

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BERGAMO

SCUOLA INTERNAZIONALE DI DOTTORATO
IN FORMAZIONE DELLA PERSONA E MERCATO DEL LAVORO
XXVII CICLO

**LA TUTELA DEL LAVORATORE
NEI PROCESSI DI ESTERNALIZZAZIONE DEL LAVORO
FOCUS SU SOMMINISTRAZIONE E APPALTO**

TESI IN DIRITTO DEL LAVORO
SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/07

Presentata da:
ISABELLA SEGHEZZI

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa ANNAMARIA MINERVINI

Esame finale anno 2016

Al futuro che verrà ...

“Quando lavoriamo modifichiamo noi stessi, non c’è solo la ricompensa della paga, conosciamo noi stessi, diventiamo indipendenti, è un diritto che nessuno ci può togliere, è un servizio divino, è una cosa sacra.”

(Roberto Benigni, 2011)

INDICE

CAPITOLO 1

DECENTRAMENTO PRODUTTIVO E SISTEMI DI ORGANIZZAZIONE DI IMPRESA

1. Subordinazione e decentramento produttivo.
2. Il decentramento produttivo nel rapporto tra essere socio-economico e dover essere giuridico.
3. Impresa e modelli organizzativi.

CAPITOLO 2

ALLE ORIGINI DEL DIVIETO DI INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA

1. Gli interventi normativi precedenti alla legge n. 1369 del 1960.
2. L'iter che ha portato all'adozione del divieto di interposizione.
 - 2.1. La Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia.
 - 2.2. Le proposte di legge e l'adozione del testo definitivo della Legge n. 1369 del 1960.
3. Osservazioni sulla legge n. 1369 del 1960.
4. L'erosione del divieto ad opera della giurisprudenza.
5. La legge n. 196 del 1997.

CAPITOLO 3

SOMMINISTRAZIONE E APPALTO

1. Breve introduzione sul d.lgs. n. 276 del 2003.
2. La somministrazione quale strumento di *outsourcing*.
3. La disciplina della somministrazione di mano d'opera nel d.lgs. n. 276 del 2003.
 - 3.1. I soggetti coinvolti.
 - 3.2. Il contratto commerciale di somministrazione.
 - 3.3. Il contratto di lavoro in somministrazione.
 - 3.4. La somministrazione illecita.
4. Problematiche interpretative.

- 4.1. Rapporto tra contratto di somministrazione di mano d'opera e contratto a termine. Le causali giustificatrici.
- 4.2. Il regime sanzionatorio: gli effetti sulla clausola del termine.
- 4.3. La questione dell'applicabilità dell'art. 32, comma 5, legge n. 183 del 2010 alla somministrazione di mano d'opera ed al lavoro temporaneo.
5. Il *Jobs Act* e la definitiva liberalizzazione della somministrazione di lavoro.
6. Il Contratto di appalto e il principio della responsabilità solidale.
7. L'evoluzione della tutela del credito del lavoratore negli appalti.
 - 7.1. L'azione diretta di cui all'art. 1676 cod.civ.
 - 7.2. L'art. 3 della legge n. 1369 del 1960.
 - 7.3. Il d.lgs. n. 276 del 2003 e i successivi interventi correttivi sino alla legge n. 92 del 2012.
 - 7.4. L'assenza di novità nel *Jobs Act*.
8. Un esempio di terziarizzazione mediante appalto: il caso della Italcarni di Carpi.
 - 8.1. Considerazioni sul caso Italcarni.

NOTA CONCLUSIVA.

CAPITOLO 1

DECENTRAMENTO PRODUTTIVO E SISTEMI DI ORGANIZZAZIONE DI IMPRESA

1. SUBORDINAZIONE E DECENTRAMENTO PRODUTTIVO.

L'evoluzione della disciplina di tutela del lavoro, e la struttura che questa ha assunto nell'ordinamento italiano, ha avuto come punto di riferimento il rapporto di lavoro subordinato, a tempo pieno ed indeterminato, nell'impresa.¹

La caratteristica principale del "diritto del lavoro" nei confronti degli altri rami del diritto è propriamente quella di rappresentare la soluzione normativa a tutto il complesso dei problemi politici ed economici che si sogliono compendiare nell'espressione "questione sociale".² L'attributo "sociale" deriva dalla constatazione di situazioni e di rapporti che contraddicono la premessa di quella assoluta "eguaglianza" –principio affermatosi con la Rivoluzione francese–³ dei cittadini di fronte all'ordinamento giuridico; rapporti che assumono particolare interesse, in quanto la società si compone di classi eterogenee, eguali in diritto, ma diseguali in fatto.⁴

¹ G. GIUGNI, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Lavoro, leggi, contratti*, Bologna, 1989, p. 245.

² L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, Ristampa anastatica all'edizione del 1901*, a cura (e con la prefazione) di M. Napoli, Milano, 2003; l'autore nelle primissime righe della sua più famosa opera afferma che: "Il contratto di lavoro è sorto fin dai tempi in cui l'uomo non bastò più a sé stesso per soddisfacimento dei suoi bisogni, e dovette quindi ricorrere all'opera del suo simile per procurarsi ciò che poteva soddisfare i bisogni nuovi. E' da questo momento (...) che è cominciata la cosiddetta «questione sociale», la quale è stata acuita dalla caratteristica propria della civiltà umana, in cui i bisogni aumentano in proporzione assai maggiore che non accrescano e si perfezionino i mezzi per soddisfarli" (p. 1); per un identificazione del sorgere della questione sociale con la prima industrializzazione: O. MAZZOTTA, *Diritto del Lavoro*, Milano, 2013, il quale autore descrive "la presenza di un'enorme massa di manodopera costantemente disponibile ed «a tenuissimo prezzo» che non poté mancare "di produrre ben presto forti contrasti che sfociarono nei porsì della c.d. «questione sociale»" (p. 4); sul punto, anche: M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, Torino, 2013, p. 1 e ss.

³ L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 11^a ed., Padova, 1971; l'autore sottolinea come "la questione sociale di cui il diritto del lavoro rappresenta la specifica soluzione, dimostra degli aspetti particolari che, soprattutto collegati all'economia capitalista, sono elementi caratteristici dell'epoca iniziata con la rivoluzione francese" (p. 4);

⁴ *Ibidem*.

Più precisamente, la questione sociale diviene preponderante tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del secolo scorso con l'industrializzazione,⁵ stante la necessità di proteggere e di valorizzare una data "classe" di cittadini, quella dei lavoratori, di coloro cioè "che traggono, prevalentemente o totalmente, dal proprio lavoro i mezzi di sussistenza".⁶ Nel settore economico, nel quale specificatamente si manifesta, tale questione consiste "nella ricerca del sistema maggiormente atto a garantire una più equa ripartizione della ricchezza tra coloro che concorrono a produrla"; così garantendo al lavoratore una "effettiva" libertà, quale è e solo può essere la libertà economica; quella libertà che nella Carta atlantica è denominata "*freedom from want*", ossia affrancamento al bisogno.⁷

In quanto tale la questione sociale è sorta da un movimento di idee i cui obiettivi, dapprima rappresentati dalla rivoluzione francese, poi dal liberismo, si sono posti in termini sempre più precisi e realistici. L'importanza e l'urgenza della questione sociale hanno assunto una speciale evidenza nel quadro di quella particolare forma di organizzazione economica che si suole denominare "grande industria", iniziata nell'Ottocento, progressivamente salita a sempre maggiori sviluppi sino ai nostri giorni.

Il modello organizzativo del lavoro concentrato nelle grandi fabbriche ha costituito, dunque, il paradigma di riferimento della disciplina protettiva dei lavoratori, a partire dalla nozione stessa di subordinazione⁸ e di lavoratore subordinato⁹. Già le prime interpretazioni, anche antecedenti l'entrata in vigore del codice civile, evidenziarono che la subordinazione trova origine non nell'accordo tra le parti,

⁵ M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, op. cit., p. 1; O. MAZZOTTA, *Diritto del Lavoro*, op. cit., p. 4.

⁶ L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, op. cit., pp. 4-5.

⁷ L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. XI, tomo I, Torino, 1973, p. 71.

⁸ Per una completa disamina della nozione e della funzione della subordinazione si veda: A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia, Il lavoro subordinato*, (a cura di) F. CARINCI, Vol. XXIV, Tomo II, in *Trattato di Diritto privato*, (diretto da) M. BESSONE, Torino, 2007; l'autore sottolinea che "La nozione di subordinazione rappresenta il fulcro del moderno diritto del lavoro, sia sul piano teorico attinente all'identità di questo settore dell'esperienza giuridica, sia dal punto di vista pratico-applicativo, concernente la concreta individuazione della realtà sociale contemplata dalla norma come proprio ambito operativo" (p. 3).

⁹ Si ricorda che il codice civile del 1985 ignorava il contratto di lavoro. Il legislatore del 1942 non offre una definizione precisa e diretta di rapporto di lavoro subordinato, ma fornisce una descrizione analitica del soggetto protetto e della posizione da quest'ultimo ricoperta. L'art. 2094 c.c., in ragione della particolare sistemica del codice corporativo del 1942, considera il prestatore di lavoro subordinato nell'impresa (v. A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in DL, I, 1983, p. 77 e ss.; v. M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985). La definizione legale di prestatore di lavoro subordinato svolge, dunque, una duplice funzione: da un lato, serve a tipizzare la fattispecie applicativa della disciplina del lavoro nell'impresa, dall'altro, qualifica tutti i rapporti di lavoro subordinato (L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, RIDL, I, 1986, p. 5- 19).

bensì nell'organizzazione interna dell'impresa in cui la singola relazione di lavoro si inserisce.¹⁰

Invero, una parte consistente della dottrina giuridica a cavallo fra i due secoli¹¹ ricostruì la nozione di subordinazione alla luce dei contenuti della prima legislazione speciale sul lavoro,¹² nella quale il soggetto protetto non corrispondeva tanto con il contraente di uno specifico rapporto obbligatorio (nella specie, il rapporto di lavoro), quanto, piuttosto, prendeva le fattezze di una particolare categoria di lavoratori, quali erano gli operai degli opifici industriali; così mostrando il legislatore dell'epoca di identificare il destinatario della normativa lavoristica con una precisa *categoria sociale* (e *pre-giuridica*).¹³ A questa linea ricostruttiva fu preferita l'opera di definizione del concetto di subordinazione svolta sulla base degli istituti civilistici; elaborazione dottrinale, quest'ultima,

¹⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, secondo il quale la subordinazione nasce, non da un contratto, ma dall'organizzazione interna dell'impresa di cui viene a fare parte previo tale contratto. L'autore rimprovera allo Stato moderno di aver voluto "eliminare ogni rapporto che implicasse la dipendenza di una persona verso un'altra ugualmente privata (...) disconoscendo che certe manifestazioni della vita sociale richiedono ancora, e probabilmente richiederanno sempre, una disuguaglianza fra gli individui, una supremazia degli uni, una subordinazione degli altri" (sul punto, pp. 162, 201 e 202); il pensiero di Santi Romano è ripreso anche da altri autori: L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, op. cit., p. 47; G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960, p. 89 e ss.; D. NAPOLETANO, *Il rapporto di lavoro subordinato*, pp. 72 e ss..

¹¹ Dottrina che fu catalogata come il "socialismo della cattedra"; vi appartenevano studiosi di diritto ed economia che, alla fine del secolo scorso, sulla scia dell'omonima scuola tedesca ma da questa differenziandosi, iniziarono a sostenere ed invocare l'intervento dello Stato negli affari economici e sociali. Per un approfondimento sul tema si veda: U. PAGALLO, *La cattedra socialista. Diritto ed economia alle origini dello Stato sociale in Italia*, Napoli, 1989.

¹² Come noto, furono inizialmente adottati una serie di provvedimenti normativi (che andarono a costituire il nucleo di quello specifico settore del diritto del lavoro definito "legislazione sociale") finalizzati a tutelare le fasce più deboli di lavoratori; si segnalano: l. 11 febbraio 1886, n. 3657, e l. 19 giugno 1902, n. 242 (a tutela delle donne e dei fanciulli); l. 17 marzo 1898, n. 80 (che istituì le assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro), l. 7 luglio 1907, n. 489 (sul riposo settimanale festivo). Per un approfondimento sulla prima legislazione sociale si vedano: L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, op. cit., p. 11 e ss.; F. ARCA, *Legislazione sociale*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte 1^a, p. 4 e ss., Milano, 1900; L.R. LEVI SANDRI, *Istituzioni di legislazione sociale*, 9^a ed., Milano, 1966; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro (parte generale)*, Bari, 1969, p. 269 e ss.; G. ALIBRANDI, *La legislazione sociale nel quadro dell'ordinamento giuridico dello Stato*, in *Previdenza soc.*, 1951, p. 517.

¹³ O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro*, op. cit., pp. 42-43 e ss., nel descrivere il settore della legislazione sociale l'autore osserva che "tale normativa richiama non uno schema giuridico astratto (contratto di lavoro subordinato), ma un *soggetto* dotato di specifica individuabilità sul *piano sociologico*. Così, a titolo esemplificativo, la disciplina del lavoro nelle miniere, cave e torbiere (1893-1907) si riferisce al *lavoro manuale*; la legge 15 giugno 1893 n. 265, sui collegi probivirali fa riferimento agli *operai*; la legge 22 marzo 1908, n. 105, sull'abolizione del lavoro notturno dei fornai, evoca le figure del «*padrone*» e dell'«*operaio*»; la disciplina protettiva della donna e dei fanciulli (l. 19 giugno 1902, n. 242) richiama la nozione di *lavoratore «degli opifici industriali»*, e così via", (pp. 42-43); sicché, l'autore ravvisa il *modus operandi* del legislatore nell' "identificare il proprio referente in una peculiare *categoria sociale* (e pre-giuridica)", (p. 5).

riconducibile a Ludovico Barassi, padre fondatore del diritto del lavoro, il quale altresì sostenne che il contratto di lavoro, nel suo rigoroso significato giuridico, non si limitasse al lavoro industriale, ma fosse istituito assai più ampio.¹⁴

La subordinazione è un concetto complesso, per alcuni non correttamente sintetizzabile nell'*accentuazione*¹⁵ di un elemento proprio ad ogni altro rapporto obbligatorio che, vincolando il debitore, limita la sua autonomia di fronte al creditore.¹⁶ La subordinazione, lungi dall'identificarsi –almeno esclusivamente– nella dipendenza socio-economica di una parte rispetto all'altra,¹⁷ rappresenta l'aspetto giuridico del lavoro ed al lavoratore subordinato corrisponde una posizione, non semplicemente e limitatamente fattuale, ma anzitutto giuridica,¹⁸ dalla quale derivano certi obblighi e certi *diritti*.¹⁹

¹⁴ O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro*, op. cit., p. 5 e p. 43 e ss..

¹⁵ Sulla ricostruzione barassiana del concetto di subordinazione: L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, I vol., Milano, 1957, p. 385 e ss..

¹⁶ A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, op. cit.; si veda anche P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. VII, Tomo III, Torino, 1939. E' interessante rilevare che nella dottrina tedesca ed in particolare nelle opere di Otto Van Gierke tedesco (si veda, al riguardo: *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. I, Berlino, 1968, p. 1030 e ss.) si definisca il rapporto di lavoro subordinato come rapporto di organizzazione sociale, non riconducibile, quanto meno in via esclusiva, al diritto delle obbligazioni, bensì appartenente al diritto delle persone. Per una ricostruzione del pensiero di Gierke si vedano: E. MOLITOR, *Il diritto del lavoro tedesco*, in DL, I, 1951, p. 106 e ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto del lavoro tedesco*, Milano, 1961; brevi cenni anche in L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, op. cit., p. 47.

¹⁷ Una parte minoritaria della dottrina accredita una nozione di subordinazione socio-economica, in forza della quale la subordinazione non costituisce un effetto giuridico, ma un presupposto socio-economico del contratto di lavoro caratterizzato dall'inferiorità del lavoratore nei confronti dell'imprenditore. Al riguardo, si vedano: R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro: parte generale*, Bari, 1966, p. 105 e ss.; F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, p. 70 e ss.; U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, p. 189 e ss.; *Contra*: G. SUPPIEJ, *Il contratto di lavoro*, in G. Suppiej, M. De Cristofaro, C. Cester, *Diritto del lavoro: il rapporto individuale*, Padova, 1957, p. 10; ad avviso dell'autore la subordinazione, quale criterio fondamentale di individuazione della fattispecie, va intesa come specifica situazione di dipendenza nello svolgimento dell'attività lavorativa.; anche: A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, op. cit., secondo cui deve essere scartata un'accezione socio-economica di subordinazione riconducibile allo stato di debolezza e di inferiorità del prestatore, in quanto "una simile identificazione non rappresenta il contenuto della nozione tecnico-giuridica di subordinazione ma il substrato sociologico effettivamente presente nella maggior parte delle fattispecie" (p. 4).

¹⁸ A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, op. cit., "La subordinazione si presenta, in primo luogo, come nozione giuridica" (p. 4).

¹⁹ L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova; secondo l'autore "nell'ambito di una determinata collettività organizzata" la subordinazione rappresenta "un modo d'essere di un soggetto, al quale modo d'essere sono implicati particolari diritti e particolari obblighi" (p. 49).

Preponderante è l'atteggiarsi, da un punto di vista strutturale-interno, della subordinazione, riconducibile all'elemento tecnico-giuridico dell' "eterodirezione"²⁰, tipico dell'organizzazione del lavoro industriale, dal quale elemento deriva l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro; in particolare, il lavoratore è subordinato in quanto deve uniformare la propria prestazione ai criteri direttivi stabiliti dal datore di lavoro e, in generale, alle esigenze economico-organizzative dell'impresa.²¹

L'assoggettamento ad una volontà organizzatrice è indispensabile per il raggiungimento degli scopi istituzionali; così intesa, la subordinazione del lavoratore al potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro risponde ad un'esigenza imprescindibile dell'impresa e dell'organizzazione del lavoro.

La subordinazione, dunque, è elemento *tipico*²² del rapporto di lavoro e condizione essenziale perché il lavoratore goda di determinate tutele, che integrano il contenuto della fattispecie, non sintetizzabile unicamente quale fattore sociale determinante per il buon funzionamento dell'impresa.

²⁰ Il concetto di "eterodirezione", inizialmente elaborato dalla pandettistica tedesca, è stato ripreso in Italia dalla dottrina di inizio secolo. L'opera di costruzione dogmatica della subordinazione sull'elemento dell'eterodirezione fu affrontata, con spirito innovativo, da Ludovico Barassi. Invero, la stessa norma principe della materia è stata elaborata dal legislatore in adesione alla costruzione dogmatica barassiana. Il giurista ha interpretato la subordinazione del lavoratore quale "corollario" dell' "accentramento nel creditore del lavoro di quella che si può sinteticamente chiamare la "gestione del lavoro"", ponendo l'accento sulla particolare modalità attuativa della prestazione che è subordinata in quanto si svolge nell'organizzazione del datore di lavoro. Al riguardo, si ricorda che la produzione dottrinale di Ludovico Barassi ha conosciuto un'importante evoluzione, finendo, l'autore, per accogliere tesi prima fortemente criticate (A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, op. cit.); nei primi commenti, il giurista tendeva ad escludere dalla costruzione della fattispecie qualsiasi elemento di inquadramento sociologico ed ogni riferimento all'organizzazione dell'impresa, dichiarando che non è bene "intorpidire la limpidezza del diritto civile col punto di vista sociologico"; in seguito, l'autore ha rivisitato la nozione di subordinazione riconnettendola al concetto di impresa e riconoscendo il legame tra realtà economica e rapporto di lavoro. La scelta tra autonomia e subordinazione, ha sostenuto poi il Barassi, "il più delle volte sarà un'efflorescenza dell'ambiente economico in cui il contratto è stipulato". Si veda: L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, op. cit., per una ricostruzione del pensiero di Ludovico Barassi si vedano: A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, op. cit., pp. 6-7; F. COCCO-ORTU, *Costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in L. Eusebio, *Dizionario di giurisprudenza probivirale sul contratto di lavoro*, Torino, 1999, p. 4; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, Napoli, 1967, p. 129; si veda anche: M. NAPOLI, *Ritornare a Barassi?*, in L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano. Ristampa anastatica dell'edizione del 1901*, (a cura e con la prefazione) di M. Napoli, Milano, 2003, pp. vii-lxvii.

²¹ Sul punto la giurisprudenza è uniforme. Tra le tante: C. 98/9817; C. 00/11936; C. 09/14868.

²² L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, op. cit., secondo la quale il carattere continuativo della prestazione ed il fatto che essa avvenga in forma subordinata alle direttive di un terzo sono elementi che "rappresentano l'ulteriore notazione giuridica, istituzionalmente tipica del lavoro quale oggetto dell'ordinamento in esame" (p. 38).

La più riuscita definizione di subordinazione è dunque quella che pone l'accento sulla posizione (che si è detto avere rilevanza giuridica) del lavoratore subordinato che è *parte* di un'organizzazione *funzionante* secondo le direttive del datore di lavoro.²³

Il modello organizzativo di riferimento del legislatore –come si è anticipato– è quello caratterizzante la media/grande impresa, in cui la forza-lavoro è concentrata in un luogo fisso ed il processo produttivo è istituito e definito dall'imprenditore in tutti i suoi aspetti specifici.²⁴ Le speciali norme di tutela del lavoratore, emanate con lo specifico scopo di mediare e comporre gli opposti interessi dei soggetti titolari del rapporto di lavoro, si rivolgono al contesto della fabbrica.²⁵

Tale prospettiva appare, tuttavia, limitata o, comunque, parziale; basti infatti considerare che il sistema produttivo italiano è sempre stato caratterizzato dalla presenza di realtà produttive di piccole dimensioni.²⁶

Tutt'oggi la piccola e media impresa rappresenta una significativa porzione della nostra realtà produttiva.²⁷

²³ L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. XI, tomo 1, Torino, 1960, p. 52.

²⁴ F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, n. 26, pp. 203-241; l'autore sottolinea che la normativa fu "costruita lentamente, a misura di una grande/media realtà industriale, di una separazione fra ufficio e fabbrica, di un'organizzazione del lavoro articolata su 'posti', di una professionalità riferita a 'mestieri' o 'mansioni', di una forza lavoro relativamente omogenea all'interno della sua duplice componente impiegatizia ed operaia".

²⁵ T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, tomo 1, Milano, 1959; l'autore sottolinea che "Il diritto del lavoro vuole appunto provocare una distribuzione della ricchezza diversa da quella che deriverebbe dal mero gioco delle forze individuali" e precisa che la materia "parte proprio (...) dal necessario contrasto sociale e si pone proprio come strumento di un equilibrio diverso da quello che verrebbe naturalmente conseguito in questo contrasto attraverso il gioco delle forze individuali, equilibrio che sentiamo più conforme alla nostra coscienza e che, nella sua generosità, si addimosta economicamente vantaggioso per la produzione della ricchezza" (p. 50).

²⁶ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2002, che sottolinea come "il sistema produttivo italiano è (...) sempre stato caratterizzato dalla presenza di realtà produttive di dimensioni ridotte, legate a soggetti di dimensioni differenti da relazioni contrattuali assai complesse" (p. 2).

²⁷ Si veda: *Rilevanza dell'outsourcing nei diversi settori produttivi*, in *Il fenomeno delle esternalizzazioni in Italia. Indagine sull'impatto dell'outsourcing sull'organizzazione aziendale, sulle relazioni industriali e sulle condizioni di tutela dei lavoratori*, (a cura) di M. Emanuele, 2011, pp. 135 e ss.; l'indagine, svolta dall'Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori (ISFOL) ha rilevato che "nel 2008, prima del deflagrare della crisi economica, su un totale di poco più di 4,5 milioni di imprese nell'industria e nei servizi che occupano circa 17,9 milioni di addetti, le imprese con meno di 10 addetti rappresentano il 95 per cento del totale (4,3mln) e occupano il 46 per cento degli addetti. Nel medesimo periodo, il 21 per cento degli addetti (quasi 3,8 milioni) lavora nelle piccole imprese (da 10 a 49 addetti) e il 12,5 per cento (oltre 2,2 milioni) in quelle di media dimensione (da 50 a 249 addetti). Soltanto 3.735 imprese (0,08 per cento) impiegano 250 addetti e più, assorbendo, tuttavia, il 20 per cento dell'occupazione complessiva (circa 3,6 milioni di addetti)" (p. 138).

Il decentramento produttivo non costituisce, dunque, una novità degli anni recenti, ma affonda le sue radici nell'evoluzione stessa del sistema industriale italiano; in Italia, infatti, ancor più che in altri paesi, “alla concentrazione della forza lavoro nei grandi stabilimenti produttivi non si è accompagnata la scomparsa dei piccoli produttori semi-indipendenti, né si è verificata la concentrazione dell'imputazione delle relazioni di lavoro in capo al soggetto economicamente interessato alla prestazione”.²⁸

La scelta del legislatore di utilizzare come paradigma di riferimento della disciplina protettiva dei lavoratori l'organizzazione del lavoro nella grande fabbrica ha fortemente condizionato il quadro normativo che, col tempo, è andato delineandosi. Così è stato per lo Statuto dei lavoratori e per la l. 15 luglio 1966 n. 604 sui licenziamenti individuali. In entrambi i testi normativi, l'applicazione delle tutele è stata subordinata al requisito dimensionale dell'impresa. L'art. 35 della l. 20 maggio 1970 n. 300, nella sua formulazione originaria,²⁹ e l'art. 11 della l. 15 luglio 1966 n. 604, segnavano un netto confine tra l'impresa medio/grande e la piccola impresa. La regola contenuta nello Statuto appare ancor più limitativa alla luce dell'inapplicabilità delle tutele ivi sancite non solo con riguardo alle ipotesi di illegittimità del licenziamento, bensì anche ad altri aspetti fondamentali del rapporto di lavoro, quali sono i diritti sindacali, di cui, principalmente, lo Statuto si occupa.

La dicotomia tra piccola e grande impresa caratterizzava la realtà produttiva ed economica già prima dell'entrata in vigore della l. 20 maggio 1970 n. 300 e dell'operatività del discrimine in essa contenuto all'art. 35. Come è stato osservato, infatti, “La piccola impresa ha sempre avuto costi minori (sia in denaro, sia in «seccature» sindacali) e più ridotti aiuti (contributivi e di fiscalizzazione) dal sistema di relazioni industriali e dalla normativa creditizia delle imprese” così che “ha potuto proliferare la *species* della subalternità piccola-grande impresa”.³⁰ Fu, tuttavia, negli anni Settanta, con i meccanismi di frammentazione del mercato, che

²⁸ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo ...*, op. cit., p. 2; si veda anche: U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995.

²⁹ L'art. 35 SL (l. 20 maggio 1970, n. 300) nella sua originaria stesura prevedeva un medesimo campo di applicazione sia per la disciplina limitativa dei licenziamenti individuali di cui all'art. 18 della stessa legge, sia per la disciplina dell'attività sindacale contenuta nel Titolo III dello Statuto. L'art. 6 della l. n. 108 del 1990 ha modificato il disposto dell'art. 35 SL, sopprimendo il riferimento all'art. 18 in esso contenuto, ed ha così distinto il campo di applicazione dell'art. 18 dal campo di applicazione dell'attività sindacale che rimane stabilito nell'art. 35. Sul punto, si veda: *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, (a cura) di M. Grandi e G. Pera, Padova, 2009, p. 857.

³⁰ P. ZANELLI, *Decentramento produttivo*, voce in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 226 e ss. (sul punto, p. 227).

i fenomeni di esternalizzazione del lavoro furono etichettati tra le pratiche a carattere prevalentemente negativo poiché intesi quali strumenti di utilizzo flessibile ed a minor costo della manodopera, a cui l'imprenditore ricorreva con lo scopo di *liberarsi* delle responsabilità economiche e giuridiche connesse alla posizione datoriale.³¹

Nell'indotto industriale, costituito dall'insieme di piccole imprese o di artigiani che producevano parti elementari necessarie alle grandi industrie per realizzare i prodotti finiti, si celavano situazioni di forte subalternità delle unità serventi rispetto alle unità utenti.³²

In siffatta prospettiva, l'art. 35 dello Statuto dei Lavoratori, che non rimase esente da critiche,³³ rappresentava la base giuridica su cui si incardinava il decentramento produttivo.³⁴

Una lettura più positiva del fenomeno, quale modalità di sviluppo di un'autonoma imprenditoria minore, si ebbe poi con il sopraggiungere, negli anni Ottanta, della rivoluzione informatica, che provocò un generale abbassamento dei livelli occupazionali e l'emergere di tecniche produttive imperniate più sulla professionalità che sul capitale. Tali fattori contribuirono a delineare una visione più aperta del decentramento produttivo, fenomeno che, seppur ancora percepito con un certo sfavore, era, talvolta, ricondotto alle dinamiche proprie dell'impresa, nella logica delle mutevoli esigenze di produzione ed organizzazione del lavoro.³⁵

Iniziava, dunque, a profilarsi l'idea di limitare la rigidità della disciplina e del generalissimo divieto di interposizione ed intermediazione di manodopera alle

³¹ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2013; nel manuale si richiama l' "antica e nota prassi datoriale" mediante la quale gli intermediari privati non si limitavano a porre in contatto gli "aspiranti" datori di lavoro e lavoratori, ma assumevano formalmente i lavoratori per farli operare alle reali dipendenze altrui, prassi "volta a liberare i datori di lavoro dalla propria responsabilità giuridica ed economica nei confronti dei lavoratori direttamente occupati, scaricandola su altri soggetti" (p. 144).

³² P. ZANELLI, *Decentramento produttivo, op. cit.*.

³³ C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Padova, 1983, p. 73 e ss.; in generale, per un commento sull'art. 35 SL si veda: G. GIUGNI, *Lo Statuto dei Lavoratori: Commentario*, Milano, 1979.

³⁴ P. ZANELLI, *Decentramento produttivo, op. cit.*; il quale rileva come il decentramento produttivo è visto "come reazione all'andamento negativo del ciclo economico, incardinata sullo strumento giuridico dell'art. 35 St. lav. E sullo strumento economico della legislazione di finanziamento pubblico a favore delle grosse unità produttive: strumenti che non consentono differenziazioni razionali fra i livelli intermedi" (p. 227).

³⁵ P. ZANELLI, *Decentramento produttivo, op. cit.*, nel descrivere l'impatto della nuova rivoluzione industriale degli anni Ottanta, l'autore sottolinea che gli effetti della rivoluzione contribuirono ad accreditare una diversa "immagine" del decentramento produttivo: "esso finirà per apparire come un fenomeno se non sempre auspicabile, nemmeno però inevitabilmente esecrabile e, quindi, frequentemente fisiologico" (p. 227).

(sole) situazioni in cui il decentramento produttivo celasse fini fraudolenti, perseguiti mediante la dissociazione tra il soggetto formalmente titolare del rapporto di lavoro e l'imprenditore, diretto ed immediato destinatario di prestazioni effettuate da un lavoratore assunto e retribuito da altri, e, se non agevolando, comunque tollerando ipotesi di decentramento "genuino".

L'esperienza politica e normativa ha, in parte, assecondato questa impostazione, da un lato intervenendo con maggior rigore nei casi in cui la normativa fosse stata aggirata e violata e dall'altro legittimando forme di esternalizzazione della manodopera.

Dopo la l. 23 ottobre 1960 n. 1369, che si pone come l'ideale continuazione e rafforzamento del divieto già previsto nell'art. 2127 cod.civ. e che pure contiene un'apertura rispetto alle ipotesi di appalto lecito, disciplinandone i requisiti di ammissibilità, non seguirono interventi normativi finalizzati a rivisitare la materia e lo strumento giuridico delle esternalizzazioni.

La legittimazione dell'interposizione di manodopera, a determinate condizioni e con precisi vincoli garantistici, fu raggiunta in tempi più recenti.

Le spinte europee e l'esempio di esperienze già consolidate in altri paesi furono la premessa per il *révirement*³⁶ della politica legislativa, sfociato nel d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276.

In un'ottica più ampia è opportuno evidenziare che le riforme che si sono succedute nel corso dell'ultimo decennio, dal d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 alla l. 28 giugno 2012 n. 92 sino alla l. 10 dicembre 2014 n. 183 e relativi decreti attuativi, colgono, seppur attraverso l'adozione di soluzioni differenti, l'esigenza di un ripensamento critico delle forme di protezione esistenti.

L'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale e condiviso in ambito comunitario, è quello di superare le rigidità nel mercato del lavoro causate dalla stratificazione nel tempo degli interventi susseguitesisi nel corso degli anni. La strategia europea, in particolare, è stata pensata attorno al concetto di "flexicurity"³⁷ o "sicurezza nel

³⁶ F. CARINCI *et al.*, *Diritto del lavoro*, *op. cit.*, p. 146.

³⁷ L'origine di tale termine risale agli anni Novanta, quando in Danimarca ed in Olanda furono avviate importanti riforme del mercato del lavoro. In particolare, si deve al Primo Ministro danese Poul Nyrup Rasmussen uno dei primi riferimenti al c.d. "Magical Cocktail Flexicurity", quale combinazione tra flessibilità per il datore di lavoro (e, quindi, facilità di assunzione e recesso del rapporto) e sicurezza per i lavoratori attraverso il riconoscimento di una serie di benefici in caso di disoccupazione o ricerca di un posto di lavoro. Nel linguaggio utilizzato dall'UE è solo con le "Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles" del 23 e 24 marzo 2006 che per la prima volta viene utilizzato il termine "flexicurity", anche se il Consiglio Europeo già a partire dalla pubblicazione delle "Guidelines for Members States' employment policies" aveva già enfatizzato l'importanza, per il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda di Lisbona, di un mercato del lavoro più

cambiamento”³⁸, favorendo la ricerca di una soluzione, o “terza via”³⁹, che permettesse di assecondare l’esigenza proveniente dal contesto economico ed intensificarsi per l’effetto della perdurante crisi tanto da non poter essere più evasa di migliore allocazione delle risorse disponibili ed il mantenimento dei livelli di sicurezza sociale garantiti nei singoli contesti nazionali.

In quest’ottica si inserisce il d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, con il quale il legislatore ha inteso superare le rigidità nel mercato del lavoro nella fase “in entrata”, garantendo la possibilità, per le imprese, di stipulare contratti di lavoro flessibili.

Tra i punti più significativi del d.lgs. n. 276 del 2003 vi è, infatti, la nuova disciplina degli appalti di opere e di servizi e di quella che è stata definita la somministrazione di lavoro. Il decreto contiene anche una specifica disciplina del trasferimento del ramo d’azienda, nonché del comando o distacco.

Emerge, dunque, come il quadro normativo in cui si collocano i fenomeni di decentramento produttivo ed i processi di esternalizzazione abbia subito una significativa evoluzione rispetto al passato. In tale rinnovato contesto i processi di esternalizzazione rappresentano una modalità di flessibilizzazione esterna del fattore lavoro.

I criteri attorno a cui è stata organizzata la revisione degli istituti che insistono sul decentramento produttivo sono molteplici.

In primo luogo, il decreto legislativo ha abrogato espressamente la l. 1369 del 1960 e, al contempo, gli artt. 1-11 della l. 24 giugno 1997 n. 196 sul lavoro interinale che nel sistema antecedente l’entrata in vigore del decreto legislativo fungevano da *eccezione*⁴⁰ (e, in quanto tale, attuabile in situazioni “eccezionali”) al divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, rimasto immutato.

Come è stato osservato, l’abrogazione delle due leggi non è stata funzionale ad una sostanziale “deregolazione” della materia –né questo sarebbe stato possibile alla luce della l. 14 febbraio 2003 n. 30 sull’occupazione e sul mercato del lavoro, contenente, all’art. 1, la delega al Governo per la revisione della disciplina dei servizi pubblici e privati per l’impiego, nonché in materia di intermediazione e

dinamico, flessibile e basato su politiche di apprendimento lungo tutto l’arco della vita. Si veda: Consiglio UE, *Guidelines for Members States’ employment policies*, 2001/63/EC, Bruxelles, Consiglio UE 7775/06 Conc. 1, Bruxelles 24 marzo 2006.

³⁸ L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2010, p. 82 e ss..

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, (a cura) di M. Magnani e P.A. Varesi, Torino, 2005, p. 283 e ss. (sul punto, p. 284).

interposizione privata nella somministrazione di lavoro– ma rappresenta il presupposto politico per l'intervento normativo su tali istituti.

In seguito, con la l. 28 giugno 2012 n. 92 (meglio conosciuta come riforma “Fornero”) si è intrapresa una difficile operazione di modifica dell'art. 18, Statuto dei Lavoratori, norma cardine del sistema di tutele. Le intenzioni del legislatore non si sono arrestate, semmai hanno acquisito maggiore celerità, superando la timidezza ed i timori iniziali e si sono concretizzate nella l. 10 dicembre 2014 n. 183 (c.d. *Jobs Act*), contenente cinque deleghe al Governo, tra le quali la delega in materia dei servizi per il lavoro e delle politiche attive e quella in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro.

Manca, tuttavia, nell'impianto del *Jobs Act* la previsione di una ri-regolazione delle esternalizzazioni produttive.

Alcune modifiche sono state attuate con riguardo agli istituti della somministrazione di manodopera e della solidarietà negli appalti. Si tratta di piccoli ritocchi e smussature, che non rappresentano una riforma del sistema.

Le domande che possono profilarsi al riguardo attengono alla necessità (o meno) di un intervento in materia ed alle ragioni che hanno spinto il legislatore a non intervenire, mantenendo inalterato il quadro normativo individuato dal d.lgs. n. 276 del 2003.

Di ciò si discuterà nei paragrafi successivi.

2. IL DECENTRAMENTO PRODUTTIVO NEL RAPPORTO TRA ESSERE SOCIO-ECONOMICO E DOVER ESSERE GIURIDICO.

I processi di esternalizzazione, così come, in generale, i fenomeni di decentramento produttivo, con più preponderanza rispetto ad altri istituti, si pongono al confine tra realtà economica ed ordinamento giuridico.

Nell'*era delle esternalizzazioni*⁴¹ il dibattito sul ruolo del diritto del lavoro fu acceso e vivace. Allora –come oggi– si profilò l'idea di una crisi di identità della materia; infatti, di fronte ad importanti mutamenti economici, sociali e culturali (come quelli che stiamo vivendo) non sorprende che si registri la tendenza ad evocare

⁴¹ Il riferimento è all'opera di R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, I, 2000, p. 49 e ss.; nello scritto si discute del ruolo stesso del diritto del lavoro ed alla possibilità crisi di identità della materia.

preoccupazioni e perplessità circa il ruolo e l'identità del diritto del lavoro,⁴² disciplina "speciale" che, fino ad ora, ha comunque dimostrato buone capacità di resistenza. Ecco, dunque, che anche innanzi all'attuale crisi economica e finanziaria ed agli effetti negativi dalla stessa provocati in termini, soprattutto, di occupazione, vi è chi paventa un vero e proprio "stravolgimento" degli elementi tradizionali del diritto del lavoro.⁴³ Nessuna novità. Sovente, a torto o a ragione, si incorre nel *vecchio feticcio*⁴⁴ della crisi del diritto del lavoro, di fronte alle problematiche che sorgono, in diritto, per le trasformazioni, gli stravolgimenti, che interessano, inevitabilmente, la realtà; siano esse spinte provenienti dall'economia, piuttosto che cambiamenti nella sfera sociale, culturale o, ancora, innovazioni scientifiche che producono effetti tangibili, la peculiare natura della disciplina ne accresce il grado di esposizione alle tensioni sociali e politiche. Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una crisi ciclica, come per le coltivazioni che nella stagione piovosa offrono un raccolto rigoglioso mentre nella stagione secca soffrono, senza che però sia possibile evitare che la siccità, talvolta, si presenti. E', dunque, un fatto fisiologico, un'attitudine della materia, strettamente connessa col sistema

⁴² In particolare con riferimento al fenomeno dell'esternalizzazione si vedano: F. SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1999, sottolinea che vi sono alcuni "comportamenti" di organizzazione dell'impresa destinati "in maniera più evidente" rispetto ad altri a mettere "in discussione i paradigmi tradizionali del diritto del lavoro, fino a creare (...) effetti paradossali della disciplina legale (se applicata distrattamente)" (sul punto p. 351); R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 2000, I, il quale indagando sul "disagio" del diritto del lavoro nei confronti del "diligante" fenomeno delle esternalizzazioni si distanzia dalla "prospettiva un po' angosciata" di altri autori che vivono il fenomeno "diligante" delle esternalizzazioni come "l'ennesima riprova della perdita della centralità della materia", osservando "per dirne una" che l'esternalizzazione intesa nell'accezione più tradizionale di "dislocazione all'esterno di attività produttive o di servizi di un'impresa" non coincide necessariamente con la "rottura del modello della subordinazione" poiché "L'impresa destinataria dei flussi di esternalizzazione continua ad essere incentrata, di massima, su rapporti di lavoro subordinato" (sul punto, pp. 49 e 50); P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *RIDL*, 1999, III, "non è semplice sentirsi portar via, giorno dopo giorno, il terreno sotto i piedi, venendo per giunta accusati di tendenze conservatrici" (sul punto, pp. 149 e 221); R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 377 e ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura, I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, (a cura) di R. De Luca Tamajo, Napoli, 2002, p. 14 e ss.; M.G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 9 (spec. pp. 21 e 22) lettura delle trasformazioni in corso nella prospettiva del conflitto di classe.

⁴³ M. RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *La grave crisi del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, XXVI, 1, inverno 2012, p. 3 e ss., sintesi tratta dalla relazione *"El derecho del trabajo y las relaciones laborales ante los cambios economicos y sociales"* presentata al X Congresso europeo di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, organizzato dalla Association of Labour Law and Social Security (Siviglia, Spagna 21-23 settembre 2011), traduzione a cura di S. Baratti e G. Zingari.

⁴⁴ R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, f. 89, 3.

economico e produttivo. Sicché, in ragione (ed in virtù) di tale legame il diritto del lavoro finisce coll'essere maggiormente influenzato dall'andamento dell'economia.

Non bisogna dunque confondere la decadenza del diritto con la *“faticosa elaborazione di un ordinamento giuridico che risponda ai problemi dell'industrializzazione e posti dall'industrializzazione”*.⁴⁵

Se la specifica permeabilità (penetrabilità) del diritto del lavoro al dato sociale ed economico è riconosciuta pressoché universalmente fin dalla sua fondazione come disciplina autonoma, la sua correlazione con le vicende politico-sociali è altrettanto accertata sul piano storico.⁴⁶ Ne rappresenta un chiaro esempio l'intervento legislativo del Governo tecnico Monti, chiamato ad adottare in brevissimo tempo una legge di riforma del mercato del lavoro, per dimostrare la serietà dell'Italia a rispettare gli accordi comunitari.⁴⁷

Ritornando ai *“comportamenti”*⁴⁸ delle strutture organizzative delle imprese, va segnalato che l'affermarsi di modalità di organizzazione differenti ha generato importanti conseguenze sull'intero sistema di mercato del lavoro, oltre che con riguardo al singolo rapporto di lavoro, così provocando quel momento di trasformazione nella realtà di cui poc'anzi si definiva la portata travolgente per il diritto del lavoro. I modelli di organizzazione aziendale adottati nei vari periodi storici ed economici (a partire dal dilagare dell'industria di massa) sono stati, in

⁴⁵ T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, op. cit., p. 49, il quale riferendosi al carattere “speciale” di alcune legislazioni (in particolare, il diritto del lavoro e della sicurezza sociale ed il diritto agrario), ispirato “alla possibilità del diritto di influire sul sistema economico”, riferisce che “E” (...) con più nostalgia che speranza, che maestri, anche insigni, facendo del passato una specie di perduto paradiso, prospettano come decadenza del diritto la faticosa elaborazione di un ordinamento giuridico che risponda ai problemi dell'industrializzazione e posti dall'industrializzazione”.

⁴⁶ L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative contrattuali*, Milano, 1979; l'autore definisce il diritto del lavoro come “termometro istituzionale delle tensioni sociali”; in particolare “i successi e i rovesci della lotta politica e della lotta sociale si alternano imprimendo allo sviluppo della legislazione del lavoro movimenti di flusso e di reflusso” (sul punto, p. 13); mentre R. DEL PUNTA definisce il diritto (in generale) come “braccio secolare della politica, in *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, op. cit..

⁴⁷ T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP CSDLE “Massimo D'Antona” .IT – 155/2012; l'autore, nel commentare la riforma previdenziale e la riforma del mercato del lavoro attuate dal “governo dei professori” ammette che “Non c'è dubbio che la sollecitazione immediata all'approvazione delle riforme proviene dalla famosa lettera dell'agosto 2011 della BCE che ha indicato l'urgenza per il nostro paese di approvare riforme strutturali, compresa la riforma del mercato del lavoro”, tuttavia, prosegue l'autore “limitarsi a richiamare questa lettera sarebbe riduttivo: perché l'esigenza di una riforma del mercato del lavoro che ci avvicinasse alle regole prevalenti in Europa era da tempo presente agli osservatori più attenti, anche politici” (p. 6).

⁴⁸ F. SCARPELLI, *“Esternalizzazioni” e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1999; l'autore parla di “comportamenti” quasi a voler trattare l'impresa come individuo.

prima battuta, occasione di studio⁴⁹ e dibattito sullo stretto rapporto ad essi sottostante tra *realtà economica* ed *ordinamento giuridico*.⁵⁰

Pertanto, anche con riguardo ai processi di esternalizzazione e, più in generale, al decentramento produttivo, soprattutto al fine di svolgere una corretta qualificazione di siffatti fenomeni e di individuare gli strumenti di tutela applicabili, è opportuno procedere con l'analisi del legame esistente tra diritto ed economia, o – come è solito definire le due discipline – tra l' “*essere socio economico*” e il “*dover essere giuridico*”.⁵¹ Gli studiosi del diritto propendono ad affrontare la relazione tra diritto ed economia in termini di confronto,⁵² più che di scontro⁵³. Già

⁴⁹ Per lo più economico, ma anche tra i giuristi ve ne sono alcuni che hanno ben descritto il problema: P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto ...*, *op. cit.*; R DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *op.cit.*, P. LOI, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, DLRI, 1999, p. 547; S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, DLRI, 1999, p. 587.

⁵⁰ G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Napoli, 2004; nell'introdurre i processi di esternalizzazione l'autore pone subito il problema circa lo “spazio” occupato dal fenomeno dell' *outsourcing* al confine “tra realtà economica ed ordinamento giuridico” (sul punto, p. 1 e 2).

⁵¹ T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, Tomo I, esprime tale contrapposizione in termini di “logica giuridica” e “esigenze economiche e sociali” (sul punto, p. 48); P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in RIDL, 2001, I, riferisce che “La realtà dei rapporti sociali è costituita da un intreccio di essere socio-economico (...) e di dover essere giuridico”, definendo l'essere socio economico come “l'insieme dei comportamenti tenuti dai soggetti, nella loro obbiettività storica” ed il dover essere come “l'insieme delle norme di comportamento rese effettive dalle rispettive sanzioni”; N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 315: “un celebre aforisma assume che “l'essere del diritto sta nel suo essere”, ma che, per converso, anche “il dover essere del diritto sta nel suo essere”. L'apparente contraddizione esprime l'essenzialità della connessione tra la regola e la concretezza dei rapporti che si vengono attuando nell'esperienza sociale (...)”.

⁵² P. ICHINO, *Il dialogo ...*, *op. cit.*, non condivide la diffidenza di “molti” giuslavoristi rispetto all' “utilizzo dei risultati dell'analisi economica nel discorso giuridico”, supportata dall'idea in base alla quale “il diritto del lavoro si porrebbe per sua intima natura in contrasto con l'economia del lavoro, perseguendo lo scopo essenziale di sostituire ai suoi meccanismi bruti i meccanismi ispirati ai valori costituzionali”; Secondo l'autore non vi è alcun “duello mortale” tra diritto e economia ma “un contributo essenziale che dall'economia può venire (sia nel momento della creazione della norma, sia in quello della sua interpretazione) al rafforzamento del diritto, cioè della sua capacità di produrre effettivamente un *essere economico* corrispondente al *dover essere* posto dalla norma” (sul punto, pp. 198 e 200); R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni ...*, *op. cit.*, pur rilevando che “Nel ragionamento economico (...) si annida una sottile pretesa di egemonia intellettuale, che sfiora, talora, l'arroganza, e che si rivela anche in un certo disinteresse degli economisti (...) a confrontarsi con i giuristi” sostiene apertamente che il diritto “deve rimanere aperto nei confronti di qualsiasi acquisizione rilevante, e quindi anche nei confronti dell'economia”; G. ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi semantiche di interventi e correttivi, adesivi o discorsivi delle regole del mercato*, in *Soc. dir.*, 1990, il quale precisa che le ragioni del diritto “non si possono considerare tout court antagoniste al mercato ben potendo essere, anziché correttive o distorsive, adesive o neutre” (sul punto, p. 24).

⁵³ Spunti della dottrina più critica nei confronti di un'apertura del diritto all'economia si colgono nelle relazioni presentate alle giornate di studio AIDLASS (Trento, 4-5 giugno 1999) sul tema “Il diritto del lavoro e le nuove forme del decentramento produttivo”, pubb. Giuffré, Milano, 2000; spunti anche in RIDL, 1999, III, pp. 221-236, fascicolo interamente

in epoche passate e lontane dal contesto sociale ed economico in cui si inserisce l'analisi che si compie autorevole dottrina sosteneva fermamente che *“il diritto sarebbe un guscio senza tuorlo quando si volesse separarlo dal fenomeno economico”*, sottolineando la particolare importanza del dialogo tra sapere giuridico ed economico nell'ambito del diritto del lavoro.⁵⁴

Molteplici, senza dubbio, sono le diversità che distinguono (e separano) la scienza giuridica da quella economica; ma, se ciò è vero, altrettanti sono i punti di contatto, di intersezione; vi è, infatti, chi ha spiegato il rapporto tra diritto ed economia in termini di *“intima relazione”*,⁵⁵ e chi ha ritenuto insoddisfacente ed incompleta una ricostruzione di tale rapporto svolta sulla base della distinzione tra forma (data dalla norma giuridica) e di contenuto (costituito dall'atto economico).⁵⁶

dedicato al tema. In particolare, P. LOI: “ciò che risulta inaccettabile agli occhi del giuslavorista è fondamentalmente l'analisi del rapporto di lavoro in termini puramente economici” (p.573); v. anche: P. PERLINGERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in P. PERLINGERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003 designa in termini di costante conflitto il rapporto tra diritto e economia: “Il “buon diritto” non è quello che si pone all'esclusivo o prevalente servizio delle ragioni economiche ma quello che sa *contrapporsi* ad esse, impedendo la mercantilizazione della società e la identificazione (e l'esaurimento) dei diritti civili e dei diritti umani naturali con quelli economici”; secondo l'autore il diritto “al quale spetta la regolamentazione della società, indica limiti e correttivi” (sul punto, pp. 245 e 246).

⁵⁴ Il riferimento è a L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, op. cit.; l'autore afferma che “se c'è un campo in cui i giuristi ed economisti debbano darsi la mano è proprio questo del lavoro” (p. 451).

⁵⁵ G. QUADRI, *I processi di esternalizzazione*, op. cit., p. 4

⁵⁶ Molti gli autori che si sono espressi in tal senso; tra questi, in particolare: P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, precisa che “Il rapporto tra diritto ed economia non si pone (...) in termini di relazione logica tra forme e contenuto, in un dualismo dove il comportamento economico darebbe il contenuto e il diritto la sua qualificazione”; l'autore sottolinea infatti che “il diritto concorre a determinare il contenuto ed è parte di esso: non è soltanto elemento qualificante, ma nel qualificare i comportamenti economici del singolo ne determina il contenuto; è struttura di esso”; e, conclude “Non sembra, pertanto, corretto esaltare più di tanto il dualismo forma-contenuto” (sul punto, pp. 279 e 280); L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1963 e in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 149 “la percezione del rapporto tra economia e diritto nei termini della relazione logica tra forma e contenuto è vera, ma dice poco perché il problema è di determinare la natura ed il modo di operare della relazione”; P. SCHLESINGER, La cartolarizzazione dei crediti, in *Riv. dir. civ.*, 2001 “diritto ed economia non sono e non possono essere sfere separate e contrapposte, ma sono in realtà strettamente intersecate” così che “si condizionano reciprocamente” (sul punto, p. 265); T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, op. cit., “La disciplina giuridica non costituisce variabile “forma” di una costante sostanza, in una contrapposizione che presuppone appunto una legalità economica naturale; costituisce essa stessa elemento della struttura economica i cui effetti e procedimenti sono in funzione delle regole seguite nell'azione e viceversa”. L'autore precisa che la “contrapposizione” concerne, in realtà, problemi diversi, “così quello della distinzione tra regola osservata e norma da osservare, distinzione che a sua volta riporta alla costante tensione tra applicazione concreta e formulazione astratta” e sottolinea che queste “contrapposizioni sono estranee ad una dicotomia tra economia (...) e diritto (...)”, rientrando piuttosto “nella stessa dialettica interna dell'azione” (sul p., pp. 49 e 50).

La “*diversità originaria*”⁵⁷ tra economia e diritto risiede, come sovra esposto, nell’oggetto: l’economia “*puntata sull’essere dei comportamenti socio-economici*”, il diritto “*sul dover essere della norma giuridica*”.⁵⁸ Diritto ed economia, così come l’etica e la religione, sono “*componenti essenziali della realtà sociale ed in quanto tali “concorrono alla sua identificazione”*”.⁵⁹ La questione della prevalenza dell’economia sul diritto (o del diritto sull’economia) è, dunque, tanto dibattuta quanto contestabile,⁶⁰ così come non pare condivisibile l’assunto in base al quale il mercato –inteso quale luogo (e momento) di scambio ovvero quale punto di incontro tra domanda ed offerta– possa definirsi *autoregolato*,⁶¹ necessitando, piuttosto, del controllo di un “*garante esterno*” (sia esso la morale o il diritto).⁶² Parimenti

⁵⁷ R. DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, op. cit..

⁵⁸ R. DEL PUNTA, *ult. op. cit.*, che avverte di prestare attenzione dal trarre *frettolosamente* “conclusioni definitive sulla natura delle due scienze, bollando l’economia come scienza esclusivamente descrittiva o positiva, ed il diritto come scienza prescrittiva o normativa”; l’autore sostiene infatti che “anche il diritto può essere una scienza esclusivamente positiva, con un campo di indagine limitato al sistema giuridico così come esso è”, viceversa “l’economia tende a trasformarsi, più o meno apertamente, (...) grazie all’aggancio con la politica economica, in scienza normativa”. P. ICHINO, *Il dialogo ...*, op. cit., il quale precisa che sul piano concettuale la distinzione tra le due scienze consiste nell’oggetto di studio, che determina i ruoli rivestiti dall’economica e dal giurista: l’ “*essere*” studiato dall’economista comprende “*non soltanto i rapporti economici che sono oggetto delle c.d. ‘analisi positive’, ma anche gli effetti delle possibili misure di politica economica, che sono oggetto delle c.d. ‘analisi normative’*”; oggetto dello studio del giurista è la “*norma*”, che si colloca in un suo mondo astratto tutto intessuto di nessi di natura deontologica.

⁵⁹ P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, op. cit., p. 271.

⁶⁰ Esponente della posizione di autoreferenzialità dell’economia è G. ROSSI, *Diritto e Mercato. Recensione a N. Irti*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1444 in cui l’autore si esprime nei seguenti termini: “la razionalità come elemento di eticità della forma economica di mercato, non ha nessun bisogno di un ordine giuridico”; “il mercato è un insieme di scambi che fuoriescono dagli schemi contrattuali, e fuoriescono anche dalla sfera del diritto”; “[il mercato] è una realtà che viene prima [della legge] e della quale la legge è solo una delle componenti”; “il mercato nasce su una realtà che non è l’ordinamento giuridico a determinare, ordinamento che la può al massimo favorire o condizionare”.

⁶¹ N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Milano, 2004; l’autore nel riproporre il dibattito sull’artificialità e naturalità del mercato sottolinea che il mercato è spesso identificato come “luogo primitivo e spontaneo, che si regola da sé e da sé genera la più alta soddisfazione dei bisogni umani” (p. 97). L’autore sottolinea che “le leggi “influiscono sul mercato”, il quale dunque, per subirne l’ “influenza” come da fattore diverso ed esterno, è qualcosa che sta a sé” e aggiunge che il mercato è un “ordine”, nel senso di “*regolarità e prevedibilità dell’agire*: chi entra nel mercato (...) sa che l’agire, proprio e altrui, è governato da regole, e dunque che, entro la misura definita da codeste regole, i comportamenti sono prevedibili” (p. 4).

⁶² P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, op. cit., p. 271, secondo il quale “La storia conferma che l’istituzionalizzazione del mercato non può prescindere dall’assunzione di un garante esterno, sia esso la morale (laica o religiosa) o il diritto” e precisa che “Il mercato è, per definizione, un’istituzione economica e giuridica”; G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, p. 429 s: “impresa e mercato hanno bisogno di regole certe”; diversamente si corre “il rischio che l’ordine del mercato degeneri in disordine del mercato”; M. R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, p. 72.

contestabile è l'idea di un ordinamento giuridico indifferente alle esigenze provenienti dal mercato.⁶³

Il rapporto di diritto ed economia, dunque, non può che poggiare sulla necessaria reciprocità degli apporti tra le due scienze, senza alcuna subordinazione del *dover essere* giuridico al fatto economico.

Le due scienze hanno metodi di analisi differenti, non interscambiabili ma preferibilmente destinati a trovare applicazione ciascuno nel proprio ambito di appartenenza. Diversamente, si corre il rischio che il diritto resti soggiogato dalla tendenza pervasiva dell'economia; questo, specialmente nella materia del diritto del lavoro che svolge la delicata funzione di mediazione e di composizione degli interessi di cui sono portatori i due soggetti titolari del contratto di lavoro, datore di lavoro e lavoratore, al fine di riequilibrare l'assetto sociale verso un profilo diverso da quello altrimenti prodotto dal gioco delle forze individuali.

Al giurista compete un *modus operandi* differente da quello dell'economista, il quale nel compito di ricercare la "minimizzazione dei costi" e la "massimizzazione della ricchezza" si affida al criterio dell'efficienza; sempre tale criterio è utilizzato nell'analisi economica del diritto per valutare la "bontà" della norma e dei suoi effetti. Il "buon diritto" piuttosto è luogo d'incontro di valori differenti, di natura economica e non economica. La singola norma giuridica rappresenta dunque il frutto dell'operazione di bilanciamento e di armonizzazione tra i valori economici dell'efficienza, produttività ed occupazione e i valori non economici dell'eguaglianza, solidarietà, libertà, dignità, salute e sicurezza.⁶⁴

Per quanto riguarda specificamente il diritto del lavoro, la funzione assegnatagli dall'ordinamento è quella di trovare il giusto compromesso tra "libertà ed eguaglianza, rischio e solidarietà, efficienza e socialità", adeguandosi ai cambiamenti provenienti dalla realtà socio-economica.⁶⁵

In questa prospettiva, l'analisi delle vicende economiche è necessaria affinché possa realizzarsi un adeguamento della disciplina lavoristica di fronte a "fenomeni sostanzialmente nuovi" e non riconducibili agli strumenti giuridici già esistenti e, conseguentemente, di difficile regolamentazione.

⁶³ R. DEL PUNTA, *ult. op. cit.*.

⁶⁴ G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse nell'impresa*, Napoli, 2004, p. 1 e ss.

⁶⁵ R. PESSI, *Lavoro, mercato, impresa, utilità sociale*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, pp. 29 e ss. (in particolare, p. 46).

E' necessario, pertanto, che giuristi ed economisti favoriscano il dialogo tra le scienze di cui sono ambasciatori,⁶⁶ dovendo, l'economista *“fare lo sforzo di leggere non soltanto la realtà economica, ma anche la realtà della quale l'economia è parte essenziale”* ed il giurista impegnarsi a *“leggere non soltanto le leggi, ma anche la realtà della quale l'economia è parte essenziale”*.⁶⁷

In particolare, proprio perché la realtà dei rapporti sociali si fonda su un “intreccio”⁶⁸ tra esperienza economia ed esperienza giuridica, le due discipline sono destinate a condizionarsi vicendevolmente; sicché “mutamenti” nell'una (sia essa l'economia o il diritto) provocano inevitabilmente ricadute sull'altra.⁶⁹

Il diritto, dunque, non è una mera tecnica, o strumento, al servizio dell'economia o di qualsivoglia altra scienza sociale, indifferente e neutrale ai contenuti provenienti (o imposti) dall'esterno.

Al giurista compete la responsabilità di mantenersi “contemporaneo”, di cogliere le evoluzioni culturali ed i cambiamenti socio-economici che inevitabilmente condizionano il diritto e la produzione giuridica; a tal fine, il giurista deve porsi al servizio delle altre scienze, prestando, però, la dovuta cura a non confondere o dimenticare la propria identità.⁷⁰

In tal senso, l'apporto dell'economia al diritto non può essere valutato negativamente per diverse ragioni: v'è chi sostiene che, *“l'economia insegna al giurista a svegliarsi dal sogno velleitario del positivismo legislativo”*, mettendo in discussione il pensiero di chi sostiene che *“sia sufficiente una legge per determinare il corso degli eventi”*;⁷¹ altri ritengono che alla luce, di evoluzioni e modificazioni del contesto-socio economico e sulla spinta di altre discipline, il giurista *“prova il*

⁶⁶ P. ICHINO, *Il dialogo ...*, op. cit., secondo l'autore le due scienze sarebbero “in dialettica continua tra loro”; in particolare, “l'economista e il giurista focalizzano la propria attenzione rispettivamente sull'uno e sull'altro polo dialettico di questa realtà”; P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, op. cit., p. 272 che esprime la necessità di “dialogo tra giuristi ed economisti” (sul punto, p. 272).

⁶⁷ P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, op. cit., p. 279.

⁶⁸ P. ICHINO, *Il dialogo ...*, op.cit., che descrive il rapporto tra economia e diritto come un “intreccio di essere socio economico e di dover essere giuridico”.

⁶⁹ T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, op. cit., “al mutamento (...) della scienza economica corrisponde un mutamento nello stesso concetto di diritto, così come a sua volta lo sviluppo del pensiero economico subisce le sollecitazioni di quello giuridico. E prima che di reciproche influenze tra diversi settori si tratta di orientamenti generali egualmente esposti” (p. 46).

⁷⁰ R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, op. cit., descrive l'attività del giurista come un “perenne andare e tornare”, aggiungendo che nell'esplicare il suo ruolo egli “deve imparare ad ascoltare gli altri con umiltà intellettuale, senza però dimenticare la sua identità, la sua casa, ed alla fine sempre tornandovi”.

⁷¹ R. COOTER et al., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999.

bisogno di muovere alla ricerca di nuovi strumenti di comprensione della realtà”;⁷² infine vi è chi sostiene che l’analisi economica sia “*indispensabile*” nello svolgimento del compito del giurista di elaborazione (e rielaborazione) del dato economico “*in tutti i casi in cui l’argomentazione può o deve tenere conto delle conseguenze dell’applicazione della norma stessa*”.⁷³

Cogliere la realtà esterna⁷⁴ significa, dunque, anche non trascurare i fatti economici e le esigenze provenienti dal mercato e sottoposte al principio dell’efficienza. D’altro canto, non può negarsi che la stessa nozione di mercato⁷⁵ abbia una forte valenza giuridica; il diritto, infatti, a sua volta, influisce sul mercato, introducendo criteri di “*ubbidienza*”, di “*uniformità*”,⁷⁶ al fine di evitare che la “*sfrenata libertà del mercato*” finisca col tradursi in “*strumento di indebolimento delle relazioni sociali*”.⁷⁷

L’economia, come si evidenziava, persegue, infatti, il valore della massima efficienza, intesa quale rapporto tra benefici e costi o, più in generale, tra il grado con il quale vengono raggiunti ed i mezzi utilizzati.⁷⁸ In una simile prospettiva

⁷² F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003 (p. 12).

⁷³ P. ICHINO, *Il dialogo ...*, op. cit., secondo cui la conoscenza dell’economia è necessaria soprattutto per l’interpretazione e l’applicazione della norma giuslavoristica.

⁷⁴ R. SACCO, *La diversità del diritto (a proposito dei problemi di problemi di unificazione)*, RDC, 2000, I, secondo cui non può essere “isolato, né separato dagli altri fenomeni sociali” (sul punto, p. 16).

⁷⁵ L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1975, descrive la fiera di un borgo di campagna nel tentativo di spiegare come funzione il mercato: “Arrivano a torme i compratori perché sanno che dove c’è grande concorso è più facile trovare ciò di cui si ha bisogno e trovarlo alle migliori condizioni di prezzo; e giungono numerosi i venditori, perché sanno che, dove c’è grande moltitudine di gente desiderosa di comprare, è sempre più agevole vendere la merce e venderla bene. I compratori desiderano di acquistare a buon mercato ed i venditori di vendere a caro prezzo. Spinti da motivi opposti essi si affrettano verso lo stesso luogo, verso la fiera, il mercato” (sul punto, pp. 11, 12 e 14); N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Milano, 2003, riprende la descrizione di mercato offerta da Luigi Einaudi per introdurre le problematiche relative al rapporto tra mercato e diritto e all’influenza regolatrice dell’ultimo sul primo: “Lo stesso vendere e comprare, reiterato infinite volte dalla moltitudine delle parti, presuppone le regole della compravendita, le quali non sono decise, ma trovate, da compratori e venditori” (sul punto, p. 4); P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, op. cit., descrive il mercato “come garanzia e come negazione della libertà, come luogo dei meriti personali e come occasione di fortuna e di rischio, come fattore di soggettività e come fattore di omologazione, come rete di cooperazione e come arena conflittuale (sul punto, p. 240).

⁷⁶ L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, op. cit., p. 43 “Ci sono delle regole, alle quali si deve ubbidire; dei sistemi a cui vi dovete uniformare” (sul punto, p. 43); N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, op. cit., p. 4.

⁷⁷ P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, op. cit., p. 242.

⁷⁸ Seppur secondo alcuni l’economia può essere portatrice anche di valore etici, allorché parte dell’attività economica si pone spontaneamente in assonanza con le esigenze sociali. Si veda: V. Palazzolo, *Contributo allo studio dei rapporti tra economia e diritto*, Roma, 1960 “il mondo dell’economia, il mondo delle ricchezze, che gli uomini pongono in essere operosamente (...) comporta un sistema ricco e complesso di relazioni, ed è quindi sostenuto da un’immane socialità”, sicché “il problema dei rapporti tra economia e diritto non può

l'applicazione della scienza economica al diritto determina un allargamento dell'indagine alla norma giuridica, della quale diviene necessario conoscere *ratio* e gli effetti. L'applicazione dell'economia al diritto determinerebbe dunque l'adozione di quelle sole regole e leggi che siano efficienti da un punto di vista economico.

Individuato il paradigma dell'economia nell'efficienza, non resta che procedere con la ricerca del termine di paragone da contrapporre al modello di riferimento economico. In particolare è stato osservato che “*Non è indispensabile ... che quel paradigma sia vero od esaustivo; l'essenziale è che un paradigma vi sia*”; diversamente, il diritto (il diritto del lavoro in particolare) “*non può frapporre alcuna resistenza all'esterno*”,⁷⁹ con il rischio che le ragioni del diritto soccombano di fronte alla tendenza pervasiva dell'economia.⁸⁰

E' stato altresì osservato che il paradigma del diritto erroneamente andrebbe ricercato nella giustizia. In questo senso, è proprio un economista ad offrire gli spunti necessari per scartare l'idea che “*il compito dei legislatori e dei tribunali*” sia quello “*di trovare ciò che è giusto in funzione della immutabile idea di giustizia*”, sintetizzando il principio per cui una norma può essere valida senza essere giusta.⁸¹

In questa affermazione si intravede la riproposizione del tema, caro alla filosofia del diritto, dello scontro tra diritto positivo e diritto naturale, tra norma storicamente dettata ed imposta e norma non scritta il cui imperativo già risiede nella coscienza del singolo; le due contrapposte posizioni (che, nella tragedia sofoclea spesso citata nelle lezioni di teoria generale del diritto, coincidono con i

proporsi confrontando l'impulso individuale dell'atto economico con la socialità che il diritto costituisce, ma tutt'al più, commisurando la socialità, che accompagna l'attività economica, con quella che si riconnette alla funzione del diritto” (p.); il pensiero di Vincenzo Palazzolo (e del maestro Widar Cesarini-Sforza) è ripreso in N. IRTI, *Diritto ed economia*, Padova, 1999, p. 125 e ss..

⁷⁹ R. DEL PUNTA, *Il diritto e le ragioni del diritto del lavoro*, op. cit..

⁸⁰ G. QUADRI, *I processi di esternalizzazione*, op. cit. , il quale autore nel sottolineare che la scienza economica, al pari di altre scienze, possa determinare “un allargamento dell'indagine sulla norma giuridica” non ceta il rischio derivante dall'applicazione del metodo economico prevalentemente concentrato “sulla ricerca di regole giuridiche efficienti da un punto di vista economico” (sul punto, p. 6); di pari avviso N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, *Riv. dir. comm.*, 2000, I, “il diritto come esperienza, risultando addirittura incerto o quanto meno elastico il quadro dei riferimenti normativi cui ricordare il procedimento interpretativo, si viene sempre più innestando nel tessuto concreto delle relazioni sociali, con l'inevitabile conseguenza che i rapporti economici finiscono per condizionare l'esito dell'interpretazione” (sul punto, p. 319).

⁸¹ L. VON MISES, *L'azione umana*, trad. it., Torino, 1959; lo studioso austriaco, massimo esponente della Scuola austriaca di economia, scrive, più precisamente, che “*De lege ferenda non esiste giustizia. La nozione di giustizia possa essere ottenuta soltanto de lege lata (...)*. Non esiste una nozione assoluta di giustizia non riferita ad un sistema definito di organizzazione sociale; non è la giustizia che determina la decisione a favore di un sistema sociale definito. Al contrario, è il sistema sociale che determina ciò che dovrebbe essere ritenuto giusto e ciò che dovrebbe essere ritenuto ingiusto” (p. 691). Per una disamina più approfondita si veda N. IRTI, *Diritto ed economia*, op. cit., p. 7.

personaggi di Creonte ed Antigone⁸²), sono sempre egualmente presenti nella dialettica del diritto per la definizione di una regola o per la sua valutazione.

Pertanto, fuggendo da un rapporto –quello tra diritto e giustizia– sul quale la filosofia del diritto *si affatica* da secoli,⁸³ la scelta del paradigma giuridico deve ricadere su un concetto diverso, che ricomprenda, sì, anche l'idea di giustizia, ma che non coincida esclusivamente con essa.

Ristringendo l'analisi al diritto del lavoro è stato osservato come il paradigma debba essere necessariamente ricercato nella funzione storicamente svolta dalla disciplina, in cui i valori coinvolti si sottraggono ad una valutazione in termini strettamente economici “a causa dell'intimo coinvolgimento della persona nel rapporto di lavoro”.⁸⁴ In particolare, obiettivo del diritto del lavoro è la lotta alla “diseguaglianza”, insita nel rapporto di lavoro. Ciò ha permesso di classificare il diritto del lavoro come diritto “sociale” ed “elemento chiave di tutta la politica sociale”. Il lavoratore e la sua salvaguardia sono dunque il fine ultimo del diritto del lavoro, che solo secondariamente ed indirettamente si interessa dell'impresa, percependola quale ente contrapposto al soggetto verso cui l'intera disciplina è improntata.⁸⁵ L'importanza del lavoratore nell'ordinamento è attribuita essenzialmente al suo essere, anzitutto, “persona”. Le parole “persona” e “mercato”, insieme congiunte nel tema di questo dibattito, sono *densamente emotive; a prima facie* sembrano opporsi; tuttavia, come è stato osservato, sono entrambi *custodi di “valori”*, parola, quest'ultima, propria sia all'etica sia all'economia.⁸⁶

⁸² T. ASCARELLI, *ult. op. cit.*.

⁸³ R. DEL PUNTA, *ult. op. cit.*.

⁸⁴ G. QUADRI, *I processi di esternalizzazione, op. cit.*, che nell'illustrare i valori non economici sottolinea che questi “si sottraggono ad una valutazione in termini strettamente economici e che assumono una valenza particolarmente penetrante a causa dell'intimo coinvolgimento della persona nel rapporto di lavoro (sul punto, p. 12); sul rapporto tra persona e mercato si veda anche P. PERLIGIERI, *Mercato, solidarietà, diritti umani, op. cit.* ?, che nel sostenere la tesi di un mercato regolamentato dal diritto afferma che la stessa Costituzione è “fondata su una chiara gerarchia di valori”, primi fra tutti i “valori della persona umana”, là dove si dichiara che “le situazioni patrimoniali – impresa, proprietà, contratto – non possono non avere una funzione socialmente rilevante” (sul punto, p. 255); G. CALABRESI, *Il futuro dell'analisi economica del diritto, Soc. dir.*, 1990, 1-2, pp. 47 e ss. che evidenzia come il diritto svolga “non solo la funzione di decidere i punti di partenza, ossia i diritti, nonché di allocare le ricchezze, ma anche quella di tutelare i valori, facendo sì che certe idee vengano accolte e certe altre, invece, respinte”.

⁸⁵ M. RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *La grave crisi ...*, *op. cit.*, parla di “vocazione “lavoristica” del diritto del lavoro e del suo tradizionale disinteresse per l'impresa e per la regolazione del mercato del lavoro, e ciò malgrado le sue norme e principi finiscano per influire direttamente su tale mercato” (p. ?).

⁸⁶ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato, op. cit.*, nel descrivere il naturalismo di persona e mercato sottolinea come queste “non sono parole innocenti” e prosegue nell'affermare che “Le due parole sembrano opporsi, e vengono talvolta scagliate l'una contro l'altra: ma esse a

Ecco, dunque, che lo scopo del diritto, il suo paradigma, è da ricercarsi nella garanzia dei “valori”, economici e non economici, “*assunti nell’accezione più ampia e generale possibile*”, di cui il giurista deve farsi “*guardiano e garante*”.⁸⁷

Il diritto, dunque non solo è chiamato a conoscere ed a proteggere all’esterno i valori della persona e del mercato,⁸⁸ ma deve appropriarsi di tali concetti svolgendone i valori (rispettivamente i valori dell’uomo ed i valori dei beni) con la mediazione della legge.

Il ruolo del diritto dunque non è semplicemente quello di predisporre gli strumenti atti a consentire alla dinamica economica spontanea di operare, ma anche di integrare ed indirizzare questa dinamica in coerenza ad interessi superiori e collettivi, ispirati a valori etici e sociali.

Tale attività richiede anzitutto che il giurista selezioni gli interessi meritevoli di tutela, riducendo il concetto di “mercato” ad istituito giuridico, privo di qualsivoglia pretesa di naturalità o spontaneità.⁸⁹ Rientra poi nel ruolo del giurista valutare, di caso in caso, le possibili soluzioni giuridiche ed optare per soluzioni maggiormente tese alla tutela di valori non economici o, viceversa, per soluzioni più efficienti in termini economici. Nell’esercizio di tale funzione il giurista, pur condizionato dai fattori esterni (politici, culturali, economici) deve effettuare una scelta libera, “impregiudicata”, potendo egli liberamente realizzare un sistema di norme e di precetti orientato alla salvaguardia di valori non economici.⁹⁰

Tale compiti appartengono al giurista (e, a lui solo),⁹¹ sicché non si ha timore di affermare che, nonostante le titubanze e le incertezze del diritto, “*l’economia presuppone il diritto ... condizione determinante della sua struttura*”.⁹²

Per quanto riguarda specificamente il diritto del lavoro, la materia persegue lo scopo di comporre gli opposti interessi tra le parti, lavoratore e datore di lavoro, e

ben vedere, si ritrovano nel comune naturalismo, nella comune pretesa a una originarietà o precedenza rispetto al diritto” (p. 97-98).

⁸⁷ R. DEL PUNTA, *Il diritto e le ragioni del diritto del lavoro*, op. cit..

⁸⁸ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, trad. it., Roma, 1987, p. 54 e ss..

⁸⁹ N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, op. cit.; l’autore afferma “il mercato non è trovato ma costruito dal diritto” mediante la “*selezione analitica degli interessi* (considerati, di caso in caso, meritevoli o immeritevoli di tutela)” e la “*costruzione artificiale del mercato*” (p. 99).

⁹⁰ R. DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni ...*, op. cit., precisa che il giurista ha l’“onere” di fornire “adeguata argomentazione” rispetto alla preferenza accordata ad una soluzione basata sulla tutela di valori non economici o viceversa ad una soluzione più efficiente e deve “avere piena coscienza degli eventuali effetti collaterali.”

⁹¹ P. ICHINO, *Il dialogo ...*, op. cit., afferma che “Quando dall’essere dei comportamenti umani si passa al dover essere che ne segue la parola passa al giurista e a lui soltanto”; diversa la posizione di J.M. BUCHANAN, *Buona economia - cattivo diritto*, in Id., *Libertà nel contratto costituzionale*, Milano, 1990, secondo cui “il diritto è una cosa troppo importante per essere lasciata ai soli giuristi” (p. 45).

⁹² G. CALOGERO, *Etica Giuridica Politica*, Torino, 1946, p. 305.

ridurre il divario economico che li separa, conducendo la struttura sociale verso un equilibrio diverso, anche sotto il profilo della ricchezza, da quello che sarebbe stato determinato dal mero gioco delle forze individuali.⁹³

Alla base del diritto del lavoro vi è, dunque, il contemperamento delle esigenze dell'impresa e del mercato (riconducibili ai valori economici dell'efficienza, della produttività e della competitività) e quelle di salvaguardia dei valori umani e sociali (quali l'eguaglianza, la dignità, la sicurezza) che attengano –come si è già avuto modo di precisare– alla “persona” coinvolta nel rapporto di lavoro, ossia al lavoratore.⁹⁴

Il ruolo del giurista non si esaurisce nell'elaborazione della norma giuridica, ma prosegue nell'operazione di rinnovamento; opera che si rende necessaria poiché il compromesso tra valori ed interessi è solo temporaneo e superabile innanzi ai mutamenti ed alle evoluzioni dell'ambiente circostante, capaci di sconvolgere gli equilibri posti.

La norma giuridica, preordinata alla realizzazione dell'interesse che il giurista intende realizzare e proteggere, esige un costante controllo sulla realtà fattuale, concreta e mutevole, affinché il diritto possa “*svolgere soddisfacentemente la sua funzione di strumento idoneo ad intervenire sul processo economico*”.⁹⁵

⁹³ T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, tomo 1, Milano, 1959; l'autore sottolinea che “Il diritto del lavoro vuole appunto provocare una distribuzione della ricchezza diversa da quella che deriverebbe dal mero gioco delle forze individuali” e precisa che la materia “parte proprio (...) dal necessario contrasto sociale e si pone proprio come strumento di un equilibrio diverso da quello che verrebbe naturalmente conseguito in questo contrasto attraverso il gioco delle forze individuali, equilibrio che sentiamo più conforme alla nostra coscienza e che, nella sua generosità, si addimosta economicamente vantaggioso per la produzione della ricchezza” (p. 50).

⁹⁴ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, *Contr. impr.*, 2000, 1252, per il quale “il valore del lavoro, in quanto valore personale, è prevalente su quello dell'impresa che è valore economico e strumentale. Ma questa prevalenza, se pure è espressa da una maggiore rigidità di disciplina, non comporta una priorità assoluta e costante. Essa, infatti, non esclude, ed anzi postula, un contemperamento reciproco dei due valori, contemperamento che, se può variare in relazione alla contingenza, deve pur sempre tenere presente anche di ciò che la concreta disponibilità di risorse condiziona la stessa possibilità dell'impresa di dare risposte alle attese sociali che la riguardano”.

⁹⁵ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in ID., *Problemi giuridici*, *op. cit.*, secondo il quale “lo sviluppo legislativo (...) si collega con la convinzione della possibilità che il diritto costituisca uno strumento per influire sul processo economico e non già mera garanzia dello svolgimento di un processo economico naturalmente regolato” (sul punto, p. 106); l'autore precisa che (p. 49) “la pratica quotidiana della legislazione speciale” è “chiaramente ispirata proprio alla possibilità del diritto di influire sul sistema economico” (pp. 48 e 49); P. PERLINGERI, *Mercato, solidarietà, diritti umani*, *op.cit.*, “Il ‘buon diritto’ non è soltanto quello che garantisce la conservazione della realtà, come naturalmente e spontaneamente si crea e si evolve, ma quello che anticipa e promuove la trasformazione della società” (p. 246).

Il giurista, dunque, deve saper *anticipare* i tempi, cogliendo le istanze di cambiamento e di evoluzione culturale, e *promuovere* le trasformazioni della società nel rispetto dei valori economici ed umani.

Non si sostiene, certo, che il giurista, al pari del cieco indovino Tiresia, abbia ricevuto in dono il potere divinatorio della preveggenza; potere (dovere) concreto del giurista è quello di agire tempestivamente sull'ordinamento giuridico, vigilando sui cambiamenti che si muovono all'esterno e che possono essere colti solo attraverso il costante dialogo con le scienze che completano il sapere sociale,⁹⁶ così che l'azione del diritto costituisca il frutto di un'attenta analisi della realtà nella sua interezza e complessità, entro la quale si riverbera l'opera del giurista di elaborazione ed interpretazione delle norme.

La norma giuridica al fine di aderire alla realtà fattuale ed alle continue evoluzioni del tessuto economico e sociale in cui si inserisce con funzione regolatrice necessita di un'attività di riformulazione costante.⁹⁷

In particolare, per evitare la progressiva "erosione" dell'ambito applicativo del diritto del lavoro è necessario procedere all' "adeguamento" ed alla "ri-regolazione" della materia, le cui regole ed i cui principi possono essere individuati soltanto attraverso l'applicazione positiva della norma, quale dato di esperienza e di attualità.⁹⁸ In questa prospettiva, il sistema ordinamentale non è mai una conquista definitiva, ma un processo costante di interpretazione da parte dei giuristi.

Il processo di adeguamento "impone un modo di procedere nell'interpretazione delle norme già vigenti";⁹⁹ tale processo consiste dunque, nell'attività del giurista di interpretazione della norma giuridica, la quale, pur imm modificata, si presta a letture nuove ed attuali, in linea con le esigenze ed i cambiamenti affioranti

⁹⁶ F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica ...*, *op. cit.*, secondo l'autore è opportuno e produttivo di effetti benefici lo "stabilire un proficuo dialogo con gli scienziati, che sono gli unici a spiegare verso quale orizzonte stiamo muovendo, nonché con i filosofi, gli storici, i sociologi, gli economisti e gli antropologi" (p. 36).

⁹⁷ T. ASCARELLI, *ult. op. cit.*, p. 70 "La norma giuridica ... è norma d'azione, sempre intesa ad un operare; non v'è quindi mai un 'contrasto' tra 'norma giuridica' e 'fatto' economico dato, quali dati contrapposti, né mai un problema di diretta adeguazione della norma al fatto. Il problema è invece quello della relazione tra una norma storicamente posta, e la valutazioni e volizioni attuali".

⁹⁸ M. QUADRI, *op. cit.*, p. 19 secondo il quale "Adeguamento e ri-regolazione: sono questi, sinteticamente, gli obiettivi che sembrano imporsi a chi, nell'avvicinarsi allo studio in chiave giuridica di un fenomeno economico, dell'imponenza di quelli che vanno emergendo nell'organizzazione del lavoro, si proponga di ridurre lo scarto che la rapida evoluzione della realtà socio-economica, inevitabilmente determina rispetto all'ordinamento giuridico"; R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 327.

⁹⁹ M. QUADRI, *ult. op. cit.*, p. 19-20.

dall'ambiente sociale. Come è stato osservato "l'interpretazione si pone come costante momento di mediazione tra corpus iuris dato e mutevole realtà".¹⁰⁰ L'operazione di adeguamento non è immediatamente percepibile, in quanto il tempo necessario perché si affermino interpretazioni della norma differenti rispetto al passato, non è, sempre, breve. Ciò rappresenta, evidentemente, un notevole limite, poiché i fenomeni nascenti, talvolta, richiedono un intervento tempestivo, per scongiurare conseguenze non facilmente rimediabili; viceversa, in altri casi, il mutamento del contesto ambientale è così rapido e significativo che appare più opportuno non tentare inquadramenti sistematici affrettati prima che vi sia stato quanto meno un inizio di assestamento e di sperimentazione del fenomeno; in tali ipotesi, infatti, il processo di adeguamento risulterà, verosimilmente, più efficiente allorché al giurista sia concesso un margine temporale che gli permetta di studiare il fenomeno e comprenderne gli effetti realtà.

Il secondo processo, quello di ri-regolazione della norma giuridica, si concreta nell' "elaborazione di una nuova disciplina specifica del fenomeno medesimo",¹⁰¹ rivelandosi quella in origine predisposta inadeguata, se non del tutto inesistente.

L'intervento del legislatore può essere più o meno rapido, seguire l'operazione di adeguamento o prescindere. Gli effetti dell'intervento normativo non sono immediati, ma è necessario attendere per comprendere se l'opera di ri-regolazione è stata più o meno utile.

Per quanto attiene ai fenomeni relativi al decentramento produttivo questi hanno conosciuto una lunga fase di "adeguamento" della norma, considerato che per lungo tempo le uniche disposizioni volte a regolare il fenomeno erano rappresentate dall'artt. 2127 cod.civ. sul divieto di interposizione di manodopera nel cottimo e dall'art. 2128 cod.civ. sul lavoro a domicilio. Senza soffermarsi sul contenuto di queste norme che verrà descritto più avanti, è giusto il caso di segnalare la particolare collocazione delle stesse, inserite tra le disposizioni finali della sezione III, prima della disciplina dettata in materia di contratto di lavoro con i dipendenti da enti pubblici (art. 2129) e dopo le regole sugli effetti della prestazione di fatto con violazione di legge (art. 2126). In questo spazio il legislatore destina la disciplina di temi distanti gli uni dagli altri, non trovando, per tali argomenti, una collocazione più idonea. Emerge, dunque, una difficoltà del legislatore ad

¹⁰⁰ T. ASCARELLI, *ult. op. cit.*, p. 71, il quale sottolinea altresì che "L'interpretazione giuridica si pone così rispetto al dato interpretato come la pianta nei confronti del seme e non come l'immagine nello specchio nei confronti della realtà rispecchiata; come ragionevole e attuale volontà che si fa operante" (p. 87).

¹⁰¹ G. QUADRI, *ult. op. cit.*, 20.

individuare le connessioni tra l'interposizione e l'intermediazione della manodopera con altri aspetti del rapporto di lavoro.

Di grande rilievo, fu l'opera svolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza per estendere la disciplina codicistica anche a forme indirette di intermediazione.¹⁰² Lo stesso accadde dopo l'entrata in vigore del generale divieto di interposizione di cui alla l. n. 1309 del 1960, divieto che fu mantenuto inalterato nel corso degli anni, seppure il contesto socio-economico andò sempre più trasformandosi.¹⁰³

Il divieto viene previsto da una fattispecie aperta, tale da comprendere tutte le figure atipiche che perseguono il medesimo scopo.¹⁰⁴ La norma colpisce qualsiasi forma negoziale con la quale il datore di lavoro di fatto realizzi un'interposizione nel rapporto di lavoro, prescindendo dall'esistenza di un intento fraudolento o simulatorio delle parti.

In particolare, il divieto previsto dall'art. 1 della l. n. 1369 del 1960 si è trovato al centro di un dibattito dottrinale nel quale si sono confrontati due orientamenti: il primo teso a ridimensionarne la portata (sulla scorta di una lettura meno rigida, affermata anche in giurisprudenza), al fine di introdurre elementi di flessibilità nella gestione del rapporto, in un'ottica di generale ripensamento del modello di tutele del lavoro;¹⁰⁵ il secondo volto a riaffermare un principio di trasparenza del rapporto di lavoro, sostenendo la tesi che l'ordinamento sarebbe incardinato sulla corrispondenza tra il soggetto che conclude il contratto ed il destinatario della prestazione.¹⁰⁶

¹⁰² P. ZANELLI, *ult. op. cit.*.

¹⁰³ Il disegno di legge delega in materia di mercato del lavoro collegato alla Finanziaria del 2002 nel quale si inserisce la proposta di abrogare la l. n. 1369 del 1960, sostituendola con una disciplina che liberalizzi la fornitura di manodopera giustificata da "ragioni di carattere tecnico, produttive o organizzative, individuate dalla legge o dai contratti collettivi", pur mantenendo la distinzione tra appalto e interposizione "ridefinendo contestualmente i casi di interposizione illeciti, laddove manchi una ragione tecnica, organizzativa o produttiva, ovvero si verifichi o possa verificarsi la lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo del prestatore di lavoro".

¹⁰⁴ O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, p. 102; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995, pp. 23 e 175 (p. 57).

¹⁰⁵ P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, *op. cit.*; il quale autore afferma che cui "Piaccia o non piaccia (...) nel nostro sistema economico attuale convivono e si confrontano modelli diversi di impresa e di rapporto di lavoro dei quali non ha senso stabilire in astratto quale sia il migliore, né dal punto di vista dell'efficienza produttiva, né dal punto di vista della sicurezza e del benessere del lavoratore" (in part. pp. 270-271-272); R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione «intra moenia» ovvero la fabbrica multi societaria*, *Dir. merc. lav.*, 1999, 49 e ss. per il quale sarebbe opportuno, in luogo di un assoluto divieto, distinguere tra "fenomeni di mera elusione delle garanzie di lavoro e processi di specializzazione dell'apparato produttivo".

¹⁰⁶ G. DE SIMONE, *Titolarità del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, p. 11.

La vera ri-regolazione della normativa si ebbe con il d.lgs. n. 276 del 2003; il legislatore non poté che prendere atto delle innovazioni intervenute e del contesto sempre più globalizzato; le connessioni tra imprese non sempre dettate da fini fraudolenti, sicché divenne necessario distinguere le fattispecie lecite da quelle illecite ponendo un confine tra interposizione fittizia e interposizione genuina.

3. IMPRESA E MODELLI ORGANIZZATIVI.

Prima di procedere con l'analisi delle forme di tutela del lavoro predisposte dall'ordinamento nell'ambito delle esternalizzazioni e del decentramento produttivo è opportuno individuare le principali linee di tendenza dei modelli organizzativi d'impresa e delle ragioni economiche che ne hanno determinato la diffusione.

L'origine dell'impresa, come *attore rilevante del mercato*,¹⁰⁷ è, dai più, ricondotta all'esistenza di costi di transazione.¹⁰⁸

I costi di transazione, definibili come l'insieme dei costi sostenuti dai soggetti che operano nel mercato e che interagiscono allo scopo di realizzare una transazione, sono costi di natura contrattuale,¹⁰⁹ che eccedono il prezzo dei beni o dei servizi scambiati. Tali costi sono necessari per realizzare lo scambio, o transazione.

La teoria dei costi di transazione, nasce con lo specifico scopo di studiare le forme di organizzazione dell'impresa. In particolare, oggetto di studio è la dualità tra gerarchia d'impresa (ossia l'insieme delle regole formali che definiscono procedure e meccanismi di funzionamento e che sono proprie di una qualunque istituzione anche privata) e mercato (ove regna il principio della libertà di iniziativa).

¹⁰⁷ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, op. cit., pp. 4-5.

¹⁰⁸ Il problema dei costi di transazione è stato posto all'attenzione della teoria dell'impresa dal lavoro pionieristico di Ronald Coase, cui seguì l'analisi sistematica di Oliver Williamson. Si vedano: R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, vol. 4, 1937, pp. 386-405, rintracciabile online al link <http://onlinelibrary.wiley.com/>; ID., *Impresa, mercato e diritto*, a cura di M. GRILLO, Bologna, 1995, 47; O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1987; ID., *L'economia dell'organizzazione: il modello dei costi di transazione*, in R. Nacamulli, A. Rugiadini, *Organizzazione & Mercato*, Bologna, 1985, pp. 161-186.

¹⁰⁹ G. CLERICO, M. NOVARESE, S. RIZZELLO, *I costi di transazione: Analisi teorica e indagine empirica*, Milano, 2007, i quali autori individuano tre tipologie per questo tipo di costi: i "costi d'uso" del mercato che l'impresa si trova a sostenere per interagire con gli agenti esterni (es. gestione dei contratti con i fornitori e gli acquirenti); costi di gestione della struttura gerarchica che l'impresa si trova a sostenere per governare l'insieme dei contratti all'interno della propria struttura (es. costi connessi alla gestione del personale dipendente e non dipendente); costi della pubblica amministrazione che l'impresa deve sostenere per adempiere agli obblighi previsti nei confronti dello Stato ai vari livelli).

In un classico della letteratura economica, Ronald Coase si occupa dell'origine, della natura e delle dimensioni dell'impresa. Secondo il noto economista la differenza dei costi di transazione è alla base dell'origine dell'impresa, quale organizzazione gerarchica che svolge al proprio interno attività che formalmente possono essere svolte attraverso scambi sul mercato. In sostanza, senza voler entrare troppo nel dettaglio delle questioni economiche, nel pensiero di Coase, poi ripreso ed approfondito da altri economisti, l'impresa nasce e si pone come alternativa al mercato in quanto consente un risparmio in termini di costi di transazione; sicché, in presenza di determinate condizioni, risulta più conveniente che una *relazione di autorità si sostituisca ad una relazione di mercato*.¹¹⁰ Sintetizzando la teoria dei costi di transazione, le imprese esistono in quanto istituzioni efficienti, nel senso che economizzano sui costi di transazione.

Rientrando negli argini della materia che più ci compete, vi è un legame tra la teoria economica dei costi di transazione e la costruzione teorica classica che individua tra le ragioni economiche della subordinazione anche quella del risparmio dei costi di transazione il rapporto di lavoro. Secondo tale costruzione l'imprenditore, attore del mercato che combina fra loro i fattori produttivi, "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 adottare unilateralmente alle mutevoli esigenze produttive".¹¹¹ Al fine di evitare la rinegoziazione circa le modalità di svolgimento della prestazione di coloro che, con lui, collaborano, conformandole alle esigenze mutevoli dell'impresa, l'imprenditore stipula "un solo contratto", di natura subordinata, il quale "si sostituisce a un'intera serie di contratti", di certo meno vantaggiosa sotto il profilo dei costi.¹¹² Sicché, la tendenza dell'impresa ad inglobare i propri collaboratori, trasformandone l'attività in lavoro subordinato, è funzione della differenza fra costi di transazione esterni e costi organizzativi interni.

L'adattamento delle modalità di svolgimento della prestazione alle esigenze mutevoli dell'impresa avviene, dunque, per il tramite dello strumento della subordinazione con l'esercizio unilaterale da parte dell'imprenditore del potere direttivo.

Ciò premesso, va osservato che un'analisi dell'impresa e delle sue forme di organizzazione interna non può essere disgiunta dall'analisi dei modelli

¹¹⁰ M. MARINELLI, *ult. op. cit.*, P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro, op. cit.*, p. 171.

¹¹¹ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2000, pp. 380 e ss.

¹¹² *Ibidem*.

organizzativi storicamente dati, in cui alcune scelte sono state in buona parte determinate non solo dalla situazione del mercato ma anche dall'impiego di determinate tecnologie, che non avrebbero di per sé consentito un'acquisizione efficiente dei fattori produttivi mediante relazioni di tipo contrattuale.

La nascita dell'impresa moderna fu infatti accompagnata all'introduzione di nuove macchine, le quali, per la dimensione e per il tipo di energia di cui si servivano dovevano essere necessariamente impiegate in modo intensivo. L'impresa di questo primo periodo è espressione di un capitalismo che accentra in un'unica organizzazione la produzione e lo scambio (c.d. impresa soggetto), più che sviluppare un complesso di relazioni esterne per l'acquisizione degli elementi da impiegare nel processo imprenditoriale.

In seguito, con il passaggio dell'impiego dell'energia idraulica e dell'energia elettrica (che imponevano un uso rigido delle macchine) a quello dell'energia elettrica, si affermò il modello organizzativo dell' "impresa sistema", caratterizzata all'esterno da un'interconnessione con altre imprese e da diversi cicli produttivi ed all'interno da un'organizzazione di parti relativamente autonome e tuttavia interconnesse.

Tale modello può essere applicato anche a descrivere il sistema industriale italiano fino alla fine degli anni Sessanta.

L'impresa italiana di questo periodo si caratterizzava oltre che per la presenza di forti legami contrattuali con soggetti esterni al fine di acquisire fattori produttivi anche per il largo uso del contratto di appalto.

Le strategie di organizzazione dell'impresa hanno poi conosciuto, a partire dall'inizio degli anni Settanta una notevole mutazione a seguito della variabilità dei fenomeni economici e sociali che hanno coinvolto il mercato e la realtà produttiva. Il contesto in cui operavano le imprese era caratterizzato dalla prevedibilità del futuro ed il modello organizzativo diffuso era basato sull'integrazione verticale, tale da includere il ciclo produttivo completo, in questa nuova fase, caratterizzata dall'introduzione di nuove tecnologie, si rese necessario l'adattamento delle strategie d'impresa ad una realtà più instabile e in continua evoluzione.¹¹³

La ricerca di nuovi modelli produttivi si risolse nella frammentazione del ciclo produttivo, attraverso l'affidamento di funzioni, prima interne all'impresa, all'esterno e la concentrazione sul *core business*.

¹¹³ G. VOLPATO, *Concorrenza, imprese, strategie. Metodologia dell'analisi dei settori industriali e della formulazione delle strategie*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 274.

La scelta dell'imprenditore di procurarsi all'esterno della propria impresa la manodopera ed i mezzi produttivi, è essenzialmente riconducibile ad un duplice ordine di ragioni. La prima ragione che viene in considerazione è costituita dalla maggiore produttività del lavoro organizzato dall'imprenditore di cui il primo intende avvalersi, 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. La seconda ragione si prospetta allorché l'imprenditore sia indotto ad avvalersi della collaborazione di un altro imprenditore (ad esempio per mezzo di un contratto di appalto o di fornitura) soltanto al fine di ottenere un risparmio dei costi che deriverebbero dall'aumento dimensionale della propria impresa. Le finalità che giustificano il decentramento produttivo sono, a seconda che si verta nella prima o nella seconda ipotesi, profondamente differenti essendo la prima riconducibile all'esigenza "qualitativa" di beneficiare della maggiore efficienza dell'altra impresa, mentre la seconda, di natura squisitamente economica, di contenimento dei costi organizzativi interni.

Ricollegandoci alla teoria economica della subordinazione, fintanto che la differenza tra costi interni ed esterni mantiene segno positivo l'impresa sarà interessata ad ingrandirsi; in caso contrario, l'imprenditore ha interesse ad organizzare all'esterno il lavoro, procurandosi i fattori produttivi al di fuori dell'impresa; ciò mediante la stipulazione di contratti diversi da quello tradizionale di lavoro subordinato e non necessariamente rientranti nella categoria dei contratti di lavoro. In siffatta ipotesi, allorquando l'unica esigenza che giustifica la segmentazione del processo produttivo è legata ai costi, indipendentemente dalla circostanza che la struttura esterna a cui si collegherà sia o meno più efficiente di quella interna, il rischio è che a tale finalità corrisponda l'intento di eludere la disciplina lavoristica o contrattuale sindacale. Con la conseguenza che l'interesse dell'imprenditore ad interporre fra sé e parte della forza-lavoro un terzo soggetto in qualità di datore di lavoro rappresenti finisca col divenire l'*escamotages* per il primo di scaricare le responsabilità (giuridiche ed economiche) connesse alla posizione datoriale sul secondo.

CAPITOLO 2

ALLE ORIGINI DEL DIVIETO DI INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA

1. GLI INTERVENTI NORMATIVI PRECEDENTI ALLA LEGGE N. 1369 DEL 1960.

Sin dalle origini dello sviluppo industriale e del diritto del lavoro, da più parti, si avvertì l'esigenza di predisporre una disciplina legislativa e collettiva del fenomeno interpositorio, il cui problema risiede nella c.d. "scissione"¹¹⁴ della persona del datore di lavoro responsabile verso i lavoratori di tutti gli obblighi contrattuali, nonché degli altri obblighi di previdenza ed assistenza, dalla persona dell'effettivo imprenditore che utilizza direttamente l'opera dei lavoratori, senza addossarsi la relativa responsabilità.

Nell'ordinamento italiano¹¹⁵ le prime manifestazioni si ebbero con riguardo all'ambito della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in materia di infortuni.¹¹⁶

Un ruolo importante fu rivestito anche dalla contrattazione collettiva¹¹⁷ che, come spesso accade, precede ed orienta l'intervento del legislatore.

Un esempio importante è rappresentato dal CCNL 20 dicembre 1937 che disciplina dei cottimi nelle aziende industriali, artigiane e corporative. All'art. 8 era infatti previsto che: "E' proibito alle aziende di servirsi di cottimisti i quali abbiano alle proprie dipendenze altri lavoratori da essi direttamente retribuiti, dovendosi intendere il rapporto di lavoro sempre intercorrente fra il lavoratore e l'azienda, e

¹¹⁵ Interessante *excursus* in P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., p. 399 e ss.

¹¹⁶ Il primo esempio di corresponsabilità si ebbe con 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 prevede che: "Il capo esercente nell'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". L'intervento è particolarmente significativo, considerata anche la riluttanza della giurisprudenza a riconoscere la responsabilità del committente per gli infortuni. Sul punto si veda: L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986, p. 84-89. Altro intervento normativo rilevante è rappresentato dal "Testo Unico delle leggi sul lavoro delle donne e dei fanciulli del 10 novembre 1907", n. 818, che riprende lo stesso principio della corresponsabilità dell'imprenditore con il capo-cottimo per il rispetto delle norme poste a protezione della sicurezza, igiene e moralità degli ambienti di lavoro.

¹¹⁷ Contrattazione corporativa: CCNL 22 febbraio 1934 per gli artisti di varietà; CCNL 9 maggio 1936 settore commercio e prodotti alimentari.

la dipendenza di un lavoratore da un altro, unicamente possibile agli effetti tecnici e disciplinari”.

Tale disposizione venne poi ripresa dal legislatore codicistico all'art. 2127 cod.civ. sull'interposizione di lavoro nel cottimo; norma, quest'ultima, che rappresentava l'unica forma di tutela legislativa avverso l'interposizione della manodopera.

L'art. 2127 cod.civ.¹¹⁸ è stata, nell'ordinamento giuridico italiano, la prima disposizione di carattere generale volta a reprimere, sia pure in modo ancora parziale e lacunoso, il fenomeno della interposizione nelle prestazioni di lavoro. In ciò ha rappresentato una disposizione innovativa (cambia in sotto tale aspetto non se ne disconosce il carattere innovativo) volta a sopperire ad esigenze di tutela “delle precarie condizioni di quanto prestavano la loro opera alle dipendenze del capo cottimista inidoneo a fornire alcuna garanzia economica per l'applicazione delle norme tutelatrici”, esigenze che sino all'entrata in vigore del codice civile avevano trovato un accoglimento soltanto parziale, in quanto limitate sotto il profilo oggettivo e soggettivo, sia nella disciplina legislativa in materia di previdenza ed igiene e sicurezza nei luoghi di lavoro che nella contrattazione collettiva corporativa.¹¹⁹

La norma, come si è anticipato, è stata scritta sulla base dell'art. 8 del CCNL 20 dicembre 1937 per la disciplina del lavoro a cottimo nelle aziende industriali, artigiane e cooperative, con cui è sancito il divieto di “affidare a propri dipendenti lavoro da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi”. Lo stesso art. 2127 attribuendo un effetto concreto a tale divieto aggiungeva che l'imprenditore il quale violi tale disposizione risponde “direttamente nei confronti dei prestatori di lavoro assunti dal proprio dipendente, degli obblighi derivanti dai contratti di lavoro da essi stipulati”; la norma, dunque, stabilisce un diretto rapporto fra l'imprenditore nel cui interesse sono eseguiti i lavori ed i lavoratori assunti dal dipendente dell'imprenditore, statuendo,

¹¹⁸ A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959, p. 53 e ss.; F. GUIDOTTI, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, pp. 182-183; L. RIVA-SANSEVERINO, *Della impresa (art. 2060-2134)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, libro V, *Del lavoro*, 4° ed., Bologna-Roma, 1969, p. 537 e ss.; in giurisprudenza: App. Genova, sent. 24 ottobre 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1958, p. 32; App. Bologna, sent. 16 dicembre 1959, in *Mass. riv. dir. lav.*, 1960, p. 39, n. 71; App. Napoli, sent. 11 aprile 1960, *Mass. riv. dir. lav.*, 1960, 275, n. 532; v. anche: *Rassegna di giurisprudenza (1943-1958)*, (a cura) di M. Codagnone, in *Dir. econ.*, 1960, p. 305. V. anche il CCNL 24 luglio 1959 (in DPR 14 luglio 1960, n. 1032), art. 19, e CCNL 3 dicembre 1969, art. 18, per gli operai dell'industria edilizia.

¹¹⁹ M. RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e servizi*, RTDPC, 1961, p. 832 e ss.; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, p. 7 ss.; S. SPANO, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Milano, 1965, p. 16 ss.

nell'ipotesi di violazione del divieto di cui al co. II, la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore committente per le obbligazioni assunte dal dipendente-intermediario nei confronti dei lavoratori cottimisti da quest'ultimo impiegati.¹²⁰

Del resto, poiché i maggiori problemi di tutela si ponevano in relazione alla intermediazione nel lavoro a cottimo, sia per l'ampia diffusione dello stesso, sia perché tale forma di prestazione lavorativa esponeva il lavoratore al rischio di impresa, l'intervento normativo fu diretto alla repressione del fenomeno del c.d. "cottimo collettivo autonomo", vietando l'affidamento a propri dipendenti di lavori da eseguirsi a cottimo ad opera di prestatori di lavoro assunti dai medesimi dipendenti.¹²¹ Il c.d. "cottimo collettivo autonomo", figura che rientra nel più ampio fenomeno del "cottimo collettivo", si verifica ogni qualvolta un gruppo di lavoratori sia considerato unitariamente, per quanto riguarda l'assegnazione e la retribuzione di un lavoro prescritto in vista di un determinato risultato.¹²² Facendo un passo indietro, sotto il profilo dell'organizzazione esterna del cottimo collettivo,¹²³ si soleva distinguere tra il cottimo collettivo subordinato (o contratto per squadra), in cui il gruppo dei lavoratori tratta con l'imprenditore ed è a lui direttamente vincolato,¹²⁴ ed il cottimo collettivo autonomo, in cui il gruppo dei lavoratori ha rapporti diretti non con l'imprenditore ma col capo-cottimista, che tale gruppo ha costituito ed al quale l'imprenditore si è rivolto. Mentre nel primo caso all'imprenditore fa capo una serie di rapporti individuali di lavoro subordinato, relativi ai singoli cottimisti, compreso il capo-cottimista, nel secondo caso, si realizzano due rapporti distinti, seppur connessi tra loro: da una parte, l'imprenditore non ha rapporto che con il capo-cottimista, in forza del contratto di lavoro subordinato che li lega; dall'altra parte, al capo-cottimista fanno capo uno o più rapporti individuali di lavoro subordinato, relativi ai singoli cottimisti.¹²⁵ E' su questa seconda ipotesi che il legislatore codicistico intervenne, vietandola.

La disciplina di cui all'art. 2127 cod.civ. ed il divieto ivi contenuto rappresentavano, tuttavia, una tutela inadeguata e parziale per i lavoratori, essendo essa limitata al caso del cottimo effettuato dal dipendente dell'imprenditore.¹²⁶

¹²⁰ S. SPANO, *ult. op. cit.*.

¹²¹ S. SPANO, *ult. op. cit.*; in giurisprudenza: C. 90/10183.

¹²² L. RIVA SANSEVERINO, *ult. op. cit.*, p. 123.

¹²³ Trib. Roma, 4 maggio 1949, in *Dir. lav.*, 1949, II, p. 182.

¹²⁴ App. Napoli, sent. 11 aprile 1960, in *Mass. riv. dir. lav.*, 1960, 275, n. 532.

¹²⁵ Per la distinzione tra cottimo collettivo autonomo (vietato) e cottimo collettivo subordinato (legittimo), si veda: P. CESARONI, *La disciplina giuridica del cottimo*, Milano, 1953, p. 13 ss.

¹²⁶ P. ZANELLI, *ult. op. cit.*, definisce la risposta parziale "perché limitata al sol caso in cui gli intermediari fossero alle dipendenze dell'impresa appaltante e retribuiti a cottimo, come

L'art. 2127, infatti, non era applicabile ad una molteplicità di altre ipotesi (una fra tutte, il lavoro in appalto) in cui, parimenti, si realizzava l'interposizione di manodopera,¹²⁷ seppure dottrina e giurisprudenza allargano le maglie al fine di estendere la disciplina anche nella direzione delle forme indirette di intermediazione.¹²⁸

L'altra risposta *rudimentale*¹²⁹ predisposta dall'ordinamento era rappresentata dall'art. 2128 cod.civ. sul lavoro a domicilio, tipologia contrattuale dietro la quale si celavano deplorevoli forme di sfruttamento (nel mondo anglosassone l'espressione utilizzata per indicare tale situazione era quella di "sweating-system", ossia lavoro sudato, penoso).¹³⁰

A tale riguardo va precisato che in alcuni settori produttivi il decentramento produttivo si è storicamente realizzato mediante il ricorso al lavoro a domicilio,¹³¹ tipologia contrattuale originariamente ricondotta al lavoro autonomo con conseguenti lacune sotto il profilo delle tutele, divenuta poi oggetto di attenzione del legislatore ai fini di particolari interventi protettivi, primi fra tutti quelli in materia di assicurazione, previdenza ed igiene.¹³²

espressamente diceva l'art. 2127 c.c., cosicché, nei casi non riconducibili a quello previsto dalla norma dell'art. 2127 c.c., restava difficile estendere per la via degli artt. 1418 e 1344 c.c. la tutela della diretta rilevanza del rapporto nei confronti del reale utilizzatore delle opere" (p. 228); v. anche: G. NICOLINI, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano, 1980.

¹²⁷ E' stato notare che l'inadeguatezza della tutela assicurata ai lavoratori contro il fenomeno dell'interposizione dell'art. 2127 c.c. derivava sia dall'aver considerato solo il c.d. cottimo collettivo autonomo, trascurando tutti i molteplici aspetti che il fenomeno assumeva nella realtà (*in primis* l'ipotesi che l'intermediario non fosse dipendente dell'imprenditore committente) sia dal fatto che la sanzione del divieto era facilmente monetizzabile e per di più coincideva con il risultato che l'imprenditore medesimo si prefiggeva di raggiungere (C. 90/10183).

¹²⁸ P. ZANELLI, *ult. op. cit.*.

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ In Inghilterra, le miserie dello sweating-system furono divulgate dalle testimonianze raccolte dalla Children's Employment Commission (1863-1866), dalle relazioni della National Anti-sweating League e dai cinque famosi Libri azzurri della Commissione speciale di inchiesta della Camera dei Lords. Sul tema si veda: P. BOYAVAL, *La Lutte contre le Sweating-System: le Minimum légal de Salaire. L'Exemple de l'Australasie et de l'Angleterre*, in *Journal of the Royal Statistical Society*, 1 giugno 1912, vol. 75, 7, pp. 765-767; reperibile online al link: gallica.bnf.fr. Per quanto riguarda le condizioni dei lavoratori a domicilio in Italia si veda: P. VILLARI, *Le trecciaiole*, in *Scritti sulla questione sociale*, Firenze, 1902, p. 275 e ss.; il quale autore denunciò le miserabili condizioni delle trecciaiole lavoranti a domicilio.

¹³¹ Sul tema si veda l'opera di L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979; M. DE CRISTOFARO, *Il lavoro a domicilio*, Padova, 1978.

¹³² Tra i provvedimenti normativi si segnalano: R.D. 30 dicembre 1923, n. 3184, che estese l'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità e la vecchiaia ai lavoratori a domicilio, ai quali successivamente si riferì anche l'art. 37 del RDL 4 ottobre 1935, n. 1827; l. 10 gennaio 1935, n. 112, che ha stabilito l'obbligo del libretto del lavoro anche ai lavoratori a domicilio; per quanto riguarda la tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri, la l. 20 agosto

La predisposizione di forme di tutele adeguate è stata realizzata attraverso l'estensione ai lavoratori a domicilio del medesimo ordinamento in vigore per i lavoratori subordinati, tendenza che ha trovato conferma all'art. 2128 cod.civ. in cui si dispone che "ai prestatori di lavoro a domicilio si applicano le disposizioni di questa sezione in quanto compatibili con la specialità del rapporto".¹³³

Tuttavia, la norma *de qua* contiene un importante limite alla sua stessa applicazione, allorché il richiamo alla disciplina propria del lavoro subordinato risulta limitato alle *sole* disposizioni "compatibili con la specialità del rapporto".¹³⁴

Il legislatore codicistico, peraltro, non offre definizione alcuna della fattispecie né indica gli elementi atti ad individuarla. Sicché, la ricostruzione della nozione di lavoro a domicilio non può prescindere dalle nozioni contenute nella legislazione speciale precedente all'entrata in vigore del codice civile, alle quali, presumibilmente, il legislatore ha inteso riferirsi nel dettare la disciplina di cui all'art. 2128 cod.civ. .

Il Regio decreto 2 agosto 1924 n. 1422 (Approvazione del regolamento per l'esecuzione del Regio decreto 30 dicembre 1923 n. 3158, concernente i provvedimenti per l'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità e la vecchiaia) offre una prima nozione di lavoratore a domicilio individuandolo nelle "persone dell'uno e dell'altro sesso che eseguono a tempo, a cottimo o ad opera o in qualsiasi altra forma, lavori retribuiti, per conto di un imprenditore, nella propria abitazione o in locali che non siano di pertinenza dell'imprenditore, né sottoposti alla sua sorveglianza diretta", escludendo "quelle lavorazioni occasionali e temporanee, cui i lavoratori attendono per conto di persone diverse dai loro ordinari datori di lavoro". E' stato osservato che l'esclusione delle lavorazioni occasionali e temporanee mette in evidenza quella *dipendenza economica* del lavoratore a domicilio rispetto al

1950, n. 860, dedica un particolare titolo (art. 25 e ss.) alle lavoratrici a domicilio. In questo senso: *Lavoro a domicilio e tutela previdenziale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1953, 35; M. CASTELLANO, *La tutela previdenziale dei lavoratori a domicilio*, in *Prev. soc.*, 22, 1966, pp. 1-36; Cass., sent. 16 marzo 1953, in *Riv. it. prev. soc.*, 1954, p. 355 (con nota di G. CANNELLA) e in *Giust. pen.*, 1953, II, p. 1092 (con nota di M. BRACCI).

¹³³ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1957, secondo il quale autore anche nelle ipotesi in cui non vi sia una vera e propria subordinazione (nei termini di cui all'art. 2094), il lavoro a domicilio deve comunque considerarsi lavoro subordinato, alla luce del disposto dell'art. 2128 c.c., che "rispecchia il movimento di progressiva attrazione del lavoro a domicilio sotto la disciplina del lavoro subordinato, movimento le cui tappe più significative sono state costituite dall'estensione al lavoro a domicilio della disciplina collettiva e di quella protettiva del prestatore di lavoro".

¹³⁴ L. RIVA SANSEVERINO, *Comm. (art. 2060-2134)*, p. 580 e ss.; App. Napoli, sent. 7 gennaio 1954, in *Riv. giur. lav.*, 1954, II, p. 276; Trib. Savona, sent. 28 maggio 1955, in *Riv. giur. lav.*, 1956, II, p. 272; Cass., sent. 12 febbraio 1965, in *Orient. giur. lav.*, 1966, p. 290.

datore di lavoro che è ancora più notevole della *dipendenza giuridica* che giova a discriminare il lavoratore a domicilio dall'artigiano.¹³⁵

Del resto, la questione sulla qualificazione del lavoro a domicilio si pone non tanto per il lavoratore che è in contatto diretto con i consumatori;¹³⁶ quanto per il lavoratore a domicilio il quale sia ad esclusiva disposizione di una o più imprese o persone che gestiscono il rapporto con i consumatori.¹³⁷

La dottrina e la giurisprudenza hanno tentato di fare chiarezza sul tema.

Per quanto riguarda la dottrina si è anzitutto notato che quando il lavoratore a domicilio lavora continuamente ed esclusivamente per un solo imprenditore, non sussiste alcun dubbio sulla equiparazione del lavoratore stesso al vero e proprio lavoratore subordinato;¹³⁸ diversamente, nell'ipotesi in cui sia il lavoratore a fornire direttamente la materia prima e l'attività venga prestata a favore di una pluralità di consumatori, con lo spaccio diretto del prodotto, questi assume la figura del piccolo artigiano.¹³⁹

La giurisprudenza si è concentrata sul tentativo di distinguere tra artigiano e lavoratore a domicilio.¹⁴⁰ Un'importante sentenza della Corte di Appello di Napoli fornì la definizione delle due figure, definizione coincidente per l'artigiano con quella di "piccolo imprenditore", in considerazione della qualità e dell'organizzazione del lavoro propri dell'artigiano, il quale "compie il lavoro in modo indipendente e ed è il centro di una piccola azienda", e dell'elemento del rischio d'impresa a suo carico ("su di lui ricade il rischio integrale della sua attività nei rapporti con i consumatori"); mentre con riguardo al lavoratore a domicilio è "l'imprenditore che determina i modi ed i criteri di lavorazione e che fornisce sempre la materia che deve essere elaborata". Tali figure siano accomunate da dallo svolgimento dell'attività nella propria abitazione o in altro locale prescelto e dall'assenza di una sorveglianza diretta del datore di lavoro, e di limiti orari; tuttavia l'una si differenzia dall'altra in quanto il lavoratore a domicilio "non

¹³⁵ L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del Lavoro*, op. cit..

¹³⁶ App. Napoli, sent. 19 gennaio 1954, in *Dir.lav.*, 1954, I, 181 (con nota di MOZZARELLI).

¹³⁷ L. RIVA SANSEVERINO, *ult. op. cit.*, p. 97.

¹³⁸ *Ididem.*

¹³⁹ G. MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, Firenze, 1956, p. 426.

¹⁴⁰ L'orientamento, tuttavia, non è uniforme, in quanto una parte della giurisprudenza limita il riconoscimento della qualifica di lavoratore a domicilio solo in presenza di un vincolo obbligatorio, in forza del quale non sia consentito il rifiuto della prestazione stessa (cfr. Cass. pen., sez. III, sent. 16 marzo 1953, in *Giust. pen.*, 1953, II, p. 1092 (con nota di A. BRACCI), mentre un'altra parte della giurisprudenza ha un approccio maggiormente estensivo delle norme sul lavoro a domicilio (Cass. pen., sez. III, sent. 27 giugno 1953, in *Giust. pen.*, 1953, II, p. 917).

immette” come l’artigiano “direttamente il prodotto del proprio lavoro in commercio, ma lavora per conto terzi”. La sentenza in esame è estremamente utile in quanto indica quali siano le disposizioni proprie del lavoro subordinato applicabili al lavoro a domicilio. In particolare, la Corte di Appello di Napoli ha ritenuto che non fossero “compatibili” quelle norme che presuppongono un “continuo contatto” tra le parti, quali sono le disposizioni sulla durata del lavoro (artt. 2107 e 2108), sul collocamento (L. 29 aprile 1949 n. 264) sulle assunzioni in prova (art. 2096) e sulla prestazione di lavoro (2103, 2104, 2105, 2106 c.c.), mentre ha ritenuto compatibili le disposizioni sul trasferimento di azienda, sulla nullità delle rinunzie e transazioni relative ai diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni legislative inderogabili (art. 2113 c.c.) e quelle relative alla mercede (artt. 2099, 2100, 2101, 2102), esclusa ogni forma di retribuzione a tempo ed a cottimo, se effettuate in base a risultato di misurazione del tempodi lavorazione”. Oltre che la disciplina codicistica di cui all’art. 2128 cod.civ., che rende operante il medesimo ordinamento in vigore per i lavoratori subordinati, ed alla legislazione speciale precedente e successiva all’entrata in vigore del codice civile, ulteriori e specifiche tutele erano altresì predisposte dalla contrattazione collettiva. Il ccnl 30 settembre (in DPR 2 ottobre 1960 n. 1394) per gli operai dipendenti delle confezioni in serie,¹⁴¹ il contratto collettivo 25 luglio 1959 (in DPR 25 settembre 1960 n. 1433) per dei lavoratori dipendenti dalle imprese esercenti la produzione delle calzature, pantofole e tomaie, il quale si componeva di un apposito allegato per la regolamentazione del lavoro a domicilio.¹⁴² La disciplina collettiva, così come gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza confluirono nella l. 13 marzo 1958 n. 264 sul lavoro a domicilio, che ebbe il merito di chiarire la natura autonoma ovvero subordinata di questa tipologia contrattuale, superando i dubbi creatisi a causa della formulazione ambigua che caratterizzavano l’art. 2128 c.c.

¹⁴¹ GU Serie Generale n. 292 del 29-11-1960 - Suppl. Ordinario n. 2920. Art. 47 si stabilisce che: il lavorante a domicilio, a cura dell’imprenditore, sia munito, oltre che del libretto di lavoro di cui alla legge 1 gennaio 1935, n. 112, deve essere munito, anche di uno speciale libretto di controllo (pt. 2); I lavoranti a domicilio dovranno godere del trattamento economico salariale, previsto per gli operai interni, in ragione della specifica categoria o della qualifica e che tale trattamento si concreterà in una tariffa di cottimo pieno costituita dai medesimi elementi che compongono la retribuzione degli operai interni (pt. 4) ; riconoscimento di indennità sostitutive della gratifica natalizia e dell’indennità di anzianità (pt. 5); inoltre, per tutto quanto non espressamente disposto nella presente regolamentazione del lavoro a domicilio, valgono le norme di legge e quelle stabilite dal presente contratto per gli operai interni della categoria, in quanto compatibili con le specialità del rapporto.

¹⁴² GU Serie Generale n.299 del 6-12-1960 - Suppl. Ordinario n. 2990, dal contenuto analogo a quello del ccnl di cui sovra.

La *ratio legis* andava individuata nell'intento di sopprimere il lavoro a domicilio *anomalo*, in quanto corrispondente ad un *decentramento artificioso delle attività lavorative inerenti ad un determinato tipo di produzione industriale*;¹⁴³ evitando, quindi che l'imprenditore destinasse al lavoro a domicilio attività che avrebbero potuto effettuarsi all'interno della azienda al sol fine di sottrarsi alle responsabilità connesse al rapporto di lavoro subordinato.

La legge definisce i lavoratori a domicilio, predisponendone l'iscrizione ad apposito registro, "le persone di ambo i sessi che eseguono nel proprio domicilio o in locali di cui abbiano la disponibilità –anche con l'aiuto dei familiari, ma con esclusione di mano d'opera salariata– lavoro subordinato¹⁴⁴ comunque retribuito, per conto di uno o più imprenditori, utilizzando materie prime o accessorie ed attrezzature proprie o fornite dall'imprenditore" (art. 1, co. 1). La legge fornisce una definizione di lavoratore a domicilio anche in negativo, precisando che, ai fini dell'applicazione della legge, "Non sono considerati lavoratori a domicilio le persone di ambo i sessi che eseguono, nelle condizioni di cui al primo comma, lavori in locali di pertinenza dell'imprenditore stesso, anche se per l'uso di tali locali o dei mezzi di lavoro in essi esistenti, corrispondono all'imprenditore un compenso" (art. 1, co. 3).¹⁴⁵

Criticità della legge, che la rendeva facilmente oggetto di azioni elusive e pertanto poco efficace, risiedeva nella previsione di ritenere preclusa l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato in forza del solo elemento formale, costituito dall'iscrizione nell'albo degli artigiani. La formalizzazione operata dalla legge circa la natura subordinata del lavoro a domicilio si accompagnava alla prassi di assegnare lavoro a domicilio solo a lavoratori "autonomi" iscritti all'albo.¹⁴⁶

Si anticipa che il problema dell'elusione della disciplina non si risolse nemmeno con l'introduzione della legge n. 877 del 1973, finalizzata anch'essa a risolvere la dicotomia tra lavoro a domicilio autonomo e lavoro a domicilio subordinato; la legge

¹⁴³ L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, op.cit., p. 98.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ P. ZANELLA, *ult. op. cit.*; l'autore rileva che "D'allora in poi si affermò l'ovvia prassi di commissionare lavoro a domicilio a coloro che fossero iscritti all'albo; prassi che fece così rientrare dalla finestra la forma giuridica del lavoro autonomo, che si era ufficialmente voluta cacciare dalla porta con la formale assicurazione che il lavoro a domicilio era di tipo subordinato", p. 228. Per alcuni la legge "complica le cose o almeno riproduce (...) l'alternativa lavoro a domicilio autonomo - lavoro a domicilio subordinato"; al riguardo si veda: M. OFFEDDU, *Il lavoro a domicilio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XV, 1, Torino, 1986, p. 682; anche L. RIVA SANSEVERINO, *ult. op. cit.*, osserva: "Per quanto riguarda il nostro paese, si può osservare che, quando il legislatore ha inteso intervenire a favore di questa particolare categoria, ha più volte ritenuto che la forma maggiormente efficace di tutela consistesse nel rendere operante per i lavoratori a domicilio, il medesimo ordinamento in vigore per i lavoratori subordinati" (sul punto, p. 98)

manteneva infatti l'elemento formale dell'iscrizione all'albo, comunque necessario per i lavoratori artigiani autonomi, ma il requisito aveva efficacia costituiva solo agli effetti della concessione delle agevolazioni a favore delle imprese artigiane. La legge del 1973 inoltre sanciva espressamente che il lavoratore a domicilio era legato all'impresa da un vincolo di subordinazione; nozione di subordinazione che però non coincideva con quella di cui all'art. 2094 c.c., ma con quella appositamente ideata dal legislatore nell'occasione normativa. La l. n. 877 del 1973 stabiliva infatti che il vincolo di subordinazione nel lavoro a domicilio "in deroga a quanto stabilito dall'art. 2094 c.c., ricorre quando il lavoratore a domicilio è tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità dell'esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente".¹⁴⁷ La formulazione della norma aveva dato origine ad interpretazioni differenti: parte della dottrina sosteneva che per il lavoro a domicilio si applicassero criteri di valutazione della subordinazione diversi che per il diritto comune;¹⁴⁸ mentre, altra parte della dottrina sosteneva che i criteri di valutazione della subordinazione nel lavoro a domicilio fossero gli stessi del diritto comune poiché il comma 2° dell'art. 1 era semplicemente finalizzato ad escludere che il lavoratore a domicilio avesse alle proprie dipendenze lavoratori che fossero membri della sua famiglia, conviventi o altri soggetti a carico, non già a definire la natura della subordinazione.¹⁴⁹

Ancora un ultimo breve cenno alla disciplina codicistica per rilevare che tra i principi destinati ad influire sulla regolazione dei rapporti interpositori, vi è quello di identità e continuità dell'organizzazione aziendale a cui occorre riferirsi per l'imputazione del rapporto di lavoro, la continuità dello stesso, la determinazione del contenuto del credito del lavoratore e l'individuazione del rapporto che lo garantisce. La regola che emerge dalla lettura del codice civile ed in particolare degli artt. 2112 e 2119 è la non incidenza delle vicende dell'imprenditore sulla posizione del lavoratore, sicché "l'imprenditore può mutare,

¹⁴⁷ P. ZANELLI, *ult. op. cit.*, il quale rileva che: "Il nodo centrale della subordinazione continua a portarsi dietro un bagaglio di dubbi originato dal perdurare dell'atavica sottoprotezione del lavoro a domicilio e dal perdurare di una sorta di specialità dovuta al fatto che la subordinazione è definita «in deroga» a quella dell'art. 2094 c.c. (art. 1, 2° co.). In tal modo si viene a creare un'altra fase alternativa: non più fra lavoro a domicilio autonomo e subordinato, ma fra subordinazione normale e speciale", p. 229.

¹⁴⁸ M. DE CRISTOFARO, *Il lavoro a domicilio, op. cit.*.

¹⁴⁹ M. NAPOLI, *Il decentramento produttivo alla luce della nuova legge sul lavoro a domicilio*, in *Prospettiva sindacale*, 1974, n. 14 per cui il concetto di subordinazione previsto dalla legge n.877 del 1973 aveva portata normale non speciale.

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". La *ratio legis* è quella di tutela, in generale, del reddito e dell'occupazione, e, nello specifico, del trattamento o delle garanzie del credito.

2. L'ITER CHE HA PORTATO ALL'ADOZIONE DEL DIVIETO DI INTERPOSIZIONE.

Prima di entrare nel merito della l. 23 ottobre 1960 n. 1369, è utile analizzare l'iter formativo che ne ha preceduto l'approvazione.

Come sopra si è avuto modo di descrivere, con la seconda rivoluzione industriale si diffuse il modello dell'*impresa sistema*, in cui l'organizzazione delle attività era *caratterizzata all'esterno da una interconnessione con altre imprese e con diversi cicli produttivi, ed all'interno da un'organizzazione di parti relativamente autonome e tuttavia interconnesse, costituita da soggetti in grado di influire sulle decisioni e i risultati gestionali dell'impresa, per il perseguimento dei loro interessi*.¹⁵⁰

L'affermarsi del fenomeno della scomposizione del ciclo produttivo si colloca in un contesto storico-economico di grande evoluzione in cui si assiste al passaggio dal modello fordista a quello post-fordista della *fabbrica a rete*.

Il fordismo, ha rappresentato non solo un modello organizzativo d'impresa bensì anche un "*paradigma socioeconomico*", ossia "*un modo di pensare la produzione e l'azienda capace di coinvolgere la stessa esistenza dei lavoratori che nella fabbrica trovavano il compendio della loro vita*".¹⁵¹

Il modello fordista era dotato di peculiari caratteri, tra i quali, anzitutto, il ricorso alla catena di montaggio ("*long linked technology*"), da cui derivava un'organizzazione interna della fabbrica rigidamente strutturata e gerarchizzata. Il mercato di quegli anni, inoltre, rispondeva ad una logica di

¹⁵⁰ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2002, p. 6; anche: M. RISPOLI, *Sviluppo dell'impresa ed analisi strategica*, Bologna, 1998, 56 e G. VOLPATO, *Concorrenza, imprese e strategie*, Bologna, 263.

¹⁵¹ M.L. VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Commerciale*, II aggiornam., Torino, 2007, p. 722 e segg. (sul punto, p. 723).

stabilità, caratterizzato dalla produzione su vasta scala e dai consumi di massa.

Altre tipicità del modello fordista devono poi essere ricercate nel sistema di regolazione economica e sociale, in quest'epoca contraddistinto dal monopolio dei prezzi, dalle politiche di sostegno della domanda, dalla tassazione progressiva dei redditi e dal riconoscimento delle organizzazioni sindacali e dalla negoziazione collettiva.¹⁵²

Tale modello può essere applicato per descrivere il sistema industriale italiano ed Europeo fino ai primi anni Sessanta.¹⁵³

Fermi i caratteri propri del modello fordista, già in questo periodo non sussisteva affatto una monoliticità dell'organizzazione dell'impresa (solo interna), la quale, al contrario, si caratterizzava oltre che per la presenza di forti legami contrattuali con soggetti esterni al fine di acquisire fattori produttivi anche per l'ampio utilizzo del contratto di appalto.

Tale fenomeno fu oggetto di apposito studio da parte della Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia, la quale investigò sulla realtà produttiva dell'epoca, non mancando di esplorare le situazioni più opache in cui si espletava la vita dell'impresa.

E' noto, peraltro, che le conclusioni presentate in Parlamento dalla Commissione d'inchiesta furono alla base dell'approvazione della l. 23 ottobre 1960, n. 1369, che per lungo tempo ha costituito l'unico riferimento normativo in materia di interposizione nel rapporto di lavoro.

Per tale ragione si rende opportuno offrire una sintesi dell'opera svolta dalla Commissione d'inchiesta e, in particolare, dei risultati a cui la stessa giunse al termine dell'indagine condotta e svolta conducendo molteplici incontri, interrogatori, relazioni, statistiche e rapporti che coinvolsero, tra gli altri, enti bilaterali, ispettorato del lavoro, lavoratori ed imprese.¹⁵⁴

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, op. cit., 2002, p. 6.

¹⁵⁴ Nell'*incipit* della Relazione svolta dal Presidente della Commissione d'inchiesta si legge che "La Commissione ha ritenuto necessario esplorare tutte le varie situazioni esistenti nella vita aziendale" e che essa ha deciso "di mantenersi il più strettamente possibile aderente alla realtà che non si fa costringere in binari astratti, ma presenta una grande varietà di situazioni". Per quanto riguarda il metodo di indagine il Presidente ha osservato che "Stabilito che l'indagine dovesse svolgersi non solo chiedendo rapporti alle Associazioni sindacali nazionali degli imprenditori, dei dirigenti e dei lavoratori, ma che dovesse

2.1. LA COMMISSIONE PARLAMENTARE D'INCHIESTA SULLE CONDIZIONI DEI LAVORATORI IN ITALIA.

La proposta per l'istituzione di una Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia fu presentata il 18 febbraio 1954 dai deputati Alessandro Butté ed Ettore Calvi. La Commissione d'inchiesta fu istituita al fine di meglio decifrare e valutare il fenomeno del lavoro irregolare e della evasione alle norme contrattuali; l'indagine avrebbe dovuto approfondire tra i vari aspetti quello relativo “*al rispetto dei contratti e degli accordi sindacali normativi ed economici stipulati, nonché al trattamento dei lavoratori ancora non tutelati dai contratti collettivi*” [art. 1, lett. a), p. 2°].¹⁵⁵

La Commissione d'inchiesta si componeva di ventuno membri e fu presieduta dall'onorevole Leopoldo Rubinacci, che al tempo ricopriva la carica di Ministro del lavoro e della previdenza sociale.

I lavori furono avviati nell'estate del 1955 e si conclusero a distanza di due anni.¹⁵⁶ Al termine dell'indagine la Commissione d'inchiesta elaborò quattro relazioni, ciascuna avente ad oggetto un particolare rapporto di lavoro: il contratto a termine, il lavoro in appalto, il lavoro a domicilio, l'apprendistato.

L'esigenza di approfondire ed indagare le molteplici situazioni esistenti nelle realtà aziendali italiane riguardò quelle tipologie contrattuali che si ponevano in “antitesi” con la forma tipica e tradizionale del rapporto di lavoro (subordinato ed a tempo indeterminato) e che, nel corso degli anni, avevano conosciuto un'amplissima diffusione.

Segnatamente, sul largo impiego del contratto di appalto già da tempo erano state manifestate perplessità e riserve da più parti (organizzazioni sindacali, ovviamente, ed associazioni sensibili ai problemi sociali e politici).

L'indagine svolta dalla Commissione d'inchiesta permise anzitutto di accertare le cause dell'adozione di queste tipologie contrattuali e di determinare le condizioni di

essenzialmente condursi attraverso un diretto contatto con il mondo del lavoro, fu deciso di estrarre un campione di province e di imprese dal predisposto quadro statistico della struttura economica italiana. Nelle province prescelte furono previsti colloqui con le organizzazioni sindacali e provinciali, con i dirigenti dell'Ufficio del lavoro e dello Ispettorato del lavoro, con il presidente della Camera di Commercio. Nelle singole imprese visitate, poi, furono previsti colloqui con le commissioni interne, con le direzioni delle aziende, con singoli lavoratori appartenenti a diverse qualifiche”.

¹⁵⁵ Proposta d'inchiesta parlamentare n. 655 del 18 febbraio 1954.

¹⁵⁶ N. ADDARIO (a cura di), *Inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in fabbrica*, 1955.

trattamento (e di sfruttamento) dei lavoratori; inoltre, con riguardo al lavoro in appalto, la Commissione d'inchiesta si concentrò sull'individuazione e sull'esame delle cause di adozione del contratto di appalto, rilevando quando il ricorso a tale tipologia contrattuale era determinato da obiettive e lecite esigenze tecniche ed organizzative e quando invece celava ad intenti elusivi delle garanzie predisposte dalla legge e dalla contrattazione collettiva sul lavoro e sui lavoratori.

La Commissione d'inchiesta non si limitò a rendere note condotte datoriali illecite normalmente praticate bensì sottolineò la gravità di taluni fenomeni, offrendo sostanziali indicazioni di principio al fine di eliminare gli abusi a cui il sistema normativo, estremamente scarno e lacunoso, facilmente si prestava.

La Commissione rilevò che al fenomeno genericamente definito "del lavoro in appalto" erano riconducibili due situazioni distinte, l'una –nota e disciplinata dall'ordinamento giuridico– dell'appalto di opere e servizi; l'altra –altrettanto nota perché largamente praticata ma priva di disciplina specifica– dell'appalto puro e semplice di mano d'opera.

In quest'ultima ipotesi, l'appaltatore organizzava il reclutamento dei lavoratori al fine unico di renderli disponibili all'impresa appaltante; quest'ultima oltreché a fornire gli strumenti necessari per lo svolgimento dell'attività alla cui realizzazione l'appalto di mano d'opera era preordinato, si riservava anche la direzione tecnica dei lavori. In siffatta situazione, soventemente, accadeva che la mano d'opera assunta dall'appaltatore ed il personale alle dirette dipendenze dell'impresa appaltante lavorassero a stretto contatto, svolgendo le medesime prestazioni di lavoro, sotto la guida di un comune responsabile ed utilizzando attrezzature e macchinari forniti dall'appaltante. Il lavoro così organizzato, pur totalmente assimilabile sotto il profilo qualitativo e quantitativo dell'attività svolta dalle maestranze, determinava una notevole differenza di trattamento salariale e normativo tra la mano d'opera assunta alle dirette dipendenze dell'appaltante e quella "prestata" dall'appaltatore. Effetti negativi non si producevano solo con riguardo a questi ultimi lavoratori, meno tutelati, ma finivano col riflettersi anche sui lavoratori dell'appaltante. Infatti, nei processi di acquisizione di nuovi apporti produttivi mediante i contratti di appalto piuttosto che di somministrazione di semilavorati o di contratti di altro genere –situazioni, queste, che potevano preludere alla sostituzione dei lavoratori già dipendenti dall'impresa committente con altri lavoratori più produttivi– a maggior ragione nelle ipotesi di "pseudo-appalto", totalmente svincolate da ogni logica legislativa e ricondotte da parte delle

dottrina tra le condotte in frode alla legge¹⁵⁷, poi rientranti nell'ambito di applicabilità del divieto di cui alla l. 23 ottobre 1960 n. 1369, si verificava, per il personale alle dipendenze dell'appaltante, un forte problema di concorrenza esterna. Infatti, conseguentemente alla rinuncia –obbligata di fronte alla scelta se lavorare o meno, in un periodo di forte disoccupazione– da parte dei lavoratori dell'interposto (o pseudo-appaltatore) dei propri diritti, anche il potere sindacale dei lavoratori dell'interponente (o pseudo-committente) si comprimeva, nel timore di possibili sostituzioni.¹⁵⁸

La Commissione d'inchiesta ritenne che l'appalto di mano d'opera non fosse giustificabile da alcuna esigenza tecnica né da alcun altro interesse meritevole di tutela, rinvenendosi l'unica causa posta alla base di simili pratiche nella speculazione economica.

Il lavoro in appalto così praticato si poneva inoltre in netta violazione delle regole sul collocamento di mano d'opera. In Italia, infatti, il collocamento, inteso come forma di mediazione tra domanda ed offerta di lavoro, ha rappresentato per lungo tempo una funzione pubblica¹⁵⁹ e, in quanto tale, di esclusiva competenza statale. Fu proprio con riguardo al collocamento di mano d'opera che si esplicò il più importante intervento dello Stato sul mercato del lavoro, con l'effetto di anticipare la tutela del lavoratore, quale parte debole del contratto di lavoro, alla fase antecedente la stessa assunzione; al datore di lavoro era infatti preclusa la scelta della controparte contrattuale, ossia del lavoratore da assumere.

La disciplina originaria del collocamento di mano d'opera risaliva alla l. 29 aprile 1949 n. 264. La legge, durata più di mezzo secolo, attuava un vero e proprio monopolio statale, in quanto all'autorità dello Stato era affidata tanto la regolamentazione quanto la gestione del sistema del collocamento di mano d'opera. Da ciò derivavano due conseguenze: la prima –diretta– del divieto di mediazione privata, il quale divieto sopravvisse sino all'entrata in vigore della l. 28 novembre 1996, n. 608, con cui si attuò la deregolamentazione delle assunzioni ed il

¹⁵⁷ A. CESSARI, *ult. op. cit.*.

¹⁵⁸ P. ICHINO, *La segmentazione del processo produttivo e i suoi effetti sul rapporto di lavoro, op. cit.*. L'autore affronta il tema del possibile interesse dei lavoratori ad opporsi ai processi di segmentazione del processo produttivo.

¹⁵⁹ La dottrina dominante ha da sempre qualificato l'attività di collocamento come una pubblica funzione, così espressamente definita nella L. 29 aprile 1949 n. 264, avente a fondamento l'art. 35, comma 1, Cost., che affida allo Stato il compito di "tutelare il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni" e l'art. 4 Cost. in quanto il collocamento costituisce un mezzo attraverso cui la Repubblica promuove le "condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro riconosciuto a tutti i cittadini".

decentramento amministrativo del collocamento; la seconda –indiretta– del divieto di interposizione nei rapporti di lavoro.

Ex adverso, l'appalto di mano d'opera favoriva un sistema di abusiva mediazione del lavoro che privava i lavoratori delle tutele e delle garanzie minime, alimentando un vero e proprio *mercato di uomini*.¹⁶⁰

Il lavoro in appalto era altresì praticato anche nella modalità formalmente disciplinata dal codice civile.

Come noto, nell'appalto di opere e servizi l'appaltatore organizza l'attività appaltata fornendo non solo la forza lavoro, bensì anche la direzione tecnica e l'attrezzatura produttiva.

Il codice civile nel disciplinare il contratto di appalto all'art. 1655 ricomprendeva, seppur implicitamente, anche l'ipotesi, poi meglio disciplinata dalla l. n. 1369 del 1960, degli appalti c.d. "endoaziendali", caratterizzati dall'affidamento ad un soggetto esterno di determinate attività.

Tale tipologia di appalto trovava la sua *ratio* in esigenze tecniche e organizzative, allorché il contratto di appalto propriamente detto era funzionale alla particolare attività produttiva ed al grado di specializzazione e professionalità (a volte) richiesto per eseguirla.

Vi erano poi altre figure ibridi, meglio individuate dalla giurisprudenza, il cui intervento era principalmente volto a colmare le lacune legislative ampliando i margini del generale di divieto di interposizione nel cottimo a situazioni analoghe al fine di scongiurare pratiche sempre più frequenti di sfruttamento dei lavoratori. Rientravano tra le figure ibridi individuate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità il *lavoro in economia*¹⁶¹ affidato ad un terzo soggetto professionalmente

¹⁶⁰ "Attraverso gli appalti di mano d'opera, spesso mascherati con fittizie cooperative, si esplica un sistema di abusiva mediazione di manodopera che si traduce in un vero e proprio mercato di uomini assunti senza alcuna continuità di lavoro ed a condizioni di fame, profittando sia delle condizioni di disoccupazione in cui essi versano, sia di condizioni particolari come nel caso dell'immigrazione di manodopera verso il nord" (p. 132 Relazione).

¹⁶¹ Nel lavoro in economia "il soggetto che necessita di un'opera, invece che rivolgersi ad un'impresa specializzata per ottenere il soddisfacimento di quanto gli occorre, diviene organizzatore ed artefice dell'opera a proprio rischio"; l'opera può essere anche "affidata, in tutto o in parte, sia dal punto di vista tecnico, sia da quello amministrativo e organizzativo, con specifico rapporto contrattuale, ad un terzo professionalmente qualificato, sempre che questi, anziché agire in piena autonomia, nell'ambito di una propria organizzazione d'impresa e con assunzione del rischio a proprio carico, agisca sotto la sostanziale direzione ed il controllo del committente dell'opera (C. 71/3666; C. 56/1791, che ha affermato che tanto nel contratto di appalto quanto nel lavoro in economia, se l'indipendenza dell'appaltatore o dell'artefice non possono mai spingersi fino a vietare al committente la facoltà di esercitare il controllo e la vigilanza sui lavori, al fine di assicurarsi che l'opera costruttiva si svolga in conformità ai patti convenuti, così, d'altro canto, l'ingerenza del committente, maggiore o minore a seconda dei patti stessi, non può peraltro, giungere fino

qualificato; l'*appalto a regia*¹⁶², nel quale la direzione dei lavori spettava al committente; e l'*appalto à forfait*¹⁶³, così denominato perché, pur trattandosi di figura (sostanzialmente) assimilabile al rapporto di lavoro subordinato a cottimo, in cui all'appaltatore non spetta, di regola, alcun compenso per i maggiori oneri sostenuti in conseguenza delle modificazioni successive per la realizzazione delle opere.

Con riguardo all'appalto di opere e servizi la problematica più diffusa atteneva non alla natura e all'origine del rapporto (diversamente dall'appalto di mere prestazioni di lavoro, illecito *ab origine*), bensì nell'utilizzo improprio della fattispecie oltre le intenzioni del legislatore, in assenza di valide ragioni giustificatrici.

Al fine di individuare e distinguere le ipotesi in cui il contratto di appalto fosse lecitamente posto perché riconducibile ad un'utilità o ad una funzione produttiva e, in quanto tale, non censurabile dall'ordinamento, dalle ipotesi in cui siffatta utilità o funzione produttiva divenivano labili a tal punto da dubitarne l'esistenza, la Commissione d'inchiesta ricostruì ed analizzò le attività per lo svolgimento delle quali le imprese mostravano la tendenza ad affidarsi ad un soggetto esterno.

La Commissione d'inchiesta individuò tre gruppi di attività.

Il primo gruppo comprendeva le attività *estrane* al ciclo produttivo dell'impresa, attività alle quali appartenevano i lavori edilizi in aziende industriali, i lavori di montaggio dei macchinari, e, se pur marginalmente, i servizi di mensa e spaccio. In tali ipotesi il ricorso al contratto di appalto opere e di servizi era dettato da esigenze tecniche ed organizzative, legate all'utilizzo di particolari strumenti ed attrezzature ed all'impiego di mano d'opera specializzata, non facente parte della normale organizzazione imprenditoriale, per lo svolgimento di attività produttive non ordinarie, atipiche o, comunque, non connesse in alcun modo con le attività,

al punto di privare l'appaltatore o l'artefice dell'autonomia loro necessaria, nel quale caso si verterebbe nell'ipotesi di lavoro subordinato).

¹⁶² “Nel c.d. appalto a regia, figura ibrida e non ben definita tra l'appalto ed il lavoro in economia, la direzione dei lavori spetta al committente, dal quale l'assuntore di essi riceve il rimborso integrale di tutte le spese incontrate, su ordinazione del committente stesso, sia per l'acquisto del materiale, che per il pagamento della mano d'opera e di quant'altro occorra e (anche in quanto provveda ad una molto limitata organizzazione e gestione del lavoro da parte sua) riceve in aggiunta un compenso o in somma fissa e predeterminata (regia semplice), o commisurato ad una data percentuale sull'importo dei lavori o sul valore dell'opera (regia cointeressata)” (C. 71/3666).

¹⁶³ “La figura dell'appalto à forfait, pur presentando analogie con il lavoro subordinato a cottimo, se ne differenzia perché in esso il corrispettivo, ancorché parametrato all'opera, è in funzione del conseguimento del risultato e non della quantità di prestazioni fornite in dato periodo di tempo, come nel lavoro a cottimo (che è un prestatore d'opera subordinato), gestisce in piena autonomia, e con assunzione del rischio, la propria impresa organizzata” (C. 88/4834).

principali o secondarie, normalmente svolte nell'impresa e connesse al ciclo produttivo.

Nel secondo gruppo rientravano, invece, le attività *accessorie* al ciclo produttivo. Il ricorso all'appalto di opere e servizi per l'esecuzione di attività, quali, a titolo esemplificativo, il trasporto, le spedizioni ed il facchinaggio, era giustificato più che da ragioni di origine tecnica, da considerazioni di natura propriamente economica. Tali esigenze, però, non necessariamente coincidevano con l'intenzione di parte datrice di eludere la normativa a tutela dei lavoratori; infatti, ben potevano essere supportate da vantaggi (certo economici ma) misurabili in termini di organizzazione e flessibilità del lavoro (e, quindi, di orario, durata e quantità del lavoro).

Le più significative elusioni e violazioni della legge e della contrattazione collettiva si avevano con riguardo al terzo ed ultimo gruppo di attività, individuate dalla Commissione d'inchiesta nelle attività *proprie* dell'impresa.

Infatti, era con riguardo a questo terzo gruppo di attività che, nel corso dell'indagine, furono rilevati i maggiori rischi di uso improprio ed anomalo del contratto di appalto.

La Commissione d'inchiesta non mancò di individuare i settori maggiormente interessati dal fenomeno.

Il primo contesto oggetto di verifica fu il settore della pubblica amministrazione, con particolare riguardo alle Ferrovie dello Stato. In questo ambito, la Commissione d'inchiesta rilevò che gli appalti erano normalmente assegnati avuto riguardo alle tariffe più basse applicate dalle imprese partecipanti alla gara; vi era chi, al fine di aggiudicarsi l'appalto, indicava tariffe inferiori agli ipotizzabili costi da sostenere, tanto da non essere poi in grado di adempiere all'obbligo retributivo nei confronti della mano d'opera impiegata.

L'indagine fu svolta anche con riguardo ad altri settori, quali: i *cantieri idroelettrici*, in cui alla mano d'opera dipendente dall'appaltatore era normalmente applicato il contratto edilizio, assai meno oneroso di quello in vigore per il comparto degli elettrici, proprio delle imprese appaltanti; i *cantieri edili* (principalmente appalti e sub-appalti nella costruzione di case), dove, nel corso dell'inchiesta, furono rilevate gravi situazioni di sfruttamento dei lavoratori, anche in violazione dell'art. 2127 cod.civ.; i *cantieri navali*, contesto nel quale l'elemento d'allarme era rappresentato dalla proporzione fra gli operai "fissi" (alle dipendenze dell'appaltante) e gli operai "esterni" (alle dipendenze dell'appaltatore) che

risultava eccessiva, rispetto alle esigenze tecniche ed organizzative, normalmente esistenti in tale ambito.¹⁶⁴

Infine, l'indagine considerò gli appalti di lavoro nei reparti di produzione concessi dalle *aziende industriali*; qui emerse che il contratto di appalto era ampiamente praticato anche per l'esecuzione delle attività proprie dell'impresa appaltante.

La Commissione d'inchiesta non poté che rilevare come il ricorso all'appalto di opere e servizi per l'esecuzione delle attività inerenti al ciclo produttivo e normalmente svolte dall'azienda costituisse un fenomeno negativo, allorché tale tendenza non era giustificata da alcuna vera utilità, ma piuttosto riconducibile a finalità elusive e fraudolente, perseguite mediante lo sfruttamento della mano d'opera per il tramite di terzi soggetti –più facilmente di cooperative– privi di una vera e propria struttura imprenditoriale.

Nati per fronteggiare alcune attività marginali rispetto alla produzione dello stabilimento ed alla sua organizzazione, gli appalti si trasformarono nel sistema per ottenere mano d'opera a condizioni contrattuali e salariali di inferiorità.¹⁶⁵

L'indagine proseguì nella ricerca delle cause, più o meno lecite, a giustificazione del lavoro in appalto.

La Commissione d'inchiesta individuò due principali cause: le *cause* essenzialmente *tecniche* e le *cause* definite *anomale*. Fu sottolineato come il primo gruppo di cause coincidesse in linea generale con l'appalto di opere e servizi, mentre le cause anomale prevalessero nella fornitura di semplice mano d'opera.

Tra le cause tecniche rientravano le seguenti: la necessità di gestire ed organizzare attività del tutto estranee al ciclo produttivo; l'esigenza di fronteggiare esigenze saltuarie ed improvvise, quindi straordinarie ed eccezionali, che potessero provocare notevoli oscillazioni della mano d'opera; per lavori "scoperti", nei giorni festivi o al di fuori del normale orario di lavoro. In quest'ultima ipotesi, l'inchiesta evidenziò che la scelta di affidare in appalto l'esecuzione di determinate attività (esterne o interne, principali o secondarie) risultava essenzialmente rispondente al bisogno di "coprire" le ore di lavoro non assegnabili alla normale maestranza, la quale per avere lavorato a ritmo pieno e per tutte le ore disponibili non poteva essere ulteriormente impiegata.

¹⁶⁴ Caso noto , v. relazioni al disegno di legge.

¹⁶⁵ Nella relazione si citano i casi di imprese di costruzioni in ferro o materiale elettrico dove accade che l'imprenditore provvede con i propri dipendenti in organico al normale orario di lavoro e dopo le otto ore di lavoro integrano il personale con lavoratori forniti dalle ditte appaltatrici , così che lo stesso lavoro è fatto in parte da lavoratori in organico ed in parte da lavoratori in appalto; ed il caso di alcuni pastifici che hanno dato in appalto la produzione della pasta a cooperative di lavoratori.

Tra le cause anomale, tutte interconnesse, rientravano, invece, “*tutti quei motivi di pura convenienza economica per i quali, pur potendosi provvedere con la propria organizzazione produttiva, si ricorre all’appalto per ricercare vantaggi quasi sempre non socialmente apprezzabili*”.¹⁶⁶

La prima causa anomala fu individuata nella politica dell’impresa di contenere l’organico: nella relazione si legge che “*il sistema dell’appalto di lavoro, anche a parità di costo, è preferito perché consente maggior libertà nei licenziamenti*”.¹⁶⁷

L’affermazione richiede maggior approfondimento, considerato che all’epoca in cui fu realizzata l’inchiesta non erano ancora state varate le ben più stringenti regole contenute nella l. 15 luglio 1966 n. 604 e nella l. 20 maggio 1970 n. 300, a limitazione della facoltà di recedere attribuita al datore di lavoro.

La disciplina della cessazione del rapporto di lavoro –come noto– era per lo più contenuta nel codice civile che ammetteva la libera recedibilità di entrambi i contraenti dal rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 2118 cod.civ.), in virtù del più generale principio della necessaria temporaneità dei rapporti obbligatori.¹⁶⁸

Il legislatore codicistico sposò l’orientamento liberista in omaggio alla tradizione del codice civile del 1865, a sua volta influenzato dal retaggio culturale della rivoluzione industriale ottocentesca, antecedente alla costituzione dei sindacati. Solo in seguito all’avvento della Costituzione democratica nel 1948 ci si pose il problema della compatibilità della disciplina liberista contenuta nel codice civile con i principi enunciati agli artt. 4 e 41, comma 2. Sulla questione si espresse anche la Corte Costituzionale (sent. n. 45/1965) la quale affermò la non contrarietà del licenziamento di cui all’art. 2118 cod.civ. (licenziamento *ad nutum* o immotivato). Successivamente la spinta propulsiva delle forze politiche progressiste determinò l’emanazione di leggi speciali particolarmente limitative della facoltà datoriale di licenziare i lavoratori subordinati.

Vincoli alla facoltà di recedere liberamente, più che nella disciplina di legge, potevano però essere rinvenuti nella contrattazione collettiva¹⁶⁹ e, soprattutto,

¹⁶⁶ Relazione, p. 173.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ In tali casi il recesso assolve alla funzione di integrare il contratto di un elemento originariamente mancante (il termine finale di efficacia) così facendo salva anche la fondamentale esigenza di prevenire la costituzione di rapporti obbligatori perpetui. Questi ultimi, visti con sfavore dall’ordinamento, comprimerebbero oltre misura la sfera giuridico patrimoniale dei privati.

¹⁶⁹ Si veda CCNL 21 settembre 1955 per il comparto degli Industriali dei manufatti in cemento che all’art. 42 nel disciplinare il “licenziamento per mancanze” indica una serie di ipotesi nelle quali il datore di lavoro può procedere al licenziamento senza preavviso né

negli accordi interconfederali,¹⁷⁰ con lo scopo di evitare eccessi ed abusi con particolare riguardo alla materia dei licenziamenti individuali.

Altre cause anomale di impiego dell'appalto di manodopera furono rinvenute nella preferenza dell'impresa di non affidarsi al servizio di collocamento pubblico, così come era previsto dalla l. 29 aprile 1949 n. 264, disattendendo anche in tal caso la disciplina di legge, al fine di evitare la regolarizzazione del rapporto di lavoro e nel vantaggio della committente di "provare" i lavoratori assunti dall'appaltatore per poi assumerli alle proprie dipendenze, profittando della stessa normativa in materia di collocamento sul collocamento che autorizzava espressamente "*il passaggio del lavoratore direttamente e immediatamente dall'azienda nella quale è occupato ad un'altra*" (art. 11, l. 29 aprile 1949, n. 264). In quest'ultima ipotesi, il lavoro in appalto fungeva da vero e proprio (seppur illecito) periodo di prova, durante il quale venivano testate oltre che le capacità professionali dei lavoratori, anche l'indole caratteriale e la propensione all'esercizio dei diritti sindacali.

La causa forse più largamente diffusa, consisteva nell'utilizzo del lavoro in appalto per finalità riconducibili alla mera "speculazione economica", allorquando dietro tale tipologia contrattuale si celavano situazioni di sfruttamento dei lavoratori, assunti solo formalmente dall'appaltatore e privati delle minime garanzie;

indennità (quali: insubordinazione; rissa all'interno dello stabilimento, furto, frode e danneggiamenti; recidiva disciplinare; etc.). Tale disposizione contrattuale di fatto restringe la portata del recesso *ad nutum* alle sole ipotesi ivi indicate.

¹⁷⁰ Si veda Accordo interconfederale licenziamenti individuali del 18 ottobre 1950 per il settore dell'Industria sottoscritto da CGIL, CISL e UIL, poi reso obbligatorio *erga omnes* dal d.p.r. 14.7. 1960 n. 1011 e rinnovato con poche modifiche dall'accordo del 29.04.1965 che al dichiarato fine di "prevenire i licenziamenti ingiustificati e possibilità di turbamenti in occasione di licenziamenti individuali" prescriveva un'apposita procedura di conciliazione sindacale, attribuendo al "Collegio di conciliazione ed arbitrato" il potere di verificare la validità delle ragioni addotte dal datore di lavoro e, nel caso, di invitare quest'ultimo a ripristinare il rapporto di lavoro o, alternativamente, a versare una penale in aggiunta al trattamento di licenziamento (pt. 1); l'accordo interconfederale del 20 dicembre 1950 interviene invece in materia di licenziamenti per riduzione del personale prevedendo un'apposita procedura, volta anzitutto ad informare le associazioni territoriali dei motivi del provvedimento, della data di attuazione e dell'entità numerica ed a tentare. In dottrina era stato del resto osservato che il principio del recesso immotivato e capriccioso aveva fatto il suo tempo. Si veda: L.A. MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, in DL, 1951, I, 73; anche G. PERA, *Sullo Statuto dei lavoratori nelle imprese*, in *Scritti*, v. 2, p. 1201 e ss.; G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, in *Lavoro: licenziamento mobbing, processo del lavoro*, in *Il diritto provato nella giurisprudenza* (a cura) di P. Cendon, Torino, 2009, pp. 108 e 109. L'autore nel descrivere il parziale superamento della libera recedibilità di cui all'art. 2118 c.c. attraverso il raggiungimento di accordi sindacali e con i contratti collettivi di categoria che nei singoli ambiti di applicazione dettavano una disciplina dei licenziamenti individuali precisa che "la disciplina vincolistica che tali accordi prevedevano era solo di carattere obbligatorio e l'ambito di applicazione era limitato ad alcuni settori merceologici e ai lavori sindacalizzati".

attraverso il sistema degli appalti, infatti, era più facile evadere le norme dei contratti collettivi con notevole risparmio sulla mano d'opera.

Infine, la Commissione d'inchiesta osservò che anche lo stato di precarietà in cui versavano i lavoratori poteva essere alla base della scelta di ricorrere al lavoro in appalto poiché l'instabilità lavorativa costringeva la mano d'opera assunta e (sotto)retribuita dall'appaltatore ed impiegata presso il committente con la speranza di ottenere il posto fisso presso quest'ultimo alla rinuncia di aderire a qualsivoglia azione sindacale.

Ad essere lesa –come è già stato anticipato– non era la sola posizione dei lavoratori assunti dall'appaltatore, che non costituivano una categoria sindacalmente organizzabile, bensì gli stessi lavoratori assunti dall'appaltante nel timore di essere sostituiti desistevano dal promuovere azioni sindacali a rivendicazione dei propri diritti.

La Commissione d'inchiesta concluse, dunque, che il contratto di appalto era, nel corso degli anni, divenuto oggetto di un uso assai distorto con riguardo principalmente alla situazione riconducibile alla mera fornitura di mano d'opera da parte dell'impresa appaltatrice ed a quella in cui il committente appaltava un particolare lavoro o servizio ricorrente in via normale nel ciclo produttivo della sua impresa (quali, la pulizia dei locali, la manutenzione ordinaria degli impianti, la riscossione dei canoni, gli impianti di apparecchi in rete, etc.).

Entrambe le situazioni, accumulate dalla ricerca, per il tramite del contratto di appalto, di una prestazione a costi inferiori, furono, a ragione, ritenute nei loro effetti lesivi degli interessi dei lavoratori.

La Commissione d'inchiesta, in linea con la teoria classica che considera il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa come una forma di organizzazione del lavoro essenzialmente finalizzata ad un risparmio dei costi di transazione, rilevò che *“in termini di costi, l'organizzazione della produzione di un'impresa è più economica se fatta direttamente piuttosto che tramite l'intermediario, se la mano d'opera dell'impresa e dell'intermediario godesse del medesimo trattamento retributivo e normativo secondo quanto previsto dalla legge e dalla contrattazione collettiva, essendo evidente che il terzo intermediario opera per un utile che si aggiunge ai costi normali. E' chiaro che tale operazione avviene con un aumento del costo di produzione, risulta evidente che, in molte ipotesi, tale pratica vada a discapito dei lavoratori, per la irregolarità dell'assunzione, per la costituzione del rapporto senza la garanzia del minimo di retribuzione, e senza, spesso, quelle garanzie di sicurezza*

sul lavoro nelle forme preventive di infortuni o di quelle previdenziali a favore dei prestatori d'opera".¹⁷¹

Questo almeno è ciò che accade in linea teorica, non potendosi sottacere che in alcuni casi il datore di lavoro preferisce accollarsi altri costi rispetto a quelli che altrimenti deriverebbero dall'assunzione diretta dei lavoratori.¹⁷²

La relazione pertanto concludeva sollecitando un intervento legislativo in materia, sottoponendo al Parlamento "*l'opportunità, in modifica dell'art. 2127 C.C., di vietare l'appalto di manodopera, sotto qualsiasi forma stipulato; intendendosi per appalto di manodopera «la fornitura all'imprenditore da parte di un suo dipendente o di un terzo, di manodopera impiegata nell'azienda»*".¹⁷³ La Commissione d'inchiesta auspicava inoltre che venisse sancita la responsabilità dell'imprenditore nei confronti dei lavoratori messi a disposizione dall'appaltatore, per tutti gli obblighi derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, con particolare attenzione alle assicurazioni sociali.

¹⁷¹ Sulla base della costruzione teorica suddetta 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. Si veda: P. ICHINO, *La segmentazione del processo produttivo e i suoi effetti sul rapporto di lavoro*, op. cit., il quale autore prende a sua volta spunto da R.H. COASE, *La natura dell'impresa: l'origine, il significato, l'influenza*, in Id., *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, traduzione a cura di M. Grillo (mentre lo scritto originario è del 1988), pp. 145-146.

¹⁷² P. ICHINO, *ult. op. cit.* osserva che "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. 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–, 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". Il quale autore a sua volta richiama il primo saggio dello stesso R.H. COASE, *La natura dell'impresa* (1937), in Id., *Impresa, mercato e diritto*, op. cit., p. 85, dove si osserva che 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; 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". Per una trattazione ampia e organica in proposito si veda anche: M. BIAGI, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Milano, 1978.

¹⁷³ Relazione, p. 268.

La Commissione d'inchiesta si esprime negativamente anche sull'appalto di opere e servizi, fattispecie alla quale, a contrario dell'appalto di mano d'opera, erano riconducibili rapporti previsti e disciplinati dall'ordinamento. La Commissione d'inchiesta rilevò, dunque, la necessità di un urgente intervento in materia. Nella relazione si osservò, infatti, che tale tipologia contrattuale, pur essendo ineliminabile per l'effettiva utilità, in alcuni casi, ad essa sottesa¹⁷⁴, dovesse considerarsi *“come un sistema cui debba soltanto eccezionalmente farsi ricorso”*. La linea guida offerta era dunque quella di *“rifuggire dai divieti ingiustificati e generali”* per *“identificare con precisione le strade più adatte ad eliminare per lo meno i principali inconvenienti che determinano l'adozione di un determinato sistema”*.

2.2. LE PROPOSTE DI LEGGE E L'ADOZIONE DEL TESTO DEFINITIVO DELLA LEGGE N. 1369 DEL 1960.

L'urgenza di un intervento legislativo finalizzato alla regolamentazione efficace del contratto di appalto, nelle sue interferenze nei rapporti di lavoro, è stata affermata con molto vigore nelle due proposte di legge che si sono succedute tra l'anno 1955 e l'anno 1956.

La prima proposta di legge fu presentata alla Camera dei deputati dall'onorevole Giulio Pastore, fondatore e, all'epoca, segretario generale della CISL, e da altri tredici deputati, il 10 maggio 1955 (proposta n. 1609).¹⁷⁵

La proposta di legge recava il titolo *“Divieto di concessioni di subappalto”*.

Nella relazione al progetto si osserva come da lungo tempo la fattispecie contrattuale dell'appalto fosse oggetto di un utilizzo distorto, allorché al contratto di appalto lecito e genuino, regolato dal codice civile si contrapponeva una pratica imprenditoriale fraudolenta, posta in essere al fine di eludere gli obblighi sorgenti dal contratto e dalla legge. Nella relazione al progetto si legge, infatti, che *“un mezzo divenuto comune è quello di pseudo-appalti di lavori propri e naturali dell'impresa a ditte di comodo, allo scopo di far ricadere su queste la responsabilità della disapplicazione dei contratti collettivi e della inosservanza della legislazione*

¹⁷⁴ “Non si possono trascurare esigenze di ordine tecnico nella complessa organizzazione di un'azienda, né possono essere considerate sempre deteriori le ragioni che portano ad attuare determinati decentramenti o ad avvalersi per determinate opere o determinati servizi di idonee autonome organizzazioni” (Relazione, p. 268).

¹⁷⁵ Proposta n. 1609 del 10 maggio 1955.

sociale”, ciò determinando la corresponsione di salari inadeguati, in violazione dell’art. 36 Cost., già all’epoca interpretato dalla giurisprudenza di legittimità prevalente¹⁷⁶ nel senso di doversi ritenere soddisfatto il concetto di equa (o giusta) retribuzione allorché il datore di lavoro applicasse le tariffe sindacali vigenti, ciò in attuazione del principio della sufficienza della retribuzione sancito nella predetta disposizione costituzionale e dell’art. 2099, II comma, cod.civ., norma quest’ultima che attribuisce alla pretesa di una giusta retribuzione valore di diritto azionabile in sede giudiziaria.

Altre conseguenze negative erano rinvenibili nella mancata tutela dei lavoratori nelle varie forme di assicurazioni sociali e nella violazione delle norme sulla salute e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, poiché nell’interposizione di un terzo soggetto tra l’impresa ed il lavoratore veniva meno anche la responsabilità dell’utilizzatore per infortuni o malattia professionale, responsabilità che ricadeva invece sull’appaltatore (pseudo-appaltatore), formale datore di lavoro.

Sotto tale profilo, nella relazione allegata alla proposta di legge si sottolineava che l’unico strumento predisposto dall’ordinamento a tutela del lavoratore era rappresentato dal diritto di agire giudizialmente per ottenere una pronuncia di nullità del contratto di appalto. Tuttavia, tale strumento si era dimostrato del tutto inidoneo ed insufficiente, incombendo sul lavoratore l’iniziativa processuale, l’onere della prova del fine fraudolento nonché la “fatica” e la spesa di un non certo breve giudizio. Sotto quest’ultimo profilo si ricorda che la domanda andava promossa nelle forme del processo ordinario di cognizione, caratterizzato da tempistiche tutt’altro che celeri e senza riguardo alcuno alla debolezza insita nell’attore di queste particolari cause, dovendosi attendere più di un decennio (con l’avvento della l. 11 agosto 1973 n. 533 che riformò gli artt. 409-447 del codice di procedura civile) per l’introduzione di un procedimento speciale per le controversie individuali di lavoro.

Date le premesse, difficilmente l’azione giudiziaria promossa dal lavoratore per la corresponsione di quella parte dell’ equo salario sottratta o per il riconoscimento degli obblighi imposti (ed inosservati) dalla legislazione sociale, conduceva ad un esito positivo e, anche in caso di esito positivo, i tempi di giustizia finivano col

¹⁷⁶ Si veda: Corte Cost., sent. 15 novembre 1962, n. 106; tra le più recenti: Cass. 8 gennaio 2007, n. 57, in Guida al lavoro, 2007, n. 12, 76; in dottrina: M. GRANDI, *Prospettive in Italia per una legislazione sui minimi*, in *Pol. Sind.*, 1962, p. 102 e ss.; G.C. PERONE, *Su un’eventuale disciplina legale dei minimi*, in DL, 1971, I, 8; L. ZOPPOLI, *L’articolo 36 della Costituzione e l’obbligazione retributiva*, in *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, (a cura) di B. Caruso, C. Zoli, Napoli, I, 1994, p. 93 e ss..

compromettere in parte o del tutto la fruttuosità e l'efficacia del provvedimento giurisdizionale.¹⁷⁷

In considerazione di ciò, la relazione indicava l'esigenza di sancire con una norma espressa l'illiceità dell'appalto di mere prestazioni di lavoro e di riconoscere di un'azione diretta contro l'imprenditore pseudo-appaltante per tutti i diritti spettanti al lavoratore sulla base della disciplina legale e contrattuale.

Il progetto si componeva di soli due articoli.

L'articolo 1 conteneva il divieto all'imprenditore *“di affidare in appalto od in qualsiasi altra forma di lavoro autonomo l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro per operazioni inerenti alle attività della sua azienda, anche se, per l'adempimento di tali prestazioni, siano da lui ceduti all'appaltatore o al terzo comunque incaricato, in uso gratuito od oneroso, locali, macchinari, od attrezzi, ovvero cedute a qualsiasi titolo le materie prime occorrenti”*.

L'articolo 2 sanciva la responsabilità diretta dell'utilizzatore, prevedendo che in caso di violazione del divieto di cui al precedente articolo 1 l'imprenditore fosse *“direttamente responsabile, a tutti gli effetti, dell'osservanza degli obblighi derivanti dalla legge di tutela e previdenza sociale, per tutti i lavoratori –appaltatore od incaricato compresi– addetti a qualsiasi titolo, anche associativo, all'esecuzione del lavoro costituente oggetto dell'appalto o dell'incarico, come se detti lavoratori fossero suoi diretti dipendenti”*.

Il secondo comma dell'articolo 2 avvalorava l'applicazione e l'efficacia della legge proposta introducendo la sanzione penale dell'ammenda di lire 1'000 per ogni lavoratore illecitamente occupato per ogni giorno di sua occupazione.

E' evidente –e lo stesso relatore del progetto non tace tale circostanza– che la proposta di legge n. 1609 ricalcava, in parte, il disposto dell'art. 2127 cod.civ. sul divieto di interposizione nel lavoro a cottimo, a cui si aggiunge l'espressa affermazione della responsabilità dell'imprenditore per l'adempimento degli obblighi derivanti dalle leggi sociali.

Il secondo progetto fu presentato il 22 giugno 1956 (proposta n. 2334) dai deputati Giuseppe Di Vittorio e Secondo Pessi del partito comunista e dai deputati Fernando Santi, Giacomo Brodolini e Oreste Lizzardi del partito socialista. La proposta di legge era intitolata *“Regolamentazione degli appalti, subappalti ed analoghi contratti relativi a prestazioni di lavoro”*, lasciando intendere, già dal titolo, una

¹⁷⁷ Per una disamina del problema si veda M. TARUFFO, *Il processo del lavoro*, in L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo (a cura di), *Lezioni sul processo civile, Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, Bologna, 1995, p. 99 e segg.

maggior completezza rispetto alla prima bozza. La proposta di legge *de qua* si giustificava infatti con la necessità di integrare e perfezionare il sistema tracciato dalla precedente proposta di legge n. 1609 del 10 maggio 1955.

La nuova proposta appariva più articolata e si sviluppava in cinque articoli.

In primo luogo è opportuno rilevare che questo secondo progetto si discostava dal primo in quanto scompariva ogni riferimento all'appalto di *“mere esecuzioni di lavoro”*. Il progetto, piuttosto, vietava 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”*. Ad essere vietata, dunque, era la fattispecie contrattuale tipica di cui all'art. 1655 cod.civ. allorché il contratto di appalto fosse stato posto in essere per l'esecuzione di opere e servizi con riguardo all' *“attività dell'azienda”*.

La proposta di legge, dunque, partiva dal contratto di appalto, lecito, al fine di evitarne usi distorti e fraudolenti. Il discrimine tra appalto lecito ed illecito era rappresentato dall'attività a cui l'opera od il servizio appaltati si riferivano: se si trattava di un' *“attività dell'azienda”*, l'appalto era illecito e, conseguentemente, nullo.

L'espressione *“attività dell'impresa”* (ripresa con la stessa imprecisione dalla bozza precedente) poteva essere meglio interpretata alla luce di quanto statuito nel successivo art. 2, nel quale il preponente estendeva il divieto *“anche quando il lavoro di cui trattasi abbia carattere accessorio alle attività produttive dell'azienda purché con caratteristiche di continuità o di normale periodicità”*; sicché, le *“attività dell'azienda”*, per esclusione, coincidevano con le attività non accessorie, quindi principali, afferenti il ciclo produttivo.

Per quanto poi riguardava l'estensione del divieto alle attività accessorie queste avrebbero dovuto presentare i requisiti della *“continuità”* o della *“normale periodicità”*, con l'esclusione dunque delle situazioni in cui il ricorso all'appalto fosse stata isolata ed occasionale.

Il disegno di legge, di tali attività accessorie, offriva un elenco (da intendersi esemplificativo e non tassativo, considerato l'utilizzo dell'avverbio *“come”*): *“manutenzione delle macchine, degli impianti e degli stabilimenti”*, *“servizi di pulizia, sorveglianza e simili”*, *“per l'esecuzione degli allacciamenti delle utenze e per la manutenzione degli impianti esterni delle aziende di servizio pubblico, nonché per la gestione parziale di tali servizi”*.

Al fine di disincentivare la pratica riscontrata anche dalla Commissione d'inchiesta di indurre gli stessi lavoratori a costituirsi in pseudo-società o cooperative e ad

assumere in appalto od a cottimo le opere da eseguire,¹⁷⁸ l'ultimo comma dell'art. 2 conteneva la previsione per cui la norma dovesse applicarsi *“anche quando, ai fini dell'esecuzione dell'appalto, subappalto, ecc., i lavoratori - o spontaneamente o per accordi col datore di lavoro - si siano costituiti in cooperativa o qualsiasi altra forma sociale o associativa”*.

Seguivano l'art. 3, con l'indicazione delle sanzioni penali in caso di violazione della legge e pari a lire 1'000 per ogni lavoratore illecitamente occupato per ogni giorno di sua occupazione, e l'art. 4, nel quale si statuiva la responsabilità diretta dell'*“imprenditore”*, precisando che in caso di inadempienza questo sarebbe stato personalmente e direttamente responsabile nei confronti dei lavoratori impiegati in violazione del divieto contenuto agli artt. 1 e 2 sia con riguardo al trattamento economico-normativo che agli adempimenti assicurativi, previdenziali ed assistenziali.

La responsabilità dell'impresa appaltante, infatti, atteneva anche ai rapporti con gli istituti previdenziali per il pagamento dei contributi di legge e delle relative multe e sanzioni per violazioni e ritardi negli adempimenti, così assicurando la rifondazione del danno risentito tanto dai lavoratori quanto dagli enti previdenziali.

L'art. 5, infine, rappresentava un prolungamento dell'art. 4, con l'estensione della responsabilità dell'imprenditore anche all'osservanza delle norme di sicurezza e di igiene sul lavoro.

Le due proposte di legge analizzate non ebbero immediato seguito, fino a quando il 22 luglio 1958 fu presentata una nuova proposta di legge (proposta n. 130) che ne riproduceva, parzialmente, i contenuti e la cui importanza va ad ogni modo ravvisata nella presa di coscienza da parte del legislatore circa la necessità sempre più impellente ed ancora inevasa di intervenire sul problema assai diffuso del lavoro in appalto (o pseudo-appalto).¹⁷⁹

Alla luce delle precedenti proposte la relazione di accompagnamento alla proposta di legge n. 130 ricordava le iniziative dirette a disciplinare il fenomeno degli appalti di manodopera e sottolineava come, nel frattempo, si fosse incardinato un acceso dibattito che divideva coloro i quali ipotizzavano l'introduzione di un divieto assoluto come unica arma efficace per risolvere il fenomeno dell'interposizione fittizia di mano d'opera e coloro i quali, pur esprimendosi in favore della legittimità

¹⁷⁸ Il relatore alla proposta di legge descrive questa pratica come *“un vero e proprio artificio contrattuale atto a mascherare il rapporto di lavoro ed a consentire all'imprenditore quelle illecite economie sui salari”*.

¹⁷⁹ Proposta di legge n. 130 del 22 luglio 1958.

di vietare la fornitura di mano d'opera da parte di imprese costituite a questo unico scopo, non ritenevano altrettanto opportuno estendere il divieto alla cessione in appalto di opere e servizi, seppur rientranti nella normale attività dell'impresa, poiché ciò poteva comunque corrispondere anche ad effettive e valide cause giustificatrici. A tale proposito, nella relazione al progetto è fatto espresso riferimento alla circostanza che le esigenze dell'impresa, in taluni casi, potessero consigliare *“decentramenti produttivi di attività e cessioni appunto di opere e servizi ad autonome organizzazioni di lavoro”*.

In questo terzo progetto prevalse quest'ultimo approccio.

Il proponente rileva dunque la necessità di intervenire solo con riguardo a quelle situazioni che celavano fini fraudolenti, quando l'appalto di opere e servizi fosse cioè attuato all'esclusivo fine di eludere la normativa ed usufruire di forza lavoro sottopagata e senza diritti con conseguente forte disparità di trattamento tra lavoratori direttamente assunti dall'imprenditore e lavoratori alle dipendenze dello pseudo-appaltatore. Sicché, la proposta di legge n. 130 prevedeva all'art. 1 il divieto di appalto di mano d'opera *“sotto qualsiasi forma costituito”* (art. 1), per la violazione del quale avrebbe dovuto applicarsi tanto all'imprenditore quanto all'appaltatore l'ammenda di lire 3.000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di sua occupazione (art. 2).

All'art. 3, con riguardo all'appalto di opere e servizi, compariva il concetto di responsabilità solidale tra committente ed appaltatore allorché il progetto di legge sanciva in capo all'imprenditore che appaltasse *“opere o servizi rientranti nella normale attività produttiva dell'azienda e da eseguirsi all'interno della medesima”* fosse tenuto *“in solido con l'appaltatore ad assicurare ai lavoratori da lui dipendenti il trattamento economico previsto dai contratti collettivi ... e quanto altro attiene al rapporto di lavoro proprio dei prestatori d'opera delle aziende appaltanti”*.

Il progetto, dunque, distingueva, anche alla luce delle osservazioni contenute nella relazione presentata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia, tra appalto di mano d'opera, nel quale *“viene in considerazione il risultato finale dell'opera e del servizio e il compenso dell'appaltatore è determinato in base al risultato”*, e appalto di opere e servizi, nel quale *“il compenso è stabilito in relazione alla qualità e quantità di mano d'opera impiegata”*,¹⁸⁰ ponendo un divieto assoluto con riguardo alla prima fattispecie e limitando le ipotesi di illiceità dell'appalto di opere e servizi nelle sole ipotesi in cui questo avesse ad oggetto le attività proprie dell'impresa, ossia quelle attività

¹⁸⁰ Proposta di legge n. 130, p. 2.

principali ed interne, afferenti il ciclo produttivo e caratterizzanti la realtà aziendale di volta in volta considerata.

Sempre cogliendo le linee guida della Commissione d'inchiesta i preponenti ritennero di poter mantenere in vita il contratto di appalto c.d. "endoaziendale" allorché il ricorso da parte dell'imprenditore a siffatta tipologia contrattuale fosse giustificato da obiettive ragioni tecniche. La circostanza che l'imprenditore ricorresse all'appalto di opere e servizi per la realizzazione di attività *proprie* dell'impresa (tra le quali, per espressa previsione, rientravano "*i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti*") fungeva, dunque, come presunzione assoluta, accertata la quale l'appalto non poteva che considerarsi illecito e, conseguentemente, nullo.

La portata dell'art. 3 era tuttavia attenuata dalla previsione di un termine decadenziale entro il quale il lavoratore alle dipendenze dell'appaltatore doveva avanzare le proprie ragioni nei confronti dell'impresa appaltante: il disegno di legge prevedeva infatti che l'azione avrebbe dovuto proporsi "*durante l'esecuzione dell'appalto e non oltre tre mesi dalla cessazione del medesimo*". Con tale previsione, si intendeva evitare che lo stato di incertezza tra le parti –committente e appaltatore– si trascinasse per troppo tempo oltre la cessazione del rapporto commerciale, così tuttavia imponendo al lavoratore un termine assai breve entro cui potere rivalersi.

In caso di inosservanza di cui all'art. 3 era inoltre prevista una sanzione "ridotta" rispetto a quella comminata nell'ipotesi di appalto di mere prestazioni di mano d'opera e consistente nell'ammenda di lire 1'000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di sua occupazione (art. 4).

Infine la proposta di legge estendeva le previsioni in essa contenute "*anche allo Stato ed alle pubbliche amministrazioni*", sulla scorta delle osservazioni svolte dalla Commissione d'inchiesta che avevano denunciato le pratiche scorrette in questo settore.

Sempre il 22 luglio 1958 fu presentata una seconda proposta di legge (proposta n. 134).

Nella relazione al progetto di legge n. 134 si evidenziava come la tendenza ad affidare in appalto od attraverso altre forme contrattuali attività "normali" dell'azienda fosse riconducibile il più delle volte a finalità fraudolente ed elusive, tra le quali senza dubbio rientravano la sotto retribuzione, l'elusione degli adempimenti assicurativi, la violazione delle norme sul collocamento e di quelle sulla prevenzione degli infortuni nonché "*il tentativo di divisione e di*

assoggettamento morale dei lavoratori, la ricerca della massima elasticità nell'occupazione" con l'ulteriore conseguenza negativa che derivava dalle pratiche illecite di cui si discute del crearsi di una frattura tra lavoratori assunti direttamente dall'appaltante e lavoratori assunti dall'appaltatore e di una ancora maggiore inferiorità dei lavoratori di entrambe le categorie determinata dalla circostanza che l'adibizione di personale non direttamente assunto e non correttamente retribuito fungeva da *"settore di prova e da strumento di manovra nei riguardi della mano d'opera normalmente occupata"*, profilandosi il processo di segmentazione lo strumento per la sostituzione di lavoratori dipendenti direttamente dall'imprenditore con altri lavoratori disposti a lavorare ad un minor costo.¹⁸¹

Anche in questo progetto veniva manifestata l'intenzione di non colpire indiscriminatamente tutte le ipotesi di appalto di opere e servizi, ma di affrontare il fenomeno nella sua complessità così da *"far sussistere le sole applicazioni economicamente e tecnicamente fondate di tale rapporto"* finalizzate e dirette a *"realizzare possibilità di specializzazione; di divisione del lavoro; di sana riduzione dei costi di produzione non basata sulla sotto-retribuzione; sulla violazione della legislazione sociale; sullo sfruttamento accentuato del lavoro"*.¹⁸²

La proposta di legge individuava dunque tre ipotesi vietate.

Ad essere vietata era, anzitutto, la concessione in appalto (o subappalto, o qualsiasi altra forma di lavoro autonomo) di mere prestazioni di lavoro e di fornitura di mano d'opera (art. 1).

Parimenti vietato era l'appalto di opere e servizi che rientrassero nella *"parte integrante dell'attività normale dell'azienda"* (art. 2).

La terza ipotesi era desumibile a contrario. Il progetto statuiva infatti la liceità dell'appalto di opere e servizi *"accessori, occasionali od eccezionali"* se eseguiti con capitali, macchine ed attrezzature dell'appaltatore; in assenza di tale condizione –il cui richiamo ai requisiti di cui all'art. 1655 cod.civ. pare evidente– il ricorso all'appalto era da considerarsi escluso. Peraltro, le lavorazioni con carattere di accessorietà, occasionalità ed eccezionalità per le quali era ammessa la concessione del lavoro in appalto avrebbero dovuto, nell'idea dei preponenti, essere tipizzate ad opera del Governo in apposite tabelle, emanate entro un anno dall'entrata in vigore della legge (art. 8).

¹⁸¹ Proposta n. 134, p. 1.

¹⁸² Proposta n. 134, p. 2.

E' evidente come la proposta pur mostrandosi severa si riveli poi gracile nelle espressioni utilizzate e negli strumenti apprestati: la particolarità di ogni azienda attiene anche a quelle che sono le attività di cui si compone e non sempre è facile distinguere le attività principali dalle attività accessorie. Inoltre, troppo laborioso era il processo di elencazione di tutte le attività nelle quali l'appalto era ammesso della legge e per la cui redazione era anche previsto il parere di un'apposita commissione composta dai rappresentanti delle principali organizzazioni sindacali di lavoratori e di datori di lavoro.

Individuata l'ipotesi lecita nell'appalto di opere e servizi per attività accessorie, occasionali od eccezionali al ciclo produttivo sempre ché eseguiti con capitali, macchine ed attrezzi di spettanza dell'appaltatore, il disegno di legge proseguiva nel conferirne disciplina, prevedendo anzitutto che l'appaltatore fosse tenuto ad applicare al proprio personale il trattamento economico e normativo applicato ai lavoratori dipendenti dell'impresa committente (art. 4); sancendo poi la responsabilità personale dell'imprenditore nei confronti dei lavoratori occupati dall'impresa appaltante ed il principio della solidarietà dell'appaltante con riguardo agli istituti previdenziali, per i pagamenti dei contributi di legge (art. 5); con l'obbligo, infine, in capo all'imprenditore nei confronti dell'appaltatore rispetto all'osservanza delle regole in materia di sicurezza e di igiene, accollando in capo al primo una corresponsabilità per le eventuali conseguenze della trascuranza di dette norme (art. 6).

La sanzione penale per le violazioni ai divieti consisteva nell'ammenda di lire 2'000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giorni di occupazione, sanzione raddoppiata in caso di recidiva (art. 9).

Da ultimo, il progetto disciplinava una particolare procedura di notifica e di pubblicità dei contratti di appalto che coinvolgeva l'Ufficio del lavoro (art. 7), che era chiamato a svolgere una funzione di controllo.

Nella sovra citata proposta, in sintesi, l'appalto di opere e servizi era di fatto "bandito" e le ipotesi in cui tale contratto risultava ammesso rappresentavano l'eccezione alla regola.

Le due proposte di legge presentate il 22 luglio 1958 (n. 130 e n. 134) furono successivamente esaminate dalla Commissione Industria, la quale espresse parere favorevole su entrambe le proposte (tra loro però significativamente diverse), e dalle Commissioni Giustizia e Lavoro, le quali Commissioni decisero di nominare un apposito Comitato (c.d. "ristretto") con il compito di elaborare un testo che

cogliesse gli spunti di ciascuna iniziativa ed i giudizi ed i suggerimenti delle Commissioni.

Alla seduta del 7 settembre 1959 gli onorevoli Andreucci e Buttè relazionarono sulla nuova proposta nella quale erano confluite le proposte di legge n. 130 e n. 134.¹⁸³

La relazione di accompagnamento è volta principalmente a giustificare la necessità di giustificare un potenziale intervento di revisione degli schemi e degli equilibri del codice civile. I relatori offrono un ragionamento giuridico a premessa del progetto che trova la sua ragion d'essere nella sentita preoccupazione di intaccare la disciplina del codice civile.¹⁸⁴

I relatori osservarono anzitutto che per indicare il fenomeno della fornitura di mere prestazioni di lavoro era impropriamente utilizzato il termine “appalto”; di tale tipologia contrattuale, cui nozione è contenuta all'art. 1655 cod.civ., la fattispecie che si intendeva vietare non ne presentava gli elementi essenziali.

La disciplina codicistica, infatti, individua nell'appalto il contratto tramite il quale *“una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”*. Caratteristica dell'appalto è, dunque, la gestione “a rischio” dell'appaltatore, il quale provvede –operando in autonomia rispetto al committente e secondo la propria discrezionalità e diligenza– ad organizzare tutti i “mezzi necessari” per l'esecuzione del contratto *de quo*.

Al contrario, nell'ipotesi dell' “appalto” di mano d'opera si realizza l'interposizione di un soggetto terzo –impropriamente definito appaltatore– il quale si limita ad assumere formalmente, retribuire e, solo in alcuni casi, dirigere, i lavoratori, delle cui prestazioni beneficia l'imprenditore –impropriamente definito appaltante– , senza impiego di mezzi propri (capitale ed attrezzature).

L'appaltatore (propriamente detto) diversamente da quanto avviene nell' “appalto” di mano d'opera, non può che essere un imprenditore; elemento quest'ultimo che vale a distinguere il contratto di appalto dal contratto di lavoro autonomo di cui all'art. 2222 cod.civ. nel quale l'opera od il servizio sono resi con lavoro prevalentemente proprio ed anche in assenza di appositi complessi produttivi.

¹⁸³ Proposta di legge n. 130 e 134 - A

¹⁸⁴ Non tutti condividevano però queste incertezze; alla seduta dell'8 ottobre 1959 On. Maglietta: “Non penso, quindi, che noi dobbiamo giustificarci come se ci preparassimo a distruggere schemi intoccabili. In questo io dissento dal relatore. Vi è una realtà di cui bisogna tenere conto. La legge è buona quando garantisce, non è buona quando non dà sufficienti garanzie a coloro che deve tutelare. E' lo stato di fatto (...) che ha determinato l'esigenza di una legge di protezione dei lavoratori contro alcune forme anomale di appalto.”

L'artigiano, così come il professionista intellettuale, impiega essenzialmente il lavoro personale che prevale sull'attrezzatura materiale utilizzata; l'appaltatore, invece, impiega capitali ed attrezzature propri, nonché organizza i fattori di produzione, assumendosi, quindi, un rischio ben maggiore.¹⁸⁵ Pertanto, quando l'opera od il servizio è prestato da una grande o media impresa che si valga della propria organizzazione, si verte nell'ipotesi del contratto di appalto, mentre quando l'opera o il servizio è prestato con lavoro prevalentemente proprio si ha un contratto d'opera.

Invero, la fattispecie di cui all'art. 2222 cod.civ. si realizza allorché *“una persona si obbliga a compiere verso corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente”*.

Tale definizione porta ad escludere che i rapporti di esecuzione di mere prestazioni di lavoro possano essere ricondotti, nella generalità dei casi, a quelli fissati dall'art. 2222 cod.civ. . E' infatti pressoché nulla, nella fattispecie considerata dall'art. 2222 cod.civ., l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato fra l'imprenditore ed altri soggetti adibiti alla realizzazione dell'opera o del servizio, poiché –per l'appunto– è lo stesso lavoratore autonomo che, personalmente, vi provvede.

Sicché, nel caso dell' "appalto" di mano d'opera non è configurabile né il contratto di appalto (art. 1655 cod.civ.), in quanto mancano sia un'adeguata organizzazione dei mezzi di produzione che la gestione a proprio rischio, né il contratto d'opera (art. 2222 cod.civ.) in quanto mancano sia l'autonomia sia il rischio che contraddistinguono la posizione del lavoratore autonomo.¹⁸⁶ Ne è possibile ricondurre l' "appalto" di mano d'opera anche nell'ambito del contratto di somministrazione di cui all'art. 1559 cod.civ. poiché formano oggetto di siffatta fattispecie contrattuale *“le prestazioni periodiche o continuative di cose”*, ciò escludendo espressamente la possibilità di fare rientrare nell'ambito della disposizione la fornitura di servizi e di mano d'opera. Sul punto però la dottrina è in disaccordo in quanto vi è chi rileva che la limitazione delle cose non debba intendersi tassativa.¹⁸⁷

¹⁸⁵ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, p. 729 e ss.;

¹⁸⁶ A. GUARNIERI, *La posizione dell'interposto nell'appalto di manodopera*, in RIDL, 1988, p. 77 e ss (qui p. 111).

¹⁸⁷ G. BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1965; il quale autore afferma che *“la limitazione alle «cose», che è nella lettera della legge, non deve ritenersi tassativa. Basti considerare, con qualche attenzione, la norma di rinvio contenuta nell'art. 1677, per comprendere come lo stesso sistema legislativo, in*

Il relatore giunse dunque alla conclusione che il rapporto di esecuzione di mere prestazioni di lavoro non essendo riconducibile ad alcuna delle fattispecie sovra indicate fosse un contratto innominato.

Come noto, la disciplina dei contratti è improntata al principio dell' "autonomia contrattuale" in base al quale per un verso le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto ossia le clausole contrattuali, sempre nei limiti imposti dalla legge (art. 1322, comma I, cod.civ.) sia il "tipo" contrattuale .

Per quanto attiene quest'ultimo aspetto, le parti non devono necessariamente adottare, per regolare l'affare che intendono compiere, uno degli schemi contrattuali del codice (c.d. contratti tipici o nominati) ma possono scegliere di concludere anche un contratto che non appartiene ai tipi aventi una disciplina particolare (appunto, contratti atipici o innominati), elaborando il modello contrattuale che ritengono più idoneo al soddisfacimento degli specifici risultati perseguiti.

Tali contratti "innominati" trovano ampia diffusione nella prassi, tanto da essere definiti "socialmente tipici" allorché lo stesso modello sia largamente diffuso tra gli operatori. In talune ipotesi il legislatore ha valutato l'opportunità di disciplinare i contratti innominati; alcuni di questi, peraltro, in seguito alla loro ampia diffusione, sono divenuti oggetto di un'apposita disciplina legale.

I contratti atipici però sono validi ed efficaci purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.¹⁸⁸

Il fenomeno dell' "appalto" di mano d'opera è fortemente praticato ma del tutto illecito in quanto finalizzato al raggiungimento di un fine non certo meritevole di tutela.

La materia, dunque, non risultava direttamente disciplinata dal codice civile e pertanto l'intervento legislativo sulla questione dell' appalto (o fornitura) di mano d'opera non sembrava richiedere modifiche al codice civile; invero si riteneva che ampliando i margini di principi e regole (quali l'art. 2127 cod.civ.) già applicati alle nuove forme contrattuali che si erano sviluppate nel corso degli anni e che avevano leso i diritti dei lavoratori.

Altra discussione che si accese riguardò l'ampiezza del divieto, ossia se esso dovesse assoluto o relativo, proprio con riguardo alla fornitura di mere prestazioni di lavoro, un divieto assoluto o generale.

aderenza alla pratica diffusa, ammette somministrazioni con oggetto di altra natura, ivi compresi opere e servizi" (p. 30).

¹⁸⁸ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *ult. op. cit.*, p. 488 ss.

Come si è avuto modo di riscontrare nei due progetti originari presentati (proposta di legge n. 1609 e proposta di legge n. 2334) il divieto del contratto di appalto di mere prestazioni di lavoro era esplicitamente limitato alle prestazioni lavorative “inerenti all’attività dell’azienda”: erano dunque escluse dall’ambito di applicabilità del divieto le prestazioni che non potessero considerarsi “proprie” dell’azienda, ossia inerenti al processo produttivo.

Tuttavia, tale delimitazione fu soppressa per le medesime ragioni che erano state sollevate con riguardo alle originarie proposte di legge, ossia perché le espressioni “prestazioni inerenti all’attività dell’azienda” e “processo produttivo normale dell’impresa” erano contrassegnate da eccessiva vaghezza così da rendere incerti i confini di applicazione del divieto.

Per quanto invece concerneva l’intervento legislativo resosi necessario per l’uso distorto di un contratto tipico e pertanto lecito, quale è il contratto di appalto ex art. 1655 cod.civ., il relatore non poté che ammettere la necessità di modificare gli schemi pre-esistenti del codice civile. La disciplina codicistica, infatti, non richiedeva solo un’estensione o un’integrazione, ma doveva necessariamente essere riformulata.

La soluzione fu ricercata nello strumento della parità di trattamento tra lavoratori assunti e retribuiti dall’appaltante e lavoratori assunti e retribuiti dall’appaltatore, con la previsione di “un trattamento minimo inderogabile retributivo e garantendo un trattamento normativo non inferiore di quello spettante ai lavoratori dipendenti delle imprese appaltanti” e nello strumento della solidarietà passiva tra l’impresa appaltante e l’impresa appaltatrice (art. 3) .

Nella relazione emergono, anche in questo caso, riflessioni sulla portata degli strumenti utilizzati al fine di reprimere pratiche largamente praticate di sfruttamento dei lavoratori; dubbi, in particolar modo, furono sollevati sul regime solidaristico che comprometterebbe la natura stessa del contratto di appalto, in cui è l’appaltatore ad assumersi il rischio circa il compimento dell’opera o del servizio.

Precedenti applicazioni del concetto di solidarietà passiva ad istituti contrattuali particolari si avevano all’art. 1676 cod.civ., laddove, proprio in materia di appalti, si prevedeva che *“coloro che, alle dipendenze dell’appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l’opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l’appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda”* e all’art. 1595 c.c. in cui è stabilito che *“Il locatore, senza pregiudizio dei suoi diritti verso il conduttore, ha azione diretta contro il sub-conduttore per esigere*

il prezzo della sublocazione, di cui questi sia ancora debitore al momento della domanda giudiziale, e per costringerlo ad adempiere tutte le altre obbligazioni derivanti dal contratto di sublocazione”.

Tuttavia “*questo concetto della solidarietà è indubbiamente nuovo*”, nell’ambito di cui si tratta, anche sotto il profilo giurisprudenziale.

La giurisprudenza in precedenza si era espressa nel senso di dichiarare la responsabilità del committente nel caso di conseguenze dannose che potessero derivare dall’esecuzione dell’opera allorché il committente si fosse ingerito nei lavori con direttive vincolanti che avessero ridotto l’appaltatore al rango di “*nudus minister*”. Questo sulla base dell’argomento che venendo meno l’autonomia dell’appaltatore, non era a lui imputabile la responsabilità tecnica.¹⁸⁹

Non poteva, in questo caso, parlarsi di vera e propria solidarietà in quanto nell’ipotesi descritta la responsabilità ricadeva totalmente sul committente mentre nel principio che voleva affermarsi sussiste una corresponsabilità del committente e dell’appaltatore, pertanto, anche con riguardo a quest’ultimo la responsabilità permane.

La proposta di legge che rappresenta la base del testo normativo definitivamente approvato è composta da 7 articoli e si articolava sostanzialmente in tre parti.

Nella prima parte emergeva l’intenzione del legislatore di prevenire, vietandole, pratiche fraudolente, mascherate sotto forma di appalti, sub-appalti od altre tipologie contrattuali, mediante le quali l’imprenditore si proponeva di defraudare il lavoratore dal trattamento retributivo e normativo, che gli competeva.

La seconda parte rappresentava una vera e propria innovazione dal punto di vista giuridico; si interveniva infatti nell’ambito dell’appalto di opere e servizi, formalmente lecito, per disciplinare situazioni che, seppur non dettate da propositi di frode, tuttavia potevano determinare sperequazioni economiche che dividevano la classe dei lavoratori fra coloro i quali erano assunti alle dirette dipendenze dell’impresa appaltante e color i quali dipendevano dall’appaltatore. Infine, nella terza parte della proposta di legge trovavano spazio le sanzioni penali a carico degli inadempienti ed alcune disposizioni di carattere processuale ed amministrativo, anche per la competenza a vigilare sull’applicazione della legge, affidata al Ministero del lavoro, che avrebbe esercitato questa funzione attraverso l’Ispettorato del lavoro.

¹⁸⁹ Cass., sent. 15 maggio 1972, n. 1475. In dottrina: D. RUBINO, *Dell’appalto. Artt. 1655-1677*, in *Commentario del codice civile*; a cura di Scialoja e Branca, vol. 4, Bologna-Roma, 1961, 202.

L'art. 1 della proposta di legge configurava tre ipotesi: anzitutto era posto il divieto di appalto (o sub-appalto) per l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro, mediante l'impiego di mano d'opera, assunta e retribuita dall'appaltatore, qualunque fosse la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferivano (co. 1); il preponente allargava il divieto contenuto all'art. 2127 cod.civ., estendendo ai terzi e a società cooperative il divieto stesso (co. 2); si precisa poi che la fattispecie violata ricomprendeva anche l'ipotesi apparentemente lecita di appalto di opere o servizi allorquando l'appaltatore avesse impiegato capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante (co. 3).

La proposta di legge estendeva il divieto alle aziende di Stato ed agli enti pubblici pur nella difficoltà di conciliare le dinamiche inerenti al rapporto di lavoro nel pubblico impiego (con particolare riguardo alla fase di costituzione del rapporto di lavoro che avviene solo a seguito di vincita di apposito bando) con le sanzioni previste dalla legge in presenza di violazioni (co. 4).

L'ultimo comma sanzionava la violazione dei divieti con l'imputazione dei rapporti di lavoro direttamente in capo all'appaltante, con la conseguenza che i prestatori di lavoro occupati dall'appaltante, solo formalmente assunti dall'appaltante, erano considerati a tutti gli effetti della legge e del contratto alle dipendenze dello stesso (co. 5).

L'art. 3 costituiva la parte più innovativa, modificatrice della disciplina dell'appalto. Si verteva, infatti, nell'ambito dell'appalto di opere e servizi che dell'appalto medesimo possedeva tutti gli elementi: l'esecuzione di un'opera o di un servizio, l'organizzazione dei mezzi necessari, la gestione a rischio dell'appaltatore. Tuttavia, tale fattispecie lecita –come è stato più volte sottolineato– poneva la mano a pratiche che comportavano speculazioni di ogni tipo sul trattamento dei lavoratori; pertanto, al fine di evitare che si realizzasse un abuso di tale fattispecie contrattuale, proposto lo schema della responsabilità solidale per cui l'appaltante era tenuto con l'appaltatore a garantire ai lavoratori, dipendenti di quest'ultimo, un trattamento minimo inderogabile retributivo ed un trattamento normativo non inferiore a quello applicato ai lavoratori alle dirette dipendenze dell'appaltante; il regime della solidarietà passiva si estendeva anche alle assicurazioni sociali. Inoltre, nel disegno di legge *de quo* si imponeva in capo all'imprenditore committente l'obbligo di vigilare sul rispetto, da parte dell'appaltatore, delle norme di sicurezza e di igiene sul lavoro.

L'art. 5 introduceva una serie di eccezioni alla nuova disciplina degli appalti che dovevano intendersi tassative (quali: appalti di costruzioni edilizie all'interno degli

stabilimenti, appalti per installazione o montaggio di impianti e macchinari; lavori di manutenzione straordinaria); ma alla lettera f) era comunque prevista una clausola che apriva ad altre ipotesi non espressamente contenute nella norma in quanto si prevedeva che il principio di solidarietà non operasse con riguardo “*agli appalti per prestazioni saltuarie ed occasionali, di breve durata, non ricorrenti abitualmente nel ciclo produttivo e nell’organizzazione dell’impresa*”, inserendo peraltro un meccanismo piuttosto complesso per cui l’esclusione della disciplina richiede, caso per caso, l’autorizzazione dell’Ispettorato del lavoro. L’intento era quello di garantire un esame preventivo del singolo contratto di appalto (ad opera dell’Ispettorato), prevenendo eventuali violazioni dell’ambito di applicabilità della disciplina e conseguentemente il contenzioso giudiziario.

Dubbi erano stati formulati con riguardo all’inciso “*di breve durata*” riferito agli appalti per prestazioni saltuarie ed occasionali ammessi in via eccezionale al divieto posto all’art. 3 del disegno di legge. Tale espressione infatti lasciava spazio ad interpretazioni diverse, ancorché la decisione venga rimessa all’autorità giudiziaria. Tuttavia la proposta di stabilire una durata esatta e non prorogabile (individuato nella durata di otto giorni prima e quindici giorni poi) non fu condivisa, in ragione del fatto che, per i più, si trattava di situazioni e di esigenze di volta in volta variabili e non assimilabili; sicché, con riguardo a ciascun caso, fu osservato che sarebbe stato difficile prevedere l’estensione temporale dell’attività e poiché era attribuita all’Ispettorato del lavoro la facoltà di stabilire la natura dell’appalto si ritenne opportuno demandare a tale organismo anche l’accertamento della durata.

L’art. 4 introduceva un termine di decadenza (pari ad 1 anno) per l’esercizio dei diritti spettanti ai prestatori di lavoro, ai sensi dell’art. 3. Nel dibattito tra coloro i quali ritenevano che la previsione di un limite temporale potesse inficiare l’efficacia del vincolo solidaristico e coloro i quali ritenevano che i lavoratori avrebbero dovuto agire con sollecitudine al fine di prevenire l’incertezza nei rapporti commerciali tra le parti, promuovendo una spedita liquidazione delle reciproche posizioni a cessazione naturale del contratto di appalto, prevalsero questi ultimi.

Peraltro, la questione se adottare l’istituto della decadenza anziché quello della prescrizione era stato ampiamente discusso. Alla fine si optò per l’istituto della decadenza, in considerazione della circostanza che la prescrizione presuntiva di un anno poteva dare luogo ad incertezze ed alla possibilità di “lungaggini”, in quanto tale presunzione poteva dunque essere interrotta e sospesa facilmente. La scelta, dunque, fu quella di stabilire un termine inderogabile di decadenza, affinché la

responsabilità tra l'appaltatore e l'appaltante cessasse in modo definitivo ed irrevocabile alla scadenza dell'anno dalla cessazione dell'appalto.

Al fine di rendere la legge efficace furono dettate rigorose sanzioni penali.

L'art. 2 comminava la sanzione penale dell'ammenda pari a lire 2'000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata lavorativa di occupazione.

L'art. 6 prevedeva la sanzione penale dell'ammenda di lire 1'000, più bassa rispetto a quella applicata nell'ipotesi di appalto di mere prestazioni di lavoro. Le sanzioni penali previste non erano pertanto uniformi. La giustificazione è presumibilmente da ricercarsi nella maggiore gravità della violazione del divieto previsto con riguardo ad una fattispecie particolarmente mal vista dall'ordinamento, rispetto ad ipotesi comunque riconducibili ad una tipologia contrattuale, quella del contratto d'appalto, tendenzialmente lecita salvo i limiti che la legge impone.

Per quanto invece atteneva la violazione dell'art. 3 sull'appalto di opere e servizi posto in essere per il perseguimento di fini fraudolenti all'appaltatore (e solo a questi) era comminata l'ammenda di lire 1'000 per ogni lavoratore cui si riferiva l'inosservanza e per ogni giornata di sua occupazione. Il comma 2 del medesimo articolo, statuiva poi l'imprenditore era civilmente responsabile per il pagamento dell'ammenda di cui al comma precedente.

Questa fu la proposta di legge (n. 130-A e n. 134-A) votata dalla camera dei deputati nella seduta pomeridiana del 15 ottobre 1959 ed approvata con ampia maggioranza (370 favorevoli; 38 contrari).

In seguito al passaggio in Senato furono tuttavia apportate alcune modifiche. All'assemblea, infatti, furono proposti alcuni emendamenti, in parte approvati.

Il primo nucleo di modifiche atteneva l'improprio utilizzo all'art. 1 del termine "appalto" o "sub-appalto". Si rilevò che nell'interposizione non ricorreva alcuno degli elementi che caratterizzavano l'appalto di opere e servizi.

La terminologia –tanto inesatta quanto ampiamente diffusa nel linguaggio comune– appariva ancor più inappropriata alla luce della novella disciplina che interveniva proprio sull'istituto dell'appalto di opere e servizi. Invero, le ipotesi più dilaganti e preoccupanti di interposizione erano realizzate nella forma della "somministrazione di mano d'opera", per nulla riconducibile all'istituto della somministrazione di diritto comune, bensì strumento negoziale per la realizzazione dell'interposizione.

La giurisprudenza dell'epoca¹⁹⁰ aveva infatti osservato che, qualora un lavoratore fosse assunto da un'impresa per essere assegnato ad altra impresa, nella cui organizzazione si inseriva, si poneva in essere non un appalto di lavoro ma un contratto di somministrazione, *latu sensu*, di mano d'opera, sorgendo un diretto rapporto tra il lavoratore e quest'ultima impresa, tenuta ad applicare il trattamento economico e normativo di cui fruivano gli altri dipendenti.

Inoltre, il limitare il divieto della fornitura di mano d'opera all'appalto, oltre che ad essere assai impreciso avrebbe determinato incertezze non lievi tanto nell'interpretazione della legge quanto nella sua applicazione, anche in considerazione della prassi, ampiamente diffusa tra gli intermediari, di ricorrere a sempre nuove figure negoziali (ossia a quei contratti innominati di cui poc'anzi si discorreva).

Sicché, in Senato fu approvato il seguente emendamento che incideva sull'art. 1, modificandone in particolare modo il comma 1: "E' vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono".

L'aggiunta dell'espressione "o in qualsiasi altra forma", peraltro presente nelle prime due proposte di legge, era motivata dalla necessità di ampliare la portata della disposizione, includendo anche altre figure, atipiche, che alla definizione di "appalto e subappalto" strettamente intesa sarebbero, altrimenti, sfuggite.

Tale ragione, ossia l'inadeguatezza dell'uso del termine "appalto" per indicare altri fenomeni, è alla base anche della rivisitazione del titolo della legge che divenne "*Divieto d'intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina nell'impiego di manodopera*". La nuova formulazione del titolo appariva maggiormente conforme al contenuto sostanziale della legge, volta a vietare ogni forma di intermediazione nelle prestazioni di lavoro.

La seconda importante modifica apportata in Senato riguardava il coordinamento della disciplina nel settore del pubblico impiego. L'art. 1 prevedeva infatti che i

¹⁹⁰ Pretura di Pisa 27 giugno 1978 in *Foro It.* 1979, I, 573 "Anteriormente all'entrata in vigore della legge 1369/1960, era configurabile una illecita interposizione nei rapporti di lavoro, nel caso in cui un imprenditore si fosse avvalso, all'interno della propria impresa dell'opera di un lavoratore, formalmente dipendente da una cooperativa, che, pur apparendo come appaltatrice, si fosse limitata alla mera somministrazione di manodopera in favore del committente, derivandone che il giudice, adito dal lavoratore, deve dichiarare la nullità, per frode alla legge, della combinazione negoziale realizzata e la sua conversione in un lecito rapporto di lavoro subordinato con l'imprenditore committente".

divieti si applicassero anche “alle aziende dello Stato ed agli Enti pubblici, anche se gestiti in forma autonoma”.

In Senato si ritenne necessario aggiungere un nuovo articolo (art. 7-bis, che nel testo definitivo divenne l'art. 8) a completamento dell'ultimo comma dell'art. 1 in base al quale: *“Con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta congiunta dei Ministri delle finanze, dei trasporti, delle poste e telecomunicazioni e del lavoro e della previdenza sociale, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, saranno emanate le norme per la disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti concessi dalle Amministrazioni autonome delle Ferrovie dello Stato, dei Monopoli di Stato e delle Poste e telecomunicazioni, in conformità con le disposizioni di cui ai precedenti articoli, tenendo conto delle esigenze delle Amministrazioni stesse e salvaguardando gli interessi del personale dipendente dalle imprese fornitrici di mano d'opera”*.

La norma non aveva portata sostanziale ma dichiarativa, in quanto necessitava di essere riempita di contenuto da altri provvedimenti legislativi. Peraltro al fine di evitare conseguenze derivanti dalla mancata attuazione del Governo circa l'invito ivi contenuto fu accolto un ulteriore emendamento che prevedeva l'applicazione della legge, *sic et simpliciter* qualora le predette norme non venissero varate nei termini assegnati.

Con decreto presidenziale furono emanate le previste norme per una particolare disciplina dell'impiego di mano d'opera in questi particolari settori. Il DPR 22 novembre 1961 n. 1192 (intitolato “Norme per la disciplina dell'impiego della mano d'opera negli appalti concessi dalle Amministrazioni autonome delle ferrovie dello Stato, dei monopoli di Stato e delle poste e telecomunicazioni”) stabiliva che eccezionalmente potesse derogarsi al divieto di cui alla l. 1369 allorché si rendesse necessario fronteggiare eventi straordinari di pubblica calamità ovvero pregiudizievoli della incolumità pubblica (art. 1); inoltre in luogo della responsabilità e degli obblighi sanciti dall'art. 3 a carico degli imprenditori era previsto che le pubbliche amministrazioni de quo fossero tenute ad inserire nel contratto di appalto apposite clausole che assicurassero ai lavoratori dipendenti dalle imprese appaltatrici il trattamento normativo ed economico previsto dal contratto collettivo di lavoro vigente per la categoria durante l'esecuzione dell'appalto e comunque non inferiore a parità di mansioni a quello spettante ai lavoratori dipendenti delle predette amministrazioni.

Il decreto d'esecuzione prevedeva inoltre che nei casi di inosservanza dell'art. 3 della l. 1369 non si applicasse il regime sanzionatorio previsto dall'art. 6 (art. 3).

Inoltre, per quanto riguardava le Ferrovie dello Stato, là dove la Commissione d'inchiesta aveva rilevato ampie forme di abuso dei lavoratori, era stata prevista una norma *ad hoc*, il finale art. 4, che autorizzava la predetta amministrazione ad avvalersi di personale temporaneo di personale operaio ed impiegatizio per un periodo di tempo non superiore a 6 mesi, salvo, nei casi di necessità, di nuova assunzione per un periodo successivo di pari durata e non ulteriormente rinnovabile.

Il testo normativo, parzialmente modificato dal Senato, fu definitivamente accolto, senza ulteriori modifiche e dibattiti, nella seduta del 6 ottobre 1960.

3. OSSERVAZIONI SULLA LEGGE N. 1369 DEL 1960.

Da tempo attesa, preceduta da un'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia, e accompagnata da ampie relazioni dalle quali è emerso l'accordo, almeno con riguardo ai punti essenziali, delle forze politiche, la l. 23 ottobre 1960 n. 1369 intervenne finalmente a disciplinare il tema degli "pseudo-appalti" colmando le lacune del codice civile.

Le legge, ispirata dal precedente intervento legislativo in materia di lavoro a domicilio¹⁹¹ e parzialmente anticipata dalla specifica regolamentazione dei rapporti interpositori nel settore edile¹⁹², ampliò la portata di quell'unica norma codicistica che vietava il c.d. cottimo collettivo autonomo, avvalorandone l'applicazione con sanzioni penali.

La legge 23 ottobre 1960 n. 1369 recava nel suo titolo la formula "Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro", dell'imprenditore come interponente, dell'assuntore come interposto e, in genere, di interposizione in materia di lavoro.

In particolare la legge regolava "*la repressione dell'attività negoziale diretta ad eludere la disciplina imperativa del rapporto di lavoro mediante l'interposizione di un terzo soggetto tra imprenditore e lavoratori*".¹⁹³

La legge nacque però con un vizio d'origine: quello di non aver offerto una definizione precisa di interposizione, concetto del quale si era costretti a desumere

¹⁹¹ L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, op. cit., p. 100.

¹⁹² P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., prg. 119.

¹⁹³ A. GUARNIERI, *La posizione dell'interposto nell'appalto di manodopera*, in RIDL, 1988, I, p. 77; v. anche: A. GUARNIERI, *Interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro e la problematica civilistica*, in RIDL, 1987, 432 ss..

la definizione a contrario: è interposizione ciò che non è appalto di opere e servizi.¹⁹⁴

Il concetto di interposizione era già noto al diritto comune, quale termine più ampio entro il quale sono riassunti una serie di fenomeni giuridici assai diversi tra loro. La formula si presta dunque a fungere da “denominatore comune”¹⁹⁵ a figure tra loro diverse, complesse e controvertibili, come la c.d. rappresentanza indiretta e la simulazione soggettiva, altrimenti denominata interposizione fittizia di persona, che ricorre quando il contratto simulato sia stipulato tra due soggetti, con l'accordo (dissimulato) di entrambi che gli effetti dell'atto di verificheranno nei confronti di un terzo soggetto e con l'intesa di quest'ultimo.

Parte della dottrina convergeva comunque nel trattare questa specifica forma di interposizione, l'interposizione nel rapporto di lavoro, come fattispecie a sé stante, non riconducibile nell'alveo del concetto di “interposizione” sino a quel momento (ossia sino all'emanazione della l. n. 1369) conosciuta.¹⁹⁶

Del resto, come è stato correttamente affermato, “*Le caratteristiche peculiari del rapporto di lavoro subordinato, in specie, la singolarità dell'oggetto, costituito dalla prestazione di lavoro di un soggetto alle dipendenze di un altro, col suo carattere strettamente personale, non possono ... essere trascurate*”, in quanto, diversamente da quanto accade per i fenomeni giuridici catalogati nell'ambito dell'interposizione di persona, la problematica che qui rileva non attiene all'acquisto o all'alienazione di un bene attraverso un terzo soggetto interposto, bensì alla prestazione di lavoro subordinato, che “*non può essere considerato alla stregua d'un qualsiasi altro bene idoneo a costituire oggetto di un diritto di cui si possa liberamente disporre, trasferendolo ad altri*”.¹⁹⁷

La peculiarità dell'interposizione nel rapporto di lavoro, ravvisabile nella diretta inerenza del prestatore di lavoro nell'organizzazione dell'impresa, non consentiva che tale figura fosse assimilabile a quelle già note di interposizione vietata, quali sono, a titolo esemplificativo, le ipotesi di cui agli articoli 323, 1261, 1471 del codice civile in cui il compimento degli atti indicati nelle singoli fattispecie giuridiche per

¹⁹⁴ M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, op. cit., p. 288. Così anche A. BELLAVISTA, *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*, in *Giust. civ.*, f. 12, 1998, p. 3223.

¹⁹⁵ G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*, p. 14 e 15.

¹⁹⁶ *Ibidem*; contro: A. GUARNIERI, *La posizione dell'interposto ...*, op. cit., p. 77 e ss. in cui l'autore parla di “interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro” riconducibile nell'alveo dell' “interposizione reale di persona, così come è nota nella teoria generale del negozio giuridico”.

¹⁹⁷ G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*, p. 16 e 17.

la particolare qualità del destinatario della norma è vietato se compiuto “*anche per interposta persona*”.

Sicché l'interposizione trattata nella l. 23 ottobre 1960 n. 1369 era totalmente nuova.

Come sopra meglio si è descritto, la legge introdusse all'art. 1, comma 1, un divieto generale ed assoluto di interposizione di lavoro allo scopo di fronteggiare le «pratiche che si riannodano intorno al fenomeno dell' “affitto della forza lavoro altrui”»¹⁹⁸, così da evitare che l'imprenditore, interponendo una terza figura tra sé ed i lavoratori, potesse sfuggire alle responsabilità che sarebbero conseguite alla diretta assunzione delle energie lavorative dei prestatori d'opera.

L'orientamento dottrinale pressoché unanime convergeva infatti nel ritenere che la legge avesse inteso vietare la scissione tra la titolarità del rapporto di lavoro e l'utilizzazione diretta e a proprio rischio della prestazione lavorativa, indipendentemente dalle finalità perseguite e dai vantaggi che, per il tramite di siffatto meccanismo, si intendevano conseguire.¹⁹⁹

La legge, dunque, si muoveva in un'ottica marcatamente proibizionistica tendente a disincentivare nel loro complesso i processi di esternalizzazione e rispondeva all'esigenza socialmente condivisa di contrastare la destrutturazione (o segmentazione) del processo produttivo in una fase in cui tale fenomeno significava soprattutto sfruttamento dei lavoratori e lucro parassitario da parte dei pseudo-appaltatori.

Con riguardo alla ricostruzione della fattispecie giuridica dell'interposizione di lavoro di cui alla l. 1369, furono individuati tre elementi costitutivi, di natura oggettiva, collegati tra loro.²⁰⁰ Tra questi elementi *non* rientrava l' *animus* del committente, ossia l'intenzione fraudolenta o elusiva.²⁰¹

¹⁹⁸ O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁹ P. ZANELLI, *ult. op. cit.*, pp. 402-406; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995, pp. 64-66, 173; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 626-627, in cui l'autore parla di “principio di non dissociazione” come “principio fondante” dell'intero sistema fondato sulla l. n. 1369 del 1960.

²⁰⁰ G. BENEDETTI, *ult. op. cit.* in partic. p. 29 e p. 42.

²⁰¹ *Ibidem*; l'autore rileva che: “comunque si voglia ricostruire la fattispecie, il divieto assume portata puramente oggettiva, nel senso che non è richiesto dalla legge l'intento delle parti, o anche di una sola”, (p. 31). In tale senso anche: O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, *op. cit.*, pp. 145-165; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro ...*, *op. cit.*; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera ...*, *op. cit.*, p. 626; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta del lavoratore. Divieto di interposizione e lavoro interinale*, Milano, 2001. In giurisprudenza: Cass., sent. 04 luglio 1996, n. 6092, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 940 e in *Lav. giur.*, 1997, 75.

Il primo elemento era da ravvisarsi nella convenzione –di cui la legge non precisava le forme giuridiche che tale convenzione poteva assumere– tra imprenditore e fornitore di mano d’opera (interponente e interposto) ossia nel contratto di fornitura di mano d’opera, oggetto del divieto di cui all’art. 1, comma 1, della legge; in ragione del divieto posto dall’art. 1 l’accordo era da ritenersi nulla in quanto illecita.

Il secondo elemento era costituito dal contratto di lavoro subordinato, tra assuntore di mano d’opera e prestatore di lavoro, che non trovava esplicita considerazione nella legge e sul quale furono posti problemi interpretativi in ordine agli effetti scaturenti dalla nullità del primo contratto, quello tra l’imprenditore e l’interposto.

Invero, acceso dibattito interessò la dottrina divisa su più fronti: la dottrina maggioritaria riteneva che il contratto tra assuntore di mano d’opera e prestatore di lavoro fosse da considerarsi nullo, invocando quale effetto la conversione legale del contratto di lavoro nullo facente capo all’interposto in contratto valido con l’imprenditore che dell’interposizione di lavoro aveva beneficiato;²⁰² altra dottrina ha ritenuto invece che la nullità fosse riferita soltanto al contratto di fornitura di mano d’opera, e non anche al contratto di lavoro tra interposto ed interponente, il quale, pertanto, sarebbe valido ed efficace, ciò anche a tutela del lavoratore.²⁰³

²⁰² L. RIVA SANSEVERINO, *Della impresa, op. cit.*; l’autore osserva che: “Si attua una conversione di contratti individuali nulli stipulati tra dipendente ed i singoli prestatori d’opera in contratti di lavoro validi stipulati tra i singoli prestatori d’opera e l’imprenditore” (p. 384); ID., *Diritto del lavoro, op. cit.*; l’autore rileva altresì che: “I contratti di lavoro con l’intermediario erano nulli, con conseguente applicazione dell’art. 2126 cod.civ. per il periodo di tempo in cui tali contratti avevano avuto esecuzione”, (p. 101); alle stesse conseguenze giunge sostanzialmente anche A. CESSARI, *In tema di interposizione ..., op. cit.*: “L’ordinamento considera nullo il diaframma giuridico e irrilevante la figura del soggetto interposto ... operata la conversione, non altro rimane in vita dell’originario intento delle parti se non questo: la volontà dell’imprenditore diretta ad ottenere le prestazioni lavorative necessarie al conseguimento dei fini d’impresa; di contro, la volontà dei lavoratori di eseguire - verso retribuzione - le medesime prestazioni retributive richieste dall’imprenditore” (p. 131); M. Rudan, *L’interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e servizi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 832; il quale autore svolge un’argomentazione a favore della nullità del contratto di lavoro sulla base del collegamento tra il contratto di lavoro (tra interposto e lavoratori) ed il contratto di fornitura di mano d’opera (tra interponente e interposto) per cui il primo contratto rappresentando un momento dell’interposizione vietata dalla legge, sarebbe coinvolto nel medesimo divieto e pertanto ne subirebbe le sorti.

²⁰³ F. GUIDOTTI, *La retribuzione nel rapporto di lavoro, op. cit.*, p. 30 ss.; l’autore con riferimento all’art. 2127 c.c. afferma la validità del contratto di lavoro riconoscendo che si costituisce un rapporto di lavoro con l’imprenditore interponente; G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*; secondo cui: “la legge ha ritenuto necessario, ma anche sufficiente, comminare la nullità per il solo contratto di fornitura di mano d’opera, riuscendo così, da un lato, a privare di effetti l’interposizione vietata, dall’altro, a lasciare valido ed efficace, per la tutela del lavoratore, il contratto di lavoro, riconducendo il relativo rapporto all’imprenditore interponente, in base all’effettiva utilizzazione delle prestazioni del lavoratore” (p. 37).

Il terzo elemento, infine, era rappresentato dalla effettiva utilizzazione del lavoratore da parte dell'imprenditore.

Tale elemento si distingueva dagli altri due elementi poc'anzi descritti in quanto mentre questi ultimi consistevano in un'attività strettamente giuridica (la conclusione di contratti), l'effettiva utilizzazione atteneva al rilievo squisitamente pratico della messa a disposizione a favore dell'interponente del lavoratore assunto e retribuito dall'interposto.

L'elemento ha tradizionalmente assolto alla duplice funzione di parametro qualificatorio della fattispecie e di suo fondamentale effetto.²⁰⁴ In particolare, fu osservato che, *“quando il legislatore, nel 5° comma dell'art. 1, dispone la costituzione di un rapporto di lavoro diretto con l'imprenditore utilizzante, non impone e sanziona una relazione giuridica di fatto inesistente, creandola autoritativamente, bensì riconosce e dichiara l'esistenza di un rapporto giuridico che già nei fatti è di lavoro subordinato e si svolge proprio fra quei soggetti”*.²⁰⁵

In questo terzo elemento si risolveva l'antinomia che caratterizzava l'interposizione tra *“situazione creata con i contratti (caratterizzata dall'assunzione e retribuzione”* e la *“situazione di fatto costituita dall'occupazione ossia dall'effettiva utilizzazione da parte dell'imprenditore”*.²⁰⁶

Se, come sopra descritto, gli elementi necessari per integrare l'interposizione illecita andavano individuati nell'accordo tra interponente ed interposto, nel contratto di lavoro di natura subordinata tra interposto e lavoratore e nell'effettiva utilizzazione di prestazioni lavorative altrui ad opera dell'interponente, allora tale figura doveva considerarsi *“una fattispecie complessa, a formazione successiva, i cui elementi si realizzano in momenti e piani diversi”*.²⁰⁷

Una questione dibattuta in dottrina riguardò la posizione dell'interposto nell'appalto di mano d'opera e le ricadute su quest'ultimo degli effetti sanzionatori in caso di violazione del divieto di cui all'art. 1.²⁰⁸

²⁰⁴ G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*, p. 1502-1503.

²⁰⁵ O. MAZZOTTA, *ult. op. cit.*, p. 265.

²⁰⁶ G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*, p. 38 e ss.

²⁰⁷ G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*, p. 42. Si vedano anche: U. PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1971, p. 89; G. NICOLINI, *Il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e servizi (osservazioni sulla legge 29 ottobre 1960 n. 1369)*, Genova, 1961, p. 193; F. CATALANO, *Divieto di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di manodopera nell'appalto di opere e servizi*, in *Dir. Econ.*, 1961, p. 420 ss..

²⁰⁸ A. GUARNIERI, *La posizione dell'interposto*, *op. cit.*; A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro e appalto di servizi*, in *Mass. giur. lav.*, 1962, 278 e ss.; G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*; A. CESSARI, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, DL, 1961, I,

Si è detto che il comma 5 dell'art. 1 sanzionava la violazione del divieto di interposizione, sostituendo all'interposto, formale datore di lavoro, l'interponente, il quale avesse di fatto, impiegato nel proprio processo produttivo le prestazioni dei lavoratori assunti (e retribuiti) dall'interposto.

Pertanto, qualora i divieti di cui all'art. 1 non fossero stati osservati, si determinava una *modificazione*, variamente qualificata, nella titolarità dei singoli rapporti di lavoro subordinato, nel senso che tale titolarità, con tutte le conseguenze del caso, poneva a carico dell'imprenditore che “*effettivamente abbia utilizzato*” quelle determinate prestazioni di lavoro.

Tale effetto confermava “*la confluenza del tema dell'interposizione con quello della subordinazione, consolidando il principio –già interno alla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.– secondo cui il soggetto che trae giovamento dalla prestazione di lavoro, nell'ambito della propria organizzazione produttiva, ne è nei fatti il datore di lavoro*”.²⁰⁹ Di qui la riconduzione dei rapporti con i dipendenti formalmente assunti dal soggetto interposto direttamente in capo a colui il quale ne aveva effettivamente utilizzato le prestazioni.

La legge, peraltro, appariva lacunosa, poiché disciplinava espressamente solo i rapporti tra l'interponente ed i lavoratori attraverso la citata modificazione soggettiva del rapporto di lavoro, senza occuparsi (per lo meno in disposizioni esplicite) della sorte degli altri rapporti interessati dagli effetti sanzionatori.

Dottrina e giurisprudenza affrontarono il tema delle conseguenze dell'estromissione dell'interposto e, segnatamente, se tale estromissione comportasse o meno la sua liberazione da qualsiasi responsabilità verso i prestatori di lavoro.

Tra coloro i quali *negavano la responsabilità dell'interposto*²¹⁰ le argomentazioni addotte erano principalmente due: da un lato, vi era chi richiamava la “supposta nullità del contratto di lavoro” alla quale nullità era fatta coincidere l'inesistenza di

128; R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1966; A. DI NUBILA, *Questioni relative alla l. 23 ottobre 1960, n. 1369*, DL, 1962, I, 118 e ss.; O. MAZZOTTA, *ult. op. cit.*; D. NAPOLETANO, *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti*, in RGL, 1961, 17 e ss.; G. NICOLINI, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano, 1980.

²⁰⁹ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura) di Iudica e Zatti, 2008.

²¹⁰ In dottrina: R. CORRADO, *Trattato di diritto ...*, *op. cit.*, p. 136 e ss; M. FRANCO, E. SCACCIA, *La fornitura di manodopera e la disciplina degli appalti nella legge 23 ottobre 1960, n. 1369*, in DL, I, p. 124 e ss. (in partic., p. 118); A. ASQUINI, *Somministrazione di lavoro ...*; *op. cit.*, p. 278; D. NAPOLETANO, *Divieto di intermediazione ...*, *op. cit.*, p. 21 e ss.. In giurisprudenza: Cass., sent. 23 febbraio 1979, n. 1182, in *Foto It.*, 1980, I, c. 1436; Pretura di Milano, 30 aprile 1970, RGL, 1970, II, 242 (con nota critica di R. DI NUBILA).

un'obbligazione tra interposto e lavoratore senza che, pertanto, quest'ultimo potesse rivalersi nei confronti dell'originario assuntore, ma piuttosto potendo esercitare i propri diritti esclusivamente nei confronti dell'interponente;²¹¹ dall'altro lato, vi era chi propose il confronto tra l'art. 1 e l'art. 3, in cui si specifica che l'imprenditore è tenuto in solido con l'appaltatore, a dimostrazione che il silenzio del legislatore nella prima disposizione fosse voluto e rivestisse il preciso significato di escludere la responsabilità dell'interposto.²¹²

Tuttavia, tali posizioni contrastavano con i principi ispiratori della legge ed emersi nell'ambito dei lavori preparatori per i quali il nucleo fondamentale della legge (e dell'intero sistema del diritto del lavoro) era rappresentato dalla tutela del lavoratori e del suo interesse particolare al conseguimento della retribuzione. Inoltre nello spirito della legge l'illiceità si ravvisava tanto nella condotta posta in essere dall'interponente tanto in quella dell'interposto, la cui attività era parimenti disapprovata.

Ed infatti, gli *autori che dedicarono al problema un'analisi più approfondita*²¹³ giunsero all'opposto soluzione per cui permaneva in capo all'interposto la responsabilità nei confronti dei lavoratori assunti.

Anche in questo caso, l'indagine circa la sussistenza della responsabilità dell'interposto per il trattamento economico spettante al lavoratore è stata condotta seguendo due strade diverse ancora una volta divise dalla validità o invalidità del contratto di lavoro: la validità ed efficacia del contratto di lavoro. Una parte della dottrina ha ritenuto potersi applicare la disciplina della responsabilità extracontrattuale, prescindendo dunque dai principi ricavabili dalla l. 1369;²¹⁴ altra

²¹¹ D. NAPOLETANO, *ult. op. cit.*, "i lavoratori assunti in violazione dei divieti posti dall'art. 1 possono ... agire esclusivamente contro l'imprenditore, ma non hanno nessuna azione nei confronti dell'originario assuntore" (p. 21).

²¹² Pret. Milano, 30 aprile 1970, *cit.*.

²¹³ Ne parla in questi termini A GUARNIERI, *ult. op. cit.*, p. 82.

²¹⁴ A. CESSARI, *In tema di interposizione ...*, *op. cit.*, in partic. p. 128 e p. 132; per il quale troverebbe applicazione la disciplina dettata dall'art. 1338 cod.civ. in tema di responsabilità precontrattuale per la mancata comunicazione delle cause di invalidità del contratto. L'opinione in esame si ricollega alla tesi della nullità del contratto di lavoro, e alla sua conseguente conversione in un contratto, sempre di lavoro, tra interponente e lavoratore. In tal senso: M. FRANCO, E. SCACCIA, *ult. op. cit.*, p. 120 e p. 123; alcuni autori hanno parlato anche di "trasformazione dei contratti": D'Eufemia, *Elementi di diritto del lavoro*, Napoli, 1949, p. 109 e ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Della impresa, op. cit.*, p. 384. Alcuni fra gli autori citati si riferiscono alla conversione prevista dall'art. 1424 c.c.. *Contro*: la giurisprudenza prevalente negava l'applicazione dell'art. 1338 c.c. nei casi in cui l'invalidità del contratto derivasse dalla violazione di norme imperative, poiché si ritiene che l'ignoranza della legge sia sempre colpevole (Cass., sent., 9 ottobre 1979, n. 5240, in *Mass. giur. civ.*, 1979). Giurisprudenza rivisitata da R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto*, in *Commentario del Codice Civile*, (a cura) di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, pp. 220-224: le trasgressioni ai requisiti ed oneri

dottrina, proprio sulla base di tali principi, è invece ricorso all'istituto della surrogazione soggettiva,²¹⁵ o, più precisamente, nella surrogazione del rapporto di lavoro subordinato, sulla base della corrispondenza delle fasi di cui essa si compone, ossia *il subingresso nel rapporto giuridico di un soggetto diverso, la permanente identità di posizione giuridica, la non necessità di un nesso derivativo.*²¹⁶

Tornando all'impianto della legge, un'ultima osservazione va riferita all'unica possibilità di lecito decentramento produttivo prevista e rappresentata dall'appalto disciplinato dall'art. 1655 cod.civ., rispetto al quale il legislatore aveva fornito una nuova e più articolata disciplina.

Come è noto, la normativa codicistica condiziona tutt'oggi la genuinità dell'operazione ai requisiti dell'organizzazione dei mezzi necessari e dell'assunzione del rischio d'impresa.

La legge n. 1369, intervenne con la predisposizione di ulteriori condizioni normative atte ad evitare forme di scomposizione dei processi produttivi che risultassero orientate ad una mera logica di contenimento dei costi. Ai sensi dell'art. 3, nell'ipotesi di appalto c.d. endoaziendale, da eseguirsi cioè "*nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore*" l'imprenditore era responsabile solidalmente²¹⁷ con l'appaltatore sia per la corresponsione ai

imposti dalla legge costituiscono forse la ragione più frequente di invalidità del negozio" sicché "nella previsione normativa si devono far rientrare a maggior ragione le ipotesi in cui una delle parti cagioni addirittura l'invalidità del negozio". Nello stesso senso: Trib. Roma 14 maggio 1980, in RGC, 1981. Anche: V. PIETROBON, *L'errore della dottrina nel negozio giuridico*, Padova, 1963, 123, n. 79; il quale autore osserva che la soluzione restrittiva è iniqua ed errata poiché stravolge il giudizio di buona fede che presiede all'applicazione della norma. Il che è tanto più vero nel caso in esame, dato che il lavoratore avrebbe confidato nella validità del contratto per essere stato ignaro non tanto delle norme imperative, quanto invece dell'accordo interpositorio. In una prospettiva analoga si poneva chi riteneva che l'interposto fosse obbligato a titolo di risarcimento per fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 cod.civ.. Di tale avviso: R. DI NUBILA, *Questioni relative alla legge 23 ottobre 1960, n. 1369, op.cit.*, p. 246 "se è vero che entrambi i soggetti commettono reato (interposto ed interponente), l'eventualità che non vengano perseguiti non fa venir meno l'obbligo di risarcire il danno che detto reato abbia cagionato: quindi in sede civile non dovrebbe essere preclusa quanto meno un'azione di danno anche verso l'intermediario"; opinione ripresa e sviluppata in seguito da O MAZZOTTA, *Rapporti interpositori ...*, *op. cit.*, p. 355 e ss., per il quale "la responsabilità dell'interposto sembra essere fondata ragionevolmente muovendo dall'illecito da questi posto in essere attraverso la realizzazione dell'accordo interpositorio. Tale illecito per altro non può essere considerato nella sua dimensione contrattuale ma va valutato in sé e per sé come attività antiggiuridica produttiva di danno per il lavoratore".

²¹⁵ G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*, p. 48; A. GUARNIERI, *La posizione dell'interposto ...*, *op. cit.*, p. 88;

²¹⁶ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. IV, Milano, 1955, p. 61 e ss.

²¹⁷ E. LORIGA, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, p. 131 e ss.. In giurisprudenza: App. Lecce, sent. 28 febbraio 1966, in *Orient. giur. lav.*, 1967, p. 126; Trib. Treviso, sent. 18 dicembre 1967, in *Riv. giur. lav.*, 1968, II, p. 63.

lavoratori che da quest'ultimo dipendono di un trattamento minimo e inderogabile, come pure di un trattamento normativo non inferiore a quello applicato ai lavoratori dipendenti dell'appaltante; sia per l'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e di assistenza.²¹⁸

Il legislatore aveva dunque previsto un cospicuo sistema di garanzie in favore dei dipendenti dell'impresa appaltatrice.

Peraltro, il divieto fuggiva ad una serie di ipotesi espressamente indicate dalla legge, all'art. 5.²¹⁹ L'elencazione delle singole attività a cui la normativa garantistica non andava applicata comprendeva tra le varie ipotesi, i lavori di facchinaggio, pulizia e manutenzione degli impianti. Tale previsione ha portato alcuni autori a ritenere che la legge n. 1369 contenesse già un nucleo di compresso; situazione questa peraltro mai negata nel corso delle interrogazioni parlamentari, dalla cui lettura emerge che seppur il testo non era per tutti "soddisfacente" e che avrebbe richiesto di essere ulteriormente "rimaneggiato", è stato necessario cedere a compromessi e transazioni, nella ricerca di un punto di incontro ritenendosi prioritaria l'urgenza di varare la legge.²²⁰

E' stato inoltre osservato che il legislatore del 1960 avesse già chiara la percezione di un fenomeno, quello della scomposizione della fabbrica e della esternalizzazione delle attività produttive, di portata inarrestabile.²²¹ Riflessione questa che potrebbe trovare conferma anche nella circostanza per cui "*la l. n. 1369/1960 non contempla fra i suoi scopi l'imposizione di una certa struttura produttiva*".²²²

²¹⁸ Trib. Torino, sent. 22 maggio 1967, in *Orient. giur. lav.*, 1968, 45; Cass., 17 gennaio 1968, in DL, 1968, II, 386.

²¹⁹ App. Napoli, sent. 20 dicembre 1968, in *Orient. giur. lav.*, 1970, 361.

²²⁰ Relazione Senato.

²²¹ P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel «muro» del divieto di interposizione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 75, 1997, 3, p. 503 e ss. (in partic., p. 509); il quale autore rileva che: "Già il legislatore del 1960, dunque, aveva ben chiara la percezione di un fenomeno destinato ad assumere dimensioni enormemente superiori nei decenni successivi: quello cioè della segmentazione e specializzazione progressiva delle strutture imprenditoriali nell'ambito di ciascun settore merceologico, in un sistema economico sempre più caratterizzato dal continuo scomporsi e ricomporsi delle diverse fasi del processo produttivo, dall'identificarsi del ritmo di obsolescenza dei modelli di organizzazione aziendale, dal moltiplicarsi di figure imprenditoriali sempre nuove, caratterizzate talvolta dalla estrema specializzazione in una fase della produzione, talvolta dalla capacità di svolgere per imprese di diversi settori una particolare fase della produzione che fino a ieri era sempre stata considerata intrinsecamente e inseparabilmente propria del «ciclo produttivo» del committente".

²²² G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti ...*, op. cit., p. 65.

4. L'EROSIONE DEL DIVIETO AD OPERA DELLA GIURISPRUDENZA.

La questione circa l'abrogazione della legge e del divieto di interposizione di mano d'opera o, quanto meno di una modificazione del rigido regime ivi previsto, si è presentata a distanza di pochi anni dalla sua emanazione.

Per la verità negli anni Settanta, in piena espansione del decentramento produttivo prevalentemente patologico, la linea di tendenza era quella di inasprire ancor più i divieti sanciti dalla l. 1369. Emerse, in particolare, l'esigenza sindacale di contrastare i fenomeni di segmentazione dei processi produttivi.²²³ Il c.c.n.l. del ... 1973 per il comparto metalmeccanici vietava agli imprenditore di affidare in appalto lavori "direttamente pertinenti le attività di trasformazione proprie dell'azienda stessa, nonché quelle di manutenzione ordinaria continuativa, ad eccezione di quelle che necessariamente richiedevano di essere svolte al di fuori dei normali turni di lavoro."²²⁴

E del resto, le circostanze che erano più spesso menzionate nei provvedimenti giudiziali o amministrativi a sostegno della qualificazione della fattispecie in termini di interposizione illecita erano: a) il fatto che l'attività affidata all'appaltatore appartenesse al settore o ciclo produttivo dell'impresa committente; b) il fatto che l'appalto si svolgesse fisicamente all'interno dell'impresa committente; c) il fatto che l'attività dell'appaltatore fosse esercitata in via continuativa se non permanente.²²⁵

I limiti della legge 1369 apparivano, dunque, ancor più stretti.

Un altro dato è rappresentato dalla posizione politica sul tema, ben rappresentata dalla proposta di legge presentata alla Commissione lavoro dal senatore Torelli,

²²³ P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in DLRI, 1999, p. 277.

²²⁴ CCNL Metalmeccanici 1973 art. 28, Sez. III.

²²⁵ P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi ...*, *op. cit.*, p. 508. L'autore precisa che "Se però passiamo dallo studio della casistica giurisprudenziale all'impostazione teorica della questione, è agevole osservare come a nessuna di queste stesse tre circostanze possa essere attribuito un rilievo decisivo, e forse neppure un rilievo tout court, al fine dell'operazione qualificatoria", (p. 508). L'autore non condivide l'impostazione giurisprudenziale che si affermò in questa prima fase di applicazione della legge, la quale impostazione, a suo avviso, non tiene conto del dato letterale della legge stessa, che andrebbe ad escludere che l'attività genuinamente imprenditoriale dell'appaltatore possa essere esclusa per il fatto di essere svolta in favore di un committente che opera professionalmente nello stesso settore merceologico, o per il fatto di essere svolta all'interno dell'azienda del committente. L'autore osserva che: "La realtà è che la labilità dei confini dell'impresa porta inevitabilmente con sé la labilità dei confini della nozione di «inserimento» della prestazione in un'impresa (la committente) piuttosto che in un'altra (si questa indicata come appaltatrice, fornitrice, trasportatrice, franchisee, o altrimenti)" (p. 512).

che raccoglieva, generalizzandoli, i dati fondamentali emersi dalla contrattazione collettiva nei settori sindacalmente più organizzati.²²⁶

E' solo negli anni Ottanta che l'attenzione si sposta sulla possibilità di derogare al divieto.

In un contesto completamente mutato anche l'interpretazione giurisprudenziale del divieto diviene meno rigida. Ed infatti fu rilevato che il divieto di interposizione come pensato nella l. 1369 «*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*».²²⁷

Ritornando all'assetto legislativo, la fattispecie vietata si realizza qualora l'imprenditore avesse affidato "in appalto, subappalto o in qualsiasi altra forma" ad un soggetto interposto l' "esecuzione di mere prestazioni di lavoro". La caratteristica principale di tale soggetto era fatta coincidere nella circostanza che costui *non* avesse "capitali, macchine ed attrezzature" per eseguire il servizio o l' *opus* promesso, limitandosi invece a fornire esclusivamente la forza-lavoro. La legge fissava nell'appartenenza dei mezzi di lavoro (capitali, macchine, attrezzature) il criterio in base al quale determinare, specie nelle ipotesi più incerte, quando vi sia interposizione.²²⁸ In mancanza di questi requisiti, sostanzialmente, non esisteva un appalto, ma solo una fornitura di mano d'opera che si risolve nell'interposizione vietata. La legge precisa poi che la materia resta del tutto irrilevante l'eventuale compenso al committente per l'uso dei capitali, delle macchine o attrezzature da lui forniti. La precisazione è evidentemente preordinata ad impedire una facile elusione del divieto di interposizione, realizzabile attraverso la semplice simulazione del noleggio delle attrezzature e del mutuo dei capitali o, anche attraverso il ricorso effettivo a tali negozi, idonei, di per sé stessi a raggiungere un fine analogo a quello vietato.²²⁹

²²⁶ A. MARESCA, *Il problema degli appalti ancora alla ricerca di una soluzione legislativa: commento alla proposta Torelli*, in *Riv. giur. lav.*, 1975, I, 539-556 e ss.

²²⁷ R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera ...*, *op. cit.*, p. 625.

²²⁸ Per G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*, "Questo criterio è in piena armonia coi principi del diritto comune, secondo i quali l'appalto è caratterizzato dal compimento di un'opera o di un servizio con organizzazione dei mezzi necessarie con gestione a rischio dell'appaltatore". Così anche P. RUDAN, *ult. op. cit.*, p. 857; A. ASQUINI, *ult. op. cit.*, p. 279; D. NAPOLETANO, *ult. op. cit.*, p. 19. In giurisprudenza: Pret. Firenze, 28 marzo 1962, in *Mass. giur. lav.*, 1962, p. 277; Trib. Venezia, 30 novembre 1962, *cit.*.

²²⁹ Non mancarono perplessità al riguardo. E' stato infatti fatto notare che: "La disposizione mal si adegua, però, ai principi di diritto comune, secondo i quali, almeno in certe ipotesi, non si potrebbe negare l'esistenza di un vero e proprio appalto"; sicché "Se taluno riesce,

La dottrina²³⁰ e la giurisprudenza²³¹ interpretarono il riferimento all'assenza dei mezzi di produzione quale indizio dell'insussistenza del requisito della capacità imprenditoriale necessaria per la realizzazione dell'opera o del servizio compiuti.

Il discrimine tra appalto di mano d'opera e appalto lecito andava dunque ricercato nella qualità del soggetto interposto: si configurava l'ipotesi vietata allorché l'appaltatore non avesse avuto la capacità necessaria per eseguire l'opera o il servizio, non fosse stato cioè imprenditore, nozione quest'ultima esplicitata all'art. 2082 cod.civ. laddove si statuisce che "E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

La giurisprudenza consolidata ha individuato gli elementi identificativi dell'impresa commerciale e dell'imprenditore a cui essa fa capo nella professionalità e nell'organizzazione dell'attività economica che si traduce nel coordinamento dei fattori di produzione.²³²

Nell'accertamento della capacità imprenditoriale in capo all'appaltatore la giurisprudenza si è sempre rifatta ad indici presuntivi dai quali desumere la sufficiente (e necessaria) autonomia organizzativa e gestionale del soggetto interposto,²³³ circostanza, quest'ultima che accomuna, ancora una volta, il concetto di subordinazione a quello di interposizione.

In un primo momento furono infatti rivisitati i criteri di identificazione della nozione di capitali, macchine ed attrezzature (quindi, in buona sostanza, i tratti identificativi del concetto di impresa), in considerazione dell'evoluzione tecnologica che aveva interessato la fase immediatamente successiva all'entrata in vigore della legge 1369. Se negli anni Cinquanta e Sessanta il carattere imprenditoriale era ricondotto alla proprietà di evidenti ed ingombranti mezzi produttivi,²³⁴ tale paradigma andò attenuandosi di fronte agli sviluppi della tecnologia, soprattutto in

comunque, a procurarsi i mezzi di produzione, e li organizza per compiere, a proprio rischio, un'opera o un servizio, verso corrispettivo, non si deve, né si può escludere la figura dell'appalto, rimanendo ininfluenza la circostanza che, in base a rapporti di diverso tipo, sia stato proprio l'appaltatore a dare a mutuo i capitali o a locare le macchine e le attrezzature necessarie". Si veda: G. BENEDETTI, *ult. op. cit.*, p. 25.

²³⁰ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro, op. cit.*, p. 239.

²³¹ C. 89/593

²³² C. 03/9102; C. 80/6563.

²³³ O. MAZZOTTA, *ult. op. cit.*.

²³⁴ L'impresa di questo periodo è caratterizzata dall'introduzione di macchine "le quali, per la loro dimensione e per il tipo di energia di cui si servivano, dovevano essere necessariamente impiegate in modo intensivo ... Alcune attrezzature inoltre richiedevano per il loro funzionamento impianti di dimensioni rilevanti e non potevano essere impiegate in modo diverso al di sotto di una certa quantità", in M. MARINELLI, *Decentramenti produttivo e tutela dei lavoratori, op. cit.*, p. 6.

ambito informatico;²³⁵ in ragione di ciò la giurisprudenza riconobbe la capacità imprenditoriale anche nei casi in cui la predisposizione di macchine non appariva imponente.²³⁶

Successivamente, a fronte dell'inadeguatezza ravvisata nel criterio del "profilo attrezzistico ed impiantistico", la giurisprudenza si avvalse di indici differenti.

Con particolare riguardo ai servizi di pulizia e di facchinaggio o comunque nell'ambito di attività caratterizzate da prevalente apporto di mano d'opera, la giurisprudenza riconobbe la qualità imprenditoriale anche rispetto a soggetti il cui apporto fosse limitato all'organizzazione del lavoro altrui se avessero esercitato, nei confronti dei propri dipendenti, i caratteristici poteri datoriali diretti ad organizzare l'attività;²³⁷ in tali ipotesi, è ammesso che l'appaltante vigili affinché l'opera sia eseguita in conformità ai patti e secondo le regole d'arte, tuttavia tale controllo non deve invadere "il campo dell'organizzazione materiale dell'impresa e quello tecnico del lavoro".²³⁸

Sicché, i principali indici rilevatori sono individuati: nel mancato possesso dei mezzi di produzione necessari per l'esecuzione dello specifico contratto, da parte dell'appaltatore seppur sia stato anche rilevato che in determinati casi, e con particolare riguardo all'attività di manutenzione ordinaria degli impianti da eseguirsi all'interno dell'azienda l'appalto potesse essere genuino anche se fosse stata riscontrata "la prevalenza dell'apporto delle prestazioni lavorative rispetto alle attrezzature"²³⁹; nell'esercizio del potere direttivo, ad opera dell'appaltante sui dipendenti dell'appaltatore;²⁴⁰ nell'inesistenza di un reale rischio d'impresa in capo all'appaltatore ovvero nella non riconducibilità in capo all'appaltatore del rischio d'impresa; e, più in generale, nel mancato svolgimento da parte di costui di "un vero ruolo decisionale imprenditoriale".

²³⁵ F. SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, p. 68.

²³⁶ Cass., sent. 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 di conferimento di tali mezzi".

²³⁷ C. 15665/01; anche C. 8643/01 nella quale si statuisce: "Va esclusa l'interposizione illecita di manodopera qualora l'appaltatore gestisca direttamente i rapporti di lavoro dei propri dipendenti, anche se le prestazioni di lavoro fornite al committente prevalgono rispetto alle attrezzature impiegate" in *Foro it.*, 2001, I, p. 3109 (con nota di A.M. PERRINO).

²³⁸ Cass., sent. 3 marzo 1969, n. 687, in *Mass. Foro it.*, 1969, c. 204.

²³⁹ Cass., sent. 13 settembre 1997, n. 9144, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3223 (con nota di A. BELLAVISTA).

²⁴⁰ In generale: Cass., sent. 25 giugno 2001, n. 8643, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1255 e *Notiz. giur. lav.*, 2001, p. 732; Cass. pen., sez. III, sent. 3 febbraio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1538; Cass., sent. 20 aprile 1985, n. 2643, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 503.

Ciascuno di questi indici viene ulteriormente integrato da altri indici sussidiari quali la strutturazione dell'orario in funzione delle esigenze e delle richieste dell'appaltante o lo svolgimento delle attività appaltate esclusivamente a favore di un committente.

Il principale problema che si ravvisava era rappresentato dalla circostanza per cui nessuno degli indici sopra descritti aveva valore decisiva con conseguente ampia discrezionalità per il giudice di stabilire, di volta in volta, i confini del divieto di cui alla legge n. 1369 del 1960.

5. LA LEGGE N. 196 DEL 1997.

Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, sancito dall'art. 1 della l. n. 1369 del 1960, ha subito, nel corso degli anni, notevoli "alleggerimenti", anche attraverso l'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza.

La linea di confine tra fattispecie illecita (dell'interposizione) e quella illecita dell'appalto genuino è divenuta meno rigida fino alla legittimazione di forme d'appalto in cui l'apporto dell'appaltatore si sostanziava nella mera organizzazione e direzione dei lavori, rilegando, quindi, a carattere pressoché accessorio ed eventuale gli elementi c.d. materiali dei "*capitali, macchine, attrezzature*" di cui all'art. 1, comma 3. Tant'è che in dottrina vi è chi ha posto la questione in termini di "*insofferenza dei giudici nei confronti del divieto di interposizione*".²⁴¹

I criteri adottati dalla giurisprudenza per l'individuazione delle ipotesi di interposizione vietata hanno segnato il tentativo di adattare la disciplina legislativa alla mutata realtà produttiva, sempre più distante dal modello di impresa tradizionale.²⁴²

Un primo tentativo di introdurre nell'ordinamento un varco nella l. n. 1369 del 1960 è rappresentato dal d.l. 13 gennaio 1993 n. 1 (non convertito in legge) sul lavoro temporaneo, a cui seguì il protocollo del 23 luglio 1993, con il quale il Governo si assunse l'impegno di predisporre un organico disegno di legge per la revisione del quadro normativo in materia di gestione del mercato del lavoro e delle crisi occupazionali; l'obiettivo perseguito dall'accordo interconfederale consisteva

²⁴¹ O. BONARDI, *L'insofferenza dei giudici nei confronti del divieto di interposizione: un caso in materia di cooperative di facchinaggio*, in RIDL, 1999, II, p. 500.

²⁴² G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti ...*, op. cit., p. 25 e ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., 512-513.

nella riattivazione del mercato del lavoro, mediante l'inserimento del c.d. lavoro interinale (altrimenti detto *ad interim*, in affitto, in *leasing* o *temporary work*).²⁴³

Le vicende parlamentari degli anni successivi, tuttavia, impedirono che i numerosi disegni di legge proposti si concretizzassero, fino a quando, con il Patto per il lavoro del 24 settembre 1996, le parti sociali non tornarono sulla questione.²⁴⁴

La regolamentazione del lavoro interinale tramite agenzia fu così inserita in un più ampio disegno di legge governativo, il d.d.l. n. 1918, presentato al Senato il 27 dicembre 1996 dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, e che sfociò nella legge 24 giugno 1997 n. 196, nota anche come Pacchetto Treu, con cui si legittimò e disciplinò il "*contratto di fornitura di lavoro temporaneo*". A distanza di un anno fu anche approvata la legge 18 giugno 1998 n. 192 sulla subfornitura nelle attività produttive.

Se nella l. n. 192 del 1998, attualmente in vigore, il legislatore si appropria al decentramento produttivo scartando la traduzione del fenomeno in termini aprioristici di elemento patologico dell'organizzazione d'impresa, la l. n. 196 del 1997 solleva importanti questioni teoriche circa la compatibilità della nuova fattispecie contrattuale alla previgente normativa ed al perdurare del divieto assoluto e generale di interposizione di mano d'opera.²⁴⁵

In ambito comunitario, un altro duro colpo al predetto divieto di interposizione di mano d'opera era già stato sferrato poco tempo prima dalla sentenza 11 dicembre 1997 della Corte di Giustizia, con la quale fu sancita la contrarietà ai principi comunitari della normativa italiana, sia relativamente alla disciplina della mediazione tra domanda e offerta di lavoro e, quindi, ai servizi di collocamento di cui alla l. n. 264 del 1949 che sanciva il monopolio statale, sia relativamente al divieto di cui alla l. n. 1369 del 1960.²⁴⁶

²⁴³ Protocollo 23 luglio 1993 in base a cui: "Per rendere più efficiente il mercato del lavoro va disciplinato anche nel nostro paese il lavoro interinale. La disciplina deve offrire garanzie idonee a evitare che il predetto istituto possa rappresentare il mezzo per la destrutturazione dei lavori stabili".

²⁴⁴ Il Patto per il lavoro richiamava il precedente accordo interconfederale del 1993. Tra gli obiettivi della riforma rientrava anche la liberalizzazione del c.d. lavoro interinale che avrebbe dovuto consentire di "cogliere un segmento di domanda e di offerta di lavoro, in particolare in ragione del maggior costo rispetto a quello di un lavoratore a termine". Inoltre, le parti auspicavano "un beneficio sia in termini di regolarizzazione di posizioni di lavoro oggi sommerse che di gettito contributivo ed IRPEF".

²⁴⁵ G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive: commento alla L. 18 giugno 1998 n. 192*, Milano, 1999; A. MUSSO, *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998 n. 192*, in *Commentario al Codice Civile*, (a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 2003).

²⁴⁶ Corte di Giustizia, sent. 11 dicembre 1997, n. 55/96, in RIDL, 1198, 22 ss. (con nota di P. ICHINO, *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*), e in *Foro it.*, 1998, IV, 41 e ss. (con nota di G. MELIADÒ, *L'abolizione del monopolio pubblico di collocamento: una morte annunciata*).

Presumibilmente, anche alla luce della condanna dello Stato italiano a allinearsi alla normativa comunitaria da parte dell'organo giudicante comunitario, certa dottrina –certamente autorevole, ma isolata– osservò che la l. n. 196 del 1997 avesse tacitamente abrogato il divieto di interposizione di mano d'opera;²⁴⁷ tuttavia, l'orientamento dottrinale maggioritario si espresse diversamente, intendendo l'intervento legislativo operato con tale legge volto a legittimare, entro limiti ben definiti, un'ipotesi eccezionale di fornitura di lavoro temporaneo.²⁴⁸

Come più volte si è avuto modo di precisare nei precedenti paragrafi l'intervento legislativo di cui alla l. n. 1369 del 1960 fu determinato dalla necessità di intervenire con riguardo a situazioni di forte sfruttamento; al fine di soddisfare un'esigenza sociale diffusa, tuttavia, le soluzioni inserite nel testo normativo (divieti stringenti, parità di trattamento, regime della solidarietà) furono adottate senza distinzione tra le diverse ipotesi di interposizione illecita e di appalto lecito.

Invero, tutte le opinioni dottrinali concordarono nel ritenere che il legislatore del 1960 *“ha inteso vietare essenzialmente la scissione tra la titolarità del rapporto di lavoro e l'utilizzazione diretta e a proprio rischio della prestazione lavorativa, sia questa organizzata e coordinata dall'utilizzatore o dall'interposto, indipendentemente dalle finalità perseguite con tale scissione e dai vantaggi che possono conseguirne per l'utilizzatore e/o per l'interposto”*.²⁴⁹

Il mutamento di prospettiva e di approccio si realizza, per l'appunto, con l'adozione della l. n. 196 del 1997 che, cogliendo le esperienze giuridiche di altri Paesi europei, introdusse anche nell'ordinamento nazionale una tipologia contrattuale “nuova”,²⁵⁰ che rappresentava la massima forma di flessibilità nel mercato del lavoro italiano.

²⁴⁷ Propende per questa lettura: A. MARESCA, *Il lavoro temporaneo. Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Torino, 1997, 180 e ss.

²⁴⁸ P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi ...*, *op. cit.*, il quale autore afferma che: “Da diversi passi del testo della l. n. 196/1997 sul lavoro temporaneo tramite agenzia emerge in modo chiarissimo –anzi, talora ridondante– l'intendimento del legislatore di evitare qualsiasi possibilità di interpretazione estensiva dell'eccezione che la nuova normativa introduce al vecchio divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro. L'ampiezza del varco che si è voluto aprire nel muro della l. n. 1369/1960 è stabilita con grande precisione; e i suoi contorni sono rafforzati con forniture solidissime, a prova di qualsiasi erosione giurisprudenziale o amministrativa (artt. 1, c.1, 2, c.1, e 10, c.1), in modo che l'entità dell'apertura non sia suscettibile di alcun incremento, salvo soltanto quello eventualmente disposto dalla contrattazione collettiva (art. 1, c. 2, lett. a)”; O. BONARDI, *Prime osservazioni ...*, *op. cit.*; R. DEL PUNTA, *La «fornitura di lavoro temporaneo» nella l. n. 196/1997*, RIDL, 1998, II, p. 205 e ss.; O. MAZZOTTA, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, in RIDL, II, p. 182.

²⁴⁹ P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi ...*, *op. cit.*, p. 505.

²⁵⁰ R. DEL PUNTA, *La «fornitura di lavoro» ...*, *op. cit.*, p. 209 “Siamo di fronte ... ad una fattispecie del tutto nuova ed autosufficiente dal punto di vista normativo”; O. MAZZOTTA, *Qualche idea ricostruttiva ...*, *op. cit.*, che parla di “nuova figura contrattuale tipizzata, di

La novità del contratto risiedeva nella circostanza che la relazione trilaterale sussistente tra i diversi soggetti coinvolti nella fornitura di lavoro –imprenditore, agenzia, lavoratore– non rientrava negli schemi civilistici fino a quel momento noti che, parimenti al contratto di cui alla l. n. 196 del 1997, consentivano la realizzazione degli effetti contrattuali in capo ad un terzo soggetto.²⁵¹

Invero, il contratto *de quo* si strutturava in una doppia relazione negoziale, realizzata attraverso due differenti contratti fra loro funzionalmente collegati: il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, di cui all'art. 1, che diveniva un contratto *nominato e tipico*,²⁵² con il quale l'agenzia si impegnava a fornire uno o più lavoratori da questa assunti (e retribuiti) all'impresa che ne utilizzava le prestazioni per il soddisfacimento di esigenze temporanee espressamente indicate, sulla base delle quali esigenze era dunque calcolata la durata stessa del contratto ed il numero dei lavoratori necessari; ed il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, di cui all'art. 3, che intercorreva tra l'agenzia ed il prestatore di lavoro temporaneo ed era “*il contratto con il quale l'impresa fornitrice assume il lavoratore: a) a tempo determinato corrispondente alla durata della prestazione lavorativa presso l'impresa utilizzatrice*” secondo il modello francese ; “*b) a tempo indeterminato*”, secondo il modello tedesco o anglosassone.

Quest'ultimo contratto era, a tutti gli effetti, un tipico contratto di lavoro subordinato, pur presentando specifici tratti di specialità, sotto il profilo strutturale e funzionale.²⁵³

Per quanto riguardo il profilo strutturale, la principale differenza con la fattispecie di cui all'art. 2094 cod.civ. si ravvisava nel diverso impegno assunto dal lavoratore:

cui la disciplina legale ci fornisce le coordinate, autorizzando una scissione fra titolarità del rapporto di lavoro –che resta in capo all'agenzia o impresa fornitrice– e destinazione della prestazione di lavoro che è diretta a favore dell'impresa utilizzatrice” (p. 184).

²⁵¹ O. BONARDI, *ult. op. cit.*.

²⁵² G. PERA, *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, RIDL, II, 1998, p. 279 e ss., in partic. 280.

²⁵³ O. MAZZOTTA, *Qualche idea ricostruttiva ...*, *op. cit.*, p. 185: “Fra il lavoratore temporaneo e l'agenzia intercorre un contratto tipico di lavoro subordinato, che presenta significativi profili di specialità”, l'autore che parla di “sottotipo «speciale» del contratto di lavoro” con riguardo “alla causa giustificativa che orienta l'obbligazione in funzione della destinazione della prestazione a favore di terzi”, p. 187; O. BONARDI, *op. cit.*, “Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo ben può qualificarsi come un sottotipo del contratto di lavoro di cui all'art. 2094 c.c.”, infatti “Quale che sia la definizione che si voglia dare alla subordinazione –cioè che la si intenda come assoggettamento del lavoratore al potere direttivo dell'imprenditore, come assenza di rischio, come inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro, come alienità dei mezzi di produzione e del risultato del lavoro o come alienità nel mercato– nella prestazione del lavoratore temporaneo non vi è nulla di diverso da quella del dipendente dell'utilizzatore”, questo anche se rispetto allo schema contrattuale di cui all'art. 2094 c.c. si realizza una “modificazione importante”. (pp. 409-410).

se, infatti, la prestazione a cui è obbligato il lavoratore (propriamente detto) subordinato è resa nei confronti del datore di lavoro, colui cioè che è titolare del rapporto di lavoro, nella fornitura di mano d'opera tale obbligazione subiva una *mutazione*, nel senso che il lavoratore si obbligava a destinare la propria prestazione a favore di un terzo soggetto.

Tale impegno –come è stato osservato²⁵⁴– era diversamente declinato a seconda che si trattasse di contratto di lavoro a termine o a tempo indeterminato: nel primo caso, infatti, la destinazione e le condizioni di svolgimento della prestazione erano *ab origine* puntualmente determinate, sicché, sul piano strutturale, il collegamento con il contratto commerciale tra le due imprese era *immediato e funzionale* ed *il ruolo di datore di lavoro dell'agenzia si affievolisce* (senza però venire meno); mentre, il contratto di lavoro a tempo indeterminato era caratterizzato da una certa indeterminatezza, allorché il lavoratore intervallava momenti in cui veniva “prestato” a terzi ed altri in cui attendeva di “farsi destinare”; in quest'ultima situazione l'interferenza tra il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo ed il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo era minima, in quanto limitata all'impegno del lavoratore –che prescindeva dal collegamento negoziale in atto, in assenza di una destinazione attuale– a mantenersi a disposizione dell'agenzia in attesa di nuova destinazione.

Altra importante divergenza con la fattispecie tipica di cui all'art. 2094 cod.civ. era rappresentata dalla distribuzione dei poteri normalmente accentrati nella figura datoriale che nel caso del contratto di fornitura erano ripartiti tra l'agenzia e l'utilizzatore. Con previsione espressa, il legislatore attribuiva infatti il potere direttivo all'impresa utilizzatrice prevedendo che “*Il prestatore di lavoro svolge la propria attività secondo le istruzioni impartite dall'impresa utilizzatrice per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro ed è tenuto inoltre all'osservanza di tutte le norme di legge e di contratto collettivo applicate ai lavoratori dipendenti dell'impresa utilizzatrice*” (art. 4, comma 1).

Nel silenzio di legge, il potere disciplinare era mantenuto in capo all'impresa fornitrice, effettiva titolare del rapporto di lavoro; così come restava in capo all'agenzia l'obbligo di retribuire il prestatore di lavoro temporaneo, al quale doveva essere corrisposto “*un trattamento non inferiore a quello cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice*”.

Per quanto riguarda il profilo funzionale, si è già anticipato che il contratto di fornitura ed il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo erano contratti

²⁵⁴ O. MAZZOTTA, *ult. op. cit.*, p. 187 e ss..

collegati, allorché le parti stipulavano negozi tra loro distinti, ma funzionalmente preordinati alla realizzazione di un disegno unitario, condiviso dai contraenti: per tale ragione, se gli effetti di uno dei due contratti non potevano prodursi (ad esempio, perché sia accertata l'originaria invalidità o per cause sopravvenute come il verificarsi di un evento idoneo a determinare la risoluzione del contratto) anche quelli dell'altro venivano meno perché era frustrata la finalità complessiva dell'operazione economica voluta dai contraenti.

Sul punto, vi è anzitutto da interrogarsi su quale era la funzione perseguita dal contratto di fornitura di lavoro temporaneo ed il contratto di lavoro ad esso sotteso.

I rilievi sono molteplici.

Anzitutto vengono in rilievo gli obiettivi perseguiti dalle parti contrattuali.

Per quanto riguarda l'impresa utilizzatrice le finalità perseguite potevano sintetizzarsi nell'ampio concetto della flessibilità, intensa quale strumento di gestione e riduzione dei costi aziendali²⁵⁵ oppure in termini di esigenze contingenti dell'impresa. In quest'ultima accezione –l'unica, di fatto, contemplata dalla legge– la ragione del ricorso alla fornitura poteva essere così sintetizzato “*Si lavora per consegnare una certa commessa in un termine essenziale, questo è l'imperativo*”.²⁵⁶ L'agenzia, quindi, si impegna a fornire mano d'opera effettivamente utilizzabile in relazione alle necessità dell'utilizzatore.

D'altro canto, quest'ultima offriva i propri servizi verso corrispettivo, che doveva essere tale da garantire alla stessa un profitto oltre il costo della fornitura.

Circa il terzo soggetto coinvolto –il lavoratore–, è opportuno svolgere alcune osservazioni.

Le perplessità in termini di sfruttamento ed abuso derivanti dalla disparità di trattamento economico e normativo tra i lavoratori assunti e retribuiti dall'interposto e quelli alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, furono –come noto– alla base dell'adozione dell'assoluto divieto di interposizione di mano d'opera. La l. n. 1369 del 1960 adottò, nelle (limitate) ipotesi di appalto consentite, il principio della parità di trattamento, ripreso anche nel testo normativo del 1997.

La questione, dunque, non si poneva in termini di inferiorità (del lavoratore per prestazioni temporanee rispetto a quello alle dirette dipendenze dell'utilizzatore) ma, piuttosto, in termini di stabilità, soprattutto in relazione al contratto a tempo determinato per prestazioni di lavoro temporaneo. La legge, proprio al fine di

²⁵⁵ P. ICHINO, *La segmentazione del processo produttivo*, op. cit., nella quale opera viene svolta un'approfondita analisi sui costi aziendali e sulle scelte imprenditoriali ad essi connessi.

²⁵⁶ G. PERA, *ult. op. cit.*, p. 281.

agevolare la stabilizzazione del lavoratore nella stessa impresa utilizzatrice, sanciva la nullità di clausole finalizzate a limitare la possibilità per quest'ultima di assumere il lavoratore dalla stessa impiegato al termine del periodo di missione, sanzione prevista sia con riguardo al contratto di fornitura sia con riguardo al contratto di lavoro. In tali disposizioni di legge emergeva la "funzione collocativa" del lavoro temporaneo, che, se, per un verso, rappresentava un'opportunità di impiego "precario" in attesa di migliori occasioni professionali, per altro verso, poteva tradursi nell'occasione per il lavoratore di mostrare la propria professionalità ed ottenere un impiego "fisso".²⁵⁷

Dalla combinazione dei negozi emergeva, in primo luogo, che il contratto a tempo determinato per prestazioni di lavoro temporaneo poteva essere stipulato solo se, a monte vi fosse stata la stipulazione di un regolare contratto di fornitura; detto altrimenti non dovevano sussistere vizi genetici o funzionali, perché nel qual caso, entrambe i contratti (quello di fornitura e quello di lavoro) sono da ritenersi nulli.²⁵⁸

Il medesimo collegamento, seppur più problematico, comunque esistente, sussisteva anche nell'ipotesi del contratto di lavoro a tempo indeterminato, poiché anche in tal caso i vizi del negozio, inevitabilmente, si riflettono sul contratto di lavoro.

Un primo ordine di vizi atteneva alla violazione delle prescrizioni di cui agli artt. 1 e 2 che introducevano una serie di limiti inderogabili volti a comprimere l'autonomia privata con circa la facoltà delle parti (l'impresa fornitrice e l'impresa utilizzatrice) di stipulare nonché di determinare il contenuto del contratto di fornitura.

Limiti di natura soggettiva, la cui violazione poteva determinare la nullità del contratto per vizi genetici, erano fissati con riguardo al soggetto abilitato a svolgere l'attività di fornitura.

L'agenzia doveva essere in possesso di apposita autorizzazione amministrativa per l'esercizio di tale attività di fornitura; autorizzazione rilasciata solo in presenza di determinati requisiti (formali, economici ed organizzativi)²⁵⁹ e che, a sua volta,

²⁵⁷ O. BONARDI, *ult. op. cit.*, che parla del lavoro temporaneo come "trampolino di lancio verso il posto fisso", p. 409; R. DEL PUNTA, *ult. op. cit.*, il quale interpreta la scelta del legislatore di vietare le suddette clausole quale "riflesso ragionevole del favor che l'ordinamento continua a manifestare per l'instaurazione di rapporti di lavoro non precari. E' inoltre in gioco la stessa libertà di lavoro ex art. 4 Cost.", pp. 224-226.

²⁵⁸ R. DEL PUNTA, *ult. op. cit.*, in part. pp. 209 e 210.

²⁵⁹ I requisiti necessari per ottenere l'autorizzazione sono stati oggetto di rilevanti modifiche durante l'iter di approvazione della legge con particolare riguardo alle garanzie di

rappresentava il presupposto per l'iscrizione nell'Albo istituito presso il Ministero del Lavoro (art. 2). La violazione della predetta norma comportava l'applicazione della sanzione prevista dalla l. n. 1369 del 1960, ossia la diretta imputazione dei rapporti in capo all'impresa utilizzatrice, oltre la conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato, qualora tra l'agenzia ed il lavoratore fosse stato stipulato un contratto a termine (art. 10, ult. periodo).

Mentre, non erano previste limitazioni particolari per quanto riguarda il soggetto utilizzatore. Anzi, la nuova disciplina era applicabile anche alla pubblica amministrazione, fatta salva l'inapplicabilità in tal caso delle previsioni relative alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Altro limite che finiva col tradursi in vizio genetico se violato, era di natura oggettiva ed atteneva alle ipotesi, rigorosamente tassative, nelle quali il contratto di fornitura poteva essere concluso.

La legge, all'art. 1, comma 2, lett. a), rinviava anzitutto alla contrattazione collettiva alla quale spetta il compito di aprire i confini della legge ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle legali indicate alle successive lett. b) e lett. c). Segnatamente, la prima ipotesi legale di stipulazione del contratto di fornitura, coincideva con la "*temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali*"; con il carattere dell'estraneità qualitativa dell'attività affidata ai prestatori di lavoro temporaneo forniti dall'agenzia rispetto alle normali attività aziendali, il legislatore ha inteso evitare un utilizzo distorto del contratto di fornitura quale strumento stabile di gestione dell'impresa, allorché motivato esclusivamente dall'esigenza di coprire i vuoti di un organico sottodimensionato.²⁶⁰

La seconda ipotesi legali era quella della sostituzione di lavoratori assenti.

A tali limiti positivi per la stipulazione del contratto di fornitura si aggiungevano altri limiti, di ordine negativo. I divieti inderogabili sanciti dall'art. 1, comma 4, riguardavano tanto l'autonomia privata quanto quella collettiva. Il ricorso al contratto di fornitura era anzitutto vietato "*per le qualifiche di esiguo valore professionale, individuate come tali dai contratti collettivi nazionali*". Come è stato osservato l'esclusione degli strati professionali meno qualificati si collegava al pregiudizio del legislatore per cui la minore qualificazione professionale sia alla base di una maggiore debolezza contrattuale.²⁶¹ In secondo luogo la fornitura è vietata per la sostituzione di lavoratori in sciopero. Sulla base del terzo e quarto

solvibilità dell'agenzia che rappresenta la prima e più elementare tutela contro le pratiche di sfruttamento dei lavoratori. Sul punto: O. BONARDI, *ult. op. cit.*, pp. 396-397.

²⁶⁰ R. DEL PUNTA, *ult. op. cit.*, p. 216.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 219.

divieto la fornitura era vietata presso le unità produttive “*nelle quali si sia proceduto, entro i dodici mesi precedenti, a licenziamenti collettivi*” (lett. c) o “*nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti una riduzione dell’orario con diritto al trattamento di integrazione salariale*” (lett. d) con riguardo, in entrambi i casi, ai “*lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce la fornitura*”. Infine il quinto ed il sesto divieto rispondono all’esigenza di evitare che i prestatori di lavoro temporaneo potessero essere sottoposti a rischi impropri per la propria salute e sicurezza. Sicché, la legge sanciva il divieto di ricorrere alla fornitura di mano d’opera in capo alle imprese “*che non dimostrino alla Direzione provinciale del lavoro di aver effettuato la valutazione dei rischi*” (lett. e) e con riguardo alle “*lavorazioni che richiedano sorveglianza medica speciale*” e ai “*lavori particolarmente pericolosi*” individuati con apposito decreto ministeriale.

In tutte le ipotesi sopra descritte, quindi, tanto nel caso di violazione dei limiti positivi di cui all’art. 1, comma 2, e dei divieti inderogabili di cui all’art. 1, comma 4, continua a trovare applicazione la l. n. 1369 del 1960.

Parimenti, la stessa sanzione era prevista qualora il contratto di fornitura presentasse determinati vizi formali, dei quali il principale era, senza dubbio, quello della mancanza della forma scritta, prescritta *ab substantiam*. Sul punto, la legge precisava altresì che v. art. 10 comma 2.

Il contratto di fornitura doveva inoltre contenere altri importanti elementi, sempre indicati dall’art. 5, tra i quali si ricordano: i motivi del ricorso alla fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, l’indicazione delle parti contrattuali, l’iscrizione all’Albo dell’impresa fornitrice, le mansioni e l’inquadramento del lavoratore, la durata della missione.

Anche la violazione di tali prescrizione comporta l’applicazione della l. n. 1369 del 1960.

Seppur la legge del 1997 venne a breve tempo travolta dalla più ampia riforma in materia di mercato di lavoro che abrogò anche il divieto assoluto di interposizione di cui alla l. n. 1369 del 1960, non v’è dubbio che con essa mise in forte discussione l’apparato normativo antecedente di totale chiusura rispetto alle esigenze di un’impresa sempre più esternalizzata e smaterializzata.

CAPITOLO 3

SOMMINISTRAZIONE E APPALTO

1. BREVE INTRODUZIONE SUL D.LGS. N. 276 DEL 2003.

Con il d.lgs. n. 276 del 2003 il legislatore italiano muta visibilmente “*il segno del proprio approccio di politica del diritto ai fenomeni di segmentazione del ciclo produttivo*”²⁶²: l’assoluta diffidenza espressa nel generale divieto di interposizione di mano d’opera di cui alla l. n. 1369 del 1960, in seguito parzialmente ridimensionato dall’intervento interpretativo della giurisprudenza e di certa parte della dottrina e dalla deroga introdotta dalla l. n. 196 del 1997, fu superata con la legittimazione, operata attraverso la legittimazione, seppur entro precisi confini normativi, dei fenomeni di acquisizione dall’esterno di beni, servizi e lavoro.

La flessibilità introdotta dal d.lgs. n. 276 del 2003 “*offre all’impresa ... la scelta tra il «fare in proprio» (con propria organizzazione e propri dipendenti) ed il «far fare» a terzi a terzi, si tratti di imprese già autonome e autosufficienti (appalto), di imprese destinatarie di rami aziendali ceduti dalla committente (contratto di esternalizzazione, codificato dall’art. 32, secondo comma, del d.lgs. n. 276 del 2003), di lavoratori da altri dipendenti (somministrazione di lavoro e distacco)*”²⁶³

Del resto tali interventi furono condizionati dall’evolversi del contesto globale, caratterizzato dalla ridefinizione del modello di capitalismo di riferimento, in crescente misura fondato sull’esaltazione del libero mercato, con profondi mutamenti sia nei modelli comportamentali di consumo sia nel sistema lavoro e della protezione sociale, con una trasformazione di tipo quantitativo, segnata da un livello di disoccupazione elevatissimo, e di tipo qualitativo, posto che la fabbrica non costituiva (e non costituisce) più il luogo della concentrazione del lavoro e della produzione.²⁶⁴

²⁶² R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco nella riforma del diritto del lavoro*, in ADL, n. 1/2005, pp. 59 e ss. (qui, p. 61).

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ Per una lettura in chiave critica del moderno processo di ridefinizione del mercato del lavoro si veda: A. ANASTASI, *Esternalizzazioni e rapporto di lavoro: ovvero il paradigma delle complessità*, in *Il Diritto del Lavoro*, p. 359 e ss., il quale offre una lettura negativa del fenomeno della globalizzazione, altrimenti definito dall’autore “*globalismo*”, affermando che: “*Pur se l’ideologia della globalizzazione contiene indiscutibili nuclei di verità – nei paesi*

Sicché, perché anche a livello nazionale potesse essere colta la sfida della globalizzazione, si rese anzitutto necessaria una maggiore articolazione dei processi produttivi la previsione di strumenti di flessibilità, anche alla luce della circostanza per cui le strategie di impresa sempre meno appaiono perseguire finalità di fuga o di elusione della normativa a tutela dei lavoratori.

Il legislatore ha operato una revisione di tutti gli istituti inerenti il fenomeno dell'*outsourcing*, attraverso la sostituzione del divieto generalizzato di interposizione nelle prestazioni di lavoro con l'indicazione di condizioni, oggettive e soggettive, che legittimano la sua utilizzazione.²⁶⁵

Nell'ambito del d.lgs. n. 276 del 2003 si assiste, infatti, ad un tendenziale affievolimento del principio cardine di cui all'art. 2094 cod.civ. in base al quale nella struttura della fattispecie tipica di rapporto di lavoro è il datore di lavoro che dirige, coordina e controlla l'attività lavorativa. Diversamente, il legislatore del 2003 introduce un ventaglio di modelli contrattuali "atipici", tra i quali compaiono modelli contrattuali che consentono all'imprenditore di "servirsi", all'interno dei propri spazi produttivi, di lavoratori assunti e retribuiti da altri.

La riforma, invero, intacca il consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che si era espressa per "*l'incompatibilità logica del rapporto interpositorio, con il tipo legale del lavoro nell'impresa*".²⁶⁶

Tale opportunità è stata legittimata con l'introduzione (anche) nel nostro ordinamento degli istituti della somministrazione di mano d'opera (artt. 20-28, decreto) e del distacco (art. 30, decreto).

L'adozione del decreto determinò l'aggiungersi, alla forma tipica del contratto di lavoro subordinato, di altre fattispecie contrattuali flessibili, nelle quali l'integrazione del lavoro nel processo produttivo non passa necessariamente per la stipulazione del tipico contratto di lavoro subordinato, offrendosi all'imprenditore un panorama più esteso di forme giuridiche alternative.

Il lavoro subordinato, pur considerato nelle sue varianti (la principale consistente nell'opzione tra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato e nelle varianti introdotte dallo stesso d.lgs. n. 276 del 2003 del lavoro ripartito, a

a capitalismo avanzato sembrano, gradualmente quanto progressivamente, svanire i concetti stessi di democrazia, socialità e cittadinanza, fondati su una corretta, matura ed evoluta dialettica capitale-lavoro ed innestati sui fondamentali istituti di Welfare" (in part., p. 361).

²⁶⁵ A. PESSI, *Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro: dalla riforma Biagi alla "legge sul Welfare"*, in ADL, n. 2/2008, pp. 403 e ss..

²⁶⁶ M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai d.lgs. n. 276/2003 e n. 251/2004*, (a cura) di M. MAGNANI, P.A. VARESI, Torino, 2005, pp. 285 e ss..

chiamata, etc.) è un'opzione tra le tante modalità di organizzazione del lavoro introdotte dal citato decreto, quali la somministrazione di mano d'opera, il distaccato, e, per altri versi e con diverse modalità, dell'appalto, nuovamente disciplinato, e del lavoro a progetto, che ridisegna la categoria delle collaborazioni coordinate e continuative.

Alla luce degli evidenti cambiamenti apportati nella disciplina del mercato del lavoro, alcuni autori accolsero il decreto legislativo con entusiasmo, altri ne criticarono aspramente le finalità ed i contenuti.

In particolare tra quanti ne criticarono fortemente i contenuti vi era chi osservava che le nuove disposizioni in materia di decentramento produttivo (somministrazione di mano d'opera, appalto dei servizi, trasferimento d'azienda, distacco) mostravano quale unico obiettivo quello di incentivare i processi di segmentazione dei processi produttivi e di scorporo aziendale *“alla ricerca di più vantaggiosi (e leciti), per l'impresa, livelli di scambio tra lavoro e trattamento economico-normativo”*.²⁶⁷ Il testo normativo conteneva un eccesso di flessibilità e di liberalizzazione del mercato del lavoro, non prevedendo adeguate forme di tutela nei confronti dei lavoratori.

Anche la dottrina maggiormente aperta ad una ridefinizione della materia²⁶⁸ si è espressa in termini negativi allorché lo schema adottato dal d.lgs. n. 276 del 2003 richiamava un *“modello di organizzazione del sistema produttivo di impronta inequivocabilmente neo-liberista”*.²⁶⁹

²⁶⁷ P. CHIECO, *Somministrazione, Comando, Appalto. Le nuove forme di prestazione a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, (a cura) di P. CURZIO, Bari, 2004, qui p. 92; nella stessa prospettiva: *La riforma del mercato e i nuovi modelli contrattuali*, (a cura) di E. GRAGNOLI, A. PERULLI, Padova, 2004, in part. 277-279. Si veda anche: A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in ADL, n. 2/2003, pp. 473 e segg. (in partic. pp. 488 e 489) e anche in *Dir. Lav.*, maggio-agosto 2004, pp. 1211 e segg. (qui, p. 1223) in cui l'autore sottolinea come «nondimeno appare difficile non pensare che a questa fluidificazione e legittimazione non corrisponda una sensibile riduzione delle tutele, direi anzi una vera e propria caduta del tradizionale garantismo per quei lavoratori “somministrabili” ai quali si prospetta davvero un impressionante “ritorno al passato”».

²⁶⁸ A favore di una revisione del sistema normativo sulle esternalizzazioni si espressero: M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Marco Biagi: un giurista progettuale*, (a cura) di L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU, Milano, 2003, pp. 141 e segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, (a cura) di R. DE LUCA TAMAJO, Napoli, 2002, pp. 9 e segg.; P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Milano, 2000, pp. 3 e ss. e 361 e ss.

²⁶⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in ADL, n. 1/2005, pp. 59 e segg. (qui, 67).

Ed in effetti il legislatore è, quanto meno motivato dall'idea che il sostegno ai nuovi modelli organizzativi d'impresa possa restituire competitività al sistema, producendo ricadute positive in termini di occupazione, inclusione sociale e tutela del lavoro.

Gli ispiratori del decreto si espressero in tal senso sottolineando che *“il processo di modernizzazione del modo di organizzare il lavoro e produrre ricchezza opera necessariamente nella direzione dell'aumento delle opportunità di occupazione e di qualità”* e, più in generale, dell'evoluzione della nozione di diritto del lavoro, che *“da vincolo si può trasformare in opportunità e strumento di competizione per le imprese ... generando al tempo stesso maggiore inclusione sociale e maggiore competitività”*.²⁷⁰ In particolare, di fronte alle innumerevoli critiche circa la mancata corrispondenza tra flessibilità e tutele, non mancò chi lesse la riforma delle esternalizzazioni in termini di *“valorizzazione del capitale umano in una prospettiva di competitività del sistema”*.²⁷¹

2. LA SOMMINISTRAZIONE QUALE STRUMENTO DI OUTSOURCING.

Una particolare figura di esternalizzazione è quella avente ad oggetto il reclutamento (dall'esterno) e la gestione (interna) di mano d'opera.

L'istituto della somministrazione di lavoro attiene alla seconda fase propria dei processi di scomposizione del ciclo produttivo, che succede alla fase c.d. espulsiva attuata attraverso gli strumenti giuridici dei licenziamenti, individuali e, soprattutto, collettivi, e del trasferimento del ramo di azienda. La somministrazione di lavoro, così come l'appalto di servizi e la subfornitura, attengono invece alla fase c.d. riacquisitiva, tramite collegamento negoziale con un'impresa terza già esistente sul mercato.

Mediante tale istituto è infatti possibile realizzare la traslazione del rischio della gestione di una parte dell'organico in capo ad un soggetto terzo, così come, nel contratto di appalto è traslato il rischio d'impresa riguardo alle opere ed ai servizi che rappresentano segmenti tipici del ciclo produttivo.

E'infatti stato osservato che *“nel caso dell'appalto genuino di servizio la professionalità imprenditoriale del fornitore costituisce parte integrante della*

²⁷⁰ M. SACCONI, P. REBOANI, M. TIRABOSCHI, *La società attiva*, Venezia, 2004.

²⁷¹ M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 54/2005, in partic. p. 17 e ss..

prestazione stessa, esprimendosi principalmente nell'organizzazione e direzione dei lavori secondo modelli e metodi propri del fornitore stesso”; analogamente “la professionalità imprenditoriale del fornitore si esprime tutta sul terreno della riduzione dei costi di transazione che l'impresa principale deve sostenere per il reperimento e la gestione della forza-lavoro, cioè sul piano dell'attività preparatoria della prestazione lavorativa”.²⁷²

Considerata quale strumento per privare l'imprenditore della responsabilità giuridica con riguardo a parte della forza-lavoro demandando a terzi la gestione del personale da utilizzare in circostanze particolari, la somministrazione di lavoro, si inserisce tra gli istituti che consentono di decentrare il ciclo produttivo, portando compimento un processo di esternalizzazione.²⁷³

3. LA DISCIPLINA DELLA SOMMINISTRAZIONE DI MANO D'OPERA NEL D.LGS. N. 276 DEL 2003.

3.1. I SOGGETTI COINVOLTI.

La disciplina dei fenomeni interpositori e delle esternalizzazioni nelle relazioni di lavoro costituisce una delle maggiori novità della riforma del mercato del lavoro attuato nello scorso decennio.²⁷⁴

La somministrazione di lavoro introdotta dal d.lgs. n. 276 del 2003 è una fattispecie complessa,²⁷⁵ funzionale ad una ripartizione contrattuale dei rischi, dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità connesse all'utilizzo della forza-lavoro dipendente; dalla quale costruzione giuridica corrisponde la rivisitazione del concetto di impresa, da intendersi non più come proprietà di strumenti e capitali, bensì quale

²⁷² P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, DLRI, 1999, p. 251.

²⁷³ M. L. VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale*, aggiornam., Torino, 2007, pp. 722 e segg., in partic. pp. 742 e 743.

²⁷⁴ P.A. RABAUDENGO, *La separazione del lavoro dall'impresa: alcune significative novità*, in LD, 2004, p. 172; S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in G. FERRARO, *Sviluppo e occupazione del mercato globale*, Milano, 2004, p. 189.

²⁷⁵ La giurisprudenza ha definito la somministrazione di lavoro “*un rapporto complesso in cui il rapporto tra somministratore e utilizzatore, quello tra somministratore e lavoratore, e quello tra lavoratore somministrato e utilizzatore sono tra loro inscindibilmente collegati da un nesso causale: le vicende dell'uno non possono che coinvolgere anche gli altri*”, in Trib. Milano, 7 marzo 2014.

“luogo di ripartizione dei rischi”²⁷⁶, e, parallelamente alla crisi della figura unitaria di datore di lavoro, l’evoluzione del nuovo concetto di co-datorialità²⁷⁷. Tale ripartizione, come è stato osservato, “per un verso, è rigorosamente predeterminata dal legislatore attraverso una serie di limiti inderogabili alla autonomia privata (imputazione dell’obbligo di sicurezza; adempimenti retributivi, contributivi e previdenziali; responsabilità civile per il fatto del lavoratore; ecc.) e che, per l’altro verso, nel silenzio di legge, viene concordata tra le parti stesse fermo restando il limite della parità di trattamento tra lavoratori temporanei e lavoratori stabili dell’impresa utilizzatrice e il rispetto dei principi generali dell’ordinamento in tema di ordine pubblico economico”.²⁷⁸ coinvolge tre differenti soggetti ed implica tre differenti relazioni, con la peculiarità che soltanto due delle quali relazione sono di natura contrattuale. Il rapporto tra somministratore ed utilizzatore scaturisce dal contratto (commerciale) di somministrazione di lavoro; mentre, il rapporto tra somministratore e prestatore di lavoro si fonda sul contratto di lavoro in somministrazione. Tra utilizzatore e prestatore di lavoro intercorre una relazione meramente fattuale, consistente nella direzione tecnica e nella conformazione della prestazione lavorativa alle esigenze dell’organizzazione aziendale nella quale l’attività lavorativa si inserisce. La legge, tuttavia, sancisce diritti ed obblighi precisi in capo ai due soggetti (utilizzatore e prestatore di lavoro), benché gli stessi non siano fra loro legati da alcun vincolo contrattuale.

L’istituto *de quo* è, dunque, caratterizzato da una *relazione soggettiva trilaterale*, che –come si anticipava– coinvolge tre soggetti: il somministratore, l’utilizzatore ed il prestatore di lavoro.

Con riguardo al primo soggetto, il legislatore, riprendendo l’impianto della l. n. 196 del 1997, detta prescrizioni restrittive per l’individuazione dei soggetti ammessi a svolgere attività di intermediazione. In particolare, i vincoli imposti dalla legge offrono maggiori garanzie al lavoratore in termini di solidità economica e stabilità.

²⁷⁶ E. RULLANI, Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell’anomalia, in *Gruppi di imprese e nuove regole*, (a cura) di P. ZANELLI, Milano, 1991, pp. 131-149.

²⁷⁷ La circostanza che il legislatore abbia posto in capo ad un ulteriore soggetto, diverso da colui che stipula il contratto di lavoro, specifiche posizioni giuridiche verso i lavoratori, ha indotto alcuni autori ad esprimersi in termini di co-datorialità o di pluridatorialità. Sul punto si vedano: V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 54/2005; si vedano anche gli atti del XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLASS sul tema “La figura del datore di lavoro. Articolazione e trasformazione”, Catania, 21-23 maggio 2009, ed. Giuffré, Milano, 2010.

²⁷⁸ M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano*, *op. cit.*, pp. 19-20.

Sempre riprendendo l'impianto della l. n. 196 del 1997, il legislatore opta per lo strumento della autorizzazione amministrativa, dietro il rilascio della quale è concessa l'iscrizione nell'apposito albo istituito presso il Ministero del lavoro; sicché, l'attività di fornitura di mano d'opera è riservata dalla legge esclusivamente a soggetti muniti di apposita autorizzazione a sottoposti a controlli di carattere pubblicistico.

Le agenzie di somministrazione devono, in primo luogo, essere in possesso dei requisiti richiesti in generale per tutte le agenzie private che operano nel mercato del lavoro (agenzie di lavoro) e che svolgono attività di intermediazione.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, è bene sottolineare che intermediazione e interposizione non sono formule coincidenti, infatti il primo termine si connette strettamente con la funzione di collocamento della mano d'opera offerto dagli operatori del mercato del lavoro, mentre con il secondo si suole indicare l'attività di mera fornitura di mano d'opera.

In particolare, la somministrazione di lavoro può essere esercitata solo da società di capitali ovvero da cooperative o consorzi di cooperative. La società, italiana o di altro Stato membro dell'Unione europea, con sede legale o una sua dipendenza in Italia o in altro territorio sempre rientrante nei confini comunitari, deve garantire una disponibilità di uffici e di competenze professionali adeguate, l'interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro nonché nel caso in cui l'attività di fornitura sia esercitata da soggetti c.d. polifunzionali, la suddivisione in settori operativi distinti.

Il legislatore, tanto a garanzia del lavoratore quanto dell'utilizzatore che si interfaccia con il somministratore per ottenere il servizio, al fine di evitare che agenzie poco affidabili si insinuino nel mercato, richiede che gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti con poteri di rappresentanza ed i soci accomandatari non abbiano riportato condanne penali, ancorché non definitive –ivi comprese le sanzioni sostitutive di cui alla legge n. 689 del 1981– per delitti contro il patrimonio, la fede o l'economia pubblica, per associazioni di tipo mafioso, per delitti non colposi puniti con la pena non inferiore nel massimo a tre anni di reclusione, per delitti e contravvenzioni previsti dalla legislazione in materia di lavoro e previdenza sociale, con particolare riguardo a quella antinfortunistica.

Peraltro, in aggiunta ai requisiti sopra citati che accomunano le agenzie di lavoro alle agenzie di somministrazione di lavoro, se ne aggiungo altri, sanciti con esclusivo riguardo a queste ultime, finalizzati: a) all'accertamento della stabilità patrimoniale (ammontare del capitale sociale versato non inferiore ai 600mila euro

e deposito cauzionale non inferiore a 350mila euro da effettuare per i primi due anni, e, a decorrere dal terzo anno ammontare della fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata da un intermediario autorizzato comunque non inferiore a 350mila euro da stipulare a garanzia dei crediti dei lavoratori impiegati e dei corrispondenti crediti contributivi); b) alla professionalità ed all'idoneità dell'organizzazione (è posto l'obbligo di indicare la somministrazione di lavoro come oggetto sociale prevalente, anche se non esclusivo; l'agenzia deve avere la disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali, maturate nel settore delle risorse umane o delle relazioni industriali; l'attività di somministrazione deve svolgersi sull'intero territorio nazionale e, comunque, in un ambito che comprenda almeno quattro regioni; per le società cooperative il numero minimo di soci è cinquanta); c) all'affidabilità nella corretta gestione dei rapporti di lavoro (l'agenzia deve garantire il rispetto delle disposizioni di cui all'art. 8 del medesimo decreto relativamente ai dati personali ed alla scheda anagrafico-professionale del lavoratore, a tutela del diritto del lavoratore alla riservatezza e nel rispetto della normativa in materia di privacy di cui alla l. n. 675 del 1996, il regolare versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, il rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione).

Tali requisiti sono tutti indicati agli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276 del 2003.

Inoltre, con riguardo ai soggetti c.d. "polifunzionali" ossia alle agenzie che, oltre a svolgere attività di somministrazione svolgono anche attività di mediazione fra domanda ed offerta di lavoro, di selezione e di ricerca del personale, di supporto alla ricollocazione del personale (art. 4), tali soggetti devono garantire ulteriori requisiti e, in particolare, devono garantire la presenza "di distinte divisioni operative, gestite con strumenti di contabilità analitica, tali da consentire di conoscere tutti i dati economico-gestionali specifici" [art. 5, comma 1, lett. e)].

Verificato il possesso dei predetti requisiti, il Ministero del lavoro rilascia entro sessanta giorni dalla proposizione dell'istanza un'autorizzazione provvisoria all'esercizio dell'attività di somministrazione e, poi, "*subordinatamente alla verifica del corretto andamento dell'attività svolta*", un'autorizzazione a tempo indeterminato (art. 4, comma 2).

Il rilascio dell'autorizzazione –come anticipato– dà diritto all'iscrizione nell'apposito albo istituito presso il Ministero del Lavoro (art. 4, comma 1), con

funzione di pubblicità-notizia. Come è stato correttamente osservato²⁷⁹ non l'iscrizione all'albo, bensì il rilascio dell'autorizzazione è presupposto indefettibile per l'esercizio dell'attività di somministrazione.

Il venir meno dei requisiti prescritti e sulla base dei quali è avvenuto il rilascio dell'autorizzazione e/o il non corretto funzionamento dell'attività esercitata secondo le indicazioni legislative, comportano la revoca dell'autorizzazione e la conseguente cancellazione dall'albo speciale.

Nessun limite è invece stabilito in capo all'utilizzatore, il quale potrebbe essere, dunque, anche un soggetto sprovvisto di qualità imprenditoriale.

Con riguardo, infine, al prestatore di lavoro, il d.lgs. n. 276 del 2003 prende in considerazione solo il lavoratore subordinato, senza tuttavia sancire un espresso divieto con riguardo alle prestazioni di carattere autonomo. Vi è pertanto chi ha escluso che *“la somministrazione di lavoro autonomo non è vietata”*, mancando al riguardo un divieto espresso nella normativa.²⁸⁰

3.2. IL CONTRATTO COMMERCIALE DI SOMMINISTRAZIONE.

Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, di natura privatistica e più propriamente commerciale, che regola i rapporti tra somministratore ed utilizzatore.

Trattandosi di fattispecie contrattuale prevista e regolata dal legislatore, la stessa non può che rientrare tra i contratti c.d. tipici, soggetti a prescrizioni di forma e di contenuto.

Vi è chi ha osservato che il decreto legislativo non contenga alcuna norma descrittiva del contenuto tipico del contratto di somministrazione di lavoro e che individui l'obbligazione principale del somministratore,²⁸¹ sebbene il legislatore sia stato molto preciso nell'indicare la controprestazione gravante sulla controparte contrattuale, l'utilizzatore, la quale assume l'obbligo di “rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro” [art. 21, comma 1, lett. i)]; la norma, quindi, individua il minimo (minimum quantum) del corrispettivo dovuto dall'utilizzatore

²⁷⁹ M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, 2013, p. 51.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 52.

in favore del somministratore. Tuttavia, il legislatore, all'art. 20, comma 2, nel sancire che "per tutta la durata della missione i lavoratori svolgono la propria attività sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore", indirettamente individua anche il contenuto dell'obbligazione principale del somministratore.

Tuttavia, affermare che il somministratore si impegna ad inviare mano d'opera presso l'utilizzatore non delimita sufficientemente l'oggetto dell'obbligazione del somministratore. Infatti diverse sono le conseguenze che si rappresentano a seconda che si ritenga che l'obbligazione del somministrazione consista nell'inviare e nel mantenere a disposizione un lavoratore determinato (quindi un soggetto individuato e non sostituibile) oppure nell'inviare e nel mantenere a disposizione un lavoratore determinato di particolari caratteristiche (a titolo esemplificativo, qualifiche ed esperienze professionali pregresse) o, ancora, nel garantire l'esatta esecuzione di determinate prestazioni di lavoro.

E' evidente che le soluzioni determinano un peso più o meno grave per il somministratore in termini di "esatto adempimento".

Infatti, se il propendere per la prima soluzione determina che l'inadempimento si realizzi qualora il somministratore non invii quel determinato lavoratore presso l'utilizzatore, cosa che non accade nelle altre due ipotesi rispetto alle quali il lavoratore può assumere determinate caratteristiche ma il soggetto individuato non è mai insostituibile, nell'ipotesi diversa in cui il lavoratore non esegua esattamente la prestazione di lavoro, adottando una delle prime due soluzioni il somministratore non è responsabile per l'inadempimento, mentre diviene responsabile qualora si scelga di aderire alla terza soluzione prospettata.

La stessa dottrina che pone la questione è orientata verso l'ultima ipotesi proposta, consistendo cioè l'obbligazione del somministratore nell'offrire l'esatta esecuzione di determinate prestazioni di lavoro; ciò sia in forza del dato letterale che si riferisce all'invio generico di "lavoratori" presso l'utilizzatore (art. 20, comma 2), sia in ragione di favorire lo stesso utilizzatore, il quale, rimanendo al di fuori del contratto di lavoro subordinato tra somministratore e lavoratore, non può ricoprire la posizione di creditore della prestazione nell'ipotesi dell'eventuale ed inesatta esecuzione; sicché, solo con l'obbligo assunto dal somministratore nel contratto commerciale di somministrazione di lavoro è possibile garantire all'utilizzatore un risultato utile, simile a quello che potrebbe ottenere vestendo il ruolo di datore di lavoro del lavoratore somministrato dal contratto di lavoro.

Sotto lo stesso profilo può essere data lettura anche della diversa distribuzione dei poteri propriamente datoriali in capo al somministratore ed all'utilizzatore, il quale

pur non essendo coinvolto nel rapporto di lavoro subordinato, ne esercita il potere direttivo che, per eccellenza, contribuisce a riempire di contenuto la nozione di subordinazione. Invero l'art. 20, comma 2, riprende la medesima formula di cui all'art. 2094 cod.civ. laddove sancisce che il lavoratore somministrato è tenuto a svolgere la propria attività "sotto la direzione" dell'utilizzatore. L'utilizzatore, inoltre, è titolare del potere di controllo sulla esatta esecuzione della prestazione. Tanto il potere direttivo quanto il potere di controllo, in virtù del generale rinvio alle norme del codice civile ed alle leggi speciali (art. 22, 1 e 2 comma) devono essere esercitati nei limiti sanciti dalla legge e dal contratto individuale di lavoro.

Con riguardo poi al potere disciplinare e sanzionatorio se è vero che tale potere compete al somministratore il d.lgs. n. 276 del 2003 prevede che sia l'utilizzatore a comunicare al somministratore "*gli elementi che formeranno oggetto della contestazione ai sensi dell'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300*". Di fatto, dunque, è l'utilizzatore che rileva eventuali condotti illecite, anche se queste, formalmente, saranno contestate dal somministratore.

L'art. 21, comma 1, prevede che il contratto di somministrazione di lavoro sia stipulato in forma scritta *ab substantiam*, il ché significa che il contratto privo di tale requisito è viziato da nullità; conseguentemente, il lavoratore è considerato a tutti gli effetti di legge direttamente alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 21, comma 4).

Vi sono poi altri requisiti di forma che il contratto di somministrazione di lavoro deve presentare. Segnatamente, tale contratto deve contenere una serie di elementi essenziali, in assenza dei quali, al pari del difetto della forma scritta, il contratto di somministrazione di lavoro ciò comportando altresì l'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore (art. 21, comma 4).

Tali elementi essenziali sono: gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; il numero dei lavoratori richiesti; la ragioni tecnica, organizzativa, produttiva o sostitutiva legittimante il ricorso alla somministrazione di mano d'opera, con riguardo alla somministrazione di lavoro a termine ed a tempo indeterminato; l'indicazione di rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori; la data di inizio e la durata prevista dal contratto [art. 21, comma 1, lett. da a) a e)].

La violazione dell'obbligo di forma e dell'indicazione degli elementi essenziali individuati dal decreto comporta altresì la sanzione amministrativa da euro 250 ad euro 1'250 (art. 18, comma 3). La stessa sanzione si applica al somministratore che non comunichi per iscritto le informazioni dovute al lavoratore all'atto dell'assunzione o dell'invio presso l'utilizzatore (art. 18, comma 3).

Tra le altre informazioni che il contratto di somministrazione e che completano il comma 1 dell'art. 21 rientrano: l'inquadramento e le mansioni alle quali i lavoratori saranno adibiti; il luogo e l'orario di lavoro; il trattamento economico e normativo previsto; l'obbligo dell'impresa fornitrice di assolvere gli oneri retributivi e previdenziali; l'obbligo dell'utilizzatore di comunicare all'agenzia i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili, nonché l'obbligo di assolvere gli oneri retributivi e contributivi in caso di inadempimento dell'impresa fornitrice con diritto di rivalsa nei confronti di quest'ultima [art. 21, comma 1, lett. da f) a k)].

Il legislatore, tuttavia, con riguardo a tali ulteriori elementi non specifica le conseguenze della loro mancata indicazione nel contratto; sicché, è da ritenersi che tali difformità non sanzionate non siano destinate ad avere alcuna ripercussione sul contratto di somministrazione di lavoro e che, pertanto, gli stessi elementi "non essenziali" possano essere inseriti anche in un secondo momento.

Quel che certo è che tali clausole, essenziali e non essenziali, rappresentano il contenuto minimo del contratto di somministrazione di lavoro, a cui le parti, nel rispetto del principio di autonomia privata²⁸² possono aggiungere ulteriori clausole (quali, a titolo esemplificativo, clausole di mancato gradimento, in virtù delle quali l'utilizzatore possa discrezionalmente chiedere al somministratore la sostituzione di un lavoratore; clausole di risoluzione espressa o specifiche ipotesi recesso).²⁸³

Sempre con riguardo alle clausole contrattuali vi è da segnalare l'attenuazione del divieto dapprima sancito dalla l. n. 196 del 1997 di inserire nel contratto di fornitura di lavoro temporaneo limitazioni alla facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della missione.

Il d.lgs. n. 276 del 2003, pur mantenendo tale divieto e la nullità di "ogni clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della sua missione" (art. 23, comma 8), ne ridimensiona la portata in quanto la predetta regola "non trova applicazione nel caso in cui al lavoratore sia corrisposta una adeguata indennità, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore".

Una volta individuati i requisiti del contratto di somministrazione è opportuno precisare che il d.lgs. n. 276 del 2003 prevede due differenti tipologie di somministrazione di lavoro: la somministrazione di lavoro a tempo determinato e la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato.

²⁸² A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 2013, p. 481 e segg.

²⁸³ M. T. CARINCI, *ult. op. cit.*, p. 56.

La prima ipotesi è sostanzialmente riconducibile al contratto di fornitura di lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196 del 1997. Tuttavia, oltre alla differente qualificazione terminologica, il testo normativo amplia notevolmente i margini di applicabilità dell'istituto, legittimandone il ricorso in presenza di *“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore”*.

Si è optato, dunque, per una clausola generale di ammissibilità²⁸⁴, con significativa estensione del campo applicativo previsto in materia di lavoro c.d. interinale.

La formula legislativa ne riecheggia altre già note all'ordinamento, prima fra tutte quella utilizzata in materia di contratto di lavoro a termine. Ed invero, ai sensi del d.lgs. n. 368 del 2001, *“E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”* (art. 1, comma 1).

Peraltro tale richiamato è stato oggetto di acceso dibattito, in quanto, come si avrà modo di analizzare più avanti, nella valorizzazione del contenuto delle esigenze aziendali vi è chi ha sostenuto l'assoluta coincidenza tra la somministrazione di mano d'opera ed il lavoro a termine, sicché vi è chi sostiene che l'elaborazione (dottrinale ma soprattutto) giurisprudenziale maturata con riguardo al secondo istituto trovi applicazione anche al primo, e chi, invece, ha posto in evidenza le differenze tra le due fattispecie contrattuali con la conseguenza che pur riprendendo il legislatore la medesima formula già utilizzata nel d.lgs. n. 368 del 2001, la stessa non può essere interpretata nelle medesime accezioni individuate dalla giurisprudenza con riguardo al contratto di lavoro a termine.

L'ultimo periodo del comma 4, art. 20, precisa poi che *“La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368”*. Sicché, al limite di natura positiva e qualitativa (la sussistenza di ragioni aziendali), si aggiunge un secondo limite di natura quantitativa, la cui individuazione è rimessa interamente alla contrattazione collettiva.

Ed invero, in fase di negoziazione dei rinnovi dei CCNL sono state inerte le c.d. *“clausole di contingimento”* per il ricorso al contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato da parte delle imprese utilizzatrici. Le parti sociali, nell'individuare le predette clausole di contingimento hanno tenuto in

²⁸⁴ L. GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, ed. XVIII, 2012, p. 187.

considerazione il disposto dell'art. 10, d.lgs. n. 368 del 2001, che esclude da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi: a) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici; b) per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al Decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525 e successive modificazioni; c) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi; d) con lavoratori di età superiore ai 55 anni.

Inoltre i limiti quantitativi al ricorso dei contratti di somministrazione introdotti dalle clausole di contingimento non potranno trovare applicazione per espressa esclusione normativa nei casi disciplinati dall'art. 20, commi 5-bis e 5-ter, a tutela della categorie di lavoratori più deboli. Salvo quanto previsto dall'art. 20 si ritiene possano ritenersi validi e vincolanti anche gli eventuali limiti introdotti con intese aziendali di livello aziendale, applicative o non applicative di rinvii al confronto di secondo livello inseriti nei CCNL ed anche se riferite alle fattispecie di cui all'art. 10, comma 7, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368.²⁸⁵

Quel che di certo può richiamarsi della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia di lavoro a termine attiene, per un verso, alla circostanza che “*l'atto sia conforme alla sua causa*”²⁸⁶ e che, quindi, il contratto di somministrazione di lavoro sia finalizzato a realizzare un reale ed effettivo interesse organizzativo dell'impresa utilizzatrice; per altro verso, il controllo del giudice (anche nel rispetto dell'art. 41 Cost. posto a garanzia della libertà di impresa) è limitato al sindacato “formale”, non potendo spingersi sino a sindacare nel merito le scelte dell'imprenditore, così come del resto sancito nel medesimo decreto all'art. 27, comma 3.

E' la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato a rappresentare la principale novità in materia introdotta dal d.lgs. n. 276 del 2003. L'istituto, riconducibile allo *staff leasing* adottato già da tempo in altri paesi, consiste in una tecnica di gestione del personale imperniata su rapporti con agenzie specializzate nella fornitura a carattere continuativo e a tempo indeterminato di parte della mano d'opera che, diversamente, risulterebbe normalmente inserita

²⁸⁵ M. BONETTI, *Ricognizione della nuova disciplina dei contratti di somministrazione a termine introdotta dalla c.d. Riforma Poletti*, in *Quaderni di Giurisprudenza del Lavoro*, Confindustria Bergamo, n. 1/2015, p. 61 e segg. (in part. pp. 65 e 66).

²⁸⁶ M. T. CARINCI, *ult. op. cit.*, p. 58.

nell'organizzazione aziendale e la cui attività è necessaria per il proprio processo produttivo.²⁸⁷

A differenza della somministrazione a tempo determinato il cui ricorso è “generalizzato” ad ogni ipotesi in cui si ravvisi un'esigenza di carattere aziendale, anche afferente all'ordinaria attività dell'utilizzatore, lo schema adottato dal legislatore per la somministrazione a tempo indeterminato è assai diverso: sono infatti indicate le ipotesi tassative in cui è ammessa la somministrazione a tempo indeterminati con riguardo al settore di attività. Pertanto, è necessario che il ricorso allo *staff leasing* avvenga esclusivamente nei settori di attività tassativamente individuati dal legislatore, rispetto ai quali, quindi, l'esigenza di carattere aziendale pare essere intrinseca, trattandosi di servizi ed attività di tipo accessorio [si pensi ai servizi di pulizia, custodia, portineria di cui all'art. 20, comma 3, lett. b)] e/o assistenziale (si pensi ai servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico di cui al citato articolo, lett. a), o all'attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale di cui alla lett. e)] o ancora ad attività in settori contraddistinti da particolari esigenze [si pensi alla gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato, di cui al citato articolo, lett. g)].

Inoltre, il legislatore introduce una clausola di apertura alla lett. i) allorché, ancora una volta, ricorrendo ad uno strumento di cui nel decreto legislativo n. 276 del 2003 è fatto ampiamente utilizzo, assegna alla contrattazione collettiva (di livello nazionale o territoriale) il compito di individuare ulteriori casi di ammissibilità dello *staff leasing*.

All'introduzione dell'istituto ad opera del d.lgs. n. 276 del 2003, seguirono ulteriori interventi legislativi. L'istituto, infatti, fu abolito a breve distanza con la l. 24 dicembre 2007, n. 247, contenente le norme di attuazione del Protocollo Welfare del 23 luglio 2007. Nuovamente, poco più avanti, con intervento di segno opposto, la l. 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010), lo *staff leasing* è nuovamente reintrodotta, mantenendo la medesima disciplina prevista dal d.lgs. n. 276 del 2003, con l'aggiunta di taluni aggiustamenti, quali l'estensione delle ipotesi di ammissibilità dell'istituto oltre che ai casi previsti dai contratti collettivi di livello nazionale o territoriale anche alle intese di livello aziendale. Emerge dunque l'intenzione del legislatore di attribuire alle parti sociali l'espansione dell'istituto. Sulla stessa linea anche il recente intervento legislativo segnato dal d.lgs. n. 81 del

²⁸⁷ L. GALANTINO, *ult. op. cit.*, p. 184.

2015 che, come si avrà modo di analizzare, elimina del tutto le condizioni di liceità della somministrazione di mano d'opera a tempo indeterminato (così come per la somministrazione di mano d'opera a termine) individuando unicamente limiti di carattere quantitativo, così come per la somministrazione a termine, per la quale vengono meno le esigenze di carattere aziendale.

In materia di somministrazione a tempo indeterminato, considerati i rari casi di utilizzazione dell'istituto, la giurisprudenza è piuttosto scarsa.

La prima giurisprudenza di merito chiamata a pronunciarsi sull'istituto ha fornito un interessante contrasto sulla questione relativa all'estensione allo *staff leasing* dell'opportunità –sancita però esplicitamente solo con riguardo alla somministrazione di mano d'opera a tempo determinato– per l'imprenditore di ricorrere alla somministrazione di mano d'opera a tempo indeterminato anche allorquando l'attività oggetto di tale contratto si riferisca al *core business* dell'impresa utilizzatrice e, di fatto, vada a coincidere con l'oggetto sociale di quest'ultima.

Il contrasto giurisprudenziale si è incardinato presso il medesimo giudice territoriale, il Tribunale di Torino, chiamato a pronunciarsi relativamente a più cause instaurate da più lavoratori contro il medesimo soggetto utilizzatore (la società ENEL Servizi s.r.l.) e tutte aventi ad oggetto l'accertamento della legittimità di contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato per attività rientrante nell'elenco di cui all'art. 20, d.lgs. n. 276 del 2003, (consulenza ed assistenza nel settore informatico) ed inerente al *core business* dell'impresa, in quanto perfettamente fungibile ed equiparabile all'attività svolta dai lavoratori dipendenti della società utilizzatrice.²⁸⁸

Con le sentenze 11 marzo 2010 n. 604 e 3 luglio 2010 n. 1014 il Tribunale di Torino ha sottolineato che “*nessun cenno di divieto risulta riferito ad una eventuale commistione fra dipendenti diretti di un'azienda e lavoratori dell'impresa somministratrice; nessun contrasto di principio è dato riscontrare fra i servizi elencati dalla norma e il core business dell'impresa utilizzatrice*”,²⁸⁹ orientandosi nel senso che l'estraneità dell'attività somministrata rispetto al *core business* dell'impresa utilizzatrice non può considerarsi condizione di liceità della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato né la commistione tra lavoratori

²⁸⁸ Per un commento delle sentenze si veda: L. FAILLA, E. CASSANETI, *Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato: le prime pronunce*, in *Guida al Lavoro*, 13 novembre 2010, p. 32 e ss.

²⁸⁹ Trib. Torino, sent. 604 del 11 marzo 2010.

somministrati e lavoratori diretti è indice di promiscuità, riconducibile alla violazione della regolamentazione in materia.

Contrariamente, con le sentenze 26 luglio 2010 n. 2246 e 20 luglio 2010 n. 2130 lo stesso Tribunale ha ritenuto che la somministrazione a tempo indeterminato non sia legittima qualora l'attività per la quale l'imprenditore ricorre all'istituto coincida con il *core business*, poiché tale coincidenza consentirebbe all'utilizzatore di avvalersi stabilmente, per attività proprie del ciclo produttivo, di mano d'opera somministrata. Il Tribunale di Torino, accogliendo il ricorso ha statuito che *“La formulazione letterale dell'art. 20, comma 3, del decreto Biagi, la sua comparazione con la disciplina prevista per la somministrazione di lavoro a tempo determinato e soprattutto la ratio della previsione medesima inducono a ritenere che il ricorso acausale della somministrazione a tempo indeterminato è legittimo solo laddove questo abbia ad oggetto lo svolgimento delle attività e dei servizi tassativamente previsti, i quali inoltre non possono costituire l'attività oggetto dell'impresa. A ben vedere, il minimo comune denominatore delle attività e dei servizi elencati all'art. 20, comma 3, D.lgs. n. 276/2003 è proprio la loro natura strettamente accessoria rispetto al core business dell'impresa che li rende suscettibili di esternalizzazione da parte dell'imprenditore”*.²⁹⁰

A supporto della tesi accolta, si utilizza un argomento a metà tra il diritto e l'economia, secondo cui le attività ed i settori di attività indicati all'art. 20 del citato decreto “hanno una natura astrattamente accessoria rispetto al core business dell'impresa che li rende suscettibili di esternalizzazione”. Tuttavia, vi è chi ha correttamente osservato che non esistono attività per loro natura accessorie.²⁹¹

Di fatto, limitazioni espresse all'art. 20 non ve ne sono, se non con riguardo al settore delle costruzioni edilizie, rispetto al quale il legislatore si premura di delimitare ulteriormente il campo di utilizzazione della somministrazione. Circostanza, quest'ultima, che tende la mano all'indirizzo giurisprudenziale meno restrittivo, in quanto, argomentando a contrario, può sostenersi che la precisazione legislativa inerente il settore dell'edilizia e della cantieristica navale, porterebbe ad escludere che in tutte le altre ipotesi indicate all'art. 20, il ricorso allo staff leasing non incontra il limite della coincidenza tra attività esternalizzate e attività riferite al *core business* dell'impresa utilizzatrice. La tesi utilizzata dalle due sentenze per confutare tale ragionamento pare, ancora una volta, viziata da un “eccesso

²⁹⁰ Trib. Torino, sent. 26 luglio 2010, n. 2246.

²⁹¹ R. ROMEI, *Somministrazione a tempo indeterminato e dintorni: le tendenze creative della giurisprudenza*, in RIDL, 1, 2011, p. 70 e ss..

interpretativo” laddove si sostiene che nell’unica ipotesi di attività normalmente riconducibile all’attività normalmente svolta dall’impresa [ossia “*per costruzioni edilizie all’interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all’edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedono più fasi successive di lavorazione, l’impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell’impresa*”, art. 20, comma 3, lett. h)] il legislatore ha specificato ciò che negli altri casi ha dato per scontato.

Le due sentenze che sposano la tesi restrittiva si inseriscono in un filone giurisprudenziale, abbastanza consistente, concentrato sul tema delle esternalizzazioni e, più in generale, dei contratti atipici, il cui tratto unificante è rappresentato da un’ “*attività di interpretazione/creazione di norme*”, o meglio di “*produzione di norme attraverso norme*”,²⁹² con l’attribuzione all’interprete di svolgere un compito che non gli spetta, ossia il compito di modificare il contenuto precettivo delle norme, attribuendo ai silenzi del legislatore significativi assai estesi.

Così è, ad esempio, anche sulla questione della temporaneità della somministrazione di mano d’opera che si avrà modo di affrontare nei prossimi paragrafi. In quest’ultimo caso, così come in quello affrontato in materia di staff leasing, la giurisprudenza reintroduce precetti normativi espressamente abrogati dal legislatore, trascurando altresì il dato letterale della norma: la legge, infatti, non menziona il requisito della temporaneità con riguardo alla somministrazione di mano d’opera, né sancisce con riguardo al caso poc’anzi affrontato la limitazione dello staff leasing ad attività accessorie. Sicché “*il dato normativo pur abrogato, viene reintrodotta e ritrova la sua cittadinanza nell’ordinamento attraverso un argomento che potrebbe definirsi ontologico, ragion per cui il contratto a termine non può che essere funzionale ad esigenze temporanee; ... ovvero le attività indicate all’art. 20 del d.lgs. n. 276/2003 non possono essere che accessorie*”.²⁹³

La somministrazione di lavoro –sia essa a termine o a tempo indeterminato– non è ammessa in una serie di ipotesi espressamente individuate dal legislatore all’art. 20 ultimo comma e, segnatamente: “a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero”, al fine di evitare che la somministrazione venga utilizzata per scopi antisindacali; “b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia preceduto, entro i sei mesi

²⁹² *Ibidem.*

²⁹³ *Ididem.*

precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione"; ciò al fine di evitare che la somministrazione funga da strumento sostitutivo di lavoro stabile; "c) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626"; a garanzia dei lavoratori somministrati e della loro sicurezza, salvo che la norma non fa alcun riferimento a dati forse maggiormente significativi, quali, ad esempio, il rischio infortuni. In alcuni casi i contratti collettivi delle aziende utilizzatrici hanno individuato ulteriori ipotesi, ritenute particolarmente rischiose per la salute dei lavoratori, in settori nei quali il rischio per la salute e la sicurezza dei lavoratori è particolarmente elevato. A titolo esemplificativo, il CCNL Artigianato edilizia piccole-medie imprese, 8 luglio 2004, all'art. 95, vieta il ricorso alla somministrazione per l'esecuzione di lavori che espongono ad agenti cancerogeni, per costruzione di pozzi a profondità superiore a m. 10 per lavori subacquei con respiratori, per lavori che comportano l'impiego di esplosivi.

3.3. IL CONTRATTO DI LAVORO IN SOMMINISTRAZIONE.

L'art. 22 del d.lgs. n. 276 del 2003 prevede, al comma 1, l'ipotesi in cui il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro sia a tempo indeterminato, nel qual caso si applica la "*disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*" e, al comma 2, l'ipotesi in cui il rapporto di lavoro sia a tempo determinato con richiamo espresso "*alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'art. 5, commi 3 e 4*".

La questione che, anzitutto, si pone è relativa alla natura di tale contratto di lavoro sia un contratto di lavoro subordinato ordinario oppure un contratto di lavoro subordinato speciale.

A tale fine è necessario indagare sugli elementi che caratterizzano il rapporto di lavoro tipicamente subordinato. In particolare è l'elemento causale del contratto di

lavoro subordinato ad offrire il contributo più chiaro nella ricostruzione della nozione di subordinazione.

Sotto il profilo generale la causa è l'elemento del contratto che ne individua la funzione economica e quindi l'interesse meritevole di tutela perseguito dalla volontà delle parti (artt. 1325, n. 2, 1418, comma 2, 1322, comma 2, cod.civ.). Ed infatti, come anche la giurisprudenza di legittimità ha avuto occasione di sottolineare, il mero inserimento del lavoratore nell'azienda non è parametro di qualificazione nel senso della subordinazione, né può costituire elemento esclusivo per dedurre la subordinazione stessa; il parametro di qualificazione si risolve, quindi, necessariamente negli elementi (non diversamente deducibili) dei quali l'inserimento della prestazione nell'organizzazione aziendale è mera conseguenza: la sussistenza e la permanenza dell'obbligo del lavoratore di mantenere a disposizione del datore di lavoro l'attività lavorativa nella sua indifferenziata materialità (come *operae*) e la sussistenza e la permanenza del suo conseguente atteggiamento al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro stesso.²⁹⁴

Nel contratto di lavoro subordinato la causa è identificata dal legislatore nello scambio tra l'obbligazione del lavoratore e l'obbligazione del datore di lavoro, dunque tra collaborazione e retribuzione.

La collaborazione nell'impresa, dunque, è il risultato della prestazione lavorativa e, soprattutto, costituisce il criterio per la tipizzazione della subordinazione; come è stato rilevato è, in buona sostanza, lo scopo tipico della prestazione stessa e cioè la causa individuatrice del tipo negoziale del contratto di lavoro subordinato.

Sicché, anche alla luce delle tesi di dottrina e giurisprudenza, si intuisce come l'elemento della collaborazione sottolinea l'importanza dell'aspettativa dell'imprenditore al risultato della prestazione e, quindi, del suo interesse al coordinamento e alla organizzazione dell'attività lavorativa del lavoratore/debitore. In questo senso perciò si può parlare di "*collaborazione del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione da parte del lavoratore e di collaborazione di quest'ultimo per indicare l'obbligo di conformare l'esecuzione della prestazione alle concrete e variabili esigenze dell'organizzazione produttiva in cui egli è inserito nel rispetto della continuità di erogazione delle proprie forze lavorative, intellettuali o manuali*".²⁹⁵

²⁹⁴ Cass., sent. 7 aprile 1992, n. 4220, RIDL, 1993, II, 258; Cass., sent. 25 febbraio 2000, n. 2171, RIDL, 2001, II, 212.

²⁹⁵ *Ibidem*.

In conclusione, dunque, la collaborazione intesa come “continuità ideale della prestazione” e l’inserimento dell’attività svolta dal lavoratore nell’organizzazione aziendale rappresentano, i connotativi tipici della subordinazione qualificatrice del rapporto di lavoro.

La medesima causa connota anche il contratto di lavoro in somministrazione,²⁹⁶ nel quale, salvo le varianti necessariamente connesse alla dissociazione tra formale datore di lavoro e reale utilizzatore della prestazione, si ripropone il sinallagma della prestazione di lavoro verso la retribuzione. Con riguardo alla prestazione di lavoro il lavoratore si impegna nei confronti del somministratore a svolgere “la propria attività” (art. 20, comma 2) ove l’elemento aggiuntivo consiste nella circostanza che tale attività è resa –sempre in condizioni di eterodirezione– verso un terzo soggetto, presso il quale costui è inviato in missione. L’obbligo retributivo permane in capo al somministratore, seppur con la precisazione che, nel caso in cui il somministratore non adempia all’obbligo retributivo, “l’utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali” (art. 23, comma 3).

Dal lato del lavoratore dunque “il contratto di lavoro somministrato è un normale contratto di lavoro subordinato e pertanto è in quanto tale un contratto di organizzazione perché la prestazione deve essere resa in modo subordinato e cioè in conformità con il potere direttivo”.²⁹⁷

Segnatamente, rispetto ai tradizionali rapporti di lavoro subordinato, nella somministrazione di lavoro la posizione giuridica complessiva del lavoratore rimane sostanzialmente impregiudicata, tanto sul lato attivo che su quello passivo del rapporto obbligatorio; mentre è la posizione del datore di lavoro che, pur restando immutata se considerata nella sua globalità, risulta distribuita tra due diversi soggetti (somministratore e utilizzatore) dando luogo ad una dualità di datori di lavoro rispetto ad un rapporto di lavoro unitario.²⁹⁸

Si è anticipato che le tipologie di contratto di lavoro somministrato sono due: il contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato (art. 22, comma 1) e il contratto di lavoro somministrato a termine (art. 22, comma 2).

Se in linea di principio la disciplina applicabile al contratto di lavoro è quella propria del codice civile e delle leggi speciali, sono però anche previste regole *ad hoc*

²⁹⁶ M.T. CARINCI, *ult. op. cit.*, p. 64 e ss., in part. p. 65.

²⁹⁷ M.T. CARINCI, *ult. op. cit.*, p. 66.

²⁹⁸ M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano, op. cit.*, p. 20.

– derogatorie rispetto alla generale normativa sul lavoro subordinato – in parte comuni ed in parte diversificate a seconda della tipologia contrattuale scelta.

Nella disciplina speciale comune alle due tipologie di contratto di lavoro somministrato rientra, in primo luogo, il principio della parità di trattamento di cui all'art. 23, comma 1, in base al quale *“I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto ad un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte”*.²⁹⁹

L'intento del legislatore è ovviamente quello di evitare situazioni discriminatorie e di sfruttamento che, in passato, avevano rappresentato le principali premesse dell'avvento di un divieto di interposizione assoluto e generalissimo.

Il principio della parità di trattamento –che non rappresenta di certo una novità nel nostro ordinamento in quanto già sancito proprio dalla legge n. 1369 del 1960 con riguardo alle ipotesi lecite di appalto– è stato tuttavia successivamente rivisitato dapprima dall'art. 7, comma 1, d.lgs. 24/2012 e successivamente dall'art. 9, comma 6, D.L. 76/2013, convertito con modificazioni in L. 99/2013. Quest'ultima disposizione si esprime, peraltro, in termini poco chiari, riferendosi a “condizioni di base di lavoro e d'occupazione complessivamente non inferiore” rispetto ai lavoratori assunti alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

Lo stesso legislatore, cogliendo la difficoltà dell'interprete nel tradurre la formula, ha poi precisato che l'espressione “condizioni di base di lavoro e d'occupazione” va intesa nel senso del “trattamento economico, normativo e occupazionale previsto da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi o da altri disposizioni vincolanti di portata generale in vigore presso un utilizzatore di cui all'art. 20, comma 1, ivi comprese quelle relative: 1) all'orario di lavoro, le ore di lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e i giorni festivi; 2) alla retribuzione; 3) alla protezione delle donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento, nonché la protezione di bambini e giovani; la parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione” (art. 1, d.lgs. n. 24 del 2012).

La lettura del nuovo impianto normativo non può che essere critica, in quanto volta a privare di efficacia ed effettività il principio della parità di trattamento, in tal

²⁹⁹ Comma poi modificato rispetto al testo originario dapprima dall'art. 7, comma 1, d.lgs. 24/2012 e successivamente dall'art. 9, comma 6, D.L. 76/2013, convertito con modificazioni in L. 99/2013 che si esprime in termini, peraltro poco chiari, di “condizioni di base di lavoro e d'occupazione complessivamente non inferiore” rispetto ai lavoratori assunti alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

modo intaccando una delle principali garanzie fornite al lavoratore somministrato che unitamente al principio della solidarietà passiva tra datore di lavoro formale ed effettivo costituiva il principale scudo contro intenzioni parassitarie e fraudolente di sfruttamento.

3.4. LA SOMMINISTRAZIONE ILLECITA.

Ove la somministrazione sia resa in assenza dei requisiti di legge si rientra nell'ambito della somministrazione di mano d'opera illecita per la quale è prevista l'applicazione di sanzioni civili, penali ed amministrative.

In via preliminare si segnala che, sotto il profilo sanzionatorio, il legislatore si interessa esclusivamente delle irregolarità del contratto di somministrazione di lavoro, non anche del contratto di lavoro in somministrazione.

L'art. 27 individua le ipotesi di "*Somministrazione irregolare*" allorché il ricorso alla "*somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e)*". Il legislatore, dunque, sancisce l'irregolarità della fattispecie contrattuale con conseguente diritto d'azione in capo al lavoratore, nelle sole ipotesi in cui si ravvisi la carenza di uno degli elementi essenziali, quali non sono gli elementi di forma e di contenuto individuati all'art. 21 lettere f), g), h), i), j), k).

I requisiti richiesti a pena di illiceità civile sono : 1) la stipulazione del contratto da parte di un soggetto dotato di apposita autorizzazione; 2) la struttura fondamentale conforme a quella prevista dalla legge in termine di organizzazione e gestione del lavoro, per cui i lavoratori formalmente assunti e retribuiti dal somministratore si impegnano ad eseguire la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore; 3) il rispetto dei limiti positivi sia con riguardo alla somministrazione a tempo indeterminato, la quale è ammessa nelle sole ipotesi tipizzate dal legislatore sia con riguardo alla somministrazione a tempo determinato per la quale è necessaria l'indicazione nel contratto della causale giustificatrice; 4) il rispetto dei limiti negativi e cioè delle ipotesi in cui il ricorso alla somministrazione di lavoro è vietato; 5) la forma scritta *ab substantiam*; 6) l'indicazione di alcuni elementi di forma essenziali.

Vi è chi ha individuato nell' "effettiva utilizzazione" del lavoratore da parte dell'utilizzatore un ulteriore presupposto perché il contratto di somministrazione integri l'ipotesi illecita individuata dalla legge all'art. 27, ciò sulla base del dato letterale della norma laddove si prevede che la sanzione civile si applica "*quando la*

somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni [prescritte]”. L'autore pone l'accento sul verbo che compone la frase (“*avvenga*”) per sottolineare che il contratto di somministrazione di lavoro deve essere (almeno in parte) adempiuto.³⁰⁰

Richiamando quanto già previsto nella legge n. 1367 del 1960 il legislatore sancisce la nullità del contratto di somministrazione irregolare, mentre il contratto di lavoro subordinato, che resta valido ed efficace, è imputato dalla legge in capo all'utilizzatore “*con effetto dall'inizio della somministrazione*” (art. 27, comma 1).

Peraltro, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno avuto occasione di precisare con sentenza 26 ottobre 2006 n. 22910 che in conseguenza di tale modificazione soggettiva l'interposto diviene soggetto terzo e, conseguentemente, non è configurabile in capo a quest'ultimo alcun obbligo verso il lavoratore; a conferma di ciò anche la circostanza che, per espressa disposizione legislativa, il diritto di azione per il riconoscimento del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore può essere intrapreso nei riguardi sol'anche di quest'ultimo (art. 27, comma 1). In particolare la Suprema Corte ha statuito che : “*In casi di appalto illecito ai sensi dell'art. 1 l. 23 ottobre 1960 n. 1369 la nullità tra appaltante e appaltatore e la costituzione “ex lege” del rapporto di lavoro con l'imprenditore che abbia effettivamente utilizzato la prestazione, comporta che solo sull'appaltante gravano gli obblighi retributivi e contributivi, non potendosi configurare una concorrente responsabilità dell'interposto in virtù dell'apparente titolarità del rapporto; tale principio generale di necessaria corrispondenza tra titolarità formale e sostanziale del rapporto di lavoro non ha perduto consistenza a seguito della entrata in vigore del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, poiché anche nel nuovo sistema il superamento di tale principio è tassativamente limitato ai casi ivi previsti, mentre, allorché si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore, si rientra in forme illecite di somministrazione di lavoro che continuano a essere assoggettate ai principi enunciati dalla giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera*”.³⁰¹

Sicché, la giurisprudenza di legittimità, attendendosi ad un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 1, l. n. 1369 del 1960, ha affermato il principio della responsabilità dell'appaltante, escludendo qualsiasi obbligazione in capo

³⁰⁰ M.T. CARINCI, *ult. op. cit.*, p. 91.

³⁰¹ Cass. civile Sez. Unite, sent. 26 ottobre 2006 n. 22910 in *DL Rivista critica dir.lav.*, 2006, 4, p. 1176 (con nota di A. GUARISO); anche in *Diritto e Giustizia*, f. 42, 2006, con nota di U. LOPARDI, *Addio dubbi sull'appalto di manodopera obbligazioni a carico dell'interponente*, p. 10 e segg.

all'appaltatore. Ad avviso della Suprema Corte, la norma contenente il divieto di interposizione non prevedeva la possibilità di derogare allo schema contrattuale bilaterale tipico tra datore di lavoro e lavoratore e non consentiva in favore di un rapporto di lavoro trilaterale; anzi, il legislatore, nel sancire la nullità del contratto di appalto, sanciva l'instaurarsi di un rapporto di lavoro *ex lege* tra il prestatore di lavoro e l'appaltatore.

Con il d.lgs. n. 276 del 2003 la struttura classica del rapporto di lavoro è stravolta; la dissociazione tra datore di lavoro formale (agenzia di somministrazione) e datore di lavoro sostanziale (utilizzatore), prima vietata, non è più considerata dal legislatore quale strumento lesivo dei diritti e degli interessi dei lavoratori, bensì rivalutata positivamente come possibile cura alla staticità del mercato del lavoro e di incentivazione all'occupazione.

Nel caso della somministrazione irregolare (art. 27) si pone la medesima questione circa la sussistenza di una responsabilità solidale in capo al somministratore, a seguito dell'imputazione del rapporto di lavoro in capo alla sola impresa utilizzatrice. Per risolvere il tema –come si è anticipato– si ritiene possa farsi ricorso alla stessa sentenza delle Sezioni Unite, seppur relativa ad una fattispecie abrogata, i cui principi tuttavia continuano a trovare applicazione al fine di risolvere problematiche che accomunano la disciplina previgente a quella di cui al d.lgs. n. 276 del 2003. Pertanto, a seguito della pronuncia di invalidità del contratto di somministrazione e la costituzione *ex tunc* di un rapporto di lavoro tra prestatore di lavoro ed utilizzatore, attendendosi ad un'interpretazione letterale, è possibile concludere che, nel silenzio della norma, non sussista una responsabilità del somministratore irregolare, il quale è escluso da qualsivoglia rapporto con il lavoratore, tanto che, lo stesso art. 27 precisa che tutti i pagamenti effettuati e tutti gli atti compiuti per la costituzione e la gestione del rapporto di lavoro si intendono effettuati dall'utilizzatore che diviene a tutti gli effetti titolare del contratto di lavoro.³⁰²

Il rapporto di lavoro –si è detto– continua immutato nei suoi tratti fondamentali, sebbene imputato dalla legge ad un nuovo datore di lavoro.

Tuttavia, non v'è da trascurare la circostanza che la disciplina del rapporto di lavoro, per certi aspetti, è strettamente connessa alla figura datoriale; sicché, le previsioni del contratto di lavoro che richiamano norme legislative imperative e/o inderogabili devono essere declinate con riguardo al nuovo titolare del rapporto di lavoro. Si pensi, ad esempio, alle tutele in materia di licenziamenti, che si

³⁰² U. LOPARDI, *Addio dubbi sull'appalto di manodopera*, op. cit..

differenziano sulla base del dato dimensionale e qualitativo dell'impresa. Così come anche la contrattazione collettiva applicabile potrà variare a seguito della vicenda traslativa che interessa il contratto individuale di lavoro.

L'art. 27, comma 2, precisa altresì che *“tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata”*. La norma costituisce l'applicazione del più generale principio di cui all'art. 1180 cod.civ. sull'adempimento del terzo.

L'art. 27 comma 2 prosegue sancendo che *“Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione”*, così invertendo la regola generale secondo la quale gli atti di gestione del rapporto di lavoro compiuti da o verso un soggetto diverso dal titolare (formale) di tale rapporto sono inesistenti e, in quanto tali, improduttivi di effetti.

Il successivo art. 28 introduce un'ipotesi specifica di illecito penale, che si realizza allorché la somministrazione di lavoro sia posta in essere con l'intenzione fraudolenta di *“eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore”*.

La somministrazione fraudolenta rappresenta tuttavia solo una delle ipotesi di illecito penale sancite dal legislatore con il decreto legislativo n. 276 del 2003. L'art. 18, infatti, prevede due ipotesi ulteriori che si aggiungono a quella poc'anzi descritta. La prima si configura in ragione della mancanza dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di somministrazione; è sancito infatti che il soggetto che eserciti l'attività di somministrazione di lavoro senza la prescritta autorizzazione (art. 18, comma 1) ovvero il soggetto che ricorra alla somministrazione di lavoro avvalendosi di soggetti non autorizzati (art. 18, comma 2) commette una contravvenzione punita con la pena dell'ammenda di euro 5 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro. La pena è peraltro più grave nel caso di sfruttamento di minori. Ai sensi dell'art. 18, comma 4, è altresì prevista la sanzione penale dell'ammenda o dell'arresto per *“chi esiga o percepisca compensi da parte del lavoratore per avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione”*; in tale ipotesi, in aggiunta alla sanzione penale è prevista la sanzione amministrativa della cancellazione dall'albo.

Il d.lgs. n. 24 del 2012, aggiungendo i commi 4 *bis* e 4 *ter* all'art. 18 del d.lgs. n. 276 del 2003, ha poi esteso la medesima sanzione penale ed amministrativa nei confronti di *“chi esige o comunque percepisce compensi da parte del lavoratore in cambio di un'assunzione presso un utilizzatore ovvero per l'ipotesi di stipulazione di un contratto di lavoro o avvio di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore dopo una missione presso quest'ultimo”*.

Lo stesso decreto ha integrato le previsioni relative all'illecito amministrativo contenute al comma 3 dell'art. 18 con l'aggiunta del comma 3 *bis*, in base ai quali la violazione dei limiti positivi e negativi previsti dal contratto di somministrazione, l'omissione dei contenuti prescritti dalla legge, la carenza della forma scritta e la violazione del principio di parità di trattamento configurano in capo al somministratore e all'utilizzatore un illecito amministrativo per il quale la legge prevede una sanzione amministrativa pecuniaria.

4. PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE.

4.1 RAPPORTO TRA CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE DI MANO D'OPERA E CONTRATTO A TERMINE. LE CAUSALI GIUSTIFICATRICI.

L'art. 20, comma 4, del d.lgs. 276 del 2003 dispone che *“la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore”* rimettendo *“La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato”* ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi, individuati sulla base della conformità alla disciplina di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Sicché, prima dei recenti interventi legislativi, il contratto di somministrazione a tempo determinato poteva essere solo del tipo *“causale”*.

L'art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276 –richiamato dal citato art. 21, il quale indica i requisiti formali del contratto di somministrazione– prevede che *“la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore”*. Le disposizioni degli artt. 20 e 21 del d.lgs. n. 276 del 2003 comportano, quindi, che nel contratto di somministrazione siano indicate le ragioni dell'utilizzazione di lavoratori a tempo determinato; tale

indicazione non può evidentemente consistere nel mero richiamo alla previsione generale di legge, occorrendo invece che le motivazioni siano esposte con riferimento alla concreta situazione di fatto che induce l'impresa utilizzatrice a far ricorso a manodopera esterna.

Ora, ai sensi del secondo comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 *“l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1”*.

Come chiarito dalla stessa giurisprudenza, al fine del controllo della sussistenza delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine al contratto di lavoro *“è essenziale che il datore dia contezza per iscritto delle ragioni del termine”*; è richiesto, pertanto, che il datore di lavoro non si limiti *“a fare semplice riferimento alle generiche declaratorie contenute nella norma di legge. L'imprenditore dovrà invece specificare quale tra le innumerevoli cause giustifichi l'apposizione del termine”*.³⁰³

La giurisprudenza maggioritaria si è espressa inoltre nel senso che la causale di cui al contratto di somministrazione di lavoro debba indicare *“dati sufficienti per consentire nel corso del giudizio di controllare la reale sussistenza delle ragioni menzionate ovvero per permettere di individuare le reali esigenze dell'azienda alle quali si è inteso sopperire con la stipulazione di un contratto a tempo determinato”*, in considerazione della circostanza che le ragioni esplicitate nella fattispecie sono certamente idonee *“a descrivere, seppure sinteticamente, la realtà particolare attinente all'impresa che ha portato l'imprenditore ad effettuare la scelta di effettuare un'assunzione a termine per coprire il posto di lavoro di cui si tratta”*.³⁰⁴

Sulla questione dei caratteri che tali causali devono presentare nella giurisprudenza di merito e di legittimità sono andati formandosi due principali orientamenti di segno opposto. I diversi risultati che si leggono nelle svariate pronunce sull'argomento dipendono dal differente approccio adottato con riguardo alla somministrazione di mano d'opera ed il rapporto tra questo ed il contratto di lavoro subordinato a termine, rispetto al quale vi era chi ritiene che il rapporto tra le due fattispecie contrattuali debba leggersi in termini di contiguità e chi ritiene invece che taluni elementi comuni tra i due contratti non possano, di per sé, generare un'applicazione in via analogica di qualsivoglia disposizione dettata in materia di contratto subordinato a termine alla somministrazione di mano d'opera.

³⁰³ Trib. di Milano, 10 aprile 2007.

³⁰⁴ Trib. Milano, 20 marzo 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006.

La questione dibattuta attiene a due profili: la specificità delle causali ed il carattere di temporaneità delle stesse.

Con riguardo al grado di specificità che deve essere osservato nell'indicazione della causale della somministrazione, secondo un primo orientamento, dal rinvio contenuto nell'art. 22, d.lgs. 276/2003, alla disciplina di cui al d.lgs. n. 368/2001 deriverebbe la rigorosa applicazione del principio di specificità sancita all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368 del 2001 (nella formulazione originaria, antecedente quindi alle modifiche apportate in seguito dal d.l. n. 34/2014). Tale conclusione persegue la finalità di garantire la coincidenza sul piano fattuale delle esigenze dichiarate.

Sicché, il datore di lavoro è tenuto ad assolvere all'obbligo di specificazione in modo puntuale e circostanziato della causale.

L'indirizzo interpretativo che propende per l'obbligatorietà di un puntuale onere di specificazione delle ragioni, ne fa discendere che l'accertamento della genericità della causale sia sufficiente a determinare l'irregolarità della somministrazione di mano d'opera con conseguente imputazione del rapporto di lavoro in capo al soggetto utilizzatore.

Nell'ambito di tale orientamento la causale è stata, ad esempio, ritenuta affetta da genericità allorché il contenuto della stessa fosse limitato alla riproduzione delle tipizzazioni astratte di legge o del contratto collettivo di riferimento, senza l'indicazione di elementi specifici che permettano la contestualizzazione dell'esigenza nel contesto produttivo che si avvale della somministrazione di mano d'opera; ciò alla luce della considerazione che *“le ragioni del ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato devono essere indicate per iscritto nel contratto e devono essere indicate, in quella sede, con un grado di specificazione tale da consentire di verificare se rientrano nella tipologia di ragioni cui è legata la legittimità del contratto e da rendere possibile la verifica della loro effettività”*.³⁰⁵ In linea con tale orientamento, in altra pronuncia è stato altresì statuito che *“la mera astratta legittimità della causale indicata nel contratto di somministrazione non basta a rendere legittima l'apposizione di un termine al rapporto, dovendo anche sussistere, in concreto, una rispondenza tra la causale enunciata e la concreta assegnazione del lavoratore a mansioni ad essa confacenti”*.³⁰⁶

Pertanto, superato il vaglio di legittimità formale, segue la verifica della situazione sotto il profilo sostanziale, onde appurare l'effettiva ricorrenza delle ragioni riportate nel contratto di somministrazione.

³⁰⁵ Cass., sent. 3 aprile 2013, n. 8120.

³⁰⁶ Cass., sent. 1 agosto 2014, n. 1740.

Al riguardo, si ricorda che il giudice non può sindacare nel merito le scelte tecniche, organizzative o produttive in ragione delle quali un'impresa ricorre alla somministrazione, ma deve limitare il suo controllo, “*all'accertamento delle ragioni che (la) giustificano*”. Il controllo giudiziario è concentrato quindi nella verifica della effettività di quanto previsto in sede contrattuale.

Viceversa, il secondo orientamento si esprime nel senso di escludere la sussistenza del requisito della specificità della causale, argomentando che nella regolamentazione della somministrazione di mano d'opera non è riscontrabile la medesima disciplina prevista per il contratto subordinato a termine e che contempla siffatto requisito. Sicché, ciò che rileva è l'effettività della causale e che vi sia coincidenza tra le formali causali indicate nei contratti di somministrazione e quelle reali.

Pertanto, il contratto di somministrazione a termine non è ancorato (a differenza del vecchio lavoro interinale) a causali tipizzate, ma generali, idonee a soddisfare qualsiasi esigenza dell'impresa. La formulazione della legge permette, dunque, di utilizzare questo strumento a fronte di qualsivoglia motivazione, occasione o bisogno riferibile all'attività dell'utilizzatore.³⁰⁷

Non a caso, la giurisprudenza, ritiene valide le causali che facciano riferimento ad una ragione oggettiva dell'utilizzatore, quand'anche tale ragione sia espressa in termini sintetici o, addirittura, ben più generici di quelli che stiamo esaminando. Tanto è vero che il Tribunale di Milano, proprio in relazione ad una fattispecie, addirittura riferibile alla precedente disciplina sul lavoro interinale e nella quale era contestata l'esistenza delle ragioni giustificatrici, ha evidenziato che “*del tutto congruo, quindi, e adeguato pare il richiamo ai <picchi di lavoro> fatto nel contratto originario*”.³⁰⁸

Secondo siffatto indirizzo giurisprudenziale, inoltre, la specifica indicazione, nei contratti di somministrazione di lavoro, delle esigenze aziendali che giustificano l'apposizione del termine al contratto di lavoro, è, a maggior ragione, da ritenersi valida, se solo si consideri la *ratio legis* sottesa al secondo comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 e si tenga conto, dunque, di cosa debba intendersi per “*specificazione*” delle ragioni poste alla base dell'apposizione del termine al contratto di lavoro. Infatti, nella parte in cui si richiede tale specificazione, il legislatore si pone in un'ottica di innovazione rispetto al passato e, segnatamente, a

³⁰⁷ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in WP C.S.D.L.E. “*Massimo D'Antona*”, n. 26/2004, pp. 12-14.

³⁰⁸ Trib. Milano, 22 aprile 2000.

quanto previsto dalla legge n. 230 del 1962, nella vigenza della quale la prescrizione legale relativa alla forma scritta riguardava solo l'apposizione del termine al contratto di lavoro e non l'indicazione delle circostanze di fatto che ne giustificavano il ricorso (salva l'ipotesi di sostituzione del lavoratore assente), in quanto nella normativa de qua erano aprioristicamente individuate le ragioni che legittimavano il ricorso al lavoro a termine.³⁰⁹ Sicché, nel contesto normativo vigente, l'indicazione delle ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine al contratto di lavoro appare strumentale al controllo giudiziale circa il nesso tra la ragione giustificatrice stessa e l'assunzione, in termini di ragionevole inerenza di quest'ultima, alle esigenze aziendali. Pertanto, la specificità dell'indicazione delle ragioni giustificatrici è da ritenersi sufficiente se e nella misura in cui consenta il predetto controllo giudiziale.

La giurisprudenza si limita a richiedere che l'indicazione della ragione sia idonea ad inserire nel contratto *“dati sufficienti per consentire nel corso del giudizio di controllare la reale sussistenza delle ragioni menzionate”*.

In altri termini, la specificazione per iscritto delle esigenze tecniche che hanno reso necessaria l'assunzione a termine, lungi dall'introdurre un onere sotto il profilo contenutistico, si caratterizza quale requisito formale con valenza procedurale, in quanto la sua specificazione è essenzialmente funzionale a rendere possibile al giudice il controllo sull'effettività delle ragioni giustificatrici. Infatti, richiedere una specificazione sul piano formale non significa richiedere la specificità della ragione dal punto di vista contenutistico.³¹⁰

Comunque, in assenza di indici normativi, qualsiasi ragionamento teso alla sovrapposizione delle due prospettive introdurrebbe nella disciplina del contratto di lavoro subordinato a termine un elemento di legittimità non solo estraneo, in quanto non previsto dalla legge, ma anche contrastante con l'assetto legislativo vigente. La stessa previsione tassativa dei divieti di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 368 del 2001 verrebbe privata di senso se con essi (limiti esterni), dovessero concorrere limiti interni (quali la eccessiva specificità).

Pertanto, per tale parte della giurisprudenza sono legittime anche causali meno analitiche, ferma restando *“la necessità di una verifica diretta ad accertare l'effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega l'assunzione del singolo dipendente, al fine di evitare che il ricorso alla somministrazione avvenga per*

³⁰⁹ F. LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine dalle causali specifiche alla specificazione delle ragioni giustificatrici*, in ADL, 2007, 41.

³¹⁰ Trib. Bergamo, sent. 19 dicembre 2008, in ADL, 2009, 2, 512.

causali non corrispondenti a quelle poste a giustificazione del contratto di assunzione e per finalità elusive delle norme inderogabili di legge o del contratto collettivo".³¹¹

Conseguentemente la giurisprudenza ha statuito la legittimità della causale "*punte di intensa attività*", che non fossero fronteggiabili con il ricorso al normale organico, in quanto tale esigenza risulta sicuramente ascrivibile nell'ambito di quelle "*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore*", che consentono, ai sensi dell'art. 20, comma 4, del d.lgs. 9 ottobre 2003, n. 276, il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, e il riferimento alle stesse ben può costituire valido requisito formale del relativo contratto, ai sensi dell'art. 21, primo comma, lett. c), del medesimo decreto legislativo.³¹²

Anche la causale "*supporto del personale di struttura nell'attività di stampaggio nel periodo necessario alla riorganizzazione del personale*" è stata ritenuta non generica, in quanto contenente "*riferimenti sufficientemente precisi che consentono al lavoratore di valutare l'effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega la sua assunzione e, in caso di contestazione, al giudice di verificare tale effettiva esistenza*", attendendo la stessa ad una specifica attività e, quindi, ad un preciso reparto all'interno dell'azienda (stampaggio), e ad una specifica ragione del fabbisogno di manodopera esterna rappresentata da un fatto storico certamente riscontrabile (cioè la riorganizzazione del personale).

Parimenti, anche sul requisito della temporaneità la dibattito è acceso con la contrapposizione, anche in tal caso, di due orientamenti si contrappongono due orientamenti principali: per il primo dette ragioni devono essere intese utilizzando lo stesso criterio nel frattempo formatosi con riferimento al contratto a tempo determinato e quindi requisito indefettibile è la temporaneità delle stesse; sicché le esigenze addotte devono necessariamente avere carattere straordinario e temporaneo, in ragione dell'esistenza di un rapporto di regola-eccezione tra lavoro a tempo indeterminato e lavoro a tempo determinato,³¹³ per cui il ricorso a quest'ultima fattispecie contrattuale è concesso solo alla luce dell'intrinseca temporaneità dell'esigenza adottata dall'imprenditore. Sulla base di tali premesse è stato dunque statuito che deve, in ogni caso, trattarsi di ragioni "*di natura*

³¹¹ Cass., sent. 21 febbraio 2012, n. 2521.

³¹² *Ibidem.*

³¹³ Tribunale di Roma, sent. 30 novembre 2010.

temporanea, tali cioè da non potere essere soddisfatte mediante l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato".³¹⁴

Con riguardo invece al secondo orientamento il requisito della temporanea può anche essere carente, posto che la somministrazione di mano d'opera persegue finalità differenti rispetto al contratto di lavoro a termine.³¹⁵ A tale conclusione questa parte della giurisprudenza giunge sottolineando che l'art. 20, d.lgs. n. 276 del 2003 non si limita a sancire che il ricorso alla somministrazione di mano d'opera è ammesso ogniqualvolta sussista un'esigenza di carattere tecnico, organizzativo, produttivo, sostitutivo, ma che tale esigenza possa anche riferirsi *"all'ordinaria attività dell'utilizzatore"*. Sicché, proprio perché ordinaria, l'esigenza aziendale non necessariamente deve essere temporanea.³¹⁶

Di medesimo avviso anche il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali il quale ha ritenuto *"sufficiente che sussista una ragione di carattere oggettivo, cioè una ragione effettiva e comprovabile, anche se riferibile all'ordinaria attività dell'utilizzatore"*.³¹⁷ In particolare, la circolare ministeriale ha interpretato il dettato normativo nel senso che il ricorso alla somministrazione a tempo determinato dovesse intendersi legittimo in tutte le circostanze, individuate dall'utilizzatore sulla base di criteri di normalità tecnico-organizzativa ovvero per ipotesi sostitutive, nelle quali non si potesse esigere necessariamente l'assunzione diretta dei lavoratori.

Anche con riguardo al requisito della temporaneità, così come per il requisito della specificità, gli indirizzi giurisprudenziali si basano sulla diversa interpretazione del rapporto esistente tra somministrazione di mano d'opera e contratto di lavoro subordinato a termine.

Peraltro, a tali orientamenti se ne aggiunge un terzo, secondo cui a prescindere dalla questione circa la configurabilità (o meno) della temporaneità delle esigenze aziendali quale requisito essenziale del contratto di somministrazione di lavoro, allorquando il ricorso alla somministrazione di mano d'opera sia avvenuto, di volta in volta, con riferimento a più contratti commerciali conclusi tra il somministratore e l'impresa utilizzatrice per esigenze di carattere aziendale afferenti a quest'ultima e, di volta in volta, differenti, è ammessa la permanenza del lavoratore somministrato in azienda anche per un lungo periodo. In tal caso, infatti, la durata

³¹⁴ App. Brescia, sent. 17 maggio 2012.

³¹⁵ Trib. Vicenza, sent. 18 febbraio 2011

³¹⁶ L'osservazione è di M.T. CARINCI, *ult. op. cit.*.

³¹⁷ Circolare Min. Lav. n. 7/2005.

delle missioni è giustificata dal sopravvenire di esigenze non coincidenti che si generano in un arco temporale più esteso.³¹⁸

Sulla base di tale ragionamento, a conclusione di segno opposto porta la situazione in cui, a fronte di una lunga durata della somministrazione di mano d'opera, l'esigenza aziendale dedotta a fondamento del ricorso a tale fattispecie contrattuale sia sempre la medesima, poiché è chiaro che si pongono dubbi sulla temporaneità della esigenza stessa; ma qualora *“le esigenze produttive per il soddisfacimento delle quali è avvenuto il ricorso alla somministrazione sono state, di volta in volta, con riferimento ad ogni contratto, tra loro diverse e quindi il mero fatto che, nel suo complesso, il lavoratore abbia lavorato per un lungo periodo presso l'azienda non è di per sé significativo”*. Secondo tale orientamento, dunque, il carattere della temporaneità della causale alla base della somministrazione a termine, è da valutarsi *“con riferimento al singolo contratto e calandolo nel contesto di riferimento di quel singolo contratto”*. Nella medesima pronuncia è altresì precisato, con riguardo all'attività ed al settore di attività esercitata dall'impresa utilizzatrice, che *“sarebbe difficile ... parlare di fabbisogno meramente temporaneo di mano d'opera”*, con riguardo a quelle produzioni caratterizzate da *“un andamento a picchi”*; infatti, in tali casi, la conseguenza dell'adozione di un'interpretazione rigida in termini di temporaneità porterebbe inevitabilmente all'esclusione, per siffatte realtà aziendali, dell'opportunità di ricorrere alla somministrazione di mano d'opera, in assenza di specifiche ed esplicite previsioni normative al riguardo. Inoltre, l'art. 27, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, prescrive che il controllo giudiziale sia limitato esclusivamente all'esistenza delle ragioni che giustificano la somministrazione *“e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito le valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore”*. Il controllo, quindi, deve rimanere sul piano della rispondenza formale del negozio al paradigma legale, che vuole che nel contratto di somministrazione siano indicate *“le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”*, senza la possibilità di spingere il controllo alla ragionevolezza o opportunità delle scelte e valutazioni dell'imprenditore ovvero alle modalità con cui il datore fronteggia tali esigenze.³¹⁹

Peraltro, anche laddove la causale fosse ritenuta priva dei requisiti formali della specificità e della temporaneità e questi fossero ritenuti essenziali, vi è chi si è espresso nel senso di ritenere che ciò non costituirebbe comunque motivo di nullità

³¹⁸ App. Brescia, sent. 17 maggio 2012.

³¹⁹ Trib. Vicenza, sent. 17 febbraio 2011.

del contratto, né tantomeno rappresenterebbe un presupposto idoneo e sufficiente a costituire un rapporto di lavoro subordinato e a tempo indeterminato in capo alla impresa utilizzatrice. Ciò perché l'art. 21, comma 4, si limita a prevedere che solo *“in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore”*.³²⁰

Infine, è giusto il caso di ricordare che la Corte di Giustizia Europea, con sentenza n. C-290/2012 dell'11 aprile 2013, ha precisato che mentre la direttiva n. 70/1999 sul contratto a tempo determinato si preoccupa di contenere l'uso eccessivo di tale istituto, la direttiva n. 104/2008 sulla somministrazione di lavoro invita gli stati membri a rimuovere ogni ostacolo all'utilizzo del lavoro somministrato. Per effetto di ciò, secondo i giudici comunitari, è dunque corretto ritenere che i presupposti per il ricorso ai due istituti siano differenti.³²¹

4.2. IL REGIME SANZIONATORIO : GLI EFFETTI SULLA CLAUSOLA DEL TERMINE.

Come si è già avuto spazio di precisare, l'art. 27 del d.lgs. 276 del 2003 disciplina le conseguenze sanzionatorie discendenti dall'ipotesi di somministrazione irregolare. Secondo tale norma *“quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione”*.

Con riguardo all'effetto, ossia la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, la giurisprudenza di legittimità formatasi sotto la vigenza della disciplina di cui alla l. n. 196 del 1997 sul lavoro c.d. interinale, si era pronunciata nel senso che l'imputazione del rapporto di lavoro in capo al reale utilizzatore della prestazione lavorativa non avrebbe determinato la modifica degli elementi contrattuali, fra i quali anche quello della temporaneità, nell'ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo determinato.³²² Ed infatti la Suprema Corte ha statuito che : *“In tema di lavoro interinale e di rapporti con la disciplina del divieto*

³²⁰ M. T. CARINCI, *ult. op. cit.*.

³²¹ Per una ricostruzione del quadro comunitario si veda: P. COPPOLA, *Somministrazione e direttiva 2008/104/CE: il (non) adeguamento dell'ordinamento interno*, in *Lav. giur.*, 10, 2003, p. 879 e ss..

³²² Cass., sent. 1 febbraio 2008, n. 2488.

di interposizione di manodopera, mentre l'art. 10, comma 1, l. n. 196 del 1997 si deve interpretare –al fine di evitare di ipotizzare difetti di coordinamento con il comma successivo e di ritenere pleonastici i richiami normativi in esso contenuti– nel senso che il divieto di interposizione fittizia di manodopera previsto dalla l. n. 1369 del 1960 continua a trovare applicazione nei confronti dell'impresa utilizzatrice che ricorra alla fornitura di prestatori di lavoro dipendente da parte di soggetti diversi da quelli cui all'art. 2 stessa l. n. 196 del 1997 ovvero che violi le disposizioni di cui al precedente art. 1, commi 2, 3, 4 e 5, l'art. 10, comma 2, legge cit. disciplina l'ipotesi dell'instaurazione «ex lege» di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'impresa utilizzatrice. Ne consegue che, nei casi disciplinati dall'art. 10 comma 1, cui sono riconnesse tutte le conseguenze anche penali previste dalla l. n. 1369 del 1960, deve ravvisarsi, quale unico effetto della dichiarazione di illegittimità della fornitura di manodopera, la sostituzione di diritto, nella titolarità del rapporto di lavoro subordinato, del datore di lavoro-fornitore con il soggetto utilizzatore delle prestazioni, mentre rimangono invariati gli altri elementi contrattuali, ivi compreso quello inerente la temporaneità del rapporto.” Sicché, il contratto di lavoro in somministrazione a tempo determinato mantiene la clausola di durata anche a seguito della modificazione soggettiva del datore di lavoro. Secondo tale orientamento, questa soluzione si ricava dalla complessiva interpretazione dell' art. 10, l. n. 196 del 1997, la quale norma, per le violazioni in essa indicate, non commina la nullità dei contratti collegati, ma soltanto la surrogazione di un soggetto ad un altro; pertanto, “Qualora si ritenesse che le ipotesi previste dal comma 1 della norma citata comportino sempre e comunque la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato, resterebbe di difficile comprensione la disposizione del comma 2 del citato articolo, visto che le conseguenze sanzionatorie civili sarebbero le stesse. E' lecito dunque ritenere che il legislatore ha ricollegato alle violazioni previste dal comma 1 tutte le conseguenze, anche di ordine penale, della L. n. 1369 del 1960, limitando alle violazioni di cui al comma 2 la sola sanzione civile del tempo indeterminato”.³²³

Tale prospettiva tuttavia è stata in seguito sovvertita dalla giurisprudenza chiamata a statuire sull'istituto introdotto dal d.lgs. 276 del 2003 della somministrazione di mano d'opera.

Segnatamente, in considerazione del carattere retroattivo delle statuizioni contenute nella sentenza costitutiva che accerti un'ipotesi di somministrazione irregolare con conseguente imputazione del rapporto di lavoro in capo

³²³ Cass., sent. 1 febbraio 2008, n. 2488.

all'utilizzatore "con effetto dall'inizio della somministrazione", è stato infatti rilevato che semmai il legislatore avesse voluto riferirsi alla costituzione di un rapporto diverso da quello a tempo indeterminato, resterebbe priva di logica la previsione espressa dell'efficacia *ex tunc* sancita dall'art. 27.

Un secondo argomento emerge con riguardo al necessario coordinamento tra la disciplina del contratto a termine e la pronuncia di condanna all'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore; qualora, infatti, tale rapporto di lavoro fosse da considerarsi a tempo determinato, al pari del contratto di lavoro che legava il lavoratore somministrato all'agenzia di somministrazione, si perverrebbe inevitabilmente alla conclusione per cui la violazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 276 del 2003 consentirebbe all'impresa utilizzatrice di beneficiare di una prestazione a termine, altrimenti preclusa, in quanto priva dei requisiti richiesti dalla normativa di riferimento.

Tale rigoroso orientamento ha trovato conferma tanto nella giurisprudenza di merito³²⁴ quanto nella giurisprudenza di legittimità.³²⁵

4.3. LA QUESTIONE DELL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 32, COMMA 5, L. N. 183 DEL 2010 ALLA SOMMINISTRAZIONE DI MANO D'OPERA ED AL LAVORO TEMPORANEO.

L'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 ha sancito che "*nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri individuati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1996, n. 604*".³²⁶

Tale disposizione ha posto l'interrogativo se l'indennità onnicomprensiva ivi prevista dovesse estendersi anche alle ipotesi di costituzione di un rapporto di lavoro

³²⁴ Trib. Milano, sent. 26 gennaio 2009, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, p. 414; nella sentenza si statuisce: "*Nell'ipotesi di illegittimità del contratto di somministrazione, il contratto con l'impresa fornitrice viene sostituito per espressa previsione di legge da un rapporto di lavoro direttamente alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice ... con conseguente costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato nei confronti della società utilizzatrice*". Sulla base di ciò è stata affermata l'applicazione della tutela reale ai sensi dell'art. 18, SL, in quanto la risoluzione del rapporto di lavoro alla scadenza contrattualmente prevista configura un licenziamento orale e per fatti concludenti, con conseguente applicabilità della norma *de qua*.

³²⁵ Cass., sent. 15 luglio 2011, n. 15610.

³²⁶ *Il collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro*, (a cura) di A. MINERVINI, Napoli, 2011.

subordinato a tempo indeterminato in capo ad un soggetto diverso dal formale datore di lavoro, all'esito dell'accertamento della sussistenza dei presupposti della somministrazione irregolare.

Il problema interpretativo consiste nell'individuare l'estensione della formula contenuta nel citato art. 32 ("*casi di conversione del contratto a tempo determinato*"), e cioè se tale formula riguardi esclusivamente i contratti a termine ovvero inerisca anche ai contratti di fornitura di lavoro temporaneo e di somministrazione irregolare.

E' peraltro evidente che concludere nel senso dell'applicabilità dell'art. 32, comma 5, legge n. 183 del 2010, anche alle ipotesi di somministrazione irregolare significa anzitutto attuare una deroga *in peius*, riconoscendo al lavoratore un'indennità, generalmente, più ridotta.

Anche in questo caso, la giurisprudenza non si è pronunciata in modo conforme.

In particolare, la giurisprudenza di merito ha fornito soluzioni differenti, nessuna delle quali prevalente.

Un primo orientamento ha statuito il perdurare della necessaria applicazione delle regole ordinarie, ossia il risarcimento del danno quantificabile nelle retribuzioni maturate dalla data di messa a disposizione delle energie lavorative a quella di riammissione in servizio (per criteri ³²⁷), osservando che, come per altri istituti, qualora il legislatore avesse voluto sancire l'applicabilità della nuova previsione alla somministrazione di mano d'opera avrebbe inserito una disposizione *ad hoc*.³²⁸ Lo stesso orientamento segnala inoltre che l'art. 32 è una disposizione di carattere eccezionale ed in quanto tale non suscettibile di applicazione analogica ed interpretazione estensiva.³²⁹

Di segno opposto l'orientamento secondo il quale il nuovo regime della tutela indennitaria onnicomprensiva si estenderebbe anche all'ipotesi di imputazione del rapporto di lavoro in capo ad un soggetto terzo, qualora sia accertata giudizialmente l'irregolarità della somministrazione.

Tale interpretazione dà risalto al dato letterale della norma; è stato infatti osservato che la formulazione di cui all'art. 32, comma 5, è priva di tecnicismo; sicché, essendosi il legislatore espresso in termini a-tecnici, la norma finirebbe coll'assumere portata generale, con la conseguenza che non vi è ragione di

³²⁷ Cass., sent. 2 luglio 2009, n. 15515.

³²⁸ Trib. Bergamo, sent. 10 marzo 2011, in DL, 2011, p. 855 e ss..

³²⁹ App. Venezia, sent. 5 ottobre 2011, n. 544.

censurarne l'applicazione a fattispecie diverse dal contratto a tempo determinato.³³⁰

Da ultima si è pronunciata la Corte di Cassazione con sentenza del 17 gennaio 2013, n. 1148.³³¹

Nel caso di specie, la Corte, chiamata a pronunciarsi su un'ipotesi di illegittimità del contratto di fornitura di lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196 del 1997, per genericità della causale, si è espressa anche sull'applicabilità della l. n. 183 del 2010, art. 32.

La Suprema Corte risolve la questione affermando che *“In sede nomofilattica deve ritenersi che il comma 5, dell’art. 32 cit. riguardi anche il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo previsto dalla L. 24 giugno 1997, n. 196, art. 3, comma 1, lett. a)”*.

La Suprema Corte rileva anzitutto che il comma 5 non richiama la disciplina del lavoro a termine, diversamente da quanto il legislatore compie nel comma precedente (il quarto) in cui si fa espresso riferimento ai *“contratti di lavoro a termine stipulati ai sensi del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, artt. 1, 2 e 4”* (lett. a) ed ai contratti di lavoro a termine stipulati in base a leggi previgenti rispetto a quel decreto legislativo (lett. b), oltre che di *“ogni altro caso in cui, compresa l’ipotesi prevista dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 27, si chieda la costituzione o l’accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto”* (lett. d). Sicché, il legislatore analiticamente indica, per ciascuna ipotesi, la disciplina di riferimento; mentre, l’art. 5 *“contiene una formulazione unitaria, indistinta e generale”*. Il legislatore parla di *“casi”* di *“conversione del contratto a tempo determinato”* senza indicare normative di riferimento, né aggiungere ulteriori elementi selettivi.

Ad avviso della Suprema Corte, dunque, l’ampiezza della formula utilizzata dalla norma e la mancanza di ulteriori precisazioni da parte del legislatore, rende irrilevante che in alcuni di questi casi, la conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo determinato sia preceduta da una conversione soggettiva del rapporto.

In secondo luogo, la Suprema Corte argomenta valorizzando notevolmente l’intervento operato con la l. art. 1, comma 13, della l. 28 giugno 2012, n. 12. La disposizione, che interpreta proprio l’art. 32, comma 5, nello stabilire l’indennizzo

³³⁰ Trib. Padova, sent. 29 novembre 2011, in *G. lav.*, 2011, 50, 27.

³³¹ Cass. 17 gennaio 2013 n. 1148, in RIDL, 4, 2013 (con nota di F. MARTELLONI, *La Cassazione ribadisce l’applicabilità dell’art. 32, co. 5 del collegato lavoro alla somministrazione irregolare, ma i dubbi restano*, p. 833 e ss.).

ivi previsto copre integralmente i pregiudizi subiti dal lavoratore, comprensivi di tutte le retribuzioni non corrisposte sino alla pronuncia della sentenza, qualifica quest'ultima come *“il provvedimento che abbia ordinato la ricostituzione del rapporto”*. Facendo leva sul termine *“ricostruzione”* la Suprema Corte ha affermato che *“l'utilizzazione del termine ricostruzione vuole probabilmente indicare che il concetto di conversione comprende non solo i provvedimenti di natura dichiarativa, ma anche di natura costitutiva, quale potrebbe essere considerato quello previsto dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 27, con riferimento alla somministrazione irregolare”*.

L'espressione *“conversione”* alluderebbe, quindi, a tutti i casi nei quali si accerti l'illecita apposizione di un termine a un rapporto di lavoro.

Se nella sentenza esaminata emerge lo sforzo della ricerca di semplificazione e di coerenza dell'intero sistema dei rapporti di lavoro c.d. atipici, permangono forti perplessità circa l'opportunità di accomunare diverse figure contrattuali, estendendo la disciplina prevista soltanto per una di esse (il contratto a termine) anche ad altre fattispecie contrattuali atipiche (somministrazione irregolare), senza che rilevino le differenze strutturali e sostanziali, con particolare riguardo alle conseguenze che il legislatore per ciascuna di queste sancisce nelle ipotesi di illegittimità del contratto.

La Corte di Appello di Roma ha posto l'accento proprio sui *“punti deboli”* della sentenza, ponendosi in contrasto con l'orientamento accolto dalla Suprema Corte, ha pronunciato l'inapplicabilità dell'art. 32 comma 5 sia alle ipotesi di somministrazione che alle ipotesi di lavoro temporaneo a termine.

La Corte d'Appello ha anzitutto posto l'accento sull'interpretazione del dato letterale della norma sottolineando che quando *“il legislatore della novella del 2010 ha inteso prendere in considerazione anche i rapporti di somministrazione, al fine di estendere, ai medesimi, taluni aspetti del regime proprio del comune contratto di lavoro subordinato, lo ha fatto esplicitamente”*; ed infatti così è avvenuto in tema di applicazione del termine di decadenza per l'impugnazione della cessazione del contratto, laddove all'art. 32, comma 4, lett. d), della legge de qua, contiene il riferimento esplicito all' *“ipotesi prevista dall'art. 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276”*, ossia alla somministrazione irregolare. Per contro, il citato comma 5 si riferisce esclusivamente al *“contratto a tempo determinato”*, seppur riferendo alla specifica ipotesi della conversione.

La Corte di Appello non condivide l'argomentazione resa dalla Suprema Corte sulla base del quale l'applicabilità del comma 5 anche alla somministrazione irregolare è fatta scaturire da un confronto tra le due norme che porterebbe alla conclusione per

cui il comma 5 (a differenza del precedente comma 4 che elenca dettagliatamente le ipotesi nelle quali quest'ultima disposizione trova applicazione) si riferisce generalmente ad ogni ipotesi di conversione, compresa l'ipotesi della conversione del rapporto di lavoro a seguito di accertata irregolarità della somministrazione di mano d'opera. La Corte d'Appello precisa infatti che proprio dall'elenco dell'art. 32, comma 4, emerge la conclusione opposta, trattando il legislatore, almeno ai fini del comma 4, le fattispecie di cui si discute (contratto a termine e somministrazione di mano d'opera) distinte l'una dall'altra e, in conseguenza di ciò, non possa farsi discendere dalla mancata previsione di cui al comma 5 in ordine alla somministrazione di mano d'opera un significato generalissimo all'espressione "*conversione*" ivi utilizzata, comprendendovi una molteplicità di situazioni ed ipotesi, quali, appunto, quella della trasformazione del rapporto di lavoro in somministrazione a tempo determinato tra lavoratore ed interposto in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, imputato, sotto il profilo soggettivo, ad un soggetto differente e terzo rispetto al rapporto di lavoro originario, quale è l'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa. Si aggiunga, infatti, a valorizzazione dell'argomentazione intrapresa dalla Corte di Appello, che la conversione del rapporto di lavoro nell'ipotesi di somministrazione irregolare è accompagnata dall'ulteriore elemento della modificazione soggettiva delle parti contrattuali, prima costituite dal lavoratore e somministratore, poi dal lavoratore utilizzatore. Tale elemento non può certo ritenersi secondario bensì caratterizzante la particolare fattispecie contrattuale della somministrazione di mano d'opera, la quale, anche per tale ragione, non può ritenersi del tutto assimilabile a quella del contratto a termine, con il quale, solo parzialmente pare condividere gli effetti sanzionatori in caso di abusi.

Ed infatti la Corte di Appello sottolinea che "*a differenza della fattispecie prevista dal comma 5 della legge 183/10, nella somministrazione irregolare non si è in presenza di un contratto a tempo determinato che si converte in contratto a tempo indeterminato tra le stesse parti, ma di una diversa configurazione giuridica, rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con il quale il prestatore non ha stipulato formalmente alcunché*". La stessa Corte di Cassazione con sentenza n. 6933 del 2012, parimenti chiamata a pronunciarsi riguardo ad un'ipotesi di somministrazione irregolare aveva statuito che "*se un contratto di lavoro viene stipulato utilizzando un tipo contrattuale particolare in assenza dei requisiti specifici richiesti dal legislatore e la legge preveda come conseguenza dell'utilizzazione irregolare del tipo la costituzione di un*

rapporto di lavoro, senza precisare se a termine o a tempo indeterminato, nel silenzio del legislatore non può che valere la regola per cui quel rapporto di lavoro è a tempo indeterminato". La Suprema Corte, dunque, nella propria antecedente giurisprudenza non aveva ricostruito la fattispecie in termini di "conversione", bensì di "costituzione" e, del resto, differente è il provvedimento giudiziale che di tale effetto costituisce il fondamento. Invero non si tratta, nell'ipotesi della somministrazione di mano d'opera, di una "pronuncia meramente dichiarativa di una nullità parziale del contratto già in essere tra le parti, come nella declaratoria di illegittimità del contratto a termine tra le stesse parti" bensì di una "pronuncia costitutiva di un rapporto giuridico tra parti diverse da quelle firmatarie del documento contrattuale".

Inoltre, nessuna traccia dell'espressione si rinviene nel testo normativo di riferimento in tema di somministrazione di mano d'opera, ossia il d.lgs. 276 del 2003, in cui, anzi, è sancito il diritto del lavoratore di adire l'autorità giudiziaria al fine di chiedere ed ottenere "la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo [utilizzatore]" (art. 27, comma 1); mentre il d.lgs. n. del 2001 sul contratto a termine sanziona le irregolarità *considerando* il contratto a tempo indeterminato (art. 5).

La pronuncia della Corte d'Appello si basa inoltre su un secondo elemento relativo al disposto dell'art. 10, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 368. Tale disposizione non ha subito modificazioni né dalla legge 183 del 2010 né dalla successiva l. 28 giugno 2012, n. 92, che sancisce "1. Sono esclusi dal campo di applicazione del presente decreto legislativo in quanto già disciplinati da specifiche normative: a) i contratti di lavoro temporaneo di cui alla legge 24 giugno 1997, n. 196, e successive modificazioni..."; sicché, al contratto di lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196 del 1997 poi sostituito dall'istituto della somministrazione di lavoro di cui al d.lgs. 276 del 2003 non si applica la disciplina di cui al sovra citato decreto.

L'esclusione ai sensi dell'art. 10, comma 1, si riferisce al "campo di applicazione", ciò comportando l'esclusione del lavoro di fornitura di carattere temporaneo e della somministrazione di mano d'opera dall'ambito applicativo di tutte le norme che regolano le conseguenze dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro. Sulla scorta di tale osservazione la Corte di Appello ritiene non applicabile l'art. 32, comma 5, intervenuto a regolare il regime degli effetti risarcitori patrimoniale che conseguono alla declaratoria di illiceità della clausola di durata, in quanto tale articolo "pur formalmente contenuto in una legge distinta, si inserisca pienamente proprio all'interno del blocco normativo contenente la

disciplina delle richiamate conseguenze”, ossia delle conseguenze relative all’illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro.

Infine, la Corte d’Appello ridimensiona il valore assegnato dalla Suprema Corte alla norma interpretativa introdotta dalla l. 92 del 2012. In particolare, i giudici di merito hanno ritenuto che il prefisso “*ri*”, anteposto al sostantivo “*costituzione*”, indicasse l’intenzione del legislatore di riferirsi, anche nella norma interpretativa con riguardo all’art. 32, comma 5, ai soli casi in cui il rapporto fosse già in corso.

5. IL JOBS ACT E LA DEFINITIVA LIBERALIZZAZIONE DELLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO.

La disciplina della somministrazione di mano d’opera, integralmente disciplinata dagli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 276 del 2003, è stata oggetto di frequenti modifiche, imposte con una serie crescente di interventi legislativi che, negli oltre 10 anni di vigenza dell’istituto, ha, in via graduata prodotto una regolamentazione sempre meno limitativa dell’ambito di applicabilità dell’istituto.

La revisione è stata dapprima intrapresa con la l. n. 92 del 2012 con la quale, per la prima volta, è stato introdotto il concetto di a-causalità con riguardo sia al contratto di lavoro subordinato a tempo determinato che alla somministrazione di mano d’opera a termine. All’art. 1, comma 9, lett. b), della l. 92 del 2012 era infatti statuito che: *“Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto nell’ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell’ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell’articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”*; con la facoltà mediante la contrattazione collettiva, sia a livello nazionale e territoriale che decentrato di prevedere che *“in luogo dell’ipotesi di cui al precedente periodo il requisito di cui al comma 1 non sia richiesto nei casi in cui l’assunzione a tempo determinato o la missione nell’ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato avvenga nell’ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all’articolo 5, comma 3, nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell’ambito dell’unità produttiva”*.

Poco più avanti, il d.l. 20 marzo 2014 n. 34, decorrente dal 21 marzo 2014 e convertito con modifiche dalla legge n. 78 del 16 maggio 2014 (meglio noto come decreto Poletti), ha proseguito sulla medesima via già intrapresa dal riformatore del 2012, attuando il principio della c.d. a-causalità generalizzata. Come è stato correttamente osservato : *“L’intervento legislativo di marzo 2014 ... ha completato un’operazione di graduale sottrazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato dall’obbligo generale di correlazione a causali oggettive che, seppure riferibili ex lege all’ordinaria attività dell’utilizzatore, determinavano un elevato rischio sanzionatorio”*.³³²

L’ultimo intervento legislativo in materia, rappresentato dal decreto attuativo n. 81 del 2015 sostanzialmente conferma quanto previsto nel d.l. 20 marzo 2014 n. 34, ribadendo la a-causalità per i rapporti di lavoro a tempo determinato, anche in somministrazione, e ridefinendo interamente l’istituto della somministrazione di mano d’opera con l’abrogazione del d.lgs. n. 276 del 2003.

La regolamentazione risultante appare simile a quella derivante dalla revisione dell’art. 1 del d.lgs. n. 368 del 6 settembre 2001 in seguito all’entrata in vigore dell’art. 1, d.l. n. 34 del 2012, che ha introdotto il regime generale di a-causalità con riguardo ai contratti di lavoro subordinato a termine.

Il d.lgs. 15 luglio 2015 n. 81 (*“Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni”*) ai sensi dell’art. 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183, interviene in materia di somministrazione di mano d’opera, ritenendo, dunque, il legislatore delegato che tale fattispecie contrattuale rientrasse tra i contratti di lavoro necessitanti un intervento legislativo al fine di *“renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo”*.

Il d.lgs. 15 luglio 2015, n. 81, dedica alla somministrazione di mano d’opera gli artt. 30-40.

Ciò che –com’è stato poc’anzi anticipato– è opportuno rilevare che il decreto abroga espressamente, all’art. 55, comma 1, lett. d), il d.lgs. n. 276 del 2003, art. 18, commi 3 e 3 bis, e artt. 20-28; sicché il nuovo impianto normativo è destinato a sostituire la previgente disciplina che per più di un decennio ha regolato il contratto di somministrazione di lavoro.

Il legislatore si preoccupa anzitutto di fornire una definizione del contratto di somministrazione, prima mancante, da intendersi quale *“contratto, a tempo*

³³² S. MALANDRINI, *Il ruolo del contratto di somministrazione di lavoro a termine all’esito del processo di implementazione del Jobs Act*, RIDL, 2013, III, p. 145 e ss. (in part. p. 146).

indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003 mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore" (art. 30, d.lgs. n. 81 del 2015). Lo schema contrattuale ripropone, dunque, l'espressione utilizzata dal d.lgs. 276 del 2003 attraverso la quale si attua la dissociazione tra datore di lavoro formale ed utilizzatore effettivo, se non che la stessa procede alla definitiva liberalizzazione della somministrazione di mano d'opera; invero per la stipulazione del contratto di somministrazione di lavoro non è più richiesta l'indicazione delle *"ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo"* (art. 20, comma 4) per il tipo contrattuale a tempo determinato né l'indicazione delle attività o dei settori rientranti nelle ipotesi tassative previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva per il tipo contrattuale a tempo indeterminato (art. 20, comma 3).

Il legislatore conclude dunque un percorso già intrapreso con la riforma Fornero e poi dal decreto Poletti, rendendo il ricorso alla fornitura professionale di mano d'opera svincolato dalla sussistenza di ragioni legittimanti; in particolare, se con il d.l. 34/2014 (conv. in l. 78/2014) era stata sancita la "a-causalità" con riguardo al contratto di somministrazione di lavoro a termine, dapprima già parzialmente introdotta dalla l. n. 92/2012, con il recente d.lgs. n. 81 del 2015 si procede anche con l'eliminazione dell'elenco, tassativo ancorché amplissimo, dei casi legittimanti il ricorso allo *staff leasing*, divenuto a sua volta a-causale.

I (pochi) limiti sanciti sono principalmente di tipo quantitativo.

E' infatti per la prima volta introdotta una clausola di contingimento legale anche per la somministrazione a tempo indeterminato; l'art. 31, comma 1, prevede che *"il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non può eccedere il 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del predetto contratto, con un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia uguale o superiore a 0,5. Nel caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno, il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipula del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato"*. La legge fa tuttavia salve eventuali diverse previsioni dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore (sempre art. 31, comma 1).

Si precisa altresì che *“Possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato”*, fugando ogni dubbio circa la necessaria coincidenza tra il contratto commerciale ed il contratto di lavoro.

Sempre con riguardo allo *staff leasing* il legislatore ha infine ribadito la pressoché generale esclusione del settore della pubblica amministrazione dal campo di applicazione della somministrazione a tempo indeterminato.

Per la somministrazione di lavoro a tempo determinato, in linea con la precedente disciplina, permane il rinvio alla contrattazione collettiva alla quale è demandato il compito di individuare le clausole di contingimento. Parimenti viene mantenuta l'esenzione dei limiti quantitativi qualora la somministrazione di lavoro a tempo determinato riguardi soggetti collocati in mobilità ai sensi dell'art. 8, comma 2, l. n. 223 del 1991, di precettori di trattamenti di disoccupazione o di ammortizzatori sociali, lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati, al fine di favorirne il reinserimento nel mercato del lavoro.

Con riguardo ai limiti negativi di cui all'art. 20, ult. comma, d.lgs. 276 del 2003, questi restano immutati in quanto integralmente ripresi dal nuovo testo legislativo; sicché il divieto di ricorrere alla somministrazione di mano d'opera permane con riguardo alla sostituzione dei lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi; presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni a cui si riferisce il contratto di somministrazione; nonché, infine, da parte di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi (art. 32).

Con riguardo ai requisiti formali il d.lgs. n. 81 del 2015 mantiene la previsione della forma scritta richiesta *ab substantiam*, ma riduce gli ulteriori requisiti di forma, tra i quali rientrano: *“a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; b) il numero di lavoratori da somministrare; c) l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e le misure di protezione adottate; d) la data di inizio e la durata prevista della somministrazione di lavoro; e) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei medesimi; f) il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei*

lavoratori” (art. 33). Pertanto, oltre al mancato accenno ai casi e alle causali giustificatrici di cui alla lett. c), art. 21, d.lgs. n. 276 del 2003, che non sono più richieste per la validità del contratto di somministrazione, vengono meno altresì quelle indicazioni relative all’assunzione da parte del somministratore e dell’utilizzatore di particolari obblighi sanciti a tutela del lavoratore, fra tutti l’assunzione da parte dell’utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell’obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore (art. 21, comma 1, lett. k)). Il secondo comma dell’art. 33 mantiene invece gli obblighi, in capo all’utilizzatore, *“di comunicare al somministratore il trattamento economico e normativo applicabile ai lavoratori suoi dipendenti che svolgono le medesime mansioni dei lavoratori da somministrare”* e di *“rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti”*.

Scompare inoltre ogni riferimento all’obbligo in capo all’utilizzatore ed al somministratore di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi.

Sul versante della disciplina del rapporto di lavoro la stessa è, per buona parte, ripresa, pur comparando qualche piccola modifica, resasi necessaria anche in ragione di altri recenti interventi legislativi che, oltre alla somministrazione di lavoro, hanno interessato altri istituti, *in primis* la fattispecie contrattuale del lavoro subordinato a termine; ed infatti per il caso di assunzione a tempo determinato è fatto espresso richiamo alla nuova disciplina di cui al capo III dello stesso decreto n. 81 del 2015, per quanto compatibile, con esclusione espressa delle disposizioni di cui agli artt. 19, commi 1, 2 e 3, 21, 23 e 24, concernenti la durata massima, la proroga ed il rinnovo del contratto, nonché il numero complessivo di contratti a tempo determinato.

L’art. 35 della novella ribadisce tanto il principio della parità di trattamento quanto il vincolo della responsabilità solidale che lega somministratore ed utilizzatore circa il trattamento economico e retributivo del prestatore; sicché, non si comprende il motivo per il quale al precedente art. 33 il legislatore, nel dettare gli elementi del contratto di somministrazione di lavoro abbia eliminato dal suo contenuto minimo il regime della responsabilità, non ritenendosi necessaria l’assunzione espressa da parte dell’utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell’obbligo al pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali (con diritto di rivalsa

verso il somministratore), comunque operante all'atto pratico dell'esecuzione del contratto.

Non cambia poi, rispetto all'abrogato decreto legislativo, la suddivisione dei poteri datoriali: spetta dunque al somministratore l'esercizio del potere disciplinare su segnalazione dell'utilizzatore, mentre compete a quest'ultimo il potere direttivo ed organizzativo, con l'(aggiunto) onore di comunicare immediatamente per iscritto al somministratore l'eventuale assegnazione del lavoratore a mansioni superiori o inferiori, pena la sua esclusiva responsabilità per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori.

Sono altresì rimaste invariate le previsioni di nullità di eventuali clausole inserite nel contratto di somministrazione di lavoro al fine di limitare la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della sua missione, salvo che sia corrisposta al lavoratore una congrua indennità; così come permangono il contenuto dei diritti sindacali (con l'estensione delle tutele di cui allo Statuto) e delle garanzie collettive, mantenendo il lavoratore somministrato il diritto ad esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della missione, i diritti di libertà e di attività sindacale, nonché a partecipare alle assemblee sindacali del personale direttamente dipendente dall'impresa utilizzatrice (art. 36, commi 1 e 2). Ad essere limitati sono i contenuti dell'obbligo di informativa sindacale, venendo meno l'obbligatorietà della comunicazione antecedente alla stipulazione stessa del contratto commerciale da parte dell'utilizzatore alle rappresentanze sindacali unitarie ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali (o, in subordine, alle associazioni territoriali di categoria) del numero dei lavoratori somministrati e delle ragioni del ricorso alla somministrazione di mano d'opera (di cui all'abrogato art. 24 d.lgs. n. 276 del 2003); permane invece l'obbligatorietà delle comunicazioni periodiche annuali circa il numero e i motivi dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.

Intatte le norme previdenziali; ed infatti l'art. 37 del nuovo decreto si limita a trascrivere il contenuto del previgente art. 25, d.lgs. n. 276 del 2003.

Tra le principali novità della novella vi sono quelle che si riferiscono all'impianto sanzionatorio.

L'art. 38 si occupa della somministrazione irregolare sancendo, in primo luogo, la sanzione della nullità per il contratto di somministrazione privo della forma scritta; in tale ipotesi, come previsto nella previgente disciplina, i lavoratori somministrati sono considerati alle dipendenze dell'utilizzatore. Qualora invece la

somministrazione di mano d'opera sia avvenuta “*al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lett. a), b), c) e d)*” e cioè in violazione delle clausole di contingimento e degli elementi integranti il contenuto minimo del contratto “*il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione*”, utilizzando lo schema già noto della modificazione soggettiva automatica con efficacia *ex tunc*. In tale ipotesi, “*tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino alla concorrenza della somma effettivamente pagata*”; inoltre “*Tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione*” (comma 3).

Il legislatore precisa infine che la trasformazione automatica del rapporto di lavoro sotto il profilo soggettivo della parte datoriale non trova applicazione nel settore del pubblico impiego (comma 4).

La fattispecie della somministrazione fraudolenta è totalmente rimossa così come le conseguenze ad essa ricollegate di carattere penale; non si spiega la ragione di tale rottura rispetto al passato.

Mentre l'art. 40, prevede due ipotesi di illeciti amministrativi: al comma 1 è sancita la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 fino ad un massimo di euro 1.250 complessivi nel caso di “*violazione degli obblighi e dei divieti di cui agli articoli 33, comma 1 [forma e contenuto], nonché, per il solo utilizzatore, di cui agli artt. 31 e 32 [limiti quantitativi e negativi] e, per il solo somministratore, di cui all'art. 33, comma 3 [obbligo di informativa dei lavoratori]*”; al comma 2 si prevede la medesima sanzione amministrativa pecuniaria di cui al comma 1 da euro 250 fino ad un massimo di euro 1.250 nel caso di “*violazione delle disposizioni di cui all'articolo 35, comma 1 [principio della parità di trattamento], e per il solo utilizzatore, di cui all'art. 35, comma 3, secondo periodo [fruizione dei servizi sociali ed assistenziali] , e 36, comma 3 [oneri di comunicazione alle rappresentanze sindacali]*”.

L'art. 39 rubricato “*Decadenze e tutele*” fissa i termini per l'esercizio, da parte del lavoratore, dell'azione costitutiva di cui all'art. 38, comma 2. Segnatamente, il legislatore opera un rinvio alla disciplina di cui all'art. 6 della legge 604 del 1966, così come modificata dal testo del Collegato Lavoro (l. n. 183 del 2010), precisando

che il termine decadenziale di 60 giorni per l'impugnativa stragiudiziale decorre dalla data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore.

Segnatamente, l'art. 32 comma 1 l. n. 183 del 2010 nella versione novellata dalla l. n. 92 del 2012 prevede che: *“Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso”*. L'art. 32 comma 4 della medesima legge dispone poi che: *“Le disposizioni di cui all' articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche: ... d) in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall' articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto”*.

Tali disposizione avevano ingenerato non poche perplessità e dubbi interpretativi,³³³ tant'è che, sul punto, erano stati chiesti chiarimenti al Ministero del Lavoro che rispose con interpello n. 12 del 2014 rilevando che, in netta contrapposizione all'orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza della precedente disciplina³³⁴, secondo cui nell'ipotesi di somministrazione irregolare l'eventuale licenziamento intimato dall'interposto al lavoratore era da considerarsi giuridicamente inesistente poiché intimato da un soggetto riconosciuto estraneo al rapporto di lavoro (imputato all'effettivo utilizzatore delle prestazioni lavorative) e, conseguentemente, il lavoratore poteva agire in ogni tempo –salva la prescrizione estintiva– per chiedere al giudice la costituzione *ex lege* del rapporto di lavoro in capo all'interponente, l'art. 32, comma 4, l. n. 183 del 2010, richiede che l'impugnativa del licenziamento avvenga entro i termini indicati.

Con riferimento poi al *dies a quo* per la decorrenza del termine stragiudiziale di 60 giorni, nell'interpello si distingue a seconda che il licenziamento sia stato o meno comunicato per iscritto. Ed infatti, allorché il licenziamento sia stato intimato in forma scritta e con contestuale specificazione dei motivi art. 1, comma 37, l. n. 92 del 2012) il predetto termine decorre dalla data di ricezione, da parte del

³³³ G. VALCAVI, *Brevi riflessioni sulle “decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato” dell'art. 32 del c.d. Collegato Lavoro*, in *Il collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro*, (a cura) di A. MINERVINI, Napoli, 2011, p. 73 e segg.

³³⁴ Una per tutte: C. 10/23684.

lavoratore, della comunicazione medesima; mentre, nell'ipotesi di licenziamento orale (o senza la specificazione dei motivi), il licenziamento è inefficace (art. 2, comma 3, l. n. 604 del 1966), sicché il lavoratore può agire in giudizio ai fini dell'accertamento e della dichiarazione dell'inefficacia del licenziamento, potendo altresì porre istanza per l'imputazione del rapporto in capo al fruitore materiale delle prestazioni, senza avere l'onere della previa impugnativa stragiudiziale del licenziamento medesimo, avendo come unico limite temporale il rispetto del termine prescrizione di 5 anni.³³⁵

Peraltra certa giurisprudenza di merito ha ritenuto che il termine di cui al citato art. 32, comma 4, lett. d), decorra dalla data di cessazione del contratto.³³⁶

Il legislatore con il d.lgs. n. 81 del 2015 interviene dunque facendo chiarezza, sia sull'applicabilità del termine stragiudiziale anche alla somministrazione di mano d'opera, sia alla decorrenza del *dies a quo* da riferirsi alla data di cessazione dell'attività svolta dal lavoratore somministrato presso l'impresa utilizzatrice.

Inoltre, sempre richiamando la disciplina introdotta dal Collegato Lavoro, al comma 2 dell'art. 39 si precisa, sotto il profilo sanzionatorio, che *“Nel caso in cui il giudice accolga la domanda di cui al comma 1, condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno in favore del lavoratore, stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8”*. Tale indennità – si precisa nel periodo successivo – ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, anche con riguardo alle conseguenze retributive e contributive, per il periodo compreso tra la data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la costituzione del rapporto di lavoro. Anche sul punto, dunque, il legislatore interviene ponendo fine al dibattito inerente l'applicabilità dell'art. 32, comma 5, anche alla somministrazione di mano d'opera.

6. IL CONTRATTO DI APPALTO E IL PRINCIPIO DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE.

³³⁵ Interpello n. 12/2014.

³³⁶ Trib. Bergamo, sent. 16 gennaio 2014, n. 14, confermata da App. Brescia, sent. 6 marzo 2014 n. 112; v. anche: Trib. Milano, sent. 7 marzo 2014.

Come è già stato ampiamente osservato il contratto di appalto ha costituito (e costituisce) una forma di acquisizione dei fattori della produzione assai diffusa nella storia dell'organizzazione imprenditoriale italiana, ed è stato, nel tempo, soggetto ad una disciplina tesa ad apportare un livello di tutela più o meno elevato di protezione dei lavoratori coinvolti nel fenomeno.³³⁷

L'impiego di tale tipologia contrattuale è divenuto ancor più intenso con l'evolvere dell'impresa decentrata e dei fenomeni di esternalizzazione.

Nei paragrafi che seguono si intendono approfondire alcuni profili specifici inerenti il contratto d'appalto e riguardanti l'evoluzione del principio della solidarietà passiva tra committente e appaltatore e la tutela del credito del lavoratore che rappresenta una significativa applicazione del principio *de quo*.

L'appalto di opere e servizi, ai sensi dell'art. 1655 cod.civ. “è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”. Trattasi di un tipico contratto di impresa, i cui elementi caratterizzanti risiedono nell’ “obbligazione di mezzi necessari” e nella “gestione a proprio rischio”³³⁸. Tali elementi, secondo parte della dottrina,³³⁹ integrano l'unico requisito dell'autonomia dell'imprenditore: in quanto, di fatto, organizzare l'attività produttiva comporta inevitabilmente l'assunzione di un rischio economico.

L'appalto di opere e servizi, così come la somministrazione di mano d'opera, è considerato una forma di utilizzazione indiretta della forza-lavoro.³⁴⁰ Invero, poiché tra i componenti del contratto di appalto (genuino) rientra anche l'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore, il quale, per il compimento dell'opera o del servizio deve procurarsi oltre che i capitali necessari, i macchinari e le

³³⁷ M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, op. cit., p. 46.

³³⁸ La giurisprudenza ha precisato che “Il rischio e pericolo che l'appaltatore assume nel compimento dell'opera o del servizio non è quello inteso in senso tecnico-giuridico ... bensì quello c.d. economico” (C. 79/3754; C. 74/105).

³³⁹ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, Milano, 2000, p. 83; secondo l'autore tali elementi sono “l'uno lo specchio dell'altro”; contro: I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 511 e ss..

³⁴⁰ M.L. VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro, in Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale*, Agg. 2, Torino, 2007, p. 722 e ss. (qui, p. 739); l'Autore sottolinea che nell'opera di completamento dei processi di esternalizzazione “gli strumenti maggiormente utilizzati per gestire vicende in cui ad essere espulsa sia una struttura complessa, dotata di quel minimum di organizzazione che la contraddistingue dalle mere attività lavorative singolarmente considerate, sono stati l'appalto di opere o servizi e la subfornitura, caratterizzati dal trasferimento del rischio del compimento di quel segmento produttivo ad un soggetto terzo presente sul mercato”.

attrezzature, la materia prima, anche la forza-lavoro, l'appaltante beneficia *in via mediata* dell'attività svolta da questi.³⁴¹

Così come avviene nella somministrazione di mano d'opera, anche nell'appalto di opere e servizi l'appaltante rimane estraneo al contratto di lavoro tra appaltatore e lavoratore e, conseguentemente, non è creditore della prestazione di lavoro; tuttavia, diversamente dal primo istituto, nel contratto di appalto, l'appaltante non è neppure titolare di (alcuni) tipici poteri connessi alla figura datoriale. Sicché, con riguardo al contratto di appalto non si realizza la dissociazione della figura datoriale –tratto peculiare della somministrazione di mano d'opera–, bensì la legge si limita a configurare in capo alle parti contrattuali (appaltante e appaltatore) talune obbligazioni specifiche (di natura solidale).

Con riguardo all'evoluzione normativa della disciplina degli appalti –che si intreccia a quella del concetto di interposizione nel rapporto di lavoro– si affronterà principalmente la questione relativa alla tutela del credito del lavoratore.

La distinzione tra i due istituti forma altresì oggetto dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, che ad oggi rappresenta la norma cardine in materia di appalti e di responsabilità solidale.

In particolare il legislatore costruisce la linea di demarcazione fra appalto di opere o servizi e somministrazione di mano d'opera sulla base dell'art. 1655 cod.civ. e dei requisiti in esso contenuti e poc'anzi citati, ossia la “*gestione a proprio rischio*” e l’“*organizzazione di mezzi necessari*”; con riguardo tuttavia a quest'ultimo aspetto il legislatore del 2003 ha apportato un significativo elemento di novità: il requisito dell'organizzazione dei mezzi, infatti, deve essere inteso in senso più ampio, potendo risultare anche in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del “*potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto*”.

In realtà la previsione normativa coglie gli indirizzi giurisprudenziali formati nel lungo periodo di vigenza della l. n. 1369 del 1960, che sanciva il criterio legale incentrato sull'effettivo apporto da parte dell'appaltatore dei mezzi (capitali, macchine, attrezzature, etc.) quale indice di liceità dell'appalto e di assenza dell'intento frodatario.

Anzitutto la giurisprudenza prevalente si era espressa nel senso di ritenere che l'elemento dell'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed

³⁴¹ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, 2013, p. 109 e ss. (qui, pp. 110, 111).

attrezzature forniti dall'appaltante, qualora riscontrato, potesse atteggiarsi come presunzione legale assoluta³⁴² “solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore”³⁴³ ed aveva piuttosto ravvisato la necessità di procedere alla verifica delle circostanze concrete e degli elementi che caratterizzavano la fase attuativa del contratto di appalto al fine di accertare se l'impresa appaltatrice operasse in reali condizioni di autonomia organizzativa e gestionale rispetto all'impresa committente. Secondo i rilievi della giurisprudenza –e di buona parte della dottrina–³⁴⁴ dunque, se, per un verso, gli indici di cui l'art. 1, comma 3, l. n. 1369 del 1960 richiedevano un'applicazione più elastica che si adattasse ai mutamenti nel frattempo intervenuti con particolare riguardo alle forme di organizzazione dell'impresa e della produzione, per altro verso, il predetto articolo non esauriva il contenuto della fattispecie legale dell'interposizione vietata. Sicché, qualora non ricorressero i termini della presunzione *iuris et de iure* l'indagine avrebbe dovuto interessare l'effettiva ricorrenza dei requisiti elementari che contraddistinguono la funzione imprenditoriale.³⁴⁵

Tuttavia, l'impostazione adottata dalla l. n. 1369 del 1960, seppur parzialmente attenuata ad opera della giurisprudenza, ha perso col tempo la propria efficacia distintiva, soprattutto a seguito del diffondersi dei c.d. appalti a bassa intensità di capitale per il compimento di determinati servizi (primi fra tutti i servizi connessi alle tecnologie informatiche).

La riforma operata dal d.lgs. n. 276 del 2003 coglie, dunque, la necessità di intervenire su una disciplina divenuta desueta e riferita ad un modello di produzione fordista ormai superata dal sistema dell'impresa decentrata, legittimando in linea di principio, anche forme di appalto di opere o servizi in cui l'appaltatore rivesta il ruolo di mero organizzatore e fornisca esclusivamente lavoratori da utilizzare nell'appalto. E' il caso, ad esempio, dei contratti d'appalto concernenti lavori specialistici, eseguiti grazie alle elevate competenze dei

³⁴² cfr. R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 628.

³⁴³ Cass., sez. lav., sent. 15 luglio 2009, n. 16488; Cass., sez. lav., 13 febbraio 2004, n. 2852; Cass., sez. lav., 19 novembre 2003, n. 17574, RIDL, 2005, II, p. 116 (con nota di G. MORTILLARO); Cass., sez. lav., 18 giugno 1999, n. 6128, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 1430.

³⁴⁴ R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, op. cit.; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, p. 629.

³⁴⁵ In dottrina: M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, op. cit..

dipendenti dell'appaltatore a fronte del ruolo marginale delle attrezzature impiegate.³⁴⁶

In presenza dei requisiti che individuano l'autonomia dell'imprenditore l'appalto è definito genuino, contrariamente si è in presenza di una forma illecita di interposizione nelle prestazione di lavoro, allorché la stessa è svolta da un soggetto non in possesso della specifica autorizzazione richiesta ed in assenza degli altri requisiti oggettivi richiesti dalla legge, con la conseguenza che il lavoratore potrà agire in giudizio per la costituzione di un rapporto di lavoro direttamente in capo al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, da intendersi come appaltante (art. 29, commi 3-bis e 3-ter, d.lgs. n. 276 del 2003, introdotti ex d.lgs. n. 251 del 2004). In tale ipotesi, infatti, l'appaltatore è un finto imprenditore e la sua funzione si esaurisce nell'ambito del fenomeno interpositorio. E' quindi logico che le conseguenze siano assimilabili a quelle previste in tema di somministrazione irregolare, sia con riguardo all'imputazione del rapporto di lavoro in capo al soggetto che effettivamente ha beneficiato della prestazione, sia con riguardo alle sanzioni di natura penale e amministrativa che interessano il committente e l'appaltatore che abbiano realizzato un appalto non genuino.

7. L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEL CREDITO DEL LAVORATORE NEGLI APPALTI.

7.1. L'AZIONE DIRETTA DI CUI ALL'ART. 1676 COD.CIV.

Sotto tale profilo, la prima norma da considerare è rappresentata dall'art. 1676 cod.civ. rubricata "*Diritti degli ausiliari degli appaltatori verso il committente*", unica previsione del codice a garanzia dei diritti patrimoniali dei lavoratori coinvolti nell'appalto.

Tale norma detta una disciplina di carattere generale, diretta a coprire ogni ipotesi di appalto di opere e servizi.³⁴⁷ Ai sensi dell'art. 1676 cod.civ., infatti, "*Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda*". La norma statuisce il diritto di azione in capo ai lavoratori impiegati per l'esecuzione

³⁴⁶ Circ. Min. Lav. 11 febbraio 2011, n. 5.

³⁴⁷ L. CORAZZA, "*Contractual integration*" e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, 2004.

dell'opera o del servizio oggetto del contratto di appalto nei confronti del committente al fine di ottenere quanto dovuto e non corrisposto dall'appaltatore, seppur limitatamente alla somma di cui il committente è debitore verso l'appaltatore nel momento in cui è proposta la domanda giudiziale.

L'azione diretta concessa agli ausiliari dell'appaltatore si fonda su quattro presupposti fondamentali: esistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'appaltatore; esecuzione della prestazione lavorativa per il compimento dell'opera o del servizio oggetto del contratto di appalto; sussistenza di un credito di lavoro che sia rimasto inadempito da parte dell'appaltatore (e datore di lavoro); contestuale sussistenza di un credito dell'appaltatore nei confronti del committente per l'opera o il servizio commissionatogli.³⁴⁸

In presenza dei suddetti presupposti è concesso al lavoratore l'esercizio dell'azione giudiziale dalla proposizione della quale deriva, dunque, l'applicazione del principio della solidarietà passiva tra appaltante e appaltatore ai sensi e per gli effetti dell'art. 1292 cod.civ.: entrambi i soggetti sono tenuti alla medesima prestazione (e cioè alla corresponsione delle retribuzioni dovute per l'attività lavorativa svolta in favore dell'appaltatore), per il medesimo titolo giuridico (ossia il contratto di lavoro subordinato che si sovrappone al contratto di appalto, sebbene l'esame giudiziale sia limitato all'accertamento dell'*an* e del *quantum* del credito e non anche alla costituzione del rapporto di lavoro in capo all'appaltante, che rimane estraneo al rapporto di lavoro).³⁴⁹

A seguito della domanda il committente va ad aggiungersi all'appaltatore in via solidale nella posizione debitoria, sia pure nel limite del debito esistente al momento della proposizione della domanda; sicché, a partire da questo momento (e cioè dalla proposizione della domanda) il committente deve trattenere le somme dovute all'appaltatore e, in caso contrario, qualora procedesse al versamento delle somme a favore dell'appaltatore, non è liberato dall'obbligazione nei confronti dei lavoratori;³⁵⁰ ciò sulla base della circostanza per cui l'appaltante, con la citazione in giudizio, prende atto dell'inadempimento da parte dell'appaltatore nei confronti dei propri lavoratori, i quali sono stati impiegati nell'appalto.

La giurisprudenza di legittimità ha definito l'azione di cui all'art. 1696 cod.civ. di *natura sostitutiva*, eccezionalmente concessa agli ausiliari dell'appaltatore verso il

³⁴⁸ Cass., sent. 14 marzo 2001, n. 3559, in *Giur. it.*, 2001, I, 1, 1883; Cass., sent. 24 ottobre 2007, n. 22304, in *ADL*, 2008, 518.

³⁴⁹ C. 85/1857; C. 00/12784.

³⁵⁰ F.A. CIRRI, *Sull'azione degli ausiliari dell'appaltante verso il committente*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2199.

committente, determinando l'indisponibilità del credito dell'appaltatore nei confronti del committente, al fine di garantire i lavoratori che abbiano prestato la propria attività lavorativa nella realizzazione dell'opera;³⁵¹ attraverso l'esercizio di tale azione *“il committente diventa diretto debitore dei lavoratori in aggiunta all'appaltatore-datore di lavoro, unico originario debitore”*.³⁵²

Al lavoratore, dunque, compete non solo una posizione processuale, bensì anche una posizione sostanziale nei confronti del committente il quale, pur restando estraneo al rapporto di lavoro, si sia comunque avvalso del risultato delle prestazioni. Ed infatti, vi è chi ha osservato che la posizione processuale presupponga *“il diritto sostanziale cioè la facoltà dell'ausiliario di fare valere il proprio credito di lavoro direttamente nei confronti del debitor debitoris”*.³⁵³ Tale diritto ha natura autonoma rispetto al contratto di appalto, ossia al rapporto commerciale che lega appaltante e appaltatore, ma poggia piuttosto sul contratto di lavoro subordinato; invero, l'azione è esperibile anche nell'ipotesi di fallimento dell'appaltatore.³⁵⁴

Tuttavia, la norma, di per sé, non risultava adeguata ad apprestare una tutela soddisfacente per il lavoratore per una serie di ragioni che si procede ad illustrare.

In primo luogo, l'art. 1676 cod.civ. prevedeva un duplice ordine di limiti oggettivi attinenti al credito di lavoro maturato che ne comprimevano notevolmente il raggio di operatività: anzitutto, la responsabilità dell'appaltante doveva calibrarsi sull'entità del debito nei confronti dell'appaltatore ancora esistente al momento della proposizione della domanda, sicché tutte le somme versate dal committente

³⁵¹ C. 75/2714.

³⁵² Cass., sent. 14 marzo 2001, n. 3559, *cit.*.

³⁵³ B. MIRANDA, *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in *Lav.* 80, 1988, 844.

³⁵⁴ Cass. 84/4051 secondo cui: *“L'azione ex art. 1676 c.c. non trova ostacolo nel sopravvenuto fallimento dell'appaltatore, trattandosi di azione diretta tra terzi rispetto al fallito (ausiliario o committente) e, quindi, non soggetta alla disciplina dell'art. 52 l. fall., che inquadra nel sistema concorsuale solo le azioni ed i diritti contro il fallito”*; anche: C. 01/3559 secondo cui l'apertura del procedimento fallimentare nei confronti dell'appaltatore non comporta l'improcedibilità dell'azione precedentemente esperita dai dipendenti nei confronti del committente, ai sensi dell'art. 1676 c.c., per il recupero dei loro crediti verso l'appaltatore-datore di lavoro, atteso che la previsione normativa di una tale azione risponde proprio all'esigenza di sottrarre il soddisfacimento dei crediti retributivi al rischio dell'insolvenza del debitore e che, dall'altra parte, si tratta di un'azione “diretta”, incidente, in quanto tale, direttamente sul patrimonio di un terzo (il committente) e solo indirettamente su un credito del debitore fallito, si da doversi escludere che il conseguimento di una somma, che non fa parte del patrimonio del fallito, possa comportare un nocimento delle ragioni degli altri dipendenti dell'appaltatore, che fanno affidamento sulle somme dovute (ma non ancora corrisposte) dal committente per l'esecuzione dell'opera appaltata. Sicché, gli ausiliari dell'appaltatore possono soddisfare il loro credito in via preferenziale rispetto agli altri creditori dell'appaltatore.

all'appaltatore (ad esempio, a titolo di anticipo) prima di tale momento finivano col ridurre l'importo sul quale il lavoratore avrebbe potuto rivalersi; inoltre, oggetto dell'azione diretta di cui alla norma erano esclusivamente i crediti di lavoro maturati presso l'appaltatore per l'esecuzione dello specifico contratto di appalto. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, una posizione di dubbia soluzione è rappresentata dall'ipotesi in cui l'appaltatore sia impegnato in più appalti ed abbia coinvolto il medesimo lavoratore contemporaneamente in almeno due di questi. È stato comunque osservato che, essendo la *ratio legis* intesa ad offrire un più ampio argine di garanzie ai lavoratori, l'azione poteva essere esperita per l'intera retribuzione maturata nel periodo di esecuzione dell'appalto, anche se il lavoratore, nello stesso periodo sia stato coinvolto nell'esecuzione di altri appalti.

In secondo luogo, il legislatore introduce un limite di carattere soggettivo, inerente alla legittimazione attiva, spettante esclusivamente ai lavoratori che abbiano prestato la propria opera "*alle dipendenze dell'appaltatore*", con esclusione, quindi, dei lavoratori autonomi e, in genere, di tutti coloro che non siano legati da alcun vincolo di subordinazione.³⁵⁵

7.2. L'ART. 3 DELLA LEGGE N. 1369 DEL 1960.

Il testo normativo *de quo* è stato approfonditamente esaminato nel precedente capitolo, pertanto, in questa parte si focalizzerà l'attenzione solo alcuni specifici aspetti, non volendo incorrere in inutili ripetizioni.

Con la l. n. 1369 del 1960 si assiste alla generale applicazione del divieto di interposizione di mano d'opera. Tra le norme più qualificanti della legge rientrano l'art. 1 e l'art. 3; nel primo articolo il legislatore vieta di "*affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma ... l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro*"; mentre, nel secondo articolo è ammessa la stipulazione di "*appalti di opere e servizi ... da eseguirsi all'interno delle aziende*", prevedendo altresì un rafforzamento, con riguardo a tale specifica tipologia di appalti (il cui tratto peculiare coincide con

³⁵⁵ In giurisprudenza: Cass. 76/4615 che ha statuito "*L'azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente non compete al lavoratore non dipendente, e cioè al prestatore d'opera o al libero professionista, i cui rapporti, nell'ambito dello specifico lavoro autonomo, non intercorrono con un datore di lavoro né si svolgono entro l'impresa del medesimo, ma fanno viceversa capo, distintamente, a propri committenti o clienti*". In tal senso si è espressa la dottrina maggioritaria: B. MIRANDA, *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, op. cit.; D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del Codice Civile*, (a cura) di Scialoja e Branca, Bologna, 1992; M. T. CARINCI, *La fornitura del lavoro altrui*, op. cit., 474.

l'endoaziendalità) un significativo rafforzamento delle tutele e dei diritti previsti per i lavoratori ivi coinvolti.

L'art. 3, comma 1, nel suo complesso prevedeva infatti che: *“Gli imprenditori che appaltano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi all'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori dipendenti”*. La responsabilità solidale dell'appaltante si estendeva altresì *“all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e di assistenza”* (art. 3, comma 2).

La violazione di tali obblighi comportava l'applicazione di sanzioni penali in capo all'appaltatore (art. 6). Inoltre l'azione giudiziale era soggetta al termine decadenziale di un anno dalla cessazione dell'appalto (art. 4).

La disciplina si sviluppava pertanto attorno ai due specifici obblighi gravanti sull'appaltatore e sull'appaltante: il principio della parità di trattamento sulla base della comparabilità, *id est* dell'impiego di mansioni simili³⁵⁶ e la responsabilità solidale dell'appaltante verso i dipendenti dell'appaltatore per il trattamento economico e normativo.

Diversamente dall'art. 1676 cod.civ. che aveva portata generale in quanto applicabile indistintamente a tutte le tipologie di appalto (di opere o di servizi, interno o esterno, a prescindere dalle qualifiche del soggetto committente, imprenditore o non imprenditore), la disciplina di cui all'art. 3 era limitata alle ipotesi di appalto “interno” (altrimenti detto “endoaziendale”). Restavano infatti escluse tutta una serie di attività tassativamente elencate all'art. 5 e gli appalti esterni. In tali casi, l'unica disciplina applicabile a tutela del lavoratore coinvolto nell'appalto era rappresentata dalla disposizione civilistica.

Poco dopo la promulgazione della legge, emersero le prime difficoltà applicative, poiché non era chiaro cosa dovesse intendersi per appalto *“da eseguirsi all'interno delle aziende”*. Sul punto, si formarono due diverse interpretazioni dell'espressione citata: la prima interpretazione adottava un criterio di carattere topografico, per cui era da considerarsi “interno” l'appalto che si svolgesse nell'ambito dei locali dell'impresa (lo stabilimento); mentre, la seconda interpretazione coglieva la funzionalità dell'appalto “interno”, ravvisandone gli estremi allorché l'attività

³⁵⁶ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit..

esternalizzata si riferisse al ciclo produttivo dell'impresa committente.³⁵⁷ A prevalere fu quest'ultimo orientamento; sicché, l'art. 3 della legge aveva un'operatività limitata agli appalti di opere o servizi inerenti il ciclo produttivo dell'impresa, con esclusione degli appalti "esterni" che realizzavano fasi non strettamente connesse alla sua attività produttiva.

Tuttavia, la questione non poteva dirsi del tutto risolta in quanto la stessa nozione di ciclo produttivo, che avrebbe dovuto segnare la linea di demarcazione fra le due tipologie di appalto, risultava di incerta interpretazione posto che "*non esisteva (e non esiste) in rerum natura un modello di ciclo produttivo tipico*".³⁵⁸ La questione divenne più insistente a seguito del modificarsi della struttura dell'impresa ed il diffondersi dei fenomeni di *outsourcing*. Infatti, un'interpretazione dell'art. 3 sulla base del concetto di ciclo produttivo, avrebbe condotto, nel modello decentrato di impresa, all'indifferenziata applicazione della norma alla quasi totalità degli appalti, in assoluto contrasto con le intenzioni del legislatore.

La giurisprudenza, sulla scorta di criteri di carattere generale, tentò di individuare alcune ipotesi di appalto "interno"; ad esempio, si ritenne potessero rientrare nella nozione le attività incluse nell'oggetto sociale della società appaltante, oppure le attività sussidiarie o accessorie che riguardassero un settore tipico dell'impresa; o ancora le attività appaltate dall'impresa committente non in via eccezionale o sporadica, ma in modo ripetitivo, costante e quindi ordinario.³⁵⁹

Tuttavia, l'art. 3, restava di fatto inapplicabile e inapplicato.³⁶⁰

Inoltre, anche con riguardo al principio della parità di trattamento vi furono problemi applicativi. Infatti, l'operatività del principio si fondava sull'identità delle mansioni svolte dai lavoratori dipendenti dall'appaltatore e dall'appaltante,³⁶¹ il che presupponeva una comparazione tra contratti collettivi applicati dall'uno e dall'altro. Tale comparazione, tuttavia, si rilevava, di fatto, impraticabile: l'esternalizzazione delle più diverse fasi dell'attività produttiva ad imprese specializzate rendeva tutt'altro che agevole trovare lavoratori dell'appaltatore che

³⁵⁷ Cass. civ., sez. lav., sent. 28 luglio 2009, n. 17497; Cass. civ., sez. lav., sent. 19 marzo 2008, n. 7384; Cass. civ., sez. lav., sent. 20 novembre 1998, n. 11753, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, p. 206 (nota di I. DE IORIS).

³⁵⁸ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, op. cit., p. 123.

³⁵⁹ *Ibidem*, pp. 123-124.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ Cass. 22 aprile 2000, n. 5296 in *RIDL*, 2001, II, 33 e ss..

svolgesse mansioni simili a quelle dei dipendenti del committente, che risultavano, invero, sempre più incentrate sul *core business* dell'impresa.³⁶²

Tale circostanza, in seguito, condusse il legislatore ad eliminare la regola della parità di trattamento nell'ambito del nuovo sistema di tutele dei lavoratori negli appalti.

7.3. IL D.LGS. N. 276 DEL 2003 E I SUCCESSIVI INTERVENTI CORRETTIVI SINO ALLA LEGGE N. 92 DEL 2012.

A seguito dell'abrogazione della l. n. 1369 del 1960 ad opera del d.lgs. n. 276 del 2003,³⁶³ la norma di riferimento in materia di responsabilità solidale negli appalti diviene l'art. 29, comma 2, del citato decreto.

Tale disposizione ha subito nel corso degli anni molteplici modificazioni.

La versione originaria dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 statuiva che *“in caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”*. Quanto all'ambito di applicazione, la norma superava la distinzione tra appalti interni ed esterni; tuttavia, inseriva la distinzione *–totalmente irrazionale–*³⁶⁴ tra appalti di opere e appalti di servizi: solo rispetto a questi ultimi, infatti, era prevista l'applicazione delle garanzie di cui alla novella del 2003, mentre per i primi la disciplina applicabile era unicamente quella codicistica, rappresentata dall'art. 1676 cod.civ.

L'art. 29, comma 2, inoltre, non riproponeva il principio della parità di trattamento di cui all'art. 3, l. n. 1369 del 1960; sicché, l'appaltatore non era più tenuto a riconoscere ai propri lavoratori impiegati nell'appalto un trattamento conforme a quello riconosciuto ai lavoratori alle dirette dipendenze del committente.

³⁶² R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terzizzazione «intra moenia», ovvero la fabbrica multi societaria*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, 72 e ss.; l'autore ravvisando la scarsa efficacia del principio della parità di trattamento auspicava l'abrogazione dell'art. 3, l. n. 1369 del 1960 quanto meno *“per quel che concerne il trattamento garantito ai dipendenti dell'appaltatore da tarare sulla disciplina applicabile a questi e non più su quella, sovente del tutto disomogenea e inappropriata, del committente”*; dello stesso autore si veda anche *Le esternalizzazione fra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in Id. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, p. 64.

³⁶³ Art. 85, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 276 del 2003.

³⁶⁴ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, op. cit., p. 126.

L'altra disposizione rilevante in materia di appalti introdotta dal d.lgs. n. 276 del 2003 era rappresentata dall'art. 32, comma 2, la quale norma –aggiungendo un comma all'art. 2112 cod.civ.)– precisava che, nell'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, qualora l'alienante avesse stipulato con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avvenisse utilizzando il ramo d'azienda oggetto della cessione, tra appaltante e appaltatore avrebbe operato il regime di solidarietà di cui all'art. 1676 cod.civ.. In tale ipotesi, dunque, il legislatore sembrava indicare che dovesse trovare *sempre* applicazione l'art. 1676 cod.civ., con conseguente disapplicazione del d.lgs. n. 276 del 2003. Sicché, il legislatore introduceva un'ulteriore distinzione tra appalti connessi a trasferimenti d'azienda e appalti (di servizi) non connessi a trasferimenti d'azienda: i primi avrebbero beneficiato della (scarsa) tutela civilistica, i secondi della (più efficace) tutela di cui al d.lgs. n. 276 del 2003.³⁶⁵

Tuttavia, a seguito dei notevoli rilievi critici avanzati dalla dottrina relativamente alla distinzione tra appalti di opere e appalti di servizi, poco dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276 del 2003, intervenne il primo correttivo rappresentato dal d.lgs. n. 251 del 2004, testo mediante il quale il legislatore tentò di correggere il tiro eliminando ogni riferimento alla distinzione di cui sopra. Il riformulato art. 29, comma 2, sanciva infatti che *“Salva diversa previsione dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”*, precisando, altresì, che *“le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale”*, così escludendo l'obbligo solidale qualora il committente sia privo del carattere

³⁶⁵ Per i problemi interpretativi posti dalle norme: C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, p. 267 ss.; M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro, op. cit.*, l'autore pone dubbi sulla costituzionalità dell'art. 29, comma 2, nella sua versione originaria, in quanto la disposizione mostrava un contenuto non coperto dalle indicazioni di cui alla delega [l. n. 30 del 2003, nella quale il delegante si limitava a conferire, all'art. 1, comma 2, da un lato, l'abrogazione della l. n. 1369 del 1960 (lett. m) e, dall'altro la “previsione di un regime particolare di solidarietà (...), nei limiti in cui all'art. 1676 del codice civile, per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo d'azienda” (lett. p); sicché, la distinzione tra appalti di opere e appalti di servizi era un'iniziativa del legislatore delegato che rappresentava violazione dell'art. 76, Cost.].

imprenditoriale. Restava comunque ferma l'applicazione delle sanzioni penali e/o amministrative per l'ipotesi di violazione del divieto di esercizio non autorizzato di somministrazione di lavoro (art. 29, comma 3 *ter*).³⁶⁶

Sotto il profilo soggettivo, può comunque ritenersi che il campo di applicazione del principio della solidarietà passiva di cui all'art. 29 comma 2 sia particolarmente esteso; in quanto ad essere esclusa dal campo di applicazione è solo la categoria del committente persona fisica non dotato di organizzazione alcuna.

Parimenti, il d.lgs. n. 251 del 2004 apportò modifiche anche all'art. 32, comma 2, statuendo che: *“nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art. 29, comma 2”*.

Nel suo complesso, la disciplina, –seppur rivisitata– riproponeva, nei suoi tratti fondamentali, il modello di tutela previsto nella versione originaria del d.lgs. n. 276 del 2003,³⁶⁷ fondato sul superamento del principio della parità di trattamento e sulla rivisitazione dello schema della responsabilità solidale così come concepito nella l. n. 1369 del 1960. Viene infatti meno ogni riferimento agli appalti *“da eseguirsi all'interno delle aziende”*, quale linea di confine rispetto alle ipotesi rientranti tra le eccezioni al vincolo solidale e riguardanti particolari tipologie di appalti.

Inoltre, la responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore viene limitata al solo trattamento retributivo (oltre che contributivo) e non si estende più al trattamento economico e normativo, com'era invece previsto nella l. n. 1369 del 1970.

Il sistema confezionato nel d.lgs. n. 276 del 2003, se, per un verso, è caratterizzato da minori garanzie per i lavoratori rispetto al sistema previgente,³⁶⁸ per altro verso,

³⁶⁶ Con riguardo alla qualità del committente che può essere *“imprenditore o datore di lavoro”*, è stato osservato che la lettura congiunta del comma 2 e del comma 3 *ter* dell'art. 29 consente di affermare che la responsabilità solidale si applica anche ai datori di lavoro dotati di una autonoma organizzazione non imprenditoriale (ad esempio, le organizzazioni di tendenza) nonché a coloro i quali esercitino un'attività professionale e stipolino contratti di appalto per l'esercizio delle proprie attività. Si veda: M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, *op. cit.*, p. 121-122.

³⁶⁷ In particolare è stato osservato che le nuove regole sulla responsabilità solidale introdotte dal d.lgs. n. 251 del 2004 si situavano a metà strada tra il modello delineato dall'art. 1676 cod.civ. ed il modello di cui all'art. 3, l. n. 1369 del 1960. Si veda M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, *op. cit.*, p. 127.

³⁶⁸ E' stato osservato che il superamento della parità di trattamento alterava, in favore dell'appalto, il rapporto di convivenza rispetto alla somministrazione di lavoro, con il rischio di una sorta di incentivazione verso scelte di decentramento produttivo ispirate al mero abbassamento del costo di lavoro. Sul punto, si vedano: F. SCARPELLI, *Somministrazione*

amplia i confini dell'obbligo solidale sotto il profilo qualitativo, presentando un ambito di applicazione più esteso. Invero, non sono poste differenziazioni di disciplina (superata la versione originaria dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003) fra appalti interni ed esterni, appalti di servizi e di opere.³⁶⁹

Al d.lgs. n. 251 del 2004, seguirono altri interventi correttivi che interessarono la disciplina degli appalti con particolare riguardo al principio della solidarietà passiva tra appaltante e appaltatore, sancito dal legislatore del 2003.

Con la Legge finanziaria del 2007 (l. n. 296 del 2006, art. 1, comma 911) l'art. 29, comma 2, è stato infatti nuovamente modificato: *“In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”*. Con tale intervento viene, dunque, abrogato l'inciso che assegnava il potere di modulabilità del vincolo solidale ad opera dei contratti collettivi, in base al quale l'autonomia collettiva poteva intervenire derogando sia in senso migliorativo sia in senso peggiorativo la disciplina della solidarietà così come sancita dalla legge, pur nel rispetto delle garanzie minime inderogabili di cui all'art. 1676 cod.civ.; inoltre si ampliava il termine di decadenza per l'azione dei lavoratori e degli enti previdenziali da un anno a due anni dalla cessazione dell'appalto, e la responsabilità solidale veniva estesa anche a tutti gli eventuali subappaltatori introducendo un sistema a catena a maggior tutela del lavoratore sulla base della circostanza che, diversamente da quanto avveniva in precedenza, l'appaltante è tenuto in solido non più solo con l'appaltatore ma anche con gli eventuali ed ulteriori subappaltatori, il cui contratto di subappalto sia connesso al contratto di appalto originario. Sicché, il lavoratore può pretendere l'adempimento dell'obbligazione retributiva anche con riguardo a ciascuno degli obbligati in via solidale (e cioè di quanti assumono la veste di

irregolare e fraudolenta, ..., p. 420; P.G. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. GHEZZI, *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276 del 2003*, Roma, 2004, p. 165 e segg.; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto, le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, p. 94; V. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in W.P. CSDLLE Massimo D'Antona, n. 84/2006.

³⁶⁹ In dottrina: I. ALVINO, *Il regime di responsabilità degli appalti*, in *GDLRI*, 2007, p. 507; L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in WP C.S.D.L.E. *“Massimo D'Antona”*, n. 93/2009; in giurisprudenza è stato altresì precisato che il citato art. 29 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il committente sia una pubblica amministrazione: Trib. Milano, sent. 22 gennaio 2010, e Trib. Busto Arsizio, sent. 29 marzo 2010, entrambe in *Riv. critica dir. lav. priv. pubb.*, 2010, p. 534 (con nota di F. CAPURRO); Trib. Bolzano, sent. 6 novembre 2009, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, p. 140 (con nota di LAZINGER).

subappaltanti in ragione dei contratti di subappalto stipulati tra l'appaltatore originario sino a risalire all'appaltante che ha commissionato il lavoro in *prima facie*).³⁷⁰

Sempre nel 2006, con d.l. n. 223 del 2006, conv. in l. n. 248 del 2006 (poi modificato dal d.l. 96 del 2013, conv. in l. 98 del 2013) è stato introdotto un particolare regime di solidarietà tra appaltatore e subappaltatore relativamente agli aspetti fiscali; all'art. 35, comma 8, è previsto che l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto, del versamento all'erario in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto.³⁷¹

Un successivo intervento correttivo si ebbe con il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. in l. 4 aprile 2012, n. 35, con cui, all'art. 21, comma 1, la responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore è stata estesa anche alle “*quote di trattamento di fine rapporto*” e ai “*premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto*” (mentre restava escluso “*qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento*”).

Infine, con la c.d. riforma Fornero (l. n. 92 del 2012) è stato reintrodotta il rinvio derogatorio all'autonomia collettiva, con l'ulteriore attribuzione del potere di controllo sulla regolarità degli appalti [art. 4, comma 31, lett. a) e b)].

La norma va letta anche facendo riferimento anche all'art. 7, comma 1, D.L. n. 76 del 2013, conv. in l. n. 99 del 2013, che ha precisato che: “*Le disposizioni dei contratti collettivi di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, hanno effetto esclusivamente in relazione ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi*”.

La norma precisa che la deroga alla responsabilità solidale dell'appaltante può riguardare soltanto i trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori, non anche in relazione ai contributi dovuti all'ente previdenziale, per i quali la garanzia del versamento deve sempre sussistere.

Sempre il legislatore del 2012 sancisce che : “*Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del*

³⁷⁰ M. T. CARINCI, *ult. op. cit.*, osserva che “*la moltiplicazione dei centri di responsabilità rafforzata rafforza di molto la tutela del credito dei lavoratori*” (p. 130).

³⁷¹ E' opportuno precisare che per la solidarietà in materia di obblighi fiscali non opera il limite temporale di due anni, stabilito in via generale.

*patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o del datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali” (art. 4, comma 3). Il legislatore nell'inciso afferma, dunque, il principio del *beneficium excussionis* a favore dell'appaltante, il quale è chiamato a rispondere solo allorché l'appaltatore (o l'eventuale subappaltatore) non soddisfi con il proprio patrimonio i lavoratori che siano stati impiegati nell'appalto.*

7.4. L'ASSENZA DI NOVITÀ NEL JOBS ACT.

Il *Jobs Act* interviene su molteplici aspetti del rapporto di lavoro. Tuttavia, tra questi non vi rientra una ri-regolazione delle esternalizzazioni produttive se non con riguardo al contratto di somministrazione, il quale istituto tuttavia mantiene i suoi tratti fondamentali fatta eccezione per la sua totale liberalizzazione con riguardo alle causali, per la somministrazione a termine, ed ai settori di attività prima tassativamente indicati entro i quali, nel regime previgente, doveva necessariamente inserirsi lo *staff leasing*, il cui unico limite di carattere quantitativo (così come per la somministrazione a termine) è rappresentato dalle clausole di contingimento. L'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 è rimasto invariato. Pertanto è questa la disciplina attualmente ancora applicabile in materia di appalti di opere e di servizi.

Può essere che il legislatore abbia, di fatto, aderito alla regolazione accolta dal d.lgs. n. 276 del 2003 ed abbia ritenuto sufficienti ed efficaci le molteplici opere di sistemazione intervenute nel corso degli anni sull'istituto.

Può anche essere che il legislatore dovendo intervenire su diversi aspetti del mercato del lavoro e del rapporto di lavoro abbia definito le materie che più di altre richiedevano un intervento tempestivo, rinviando ad un momento successivo la riforma o le modificazioni di altri istituti, tra i quali il contratto di appalto, per ora rimasti invariati.

Si ritiene tuttavia più probabile che il legislatore stia attendendo di poter valutare l'impatto reale della nuova regolazione per verificare se sia necessario intervenire anche su altri ambiti. L'unica novità introdotta in materia di appalti di opere o

servizi è rappresentata dall'art. 7 del d.lgs. 23 del 2015 sulla base del quale *“Ai fini del calcolo delle indennità e dell'importo di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6”, rispettivamente indennità in caso di licenziamento illegittimo o ingiustificato e offerta di conciliazione, “l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'impresa appaltata”.*

Perciò il legislatore tiene conto dell'anzianità maturata dal lavoratore coinvolto nel cambio dell'appalto riconoscendo, dunque, un'anzianità convenzionale; ciò però solo ai fini del caso dell'indennizzo dovuto qualora allo stesso sia comminato un licenziamento illegittimo. Per ogni altro aspetto, dunque, il lavoratore coinvolto nel cambio dell'appalto pare essere equiparato ad un “nuovo” assunto, anche e soprattutto con riguardo alla disciplina in materia di licenziamenti applicabile.

La norma si rende necessaria a seguito della novità in materia di licenziamenti e di contratto a tutele crescenti; non si tratta quindi di un intervento specifico in materia di contratto di appalto, ma piuttosto dell'esigenza di coordinare i contenuti della riforma con gli istituti (anche solo parzialmente) interessati.

8. UN ESEMPIO DI TERZIARIZZAZIONE MEDIANTE APPALTO: IL CASO DELLA ITALCARNI DI CARPI.

Italcarni società cooperativa agricola (da ora in poi solo “Italcarni”) rappresenta un'importante realtà produttiva del territorio nazionale. La società fu costituita nel 1987 dalla fusione tra le società CIAM di Modena, costituita nel 1948, la quale società si occupava di acquistare bestiame suino e bovino, provvedere alla mattanza, alla lavorazione, alla trasformazione, alla confezione delle carni e alla vendita dei prodotti, con lo scopo di offrire prodotti a basso prezzo alle classi meno agiate consentendo ai consumatori, agli spacci cooperativi ed ai loro consorzi di divenire soci del sodalizio, e la società ACM di Reggio Emilia, anch'essa attiva nel settore della macellazione e della lavorazione delle carni suine.

Inizialmente Italcarni opera in forma consorziale ed è controllata da Unibon s.c.r.l., nei locali della quale avviene l'attività di macellazione in virtù di contratti d'affitto d'azienda.

L'attività di macellazione, inizialmente gestita nelle tre strutture produttive di Carpi, Brescello e Reggio Emilia, è stata successivamente concentrata nel solo

stabilimento di Brescello fino all'inaugurazione del nuovo stabilimento in Carpi, il 1 agosto 1994. Lo stabilimento di Migliarina di Carpi, in cui –tutt'oggi– è concentrata l'attività di macellazione, è stato realizzato fra il 1992 e il 1994, facendo ricorso alle tecnologie più innovative.

L'azienda nel corso degli anni ha conosciuto un forte sviluppo, sia sul piano produttivo, con l'apertura della nuova sede di Migliarina di Carpi e con l'introduzione di nuove tecnologie produttive, sia sul piano commerciale, includendo nel proprio portafoglio clienti importanti catene distributive ed i principali gruppi industriali operanti nel settore dei salumi.

Nel 1997 il sistema di imprese facenti capo a Unibon s.c.r.l. è stato coinvolto in un processo di ristrutturazione societaria. Con la prima tappa di questo processo, Unibon s.c.r.l. ha conferito il ramo d'azienda "Salumi" alla società Unibon Salumi s.c.r.l., che si occupava dell'attività di trasformazione e commercializzazione dei salumi del gruppo, attraverso i propri marchi ("Casa Modena", "Unibon" etc.).

Unibon s.c.r.l. ha poi proceduto ad una scissione totale a favore della Unicarni s.c.r.l. ed Italcarni s.c.r.l., le quali controllavano congiuntamente Unibon Salumi s.c.r.l. A seguito della scissione, Italcarni s.c.r.l. si è trasformata da consorzio cooperativo a società cooperativa di primo grado, associando direttamente i soci allevatori di suini. Da quel momento i prodotti zootecnici vengono conferiti direttamente ad Italcarni e la società, diventata cooperativa a mutualità prevalente, concretizza la propria missione sociale rivolgendosi tanto ai propri soci quanto ai clienti, ai consumatori finali ed in generale al contesto sociale ed economico del territorio in cui opera.

L'attività di Italcarni copre l'intera gamma delle lavorazioni della carne suina: macellazione, disosso, porzionatura delle carni fresche (offerte nelle diverse tipologie di tagli) e realizzazione di porzionati ed elaborati di carne.

Italcarni distribuisce i propri prodotti sia nell'ambito del territorio nazionale che all'estero; i principali canali di vendita sono l'industria (71,14%), l'ingrosso (11,20%) e la grande distribuzione (8,23%).

Attualmente lo stabilimento vanta una capacità produttiva superiore ai 780.000 capi annui.

Tuttavia la società ha recentemente affrontato un periodo di forte crisi.

I fattori che hanno concorso a determinare la situazione di sofferenza aziendale sono stati molteplici, quali, i costi legati ai contratti di lavoro e di struttura elevati e non più sostenibili da un volume di produzione in forte diminuzione e, più in generale, la crisi economica e la forte concorrenza estera. Tale situazione, in

particolare, è divenuta ancor più significativa, in conseguenza di taluni fattori di criticità esterni, quali: l'acuirsi della generalizzata crisi del settore, legata, da un lato, al calo delle vendite, ed alla conseguente perdita dei fornitori e clienti strategici, nonché alla forte stretta creditizia applicata dal sistema bancario, alle imprese che operano non solo nel settore della macellazione ma anche nei settori a monte e a valle; la forte pressione commerciale da parte di aziende europee che, operando con costi maggiormente competitivi vedono nel nostro paese un mercato molto interessante, situazione che si è ulteriormente enfatizzata con l'embargo russo applicato ad una serie di prodotti agroindustriali europei. Questi fattori hanno determinato un grave rischio squilibrio finanziario ed una situazione di assoluta insostenibilità economico-produttiva.

Sicché, la società è stata costretta ad avviare un piano di ri-organizzazione che ha preso avvio nel settembre del 2013, finalizzato a realizzare una sensibile razionalizzazione dei processi produttivi e, in particolare, una ridefinizione del *core business* aziendale.

L'azienda dapprima, constatando la strutturale eccedenza di personale pari a 93 unità lavorative (operai, impiegati e dirigenti), al fine di evitare di ricorrere allo strumento dei licenziamenti collettivi ha richiesto ed attivato la procedura di mobilità per riorganizzazione dell'attività (ai sensi e per gli effetti degli artt. 4 e 24 della l. n. 223 del 1991).

La società ha nel contempo intrapreso un'importante trattativa con l'Organizzazione di produttori e allevatori di suini (da qui in avanti OPAS), società cooperativa mantovana, la quale, interessata all'acquisizione di Italcarni, ha avanzato un piano di ristrutturazione del sito aziendale di Migliorina di Carpi che ha formato oggetto di apposito accordo sindacale ex art. 47, l. n. 428 del 1990. L'accordo prevedeva un contratto d'affitto d'azienda con OPAS; inoltre, al dichiarato fine di salvaguardare l'occupazione, in considerazione del riconosciuto stato di crisi aziendale in cui versava la società e per consentire il regolare funzionamento dell'azienda, oggetto del contratto di affitto, le parti hanno congiuntamente stabilito che il personale dipendente che sarebbe passato, senza soluzione di continuità ai sensi dell'art. 2112 cod.civ., alle dipendenze di OPAS sarebbe stato esclusivamente il personale non denunciato come esubero nella procedura di mobilità, e quindi pari a 24 unità lavorative (tutte operanti nel settore dei servizi della società). Mentre, con riguardo al personale non trasferito è stata proposta un'intesa transattiva e di conciliazione individuale in sede sindacale con riconoscimento di una somma prestabilita a titolo di incentivo all'esodo e

contestuale rinuncia all'impugnativa del licenziamento; altri lavoratori, non interessati dal trasferimento, sono stati collocati in mobilità in quanto in possesso dei requisiti per il pensionamento di anzianità o di vecchiaia.

OPAS ha altresì continuato ad applicare il c.c.n.l. in vigore per il settore alimentare delle società agricole, cancellando tuttavia il contratto aziendale perché troppo gravoso.

In seguito la società ha affidato all'esterno buona parte delle attività e dei settori prima rientranti nel ciclo produttivo, mantenendo al proprio interno esclusivamente il settore amministrativo e dei servizi.

Lo strumento prescelto per il processo di esternalizzazione è stato l'appalto di opere e servizi. La società, infatti, ha stipulato con tre differenti società cooperative contratti di appalto per lo svolgimento di attività prima integranti il *core business* aziendale in quanto, come si anticipava, gli unici lavoratori alle dirette dipendenze di OPAS sono impiegati nell'area servizi; mentre, qualsiasi altra attività è stata esternalizzata. Sicché anche l'intero settore produttivo e quindi le attività di macellazione, disosso, mondata e movimentazione delle carni, che, di fatto, costituiscono il cuore pulsante (oltre che l'oggetto sociale) della società, sono state appaltate a terzi. In particolare, gli stessi lavoratori che prima erano alle dirette dipendenze di Italcarni e che a seguito della sottoscrizione del contratto di affitto con OPAS non sono stati interessati dal trasferimento, il cui rapporto di lavoro è pertanto cessato, si sono costituiti in cooperativa ed oggi svolgono la propria attività a favore di Italcarni senza tuttavia esserne dipendenti.

Si tratta di personale altamente specializzato (soprattutto con riguardo al macello e, in particolare, ai tagli della carne). Siamo dunque in presenza di un esempio di azienda che ha esternalizzato attività integranti il core business; core business che proprio a seguito del processo di terziarizzazione è stato ridefinito.

All'interno dello stabilimento la società ha cercato, per quanto più possibile, di tenere separati e distinti i lavoratori delle diverse cooperative, evitando situazioni di promiscuità.

Il personale di ciascuna azienda è facilmente riconoscibile, in quanto a ciascuna cooperativa corrisponde un diverso colore che contraddistingue le cuffie ed i tesserini in dotazione a ciascun lavoratore. Anche gli spazi ed i percorsi sono pensati in funzione di evitare che gli addetti di una cooperativa si trovino a contatto con gli addetti di altre cooperative e con i lavoratori alle dirette dipendenze della società appaltante, anche se con riguardo ad alcuni ambienti non è possibile una divisione netta. Succede dunque che, inevitabilmente, coinvolgendo

l'appalto l'intera catena di montaggio, i lavoratori delle diverse cooperative si trovano a dividere il lavoro negli stessi spazi.

Ciascuna cooperativa ha un responsabile che interagisce con il responsabile dell'appaltante per l'organizzazione dei lavori e dei servizi.

8.1. CONSIDERAZIONI SUL CASO ITALCARNI.

Come più volte ribadito, l'impresa ricorre ai processi di esternalizzazione quali strumenti di rinnovazione e/o di ristrutturazione dell'organizzazione produttiva.

Attraverso tali processi il ciclo produttivo, prima interamente svolto all'interno dell'impresa è suddiviso in fasi e ripartito tra più soggetti, coordinati tra loro attraverso rapporti contrattuali di vario genere, sulla base del modello organizzativo dell'impresa decentrata.³⁷²

Tra i profili più rilevanti che interessano il fenomeno del decentramento produttivo vi è quello inerente l'oggetto dell'esternalizzazione,³⁷³ alla luce della circostanza che il novero delle attività che l'imprenditore può decidere di esternalizzare risulta, di fatto, *potenzialmente illimitato*. Le attività che vengono a costituire oggetto di tali processi possono, infatti, attenersi tanto la produzione di beni *accessori o strumentali* rispetto al risultato finale, quanto la prestazione dei più diversi servizi *indispensabili* al funzionamento dell'azienda.³⁷⁴

Con riguardo a queste ultime attività, il trasferimento delle stesse può interessare una molteplicità di servizi (più o meno qualificati), tutti necessari alla realizzazione del ciclo produttivo e generalmente contraddistinti, più che da particolari esigenze di carattere tecnico o e/o organizzativo ovvero dall'utilizzo di complesse attrezzature strumentali, dall'elevato grado di specializzazione tecnico-professionale dei lavoratori impiegati nei vari settori dell'impresa.³⁷⁵

Oggetto dei processi di esternalizzazione sono dunque anche le attività centrali, dalla buona realizzazione delle quali dipende il successo dell'impresa.

Tali attività, seppur indispensabile, tendenzialmente non coincidono con il *core business*, da intendere come *“l'insieme delle attività essenziali che assicurano*

³⁷² M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., p. 27; S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999, p. 130 segg.

³⁷³ R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? ...*, op. cit., p. 55.

³⁷⁴ G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, op. cit., p. 55.

³⁷⁵ *Ibidem*.

all'impresa il vantaggio competitivo".³⁷⁶ L'impresa, piuttosto conserva al proprio interno le "competenze critiche", ossia "le funzioni che svolge meglio dei concorrenti sotto il profilo sia quantitativo (a minori costi) che qualitativo (con maggiore specializzazione)", dislocando all'esterno le altre attività.³⁷⁷ Ed infatti tra le definizioni più riuscite (e citate) di *outsourcing* vi è quella dell'economista Tom Peters, il quale ha tradotto il concetto nell'espressione "Do what do best make it better and out source the rest"³⁷⁸, che rappresenta un vero e proprio invito alle imprese di concentrarsi su ciò che sono in grado di fare realmente bene, delegando le altre attività a terzi.

Non è tuttavia preclusa all'imprenditore –quanto meno in termini teorici e aprioristici, mancando un espresso divieto al riguardo– la facoltà di esternalizzare anche attività coincidenti col *core business*. Al riguardo autorevole dottrina ha osservato che il decentramento produttivo può anche intaccare "aspetti più intrinseci" del ciclo produttivo, e cioè quelle "funzioni che tradizionalmente, logisticamente e funzionalmente sono parte integrante di esso" se non "addirittura della catena di montaggio", con l'effetto che ciò che prima era ritenuto *core business*, a seguito della segmentazione del ciclo produttivo e dell'esternalizzazione delle sue attività essenziali non può più essere considerato tale.³⁷⁹

Del resto, l'individuazione e la delimitazione del *core business* rientrano nella libertà dell'imprenditore (art. 41 Cost.), il quale nella scelta circa le attività da mantenere e da espellere valuta una molteplicità di fattori, strategici ed organizzativi. Chiaro è che il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica è finalizzato al raggiungimento dell' "utilità sociale" e non può spingersi sino al punto di intaccare –anche in via mediata– quello che è il nucleo dei diritti e delle tutele fondamentali spettanti ai lavoratori e parimenti garantiti dall'ordinamento.

Nel caso di specie, la scelta imprenditoriale si inserisce in uno scenario complesso: l'impresa (originaria) è coinvolta da una situazione di forte e perdurante crisi che ne ha intaccato la stessa sopravvivenza sul mercato; altresì, alla predetta impresa, mediante contratto d'affitto, è subentrato un altro soggetto che ha provveduto ad attuare un importante processo di ristrutturazione, a seguito del quale, buona parte delle attività, sono state affidate a terzi mediante la sottoscrizione di una

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 56; anche: K. PUCCELL, *In-sourcing, out-sourcing e lavoro temporaneo*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, Milano, 1998, p. 344 e ss..

³⁷⁷ S. NAPPI, *ult. op. cit.*, p. 128.

³⁷⁸ in S. VICARI, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, p.71.

³⁷⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione ...*, *op. cit.*, p. 53.

pluralità di contratti di appalto. Peculiarità è che il processo di esternalizzazione ha fortemente interessato anche il settore tecnico-produttivo, con riguardo alle fasi del macello e del taglio delle carni, cuore della produzione e, quindi, dell'impresa. Invero, diversamente da quanto più spesso accade, anche la attività prima integranti il *core business* dell'impresa (quali: l'attività di macellazione, il disosso, la mondatura e la movimentazione delle carni, che, peraltro, costituiscono l'oggetto sociale della società) sono state esternalizzate. In pratica, le sole attività conservate attengono il settore amministrativo e dei c.d. servizi generali.

Per l'effetto di ciò, i lavoratori mantenuti in azienda e trasferiti a seguito della sottoscrizione del contratto di affitto con la società acquirente ai sensi dell'art. 2112 cod.civ., erano quelli attivi in tale settore.

Il decentramento produttivo realizzato da OPAS presenta dunque i caratteri della *terziarizzazione interna*³⁸⁰, nella quale l'attività pur esternalizzata continua ad essere svolta all'interno dei locali dell'impresa-madre. In tale contesto si assiste dunque alla compresenza (e convivenza) nel perimetro aziendale di lavoratori direttamente dipendenti dell'impresa e di altri soggetti (potremmo dire) esterni che svolgono funzioni interne e complementari, in varia misura connesse al ciclo produttivo. Peraltro è da rilevarsi che, nel caso di specie, questi ultimi, ovverossia il personale dipendente delle cooperative appaltatrici, è di gran lunga superiore rispetto al personale dipendente dell'impresa appaltante (ridotto a seguito del processo di ristrutturazione a sole 24 unità).

La situazione descritta è l'esempio, non isolato, di decentramento produttivo nei termini della massima esplicazione, in cui si assiste "*ad un processo illimitato capace di scarnificare le attività produttive*" sino a realizzare la totale espulsione anche di interi settori di attività essenziali con la conservazione da parte dell'impresa principale della "*mera gestione del marchio*" e dei "*rapporti con il mercato*", mentre "*diventano di competenza di soggetti diversi tutte le varie fasi della produzione, pur concentrate e concentrate nello spazio fisico dell'unità produttiva*".

Tale situazione non è considerata da tutti in un'ottica negativa, in quanto la stessa dottrina che poc'anzi si è citata per descrivere il fenomeno parla di "*salto di qualità*", qualora il decentramento produttivo investa anche altre attività non necessariamente periferiche rispetto al ciclo produttivo.

Tuttavia si ritiene che i profili problematici, anche con riguardo al caso di specie siano di non poco conto. Rileva, anzitutto, la scelta della società di rivolgersi, per le attività principali (tra cui la macellazione e il taglio), ad un'impresa terza (una

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 55.

società cooperativa) costituita *ad hoc* e nella quale sono confluiti i lavoratori prima dipendenti di Italcarni, che ora, di fatto, svolgono la medesima attività lavorativa, nei medesimi locali, a condizioni e garanzie differenti in quanto differente è il datore di lavoro.

Sicché, alla riorganizzazione (e riduzione) della struttura operativa non è seguita la perdita della professionalità e del *know how* aziendale, poiché l'impresa continua ad usufruire dei medesimi beni e servizi (nonché della medesima mano d'opera) che le consentono il raggiungimento del risultato utile in termini di prodotto finale, e cioè di quel vantaggio competitivo che rappresenta il fine dell'impresa per la sua sopravvivenza sul mercato; tutto ciò senza i rischi e le responsabilità derivanti dallo svolgimento diretto delle attività esternalizzate.

Vi è da chiedersi tuttavia se un tale sistema organizzativo possa effettivamente tutelare i lavoratori coinvolti e se cioè la scelta imprenditoriale rientri nei limiti imposti dallo stesso art. 41, Cost..

La giurisprudenza di legittimità per il momento pare esprimersi negativamente al riguardo, ritenendo piuttosto che *“Nell'ambito del fenomeno dell' outsourcing possono comprendersi tutte le tecniche attraverso le quali l'azienda dismette la gestione diretta di alcuni segmenti dell'attività produttiva non legata al core business”*³⁸¹, così escludendo a contrario che le stesse possano riferirsi al *core business*. Tuttavia, tale indirizzo non può dirsi consolidato, non rivendendosi altre pronunce sul tema oltre a quella citata.

Anzi proprio al fine di escludere che i processi di esternalizzazione possano coinvolgere anche attività integranti il core business, in assenza di espressi divieti o indicazioni legislative al riguardo, in alcuni casi, con riguardo a determinati settori, è intervenuta l'autonomia collettiva, con l'adozione nei contratti collettivi di clausole *ad hoc*, prevedendo vincoli per l'impresa a non esternalizzare attività *core* e individuando tali attività nello specifico. Così è per il settore dell'Industria Metalmeccanica in base al quale *“Sono esclusi dagli appalti i lavori svolti in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione proprie dell'azienda stessa, nonché quelle di manutenzione ordinaria continuativa, ad eccezione di quelle che necessariamente debbono essere svolte al di fuori dei normali turni di lavoro”*; con riguardo agli appalti continuativi svolti in azienda è inoltre precisato che questi devono *“essere limitati ai casi imposti da esigenze tecniche, organizzative, gestionali ed economiche che, su richiesta delle rappresentanze sindacali unitarie, potranno formare oggetto di verica con la Direzione”* (c.c.n.l. 5 dicembre 2012, art. 9).

³⁸¹ Cass., sez. lav., sent. 2 ottobre 2006, n. 21287, in *Orient. giur. lav.* 2006, 843.

Il modello organizzativo adottato dalla Italcarni seppur adottando schemi contrattuali già noti è sicuramente caratterizzato da tratti nuovi e peculiari.

Sebbene la scelta di appaltare le attività che costituiscono l'intera catena di montaggio, "snaturalizzando" il *core business*, e la scelta di usufruire di mano d'opera prima facente parte dell'organico ed oggi alle dipendenze delle cooperative appaltatrici siano criticabili, non v'è dubbio che tale soluzione abbia contribuito a salvare un'importante realtà aziendale dalla crisi e dal fallimento e che possa in futuro essere presa come esempio in altri casi simili.

NOTA CONCLUSIVA

Nell'ambito della presente tesi si è svolto un ampio *excursus* sulle vicende che hanno interessato il divieto di interposizione di manodopera nel nostro ordinamento.

La disciplina, seppur lentamente, è molto cambiata.

I mutamenti più radicali hanno formato oggetto degli ultimi interventi legislativi, rappresentati dalla riforma Fornero (l. n. 92 del 2012), dal decreto Poletti (d.l. n. 34 del 2014, conv. in l. n. 78 del 2014) e dal Jobs Act (l. n. 183 del 2014 e successivi decreti attuativi, in particolare d.lgs. n. 81 del 2015).

Il legislatore persegue l'obiettivo di sbloccare il mercato del lavoro, creando occupazione, motivo per cui interviene sulla somministrazione di mano d'opera, rendendola particolarmente appetibile, anche attraverso la liberalizzazione dello *staff leasing*, ma tralascia di riformare l'istituto dell'appalto di opere e servizi, di cui tuttavia una riforma sarebbe necessaria, considerando che il regime della responsabilità solidale è assai discutibile, così come attualmente disciplinato. In particolare, troppi rischi gravano in capo al committente, il quale è però sprovvisto di adeguati strumenti per controllare l'attività dell'appaltante e la gestione dei rapporti di lavoro, potendosi tutelare solo in fase di stipulazione del contratto di diritto privato con la previsione di apposite clausole che amplino i poteri di controllo dell'appaltante medesimo e che prevedano determinati oneri in capo all'appaltatore. Tali clausole chiedono però l'accordo delle parti e non sempre sono accolte di buon grado dall'impresa appaltatrice.

La riforma della somministrazione è destinata, a sua volta, ad influire anche sull'appalto di opere e servizi; se è vero infatti che tali istituti rientrano entrambe nella fase di internalizzazione dei processi produttivi, la scelta tra l'una e l'altra forma di terzizzazione dipende anche dalla minore rigidità di disciplina. E' evidente che, a seguito delle riforme, la disciplina della somministrazione di mano d'opera è caratterizzata da poche, chiare, semplici regole e che la questione più annosa affrontata nelle aule giudiziarie attinente alle causali giustificatrici è stata rimossa con la

soppressione delle condizioni di liceità di cui all'art. 20, comma 3 e 4, d.lgs. n. 276 del 2003 (ad opera del d.lgs. n. 81 del 2015). Lo stesso non si può dire per il contratto di appalto, seppure, come è stato analizzato nel caso singolare dell'Italcarni di Carpi non mancano, nel panorama italiano, situazioni nuove in cui la ristrutturazione dell'impresa è totalmente realizzata attraverso un utilizzo importante di tale strumento contrattuale.

BIBLIOGRAFIA

ALIBRANDI, *La legislazione sociale nel quadro dell'ordinamento giuridico dello Stato*, in *Prev. soc.*, 1951.

ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in Ghezzi, *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276 del 2003*, Roma, 2004.

ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi semantiche di interventi e correttivi, adesivi o discorsivi delle regole del mercato*, in *Soc. dir.*, 1990.

ALVINO, *Il regime di responsabilità degli appalti*, in *Giorn. dir. lav. rel ind.*, 2007.

ALVINO, *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, *ADL*, 1, 2004.

ANASTASI, *Esternalizzazione e rapporto di lavoro: ovvero il paradigma della complessità*, in *DL*, 2006.

ARCÀ, *Legislazione sociale*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di Orlando, Milano, 1930.

ASCARELLI, *Problemi giuridici*, tomo 1, Milano, 1959.

BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, Ristampa anastatica all'edizione del 1901*, a cura di Napoli, Milano, 2003.

BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1957.

BELLAVISTA, *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*, in *Giust. civ.*, 12, 1998.

BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965.

BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955.

BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Marco Biagi: un giurista progettuale*, a cura di Montuschi, Tiraboschi, Treu, Milano, 2003.

BONARDI, *L'insofferenza dei giudici nei confronti del divieto di interposizione: un caso in materia di cooperative di facchinaggio*, in *RIDL*, 1999, II.

BONETTI, *Ricognizione della nuova disciplina dei contratti di somministrazione a termine introdotta dalla c.d. Riforma Poletti*, in *Quaderni di Giurisprudenza del Lavoro*, Confindustria Bergamo, n. 1/2015.

BOYAVAL, *La Lutte contre le Sweating-System: le Minimum légal de Salaire. L'Exemple de l'Australasie et de l'Angleterre*, in *Journal of the Royal Statistical Society*, 1 giugno 1912, vol. 75, 7.

BUCHANAN, *Buona economia - cattivo diritto*, in *Libertà nel contratto costituzionale*, Milano, 1990.

CALABRESI, *Il futuro dell'analisi economica del diritto*, *Soc. dir.*, 1990.

CALOGERO, *Etica Giuridica Politica*, Torino, 1946.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2013

CARINCI F., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985.

CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione presentata nel corso delle Giornate di studio AIDLASS (Pisa, 7-9 giugno 2012) sul tema "Il diritto del lavoro al tempo della crisi".

CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, Milano, 2000.

CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, 2013.

CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *DL*, I, 1983.

CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959.

CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di Carinci M.T., Cester, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, diretto da Carinci F., Milano, 2004.

CHIARELLI, PIETRA, ROSOLEN, *La recente giurisprudenza in tema di somministrazione di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 2012.

CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto, le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di Curzio, Bari, 2004; anche in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 26/2004.

CIRRI, *Sull'azione degli ausiliari dell'appaltante verso il committente*, in *Giust. civ.*, I, 1990.

CLERICO, NOVARESE, RIZZELLO, *I costi di transazione: Analisi teorica e indagine empirica*, Milano, 2007.

COCCO-ORTU, *Costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in Eusebio, *Dizionario di giurisprudenza probivirale sul contratto di lavoro*, Torino, 1999.

COOTER *et al.*, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999.

COPPOLA, *Somministrazione e direttiva 2008/104/CE: il (non) adeguamento dell'ordinamento interno*, in *Lav. giur.*, 10, 2003.

CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, 2004.

CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 93/2009.

CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1966.

DE CRISTOFARO, *Il lavoro a domicilio*, Padova, 1978.

DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione «intra moenia», ovvero la fabbrica multi societaria*, in *Dir. merc. lav.*, 1999.

DE LUCA TAMAJO, *Il lavoro e il mercato*, RIDL, 1997.

DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura, I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di De Luca Tamajo, Napoli, 2002.

DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *ADL*, 1, 2005.

DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995.

DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995.

DEL PUNTA, *Il nuovo divieto di appalto di manodopera*, in *Dir. prat. lav.*, 36, 2005.

DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001.

DEL PUNTA, *La «fornitura di lavoro temporaneo» nella l. n. 196/1997*, RIDL, I, 1998.

DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro, in Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004.

DEL PUNTA, *Le molte vie del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in RIDL, I, 2008.

DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, I, 2000.

DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, ADL, 2002.

DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003.

DI NUBILA, *Questioni relative alla l. 23 ottobre 1960, n. 1369*, DL, I, 1962.

EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1975.

FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992.

- GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2010.
- GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, 18^a ed., 2012.
- GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999.
- GIUGNI, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Lavoro, leggi, contratti*, Bologna, 1989.
- GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.
- GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di Magnani e Varesi, Torino, 2005.
- GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di Magnani e Varesi, Torino, 2005.
- GUARNIERI, *La posizione dell'interposto nell'appalto di manodopera*, in RIDL, 1988.
- GUIDOTTI, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956.
- ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2000.
- ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in RIDL, 2001.
- ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999; anche in RIDL, 1999.
- ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997.
- ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Milano, 2000.
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Milano, 2003.
- LAFORGIA, *Il lavoro dignitoso, il lavoro decente e il lavoro precario*, in *Lav. giur.*, 2, 2012.
- LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999.
- LEVI SANDRI, *Istituzioni di legislazione sociale*, 9^a ed., Milano, 1966.
- LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, *Riv. dir. comm.*, I, 2000.
- LORIGA, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano.
- LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004.

LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine dalle causali specifiche alla specificazione delle ragioni specificatrici*, in ADL, 2007.

MAGNANI, *Diritto sindacale*, Torino, 2013.

MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di Magnani e Varesi, Torino, 2005.

MAGRINI, PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in Ferraro, *Sviluppo e occupazione del mercato globale*, Milano, 2004.

MALANDRINI, *Il ruolo del contratto di somministrazione di lavoro a termine all'esito del processo di implementazione del Jobs Act*, RIDL, 2013.

MARESCA, *Il problema degli appalti ancora alla ricerca di una soluzione legislativa: commento alla proposta Torelli*, in *Riv. giur. lav.*, 1975.

MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2002.

MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative contrattuali*, Milano, 1979.

MAZZONI, *Il contratto di lavoro*, Firenze, 1956.

MAZZOTTA, *Diritto del Lavoro*, Milano, 2013.

MAZZOTTA, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile*, Iudica e Zatti, 2013.

MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 4/2003.

MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.

MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985.

MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, RIDL, I, 1986.

MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, in DL, 1951.

MIRANDA, *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in *Lav. 80*, 1988.

MISCIONE, *Lo sviluppo totalizzante del Diritto del lavoro con necessità di «stop»*, in *Lav. giur.*, 1, 2014.

MOLITOR, *Il diritto del lavoro tedesco*, in DL, I, 1951.

MOMIGLIANO, *Problemi di economia e politiche delle innovazioni negli anni settanta nei paesi avanzati e in Italia*, in *Per una ristrutturazione e riconversione dell'industria italiana*, a cura di Prodi e Gobbo, Bologna, 1980.

MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, in *Lavoro: licenziamento mobbing, processo del lavoro*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2009.

NAPOLETANO, *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti*, in RGL, 1961.

NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999.

NICOLINI, *Il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e servizi (osservazioni sulla legge 29 ottobre 1960 n. 1369)*, Genova, 1961.

NICOLINI, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano, 1980.

NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive: commento alla L. 18 giugno 1998 n. 192*, Milano, 1999.

PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

PERA, *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, RIDL, II, 1998.

PERA, *Sullo Statuto dei lavoratori nelle imprese*, in DL, I, 1965.

PERLINGERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995.

PERLINGIERI, *Economia e diritto*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003.

PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, *Contr. impr.*, 2000.

PERULLI, *Subordinazione e autonomia, Il lavoro subordinato*, a cura di CARINCI, vol. XXIV, tomo II, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 2007.

PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in DL, 2004; anche in ADL, 2, 2003.

PESSI, *Lavoro, mercato, impresa, utilità sociale*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010.

PESSI, *Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro: dalla riforma Biagi alla "Legge sul welfare"*, in ADL, 2, 2008.

PESSI, *Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro: dalla riforma Biagi alla "legge sul Welfare"*, in ADL, 2, 2008.

PIETROBON, *L'errore della dottrina nel negozio giuridico*, Padova, 1963

PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1971.

PUCCELL, *In-sourcing, out-sourcing e lavoro temporaneo*, in *Dir. rel. ind.*, n. 3, Milano, 1998.

- QUADRI, *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Napoli, 2004.
- RABAUDENGO, *La separazione del lavoro dall'impresa: alcune significative novità*, in LD, 2004.
- RISPOLI, *Sviluppo dell'impresa ed analisi strategica*, Bologna, 1998.
- RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 11^a ed., Padova, 1971.
- RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, vol. XI, tomo I, Torino, 1973.
- RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015.
- RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *La grave crisi del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, XXVI, 1, 2012.
- ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995.
- ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945.
- ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999.
- ROMEI, *Somministrazione a tempo indeterminato e dintorni : le tendenze creative della giurisprudenza*, in RIDL, 1, 2011.
- ROSSI, *Diritto e Mercato. Recensione a N. Irti*, in *Riv. soc.*, 1998.
- RUBINO, IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1992.
- RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e servizi*, RTDPC, 1961.
- RULLANI, *Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell'anomalia*, in *Gruppi di imprese e nuove regole*, a cura di Zanelli, Milano, 1991.
- SACCO, *La diversità del diritto (a proposito dei problemi di problemi di unificazione)*, RDC, 2000.
- SACCONI, REBOANI, TIRABOSCHI, *La società attiva*, Venezia, 2004.
- SANTORO PASSARELLI G., *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Torino, 1997.
- SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999.
- SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici, Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, a cura di Mazzotta, Milano, 1990.
- SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.

- SCHMITT, *La tirannia dei valori*, trad. it., Roma, 1987.
- SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro (parte generale)*, Bari, 1969.
- SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, Napoli, 1967.
- SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto del lavoro tedesco*, Milano, 1961.
- SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona", n. 84/2006.
- SUPPIEJ, *Il contratto di lavoro*, in Suppiej, De Cristofaro, Cester, *Diritto del lavoro: il rapporto individuale*, Padova, 1957.
- TARUFFO, *Il processo del lavoro*, in Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, Bologna, 1995.
- TIRABOSCHI, *Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 54/2005.
- TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 2013.
- TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 155/2012.
- VALCAVI, *Brevi riflessioni sulle "decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato" dell'art. 32 del c.d. Collegato Lavoro*, in *Il collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro*, a cura di Minervini, Napoli, 2011.
- VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale*, aggiornam. 2, Torino, 2007.
- VICARI, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di De Luca Tamajo, Napoli, 2002.
- VOLPATO, *Concorrenza, imprese, strategie. Metodologia dell'analisi dei settori industriali e della formulazione delle strategie*, Bologna, 2008.
- VON MISES, *L'azione umana*, trad. it., Torino, 1959.
- ZAGREBLESKY, *"Fondata sul lavoro". La solitudine dell'art. 1*, Torino, 2013.
- ZANELLA, *Decentramento produttivo*, voce in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, vol. IV, Torino, 1989.
- ZILIO GRANDI, *I fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo dopo la riforma del mercato del lavoro*, in LD, 2-3, 2006.
- ZILIO GRANDI, *Il fenomeno delle esternalizzazioni: trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti*, online sul sito www.unibz.it.

