



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Valerio De Stefano

Subfornitura, decentramento produttivo e lavoro a progetto: affinità delle tecniche di tutela e contrasto legislativo all' "incompletezza" contrattuale.
Appunti per una ricerca.

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 106/2010



© Valerio De Stefano 2010
Università Bocconi di Milano
valerio.destefano@unibocconi.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Subfornitura, decentramento produttivo e lavoro a progetto: affinità delle tecniche di tutela e contrasto legislativo all' "incompletezza" contrattuale. Appunti per una ricerca.

**Valerio De Stefano
Università di Milano**

1. Subfornitura, decentramento produttivo e contratto di lavoro a progetto: un'ipotesi di lettura congiunta nel senso della "trasparenza" qualificata.	2
2. L'art. 69, comma 1, d. lgs. 276 del 2003, come presunzione dettata da massime d'esperienza giustificata da esigenze sistematiche.	9
3. Limiti all'ingerenza dell'impresa committente sull'organizzazione produttiva del subfornitore e divieto di interposizione.	13
4. Contratti relazionali, subfornitura e contratti di lavoro con un termine finale: una possibile chiave di lettura nel senso del contrasto legislativo all' "incompletezza" contrattuale.	22
5. Autonomia del subfornitore – da verificarsi anche già in sede di predisposizione del regolamento contrattuale – e disciplina giuslavoristica del decentramento produttivo.	31

1. Subfornitura, decentramento produttivo e contratto di lavoro a progetto: un'ipotesi di lettura congiunta nel senso della "trasparenza" qualificata.

La legge 18 giugno 1998, n. 198 impone all'interprete di confrontarsi da un punto di vista sistematico con uno dei temi classici della riflessione giuslavoristica: l'interposizione di manodopera¹.

"Con il contratto di subfornitura – secondo l'art. 1 della legge – un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso [...]"².

¹ La bibliografia sull'interposizione di manodopera è sterminata. Sulla disciplina di cui alla legge 23 ottobre 1960, n. 1369 cfr. *ex plurimis*, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Commento all'articolo 2127*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000; 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, pag. 9 e segg.; ID, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pag. 167 e segg.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. di Dir. Civile e Commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, I, vol. XXVII, t. 2, pag. 379 e segg.; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979; F. SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e di servizi*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1990, pag. 64 e segg. Sulla disciplina vigente si veda 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, 2008; 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".IT - 93/2009*; EAD., *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Padova, 2004; M. DEL CONTE, *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, pag. 311 e segg.; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, I, pag. 129 e segg.

² Sulla legge 192/1998 cfr., oltre alla bibliografia citata *passim*, G. ALPA, R. LECCESE, *La Subfornitura*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, 11, Torino, 2000; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo dei tempi migliori?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, pag. 712 e segg.; G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contratti*, 1998, pag. 409 e segg.; R. MASSARI, *La nozione legislativa di subfornitura e il mercato esperimento del tentativo di conciliazione*, in *Giur. Comm.*, 2007, 6, II, pag. 1271; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura*

La legge prospetta quindi una rilevante integrazione ("incorporazione") dell'attività di un'impresa nel ciclo produttivo di un'altra impresa, integrazione che ricorda l'articolo 3 della legge 1369 del 1960 nella parte in cui si riferiva agli appalti "da eseguirsi nell'interno delle aziende"³.

Com'è noto, dopo una prima lettura in senso "topografico" della locuzione "nell'interno", era prevalsa un'interpretazione di tipo "funzionalistico" della stessa: appalti c.d. "interni" erano quelli relativi "allo svolgimento di compiti inerenti al ciclo produttivo dell'impresa appaltatrice"⁴.

Tra tale "inerenza al ciclo produttivo" e l'integrazione "nell'ambito dell'attività economica del committente" di cui all'art. 1, l. 192/1998, sembra potersi rinvenire una forte contiguità concettuale, il che potrebbe portare ad interrogarsi sulla effettiva obsolescenza, più volte conclamata, della legge 1369⁵. Se della medesima legge era da tempo prevalsa un'interpretazione tale da avvicinarne la portata ad una disposizione, quella sulla subfornitura, simbolo della modernità della disgregazione verticale postfordista, l'eliminazione dell'obbligo solidale di committente ed appaltatore di corrispondere un trattamento non inferiore a quello spettante ai lavoratori del committente sembra più il frutto di una precisa scelta di politica legislativa che della necessità di adattare il sistema delle tutele nei fenomeni di decentramento alla modernità dei sistemi di produzione.

Significativa è poi la menzione della possibilità che i prodotti o servizi dell'impresa subfornitrice siano "destinati ad essere incorporati o comunque

e l'abuso di dipendenza economica. *Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; M. SALA CHIRI, *Subfornitura ed appalto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pag. 219 e segg.

³ Sul tema, si veda M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 491 e segg. e la bibliografia *ivi* citata.

⁴ Per una recente riaffermazione del criterio "topografico", vedi Cass. 26 giugno 1998, n. 6437, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, 847; Fra le più recenti sentenze che fanno ricorso all'assolutamente maggioritario criterio "funzionalistico", cfr. Cass. 19 marzo 2008, n. 7384, in *Guida al Diritto*, 2008, 20, pag. 53; Cass. 3 maggio 2004, n. 8350, in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè; Cass. 17 novembre 2003, n. 17400, *ibidem*. In dottrina oltre a M.T. CARINCI, *ult. loc. cit.*; cfr. L. CORAZZA, *Appalti «interni» all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 854 e segg.; M. SALA CHIRI, *op. cit.*

⁵ Sui rapporti tra l'art. 1 della l. 192 del 1998 e la legge 1369 del 1960, cfr. M. SALA CHIRI, *op. cit.*, e la bibliografia *ivi* citata. In seguito all'entrata in vigore della legge sulla subfornitura c'era chi addirittura ipotizzava un'abrogazione tacita della legge del 1960: cfr. G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano 1999, pag. 156. *Contra*, M. BIAGI, *Disciplina della subfornitura e rapporti di lavoro*, in *Guida al lavoro*, 1999, 8, pag. 14, (qui pag. 15); F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 61 e, implicitamente, M. SALA CHIRI, *op. cit.*

ad essere utilizzati [...] nella produzione di un bene complesso" da parte dell'impresa committente. La legge si riferisce qui espressamente alla produzione di un risultato "parziale", destinato ad una successiva integrazione in un bene articolato e, nella stragrande maggioranza dei casi, di più facile commerciabilità del bene "semplice" prodotto dal subfornitore. Tale integrazione è sottratta all'iniziativa del subfornitore, sia nella fase successiva all'esecuzione che nella fase "progettuale": l'incorporazione dei relativi prodotti e servizi nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso avviene, sempre secondo l'art. 1 della legge, "in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente"⁶.

Parte della dottrina civilistica ha sottolineato che la legge disegna il subfornitore non tanto come un soggetto che "orbita attorno ad un committente in una situazione di tangibile dipendenza economica", ché, altrimenti, "il fascio di rapporti da scrutinare sarebbe vistosamente più allargato": il subfornitore è piuttosto un imprenditore "*dimezzato*, perché eterodiretto sul versante dell'impegno progettuale e, quindi, sostanzialmente inglobato in un'attività produttiva che, per la parte di sua stretta competenza, è *sprovvista di individualità* (se si preferisce, *della possibilità di sbocco sul mercato*) e nel complesso, non gli pertiene"⁷.

Questa definizione dell'impresa subfornitrice apre le porte a un concetto "sminuito" di imprenditore, la cui "attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi" sembra qui destinata a non avere uno sbocco sul mercato se non per il tramite di un'organizzazione altrui, avvicinando molto la figura del subfornitore a quella del lavoratore a domicilio "tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera

⁶ Sulla c.d. "dipendenza tecnologica" del subfornitore si veda la bibliografia citata alla nota 50.

⁷ Così, R. CASO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, pag. 727. Secondo i due autori (qui pag. 722) sebbene il paradigma della l. 192/1998 sia quello della protezione del contraente debole, la realtà cui essa si riferisce "non può essere appiattita [...] su una sola delle sue anime, quella [...] della subfornitura di basso profilo. Infatti, non è detto che l'impresa subfornitrice sia di piccole o medie dimensioni come *non è detto che la stessa abbia scarso potere contrattuale*". Maggiore rilievo alla situazione di dipendenza economica del subfornitore è dato da F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 45 e segg. Grande importanza dà al compimento, da parte del subfornitore, di investimenti specifici di difficile riconversione in caso di interruzione del rapporto di subfornitura, R. MASSARI, *La nozione legislativa di subfornitura e il mercato esperimento del tentativo di conciliazione*, *op. cit.*

lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente (art. 1, l. 18 dicembre 1973, n. 877)⁸.

L'attività del lavoratore a domicilio è destinata all'integrazione nell'organizzazione produttiva dell'imprenditore in vista della produzione di un risultato che può incorporarsi in un diverso e "maggiore" bene complesso ma anche costituire il prodotto completo oggetto dell'attività dell'impresa datrice di lavoro: il prodotto dell'attività di tale lavoratore può essere dotato di una propria individualità e potrebbe quindi almeno teoricamente consentire un accesso diretto al mercato, che sembrerebbe invece precluso al subfornitore⁹.

Questi, inoltre, a differenza del lavoratore a domicilio potrebbe addirittura eseguire la propria attività nei locali dell'impresa committente, ed essere quindi soggetto (almeno potenzialmente) ad un coordinamento spazio-temporale da parte di quest'ultima.

La figura del subfornitore sembra potere essere accostata allora, più che al lavoratore a domicilio, al collaboratore coordinato e continuativo, ed in particolare al lavoratore a progetto¹⁰. Ciò in particolare nella parte in cui la legge 192/1998, come già ricordato, prevede come fisiologico che il subfornitore si obblighi a realizzare il proprio prodotto o servizio in conformità a "progetti esecutivi [...], modelli o prototipi *forniti* dall'impresa

⁸ Sulla disciplina del lavoro a domicilio si vedano, tra tutti, l'ancora fondamentale L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979 e L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000 che sottolinea la "parziale (pardon parzialissima) sovrapposibilità" della legge sulla subfornitura alla legge 877/1973. In senso differente, definendo la legge il subfornitore quale "imprenditore", F. PROSPERI, *op. cit.*, spec. pag. 64 e segg.

⁹ Sul punto si veda, *infra*, il par. 5.

¹⁰ Sul tema cfr., *ex plurimis*, L. CASTELVETRI, *La definizione di lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani.*, Padova, 2005, II, pag. 1926 e segg.; N. DI LEO, *Lavoro a progetto. Interpretazione teleologica delle norme e rassegna commentata di giurisprudenza e prassi amministrativa*, Milano, 2008; F. MARTELLONI, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *Lav. Dir.*, 2006, 2-3, pag. 229 e segg., anche per l'ampia bibliografia *ivi* citata; M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, *op. cit.*, pag. 1343 e segg.; M. PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in Id. (coordinatore), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, pag. 684 e segg.; A. PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. Dir.*, 2004, 1, pag. 87 e segg.; G. PROIA, *Lavoro coordinato e lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi.*, *op. cit.* pag. 1387 e segg.; G. SANTORO-PASSARELLI, *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 1, pag. 95 e segg.; Id., *Opinioni sul lavoro a progetto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, pag. 396 e segg.

committente". L'utilizzazione del verbo "fornire" non è casuale: non conta che tali elementi siano stati sviluppati direttamente dall'impresa committente, "quel che conta – si è detto ancora – è l'irrelevanza dell'apporto del subfornitore"¹¹; è esclusa quindi la partecipazione del subfornitore all'attività di elaborazione degli stessi.

Non appare peregrino, allora, il richiamo all'art. 61 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nella parte in cui prevede che "i progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso siano *determinati dal committente*".

La determinazione del progetto da parte del committente è uno degli strumenti attraverso il quale il *risultato della prestazione* del lavoratore a progetto viene integrato nell'organizzazione produttiva del committente: con la precisazione che non si tratta dell'ormai superato elemento dell'*Eingliederung in den Betrieb*¹², e neanche dell'atteggiarsi della prestazione lavorativa ad essere elemento costitutivo dell'organizzazione di lavoro del datore di lavoro, in quanto destinata ad essere conformata e coordinata unilateralmente dallo stesso datore in funzione del raggiungimento del risultato produttivo da questi di volta in volta individuato (*rectius* individuabile)¹³. Ed infatti il progetto di cui al citato art. 61 ha la precipua funzione di individuare una volta per tutte il risultato "in funzione" del quale il collaboratore a progetto deve eseguire la propria prestazione, sottraendo al committente il potere di variazione unilaterale della stessa prestazione e del progetto di cui essa è "funzione". Si tratta quindi di un elemento

¹¹ R. CASO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, pag. 728

¹² Su tale elemento, e sulle teorie organicistiche ad esso correlate, cfr., tra tutti, S. MAGRINI, *Lavoro, Contratto Individuale*, in *Enc. Dir.*, 1973, *ad vocem*, qui pag. 375; G.F. MANCINI, *Leggendo l' "Arbeitsrecht" di Arthur Nikisch*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, pag. 313 e segg.; L. MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, ora in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di Mario Napoli, Milano, 2004, pag. 1 e segg., qui pag. 13 e segg.; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Napoli, 1965, spec. pag. 21 e segg.

¹³ Doveroso il richiamo a M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, la cui edizione provvisoria era stata adesivamente recensita da L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. Soc.*, 1965, pag. 674 e segg.; nonché ID., *Contratto di lavoro e impresa*, *op. cit.*, spec. pag. 21 e segg. Si vedano anche, relativamente alle elaborazioni dogmatiche di questi Autori, le precisazioni teoriche di S. LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, 1993, spec. pag. 150 e segg. e F. LISO, *La mobilità del lavoro in azienda. Il quadro legale*, Milano, 1982, spec. pag. 52 e segg. Più di recente cfr. L. CASTELVETRI, *Libertà contrattuale e subordinazione*, Milano, 2001; M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2001.

fondamentale ai fini della distinzione tra coordinamento ed eterodirezione, con precisa funzione di trasparenza e di parametro di verifica dell'adempimento dell'obbligazione del lavoratore a progetto¹⁴.

Stessa funzione di trasparenza contrassegna il comma 5 dell'art. 2, l. 192/1998, ai sensi del quale "nel contratto di subfornitura devono essere specificati *i requisiti specifici del bene o del servizio* richiesti dal committente, *mediante precise indicazioni* che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso *il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune* per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, *debbono essere allegate in copia*".

Sembra pertanto trattarsi di una funzione di trasparenza *qualificata*, conseguenza della predisposizione unilaterale da parte del committente, del "progetto specifico, programma di lavoro o fase di esso" nel d. lgs. 276/2003 e dei "progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi" di cui alla l. 192/1998.

In questo senso gli obblighi di cui alle due norme ora citate sembrano potersi inscrivere alla categoria dei "doveri di avviso e chiarimento (*Anzeige*)

¹⁴ In questo senso si è significativamente affermato in giurisprudenza che il requisito del progetto obbliga le parti "a ben *focalizzare ex ante* il preciso contenuto del contratto, in modo da permettere al collaboratore di conoscere sin dall'inizio in modo dettagliato quale sia l'incarico affidatogli e operare con autonomia reale, non potendo, invece, gli stipulanti lasciare l'oggetto della prestazione generico e indeterminato, con il rischio che, poi, nell'esecuzione, per la mancata definizione dei compiti del lavoratore, gli sia domandato semplicemente di «mettere a disposizione» le proprie energie e gli siano impartiti ordini": Trib. Milano, 21 giugno 2008, in *Orient. Giur. Lav.*, 2008, 4, pag. 859 e segg. con nota adesiva sul punto di F. MARTELLONI, *La duplice finalità antielusiva del progetto nel "nuovo" lavoro coordinato*. Si veda anche ID., *Il valore sistematico*, op. cit., pag. 364 e segg.; M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit.; spec. pag. 1347 e segg.; G. PROIA, *Lavoro coordinato e lavoro a progetto*, op. cit., spec. pag. 1408 e segg.; S. LIEBMAN, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass, Parma, 4-5 giugno 2010, *Il diritto del lavoro nel sistema privatistico*, reperibile sul sito www.aidlass.it, qui pag. 17 e segg.; Per una generale distinzione tra coordinamento ed eterodirezione basata sul criterio della determinazione *ex ante* della prestazione nel primo caso e nella possibilità di specificare e modificare durante l'esecuzione del rapporto il contenuto e le modalità esecutive della stessa nel secondo caso, cfr. M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato*, Padova, 2000, spec. pag. 112-113; ID., *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione ed autonomia*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 1, pag. 1 e segg., spec. pag. 22 e segg. Si veda anche D. DE FEO, *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, pag. 647 e segg., qui. pag. 655 e segg.

e *Aufklärung*)", la cui caratteristica è "l'aver per oggetto una circostanza che può influire sulla realizzazione della causa del rapporto, o che inerisce alla stessa validità del titolo costitutivo di esso"¹⁵.

Una volta che gli elementi appena richiamati siano stati individuati dal creditore essi andranno adeguatamente comunicati all'altro contraente allo scopo di definire consensualmente la prestazione richiesta, impedendo che essa assuma un carattere di indeterminatezza tale da poter essere conformata in maniera unilaterale dallo stesso creditore nel corso dell'esecuzione del contratto.

I due menzionati obblighi di specificazione sembrano quindi distinguersi nettamente dagli obblighi imposti dall'art. 96 disp. att. cod. civ. e dal d. lgs. 26 maggio 1997, n. 152 che possono inquadrarsi tra i "doveri di informazione (*Auskunft*)", nei quali "il fatto di cui viene fornita notizia non è una circostanza atta a influire sulla realizzazione della causa del rapporto"¹⁶ ciò perché – nel contratto di lavoro subordinato – rimane comunque riservato al creditore il diritto di specificare e conformare la prestazione nella fase esecutiva del contratto, oltre che di variarla nei limiti fissati dall'art. 2103 cod. civ.

Rimarcata quindi la precisa distinzione del lavoro subordinato dal lavoro a progetto e dal contratto di subfornitura¹⁷, emerge invece un chiaro parallelismo tra questi ultimi sia nella definizione legislativa degli stessi che nelle relative tecniche di tutela.

In particolare, trattandosi di due contratti nei quali il coordinamento spazio-temporale con l'impresa committente si presenta come fisiologico (*naturalia negotii* per il primo contratto, perfettamente lecito per il secondo)

¹⁵ Così G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 158 e segg.

¹⁶ *Ibidem*; sulle disposizioni citate si veda anche, L. CASTELVETRI, *Libertà contrattuale e subordinazione*, op. cit., pag. 45 e segg.

¹⁷ La distinzione tra lavoro a progetto e subfornitura sembra invece essere rimessa al classico criterio di discrezione tra prestatore d'opera e imprenditore non piccolo: la dimensione dell'organizzazione produttiva, che non dovrà esser tale da far venir meno il carattere prevalentemente personale della prestazione del lavoratore a progetto. Non sarà necessario invece che l'organizzazione produttiva del subfornitore sia quantitativamente contenuta, posto che non è necessario – anche se frequente – che il subfornitore sia anche piccolo imprenditore. Sul controverso tema della distinzione tra contraente d'opera e piccolo imprenditore si rimanda all'ampia bibliografia dottrinale e giurisprudenziale raccolta in O. RAZZOLINI, *Commento all'art. 2222*, in *Codice Civile Commentato*, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, Milano, II ed., 2009, 3, pag. 749 e segg. Ritiene che "la differenza fondamentale con l'appalto [stia] nell'inesistenza, nel lavoro a progetto, dell'organizzazione imprenditoriale, elemento necessario per la configurazione di un contratto d'appalto", M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit., pag. 1349.

e la cui esecuzione è normalmente destinata a prolungarsi nel tempo¹⁸, risulta essenziale la specifica determinazione consensuale *ex ante* della prestazione dovuta al fine di evitare che il coordinamento necessario a integrare il risultato della prestazione nell'organizzazione imprenditoriale del committente si configuri invece come elemento tipico di altra fattispecie, lecita – quale il lavoro subordinato – o illecita, quale l'appalto di manodopera.

2. L'art. 69, comma 1, d. lgs. 276 del 2003, come presunzione dettata da massime d'esperienza giustificata da esigenze sistematiche.

Sulla base delle considerazioni appena svolte, alcune delle particolari tecniche di tutela previste in relazione ai due istituti in esame sembrano poter trovare una collocazione di sistema, tale da permettere di avanzare un'ipotesi di lettura che ne giustifichi la indubbia drasticità.

Ci si riferisce in primo luogo al controverso comma 1 dell'art. 69, d. lgs. 276/2003, – oggetto sin da prima della sua entrata in vigore di un complesso dibattito interpretativo¹⁹ – secondo il quale "i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto"²⁰.

Come è noto, considerevole parte degli interpreti ritiene che la disposizione introduca una presunzione relativa di subordinazione²¹, anche al

¹⁸ Cfr., *infra*, par. 4.

¹⁹ Per un'accurata descrizione del quale si rinvia, *ex plurimis*, a P. PICCIARIELLO, *La presunzione di lavoro a progetto ancora alla ricerca di un'identità credibile*, in *Orient. Giur. Lav.*, 2009, 3; O. RAZZOLINI, *Brevi note sull'interpretazione dell'art. 69, comma 1 d. lgs. n. 276 del 2003*, *ivi*, 2008, 3, pag. 573 e segg.

²⁰ La giurisprudenza sottolinea, in ogni caso, la necessaria specificità del progetto: si veda, *ex multis*, Trib. Milano, 12 ottobre 2007, in *Diritto e Lavoro*, 2008, pag. 145 e segg.; Trib. Piacenza, 15 febbraio 2006, in *Lav. Giur.*, 2006, pag. 885 e segg.; Trib. Torino, 5 aprile 2005, in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, pag. 235 e segg.

²¹ L. CASTELVETRI, *La definizione di lavoro a progetto*, *op. cit.*, pag. 1309 e segg.; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi.*, *op. cit.*, pag. 1454 e segg. In giurisprudenza, tra le altre, Trib. Torino, 13 aprile 2007, in *Foro It.*, 2008, I, col. 1003 e segg.; Trib. Bologna, 6 febbraio 2007, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag. 805 e segg.; Trib. Pavia, 13 febbraio 2007, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, pag. 433 e segg.; Trib. Ravenna 24 novembre 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, pag. 329 e segg.; Trib. Torino, 5 aprile 2005, *cit.*

fine di salvaguardarne la legittimità costituzionale che sarebbe in dubbio qualora la disposizione stessa dovesse interpretarsi nel senso di impedire un accertamento nei fatti che nel caso di specie il rapporto di collaborazione si sia svolto in regime di autonomia pur mancando l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso²².

A questo orientamento, suffragato anche da una nota circolare ministeriale²³, se ne è affiancato da subito un altro, volta ad un'interpretazione più restrittiva del comma in esame e maggiormente in linea con il tenore letterale dello stesso²⁴: in caso di mancata individuazione di uno specifico progetto, programma, fase, il giudice dovrebbe procedere alla riqualificazione della collaborazione quale contratto di lavoro subordinato, senza che sia possibile un'indagine fattuale volta ad accertare l'effettivo carattere autonomo del contratto di lavoro tra le parti. Tale orientamento risulta maggioritario nella giurisprudenza più recente²⁵, che giustifica l'interpretazione restrittiva dal punto di vista sostanziale e processuale²⁶, spingendosi talvolta ad individuare una funzione di sanzione nell'art. 69, comma 1²⁷.

È stato giustificatamente osservato che l'interpretazione nel senso della presunzione assoluta configurerebbe la disposizione come una sorta di *fictio iuris*, così contraddicendo quel generale movimento dottrinale e giurisprudenziale volto progressivamente a favore della presunzione *iuris tantum*²⁸.

²² Così, ad esempio Trib. Torino, 5 aprile 2005, cit. che si richiama alla nota giurisprudenza costituzionale in materia di "indisponibilità del tipo lavoro subordinato" (Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 12., in *Foro It.*, 1993, I, col. 2432 e segg.; Cort Cost., 23-31 marzo 1994, 1994, n. 155, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 297 e segg.), ma vedi, *infra*, nota 29.

²³ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Circolare 8 gennaio 2004, n. 1.

²⁴ M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit., pag. 1351; G. SANTORO PASSARELLI, *Opinioni sul lavoro a progetto*, op. cit., pag. 396 ss.

²⁵ Trib. Milano, 12 gennaio 2010, in *Orient. giur. lav.*, 2009, 3; Trib. Pisa, 21 luglio 2008, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, pag. 908, Trib. Milano, 21 giugno 2008, cit.; App. Firenze, 29 gennaio 2008, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, pag. 758; Trib. Milano, 1 febbraio 2008, in *Orient. giur. lav.*, 2008, I, pag. 306; Trib. Roma, 5 giugno 2007, in *Foro It.*, 2008, I, col. 1002; Trib. Milano 2 febbraio 2007 e 5 febbraio 2007, in *Giur. Lav.*, 2007, pag. 30.

²⁶ Trib. Milano, 21 giugno 2008, cit.

²⁷ Così Trib. Milano, 20 ottobre 2006, in *Orient. Giur. Lav.*, 2007, 2, pag. 432 e segg.; Trib. Milano, 2 febbraio 2007. In dottrina, L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *Lav. giur.*, 2004, 247 ss., spec. pag. 248 segg.

²⁸ P. PICCIARIELLO, *La presunzione di lavoro a progetto*, op. cit.; sul punto si veda V. ANDRIOLI, voce *Presunzione*, (*dir. civ. e dir. proc. Civ.*), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1967, *ad vocem*.

Pur non sottovalutando tale richiamo – che sembra cogliere maggiormente nel segno rispetto alle opinioni che denunciano l'illegittimità costituzionale della disposizione interpretata nel senso della presunzione assoluta²⁹ – non si condivide, specie in relazione alla norma in esame, l'equiparazione della presunzione *iuris et de iure* alla *fictio*.

Va infatti richiamata quell'opinione dottrinale secondo la quale queste due tecniche legislative si distinguono perché "se vi è presunzione, il legislatore attribuisce ad un fatto le conseguenze giuridiche di un altro fatto *perché*, secondo l'esperienza, il primo è indice del secondo, laddove, se vi è finzione, il legislatore attribuisce a un fatto le conseguenze di un altro *malgrado che*, secondo l'esperienza, i due fatti non abbiano nulla in comune, talché la presunzione è riconoscimento di equivalenza naturale di due ordini di fatti, laddove la finzione è attribuzione di equivalenza giuridica"³⁰.

Pertanto "*le presunzioni legali assolute hanno il proprio fondamento ed il proprio riscontro nella normale realtà*, e solamente a volte contrastano colla realtà del caso concreto [...]" mentre "*le finzioni giuridiche in senso stretto intese, non marginalmente ma pienamente contrastano colla realtà*, uguagliando un fatto astrattamente previsto ad altro sempre diverso"³¹.

²⁹ Non sembra potersi condividere in particolare il ricordato richiamo svolto da Trib. Torino, 5 aprile 2005, cit., alle sentenze in tema di "indisponibilità del tipo": come è noto si tratta di sentenze relative alla possibilità delle parti e del legislatore di escludere l'accertamento nei fatti del carattere subordinato di un contratto di lavoro e la conseguente applicazione della disciplina – costituzionalmente obbligata – di tutela del lavoro subordinato. Il medesimo vincolo costituzionale non sembra poter essere configurato per il legislatore in caso di estensione della medesima disciplina di tutela a fattispecie di confine tra lavoro autonomo e subordinato, come del resto accade con il lavoro sportivo (si veda sul punto R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, pag. 95 e segg., spec. pag. 101 e segg.). Né può dirsi violata la funzione giurisdizionale, impedendo di fatto la norma al giudice l'accertamento del carattere autonomo della prestazione: la funzione giurisdizionale è comunque soggetta alla legge ai sensi dell'art. 101 della Costituzione.

³⁰ A. DE CUPIS, *Sulla distinzione tra presunzioni legali assolute e presunzioni giuridiche*, in *Giust. Civile*, 1982, II, pag. 230 e segg. (corsivo dell'Autore). L'Autore concorda con la distinzione proposta da F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pag. 816 e propone, tra gli altri, quale esempio di presunzione assoluta, la presunzione di concepimento durante il matrimonio, di cui all'art. 232 cod. civ. e come esempio di *fictio* l'art. 1359 cod. civ. che parifica all'avveramento della condizione contrattuale il fatto che la stessa sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento. Contrario alla distinzione, invece, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 9° ed., 1957, pag. 653.

³¹ A. DE CUPIS, *op. cit.*, pag. 230 (corsivo mio).

Alla luce di questo insegnamento dottrinale e di quanto osservato *supra* non sembra poter ricondurre l'art. 69, comma 1, nella sua lettura più rigorosa, ad una *fictio iuris*. L'individuazione di un progetto, programma di lavoro o fase di esso assolve la fondamentale funzione di specificare *ex ante* i caratteri della prestazione lavorativa³² che – una volta individuati – non potranno essere modificati unilateralmente dalle parti, permettendo così di distinguere il coordinamento del lavoro a progetto dall'eterodirezione del lavoro subordinato.

La disposizione in oggetto, andrebbe quindi interpretata come una sorta di "presunzione apparente", categoria già nota alla dottrina giuslavoristica³³, dietro la quale si nasconde un principio generale mutuato dall'esperienza: quello secondo il quale chi lavora per un lasso di tempo apprezzabile in favore di un altro soggetto, senza che sia stato individuato precisamente *ex ante* il contenuto della prestazione rimettendo così tale individuazione al potere conformativo e di specificazione del creditore della stessa nella fase esecutiva del contratto è da considerarsi lavoratore subordinato³⁴.

Non si tratta pertanto di uno stravolgimento della realtà, ma dell'acquisizione nell'ordinamento di una massima d'esperienza tramutata in norma imperativa al fine di dare effettività al dichiarato intento antielusivo

³² Sembra controverso se il progetto, il programma o la fase debbano specificare il contenuto di tale prestazione, o se questi fungano da mero parametro di riferimento della stessa, come tali estrinseci all'oggetto contrattuale. La lettura delle disposizioni normative non consente di individuare una soluzione univoca. In favore della prima ipotesi è il dettato dell'art. 67, d. lgs. 276/2003, secondo il quale "i contratti di lavoro [a progetto] si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che *ne costituisce l'oggetto*". In favore della seconda ipotesi, invece, gioca la necessità che tali elementi siano "*determinati dal committente*", sembrando così gli stessi sottratti al consenso del collaboratore, il quale esprimerebbe tale consenso con riferimento alla sola prestazione *funzionalizzata* alla realizzazione del progetto (o programma o fase). In ogni caso, comunque, sembra indubitabile che questi elementi abbiano lo scopo di circoscrivere l'area dell'adempimento del lavoratore, precludendo al committente di conformare o variare unilateralmente la prestazione dello stesso in senso non coerente con le finalità del progetto, programma o fase, specificate una volta per tutte al momento della conclusione del contratto.

³³ Si veda U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967 che cita F. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, pag. 20 e segg.

³⁴ Cfr., tra gli altri, G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit., 103 e segg.; nonché ID., *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *Riv. Trim. Dir. Lav.*, 1968, pag. 1 e segg., G. VARDARO, *Tecnica, Tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. Dir.*, 1986, pag. 75 e segg.

della disciplina sul lavoro a progetto. Non sembra perciò potersi parlare di *fictio iuris*, quanto di una presunzione assoluta, strumento di tecnica legislativo distinto – secondo le convincenti argomentazioni della dottrina appena citata – dalla *fictio*, e sottratto dai dubbi di compatibilità di quest'ultima con un ordinamento giuridico moderno³⁵.

La corretta individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, insieme alla specificazione *ex ante* nel contratto di lavoro a progetto delle forme di coordinamento del lavoratore al committente risulta fondamentale a garantire l'autonomia del primo, coerentemente con la necessità di fornire un parametro di valutazione dell'adempimento di questi "in funzione del risultato"³⁶.

Si conferma così la fondamentale funzione assegnata dal legislatore al progetto in chiave antielusiva: imponendo la specificazione contrattuale del contenuto della prestazione e delle forme di coordinamento tra debitore e creditore della stessa si impedisce a quest'ultimo di conformare e dirigere unilateralmente tale prestazione in corso di esecuzione, prerogativa principe del datore di lavoro.

3. Limiti all'ingerenza dell'impresa committente sull'organizzazione produttiva del subfornitore e divieto di interposizione.

Come anticipato in precedenza, l'analisi della legge 192 del 1998 sembra permettere l'individuazione, all'interno di tale legge, di tecniche di tutela simili a quelle ora descritte in favore del lavoratore a progetto, al fine di salvaguardare un minimo di autonomia organizzativa in capo al subfornitore.

³⁵ Afferma, infatti, sempre A. DE CUPIS, *ult. loc cit*, che "mentre non sono da muoversi obiezioni alla categoria delle *presunzioni legali assolute, basate sulla normale realtà e solo marginalmente contrastanti colla realtà del caso concreto*, obiezioni sono da muoversi alla categoria delle *finzioni giuridiche, in senso stretto intese, dacché esse operano in pieno contrasto con la realtà*" (corsivo mio). Sul punto si veda anche S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, *ad vocem*.

³⁶ Deve pertanto condividersi l'opinione di M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit., pag. 1351, secondo il quale: "è improprio parlare di sanzione, o, se si vuole questa è la sanzione non tanto della mancanza di progetto, quanto del divieto di instaurare rapporti atipici, come dice la rubrica dell'art. 69. La mancanza di progetto dimostra in via inequivocabile che la prestazione continuativa di opere e servizi altro non è che lavoro [inserito strutturalmente] nell'impresa, cioè lavoro subordinato". Vedi anche F. MARTELLONI, *La duplice finalità antielusiva del progetto nel "nuovo" lavoro coordinato*, op. cit., pag. 873 e segg.

In particolare, con riferimento a quest'ultimo, il necessario rispetto delle caratteristiche progettuali e tecniche dei prodotti e servizi individuate dall'impresa committente comporterebbe – qualora questa potesse unilateralmente mutare tali caratteristiche in corso di esecuzione del contratto – un'ingerenza nell'organizzazione produttiva altrui incompatibile con l'autonomia organizzativa necessaria ad escludere il verificarsi di ipotesi interpositorie.

Va a questo punto sottolineato che esiste un contrasto interpretativo circa la "portata tipologica" della legge 192 del 1998. L'opinione dottrinale maggioritaria ritiene che tale legge non abbia introdotto un nuovo tipo contrattuale, "quanto piuttosto un complesso di disposizioni applicabili ad un insieme di contratti, quali la vendita, l'appalto, la somministrazione e il contratto d'opera, tutti non di rado caratterizzati dall'elemento della dipendenza tecnologica del soggetto che rende la prestazione caratteristica"³⁷.

Non manca tuttavia chi ritiene che il contratto di subfornitura debba essere considerato un nuovo contratto tipico. Ciò anche sulla scorta del fatto che sarebbero ricomprese in tale fattispecie anche "ipotesi di controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente, che non potrebbero essere ricondotte all'appalto se non nella modalità atipica del c.d. appalto «a regia»"³⁸.

La prospettata analogia della subfornitura con tale modalità di appalto, insieme ad altre opinioni che assimilano il subfornitore ad un "qualcosa di simile ad un *nudus minister*"³⁹ del committente non può non richiamare l'attenzione del giuslavorista.

³⁷ Così D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'Appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, IV ed., 2007, pag. 84 e segg. Cfr. G. DE NOVA, *Introduzione*, in G. DE NOVA, A. CHIESA, F. DELFINI, D. MAFFEIS, A. SALVADÈ, *La Subfornitura*, Milano, 1998, pag. 5; G. IUDICA, *La disciplina della fornitura nelle attività produttive*, op. cit., pag. 412; M. SALA CHIRI, *op. cit.*, pag. 221; in giurisprudenza cfr. Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007, in *Giur. Civ.*, 11, 2007, pag. 2900; Trib. Monza, 1 marzo 2004 in *Giur. milanese*, 2004, pag. 362. *Contra*, A. DE NICOLA, L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 1998, pag. 13 e segg. Di schema negoziale riconducibile, pur con qualche differenza, all'appalto parlano G. ALPA, R. LECCESE, *op. cit.*, pag. 196 e segg.

³⁸ Così F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 88; per la tesi della subfornitura quale nuovo contratto tipico v. anche V. FRANCESCHELLI, *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in Id. (a cura di), *Subfornitura*, Milano, 1999, qui pag. 14; C. BERTI, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Milano, 2000, pag. 79 e segg.

³⁹ In questi termini, V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pag. 12.

In giurisprudenza, si parla infatti di “appalti a regia” – al fine di individuare i confini della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del committente e dell'appaltatore – in quelle ipotesi nelle quali “l'esecuzione dei lavori [risulta] completamente sottratta all'autonomia propria dell'appaltatore, il quale si [pone] come mero esecutore di ordini del committente in una posizione non dissimile da quella di un lavoratore dipendente”⁴⁰, ed ancora qualora l'appaltatore “sia tenuto per contratto ad eseguire le istruzioni ricevute senza alcuna iniziativa o vaglio critico, perdendo perciò stesso ogni autonomia ed agendo in tal modo come *nudus minister* del committente per modo che il rapporto degrada da appalto a lavoro subordinato”⁴¹.

È del tutto evidente, pertanto, che un'assimilazione della subfornitura all'ipotesi degli appalti “a regia” si porrebbe in netto contrasto con le disposizioni che regolano il decentramento produttivo dal lato giuslavoristico.

La “degradazione” del subfornitore – quale *nudus minister* – a lavoratore subordinato dell'impresa committente non potrebbe che considerarsi illecita qualora lo stesso subfornitore impiegasse lavoratori subordinati: l'ipotesi di lavoratori dipendenti da un altro lavoratore subordinato non è in alcun modo compatibile con la disciplina di cui al d. lgs. 276 del 2003; in questo modo l'impresa committente si troverebbe nella posizione di dirigere le prestazioni di tali dipendenti attraverso l'esercizio dei poteri datoriali sul proprio lavoratore subordinato. Si verterebbe in un'ipotesi di somministrazione del lavoro esercitata da un soggetto non abilitato a tale attività, configurando in tal modo una somministrazione irregolare.

Va poi sottolineato che l'illiceità di una tale operazione economica non verrebbe meno per il sol fatto che il contratto riservi al soggetto a cui siano affidati i lavori un'autonomia organizzativa, venuta poi meno nella fase esecutiva.

Questa notazione, tipica della giurisprudenza e della dottrina civilistica⁴², può valere solo a confermare in capo a chi esegue i lavori la

⁴⁰ Così, Cass., 11 febbraio 2005, n. 4631 in *Riv. giur. edil.*, 2005, 4, pag. 1171.

⁴¹ Cass., 31 marzo 1987, in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè.

⁴² Afferma, ad esempio, Cass. 26 luglio 1999, n. 8075, in *Studium Juris*, 1999, pag. 1288, che “la responsabilità del committente può essere considerata «esclusiva» solo quando l'ingerenza sua e/o del direttore dei lavori da lui nominato, che sia *espressamente prevista in contratto*, abbiano rigidamente vincolato l'organizzazione e conduzione dei lavori da parte dell'appaltatore si da neutralizzarne completamente l'autonomia decisionale e da relegarlo nella posizione d'un *nudus minister*”. In dottrina si veda D. RUBINO, G. IUDICA, *op. cit.*, pag. 165.

responsabilità per le difformità e i vizi dell'opera di cui all'art. 1667 cod. civ., ma non certo ad escludere la violazione della disciplina sulla somministrazione di lavoro. È stato, infatti, precisato in giurisprudenza che l'interposizione di manodopera "non resta esclusa dal fatto che l'appalto sia stato conferito al titolare di un'effettiva organizzazione imprenditoriale, dotata di capitali, macchine e attrezzature, e neppure dalla stipulazione di un contratto le cui clausole contemplino l'organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, *potendo verificarsi nella fase esecutiva*, anche relativamente ad un solo segmento del complessivo servizio appaltato, la messa a disposizione del committente di uno o più dipendenti"⁴³.

Sembra pertanto che, a prescindere dalla soluzione data al quesito sull'esistenza di un contratto tipo di subfornitura o invece di una disciplina trasversale a più contratti, il subfornitore debba comunque mantenere quel minimo di autonomia organizzativa tale da escludere il verificarsi di fattispecie di mera interposizione di manodopera: la disciplina della subfornitura, insomma, non rappresenta una deroga a quanto disposto dagli artt. 20-29 del d. lgs. 276 del 2003⁴⁴.

Giova ricordare a questo proposito che il riferimento all'"appalto e al subappalto" di cui all'art. 1 della l. 1369/1960 era, pacificamente, un riferimento atecnico, non riconducibile alla nozione codicistica di appalto ma volto a sanzionare qualunque fenomeno di fornitura di manodopera, indipendentemente dalle caratteristiche causali del negozio tra interponente ed interposto⁴⁵.

In dottrina ed in giurisprudenza si è sottolineata la sostanziale continuità della disciplina attuale con quella previgente⁴⁶.

⁴³ Così Cass. 22 agosto 2003, n. 12363, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pag. 48; ma v. già Cass., Ss. Uu., 21 marzo 1997, n. 2517, in *Orient. giur. lav.*, 1997, pag. 1036.

⁴⁴ L'applicabilità della legge 1369/1960 alle fattispecie di subfornitura è stata affermata da Trib. Pisa, 20 luglio 2009, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 1 e segg.

⁴⁵ Osservava P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., pag. 421 che l'illecito poteva assumere la forma dell'appalto di servizi, ma "anche forme diverse, quale ad esempio quella del *contratto di lavoro tra interponente ed interposto*, sia esso subordinato (caso già contemplato dall'art. 2127 c.c) oppure autonomo, a cottimo o in economia, oppure quello dell'agenzia o della somministrazione di semilavorati di fatto prodotti con macchinari e *know how* dell'acquirente".

⁴⁶ Per la permanenza del generale divieto di interposizione, in giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 7 marzo 2007, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, pag. 182 e soprattutto Cass. Ss. Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag. 1011 e segg. con nota adesiva di M. T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*; v. anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di*

Del resto, anche nel quadro normativo vigente, nel quale il legislatore ha stabilito delle disposizioni sanzionatorie differenti per le fattispecie di somministrazione, appalto e distacco irregolari, la disposizione di cui all'art. 29, comma 3-*bis*, vieta "il contratto di appalto [...] stipulato in violazione di quanto disposto al comma 1", e cioè in assenza di un'organizzazione di mezzi (pur "dematerializzata"⁴⁷) e dell'assunzione del rischio di impresa.

servizi, distacco, in *Il nuovo mercato del lavoro*, op. cit., pag. 258 e segg.; F. SCARPELLI, *Art. 27, Somministrazione irregolare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, a cura di E. Gragnoli, A. Perulli, Padova, 2004, pag. 409 e segg. Anche la giurisprudenza penale si è espressa per la continuità normativa tra le due discipline, ritenute omogenee, essendosi così verificata una cd. "abrogatio sine abolitione" dell'illecito penale di cui agli art. 1 e 2, l. 1369/1960, cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 25 novembre 2004, n. 861, in *Riv. Pen.*, 2005, pag. 710 e segg.; Cass. pen., sez. III, 6 aprile 2005 in *Foro It.*, 2005, col. 577 e segg. *Contra*, l. ALVINO, *Il confine fra appalto e interposizione nel d.lgs. 276 del 2003*, in *Lav. Giur.*, 2005, 11, pag. 1046 ss.; L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto*, op. cit., pag. 11; R. ROMEI, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *Riv. Dir. Lav.*, 2005, 1, pag. 726; ID., *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, pag. 403 e segg., qui pag. 435; in alcune pronunce giurisprudenziali, l'affermazione del venir meno del divieto di interposizione rappresenta un inciso che non rileva ai fini della soluzione del caso concreto, cfr. Cass. 15 febbraio 2008, n. 3861 in *Banca Dati De Jure*; Cass. 13 novembre 2007, n. 23569 in *Guida al diritto*, 2008, 1, 38; Cass. 18 agosto 2004, n. 16146 in *Foro it.*, 2004, 1, col. 2994 e segg.; molto più significativa – anche se per le ragioni esposte nel testo, si propende per la permanenza nell'ordinamento del generale divieto di interposizione – è l'affermazione per la quale il divieto di cui all'art. 1 della legge 1369 del 1960 "non può ritenersi parte integrante dell'ordine pubblico [internazionale], perché non coinvolge principi fondamentali dell'ordinamento, come dimostra del resto l'avvenuta abrogazione della legge del 1960 ad opera del d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e successive modifiche, con cui è stata introdotta una diversa disciplina in materia di somministrazione di lavoro". Un'accurata ricostruzione del dibattito si trova in L. CORAZZA, *op. ult. cit.*, pag. 7 e segg.

⁴⁷ Ci si riferisce ovviamente al comma 1 dell'art. 29, secondo il quale l'organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore "può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto". La disposizione recepisce, come è noto, gli orientamenti giurisprudenziali relativi specialmente all'interpretazione dell'art. 1, comma 3, della l. 1369 del 1960, volti a valorizzare, soprattutto nei settori produttivi c.d. *labour intensive*, l'effettivo esercizio dell'attività organizzativa da parte dell'appaltatore rispetto alla predisposizione da parte sua di un'organizzazione di mezzi materiali. Si confronti, *ex plurimis*, Cass. 21 agosto 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, pag. 837 e segg.; Cass. 19 novembre 2003, n. 17574, in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè e la notissima Cass. Ss. Uu. 10 ottobre 1990, n. 10183 in *Foro It.*, 1992, 1, col. 524 e segg., con nota adesiva di F. SCARPELLI, *Interposizione ed appalti di servizi informatici: un interessante «obiter dictum» della Cassazione sul ruolo del «know how» di impresa*. In dottrina, sul tema della "dematerializzazione" dell'attività imprenditoriale, sia nel previgente che nel nuovo assetto normativo, cfr. tra gli altri ID., *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*; op. cit.; l. ALVINO, *Il confine tra appalto e interposizione*, op. cit.; L. CALCATERRA, *Il*

È evidente che tale disposizione si riferisce a ciò che "appalto" non è, sanzionando qualunque ipotesi nella quale si realizzi la messa a disposizione di manodopera altrui dietro lo schermo di una fittizia organizzazione imprenditoriale: ipotizzare altrimenti significherebbe prevedere l'applicazione del divieto di cui all'art. 29, comma 3, solo nei casi in cui le parti abbiano impropriamente qualificato il contratto come contratto d'appalto, rendendo la disposizione in oggetto eludibile semplicemente evitando di dare tale qualificazione.

Inoltre, se è vero che il legislatore ha diviso le disposizioni concernenti la somministrazione, l'appalto ed il distacco irregolari, è anche vero che, ai sensi dell'art. 18 del d. lgs. 276/2003, "nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'articolo 30, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti" con la stessa pena prevista per l'ipotesi della somministrazione irregolare. Il legislatore parifica sia dal punto di vista lessicale – utilizzando il termine "somministratore" per riferirsi anche all'appaltatore ed al distaccante irregolari – sia dal punto di vista della disciplina sanzionatoria, qualunque ipotesi di somministrazione irregolare di manodopera, ribadendo così l'esistenza di un generale divieto di fornitura di mera manodopera, pur se oggetto di significanti eccezioni.

Sembra quindi potersi condividere l'opinione di chi ritiene non venuto meno il generale divieto di interposizione anche nel mutato assetto normativo.

Pare allora indispensabile, al fine di escludere fenomeni di "interposizione illecita", cui ancora si riferisce il legislatore all'art. 84 d. lgs. 276/2003, che la gestione del rischio d'impresa e l'autonomia organizzativa – pur nelle forme di cui all'art. 29 del decreto 276 del 2003 – caratterizzino tutte le ipotesi di subfornitura, indipendentemente dal fatto che la stessa costituisca un tipo contrattuale autonomo o un mera modalità esecutiva di differenti figure contrattuali, cui si ricollega una determinata disciplina di legge.

divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma, in I processi di esternalizzazione., op. cit., pag. 127 e segg.; spec. pag. 156 segg.; M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit. pag. 85e segg.; L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, op. cit., spec. pag. 30 e segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, op. cit., pag. 43 e segg.; ID., *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, op. cit., pag. 175 e segg.

A ben vedere, inoltre, la negazione di una pur minima autonomia organizzativa del subfornitore e la conseguente assimilazione, esplicita o implicita, della subfornitura all'appalto "a regia" desta perplessità anche da un punto di vista strettamente civilistico. In questo schema negoziale, infatti, viene meno la responsabilità del *nudus minister* per le difformità ed i vizi dell'opera, come in generale avviene nelle ipotesi di lavoro eterodiretto⁴⁸.

Ai sensi dell'art. 5. co1, della legge 192/1998, invece, "il subfornitore ha la responsabilità del funzionamento e della qualità della parte o dell'assemblaggio da lui prodotti o del servizio fornito secondo le prescrizioni contrattuali e a regola d'arte". La responsabilità del subfornitore assume rilievo centrale nella disciplina della subfornitura, tanto che il comma 3 dell'art. 5 sancisce la nullità di ogni patto volto ad escludere tal responsabilità.

La responsabilità del subfornitore non troverebbe giustificazione laddove allo stesso non spettasse un minimo di autonomia organizzativa nella fase esecutiva del contratto e la stessa fase fosse rimessa all'eterodirezione del committente⁴⁹. Non sembra pertanto potersi condividere l'affermazione giurisprudenziale secondo la quale la dipendenza tecnologica del subfornitore⁵⁰, conseguente alla fornitura da parte del committente dei "progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche,

⁴⁸ Già nel diritto romano, infatti, "*opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptori absolvi debere*" (Labeone in D.19.2.60.3). Si veda L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967, spec. pag. 9 e 59 e segg.; G. GIUGNI, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici*, op. cit., spec. pag. 45 e segg.

⁴⁹ Rilievo simile in R. MASSARI, *op. cit.*, 1280.

⁵⁰ Sul tema della "dipendenza tecnologica" del subfornitore o della corrispondente "superiorità tecnologica" del committente, cfr. G. ALPA, R. LECCESE, *op. cit.*, pag. 195; F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 36 e segg. sottolinea che "non sussistono ragioni per ritenere che i tre diversi aspetti in cui deve manifestarsi la conformità richiesta all'opera del subfornitore debbano essere necessariamente compresenti". Tra i primi provvedimenti giurisprudenziale sul tema cfr. Trib. Taranto, (ordd.), 28 settembre 1999 e 13 ottobre 1999; Trib. Torino, 19 novembre 1999 (ord.), in *Foro It.*, 2000, I, col. 624 e segg. e le nota di A. PALMIERI, *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione della legge sulla subfornitura*, e di M. GRANIERI, *Qualche ulteriore considerazione sulla dipendenza progettuale-tecnologica del subfornitore*. Più di recente, Trib. Catania, 9 luglio 2009 (ord.), in *Foro It.*, 2009, I, 2813; Trib. Civitavecchia, 5 aprile 2006, in *Giur. Comm.*, 2007, 6, II, pag. 1269 e segg. e, anche per gli ampi riferimenti bibliografici in materia, la relativa nota di R. MASSARI, *La nozione di subfornitura*, op. cit., spec. pag. 1278 e segg. Si veda inoltre A.P. SCARSO, *Il contraente «debole»*, Torino, 2006, spec. pag. 193 e segg.

modelli o prototipi", comporti "il controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente"⁵¹.

La fornitura di tali indicazioni tecniche non fa venir meno la necessaria autonomia organizzativa del subfornitore nell'esecuzione del contratto.

Del resto è ipotesi frequente che l'appaltatore esegua l'*opus* in conformità a un progetto fornito dal committente, ipotesi da ritenersi senza dubbio lecita qualora il primo mantenga la propria autonomia organizzativa nella fase esecutiva del contratto.

Né sembra potersi concordare con l'affermazione della stessa giurisprudenza ora citata secondo la quale il subfornitore sarebbe "privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità" di tali indicazioni non potendo, pertanto, a differenza dell'appaltatore, "opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico" qualora si avvedesse che il loro rispetto porterebbe ad un risultato produttivo difettoso. In questo caso egli – come l'appaltatore cui l'appaltante abbia fornito un progetto inadeguato – sarebbe tenuto ad avvisare il committente e solo laddove lo stesso committente insista perché le indicazioni siano rispettate senza modifiche il primo sarebbe liberato da responsabilità nei confronti del committente⁵².

Se il subfornitore, pur accorgendosi di vizi delle indicazioni tecniche, non potesse neanche segnalare tali vizi al committente, non si vede come potrebbe rimanere responsabile ai sensi del citato art. 5, comma 1, della legge 192 del 1998. Semmai si potrebbe sostenere che, data la strutturale subalternità tecnologica del subfornitore, particolarmente attenuata dovrà ritenersi la relativa responsabilità qualora il vizio delle indicazioni tecniche fosse riconoscibile dal subfornitore e ciononostante lo stesso non se ne sia avveduto.

Alla luce di quanto osservato sinora, sembra necessario precisare entro quali limiti possa dispiegarsi la dipendenza tecnologica del subfornitore senza che venga violato il divieto di somministrazione irregolare di manodopera.

Sembra fondamentale, a tal fine, la disposizione di cui all'art. 6, comma 1 della legge 192/1998 che sancisce la nullità del "patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare

⁵¹ Così Trib. Catania, 9 luglio 2009 (ord.), che riprende letteralmente le considerazioni di F. PROSPERI, richiamate *supra*.

⁵² In questo senso, relativamente all'ipotesi di fornitura del progetto da parte dell'appaltante, D. RUBINO, G. IUDICA, *op. cit.*, pag. 168 e segg.

unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura". Deve condividersi a questo proposito l'opinione di chi ritiene che, alla luce di tale previsione, le modifiche "apportate, nel corso di esecuzione del rapporto, su richiesta del committente" di cui all'art. 3, comma 5, della legge, debbano fondarsi sul consenso delle parti, essendo impossibile configurare uno *ius variandi* del committente in tal senso⁵³.

La legge 192, pertanto, riserva al subfornitore una tutela rafforzata al fine di evitare l'ingerenza del committente nella fase esecutiva del contratto, posta a rischio dall'integrazione del risultato produttivo del subfornitore nell'ambito dell'attività produttiva del committente o nella produzione, da parte di quest'ultimo, di un bene complesso: una volta che si sia formato il consenso sui prodotti o servizi – individuati e descritti in maniera specifica, ai sensi del citato art. 2, comma 5, della legge – la realizzazione di questi dovrà avvenire nel rispetto dei "progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi" forniti dal committente ma a questi sarà precluso ordinare variazioni o mere modifiche durante la fase esecutiva del contratto: la possibilità del committente di ingerirsi in questa fase è minore rispetto alle ipotesi di normale appalto⁵⁴.

⁵³ F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 163, fatti salvi, come rileva lo stesso Autore, "gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura (art. 6, comma 1)".

⁵⁴ Ed infatti, la disciplina codicistica dell'appalto prevede la possibilità di controllo nella fase esecutiva (art. 1662 cod. civ.) e la possibilità di apportare variazioni al progetto, nei limiti del sesto del prezzo complessivo convenuto (art. 1661 cod. civ.). È inoltre possibile che l'appaltante, anche tramite un direttore dei lavori, impartisca istruzioni all'appaltatore durante la fase esecutiva; tale possibilità incontra tuttavia dei limiti indispensabili a salvaguardare l'autonomia organizzativa dell'appaltatore: il committente, a parità di risultati conseguibili tramite l'utilizzo di diversi procedimenti di produzione non potrà imporre all'appaltatore la scelta di quale procedimento adoperare; né potranno essere imposti "sistemi diversi da quelli che corrispondono agli usi del luogo in cui l'opera viene eseguita", se il contratto non dispone altrimenti e se gli usi consentono la realizzazione dell'*opus* a regola d'arte; l'appaltatore potrà rifiutarsi di eseguire istruzioni che, comportando gravi difetti (anche estetici) dell'opera, "comprometterebbero la sua reputazione professionale" e sarà inoltre tenuto a non dar seguito ad istruzioni che comporterebbero la violazione di diritti assoluti dei terzi o dell'ordine pubblico o di norme imperative. Resta fermo, comunque, che "una limitata ingerenza del committente è ammissibile solo nel campo strettamente tecnico (progettazione ed esecuzione dei lavori, tipo e qualità dei materiali), non in quello dell'organizzazione dell'impresa appaltatrice, della sua gestione economico-finanziaria e dei suoi rapporti col personale" Così D. RUBINO, G. IUDICA, *op. cit.*, pag. 167 e pag. 184 e segg.; cfr. anche C. GIANNATTASIO, *L'Appalto*, in *Tratt. di Dir. Civile e Commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1967, I, vol. XXIV, t. 2, pag. 150.

Il divieto di cui all'art. 6 è pertanto essenziale, come si ribadirà anche in seguito, al fine di salvaguardare l'indispensabile organizzazione autonoma della prestazione da parte del subfornitore.

4. Contratti relazionali, subfornitura e contratti di lavoro con un termine finale: una possibile chiave di lettura nel senso del contrasto legislativo all' "incompletezza" contrattuale.

Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti permettono di proporre una possibile chiave di lettura delle tecniche di tutela in caso di prestazione di attività produttiva⁵⁵.

Sembra necessario, a tale proposito, effettuare un riferimento alla figura dei cosiddetti contratti relazionali⁵⁶: si tratta, come ha evidenziato anche la dottrina giuslavoristica italiana⁵⁷, di contratti che, per il loro perdurare nel tempo, rimangono caratterizzati da un certo grado di incompletezza dovuto all'impossibilità – rappresentata dalla teoria giuseconomica come necessità di fare altrimenti fronte a costi di transazione proibitivi – di negoziare una volta per tutte le caratteristiche e la quantità di prestazioni che dovranno essere effettuate nella fase esecutiva del contratto.

Trattandosi di contratti volti a porre in essere una "cooperazione" duratura nel tempo essi descrivono solitamente con precisione gli obiettivi e gli scopi da raggiungere tramite tale cooperazione e regole generali riguardo ad esempio la rinegoziazione del prezzo ed il recesso, e sono, invece,

⁵⁵ Si richiama qui volutamente l'impostazione teorica tracciata sul tema da S. LIEBMAN, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole*, op. cit.

⁵⁶ Si veda sul punto, I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 72, 1978, n. 6, pag. 854 e segg.; ID., *The new social contract*, New Haven, 1980; e la raccolta di saggi contenuta nel numero monografico della *Northwestern University Law Review*, Vol. 94, spring 2000, che contiene alcune precisazioni dello stesso MacNeil alla luce del dibattito teorico successivo ai suoi primi interventi sul tema, *Relational contract theory: Challenges and queries*, *ivi*, pag. 877. Cfr. anche C.J. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of relational contracts*, in *Virginia Law Review*, Vol. 67, 1981, No. 6, pag. 1089 e segg.; U. Muehlberger, *Hierarchies, relational contracts and new forms of outsourcing*, 2005, disponibile su www.ssrn.com.

⁵⁷ Si deve a L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, op. cit., una compiuta analisi della teoria dei *relational contracts* ai fini del dibattito giuslavoristico italiano.

flessibili nella regolamentazione di dettaglio, come ad esempio quella relativa alla quantità specifica dell' oggetto (beni o servizi) da fornire⁵⁸.

Caratteristiche simili sono tipiche anche dei contratti di durata. Anche essi, infatti, sono spesso regolati da dichiarazioni di specificazione del dato quantitativo dell' oggetto della prestazione (si pensi all' art. 1560 cod. civ. in materia di somministrazione) che hanno una funzione appunto di mera specificazione dell' oggetto di un obbligo già insorto e che perciò sono definibili come "dichiarazioni non negoziali di volontà"⁵⁹.

Tuttavia non è possibile far coincidere la categoria dei contratti relazionali con quella dei contratti di durata. Ed infatti i contratti di durata si caratterizzano per il fatto che il valore della prestazione (o del complesso di prestazioni, per quanto riguarda i contratti ad esecuzione periodiche) e la soddisfazione dell' interesse del creditore dipendono direttamente dal tempo entro il quale la prestazione stessa viene protratta⁶⁰.

Altrettanto non può dirsi dell' appalto – tipico esempio di contratto relazionale – nel quale il decorso del tempo è una necessità operativa per la realizzazione dell' *opus*, e tuttavia il soddisfacimento dell' interesse del creditore non avviene in funzione diretta della quantità di tempo nel quale si

⁵⁸ P. IAMICELI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2004, pag. 125 e segg., qui pag. 136.

⁵⁹ V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1960. A questo proposito è interessante riportare, in quanto ben si adattano a descrivere anche situazioni tipiche che possono verificarsi nell' esecuzione dei contratti relazionali, le osservazioni di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, *ad vocem*, qui pag. 496-497: "Tutte le situazioni giuridiche, per la natura medesima dei valori pratici che il diritto assume nella propria sfera, hanno un certo grado di genericità, destinato a risolversi al momento della loro attuazione. Ma, talvolta, la impossibilità di prevedere in anticipo gli atteggiamenti che l' interesse giuridico verrà ad assumere nel corso della sua esistenza prima di giungere alla completa realizzazione, impone una definizione più accentuatamente generica della situazione giuridica, che valga a consentirle una maggiore capacità di adeguarsi alle circostanze che sull' interesse influiranno in concreto. Di qui la necessità perché l' interesse sia soddisfatto e la situazione giuridica compiutamente realizzata, di fatti ulteriori i quali, in funzione della specificazione dell' uno, producano una corrispondente determinazione dell' altra. Essi si inseriscono tra il fatto che ha prodotto la costituzione della situazione giuridica e quello che la attua, svolgendo così un ruolo di mediazione e di integrazione. Il tipo di efficacia che corrisponde a codesto ruolo non può ovviamente entrare nel quadro dell' efficacia costitutiva; per ipotesi la situazione giuridica rimane quella che era; il passaggio dal piano generico a quello specifico non fa altro che svolgerne il contenuto entro l' ambito dei suoi confini originari".

⁶⁰ Imprescindibile il riferimento a G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, I, pag. 143 e segg., ed *ivi*, 1944, I, pag. 18 e segg. ora in *Scritti giudici*, III, Padova, 1992, pag 201 e segg.

protrae la prestazione, ma, anzi, prima si realizza in quanto prima l'opus sia portato a termine. Per questo l'appalto è stato definito un *contratto ad esecuzione prolungata*⁶¹, in quanto nella stragrande maggioranza dei casi l'interesse del creditore non si può realizzare immediatamente perché è necessario un certo lasso di tempo per realizzare l'oggetto dell'obbligazione – ed in questo differenziandosi l'appalto dai contratti ad esecuzione istantanea – ma nemmeno si può iscrivere tale contratto tra i rapporti obbligatori di durata, perché il citato decorso del tempo non è funzione diretta della soddisfazione dell'interesse del creditore, ma solo una necessità pratica. Proprio perché tale necessità è meramente pratica e non giuridica, però, il carattere di contratto ad esecuzione prolungata non è indefettibile (è naturale, ma non necessario) nell'appalto, essendo così configurabili nella pratica contratti d'appalto di servizi quali contratti ad esecuzione periodica o continuativa, oltre che astrattamente ipotizzabili appalti dove la realizzazione dell'*opus* è così poco complessa da potersi definire istantanea⁶².

Caratteristica essenziale di alcuni contratti relazionali è pertanto il loro protrarsi nel tempo, senza che abbia importanza che tale protrarsi sia mera necessità pratica o invece funzione diretta del soddisfacimento dell'interesse delle parti: si deve allora escludere che i contratti relazionali coincidano necessariamente con i contratti di durata⁶³.

Nel trattare dei contratti relazionali va specificato poi che il loro carattere di incompletezza e flessibilità, oltre a manifestarsi tramite il posticipare al momento dell'esecuzione la specificazione dell'entità quantitativa della prestazione, viene realizzato anche lasciando al futuro la risoluzione delle eventuali controversie.

Ma proprio perché la risoluzione delle controversie avviene in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto si profila la possibilità che elementi extragiuridici intervengano a regolare lo svolgimento del rapporto tra le parti

Tali elementi extragiuridici sono la reputazione e soprattutto le posizioni di mercato delle parti⁶⁴.

⁶¹ D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*, op. cit., pag. 198 e segg.; C. GIANNATTASIO, *op cit.*, pag. 14.; si veda inoltre M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, pag. 1348. In giurisprudenza, Trib. Bari, 13 luglio 2006 (ord.), in *Foro It.*, 2006, I, col. 2934.

⁶² D. RUBINO, G. IUDICA, *ult. loc. cit.*

⁶³ In questo senso anche L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 81, nota 34.

⁶⁴ *Ibidem*, pag. 84.

Quanto a queste ultime un ruolo fondamentale rivestono i cosiddetti "investimenti specifici" (o "idiosincratici"): quegli investimenti, cioè, che presuppongono una relazione con la controparte stabile e duratura stante la difficile riconversione degli stessi. Proprio la difficile se non impossibile riconversione di tali investimenti incentiva fortemente chi li ha effettuati a mantenere la relazione nel tempo, esponendola al rischio di comportamenti opportunistici della controparte, specie in caso di monocommittenza⁶⁵: qualora infatti quest'ultima ponesse fine al rapporto negoziale, la parte che ha compiuto investimenti specifici o che si trovi comunque in una condizione di squilibrio contrattuale potrebbe essere esposta a gravi pregiudizi. Tale parte allora, potrebbe essere indotta ad accettare un mutamento dell'assetto negoziale a proprio svantaggio o rinunciare all'esercizio di propri diritti, pur di non veder cessare il rapporto negoziale.

La categoria dei contratti relazionali è tradizionalmente utilizzata al fine di analizzare i rapporti commerciali fra imprese. Più di recente si è proposto un utilizzo di questo modello teorico anche in relazione ai rapporti tra imprese e lavoratori⁶⁶. In particolare si è proposta una possibile spiegazione dell'altrimenti contraddittorio ricorso ad alcuni contratti di lavoro di natura temporanea alla dichiarata ricerca di flessibilità dell'organizzazione produttiva, pur essendo tali contratti caratterizzati – come specificato in seguito – da un minor grado di flessibilità, soprattutto funzionale⁶⁷: ossia la capacità dell'impresa di modificare tempestivamente i compiti del proprio

⁶⁵ *Ibidem*, pag. 85 e segg.; sul punto si veda l'ormai classico B. KLEIN, R.G. CRAWFORD, A.A. ALCHIAN, *Vertical integration, appropriable rents and the competitive contracting process*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 21, 1978., n. 2, pag. 297 e segg.; sottolinea l'importanza degli investimenti specifici anche a fini selettivi dell'applicazione della l. 192/1998, R. MASSARI, *La nozione legislativa di subfornitura*, op. cit., spec. pag. 1278 e segg. Ulteriori richiami bibliografici, tra l'altro, nella nota di G. COLANGELO, a Trib. Roma, 5 novembre 2003 (ord.), e Trib. Taranto, 17 settembre 2003 (ord.), in *Foro It.*, 2003, I, pag. 3440; in giurisprudenza, si veda Trib. Aquila, 13 dicembre 2002 (ord.), in *Foro It.*, 2003, I, col. 1275, spec. col. 1278.

⁶⁶ F. MARTELLONI, *La duplice finalità antielusiva del progetto*, op. cit., pag. 874-875; U. MUEHLBERGER, S. BERTOLINI, *The organizational governance of work relationships between employment and self-employment*, in *Socio-Economic Review*, Vol. 6, 2008, n. 3, pag. 449 e segg.; A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, pag. 221 e segg., pag. 226-227; O. RAZZOLINI, *Brevi note sull'interpretazione dell'art. 69*, op. cit.

⁶⁷ Sul punto sia consentito il rinvio a V. DE STEFANO, *Smuggling-in flexibility: temporary work contracts and the "implicit threat" mechanism. Reflections on a new European path*, WD ILO, 4/2009, disponibile su <http://labordoc.ilo.org>

personale e la struttura del processo produttivo per far fronte alle proprie contingenti esigenze produttive⁶⁸.

Richiamata in breve la teoria dei contratti relazionali si tratta ora di tentare un'applicazione della stessa con riguardo agli argomenti sin qui trattati.

Alla luce di quanto osservato nei paragrafi precedenti può dirsi che le discipline legali del contratto di lavoro a progetto ed il contratto di subfornitura si caratterizzano significativamente nel segno di un contrasto al rischio di eccessiva incompletezza del contratto, uscendo da una mera prospettiva di tutela della parte economicamente dipendente.

In questo senso si tenta di ricondurre a razionalità l'accentuato carattere relazionale di tali contratti, dato dal loro perdurare nel tempo, dalla forte integrazione del risultato produttivo della prestazione in più ampie organizzazioni di impresa, dal frequente carattere di monocommittenza e dalla possibile realizzazione di investimenti specifici di una parte. Uno dei principali modi di realizzare tale razionalizzazione è appunto l'imposizione di obblighi di specificazione *ex ante* del contenuto e delle caratteristiche della prestazione al fine di contrastare eventuali comportamenti opportunistici delle parti, resi possibili dall'incompletezza del regolamento negoziale.

La necessità che il "progetto, programma di lavoro o fase di esso" siano specifici e che nel contratto siano precisate per iscritto "le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente" nonché la prescrizione di cui al comma 5, art. 2, l. 192/1998, che obbliga le parti a specificare "i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni [...]" e il divieto di clausole che consentano ad una delle parti "la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura (art. 6, co. 1)", sembrano riconducibili alla medesima logica di specificazione necessaria, tale da impedire la possibilità, specialmente per il committente, di variare unilateralmente la prestazione stessa.

⁶⁸ Sottolineano la centralità della flessibilità funzionale così intesa, tra tutti, M.J. PIORE, C. SABEL, *Le due vie dello sviluppo industriale*, Torino, 1987. Ulteriori richiami in L. ZAPPALÀ, *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 37/2005, anche per una critica – supportata da una vasta letteratura delle scienze manageriali – della diversa flessibilità "numerica", ossia la capacità di far variare facilmente la quantità di forza lavoro impiegata dall'impresa. Si veda sul punto anche, L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Roma-Bari, 2007.

In questo senso le tutele in esame rafforzano la distinzione tra produzione interna ed esternalizzazione⁶⁹ o se si preferisce, tra gerarchia e mercato: laddove si scelga quest'ultimo viene confermata e tutelata la necessaria consensualità della variazione della prestazione⁷⁰. Si conferma cioè la centralità della produzione diretta e del quasi corrispondente ricorso al lavoro subordinato quali strumenti di acquisizione di flessibilità funzionale.

Il contrasto all'"incompletezza" negoziale può essere rinvenuto anche nelle discipline del contratto di lavoro a tempo determinato e del contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato. In questi casi – come nel caso del contratto a progetto, necessariamente temporaneo – la stessa incompletezza è rappresentata dalla possibilità delle parti di rinnovare o

⁶⁹ In questo senso, M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, op. cit., pag. 1350.

⁷⁰ Sull'alternativa tra gerarchia e mercato devono richiamarsi le considerazioni di R.H. COASE, *The nature of the firm*, in *Economica*, Vol. 4, 1937, n. 386; ID., *The problem of social costs*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 3., 1960 e di O.E. WILLIAMSON, *The economics of organizations: The transaction cost approach*, in *American Journal of Sociology*, No. 87 (November), 1981, pag. 548 e segg.; ID., *The modern corporation: Origins, evolutions, attributes*, in *Journal of Economic Literature*, No. 19 (December), 1981, pag. 1537 e segg.; ID., *The economic institutions of capitalism*, New York, 1985 da tempo note nel dibattito giuslavoristico italiano grazie ai richiami ad esse svolti da P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., spec. pag. 379 e segg.; ID., *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano 2004, pag. 6 e segg. In particolare, Williamson descrive l'alternativa tra produzione diretta ed esternalizzata come un *trade off* tra i costi di transazione necessari a procurarsi sul mercato i diversi apporti produttivi necessari all'impresa ed a procurarsi il consenso della controparte necessario a rinegoziare i contenuti di un regolamento contrattuale per far fronte ad eventuali mutamenti necessari alla propria organizzazione produttiva ed i costi di organizzazione necessari a gestire internamente la produzione, eliminando la necessità di procurarsi tale consenso tramite l'utilizzo di contratti di tipo "gerarchico", di cui il contratto di lavoro rappresenta l'ipotesi più tipica. Come ha recentemente messo in luce M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. L. Barassi e il suo dopo*, in *La nascita del diritto del lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano, 2003, pag. 349 e segg., spec. pag. 356 e segg. la caratteristica fondamentale del contratto di lavoro subordinato di mettere il datore di lavoro nella condizione di conformare ed eventualmente variare la prestazione del lavoratore senza la necessità del relativo consenso era stata evidenziata, anni prima di Coase, da L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, II. ed., 1915, pag 698 e segg. e ribadita in una diversa chiave di lettura da M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit. La dottrina più avvertita ha messo in luce che, attraverso i contratti relazionali si possa pervenire ad "un modello di organizzazione ibrido, a metà strada tra mercato e gerarchia" che permette la realizzazione di sistemi di "contractual integration", cioè di "modelli di organizzazione che consentono di sostituire ad un sistema di produzione basato sull'integrazione verticale una rete di rapporti contrattuali tra imprese distinte" (così, L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, op. cit., spec. pag. 102-106.). Vedi anche M.L. RUIZ, *Mercato o contratto?*, 2001, disponibile su <http://www.1.unipv.it/websiep/wp/058.pdf>

prorogare il contratto, che può essere fonte di comportamenti opportunistici del committente/datore di lavoro e, nel caso del lavoro somministrato, anche dell'utilizzatore. La legge prevede allora la necessità di riportare la stipulazione di tali contratti ad un'esigenza "di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Identificando specificatamente e per iscritto nel contratto tale esigenza⁷¹, il datore di lavoro e l'utilizzatore funzionalizzano⁷² il proprio *ius variandi* limitandolo fortemente: la conformazione delle prestazioni sarà possibile solo se coerente con le esigenze giustificatrici specificate contrattualmente, pena la violazione della legge e la costituzione di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con il lavoratore⁷³. Ed inoltre, l'imposizione del divieto di inferiorità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato e somministrati non rende certo il ricorso a tali figure più economico, dal punto di vista del costo diretto del lavoro, di quello al lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Le discipline che regolano i citati contratti di lavoro, autonomi o subordinati, con un termine finale pongono pertanto un forte limite alla flessibilità del rapporto di lavoro. Si tratta però di discipline di tutela il cui grado di effettività è messo fortemente a rischio soprattutto nell'immediato

⁷¹ Sulla necessaria specificità della esigenza giustificatrice del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, *ex plurimis*, App. Potenza, 20 gennaio 2008, Il *Merito*, 2008, 10, pag. 32; Trib. Milano, 9 ottobre 2006, in *Orient. Giur. Lav.*, pag. 851; in relazione alla somministrazione di lavoro, Trib. Milano 29 gennaio 2009, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 11, pag. 23; Trib. Milano, 4 luglio 2007, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, 4, pag. 1089; Trib. Milano, 10 Aprile 2007, in *Dir. Prat. Lav.*, 34, 2007, 2091; Trib. Milano, 9 Dicembre 2006, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, 1, pag. 126 (s.m.).

⁷² Di "instaurazione di un vincolo teleologico fra interesse dell'imprenditore e obbligazione lavorativa" parla S. LIEBMAN, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole*, op. cit., pag. 18. Ma vedi già A. MORONE, *Flessibilità organizzativa e autonomia contrattuale*, Milano, s.d. (ma 2008). Cfr. anche S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. N. 368 del 2001*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 115, 2007, pag. 455, qui pag. 461.

⁷³ Con riferimento alla somministrazione di lavoro, Trib. Ascoli Piceno, 24 giugno 2008, in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè, ha statuito che "la diversità delle mansioni svolte rispetto a quelle previste dal contratto di somministrazione integra l'ipotesi di somministrazione di lavoro... al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli art. 20 e 21, comma 1, lett. c), e a norma dell'art. 27 d.lg. n. 276/2003 legittima la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato - stante la nullità con il contratto stipulato, del termine ivi apposto - con l'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione"; per il contratto di lavoro a tempo determinato si veda T. Milano, 10 giugno 2008, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2008, pag. 1203, secondo la quale: "consentire che il lavoratore assunto a termine venga utilizzato per ragioni diverse da quelle indicate nella lettera di assunzione significherebbe vanificare il contenuto dell'art. 1 d.lg. 6 settembre 2001 n. 368".

svolgersi della fase esecutiva del contratto. L'utilizzo spesso improprio di questi rapporti di lavoro può comportare che i lavoratori siano restii a far valere i propri diritti, e quindi anche quello al compimento della prestazione specificata nel progetto o delle mansioni coerenti con le causali giustificatrici indicate in contratto, per timore che il committente/datore di lavoro non rinnovi o proroghi il contratto alla scadenza del termine: situazione aggravata nel nostro ordinamento dalle notorie carenze del sistema di ammortizzatori sociali.

Un utilizzo opportunistico di questi contratti potrebbe mettere in condizione di usufruire di flessibilità "extragiuridica", perché al di fuori delle ipotesi predisposte per garantire la flessibilità – soprattutto funzionale – delle organizzazioni produttive.

La facoltà di convenire un diritto di recesso *ad nutum* nel contratto a progetto e la possibilità di reiterati rinnovi e proroghe di questo contratto e dei contratti di lavoro a tempo determinato e di somministrazione a tempo determinato (la cui temporaneità si accompagna nella stragrande maggioranza dei casi alla temporaneità del contratto di lavoro subordinato tra lavoratore ed agenzia di somministrazione) aprono la porta a fenomeni di abuso tali da poter vanificare le tutele legali apprestate dall'ordinamento nei confronti dei lavoratori essendo la durata complessiva della relazione contrattuale sostanzialmente rimessa, alla prova dei fatti, all'arbitrio della controparte⁷⁴.

Dal punto di vista dell'effettività, maggiore attenzione sembra essere stata prestata dal legislatore nei casi di contratti "asimmetrici" tra imprese: in particolare tramite il divieto di abuso di dipendenza economica (art. 9, l.192/1998)⁷⁵, specie nelle forme tipiche del "rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, [della] *imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose* o discriminatorie, [della] *interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto*". Quest'ultima ipotesi non sembra poter essere limitata al solo recesso⁷⁶, ma alla luce di quanto osservato sinora, potrebbe essere

⁷⁴ Ci si permette nuovamente il rinvio a V. DE STEFANO, *Smuggling-in flexibility: temporary work contracts and the "implicit threat" mechanism.*, op. cit., spec. pag. 14 e segg.

⁷⁵ Per la bibliografia su tale tema si veda, da ultimo, G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti di impresa*, in *Contratto e impresa*, 2008, pag. 1331 e segg.; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, in corso di pubblicazione in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, Torino. Cfr. anche F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica.*, spec. pag. 267 e segg.; A.P. SCARSO, *Il contraente «debole»*, op. cit., spec. pag. 196 e segg.

⁷⁶ In questo senso, F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 287 e segg.

intesa quale divieto di qualunque interruzione dei rapporti commerciali, anche nella forma del mancato rinnovo o proroga di rapporti contrattuali a tempo determinato, specie nel caso in cui la controparte abbia affrontato rilevanti investimenti specifici⁷⁷. L'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, potrebbe inoltre essere ravvisata nell'imposizione di mutamenti delle caratteristiche tecniche dei prodotti e servizi specificate in contratto ai sensi dell'art. 2, comma 5, al fine di evitare una sostanziale elusione del divieto di variazione unilaterale di cui all'art. 6, comma 1 della legge.

Soprattutto in caso di lavoro a progetto e di somministrazione di lavoro a tempo determinato, non soggette per il momento a discipline legislative volte ad evitare la abusiva reiterazione di tali rapporti, i rischi derivanti da tale abusiva reiterazione sono molto significativi⁷⁸. Né è pensabile un'applicazione analogica dell'art. 9, l. 192/1998 in tali casi: lavoratori a progetto e lavoratori somministrati ne sono esclusi, perché a prescindere da quale posizione si assuma nel dibattito sul controverso ambito applicativo dell'art. 9⁷⁹, la lettera della norma è chiara nel senso che

⁷⁷ Emblematico è in questo senso l'art. 3 della legge 129 del 2004 che proprio a tutela dell'affiliato nel contratto di franchising, stabilisce che: "qualora il contratto sia a tempo indeterminato l'affiliante dovrà comunque garantire una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni". Limiti al recesso dal contratto a tempo indeterminato e obblighi di preavviso in caso di mancato rinnovo del contratto a tempo determinato sono previsti anche dal Regolamento CE n. 1400/2002 (e dal precedente regolamento CE n. 1475/1995), in tema di distribuzione automobilistica integrata.

⁷⁸ Come è noto, gli art. 4 e 5 del d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368, impongono limiti al rinnovo ed alla proroga dei contratti di lavoro a tempo determinato, in attuazione dell'obbligo disposto dalla Direttiva 1999/70/CE di predisporre misure di "prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato": deve però osservarsi che il limite complessivo di 36 mesi introdotto dall'art. 5, co. 4-bis, del citato decreto legislativo non sembra idoneo a prevenire i possibili abusi descritti nel testo. L'art. 22, d. lgs. 276/2003, esclude che la disciplina in tema di limiti al rinnovo dei contratti a termine si applichi al contratto di somministrazione: sul punto, però, si segnala che la recente Direttiva 104/2008/CE in tema di "contratto di lavoro tramite agenzia" prevede l'obbligo degli Stati Membri di prevedere misure atte a "prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni" della Direttiva stessa.

⁷⁹ La giurisprudenza è infatti divisa sulla possibilità di applicare l'art. 9 anche a rapporti tra imprese non soggetti alla disciplina sulla subfornitura: in senso positivo, da ultimo Trib. Catania, 9 luglio 2009 (ord.), cit., T. Trieste, 20 settembre 2006 (ord.), in *Giur. It.*, 2007, luglio, pag. 1737; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, *Giur. Merito*, 2006, 10, pag. 2149 e segg.; Trib. Bari, 22 ottobre 2004 (ord.), in *Danno e responsabilità*, 7, 2005, pag. 750; Trib. Catania, 5 gennaio 2004 (ord.), in *Foro It.*, 2004, I, col. 262; *contra* Trib. Taranto, *ibidem*; Trib. Bari, *ivi*, 2002, I, col. 3208; asserisce l'applicabilità della disciplina sull'abuso di dipendenza economica ai soli

lo stesso si applichi solo ai rapporti tra imprese. Quanto alla possibile applicazione a favore del somministratore di lavoro, sembra impensabile che un'agenzia di somministrazione sia economicamente dipendente di un proprio cliente utilizzatore.

5. Autonomia del subfornitore – da verificarsi anche già in sede di predisposizione del regolamento contrattuale – e disciplina giuslavoristica del decentramento produttivo.

Per concludere queste considerazioni ritornando ad occuparci del tema dal quale si era partiti, e cioè i rapporti tra disciplina della subfornitura e divieto di interposizione, è necessario affrontare, da ultimo, alcune ulteriori questioni interpretative relative all'ineliminabile autonomia organizzativa del subfornitore.

In particolare ci si deve riferire a quell'orientamento interpretativo che ravvisa l'autonomia organizzativa solo qualora sussista "una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un *risultato produttivo autonomo*" rispetto a quello dell'impresa committente⁸⁰.

Perché possa escludersi un'interposizione illecita è necessario quindi che tra l'organizzazione del committente ed i lavoratori dell'appaltatore sussista un effettivo "diaframma" rappresentato dall'organizzazione produttiva di quest'ultimo, anche nelle forme "dematerializzate" di cui all'art. 29, d. lgs. 276/2003. Non basterà tuttavia che l'appaltatore sia staticamente dotato di un complesso di beni e rapporti organizzati, sarà invece indispensabile che questi – e quindi, alla luce di quanto osservato sopra, il subfornitore in generale – gestisca dinamicamente la propria organizzazione

contratti che realizzano un'integrazione verticale tra differenti imprese, Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Foro It.*, 2008, I, col. 2326. L'orientamento dottrinale maggioritario è per l'estensione dell'applicazione dell'art. 9: si vedano i richiami in R. MASSARI, *op. cit.*

⁸⁰ In particolare si afferma che: "il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro [...] opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore/datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo". Cfr., da ultimo, Cass. 17 febbraio 2010, n. 3681 in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè; Cass. 9 marzo 2009, n. 5648, in *Dir. Rel Ind.*, 2009, pag. 735; Trib. Pisa, 10 luglio 2009, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 1 e segg., qui pag. 6-7; Trib. Pisa, 20 luglio 2009, cit., qui pag. 12-13; Cass. 19 luglio 2007, n. 16016 in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè.

al fine di conseguire un risultato produttivo autonomo rispetto a quello dell'impresa committente.

È quindi da verificare cosa debba intendersi per autonomia del risultato produttivo; a tal fine pare utile fare riferimento ad un altro istituto fondamentale per l'analisi dei fenomeni di decentramento produttivo: il trasferimento di ramo d'azienda.

Perché esista l'autonomia funzionale del ramo d'azienda è infatti necessario, si è affermato in giurisprudenza, che lo stesso si configuri come "un'organizzazione quale legame funzionale che renda le attività dei lavoratori interagenti e *capaci di tradursi in beni o servizi determinati*"⁸¹.

Sembra allora potersi condividere quell'opinione dottrinale che ravvisa un legame tra la disciplina giuslavoristica degli appalti e il trasferimento di ramo d'azienda⁸², né sembra improprio il congiunto esame delle due fattispecie ai fini dell'analisi dell'istituto della subfornitura posto che frequente è l'ipotesi che il trasferimento di ramo d'azienda funga da preludio alla stipulazione di un successivo contratto di subfornitura tra cedente e cessionario; in particolare, l'elemento comune tra le due discipline ora citate sembra essere la necessaria sussistenza di un'organizzazione di beni e rapporti giuridici finalizzata alla realizzazione di un risultato produttivo autonomo, da quello dell'impresa committente nel caso dell'appalto, e da quello dell'azienda cessionaria nell'ipotesi di cui all'art. 2112, comma 5, cod. civ.

Lo stesso autore appena citato afferma che l'autonomia funzionale del ramo d'azienda "può essere ravvisata nella capacità di tale [ramo] di produrre in modo *autosufficiente* un risultato che viene utilizzato all'interno dell'azienda per la realizzazione del prodotto o servizio finale, *ma che all'esterno, cioè nel mercato, è anche suscettibile di valutazione economica considerato in sé stesso*"⁸³.

Risulta pertanto delicatissimo il problema di configurare questa autonomia *sul mercato* nel caso della subfornitura, dove i prodotti o servizi

⁸¹ Cass. 8 giugno 2009, n. 13171, in *Il civilista*, 2010, 1, pag. 81. Accentuano la rilevanza dell'elemento organizzativo nella configurazione del ramo d'azienda, da ultime, Cass., 9 ottobre 2009, n. 21481 in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè; Cass., 1 febbraio 2008, n. 2489 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2, 149; Cass. 8 agosto 2007, n. 17434, *ivi*, 2007, 7-8

⁸² A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, volume tematico di *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza. Quad. Dir. Lav.*, 2004, 2, pag. 87 e segg.

⁸³ *Ibidem*, pag 98.

realizzati dal subfornitore sono "destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso", specialmente se si richiama nuovamente quell'opinione espressa da alcuni commentatori della legge 192/1998 secondo la quale l'attività dell'impresa subfornitrice sia da considerarsi "sprovvisa di individualità (o se si preferisce, di uno sbocco sul mercato)"⁸⁴.

Sembra quindi necessario fornire un'interpretazione che concili i principi relativi all'interposizione di manodopera con la disciplina di cui alla legge n. 192/1998. Ad avviso di chi scrive non potrà farsi riferimento al criterio della frode alla legge⁸⁵: non potranno cioè considerarsi fattispecie interpositorie illecite esclusivamente quelle nelle quali il contratto di subfornitura sia volto ad eludere la normativa a tutela dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione del contratto⁸⁶.

Ciò innanzitutto perché sarebbe difficile definire l'elusione in un contesto normativo che non prevede più il diritto dei lavoratori coinvolti nei fenomeni di decentramento "ad alta integrazione" alla non inferiorità di trattamento rispetto ai dipendenti dell'impresa committente. In secondo luogo perché il legislatore ha definito e disciplinato separatamente i fenomeni di somministrazione di lavoro fraudolenta dai fenomeni di somministrazione irregolare, configurando quest'ultima come illecita anche in assenza di uno specifico intento di frode.

Una possibile proposta interpretativa potrebbe essere allora quella di verificare l'autonomia del subfornitore non solo nella fase di esecuzione del contratto, ma anche nel momento genetico dello stesso. La stessa legge

⁸⁴ È la già richiamata notazione di R. CASO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, pag. 727; sottolinea più volte l'assenza di accesso diretto al mercato del subfornitore, R. MASSARI, *op. cit.*, spec. pag., 1272, 1274 e 1283. La questione si fa solo più delicata quando ci si trovi di fronte a situazioni nelle quali il subfornitore agisca in una situazione di monocommittenza, posto che secondo la giurisprudenza non conta – per escludere l'illiceità dell'appalto – che l'appaltatore sia meramente titolare di una più vasta organizzazione imprenditoriale, tale da consentirgli di stipulare contemporaneamente contratti d'appalto con una pluralità di committenti: ciò che rileva è invece che il singolo contratto di appalto sia volto all'effettiva produzione da parte dell'appaltatore, di un risultato produttivo autonomo da quello dell'impresa committente; cfr. Cass. 15 febbraio 2008, n. 3861 in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè; Cass. 18 agosto 2004, n. 16146 in *Foro It.*, 2004, I, col. 2994 e segg.; Cass. 12 marzo 1996, n. 2014, in *Dir. Prat. Lav.*, 1996, 34, pag. 2460 e segg.

⁸⁵ In questo senso, F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 62.

⁸⁶ Dottrina e giurisprudenza assolutamente maggioritarie da tempo escludono la rilevanza dell'elemento fraudolento perché si realizzi una interposizione illecita: si veda la bibliografia citata in P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, pag. 415 e segg.

192/1998 ha particolare cura di tale momento genetico, prevedendo in proposito una nutrita serie di norme imperative e di clausole nulle.

Il sostanziale rispetto di tali disposizioni normative dovrebbe aver rilievo anche con riguardo alla valutazione della liceità del contratto di subfornitura ai sensi della disciplina relativa all'interposizione di manodopera.

In particolare dovrà valorizzarsi la adeguata specificazione contrattuale dei beni o servizi da produrre che, insieme al divieto di variazione unilaterale delle caratteristiche degli stessi, sembra indispensabile affinché attraverso la fornitura non si realizzino operazioni economiche pericolosamente simili ai vecchi contratti di *Meisterverkvertrag* o di cottimo collettivo⁸⁷. Dovrà quindi essere possibile, già in sede di predisposizione del regolamento contrattuale, l'individuazione di uno specifico risultato produttivo autonomo rispetto a quello dell'impresa del committente, pur se destinato all'integrazione nell'attività economica della stessa o in un bene più articolato.

Andrà poi verificata la presenza di un quantomeno potenziale "sbocco sul mercato": dovrà in questo senso considerarsi "la possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti", di cui all'art. 9 della legge, in caso di interruzione del contratto di subfornitura.

A tal fine, laddove siano stati effettuati investimenti specifici da parte del subfornitore, che rendano particolarmente elevati i costi di riconversione, assumerà particolare rilievo la disposizione di cui all'articolo 6 comma secondo, che impone nei contratti ad esecuzione continuata e periodica, il necessario rispetto di un congruo preavviso.

Laddove tali disposizioni a tutela del subfornitore siano violate, sia nella fase genetica che nella fase esecutiva del contratto, particolarmente meticolosa dovrà essere l'analisi circa la sussistenza di una residua autonomia organizzativa dello stesso, tale da escludere il verificarsi di fenomeni interpositori.

Ci si rende conto che una simile interpretazione è semplicemente volta ad evitare tali fenomeni e non scongiura certo tutti i rischi di possibile pregiudizio per i dipendenti dell'impresa subfornitrice derivanti dalla subalternità di questa all'impresa committente⁸⁸. Per affrontare tali rischi,

⁸⁷ Si veda sul punto, G. GIUGNI, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, op. cit.; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, op. cit., spec. pag. 19 e segg.

⁸⁸ Per una compiuta riflessione sul punto, anche in termini di tecniche di tutela, cfr. L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, op. cit.

sarebbe forse da ripensare l'eliminazione del divieto di inferiorità di trattamento previsto dall'abrogata l. 1369/1960, ripristinando lo stesso – ovviamente in sede legislativa, essendo impossibile raggiungere tale risultato in via interpretativa – nei fenomeni di decentramento integrato, di cui la subfornitura costituisce un'ipotesi fondamentale.