazione propria indipendentemente da quella del committente ed esegue il servizio a proprio rischio » (p. 280). È il criterio sulla base del quale vengono comunemente qualificati in termini di appalto, e non di interposizione vietata, i contratti aventi per oggetto servizi di pulizia (v. recentemente, per un caso di questo genere, P. Milano 22 aprile 1997, *OGI*, 1997, p. 392).

(154) Cfr., tra i primi commentatori, E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit. (1965), pp. 66-67, dove l'A. si pone il « complesso problema se possa ancora dirsi che oggetto del contratto siano le mere prestazioni di lavoro, quando le parti abbiano formalmente dedotto in obbligazione un risultato producibile con l'utilizzazione di rudimentali attrezzature od elementari strumenti o quasi integralmente con l'impiego di energie lavorative, come avviene soprattutto nel caso di servizi ... La soluzione del problema non potrà evidentemente raggiungersi ... se non ricorrendo a una penetrante ricerca sull'effettiva volontà delle parti, al di là degli schemi formali da esse adottati » (c. m.). Cfr. anche su questo punto specifico, nell'ambito della costruzione tendente alla limitazione del divieto alla sola interpretazione fraudolenta, M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit.: « occorrerà scendere a un'acuta analisi della struttura negoziale interna di ciascuna di esse [fattispecie considerate], diretta a rinvenirvi, o no, l'esistenza dell'elemento subiettivo della frode » (p. 869).

(155) Cfr. quanto annotava a questo proposito, già all'indomani dell'emanazione della legge, il suo primo commentatore: « Non sarà ... facile nella pratica, il distinguere quando ricorre l'ipotesi di appalto di puro lavoro, rispetto all'altra di appalto in senso proprio, nei casi previsti dall'art. 3 » (E. Favara, *Divieto di interposizione ecc.*, cit. nella nota 26, pp. 120-121).

(156) La distinzione non è colta da A. Asquini (*Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, cit., p. 279), il quale — in analogia con la tesi di R. Corrado circa la « nozione unitaria » del contratto di lavoro subordinato e la sua distinzione essenziale rispetto al contratto di lavoro autonomo (v. in proposito nota 20 al § 80) — pone la linea di confine tra appalto di servizi e interposizione vietata al discrimine fra

i contratti che hanno per oggetto un servizio inteso come un « opus immateriale », e quelli che hanno invece per oggetto una mera attività».

(157) V. in proposito più ampiamente *infra*, § 150.

(158) Cfr. ancora M. Stolfi, *Appalto*, cit.: « per aversi appalto è necessaria soltanto l'organizzazione ad impresa dell'appaltatore, ma non è anche indispensabile che all'assuntore spetti la qualifica di imprenditore in senso tecnico (art. 2082 c.c.). La disciplina giuridica dell'appalto si applica, infatti, anche nel caso in cui l'organizzazione dei mezzi ... è predisposta per l'esecuzione di un contratto di appalto assunto solo occasionalmente » (p. 630).

(159) V. in proposito § 125 e *ivi* nota 82.

(160) V. ad esempio Cass. S.U. 19 ottobre 1990 n. 10183, più volte cit.; Cass. pen. 19 ottobre 1993, *CPen*, 1995, p. 692; Cass. pen. 19 febbraio 1997, *D&L*, 1997, p. 837, dove quello del « rischio d'impresa » è indicato come criterio fondamentale in questa materia. È considerato incompatibile con la piena assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore il fatto che il corrispettivo dell'appalto sia direttamente e strettamente commisurato al numero delle ore o delle giornate di lavoro impiegate nell'esecuzione dai lavoratori utilizzati: v. in questo senso Cass. pen. 3 febbraio 1992, *RP*, 1992, p. 843.

(161) Cfr. D. Rubino, *Dell'appalto*, cit.: « la sopportazione del rischio rientra tra gli effetti giuridici, e invece una salda distinzione fra due tipi contrattuali ... può essere poggiata solo su differenze fra i tratti generatori » (p. 3). Sulla nozione del « rischio » tipicamente sopportato dall'appaltatore come rischio inerente alla differenza finale fra compenso e costi sopportati, v. *ivi*, pp. 4-5.

(162) V. nota 127 al § 130.

(163) L'espressione è di R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., p. 634.

(164) Cass. S.U. 19 ottobre 1990 n. 10183, Cass. 31 dicembre 1993 n. 13015, cit. nella nota 98, e Cass. 11 maggio 1994 n. 4585, cit. nella nota 101.

(165) V. anche Cass. pen. 4 giugno 1997 n. 9139, *RP*, 1997, p. 1124: « nel caso di prestazione di servizi, fondamentale è il riferimento al requisito dell'autonomia di gestione e di organizzazione, la cui mancanza non può che collocare il negozio fra quelli vietati ».

(166) Cfr. sul punto specifico G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro ecc.*, cit., pp. 168-169, dove però l'A., se ben comprendo, riconosce soltanto l'ammissibilità dell'appalto avente per oggetto l'opus predeterminato (« scrivere specifici programmi, o installare un pacchetto *custom*, o ... adattare alle esigenze del cliente un pacchetto *standard* »), ma non l'ammissibilità di un appalto avente a oggetto un servizio di assistenza informatica a carattere continuativo.

(167) P. Milano 30 aprile 1998, *MG/L*, 1998, p. 650 (con nota di R. Tomassini), dove, pur menzionandosi ritualmente l'impiego da parte dell'appaltatrice di « capitali e attrezzature proprie » — che tuttavia in questo caso si riducono alla biancheria (lenzuoli e cuscini) utilizzata per il servizio —, si attribuisce in realtà valore decisivo al « patrimonio di esperienza e di conoscenza nel settore, acquisito nel corso di oltre un secolo di esercizio di tale attività ».

(168) Cass. 23 giugno 1998 n. 6222, *DPL*, 1999, p. 181.

(169) In questo senso F. Catalano, *Divieto di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego della manodopera negli appalti di opere e servizi*, *DE*, 1961, p. 45; E. Loriga, in *Problemi di interpretazione e di applicazione ecc.*, cit. nella nota 7, p. 11; Id., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit. *ivi*, pp. 16 e 65; G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge*, cit. nella nota 7, p. 109; S. Mantovani, *L'interposizione illecita nei rapporti di lavoro*, Padova, 1993, p. 22; C. De Marchis, *L'appalto di manodopera ecc.*, cit. nella nota 97, p. 262; G. Cottrau, *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, cit. nella nota 81, p. 18; G. Mannacio, *op. cit.* nella nota 82, pp. 15-16.

(170) V. in senso opposto, su quest'ultimo riferimento positivo, A. Guarnieri, *L'interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro*, cit. nella nota 81, p. 437, nt. 12, dove l'A. sostiene, ma a mio avviso senza adeguata argomentazione, che « l'estensione della normativa anche alle aziende di Stato e agli altri enti pubblici (art. 1, comma 4°) è incompatibile con la volontà di escludere dalla disciplina i datori di lavoro privati non imprenditori »; nello stesso senso Id., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., p. 349.

(171) G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., pp. 75-78. Nello stesso senso, in precedenza, ma con argomentazioni diverse, G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 1533.

(172) V. in proposito O. Mazzotta, *Divieto di interposizione e pubblico impiego*, *FI*, 1980, I, cc. 716 ss.; e ultimamente G. Mannacio, *Il divieto di intermediazione e il lavoro interinale*, cit., pp. 18-19.

(173) Così, fra le altre, Cass. 3 dicembre 1987 n. 8994, mass.; Cass. 29 gennaio 1994 n. 897, *LG*, 1994, p. 461. In dottrina, in questo senso, con varie argomentazioni, fra i primi commentatori della legge, M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro ecc.*, cit., pp. 838-851 (partic. 849) e 860; D. Napolitano, *Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti e nei servizi*, *RGL*, 1961, I, p. 20; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1961, p. 147; M. Franco, E. Scaccia, *La fornitura di manodopera e la disciplina degli appalti ecc.*, cit., p. 121. Nello stesso senso v. inoltre, in seguito, G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge*, cit., pp. 84-91; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro ecc.*, cit., pp. 85-101.

(174) In questo senso E. Loriga, *Relazione* cit., p. 15; A. Cessari, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit. nella nota 72, pp. 130-131, dove l'A. parla di « una resezione ... di ogni componente illecita dell'intento delle parti », dalla quale non può considerarsi travolta « la volontà dei lavoratori di eseguire — verso retribuzione — le medesime prestazioni lavorative richieste dall'imprenditore (per il tramite del soggetto interposto). Residua, allora, proprio l'intento tipico di un contratto di lavoro »; G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione ecc.*, cit., pp. 1523-1529 e 1536-1538: « Se si muove, infatti, dall'indiscutibile premessa che la legge, a tutela del lavoratore, intende riconoscere, anzi potenziare, per dir così, il rapporto di lavoro, sembra più esatto credere che essa abbia proceduto conservando la parte di attività giuridica già utilmente spiegata » (p. 1525); R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, cit., pp. 443-446: « L'ultimo comma dell'art. 1 L. 1960, n. 1369, attenua le drastiche conseguenze della nullità e si pone quindi come strumento di conservazione dei negozi »; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, cit., pp. 258; A. Guarnieri, *L'interposizione ingiustificata ecc.*, cit., partic. pp. 440-441; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., p. 428; F. Mazzotti, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1998⁵. In giurisprudenza, in questo senso, P. Milano 26 maggio 1975, *OGI*, 1975, p. 872.

(175) V. ancora G. Benedetti, *op. cit.*, pp. 1538-1540. Nello stesso senso R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., pp. 653-654.

(176) Sulla piena (cor)responsabilità dell'interposto v. Cass. 18 febbraio 1982 n. 1041, *MGL*, 1982, p. 644, che, a quanto mi consta, è la prima sentenza della Corte in argomento; Cass. 23 gennaio 1987 n. 659, *RIMP*, 1987, II, p. 5; Cass. 4 febbraio 1987 n. 1080, mass.; Cass. 30 marzo 1987 n. 3066, *IPrev*, 1987, p. 1478; Cass. 3 febbraio 1993 n. 1355, *RIMP*, 1993, II, p. 60. Esclude il diritto dell'interposto alla restituzione dei contributi previdenziali versati P. Modena 24 aprile 1990, *IPrev*, 1991, p. 132. Sull'effetto satisfattivo, a norma dell'art. 1180 c.c., del pagamento dei contributi previdenziali operato dall'interposto v. esplicitamente Cass. 9 ottobre 1995 n. 10556, *DL*, 1997, II, p. 139, con nota di V.M. Marinelli; nello stesso senso in dottrina A. Cessari, *In tema di interposizione ecc.*, cit., p. 131, dove si riconosce agli enti previdenziali il diritto di agire contro l'interponente soltanto « per il ricupero dei contributi non versati ». V. però ultimamente Cass. 14 giugno 1999 n. 5901, *NGL*, 1999, p. 590, e *MGL*, 1999, p. 1321, dove si afferma che « solo sull'appaltante (o interponente) — e non anche sull'appaltatore (o interposto) — gravano gli obblighi in materia di assicurazioni sociali nati dal rapporto di lavoro, senza che la (concorrente) responsabilità anche di quest'ultimo possa essere affermata in virtù dell'apparenza del diritto e dell'affidamento dell'Inps nella situazione di apparente titolarità del rapporto ».

(177) G. Benedetti, *op. cit.*, p. 1529; R. Del Punta, *loc. ult. cit.*

(178) Nel senso della validità del termine di cessazione del rapporto legittimamente pattuito fra lavoratore e interposto v. T. Milano 19 dicembre 1998, per quel che mi consta inedita.

(179) G. Benedetti, *op. cit.*, pp. 1552-1553; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, cit., pp. 263. Nello stesso senso, ma sulla base di argomentazione per me più oscura, O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., p. 352; e ultimamente G. De Simone, *Titolarità dei rapporti e regole di trasparenza*, cit., pp. 124-125.

(180) Così, ad esempio, nella controversia decisa da P. Genova 22 ottobre 1998 (cit. nella nota 102), essendo stata accertata dal giudice

l'interposizione illecita, la ritenuta nullità del contratto fra il lavoratore e l'interposto ha travolto anche la pattuizione di un « superminimo » di 75.000 lire mensili previsto dallo stesso contratto (« infatti — osserva il giudice — non si rinviene alcun titolo che fondi a carico dell'[interponente] l'obbligo di pagare la suddetta somma »). In questo stesso senso v. peraltro anche A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, cit., p. 280, secondo il quale, a norma dell'art. 1, c. 5°, « ha luogo la sostituzione automatica nella posizione di datore di lavoro del committente al fornitore della mano d'opera e la sostituzione oggettiva, per quanto attiene al contenuto del contratto, delle condizioni vigenti fra il committente e i suoi dipendenti a quelle stabilite dal fornitore della mano d'opera, anche con effetto retroattivo e senza che operi neppure l'eccezione per le clausole più favorevoli al prestatore di lavoro posta dall'art. 2077 cpv. ».

(181) Nel senso che il licenziamento intimato dall'interposto debba essere considerato quale « licenziamento di fatto », come tale radicalmente inefficace (ma, se ben comprendo, foriero del risarcimento del danno *ex art. 18 St. lav.*), v. O. Mazzotta, *Rapporti interpositori ecc.*, cit., pp. 361-363; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., pp. 129-133. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. 16 giugno 1998 n. 5995, *GC*, 1999, I, p. 184, *FI*, 1998, I, c. 3582, e *DL*, 1999, II, p. 485, con nota di F. Petrucci, *Inefficacia del licenziamento intimato dal datore di lavoro interposto*; nel senso, invece, dell'inesistenza del licenziamento intimato dall'interposto, Cass. 21 marzo 1997 n. 2517, cit. nella nota 77.

(182) In questo senso recentemente G. Cottrau, *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, cit., p. 8. Per un caso di licenziamento ravvisato nella pura e semplice cessazione dell'utilizzazione del lavoratore da parte dell'interponente v. P. Napoli 29 giugno 1977, *RGL*, 1977, II, p. 486 (v. partic. in motivazione, pp. 491-492); sostanzialmente nello stesso senso Cass. 26 marzo 1997 n. 2952, mass.

(183) Cfr. Cass. 22 marzo 1984 n. 1901, mass., che ha ravvisato un rapporto di rappresentanza e interposto, con conseguente validità ed efficacia del licenziamento intimato da quest'ultimo, in quanto conforme per ogni altro aspetto alla disciplina applicabile nell'azienda.

(184) Cass. 20 aprile 1990 n. 3289, *NGL*, 1990, p. 320.

(185) In questo senso, tra i primi commentatori, E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., pp. 84-86; inoltre G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, cit., pp. 261.

(186) V. soprattutto G. Benedetti, *op. cit.*, pp. 1542-1543; a me sembra di ravvisare una incoerenza fra questa tesi e il resto della costruzione proposta dall'A. nel suo pregevolissimo saggio. Parla di « conversione legale ... *ex tunc* » anche A. Cessari, *In tema di interposizione ecc.*, cit., p. 131. In giurisprudenza v. ultimamente in questo senso Cass. 5 agosto 1998 n. 7670, *MGL*, 1999, p. 672.

(187) E. Loriga, *op. ult. cit.*, pp. 83-84; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, cit., pp. 261. In giurisprudenza Cass. 4 febbraio 1988 n. 1144, *FI*, 1988, I, c. 1561, *MGL*, 1988, P. 306, *RGL*, 1988, II, p. 344; Cass. 19 maggio 1990 n. 4551, mass. In senso contrario Cass. 5 febbraio 1980 n. 818, *FI*, 1980, I, c. 2551, *GC*, 1980, I, p. 790, la quale, aderendo alla tesi sostenuta da L. Montuschi (*I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967, pp. 30-34), ha ritenuto che la durata del rapporto instauratosi *ope legis* fra lavoratore e interponente fosse limitata al periodo di effettiva utilizzazione del primo da parte del secondo.

(188) In senso conforme v. G. Cottrau, *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, cit., p. 9.

(189) In questo senso, coerentemente con la sua costruzione di cui si è detto sopra (nota 174), R. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 1543-1547; nello stesso senso A. Guarneri, *La posizione dell'interposto nell'appalto di manodopera*, *RIDL*, 1988, I, pp. 77-124 e partic. 88-101, dove l'A. conclude nel senso che « l'interposto è obbligato in solido con l'interponente (art. 1294 c.c.) e può perciò essere escusso direttamente dal lavoratore »; G. Cottrau, *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, cit., p. 8. In senso contrario v. invece G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., pp. 101-111, la quale conclude nel senso della responsabilità aquiliana dell'interposto verso il lavoratore, senza solidarietà passiva con l'interponente nella sua responsabilità contrattuale. In giurisprudenza v. Cass. 18 febbraio 1982 n. 1041, *GC*, 1982, I, p. 1228, *MGL*, 1982, p. 644; Cass. 30 marzo 1987 n. 3066, *IPrev*, 1987, p. 1478.

(190) Cass. 15 giugno 1987 n. 5271, mass.

(191) Cass. 23 giugno 1989 n. 3031, *DL*, 1990, II, p. 23, *MGL*, 1989, p. 620.

(192) G. Benedetti, *Profili civilistici ecc.*, cit., pp. 1546-1547.

(193) Cfr. G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., pp. 111-114.

(194) Cfr. G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge ecc.*, cit., pp. 61-62, ntt. 61 e 62 e giurisprudenza ivi citata.

(195) M. Papaleoni, *Intermediazione di mano d'opera: sanzionabilità penale*, cit., partic. pp. 996 e 998.

(196) Cass. pen. 14 aprile 1981, *NGL*, 1981, p. 430.

(197) C. Smuraglia, *Diritto penale del lavoro*, Padova, 1980, pp. 108-109, e G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro ecc.*, cit., pp. 83-85, dove il reato è invece qualificato come permanente, con conseguente decorso della prescrizione dalla cessazione dell'effettiva utilizzazione della prestazione lavorativa. Nello stesso senso in giurisprudenza Cass. pen. 28 giugno 1976, *GI*, 1978, II, c. 460; Cass. pen. 8 luglio 1992, *MGL*, 1993, p. 341; Cass. pen. 15 aprile 1998, *DPL*, 1998, p. 1384.

(198) G. Suppiej (*L'interposizione brevettata*, *ADL*, 1998) si spinge a negare la configurabilità logica dell'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo di cui alla legge n. 196/1997 come titolare del rapporto con il prestatore: « creditore della prestazione di lavoro ... è l'impresa utilizzatrice, ... che ... è titolare del potere direttivo, collegato ... all'obbligazione di lavoro da un nesso strumentale, non eliminabile senza snaturare il rapporto di lavoro » (p. 25). Il rifiuto della « rottura » segnata dalla legge n. 196/1997 rispetto all'assetto tradizionale dell'ordinamento giuslavoristico è espresso in maniera ancor più esplicita e vibrata da A. Vallebona, *Il lavoro interinale nell'ordinamento italiano: un clone del contratto a termine*, *RIMP*, 1997, dove l'A. parla di una « incivile realtà », in cui un mercato politico di infimo livello genera discipline ridicole, altrimenti inspiegabili » e di « abisso caotico dell'incertezza che ne consegue » (p. 239); ne *L'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana*, *ADL*, 1997, lo stesso A. condanna l'« ancestrale libidine per la dissociazione tra soggetto titolare del rapporto e soggetto utilizzatore della prestazione » (p. 137).

(199) M. Miscione, *Il lavoro interinale*, nel *Commentario dir. da F. Carinci*, vol. II, Torino, 1998, partic. pp. 358-362.

(200) G. De Simone, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione*: Simul stabunt simul cadent?, cit. nella nota 41 al § 120, pp. 663-690.

(201) F. Liso, *Introduzione a Il lavoro temporaneo*, a cura di F. Liso e U. Carabelli, Milano, 1999, pp. 18-23; M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Torino, 1999, pp. 287-301. Fra i commenti caratterizzati da un netto favore per il nuovo istituto e per l'impatto da esso prodotto sul sistema giuslavoristico vanno annoverati anche quelli di M. Biagi, *Un diritto in evoluzione. Riflessioni sulla legge n. 196/1997*, in *Mercati e rapporti di lavoro*, a cura dello stesso A., Milano, 1997, pp. 25-30, e di M. Napoli, *Note introduttive al Commentario sistematico della legge n. 196/1997* da lui stesso curato, *NLCC*, 1998, pp. 1171-1176. Nel dibattito che ha preceduto l'emanazione della legge v., su di una linea di sostanziale favore per la riforma — già prevista nel « protocollo Giugni » 23 luglio 1993 — R. De Luca Tamajo, *Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interinale*, *RIDL*, 1995, I, pp. 417-437.

(202) M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., p. 291. Qui l'A. parla anche di « una tecnica normativa rispetto alla quale la tradizionale alternativa tra "autonomia" e "subordinazione" è progressivamente destinata a perdere di rilievo ». La costruzione di T. è una delle espressioni più acute ed elaborate della nuova generazione di studi sul sistema giuslavoristico e sono convinto che essa abbia il futuro della sua (v. prefazione e cap. V, partic. § 96); ma i vecchi schemi non possono ancora — a mio avviso — considerarsi superati sul piano del diritto vigente: dove la prestazione dedotta dal lavoratore nel contratto con l'agenzia non potesse qualificarsi come subordinata, non essendo pienamente assoggettata a eterodirezione, il contratto si collocherebbe al di fuori del campo di applicazione sia della legge n. 196/1997, sia del divieto di interposizione di cui alla legge n. 1369/1960 (v. in proposito anche § 125). Nel senso della non perfetta sussumibilità del contratto di lavoro fra agenzia fornitrice e lavoratore temporaneo nel tipo legale di cui all'art. 2094 c.c. v. peraltro, con argomentazione in larga parte diversa, E. Ghera, *Promozione dell'occupazione, flessibilità, rapporti atipici (note sulla l. 24 giugno 1997 n. 196)*, *MGL*, 1998, p. 943. Per la tesi secondo cui la legge del 1997 avrebbe addirittura abrogato il divieto generale di interposizione, sostenuta da una parte minoritaria della dottrina ma respinta dalla parte maggiore e da tutta la giurisprudenza, v. nota 143 al § 131.

(203) In questo senso, tra i primi commentatori della nuova legge, O. Bonardi, *Prime osservazioni sul lavoro temporaneo tramite agenzia*, *RIDL*,

- 1997, I, p. 409: « Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo ben può qualificarsi come un sottotipo del contratto di lavoro di cui all'art. 2094 c.c. »; nello stesso senso A. Perulli, *Contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, ne Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, a cura di A. Gentili, Padova, 1999, pp. 141-158; R. Sciotti, *Indagine critica sulla fattispecie « lavoro subordinato »*, *DL*, 1999, I: « Più' che di specialità dei rapporti si potrebbe ... parlare di idoneità del rapporto di lavoro subordinato ad assumere configurazioni mutevoli in relazione alle necessità tecnico-organizzative del complesso produttivo nel quale detti rapporti si trovino a dover essere espletati » (pp. 378-379). V. inoltre O. Mazzotta, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, *RIDL*, 1998, I: « un contratto tipico di lavoro subordinato che presenta significativi profili di specialità » (p. 185); lo stesso A., peraltro, poco oltre propone di « inserire il profilo funzionale del nuovo schema normativo entro l'ampio genus del contratto a favore di terzi » (p. 190); da questa prospettazione dissente M. Tiraboschi, che, sottolineando la novità dello schema tipico delineato dalla legge del 1997 e la sua non riconducibilità ad alcun tipo legale precedente, osserva come esso si differenzi dal contratto a favore di terzo, richiedendo un atto negoziale del terzo perché in capo a lui sorga il diritto alla prestazione lavorativa (*Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., pp. 313-315). Non c'è dubbio, tuttavia, che, pur con la rilevante differenza sottolineata da T., nel contratto fra agenzia e lavoratore compaia anche un elemento tipicamente proprio del contratto a favore di terzo.
- (204) La materia sarà oggetto di trattazione nel secondo volume. Giova osservare fin d'ora, in proposito, che l'opzione compiuta dal ministero del lavoro con la circolare 7 aprile 1998 n. 43 (*RGL*, 1998, III, p. 157), nel senso della qualificazione del *job sharing* come contratto atipico, appare dettata più dall'esigenza di evitare i vincoli posti dalla giurisprudenza costituzionale in materia di « clausole elastiche » nel *part time*, che da rigorose valutazioni di ordine sistematico.
- (205) V. in proposito soprattutto R. Del Punta, *La « fornitura di lavoro temporaneo » nella l. n. 196/1997*, *RIDL*, 1998, I, pp. 208-210; A. Perulli, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, *RGL*, 1999, I, pp. 237-255; L. Corazza, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, *RIDL*, 1999, I, partic. p. 65; M. Tiraboschi, *op. ult. cit.*, pp. 302-306. O. Bonardi (*Prime osservazioni sul lavoro temporaneo tramite agenzia*, cit.) osserva che quella del collegamento negoziale — inteso qui come collegamento necessario — è « l'unica figura idonea a descrivere la fattispecie in questione », ma che essa « non ha alcuna utilità, poiché l'unico effetto giuridicamente riconducibile alla sussistenza del collegamento, pur presente nella nostra fattispecie, è quello dell'applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*, che, però, nel caso del lavoro temporaneo perde rilevanza, essendo gli effetti della nullità dei contratti di fornitura e di lavoro già prestabiliti dalla legge » (p. 395).
- (206) V. in questo senso R. Del Punta, *op. ult. cit.* (« il contratto a tempo determinato per prestazioni di lavoro temporaneo può essere legittimamente stipulato soltanto se a monte vi è stata la stipulazione di un regolare contratto di fornitura »: p. 209); A. Perulli, *op. ult. cit.*, partic. pp. 239-240 e *passim*; E. Ghera, *Promozione dell'occupazione, ecc.*, cit., p. 942. Sul significato della bipartizione fra collegamento necessario e collegamento volontario v. R. Scognamiglio, *Collegamento negoziale, Enc dir.*, VII, 1960, pp. 377-381; F. Messineo, *Contratto collegato*, ivi, X, 1962, pp. 48-54, partic. p. 49; S. Orlando Cascio e C. Argiroffi, *Contratti misti e contratti collegati*, *EGT*.
- (207) C.c.n.l. per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo 28 maggio 1998, art. 29, n. 1.
- (208) R. Del Punta, *La « fornitura di lavoro temporaneo » ecc.*, cit., osserva infatti che « la mancata indicazione nel contratto dei motivi di ricorso alla fornitura, o delle mansioni di adibizione, non sembra dar luogo ad alcuna sanzione » (p. 227).
- (209) C.c.n.l. 28 maggio 1998, cit., art. 29, n. 3.
- (210) V. invece R. Del Punta, *op. ult. cit.*: « il contratto di fornitura di manodopera emerge come un tipo speciale di contratto di appalto di servizi, finalmente "liberato" dall'ordinamento ... forse non era vero fino in fondo che l'espressione "appalto" fosse utilizzata, nell'art. 1 della l. n. 1369/1960, in senso atecnico » (p. 205).
- (211) Cfr. M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., partic. p. 300.
- (212) Qui concordo con M. Tiraboschi, *op. e loc. ult. cit.*
- (213) F. Carnelutti, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, cit. nella nota 51 al § 122.
- (214) V. però M. Tiraboschi, *op. ult. cit.*, pp. 293-294, nt. 14, dove vengono citate dottrina e giurisprudenza tedesche in senso contrario.
- (215) Cfr. G. Pera, *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, *RIDL*, 1998, I, p. 282; L. Corazza, *Dissociazione dei poteri datoriali ecc.*, cit., pp. 68-70.
- (216) Sull'apparato sanzionatorio della nuova disciplina del lavoro temporaneo v. M. Magnani, *L'apparato sanzionatorio*, nel *Commentario sistematico* a cura di M. Napoli, cit., pp. 1278-1283; C. Pisani, *Norme sanzionatorie*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di F. Liso e U. Carabelli, cit., pp. 403-441; G. Zilio Grandi, V. Cuffaro, G. Martinengo, M. Vianello, R. Valecchi, *Norme sanzionatorie*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di A. Gentili, cit., pp. 350-374.
- (217) V. per tutti sul punto M. Miscione, *Il lavoro interinale*, cit., p. 360.
- (218) Per alcune condivisibili osservazioni critiche riguardo all'opportunità della vecchia disposizione legislativa, ora modificata, v. A. Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, *RIMP*, 1997, I, p. 258, § 18.1.1, e M. Roccella, *I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1995 alla legge 196/1997*, *RGL*, 1998, I, p. 12.
- (219) Per un commento analitico dell'art. 1 della legge v. G. Pellacani, *Il lavoro temporaneo: nozione e struttura del rapporto*, ne *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, a cura di L. Galantino, Milano, 1997, pp. 43-112; M. Magnani, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, nel *Commentario sistematico* a cura di M. Napoli, cit., pp. 1178-1191; V. Leccese e V. Pinto, *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, in *Occupazione e flessibilità. Legge n. 196/1997 e provvedimenti attuativi*, a cura di E. Ghera, Napoli, 1998, pp. 6-19; R. Romei, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, ne *Il lavoro temporaneo* a cura di F. Liso e U. Carabelli, cit., pp. 97-159.
- (220) V. in proposito R. Bortone, *Disposizioni varie*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di F. Liso e U. Carabelli, cit., pp. 443-444.
- (221) Sui problemi di individuazione delle associazioni sindacali abilitate alla stipulazione dei detti contratti collettivi v., oltre ai commenti citt. nella nota prec., M. Miscione, *Il lavoro interinale*, cit., pp. 362-366.
- (222) La clausola collettiva che pone tale limite percentuale deve tuttavia, a mio avviso, ascrivere alla parte obbligatoria del contratto collettivo, e non alla parte normativa (§ 63), non potendo logicamente essa produrre effetti diretti su alcun rapporto individuale di lavoro (sul punto torneremo più diffusamente trattando delle clausole collettive di contingentamento dei contratti di lavoro a tempo parziale). V. però sul punto la diversa impostazione proposta da M. Tiraboschi, *La legalizzazione del lavoro intermittente tramite agenzia nell'ordinamento giuridico italiano*, *DRI*, 1997, partic. p. 51, che sembra condurre alla conclusione opposta.
- (223) A. Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, cit., pp. 260-261, § 19.1; A. Maresca, S. Ciucciiovino, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di A. Gentili, cit., p. 39.
- (224) V. in questo senso R. Del Punta, *La « fornitura di lavoro temporaneo » ecc.*, cit., pp. 234-235.
- (225) Si discute se la norma debba interpretarsi nel senso della costituzione automatica di un contratto a tempo indeterminato *ordinario*, o di un contratto a tempo indeterminato *per prestazioni temporanee*. Questa seconda lettura — che, alla luce della *ratio* della disposizione, appare più logica della prima — è sostenuta da O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta del lavoratore ecc.*, cit. nella nota 115, cap. IV, § 18.
- (226) La norma apparentemente non distingue, per questo aspetto, fra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato; ma che essa si applichi solo nel primo caso è del tutto evidente: v. per tutti sul punto M. Miscione, *Il lavoro interinale*, cit., p. 372. In riferimento al caso del contratto a tempo indeterminato l'art. 17, lett. B, del c.c.n.l. 28 maggio 1998 distingue, assai ragionevolmente, fra le indicazioni obbligatorie elencate nell'art. 17, lett. A, quelle che devono essere contenute nella pattuizione scritta iniziale e quelle che devono invece essere contenute nella « lettera di assegnazione » con cui l'agenzia invia di volta in volta il lavoratore presso un utilizzatore.
- (227) V. in proposito ultimamente la circolare INPS n. 157 del 27 luglio 1999, *DPL*, 1999, p. 2395.
- (228) Sui problemi relativi al patto di prova v. la trattazione di V. Speciale, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, ne *Il lavoro*

temporaneo, a cura di F. Liso e U. Carabelli, cit., pp. 253-256.

(229) Il c.c.n.l. per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo 28 maggio 1998 prevede, all'art. 28, il limite massimo di quattro proroghe e di una durata complessiva delle proroghe di 24 mesi, « fermo restando che — agli effetti retributivi — il periodo si configura come un'unica missione ».

(230) In questo senso v. soprattutto R. Del Punta, *La « fornitura di lavoro temporaneo » ecc.*, cit., p. 215; M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., pp. 310-311. In senso contrario M. Roccella, *I rapporti di lavoro atipici in Italia ecc.*, cit., p. 15.

(231) V. in proposito P. Magno, *Problemi di sicurezza nel lavoro interinale*, RIMP, 1997, I, pp. 265-274; F.P. Rossi, *Misure di sicurezza e lavoro interinale: gli obblighi del datore di lavoro*, ivi, pp. 275-286; A. Levi, *Gli obblighi fondamentali dell'impresa utilizzatrice di prestazioni di lavoro temporaneo (art. 6)*, ne *Il lavoro temporaneo ecc.*, a cura di L. Galantino, cit., pp. 209-233.

(232) Sull'ipotesi dell'accordo aziendale iniquo ai danni dei lavoratori temporanei v. O. Bonardi, *Prime osservazioni sul lavoro temporaneo tramite agenzia*, cit., p. 415, dove l'A. sostiene l'ammissibilità, in tal caso, dell'intervento correttivo del giudice. Sui problemi relativi al trattamento retributivo del lavoratore temporaneo v. le compiute trattazioni di C. Alessi, *Il trattamento retributivo*, nel *Commentario sistematico* a cura di M. Napoli, cit., pp. 1216-1224; V. Speciale, *La prestazione di lavoro temporaneo e il trattamento retributivo*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di F. Liso e U. Carabelli, cit., pp. 287-303; A. Perulli e G. Zilio Grandi *Prestazione di lavoro temporaneo e trattamento retributivo*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di A. Gentili, cit., pp. 199-237.

(233) V. in proposito R. Del Punta, *La « fornitura di lavoro temporaneo » ecc.*, cit., pp. 231-232; G. Zilio Grandi, *Prestazione di lavoro temporaneo e trattamento retributivo*, cit., pp. 226-229.

(234) L'art. 30 del già citato c.c.n.l. 28 maggio 1998 fissa l'indennità in 700.000 lire mensili, pari a circa 362 euro.

(235) Propendono infatti per considerare l'« indennità » come una sorta di « salario minimo » R. Del Punta, *loc. ult. cit.*; C. Alessi, *Il trattamento retributivo*, cit., pp. 1223-1224; V. Speciale, *La prestazione di lavoro temporaneo e il trattamento retributivo*, cit., pp. 300-303. È orientata in questo senso, se ben comprendo, anche l'interpretazione della norma proposta da M. Lanotte, *Il rapporto giuridico tra lavoratore e agenzia*, ne *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti ecc.*, a cura di L. Galantino, cit., pp. 185-186.

(236) C.c.n.l. 28 maggio 1998, cit., art. 30, 6° c.

(237) In questo senso, tra i primi commentatori, G. Pera, *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, cit., p. 283; ma v. le osservazioni critiche in proposito di O. Bonardi, *Prime osservazioni ecc.*, cit., pp. 417-418. La questione dello *ius variandi* e dei suoi limiti ex art. 2103 c.c. è trattata anche da M. Lanotte, *Il rapporto giuridico tra lavoratore e agenzia*, cit. nella nota 235, pp. 189 -191, ma soltanto in riferimento al mutamento che può prodursi nell'ambito della singola missione.

(238) C.c.n.l. 28 maggio 1998, cit., art. 15, 1° c.

(239) Stesso c.c.n.l., art. 18.

(240) Stesso c.c.n.l., art. 27.

(241) Stesso c.c.n.l., art. 29/1.

(242) L'art. 10 del c.c.n.l. per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo 28 maggio 1998 prevede in proposito un riproporzionamento delle 10 ore di assemblea retribuite, previste dall'art. 20 St. lav., al numero di ore di lavoro di ciascun lavoratore temporaneo nel corso dell'anno, secondo il criterio per cui 10 ore di assemblea corrispondono a 1700 ore di lavoro annue. Nel numero di ore in tal modo determinato devono rientrare sia le ore in cui il lavoratore temporaneo partecipa ad assemblee dei dipendenti ordinari delle imprese utilizzatrici, sia le ore di assemblea dei lavoratori temporanei presso l'agenzia da cui essi dipendono. In argomento, nonché sugli altri aspetti della tutela della libertà sindacale dei lavoratori temporanei, v. P. Passalacqua, *I diritti sindacali del lavoratore interinale*, ne *Il lavoro temporaneo ecc.*, a cura di L. Galantino, cit., pp. 197-208; L. Guaglianone, *I diritti sindacali*, nel *Commentario sistematico* a cura di M. Napoli, cit., pp. 1251-1261; V. Leccese, *Diritti sindacali*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di F. Liso e U. Carabelli, cit., pp. 346-380; P. Lambertucci, *Diritti sindacali*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di A. Gentili, cit., pp. 298-316.

(243) Meritano di essere segnalate a questo proposito le sentenze P. Milano 18 dicembre 1998 e T. Milano 24 febbraio 1999 (MGL, 1999, p. 456, con nota redazionale *Sull'inibitoria di proseguire l'attività lavorativa in violazione del patto di non concorrenza*), le quali hanno considerato valido il patto di non concorrenza che vincolava la dipendente di un'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo a non prestare lavoro per altre agenzie operanti nello stesso settore, con conseguente inibizione della prestazione costituente oggetto del nuovo contratto di lavoro stipulato dalla lavoratrice con impresa concorrente; si osservi, però, che in questo caso si trattava di un rapporto di lavoro ordinario e non di un rapporto di lavoro temporaneo, né a tempo determinato né a tempo indeterminato.

(244) Sulla posizione giuridica dell'impresa utilizzatrice v. le compiute trattazioni di F. Lunardon, *Gli obblighi dell'impresa utilizzatrice*, nel *Commentario sistematico* a cura di M. Napoli, cit., pp. 1235-1250; R. Bortone, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di F. Liso e U. Carabelli, cit., pp. 323-345; F. Bano, G. Martinengo, P. Lambertucci, A.M. Palmieri, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di A. Gentili, cit., pp. 260-282.

(245) Sulla distinzione fra attività esposte a « rischi specifici » e attività sottoposte a « sorveglianza medica speciale » (istituto proprio dell'ordinamento francese, che avrebbe richiesto una disciplina più precisa per poter essere utilmente recepito nel nostro) v. M. Tiraboschi, *La legalizzazione del lavoro intermittente ecc.*, cit. nella nota 222, PP. 52-55.

(246) Giunge su questo punto a una conclusione negativa, muovendo dal presupposto che la norma ponga una deroga alla regola generale dell'art. 2049 c.c., A. Levi, *Gli obblighi fondamentali dell'impresa utilizzatrice di prestazioni di lavoro temporaneo*, cit., pp. 257-264. Per la soluzione opposta, nel senso della corresponsabilità solidale dell'agenzia fornitrice con l'impresa utilizzatrice per i danni subiti da terzi, v. M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., pp. 335-340, sulla base di argomenti di natura sistematica e comparatistica, che lo portano a « individuare il fondamento dell'art. 6, settimo comma, in una linea di piena continuità rispetto al testo dell'art. 2049 » (p. 339).

(247) Per un primo caso di applicazione di questa sanzione v. P. Torino 29 giugno 1999, OGL, 1999, p. 674, e LG, 1999, p. 1069, con nota di S. Palladini.

(248) Così M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., partic. p. 315-319, il quale conia a questo proposito il termine « co-impiego ». V. anche L. Corazza, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, cit., p. 61, dove l'A. parla di « biforcazione » della posizione datoriale.

(249) L'uso invalso nelle trattazioni dottrinali, ma anche nelle motivazioni delle sentenze e nel linguaggio comune, di abbinare i due termini perfettamente sinonimi « comando » e « distacco », disgiunti da una « o » non avversativa (equivale a un « ovvero »), per indicare il prestito del lavoratore da un datore di lavoro a un altro, si è consolidato al punto che lo stesso legislatore del 1993 ha finito coll'usare l'espressione « comando o distacco » come un'endiadi.

(250) Altrettanto non può dirsi in riferimento alla legislazione comunitaria, nella quale la figura del distacco del lavoratore nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale è prevista e disciplinata dalla direttiva 16 dicembre 1996 n. 71 (v. in proposito § 26: ivi i riferimenti in proposito).

(251) V. in argomento soprattutto M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro. I. Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, pp. 220-226; P. Magno, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976, pp. 205-231; S. Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pp. 53-76; G. De Simone, *Titolarietà dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, cit., pp. 281-327; A. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, Padova, 1999, pp. 168-174. In giurisprudenza v. ultimamente, nel senso indicato nel testo, Cass. 17 marzo 1998 n. 2280, FI, 1998, I, c. 3582, e Cass. 10 giugno 1999 n. 5721, LG, 1999, p. 1170, e RIDL, 2000, II, p. 36, con nota di M. Caro, *Distacco illegittimo, violazione del divieto di interposizione e trattamento spettante al lavoratore* (la sentenza è riferita a un caso singolare, nel quale era il lavoratore a sostenere la qualificazione della fattispecie in termini di distacco legittimo, in

funzione di una rivendicazione nei confronti dell'impresa distaccante). Sulla netta distinzione fra la figura del distacco e l'aspettativa per funzioni pubbliche elettive o cariche sindacali v. Cass. 8 giugno 1999 n. 5661, *NGL*, 1999, p. 622.

(252) V. per tutte in questo senso Cass. S.U. 15 febbraio 1979 n. 982, *FI*, 1979, I, c. 616, con nota di C.M. Barone; Cass. 26 maggio 1993 n. 5907, *NGL*, 1993, p. 42; nello stesso senso in dottrina S. Magrini, *op. ult. cit.*, p. 66; M. Esposito, *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, *DLRI*, 1996, p. 130. Propendono invece per la non necessità del consenso del lavoratore, considerando il suo « comando » presso altra impresa come espressione del potere direttivo naturalmente proprio del datore di lavoro, M. Genghini, *Il distacco o comando del lavoratore*, *MGL*, 1992, p. 420; C. De Marchis, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, *RGL*, 1993, II, p. 265; A. Pizzoferrato, *Prestito di lavoro, interesse del datore di lavoro « distaccante » e consenso del lavoratore*, nota a Cass. 23 aprile 1992 n. 4851, *RIDL*, 1993, II, p. 433. Sul tema del consenso del lavoratore distaccato, in riferimento alla missione all'estero, v. l'ampia trattazione di A. Nobili, *La mobilità estera (trasferimento, trasferta, distacco, ecc.) nella giurisprudenza italiana*, in AA.VV., *I contratti di lavoro internazionali*, *QDLRI*, n. 20, 1998, pp. 197-227.

(253) Cfr. Cass. 21 maggio 1998 n. 5102, mass.

(254) La giurisprudenza sul punto non è però univoca: v. infatti P. Milano 30 maggio 1994, *LG*, 1995, p. 41, con nota dissenziente di G. Ferrau', e *DL*, 1995, II, p. 111, con nota di F. De Falco, *Distacco del lavoratore e interpretazione estensiva dell'art. 2103 c.c.*; v. inoltre quanto osserva al riguardo M. Broilo: « In definitiva, ragionando in termini di c.d. "diritto vivente", la figura risulta impermeabile ai convincenti e condivisibili tentativi effettuati dalla dottrina di estendere l'applicazione dell'art. 13 dello statuto al distacco sia fra società collegate che fra società distinte » (*La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Art. 2103, nel *Commentario* del codice civile dir. da P. Schlesinger, Milano, 1997, p. 470; ivi ulteriori riferimenti dottrinali sul punto specifico).

(255) Su due casi di questo genere v. Cass. 8 ottobre 1991 n. 10556, *RIDL*, 1992, II, p. 936, con nota di L. Nogler, *Sulla previsione contrattuale della sospensione del rapporto con prestito del lavoratore ad altra impresa collegata*; Cass. 23 aprile 1992 n. 4851, *RIDL*, 1993, II, p. 428, con nota di A. Pizzoferrato, cit. nella nota 252. Per la netta distinzione fra il caso del « distacco » in senso proprio e quello della coesistenza in capo allo stesso lavoratore di due rapporti di lavoro, dei quali uno sospeso per consentire lo svolgimento temporaneo dell'altro, v. Cass. 10 agosto 1999 n. 8567, *NGL*, 1999, p. 569.

(256) È stato peraltro osservato come, al livello dirigenziale, possa considerarsi normale che l'attività del dipendente della società-madre si espliciti altresì verso le società-figlie e all'interno delle rispettive strutture, anche senza che si configuri un vero e proprio distacco: Cass. 14 luglio 1993 n. 7796, *RIDL*, 1994, II, p. 317, con nota di L. Nogler, *Forza contrattuale delle parti e qualificazione del rapporto di lavoro del direttore generale di una s.p.a. con società collegate*.

(257) V. soprattutto G. Meliado', *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa*, Milano, 1991. Per la prospettazione della pluralità di rapporti di lavoro in capo al medesimo lavoratore alle dipendenze delle diverse società collegate che effettivamente ne utilizzino la prestazione, o addirittura di un unico rapporto di lavoro alle dipendenze di una pluralità di datori di lavoro contitolari in solido, v. L. Nogler, *Gruppo d'impresa e diritto del lavoro*, *LD*, 1992, partic. pp. 303-307.

(258) V. in tal senso ultimamente Cass. 1° aprile 1999 n. 3136, *D&L*, 1999, p. 585, e *NGL*, 1999, p. 467. Nello stesso senso in precedenza, tra le altre, Cass. 5 aprile 1990 n. 2831, *RIDL*, 1991, II, p. 183, con nota di G. De Simone, *I licenziamenti nei gruppi, tra libertà d'impresa e abuso di diritto*; e per la giurisprudenza di merito P. Roma 6 ottobre 1987, *RIDL*, 1988, II, p. 1062, con nota della stessa A., *Società collegate e tutela del posto di lavoro*; P. Padova 21 ottobre 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 523, con nota della stessa A., *Decentramento produttivo e unitarietà sostanziale del datore di lavoro*. Per una impostazione della questione essenzialmente centrata sull'« utilizzazione effettiva » della prestazione — in coerenza con la costruzione generale tendenzialmente acontrattualistica di cui si è detto a suo luogo (§ 128) — v. O. Mazzotta, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, cit. nella nota 112. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali v. L. Guaglione, *La nozione di gruppo nella giurisprudenza lavoristica*, *DRI*, 1991, pp. 105 ss.; G. Meliado', *Il lavoro nei gruppi e la Cassazione: sforzi metodici e insoluti dilemmi*, *FI*, 1993, I, cc. 2245 ss.

(259) Sul punto dottrina e giurisprudenza, anche nelle loro componenti più ostili al fenomeno della segmentazione del processo produttivo, sono sempre state unanimi: v. in questo senso L. Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, cit. nella nota 4: « il senso della normativa non è certo quello di fissare coattivamente le linee generali dell'assetto produttivo, imponendo una assurda regressione rispetto ai livelli di specializzazione e articolazione acquisiti dal moderno sistema industriale » (p. 177); G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., dove si sottolinea che la legge del 1960 « non criminalizza il decentramento in se', limitandosi invece ad apprestare alcune garanzie per i lavoratori coinvolti » (p. 173); Ead., *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione ecc.*, cit. partic. p. 681-682. Nello stesso senso A. Guarnieri, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit. (1998), p. 351.

(260) Di cui ampi stralci sono citati nella *Relazione* al Senato l'on. De Bosio, cit. nella nota 7, p. 10, e in M. Franco, E. Scaccia, *La fornitura di mano d'opera e la disciplina degli appalti ecc.*, cit., p. 124, nt. 14. V. anche in proposito E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., p. 134.

(261) Un primo intervento della contrattazione collettiva su questo terreno è segnalato da E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., p. 10: è il contratto per il settore delle aziende del gas 12 gennaio 1920, che consente alle imprese del settore di affidare a imprese esterne l'esecuzione di alcuni servizi, pur considerati come parte del « ciclo produttivo » proprio dell'impresa, purché siano tutelati la stabilità dell'impiego e ogni altro standard di trattamento del personale addetto.

(262) Nella *Relazione* alla Camera dei Deputati degli onn. Andreucci e Butte' cit. nella nota 60 si legge che « l'appalto di un lavoro o di un servizio continuato inerente all'attività normale dell'impresa tende ad evitare l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato [n.d.r.: la nuova disciplina del contratto a termine sarebbe stata emanata soltanto due anni dopo] e a non applicare ad essi i contratti che regolano i rapporti di lavoro con i dipendenti della impresa appartenente a uno specifico settore » (p. 2); onde alla norma contenuta nell'art. 3 della legge si attribuisce la funzione di correggere questa seconda possibile « distorsione del corretto impiego del contratto di appalto a danno dei lavoratori ». In sede di prima lettura del provvedimento legislativo i relatori paiono ignorare del tutto la possibilità che l'appalto « interno » svolga una funzione economica positiva consentendo di valorizzare la migliore dotazione materiale o immateriale dell'appaltatore rispetto al committente. Non lo ignora invece il relatore al Senato, on. De Bosio: « Ci si trova di fronte, per vero, a una situazione diversa perché ... l'impresa appaltatrice ha una sua propria diretta funzione e un suo ruolo ... » (*Relazione* cit. nella nota 57, p. 10).

(263) Cfr. ancora la *Relazione* al Senato dell'on. De Bosio al Senato: « Non si può non considerare che l'impresa appaltatrice, in effetti, produce qualche cosa o esplica qualche servizio, che appartengono direttamente al ciclo produttivo ed organizzativo della impresa committente ... Ora, la ragione principale che legittima la speciale disciplina nei casi di appalti di opere e di servizi, da eseguirsi nell'azienda, risiede soprattutto nel fatto che i lavoratori dipendenti dall'impresa appaltatrice si trovano a operare fianco a fianco con i lavoratori dipendenti dall'impresa principale, vivono nello stesso ambiente, vengono a trovarsi in una appariscente e stridente condizione di inferiorità nei confronti dei loro compagni di lavoro, spesso adempiono prestazioni eguali a quelle dei loro colleghi ... » (loc. ult. cit.). Queste considerazioni del relatore sono criticate da G. Pera (*Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1977³, p. 392, immutato nelle edizioni successive del manuale): « Quest'ultima considerazione è veramente amena; quasi che non sia cosa quotidiana che a persone lavoranti "fianco a fianco" nei modi più svariati sia corrisposto, in ragione dei più vari e talora opinabili fattori, un trattamento diverso ». La questione di costituzionalità in proposito è stata ritenuta manifestamente infondata da Corte cost. 9 luglio 1963 n. 100, *FI*, 1963, I, c. 1327.

(264) Che, secondo una parte della dottrina, deve considerarsi esteso anche al regime di stabilità del rapporto di lavoro: v. in questo senso L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, cit., p. 179.

(265) Esprime dissenso su questa scelta del legislatore sul piano dell'opportunità politico-sociale M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti ecc.*, cit. (1961), pp. 871-872. Quanto alla decorrenza del termine di decadenza, Cass. 2 aprile 1998 n. 3410 (*LG*, 1998, p. 1066) ha precisato che il *dies a quo* è quello della cessazione « di ogni singolo rapporto contrattuale tra appaltante e appaltatore, al qual fine peraltro rileva non tanto il termine di scadenza previsto nel contratto, quanto piuttosto l'effettiva cessazione dei rapporti fra le parti ».

- (266) Così A. Cessari, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., p. 133; A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, cit., p. 281; S. Spano, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., p. 79.
- (267) Così P. Genoviva, *La legge sull'intermediazione di mano d'opera e sugli appalti ecc.*, cit. (1978), pp. 477-478.
- (268) È questo il motivo per cui l'appaltatore è litisconsorte passivo necessario, con il committente, nel giudizio promosso dai suoi dipendenti *ex art.* 1676 c.c., ma non nel giudizio promosso *ex art.* 3 L. n. 1369/1960: v. in proposito Cass. 23 aprile 1999 n. 4046, *NGL*, 1999, p. 475.
- (269) Sembra riferirsi, proprio a questo proposito, alla teoria comunitaria dell'impresa — che, in riferimento al nostro ordinamento, sarà esposta compiutamente cinque anni dopo da G. Novara, *Il contratto collettivo aziendale*, Milano, 1965 — la *Relazione* della Commissione parlamentare di inchiesta cui il legislatore si ispira nella elaborazione della nuova legge: « Il perimetro dell'azienda non costituisce soltanto una delimitazione territoriale, ma il confine entro il quale una comunità di uomini si raccoglie ed opera, con la stessa vocazione, con una intensità di rapporti umani, con una identità di ansie e di speranze, nelle quali i problemi, gli ideali, i sentimenti, le aspirazioni, i bisogni di ognuno, sia pure in parte si esprimono. E da tutti non può non essere avvertita l'esigenza che unica sia la legge nella stessa comunità » (brano riportato nella *Relazione* al Senato dell'on. De Bosio, cit., p. 10).
- (270) L'unico caso particolare di appalto menzionato nell'art. 3 avente per oggetto un'opera e non un servizio è quello riguardante la « costruzione di colonne montanti » commissionata da imprese svolgenti un pubblico servizio. Dai lavori preparatori risulta con evidenza che il legislatore si riferisce qui alla fattispecie del tutto particolare dell'installazione di impianti elettrici o telefonici, soprattutto allo scopo di chiarire la suscettibilità di tale attività di essere oggetto di un genuino appalto e di essere pertanto sottratta al divieto generale di cui all'art. 1: v. in proposito § 123.
- (271) *Le travail en sous-traitance*, Ginevra, 1997 (v. nota 16), p. 8.
- (272) *Relazione* alla Camera dei Deputati degli onn. Andreucci e Butte' cit., p. 2.
- (273) Ambiguità che i giuslavoristi, a differenza degli economisti, stentano a cogliere, dando per ovvio e scontato che « lo Stato interviene [sempre e soltanto] per un interesse generale a garantire ... una protezione sociale minima anche nelle aree dove manchi o sia difficile una concreta autotutela dei lavoratori » (così, tra gli altri, F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit., p. 86).
- (274) L'espressione « all'interno alle aziende » contenuta nel primo comma dell'art. 3 è interpretata come sinonimo di « all'interno degli stabilimenti dei committenti », secondo quello che verrà poi indicato come « criterio topografico ». nei primi commenti dottrinali (A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, cit. (1962), pp. 280-281) e nelle prime sentenze successive all'emanazione della legge (P. Roma 26 gennaio 1962, *RGL*, 1962, II, p. 109, con nota critica di L. Ventura; App. Genova 13 gennaio 1964, *DL*, 1965, II, p. 194; Cass. 17 gennaio 1968 n. 102, *RGL*, 1968, II, p. 253, e *DL*, 1968, II, p. 386; le due ultime si riferiscono entrambe all'appalto del servizio di mensa di un'impresa metalmeccanica, qualificato come « appalto interno » *ex art.* 3 sulla base appunto del criterio topografico). Dopo un lungo periodo in cui ha prevalso nettamente il diverso criterio « funzionale » di individuazione del campo di applicazione della regola di cui all'art. 3, di cui si dirà tra breve (v. § 150 e nota seguente), si è assistito recentemente a un ritorno della giurisprudenza di cassazione al criterio « topografico »: Cass. 26 giugno 1998 n. 6347, *MGL*, 1998, p. 847, con nota dissenziente di L. Corazza (su quest'ultimo importante scritto torneremo nel § 155: v. *ivi* nota 299).
- (275) Il c.d. criterio « funzionale » ha numerosi sostenitori in dottrina fin dall'inizio degli anni '60: v. soprattutto M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e servizi*, cit. (1961), la quale osserva in proposito che « i dipendenti dell'appaltatore, ... interni o esterni all'ambiente [dell'azienda del committente], collaborano tutti al migliore funzionamento dell'impresa appaltante esplicando attività ed energie che s'inseriscono direttamente nel ciclo produttivo ed organizzativo della medesima » (p. 870; c. m.); M. Franco, E. Scaccia, *La fornitura di mano d'opera e la disciplina degli appalti ecc.*, cit. (1962), I, p. 125; E. Loriga, *La disciplina giuridica ecc.*, cit., (1965), p. 144; S. Spano, *Il divieto di interposizione ecc.*, cit. (1965), pp. 73-76; G. Nicolini, *Ciclo produttivo dell'impresa e applicazione dell'art. 3, l. 23 ottobre 1960 n. 1369, MGL*, 1972, p. 390; A. Maresca, *Il problema degli appalti ecc.*, cit. (1975), p. 716; P. Genoviva, *La legge sull'intermediazione di mano d'opera e sugli appalti ecc.*, cit. (1978), pp. 477-478 (dove si sottolinea come l'adozione del criterio « funzionale » non porti necessariamente a un allargamento del campo di applicazione della norma, potendo invece portare anche all'esclusione di funzioni svolte all'interno dello stabilimento, come è ripetutamente accaduto per il servizio di mensa); P. Arbasino, L. Gargiulo, *Appalto e subappalto*, Milano, 1979, p. 97; L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, cit., partic. pp. 180-186, dove si parla anche di un « favor legis verso l'accetramento nell'impresa del lavoro necessario al suo scopo produttivo » (p. 181); G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge ecc.*, cit. (1980), p. 45. Il criterio del « collegamento funzionale e organico tra le attività svolte dai dipendenti dell'impresa appaltatrice delle opere o servizi e l'attività dell'impresa appaltante » è stato fatto proprio dalla giurisprudenza prevalente verso l'inizio degli anni '70: in base ad esso è stato escluso dal novero degli « appalti interni » di un'impresa manifatturiera il servizio di mensa aziendale per i dipendenti dalle due sentenze Cass. 3 ottobre 1970 n. 1790, *MGL*, 1970, p. 471, nonché *GC*, 1970, I, p. 1809, e Cass. 18 aprile 1975 n. 1496, *OGI*, 1975, p. 675; in base allo stesso criterio è stato invece incluso nel novero degli « appalti interni » di una casa di cura il servizio di mensa per i pazienti ricoverati da Cass. 24 marzo 1972 n. 898, *RGL*, 1972, p. 940. V. inoltre, su questa stessa linea, Cass. 21 novembre 1981 n. 6212, *NGL*, 1982, p. 73; Cass. 9 febbraio 1985 n. 1083, *mass.*, in riferimento a un appalto di servizi di ripresa di cui era committente la RAI; Cass. 25 gennaio 1993 n. 814, *MGL*, 1993, p. 334 con nota di A. Sbrocca, e *OGI*, 1993, p. 314; in riferimento ai lavori di ristrutturazione e ampliamento di reti telefoniche v. anche, Cass. 16 luglio 1992 n. 862, *RGL*, 1992, II, p. 984; Cass. 8 febbraio 1993 n. 1520, *RIDL*, 1994, II, p. 101, con nota di L. Calafà, *Contrasto in Cassazione sulla nozione di manutenzione straordinaria e installazione di impianti e macchinari nel campo della telefonia*; in riferimento a un appalto di servizio di manutenzione di impianti, ritenuto « esterno » rispetto al ciclo produttivo della committente, Cass. 17 dicembre 1998 n. 12641, *GC*, 1999, I, p. 3083, con nota dissenziente di M. Lamberti, *Appalti introaziendali: nozione di ciclo produttivo e disfunzioni del criterio funzionale*. Per la non riconducibilità degli appalti aventi a oggetto l'installazione di reti telefoniche nella fattispecie disciplinata dall'art. 3, c. 2°, bensì in quella di cui all'art. 5, lett. b, della legge n. 1369/1960, v. ultimamente Cass. 23 aprile 1999 n. 4067, *OGI*, 1999, p. 409.
- (276) Cfr. G. Mannacio, *Il divieto di intermediazione ecc.*, cit.: « Come non esiste una nozione legale [di ciclo produttivo proprio dell'impresa], così non esiste una nozione naturalistica di esso » (p. 62). In precedenza nello stesso senso F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit., pp. 88-90; L. Guaglione, *La disciplina degli appalti « introaziendali » ecc.*, cit. nella nota 282, partic. p. 137. Per una ampia trattazione critica della questione, v. P. Genoviva, *La legge sull'intermediazione di mano d'opera e sugli appalti ecc.*, cit. (1978), pp. 476-482; e ultimamente, con osservazioni molto acute e condivisibili, G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro ecc.*, cit. (1995), pp. 137-143.
- (277) Cfr. R.B. Reich, *The Work of Nations*, New York, 1992: « there is no "inside" or "outside" the corporation, but only different distances from its strategic center » (p. 96). Nello stesso senso ancora G. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., p. 142; P. Zanelli, *Il decentramento produttivo*, *Digesto IV*, già in *GI*, 1988, IV, c. 402.
- (278) Cfr. in proposito ultimamente L. Gallino, *Se tre milioni vi sembrano pochi*, Torino, 1998: « per realizzare il loro prodigioso volume d'affari i 200 maggiori gruppi mondiali, in ispecie quelli a vocazione industriale, acquistano beni e servizi da legioni di imprese grandi e piccole. Ad esempio, due terzi (in valore) di ciascuna auto prodotta nel mondo è fabbricata al di fuori della casa di cui porta il nome » (p. XIII).
- (279) Cfr. G. Mannacio, *Il divieto di intermediazione ecc.*, cit.: « È difficile affermare che l'imprenditore non possa — da un certo giorno in poi — decidere di produrre la stessa cosa in modo diverso o altre cose. Da quel momento in poi l'ordinario ciclo produttivo dell'impresa non potrà che essere diverso e di conseguenza diversamente atteggiarsi l'area di applicabilità dell'art. 3 » (p. 64). Sui criteri che possono guidare l'imprenditore in questa scelta v. § 114.
- (280) F. Butera, *Design and strategic management of networked enterprises and network enterprises*, paper Irso, 1998, p. 3. In precedenza, dello stesso A., *Il castello e la rete*, Milano, 1989, cap. II.
- (281) E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit. (1965), pp. 143-154: al termine di una ampia argomentazione, l'A. giunge alla conclusione secondo cui si potrebbero « enucleare le operazioni elementari ricorrenti normalmente e continuativamente, che assumono il carattere di parte sostanziale e integrale del ciclo produttivo dell'impresa e operazioni la cui necessità solo saltuariamente e occasionalmente si presenta nelle

vicende dell'azienda. Le prime ... debbono, in linea di principio trovare esecuzione nell'organizzazione dei mezzi predisposti per l'esercizio dell'impresa, talché il loro affidamento a terzi può anche essere giustificato da un punto di vista tecnico, ma non da una convenienza economica, che sia rappresentata dal più basso costo del lavoro impiegato » (p. 152).

(282) L. Guaglione, *La disciplina degli appalti « introaziendali » e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, a cura di O. Mazzotta, cit., pp. 132-137. In giurisprudenza questo criterio è fatto proprio da Cass. 23 febbraio 1998 n. 1924, *MGL*, 1998, p. 643 (v. soprattutto la motivazione, p. 648).

(283) Così, sostanzialmente, Cass. 16 luglio 1992 n. 8602, *RGL*, 1992, II, p. 984, e P. Milano 28 giugno 1993, *D&L*, 1994, p. 172, riferite entrambe, appunto, a un caso di attività in precedenza « terziarizzata » dall'impresa committente.

(284) F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit. nella nota 4 (1990), pp. 85-116. Alcuni accenni nello stesso senso si trovano in L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, cit. (1979): « Esclusività delle commesse, assenza di autonomia di mercato e di ogni forma di diversificazione produttiva, totale modellazione dell'impresa satellite rispetto alle specifiche esigenze merceologiche dell'impresa-madre, di cui quella diventa perciò quasi una appendice obbligata: sono questi ... i sintomi a partire dai quali diventa legittimo imbastire una indagine diretta a verificare la misura in cui i livelli di subordinazione economico-strutturale si traducano anche nella ingerenza della impresa madre nella gestione della seconda e nella effettiva direzione del processo produttivo in capo al principale imprenditore » (p. 177; v. anche p. 188).

(285) F. Scarpelli, *op. ult. cit.*, p. 88.

(286) *Op. ult. cit.*, p. 93.

(287) Anche su questo punto v. una significativa anticipazione in L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, cit., dove si sostiene l'estensione del campo di applicazione dell'art. 3 anche ai casi di segmentazione dell'impresa realizzati in forma diversa dall'appalto: « la corretta comprensione della latitudine del precetto implica che esso possa ritenersi applicabile non solo alla ipotesi espressamente richiamata dell'« appalto di opere o servizi », ma anche in caso di ricorso ad altri contratti tipici (ad esempio di opera o somministrazione) mediante cui con diverso titolo formale si persegue il medesimo scopo sostanziale » (p. 180).

(288) Contratto collettivo bancario 19 dicembre 1994, cap. I, § 1.

(289) Ivi, art. 148, 7° comma.

(290) Contratto collettivo per il settore edile 23 maggio 1991, art. 15.

(291) Contratto collettivo per il settore chimico 19 marzo 1994, cap. I, parte II.

(292) Contratto collettivo per il settore metalmeccanico 4 febbraio 1997, disc. gen., sez. III, art. 28, 2° comma.

(293) Ivi, 4° comma.

(294) V. ancora il contratto collettivo per il settore metalmeccanico sopra cit., art. 28, 2° c.

(295) Mi riferisco alla proposta di direttiva comunitaria approvata dalla Commissione il 23 aprile 1998, in materia di termini di pagamento nelle transazioni commerciali (*GUCE*, 3 giugno 1998, n. 168, p. 13), tendente, fra l'altro, a imporre termini ragionevoli di pagamento nelle transazioni in cui la relazione contrattuale tra le parti sia squilibrata. Merita qualche attenzione, sotto il profilo che qui interessa, anche la *Comunicazione* 18 dicembre 1978 della Commissione (*GUCE*, 3 gennaio 1979, n. 1, p. 2), relativa alla valutazione, in relazione ai divieti di restrizione della concorrenza posti dall'art. 85 (vecchia numerazione) del Trattato, delle restrizioni imposte ai subfornitori dalle imprese committenti in materia di utilizzazione di informazioni riservate, dati tecnici e attrezzature provenienti dalle stesse committenti.

(296) Cfr. l'art. 26, c. 2°, della legge tedesca contro le restrizioni della libera concorrenza (*GWB*, come modificata il 20 febbraio 1990), che, ponendo il divieto di abuso di posizione dominante, individua tale situazione nello squilibrio di potere contrattuale che si verifica quando per una delle due imprese contraenti « non esistono sufficienti e ragionevoli possibilità di rivolgersi ad altre imprese »: dottrina e giurisprudenza tedesche sono orientate a ritenere che tale squilibrio sia ravvisabile nei casi in cui più del 50% del fatturato di un'impresa derivi dalla fornitura di beni o servizi a una sola altra impresa. Cfr. inoltre, nell'ordinamento francese, l'art. 8 dell'*ordonnance* 1° dicembre 1986 n. 1243 (modificata dalla legge 1° luglio 1996 n. 588), che vieta « lo sfruttamento abusivo da parte di un'impresa o di un gruppo di imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi riguardi, una impresa cliente o fornitrice che non disponga di soluzione equivalente »; nello stesso articolo vengono indicate alcune possibili forme dell'abuso vietato, quali l'imposizione di condizioni contrattuali discriminatorie, o l'interruzione di un rapporto commerciale che abbia avuto una apprezzabile durata, motivata dal rifiuto dell'altra parte di accettare condizioni contrattuali particolarmente sfavorevoli.

(297) Per un primo commento alla nuova legge in chiave di *law and economics* v. R. Caso, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, *RCDP*, 1998, pp. 243-297.

(298) V. in proposito il saggio di C. Osti *L'abuso di dipendenza economica*, *MCR*, 1999, pp. 9-57, di cui, nelle pagine immediatamente successive, discute M. Grillo.

(299) L. Corazza, *Appalti « interni » all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, nota a Cass. 26 giugno 1998 n. 6347 (cit. nella nota 274), *MGL*, 1998: « Il criterio che per valutare l'autonomia di un'impresa rispetto all'altra fa leva sulla varietà e sulla concreta disponibilità di una pluricommitenza soddisfacente può essere utilizzato anche per valutare il livello di integrazione di due imprese e, dunque, l'inserimento dell'impresa appaltatrice nel ciclo produttivo della committente, qualora si voglia inquadrare l'art. 3, l. n. 1369 del 1960 alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa » (p. 854).

(300) Di questa prospettiva si è discusso nelle giornate di studio dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale svoltesi a Trento il 4 e 5 giugno 1999 (atti in corso di pubblicazione).