



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA  
"TOR VERGATA"**

Facoltà di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in  
Autonomia individuale e Autonomia collettiva

XXI CICLO

LA FRODE ALLA LEGGE NEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO E  
BRASILIANO

Maria Rosaria Barbato

A.A. 2008/2009

Docente guida/Tutor: Chiar.mo Prof. Giancarlo Perone

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Paolo Papanti Pelletier



# INDICE

<b>PREFAZIONE</b> .....	<b>5</b>
1. PRESENTAZIONE DELLA RICERCA.....	7
2. ... E LIMITI.....	11
<b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>12</b>
<b>CAPITOLO I</b>	
<b>EVOLUZIONE DELLE TEORIE SULLA FRODE DAL DIRITTO ROMANO ALLE TEORIE CONTEMPORANEE</b> .....	<b>17</b>
1 .L'ASSENZA NEL DIRITTO BRASILIANO DI UNA TEORIA DELLA FRODE .....	17
2. LA FRODE ALLA LEGGE NEL DIRITTO ROMANO .....	18
3. (SEGUE) NEL DIRITTO INTERMEDIO .....	24
4. (SEGUE) NEL DIRITTO MODERNO .....	25
5. TEORIE TRADIZIONALI: TEORIA OGGETTIVA E TEORIA SOGGETTIVA .....	27
6. LA TEORIA DEL COLLEGAMENTO NEGOZIALE .....	31
7. ORIENTAMENTI RECENTI .....	33
<b>CAPITOLO II</b>	
<b>IL CONCETTO DI FRODE ALLA LEGGE NEL CODICE CIVILE ITALIANO E NEL CODIGO CIVIL BRASILEIRO</b> .....	<b>38</b>
1. LA FRODE ALLA LEGGE NEL CODICE CIVILE ITALIANO .....	38
1.1 <i>Le sanzioni</i> .....	40
1.2 <i>Negozi affini alla frode alla legge</i> .....	42
a) Il negozio indiretto.....	42
b) L'interposizione reale di persona .....	43
c) La simulazione.....	45
2. LA FRODE ALLA LEGGE NEL CODICE CIVILE BRASILIANO .....	48
2.1. <i>Uno sguardo al tema dell'invalidità dei negozi giuridici nel Nuovo Codice Civile         Brasiliano</i> .....	49
a) Nullità .....	51
b) Annullabilità .....	55
2.2 <i>Altre tipologie di frode: la frode pauliana e la frode all'esecuzione</i> .....	56
2.3 <i>Negozi affini: la simulazione</i> .....	58
<b>CAPITOLO III</b>	
<b>LA FRODE NEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO</b> .....	<b>61</b>
1. GENERALITÀ .....	61
2. SCENARIO E TENDENZE DEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO .....	63
3. IL PROBLEMA GENERALE DELL'INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA .....	64
3.1 <i>Il divieto di cottimo collettivo</i> .....	70
3.2 <i>La legge 23 ottobre 1960, n. 1369</i> .....	72
3.3 <i>Le sanzioni</i> .....	78
3.4 <i>Il D. Lgs. 276 del 2003: abrogazione del divieto di interposizione,         esigenze di flessibilità e ratio della normativa evolutiva</i> .....	80
4. COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO .....	82

4.1 <i>L'interpretazione precedente al D.Lgs. 276/2003 sulla ammissibilità della fornitura di manodopera ad opera di società cooperative e riflessi sulla disciplina odierna</i> .....	83
5. COMANDO O DISTACCO .....	86
5.1 <i>Distacco e interposizione vietata</i> .....	89
5.2 <i>Il problema dei gruppi societari</i> .....	98
6. IL LAVORO A DOMICILIO .....	101
7. IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA .....	106
8. IL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO .....	110
9. FRODE E SANZIONE .....	113

## **CAPITOLO IV**

### **LA FRODE NEL DIRITTO DEL LAVORO BRASILIANO ..... 117**

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE .....	117
2. LO SCENARIO BRASILIANO: EVOLUZIONE DEI SISTEMI DI PRODUZIONE, CONTESTO POLITICO E RIFLESSI NEL DIRITTO DEL LAVORO .....	118
3. FLESSIBILIZZAZIONE DELLE NORME GIUSLAVORISTICHE .....	125
4. UNO SGUARDO ALLA FORMAZIONE DEL VINCOLO DI LAVORO SUBORDINATO .....	136
4.1 <i>La caratterizzazione del "rapporto di impiego" in Brasile</i> .....	137
5. LA NULLITÀ COME CONSEGUENZA DELLA VIOLAZIONE DI LEGGE E DELLA FRODE .....	142
6. LA "TERZIARIZZAZIONE" DEI CONTRATTI DI LAVORO .....	144
7. IL LAVORO IN COOPERATIVA .....	152
8. IL FENOMENO DELLA CONTRATTAZIONE DI LAVORATORE PERSONA GIURIDICA.....	156
9. IL CONTRATTO DI STAGE .....	159
10. IL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO .....	164

### **CONCLUSIONI..... 168**

### **BIBLIOGRAFIA ..... 172**

## Prefazione

Il presente lavoro si propone di analizzare gli ordinamenti italiano e brasiliano in relazione al problema della frode alla legge, partendo dalla nozione civilistica di frode, passando per le teorie correlate e pervenendo alle applicazioni dell'istituto in ambito lavoristico. L'idea è nata da un mio viaggio in Brasile, conseguenza della fortunata coincidenza di aver conosciuto nell'ambito delle attività accademiche italiane, vari operatori del diritto brasiliano.

Ciò mi ha permesso di soddisfare la mia innata curiosità affacciandomi timidamente e silenziosamente, al mondo giuridico brasiliano, assistendo ad udienze in tribunale, e partecipando a svariate attività.

Non ho saputo resistere al "fascino" del *jeitinho*<sup>1</sup> *brasileiro*, espressione notoriamente e frequentemente usata in Brasile per indicare la raffinata capacità di aggirare gli ostacoli, utilizzata in ogni ambito e circostanza: pur consapevole delle difficoltà cui sarei andata incontro ho ritenuto interessante, in ciò supportata dai miei maestri, trasformare questo studio in una ricerca che cammina sul doppio canale dell'ordinamento italiano e di quello brasiliano.

Armata di buona volontà e di una soddisfacente dose di entusiasmo, mi sono recata nuovamente in Brasile, questa volta con un obiettivo da raggiungere, dove sono rimasta oltre un anno.

Ed invero, al di là della circostanza di cimentarmi in un lavoro di diritto comparato, i miei nemici maggiori sono stati l'assoluta ignoranza originaria della lingua portoghese nonché

---

<sup>1</sup> "Jeitinho" letteralmente significa "barcamenarsi", ovvero "trovare il modo".

del sistema giuridico brasiliano. Problemi di non scarsa rilevanza, se ad essi si aggiunge l'esiguità dei testi in lingua italiana sul diritto brasiliano e specificamente sull'argomento oggetto di questo studio. Pertanto oltre a dover apprendere rapidamente la lingua mi si è imposta la necessità di conoscere, quantomeno nelle linee essenziali, il sistema e le strutture giuridiche brasiliane, presupposto necessario per la comprensione dei testi giuridici portoghesi cui approcciavo. Con conseguenti difficoltà di varia natura derivanti dalla lingua e dal diritto, ma confortata dalla circostanza che, essendo tuttavia gli ordinamenti italiani e brasiliani entrambi di stampo romanistico, nella prevalenza dei casi quantomeno sussiste una certa corrispondenza nella terminologia e nell'ordinamento, seppure non assoluta.

A ciò deve aggiungersi la complessità della materia affrontata e la assenza o quasi, nella letteratura giuridica brasiliana, di lavori monografici che analizzino la frode sotto i suoi vari aspetti.

Un ulteriore problema è derivato poi dalla vastità del campo di indagine. Alla scelta di estendere l'esame al diritto brasiliano, infatti, non ha fatto da contrappeso una rimodulazione dell'originario intento di esaminare la frode a partire dal concetto romanistico, attraverso la sua evoluzione dottrinale successiva, per poi pervenire, in ultima battuta, alle teorie contemporanee.

Devo molto al Prof. Márcio Túlio Viana fonte continua di stimoli intellettuali, mia guida e riferimento *in loco* dal momento che come un moderno Caronte, mi ha traghettata da una sponda all'altra del diritto brasiliano e prendendomi per mano, mi ha fatto da Cicerone nei suoi meandri. Il mio compito è stato agevolato dall'aver seguito in qualità di uditore, le lezioni di diritto del lavoro nei corsi di *graduação* (laurea) - tenuti dal Prof.

Márcio Túlio Viana presso la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) - e *pós-graduação* (master e dottorato) - tenuti dallo stesso docente presso la Pontificia Universidade Católica di Minas Gerais (PUC Minas) e dal Prof. Antonio Álvares presso la predetta UFMG - oltre che dal continuo confronto con altri operatori del diritto brasiliano, cui mi è stata data ripetutamente la possibilità di rapportarmi.

## **1. Presentazione della ricerca**

È noto come le parti di un negozio godano generalmente di ampia autonomia nella scelta del tipo negoziale utilizzabile per realizzare un determinato assetto di interessi. A maggior ragione ciò avviene nell'ambito del diritto del lavoro, dove, da un lato, grazie soprattutto alla moltiplicazione dei tipi contrattuali a cui si è assistito negli ultimi anni, le parti hanno la libertà, forse eccessiva, e la concreta possibilità di qualificare il rapporto secondo il tipo che meglio rispecchia le esigenze dei contraenti; dall'altro esse hanno a disposizione svariati strumenti per regolare i propri interessi anche in corso di rapporto, secondo le modalità ritenute più consone.

Ragioni di opportunità spingono pertanto le stesse ad optare per una determinata figura negoziale preferendola ad altre. Ciò tuttavia fino a quando tale autonomia non incontri ostacoli nell'ordinamento che, valutando negativamente il fine perseguito dalle parti, interviene con una norma proibitiva o limiti la possibilità di perseguire un determinato risultato con una norma precettiva.

Accade frequentemente, nella maggior parte degli ordinamenti che procedono per imperativi eteronomi, che gli

interessati (sebbene nel diritto del lavoro normalmente - anche se non necessariamente<sup>2</sup> - l'interessato è il datore di lavoro, mentre la frode è accettata e subita dal contraente debole, principale pregiudicato) escogitino strumenti idonei a realizzare in diverso modo il negozio vietato. Ciò si concretizza *in primis* attraverso la realizzazione di atti formalmente validi che non escludono la illiceità sostanziale dell'operazione quando il risultato è parimenti contrario a norme imperative<sup>3</sup>. In tal modo ci si sottrae alle sanzioni previste dalla norma proibitiva, ad esempio con la scelta di un diverso tipo negoziale (appalto finalizzato a realizzare una interposizione di manodopera vietata). *In secundis* attraverso l'elusione di determinati effetti giuridici con l'introduzione di clausole, l'interposizione di persona o attraverso il ricorso al collegamento negoziale (come nel caso della successione nei contratti di lavoro nel trasferimento d'azienda). Ma in generale l'elusione della norma imperativa comporta il difficile lavoro per l'interprete di individuare quando un comportamento vestito di liceità mascheri in concreto una condotta fraudolenta, nonché la risoluzione della dibattuta questione della distinzione tra l'*in fraudem legis agere* e il *contra legem agere*, risolvibile solo liberandosi dai fardelli ereditati dalle teorie tradizionali in favore dei più recenti orientamenti, che privilegiano l'esame delle modalità di realizzazione del disegno fraudolento. Quest'ultimo è tale solo se realizzato attraverso il collegamento negoziale, ovvero attraverso una

---

<sup>2</sup> Non infrequenti sono le ipotesi in cui sia lo stesso lavoratore a richiedere al datore di lavoro il ricorso a determinate figure negoziali fraudolente, come avviene per esempio nei casi in cui il lavoratore, pur nella consapevolezza che il rapporto di lavoro sarà di tipo subordinato, richiama al datore di lavoro di adottare una diversa figura contrattuale meno onerosa per il datore di lavoro in termini di costi, in cambio di ulteriori elargizioni rispetto alle somme che altrimenti gli spetterebbero contrattualmente. Ovvero come nel caso dei lavoratori in Cassa integrazione che, a fronte della norma che impone, quale condizione per la percezione della relativa indennità il mancato svolgimento di attività lavorativa presso altro datore di lavoro, volontariamente ricercano e propongono rapporti informali.

<sup>3</sup> PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 68.



pluralità di atti tra loro collegati non anche attraverso un unico negozio (quale la simulazione o il negozio indiretto), nel qual caso non di frode alla legge può parlarsi ma di diretta violazione della stessa.

La consapevolezza dell'insufficienza di una seppur fitta rete di divieti normativi e precetti a coprire tutte le ipotesi di violazione del precetto stesso ha indotto in alcune circostanze il legislatore italiano, così come quello brasiliano, ad andare oltre e colpire direttamente quei tentativi di frode già riconosciuti come tali per la loro dilagante diffusione.

\*\*\*\*\*

Il presente lavoro prende le mosse dal concetto civilistico di frode alla legge nei due ordinamenti. Esso si propone di ricostruire i percorsi seguiti dalla dottrina partendo da un doveroso studio del diritto romano e giustiniano e, passando per le teorie tradizionali, sino agli orientamenti contemporanei, nel tentativo di rinvenire una interpretazione che consenta di attribuire alla frode alla legge una propria autonomia nell'ambito dell'ordinamento, distinguendola dalla diretta violazione di legge. Si perviene così alla conclusione che di frode si possa parlare non nel caso di raggirio della norma ad opera di un unico negozio (il negozio indiretto, la interposizione di persona, il negozio simulato), ma solo nei casi di collegamento negoziale.

Tale esame è stato fatto sostanzialmente alla luce della dottrina italiana, considerato che la completa mancanza di testi monografici sul tema nel diritto brasiliano denota lo scarso interesse per l'argomento della dottrina di quel Paese, probabile conseguenza della assenza nel Codice Civile del 1916 - vigente fino al 2002, anno di emanazione del Nuovo codice Civile Brasiliano - di qualsiasi riferimento alla frode alla legge, essendo disciplinata solo la frode pauliana e la frode all'esecuzione. A

ragion del vero l'unico scritto monografico che si rinviene in merito alla ricostruzione del concetto di frode fa riferimento esclusivamente a dottrina straniera, per lo più italiana, francese e tedesca<sup>4</sup>. Nemmeno l'avvento del Nuovo Codice Civile Brasiliano del 2002, che introduce una disciplina della frode alla legge sebbene soltanto dal punto di vista sanzionatorio - comminando agli atti in frode la sanzione della nullità di pieno diritto - ha stimolato la dottrina a produrre un'opera di tal fatta.

Il lavoro prosegue con l'esame del concetto di frode alla legge in ambito giuslavoristico. Se in Italia, in assenza di una codificazione sistematica del diritto del lavoro e di una disposizione specifica di frode lavoristica, continua a rilevare la norma dell'art. 1344 CC nell'interpretazione compatibile con i principi fondamentali del diritto del lavoro, in Brasile, nella *Consolidação das leis do Trabalho* (di seguito per brevità CLT) – che riunisce sistematicamente in 922 articoli l'intero diritto individuale, collettivo, processuale ed amministrativo del lavoro – si rinviene la norma lavoristica specifica nell'art. 9. quest'ultima, sanzionando con la nullità di pieno diritto l' *in fraudem legis agere*, funge da antesignana della più giovane e analoga norma civilistica.

Non ho potuto esimermi da un'analisi politica, considerata l'importanza e il ruolo del succedersi degli eventi, che in qualche modo hanno influenzato il Legislatore brasiliano e dalla contestualizzazione sociologica, cara alla cultura giuridica brasiliana, con uno sguardo vuoi alle fasi attraversate dall'industria brasiliana (fordismo, taylorismo, toyotismo) vuoi alle conseguenze della ristrutturazione produttiva e dell'affermazione del neoliberismo. Panoramica necessaria per comprendere le dinamiche che hanno portato alle attuali

---

<sup>4</sup> Il riferimento è all'opera di LIMA A., *A fraude no direito civil*, Sao Paulo, 1965.

tendenze di flessibilizzazione (per molti deregolamentazione) con conseguente notevole aumento degli spazi e dei tentativi di frode alla legge.

## **2. ... e limiti**

Il *mare magnum* nel quale mi sono trovata a navigare mi ha imposto rigore metodologico e la necessità di circoscrivere l'analisi per contenere il tema oggetto di indagine.

In primo luogo, per quanto riguarda l'aspetto civilistico si è esaminata la frode alla legge, non anche la frode al fisco, la frode ai creditori, la frode ai terzi.

Non si è esaminata la frode dal lato del lavoratore.

Si è scelto di analizzare, per quanto riguarda l'Italia, il problema generale della interposizione di manodopera, in particolare nei fenomeni delle cooperative di produzione del lavoro, del comando o distacco dei gruppi societari del lavoro a domicilio; e alcuni aspetti fraudolenti nell'ambito del trasferimento d'azienda e del contratto a tempo determinato. Per quanto riguarda il Brasile la scelta non sempre è ricaduta su istituti analoghi perché l'intento non è stato quello della comparazione pura tra istituti, quanto piuttosto prediligere un'analisi parallela del fenomeno fraudolento, abordando gli istituti che in quel Paese presentano maggiori spigolature.

Sempre la necessità di circoscrivere l'ambito della ricerca ha imposto di escludere dall'analisi le frodi legate al rapporto previdenziale.

## Introduzione

Derivato dal latino *fraus, fraudis*, il termine *frode* significa secondo il dizionario enciclopedico TRECCANI<sup>5</sup>: "Inganno diretto a ledere un diritto altrui; Più genericamente, qualsiasi inganno, artificio o astuzia malvagia con cui si sorprende l'altrui buona fede.(...) Diritto. - In senso generale, nel diritto privato, f. indica un comportamento sleale in pregiudizio di altri, più grave della mala fede. In senso più specifico, si considerano compiuti in f. alla legge, i negozi giuridici, il cui scopo, senza urtare contro la lettera della norma proibitiva, ne viola, tuttavia, lo spirito".

Nel noto dizionario brasiliano AURELIO la *frode* è considerata "Abuso di fiducia; azione praticata in mala fede"; tra gli altri significati correlati. Ha in sé il senso dell'inganno<sup>6</sup>.

In senso ampio è il tentativo di mascherare la pratica di condotte illecite con lo scopo di eludere doveri, obbligazioni e conseguenze giuridiche<sup>7</sup>.

Con la *frode* si resta in un ambito di azione connesso a quello che Habermans definiva "agire strategico" in cui quel che conta è solo il fine da raggiungere.

Il problema della *frode* è risalente quanto l'uomo. Se volgiamo lo sguardo all'antichità esso traspare, tra le tante opere, anche nel *De officiis* di Cicerone, del 44 a.C., lo scritto da cui, si dice, tragga ispirazione Machiavelli nel tracciare la distinzione tra ragione e forza, tra la volpe e il leone. Ed invero nel cap. 41 del libro I Cicerone dice: "Due poi sono i modi con i quali si fa ingiustizia: con la violenza e con la frode; la frode è propria della volpe, la violenza del leone; sia l'una che l'altra è

---

<sup>5</sup> Dizionario enciclopedico italiano TRECCANI, voce *Frode*, Roma, 1970.

<sup>6</sup> FERREIRA BUARQUE DE HOLANDA A., Novo dicionário.

<sup>7</sup> PINHEIRO F.G, in <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=8162>.

contraria alla natura umana, ma la frode desta maggior repulsione". Ma mentre Cicerone conclude che solo perseguendo ciò che è onesto si può raggiungere l'utile, Machiavelli, pur traendo spunto dallo stesso, percorre un sentiero differente, affermando che perché il Principe possa perseguire la propria utilità deve "saper entrare nel male necessitato".

Cicerone, riportando le parole di Caio Aquilio, intende per frode "(...) il fingere una cosa e il farne un'altra". Dunque la frode è strettamente connessa alla menzogna, anch'essa da sempre oggetto privilegiato della riflessione filosofica<sup>8</sup>.

Il cristianesimo interviene a moralizzare il problema della menzogna e della frode, inquadrandole come vizi<sup>9</sup>, anche se nell'ambito della teologia morale si distingue la frode cattiva da quella scusabile (*dolus bonus*). E' evidente, invece, la condanna della frode da parte di Dante che, vuoi che sia realizzata perché tentati dal gioco temerario dell'intelligenza e *dalla ubris conoscitiva*, come nel caso di Ulisse, vuoi perché finalizzata ad ottenere o conservare il potere come nel caso di Guido da

---

<sup>8</sup> Agostino, per esempio, nel suo *De mendacio* risalente al 395 d.C. ritiene bugiardo non chi dice il falso (potendolo dire anche chi ignora una situazione), ma chi lo fa con intenzione e doppiezza.

<sup>9</sup> Si v. la voce "*Frode. - Teologia morale*", nel DIZIONARIO ENCICLOPEDICO TRECCANI secondo cui: "Si distingue la frode dal dolo, in quanto la frode è specificamente un inganno mediante azioni. Si distingue inoltre la frode scusabile, o frode difensiva (*dolus bonus*), dalla frode cattiva: infatti l'elemento che fa della frode un peccato è l'intenzione di ingannare per un fine cattivo o per giustificare il ricorso a mezzi illeciti. Così si dice che l'uso di stratagemmi o di inganni, purchè prevedibili e non contrastanti con il diritto naturale (come sarebbero i bombardamenti di città aperte e in genere uccidere indifesi, etc) è lecito nella guerra giusta; in determinati casi, purchè non si intenda esplicitamente violarla, è lecita la cd. Frode contro la legge. E pertanto la teologia cattolica considera giustificato come atto di legittima difesa il ricorso alla cd. Frode pia. Tuttavia si chiarisce che, il servirsi di una furberia innocente per fare eseguire una buona azione, per lo più non importa colpa, l'adoperare l'impostura, la menzogna, l'inganno, anche se si tratti di assicurare il trionfo del bene e della religione, è sempre cosa riprovevole". Sulla Frode Pia nello stesso Dizionario si legge che essa "consiste in un atto, sia tra vivi sia mortis causa, con il quale mediante interposta persona, si mira a beneficiare enti religiosi non riconosciuti. La validità di tali atti era particolarmente discussa nel diritto italiano preconcordatario, ma anche dopo il concordato persistono fondati dubbi, dato che l'art. 190 della L. 27 maggio 1929, n. 248, dichiara nulli gli acquisti da parte degli Enti ecclesiastici avvenuti senza autorizzazione, anche se fatti per interposta persona".

Montefeltro<sup>10</sup>, dà luogo alla dannazione eterna nell'ottava bolgia dell'ottavo girone dell'Inferno, dei fraudolenti.

Diversamente, il mondo greco aveva dato della menzogna e della frode una valutazione classista e sessista, essendo condannate in base alla posizione sociale e al sesso dell'agente, come testimonia anche il modo di rapportarsi alle divinità, che possono ingannare gli uomini, mentre, se sono gli uomini o semidivinità ad ingannare gli dei, le pene sono dure e spesso esecrande<sup>11</sup>.

Così nel mondo greco non è riprovevole l'inganno di per sé, ma l'inganno rivolto a chi è quantomeno di pari rango sociale. Pertanto Ulisse mente legittimamente quando ciò avviene con una donna, con il Ciclope, o con coloro che sono considerati "inferiori". Ulisse usa la menzogna e l'inganno come strategia di autotutela, come avviene nell'antro di Polifemo<sup>12</sup>, o con l'inganno del cavallo di Troia.

Molti pensatori greci riconoscono la liceità dell'inganno, si pensi ad esempio a Platone che nel libro III della *Repubblica*, definisce *nobile menzogna* quella di cui i governanti si avvalgono per mantenere l'ordine sociale<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Guido, conte di Montefeltro, - protagonista dell'incessabile rissa dell'Italia dei Comuni, divisa dal dissidio tra Guelfi e Ghibellini - dopo esser stato «uomo d' arme» (dice infatti: «L' opere mie non furon leonine, ma di volpe. / Li accorgimenti e le coperte vie / io seppi tutte, e si menai lor arte / che al fine della terra il suono uscì») si fece frate francescano, ma un anno prima della morte, superate le sue prime resistenze, divenne consigliere del «gran prete, a cui mal prenda!» anche denominato "«principe de' nuovi Farisei», sul modo con cui venire a capo dell' assedio di Palestrina, in cui era da tempo impegnato nel quadro della sua lotta contro la potentefamiglia dei Colonna; ciò fece solo perché Bonifacio gli promise anticipatamente, in cambio del suo consiglio fraudolento, una assoluzione impossibile: perché «assolver non si può chi non si pente / né pentere e volere insieme puossi / per la contradizion che nol consente».

<sup>11</sup> Basti ricordare che Esiodo, nel *Prometeo Liberato*, racconta di Prometeo che inganna Zeus rubando il fuoco e donandolo agli uomini e della pena inflittagli dal Padre degli dei, che lo incatena ad una montagna un'aquila che gli rode il fegato.

<sup>12</sup> In tale episodio si rinvengono numerosi elementi di frode: la dichiarazione di essere naufraghi, trovandosi in realtà sull'isola per esplorarla; la volontà di stordire il Ciclope con il vino; l'inganno sul nome attribuitosi da Ulisse di Nessuno; l'acceciamento; il camuffamento di Ulisse ed i suoi compagni, che escono avvinghiati al ventre delle pecore stesse.

<sup>13</sup> Afferma Platone nella *Repubblica*: "A chi governa la città si addice mentire di fronte ai

La frode, così come l'inganno e la menzogna, dunque, sin dall'antichità sono state ritenute pratiche sì riprovevoli, ma in un certo senso ammissibili quando necessitate e/o giustificate in ragione della bontà del fine.

Trattandosi di un agire sottile, che impone un paziente ragionamento, la frode è più frequente nei paesi culturalmente avanzati, così come invece la violenza, che normalmente è il modo più istintivo e rapido di perseguire un risultato, è più caratteristica delle società primitive.

In ogni caso è genericamente riconosciuta quale esigenza della vita giuridica la necessità di impedire che si possa trarre profitto dalla frode<sup>14</sup>.

Gli italiani sono famosi nel mondo per cercare sempre delle scorciatoie o un modo per aggirare gli ostacoli. Probabilmente tale caratteristica, che geneticamente ci connota quantomeno agli occhi del mondo, potrebbe ascriversi a radici antiche di malcostume e di mancanza di senso della cosa pubblica, oppure agli arroganti Stati preunitari e, prima ancora alle istituzioni politiche feudali; potrebbe, infine, essere riconducibile a esigenze di sopravvivenza, di lotta alle sopraffazioni e alle colonizzazioni straniere. O forse ancora potrebbe dipendere da secoli di governi che si sono imposti promettendo privilegi ai propri elettori a scapito del bene comune. Gli anticlericali, sulla base della considerazione che i Paesi più vicini all'Italia per corruzione, malaffare, frode, delinquenza sono i Paesi cattolici dell'America Latina, attribuiscono alla stessa Chiesa Cattolica, in qualità di potere morale a volte in contrapposizione al potere statale, un ruolo nello stile di vita degli italiani, abituati all'assoluzione a fronte del pentimento.

---

nemici o ai cittadini in funzione della città".

<sup>14</sup> CARRARO L., *Il valore attuale della massima "Fraus omnia corrumpit"*, in *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, III, 432.

Certamente il numero abnorme di regole e leggi che ci sommergono e la loro proliferazione non contribuisce ad aumentare il senso di legalità, ciò anche per l'incertezza che regna sovrana, per la ineffettività delle regole le cui sanzioni non sempre ricevono applicazione e probabilmente anche per le svariate possibilità di "perdoni legali".

In conclusione, se un tempo l'agire astuto era conseguenza dell'istinto di sopravvivenza, oggi è una malsana abitudine entrata nella nostra quotidianità come un cancro sociale<sup>15</sup>, di cui addirittura spesso se ne fa un vanto, perché ritenuto sinonimo di intelligenza.

Ma, diceva a ragione Montanelli, se l'italiano, considerato nella sua individualità, può ritenersi intelligente per aver aggirato un ostacolo perseguendo egualmente il risultato voluto, il Popolo nel suo complesso, fatto di singoli furbi, ciascuno che tenta di abbindolare l'altro, è un popolo stupido.

E il Brasile non è da meno. Non è pensabile un discorso che ha riguardo alla cultura brasiliana senza parlare del "*jeitinho*", tipico della terra scoperta da Pedro Alvares Cabral. È anch'esso nel DNA dei brasiliani, di fare più con meno, di dribblare le impossibilità e crearsi una probabilità.

---

<sup>15</sup> L'antropologo John Davis, che svolse uno studio sui valori e le caratteristiche della società italiana utilizzando come luogo di studio Pisticci, un piccolo comune della Basilicata osserva, nel suo libro *Land and family in Pisticci*, 1973 nella parte dedicata alla "furbizia": "La qualità della furbizia -prevedere tutte le possibilità, avere la forza di volontà necessaria a ignorare le richieste morali ed affettive del prossimo e trarre vantaggio dalla sua ingenuità, dal suo carattere fiducioso o dalla sua stupidità – è molto ammirata a Pisticci, e viene inculcata fin dalla più tenera età".



## **CAPITOLO I**

### **Evoluzione delle teorie sulla frode dal diritto romano alle teorie contemporanee**

#### **1 .L'assenza nel diritto brasiliano di una teoria della frode**

L'ordinamento italiano e l'ordinamento brasiliano sono accomunati dalla radice romanistica e dalla circostanza che l'ordinamento brasiliano ha sempre guardato a quello italiano, così come a quello francese e tedesco, cercando spunti per sviluppare delle teorie autonome. Ma mentre nell'ordinamento italiano ferve il dibattito in materia di frode alla legge, in quello brasiliano non solo non è dato rinvenire teorie proprie o originali, ma anzi come ho già affermato in precedenza, manca una vera e propria teoria della frode, probabilmente perchè i giuristi locali non hanno ricevuto spunti interessanti dal proprio Legislatore. Ed invero, così come questo si è limitato a disciplinare in passato esclusivamente la frode ai creditori e la frode all'esecuzione, anche la dottrina si è pedissequamente adeguata, contenendo le proprie elaborazioni a tali due ipotesi di frode e soffermandosi solo marginalmente sul concetto di frode alla legge in generale. Ed invero l'unica trattazione più completa che si rinviene<sup>16</sup> fa riferimento esclusivo a teorie di dottrina straniera, prevalentemente italiana, francese e tedesca. Conseguentemente l'esame dell'evoluzione della teoria sulla frode verrà fatta in questo capitolo sulla scorta della dottrina italiana.

---

<sup>16</sup> L'unica opera che mi è stato possibile reperire sull'argomento è di LIMA A., *op. cit.* risalente al 1965.

## 2. La frode alla legge nel diritto romano<sup>17</sup>

I testi dell'epoca romana che tradizionalmente formulano il concetto della *fraus legi* sono tre noti frammenti, due del Digesto e uno del Codice.

Maggiore rilevanza viene attribuita al frammento di Paolo "*contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui, salvis verbis, sententiam eius circumvenit*"<sup>18</sup> e a quello di Ulpiano "*fraus enim legi fit, ubi quid fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit et quod distat ρητὸν ἀπὸ διάνοιάς hoc distat fraus*"<sup>19</sup>.

Un ulteriore frammento in cui si affaccia la problematica relativa alla frode, ma che in ogni caso non rappresenta un testo fondamentale risale alla "*Constitutio Theodosiana*" nella quale si legge "*Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat: nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente*".

I primi due testi, dal punto di vista concettuale dicono molto poco. Da entrambi si ricava la concezione antitetica tra *verba legis* (per Ulpiano ρητὸν) e *sententia legis* (per Ulpiano διάνοια).

Nel frammento risalente alla *Constitutio Theodosiana*,

---

<sup>17</sup> Per una trattazione ampia sull'argomento cfr. V. FASCIONE L., *Fraus legi. Indagine sulla concezione di frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983; ROTONDI G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911.

<sup>18</sup> Paolo, D. I, 3, 29, *De legibus senatusque consultis, Libro singulari ad legem Cinciam*.

<sup>19</sup> Ulpiano, D. I, 3, 30 libro IV ad Edictum. Sull'argomento si veda ROTONDI, *op. cit.*, p. 117 e *segg.*; PACCHIONI, "*Sull' in fraudem legis agere*", in *Riv. Dir. Comm.*, 1911, II, p. 32.

frammento, pur emergendo l'antitesi tra *verba* (per Ulpiano *ρητὸν*) e *voluntas legis*, (per Ulpiano *δίνοια*) non vengono utilizzate le espressioni "*fraus legi*" e "*in fraudem legis*", ma solo l'avverbio "*fraudulenter*" che nel contesto appare avere rilievo marginale. Il fenomeno viene considerato sotto altro punto di vista rispetto a Paolo e Ulpiano. Questi considerano l'antitesi tra *contra legem* e *fraus legi* in modo astratto, ossia nelle loro diversità logiche, mentre l'Imperatore persegue lo scopo pratico di stabilire le conseguenze dell'agire fraudolento.

Tuttavia il principio posto dalla *Constitutio Theodosiana* non sembra aver nulla a che vedere con il concetto e la repressione della frode. La preoccupazione principale della stessa è il superamento dell'antica tripartizione delle leggi per gradi di perfezione ed efficacia della *sanctio* risalente ai giureconsulti romani. Ed invero secondo questi si ha *lex perfecta* quando al divieto di compiere un atto è correlata la nullità dell'atto stesso, *minus quam perfecta* quando la norma, pur non dichiarandone la nullità dell'atto prevede una sanzione in capo al trasgressore e *imperfecta* quando la norma non contiene sanzione. La sopravvivenza per lungo tempo di norme prive di sanzione fu compensata (e quindi giustificata) dall'abbondante legislazione comiziale intervenuta per tutta l'età repubblicana e per l'ampio sistema di mezzi indiretti con cui il pretore provvede alla tutela del diritto. Ma già all'epoca di Augusto si assiste ad un rafforzamento dello Stato, che si riflette in campo legislativo con l'emanazione di *leges perfectae* come ad es. la *lex Aelia Sentia* (che vieta la "*manumissio in fraudem creditorum vel patroni*") e la *Fufia Caninia de manumissionibus* (che vieta le manomissioni testamentarie eccedenti una data misura). Successivamente, in età imperiale, la funzione di formazione del diritto passa al Senato e poi al principe; la giurisprudenza opera una ampia

rielaborazione delle leggi repubblicane, e scompare la distinzione tra *ius civile fondato sulla consuetudine*, e *ius gentium* creato dai comizi. In tale periodo, pur rimanendo formalmente la distinzione tra *leges imperfectae* e *minus quam perfectae* (come si rinviene in Ulpiano), essa comunque risulta oramai anacronistica ed è destinata a scomparire nel diritto giustiniano appunto con la *Constitutio Theodosiana* nella quale viene sancito il principio secondo cui anche in assenza di esplicita previsione normativa la violazione del divieto comporta la nullità dell'atto.

Dunque ciò che interessa con la Costituzione (motivo per cui il frammento è scarsamente considerato tra le fonti romanistiche della *fraus*) è il comportamento della legge a fronte della violazione, a nulla rilevando la circostanza che la violazione sia diretta o occulta ovvero se si tratti di vera violazione di legge o di frode alla legge.

Ciò che è dato rilevare è che nel diritto romano-giustiniano mancava una vera e propria teoria della frode, essendo la stessa considerata solo tecnica di interpretazione e di valutazione etica al pari dell'*aequitas* e della *buona fede*.

Ed invero la concezione romanistica tradizionale della *fraus* muoveva dal presupposto che esistesse una contrapposizione tra i *verba legis* (*ρητόν*) e la *sententia* (*διάνοια*), a cui corrisponde tradizionalmente la distinzione tra interpretazione grammaticale e interpretazione logica, da intendersi quali stadi non alternativi ma successivi di un medesimo processo interpretativo, dovendosi in primo luogo stabilire quale sia il senso letterale delle parole usate dal legislatore e solo successivamente quali siano i principi giuridici di cui siano portatori. Nella visione dei giureconsulti romani pertanto, l'*in fraudem legis agere* è caratterizzato dal momento della violazione della *sententia legis*, pertanto il compito dell'interprete è ricercare la *sententia legis*, che prevale

sui *verba legis* in caso di eventuale conflitto.

Numerosi sono testi in cui è evidente l'antitesi tra *verba legis* e *sententia legis*. Essi fanno riferimento a situazioni in cui la frode si realizza appellandosi pedantemente al significato letterale delle parole per eludere il vero senso della legge stessa<sup>20</sup>.

In altre circostanze, tuttavia, l'antitesi tra *verba legis* e *sententia legis* diviene evanescente. E si parla indifferentemente di *contra legem agere* o *offendere legem*, sia per indicare una violazione della lettera sia dello spirito della legge. Lo stesso Paolo sembra usare senza molta preoccupazione l'espressione "*contra legem*" per qualificare ciò che prima aveva già qualificato *in fraudem legis*.

Per questo motivo deve concludersi quanto già anticipato, che non esisteva una vera teoria della *fraus*. Tendenzialmente era *contra legem* ciò che contravveniva ai *verba*, mentre era *in fraudem* ciò che contravveniva alla *sententia*. Ma in ogni caso agli atti in *fraudem legis* si applicava la stessa norma che disciplinava la violazione diretta. Se la *fraus* avesse avuto una propria autonomia, il diritto romano avrebbe dovuto prevedere una espressa disposizione positiva di *exaequatio* legislativa della *fraus legi* al *contram legem agere*. Disposizione che non aveva invece ragione di essere laddove la *fraus* altro non era considerata che una forma, seppur velata, di violazione di legge. Dunque, contrariamente a quanto affermato da alcuni studiosi<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Così ad esempio la *sententia* che vieta al tutore di contrarre matrimonio con la pupilla (64, 1, D. 23, 2 Callistratus, *libro 20*, quaestionum) che si stende, anche se non espressamente disposto, anche ai suoi figli; ovvero la *sententia* secondo cui chi torna da un'assenza *rei publicae causa* gode dell'*excusatio* per un anno in ordine all'assunzione di nuove tutele (13, 2, D. 27, 1. Modestinus, *libro 40*, *excusationum*), ma la norma non può essere invocata per esimersi dal riprendere subito le tutele lasciate. Si rinvengono, inoltre, testi in cui è posta la regola che nel maschile si sottintende anche il femminile. Per ulteriori riferimenti cfr. ROTONDI, *op. cit.*, 128.

<sup>21</sup> FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914, p. 21;

non è ravvisabile una esplicita *exaequatio* legislativa. L'atto in frode è sanzionato dalla legge in quanto sottinteso dal significato stesso delle parole usate dal Legislatore.

E non può ravvisarsi una *exaequatio* nella *Constitutio Theodosiana*, in primo luogo perchè questa non si occupa specificamente di frode e sia perché sarebbe assurda una collocazione dell' *exaequatio* nel V secolo, mentre la dottrina della frode aveva avuto nei giureconsulti classici la sua più larga applicazione.

Non è mancato un orientamento che ha tentato di rinvenire nell'impostazione romanistica una certa autonomia della *fraus*.

Si sono sviluppate due correnti di pensiero. La prima, di tipo oggettivo, che attribuisce rilievo al risultato pratico che si intende perseguire, tanto più rilevante laddove la *fraus* rappresenta la violazione della *sententia legis* in antitesi con il tenore testuale della norma. Per i romani, secondo il principio della perfetta equiparazione tra negozio in frode e negozio contrario alla legge, è in frode alla legge il negozio che ha lo scopo di perseguire un risultato vietato dalla legge stessa. I giuristi romani non sembra abbiano mai ceduto a tentativi di eccessi, avendo avuto sempre ben netta la distinzione tra "risultato", quale scopo pratico perseguito dalle parti, e "contenuto" oggetto della legge, complesso di rapporti a cui si riferisce su cui ricade il comando o la proibizione. Ed invero la legge può sia elevare il risultato a contenuto, indipendentemente dal mezzo giuridico (diretto o indiretto) utilizzato per perseguirlo, ed in tal caso il negozio è *contra legem*, ma può anche accadere, ed in tal caso si manifesta la dualità tra risultato e contenuto, che la legge si limiti a colpire il risultato perseguito solo con determinati strumenti, dovendo l'interprete valutare se la volontà legislativa fosse realmente quella di

colpire solo il negozio realizzato secondo le modalità tipizzate ovvero se fosse quella di fornire una esemplificazione dei mezzi attraverso cui il risultato può essere perseguito (non dimenticando che, trattandosi in generale di leggi proibitive, la tendenza dovrebbe essere in senso restrittivo).

I giuristi romani, pur riconoscendo i limiti di alcune norme non si sono mai spinti ad integrare le lacune normative con l'estensione del principio della *fraus legi*<sup>22</sup>. La conclusione è pertanto che il risultato cui la legge mira rileva se effettivamente si è tradotto in contenuto della legge.

Un secondo orientamento è quello soggettivo per il quale elemento rilevante per l'integrazione della *fraus legi* è l'intenzionalità elusiva insita nella condotta dell'agente. Con certezza i giureconsulti classici danno risalto all'elemento intenzionale<sup>23</sup>, ma secondo autorevole dottrina<sup>24</sup> l'esame delle fonti ed in particolare di alcuni passi del Digesto dimostra che l'esistenza di tale elemento intenzionale connotato da valenza di anti giuridicità non è elemento necessario e sufficiente a indurre i giureconsulti a qualificare il negozio come fraudolento; per questi ultimi resta decisivo l'esame del rapporto posto in essere dalle parti e l'accertamento della sua contrarietà alla legge, rilevando, invece, l'elemento intenzionale semmai per individuare gli estremi della violazione in negozi apparentemente leciti. Secondo tale orientamento l'intenzione anti giuridica solo può avere rilevanza quando sia stato lo stesso legislatore a volerlo,

---

<sup>22</sup> Un esempio di quanto si afferma può rinvenirsi nelle leggi repubblicane in materia di legati, il cui scopo era quello di evitare che, esaurito quasi il patrimonio in legati l'erede non avesse più interesse ad adire l'eredità. Non era di certo funzionale allo scopo il rimedio rinvenuto dalla *Lex Furia* di legati superiori ai mille assi, facilmente eludibile con una molteplicità di piccoli legati. ROTONDI G. osserva come i giuristi romani non si sono mai spinti a qualificare in frode la condotta di chi con più legati di valore inferiore eludesse di fatto la norma proibitiva, dovendosi quindi attendere la *Lex Falcidia* per rinvenire nuovi criteri per legare più consoni allo scopo perseguito, *op. cit.*, 137.

<sup>23</sup> In tal senso ROTONDI G., *op. cit.*, 149.

<sup>24</sup> ROTONDI G., *op. cit.*, 155

analogamente a quanto avviene nel caso delle leggi penali applicabili solo quando esista l'elemento soggettivo.

### **3. (*segue*) nel diritto intermedio**

L'impostazione odierna della teoria della frode alla legge, nel dualismo tra privilegio dell'elemento intenzionale ovvero dello scopo pratico perseguito dalla legge, affonda le sue radici, non nel diritto romano, ove semmai possono rinvenirsi i primi spunti, ma nel diritto intermedio.

Il diritto medievale è stato caratterizzato da un'ampia e molto libera attività interpretativa dei giureconsulti del tredicesimo secolo, che non si limitavano alla mera interpretazione e applicazione della legge, ma si spingevano al punto di elaborare nuove teorie per conformare le fonti giustinianee, oramai antiche e vetuste, alle esigenze dei nuovi tempi. In questo clima di libertà in tale periodo si assiste ad eccessi interpretativi e a forzature giustificate dalla finalità di frustrare le condotte che indirettamente cercano di sfuggire ad un determinato precetto. Un esempio di tale eccesso si rinviene nella *fraus* a una *lex futura*, volta a colpire in particolare chi essendo venuto a conoscenza – in ragione del proprio ufficio - dell'imminente approvazione di una tassa sui grani, opera speculazioni al fine di trarne un vantaggio personale, frustrando l'effetto finanziario della legge futura.

Ma una circostanza che non deve essere trascurata e che senza dubbio influenza notevolmente le teorie sulla *fraus* nel periodo di cui si discorre, è l'elemento, nuovo rispetto al diritto romano, della forte connessione tra morale e diritto. Ciò



probabilmente in ragione (non esclusiva) delle influenze del diritto canonico che notoriamente dà risalto all'elemento intenzionale, sebbene nello stesso non è dato rinvenire, al di là di ciò che si sarebbe portati ad immaginare, numerose indicazioni in tal senso.

La ripugnanza al comportamento immorale genera una distorsione quando tale condotta viene sottoposta ad un trattamento più rigoroso di quello destinato alla violazione diretta della norma.

Nella formazione della teoria della *fraus* deve attribuirsi un rilievo alla dicotomia fatta in tema di azione pauliana *consilium* (*fraudis*) e *eventus* (*damni*), elementi che dal diritto romano ad oggi fondano la responsabilità per atto illecito. In particolare dalla Glossa in poi i due elementi summenzionati si applicano a tutti i tipi di frode, e ricorrono a tali figure anche coloro che ritengono eccessiva l'estensione della portata precettiva di una norma sulla base della volizione antiggiuridica, rilevano che il *consilium fraudis* non è di per sé sufficiente, richiedendo il necessario concorso dell'*eventus damni*.

#### **4. (*segue*) nel diritto moderno**

Il maggior rigore entro cui deve muoversi l'interprete negli ordinamenti giuridici moderni, nonché l'affermazione del principio della impossibilità di applicazione estensiva di una norma proibitiva<sup>25</sup> ha imposto, a differenza che per gli ordinamenti romanistici, una necessaria distinzione tra interpretazione della legge e frode alla legge, laddove il ricorso alla sola interpretazione per fronteggiare le elusioni avrebbe

---

<sup>25</sup> D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano 1993, p. 23

generato il rischio che l'interprete travalicasse i propri limiti in qualche modo sostituendosi al legislatore.

Si afferma il principio secondo cui se il risultato che una norma vuole impedire è comunque raggiunto il negozio utilizzato deve in ogni caso sanzionarsi.

Ed invero, in epoca moderna si suole distinguere le norme imperative in *norme formali* (norme che, vietando un comportamento determinato, lasciano le parti libere di raggiungere un determinato risultato economico con mezzi diversi dal comportamento vietato) rispetto alle quali l'osservanza della lettera della legge comporta anche il rispetto dello spirito e della sostanza della stessa e non è possibile incorrere nella frode, semmai in una violazione diretta della legge; e *norme materiali*, che vietano, invece, un determinato risultato economico. Pertanto laddove le parti raggiungano per altre vie egualmente il risultato vietato esso è solo formalmente rispettoso della lettera della legge, ma ne tradisce la sostanza. In tali ipotesi sarebbe inquadrabile la frode alla legge. Ma è stato recentemente osservato, tra le altre cose, che anche un atto che violi una norma materiale deve considerarsi direttamente e non indirettamente illecito<sup>26</sup>.

In verità, si obietta, non esistono dei criteri che consentono di distinguere tra norma materiale o formale. Ed inoltre non può confondersi il fine perseguito dalla norma con l'oggetto della stessa (lo strumento che consente di perseguire quel fine). Ed invero, se è vietato perseguire un dato risultato, qualsiasi operazione volta a quel fine sarà illecita e non fraudolenta, laddove la specificazione della condotta vietata per il perseguimento di quel determinato fine implicherà una restrizione dell'ambito del proibito, dovendosi ritenere lecite

---

<sup>26</sup> CRICENTI G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008, p. 9.

tutte le condotte teleologicamente orientate a quel fine, ma non espressamente violate. Ciò in virtù del principio che impedisce l'interpretazione estensiva della norma proibitiva<sup>27</sup>.

In dottrina si sostiene con vigore, e ciò a discapito dell'autonomia dell'*in fraudem legis* rispetto al *contra legem agere*, che una cosa è il ricorso all'analogia, vietato dall'art. 14 disp. prel. Cc, altra cosa è l'interpretazione estensiva, che non rientrerebbe nella sfera di applicazione della citata norma<sup>28</sup>, lasciando libero l'interprete di ampliarne la portata per includervi e colpire anche i contratti che indirettamente raggiungono il risultato proibito<sup>29</sup>.

Queste considerazioni, alimentarono il dibattito sul tema e furono alla base delle successive elaborazioni dottrinali.

## **5. Teorie tradizionali: teoria oggettiva e teoria soggettiva**

Il problema di fondo, su cui si è impegnata la dottrina tradizionale è stato, come già più volte ribadito in questo lavoro, quello di individuare un'interpretazione che consentisse alla frode di avere una sua autonomia e originalità nell'ambito dell'ordinamento, così come voluto dal Legislatore italiano, che individua un'apposita norma (l'art. 1344) distinta dalla illiceità della causa (art. 1343) e dalla illiceità dei motivi (1345) ed in ogni caso da quello brasiliano che la prevede nell'art. 166 CCB quale autonoma causa di nullità del negozio giuridico<sup>30</sup>. Ed è

---

<sup>27</sup> In tal senso MORELLO U., *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 19.

<sup>28</sup> FERRARA G., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922 e in un primo momento BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 144 che ha nel tempo mutato la sua posizione. Ma si veda *contra* GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 516 e segg.; BOBBIO, *Analogia* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 605 e segg.

<sup>29</sup> PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., pag. 298 e segg.

<sup>30</sup> Secondo LIMA A., "Nell'atto contrario alla legge esiste un contrasto immediato e diretto tra il risultato del negozio e il contenuto del divieto legale, mentre la *fraus legi* presuppone un

sembrato che nessuna delle due teorie tradizionali, meglio note come teoria oggettiva e teoria soggettiva, risalenti alla tradizione romanistica, fossero state in grado di soddisfare tale pretesa.

La teoria oggettiva, legata alla concezione della causa del contratto come funzione economico-sociale<sup>31</sup> della stessa, privilegia nella ricostruzione della *fraus legi* l'oggetto materiale, ovvero il risultato perseguito dalle parti. Risolvendosi il tutto in una questione di interpretazione volta ad individuare l'intera portata normativa della norma proibitiva, in particolare il contratto in frode alla legge si distinguerebbe dal contratto *contra legem* per violare una norma imperativa raggiungendone in modo occulto il risultato che essa proibisce<sup>32</sup>, realizzando cioè uno sviamento della causa dalla sua finalità economico-sociale. Ma la critica più frequente a tale posizione è che anche mediante il perseguimento di un risultato non uguale, ma analogo, resta identico l'interesse economico soddisfatto. Pertanto il negozio resterebbe *contra legem*<sup>33</sup>.

Secondo la teoria soggettiva<sup>34</sup>, legata invece alla teoria

---

itinerario indiretto, mediante la degradazione del negozio principale a semplice strumento, per conseguire il fine ulteriore consistente nella frustrazione del divieto", *op.cit.*, 293.

<sup>31</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p.172; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 172 e segg.

<sup>32</sup> Tra i sostenitori della teoria oggettiva cfr BETTI, *op. cit.*, 1950., p. 378 e segg.; CESSARI A., *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960, p. 4; ID, *La struttura della fraus legi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 1071 e segg.; FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit. p. 19 e segg.; GIACOBBE G., *La frode alla legge*, Milano, 1968, 47; PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 298 e segg ; ROTONDI, *op.cit.*, 134 e segg.

<sup>33</sup> Secondo CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, cit.25 e 26, se il negozio realizzato persegue lo stesso risultato proibito dalla legge, non è un atto *in fraudem legis*, ma un atto *contra legem*. Per frodare la norma inderogabile è necessario che il negozio concluso produca un risultato diverso da quello proibito, sebbene idoneo a soddisfare lo stesso interesse; un risultato pertanto non identico, ma analogo, equivalente a quello previsto dalla norma inderogabile, soddisfacendo gli interessi privati, senza tuttavia incorrere nella sanzione della norma aggirata.

<sup>34</sup> Tra i sostenitori della teoria soggettiva CARRARO L., *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, *passim*; GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, (diretto da CICU A. e MESSINEO F.), Milano, 1988, 250; SANTORO PASSARELLI F., *op. cit.*, 191. Tra gli Autori brasiliani si veda LIMA A., *op. cit.*, 297, secondo cui l'elemento soggettivo non è eliminabile, perchè tutto il meccanismo della frode poggia su una determinazione volitiva e nelle sue specificazioni, costituendo il fulcro di quel meccanismo per quanto la stessa frode acquisti una sua connotazione in virtù del fine cui è teleologicamente orientata.

della causa come funzione economico individuale o funzione concreta<sup>35</sup>, non rileva l'aspetto materiale del risultato raggiunto, che può essere anche non identico ma solo simile o analogo a quello vietato, e pone l'accento sull'intento delle parti di sfuggire all'applicazione della norma imperativa. Rileva cioè il motivo fraudolento (di voler aggirare il divieto), diverso da motivo illecito di cui all'art. 1345 CC, in quanto non è unico (perché si accompagna al motivo finale di ottenere un risultato analogo a quello vietato<sup>36</sup>) e non può essere comune.

Ma, al di là delle numerose critiche fatte alla centralità dell'elemento intenzionale<sup>37</sup>, che secondo autorevole dottrina non è mai idoneo a produrre reazioni di diritto (salvo i casi in cui sia espressamente previsto) se di fatto il diritto non sia stato violato, e alla considerazione che spesso è estremamente complicato accertare l'interna volontà delle parti, è stato opinato che anche la teoria soggettiva non è in grado di giustificare l'autonomia della frode. Se la causa del contratto consiste *nell'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare*<sup>38</sup>, il negozio realizza, un risultato affermato come analogo, ma non identico a quello vietato, e in principio non illecito, né tale può ritenersi in forza dell'intento elusivo che animerebbe le parti<sup>39</sup>.

Pertanto la norma dell'art. 1344 de Codice Civile Italiano e

---

<sup>35</sup> FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. p. 355 e segg.

<sup>36</sup> Ma si veda GIACOBBE, *op. cit.*, 60 esegg.; secondo cui l'intento di frodare è in realtà l'unico movente.

<sup>37</sup> Secondo PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935 l'atto in frode alla legge altro non è se non una forma speciale di violazione di legge; si distingue dall'atto *contra legem* solo per essere un vizio meno evidente della legge. Pertanto, secondo l'A. non si comprende come possa essere subordinata all'intenzione dell'agente di frodare la legge. Se la sanzione dell'atto contrario alla legge non è soggetto alla dimostrazione dell'intenzione dell'agente di violarla non si comprende perchè debba essere provata nel caso di violazione indiretta.

<sup>38</sup> BIANCA, *Diritto Civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 448.

<sup>39</sup> DI MARZIO, *Interposizione reale di persona, simulazione, frode alla legge nei contratti*, in *Giustizia Civile*, 1998, II, p.10.

la stessa norma dell'art. 166 del Codice Civile Brasiliano non avrebbero più ragione d'essere. La *ratio* delle predette norme, che non può e non deve considerarsi un eccesso o una ripetizione di tutela per situazioni già contemplate e inquadrabili nella sfera di operatività di norme proibitive, è quella di colpire quelle situazioni ulteriori formalmente lecite, ma che mirano comunque ad aggirare i divieti legali, alle quali la norma, in quanto proibitiva, non può essere estesa per via analogica. Ma v'è di più. Alla luce dell'ordinamento brasiliano l'autonomia della frode è definita legislativamente con la previsione di una apposita sanzione per le condotte elusive, indipendentemente da quale sia la sanzione comminata per la violazione diretta della norma.

Pertanto la frode acquista autonomia soltanto quando l'intento delle parti è quello di realizzare non un negozio identico a quello vietato ma uno equivalente o analogo, nei confronti del quale non trova operatività neppure in via di unico atto interpretazione estensiva, la norma imperativa proibitiva e che pertanto viene colpito dalla norma del 1344 nel nostro ordinamento e dall'art. 166 nell'ordinamento brasiliano.

L'inidoneità delle teorie oggettive e soggettive ad attribuire alla frode un tratto di originalità ha alimentato i successivi sviluppi dottrinali, che si sono mossi su posizioni intermedie.

Una prima opinione, che potrebbe definirsi mista, individua il negozio in frode in quello che persegua un risultato, seppur non identico, quantomeno assimilabile a quello vietato secondo il comune sentire in un dato momento storico, e quindi un risultato definibile "equivalente", accompagnato dall'intenzione fraudolenta, da intendersi quale motivo anomalo, diverso da quello di cui all'art. 1345 CC, in quanto non unico motivo determinante e non necessariamente comune ad entrambe le

parti<sup>40</sup>.

Sono evidenti i limiti di una tale teoria che si fonda su un gioco terminologico, dal momento che la equivalenza non è altro che analogia e che il motivo anomalo è una abnormità giuridica, inconcepibile in un ordinamento in cui un rilievo importante ha l'affidamento dell'altro ignaro contraente in questa situazione evidentemente non tutelato<sup>41</sup>.

## 6. La teoria del collegamento negoziale

Ma la vera rivoluzione copernicana nel modo di intendere la *fraus legi* è ascrivibile alla teoria del collegamento negoziale. Quest'ultima, liberandosi dallo schema monolitico della frode, e richiedendo quale presupposto per l'integrazione del negozio in frode l'identità del risultato perseguito, individua nell'accordo frodatorio un vero e proprio negozio giuridico, capace di "degradare quello posto in essere *principaliter* a semplice strumento per il conseguimento del fine ulteriore consistente nella elusione del divieto".

Recentemente si è pertanto sostenuto che debba intendersi per frode "una combinazione di atti che in sé sono leciti ma che nel loro insieme rivelano una funzione illecita"<sup>42</sup>

Non vi è chi non abbia infine tentato di ricondurre la frode nell'ambito dei negozi indiretti<sup>43</sup>.

A tale dibattito si affiancano le ulteriori considerazioni svolte tra coloro che attribuiscono rilevanza al motivo e coloro

---

<sup>40</sup> CARRARO, *Frode alla legge*, in *Novissimo dig. it.*, VII Torino.647segg..

<sup>41</sup> OPPO, *Recensione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1944, I, 177 e segg..

<sup>42</sup> La teoria del collegamento negoziale risale a PUGLIATTI S., op. cit., 298, ma si vedano i più recenti contributi e sviluppi ad opera di BIANCA M., op. cit.; *Id.*, *Il divieto di patto commissorio*, cit., 255.

<sup>43</sup> CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico*, cit. 633

che vi contrappongono il discorso sulla causa del negozio in frode, dovendosi riconoscere che probabilmente è quest'ultimo l'orientamento più aderente allo spirito della norma dell'art. 1344 che propria alla causa fa riferimento così come sembra confermato dalla Relazione al Codice Civile al n. 614 secondo cui nell'art. 1344 CC opera *"l'illiceità dell'intento pratico comune ad entrambe le parti che in via più generale è preso in considerazione dall'art. 1345(...). Ma non si può spingere la sanzione fino a colpire anche l'illiceità del motivo che stimolò soltanto una delle parti etc..."*.

Secondo un orientamento risalente e connesso all'idea, superata dal nuovo codice civile, di causa come "movente più immediato alla determinazione volitiva", la causa del negozio in frode deve considerarsi illecita<sup>44</sup>. Opinione secondo alcuni non condivisibile alla luce della concezione della causa come funzione economico-sociale del negozio, non essendo pensabile una intrinseca illiceità delle figure tipiche disciplinate dal Legislatore nonché per la circostanza che lo stesso Legislatore afferma che la causa non è, ma si "reputa" illecita. Con l'avvento della tesi del collegamento negoziale si è fatta strada l'opinione secondo cui, in questo caso, pur essendo lecite le cause dei singoli negozi è illecita la causa complessiva dell'intera operazione<sup>45</sup>, laddove altra dottrina, di converso, ritiene che nella fattispecie in esame, la ragione di invalidità del negozio sarebbe da ricercare, più che nella causa del negozio, nella volontà delle parti ovvero nell'intento fraudolento (diverso dal motivo illecito). In seguito al superamento della impostazione obiettiva della causa del Codice del 1942 (causa come funzione economico-sociale del negozio) ad opera della evoluzione dottrinale in materia si è

---

<sup>44</sup> MESSINA G, *Sulla frode alla legge*, 211.

<sup>45</sup> BIANCA M., *op. cit.*, 588.



passati dall'idea dell'impossibilità dell'illiceità della causa tipica al concetto di illiceità della causa nella sua concreta attuazione essendo illecito l'interesse sotteso dalle parti, ovvero lo scopo pratico da esse perseguito, che conseguentemente "riverbera su di essa la sua illiceità"<sup>46</sup>.

## 7. Orientamenti recenti

Le difficoltà incontrate dalla dottrina sistematica dettate dall'oscurità della formulazione dell'art. 1344 nel suo riferimento all'illiceità della causa lasciano aperti ad oggi ancora numerosi interrogativi circa l'autonomia dell'art. 1344 CC rispetto alla norma proibitiva che sanziona direttamente il contratto illecito; circa la possibilità di interpretare estensivamente o analogicamente la norma imperativa; ed infine circa la natura, lecita o illecita, del contratto utilizzato per eludere la norma imperativa.

Le teorie tradizionali avevano fallito in quanto la teoria oggettiva aveva eliminato qualsiasi distinzione tra violazione di legge e frode alla legge, mentre la teoria soggettiva poneva eccessivamente accento sull'intenzione delle parti di sottrarsi alla legge.

Ma a ben vedere l'intento delle parti (nel senso di interesse<sup>47</sup>) non sembra del tutto estraneo alla norma del 1344CC. Ed invero, secondo un condivisibile orientamento l'intento (che è ciò che si vuole raggiungere col negozio), ha riguardo al risultato obiettivo del contratto e quindi ha una valenza funzionale, mentre il motivo (che è ciò per cui si vuole

---

<sup>46</sup> BETTI E., *op. cit.*, 372.

<sup>47</sup> SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 447.

raggiungere quel dato risultato economico), ha una rilevanza psicologica, e pertanto ne prescinde, nonostante sia comune alle parti. Quindi una valutazione causale del negozio giuridico, se deve prescindere dal motivo che difficilmente in quanto soggettivo è comune alle parti, non può farlo rispetto all'intento pratico dei contraenti<sup>48</sup> che secondo alcuni non è un mero risultato pratico, ma è un risultato pratico garantito dall'ordinamento<sup>49</sup>.

Ma se abbracciamo la nozione di causa che ad oggi sembra preferibile, non più intesa come in passato quale *funzione economico-sociale* del contratto<sup>50</sup>, ma quale *funzione in concreto*<sup>51</sup> o funzione giuridica fissata nella sintesi degli effetti giuridici essenziali<sup>52</sup> in cui l'interesse perseguito dalle parti contraenti viene assorbito dalla causa<sup>53</sup> è fortemente minata l'autonomia della frode alla legge, il cui relativo giudizio dovrebbe afferire alla funzione concreta del contratto. Ciò perché secondo alcuni il fenomeno della frode tende a riassorbirsi in quello della contrarietà alla norma e pertanto l'art. 1344 CC sarebbe soltanto una ripetizione dell'art. 1343 CC.<sup>54</sup>

La dottrina recente, tuttavia, attribuendo maggior rilievo alla collocazione sistematica delle *fraus legi* nell'impianto

---

<sup>48</sup> La rilevanza causale dell'intento a discapito dei motivi si deduce anche da ulteriori norme codicistiche, come ad esempio la norma dell'art. 1362 CC che nel far riferimento, ai fini dell'interpretazione del contratto, alla comune intenzione delle parti deve avere riguardo non certo ai motivi, ma alla rappresentazione che esse si sono fatte dell'effetto pratico del contratto ovvero la norma dell'art. 1424 CC. che, in tema di conversione del contratto nullo, impone l'indagine dello scopo perseguito dalle parti, ovvero dell'intento pratico comune perseguito mediante il rapporto da esse costituito.

<sup>49</sup> CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 4.

<sup>50</sup> Secondo la teoria ascrivibile al BETTI, *op. cit.*, 168.

<sup>51</sup> In tal senso FERRI G.B., *op. cit.*, 248; BIANCA M., *op. cit.*, 453.

<sup>52</sup> PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica. Saggi.*, Milano 1951, 75; NARDI S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, p.18.

<sup>53</sup> Il rilievo causale implica che l'interesse sia dedotto nel regolamento contrattuale perché non degradi a motivo. Ciò consente di spiegare anche come possa essere illecita la causa di un contratto tipizzato.

<sup>54</sup> SACCO, *Il contratto*, in SACCO DE NOVA, *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, p. 120 CATAUDELLA A., *op.cit.* p. 4.

codicistico, che la inserisce in una disposizione specifica (1344 CC) distinta dalla illiceità della causa (art. 1343) e dalla illiceità del motivo (1345) si è cimentata in nuove ulteriori elaborazioni nel tentativo di difendere l'autonomia della frode alla legge.

Una lettura piuttosto recente vede nella norma dell'art. 1344 CC una clausola generale di tipizzazione delle condotte contrarie a norme imperative, idonea a coprire, in forza del combinato disposto<sup>55</sup> tra la norma proibitiva specifica e la norma dell'art. 1344 CC stessa tutte le ipotesi di elusioni e aggiramenti del medesimo precetto senza creare alcun attrito con la norma dell'art. 14 disp. prel.<sup>56</sup>

All'interprete spetta solo il compito di riempire di contenuto la clausola generale

Tale orientamento individua nella disposizione sulla frode alla legge un processo di "integrazione" eccezionale della norma proibitiva, giustificato dallo svuotamento della disposizione in seguito al comportamento elusivo e possibile solo se la norma elusa ha una sua completezza e/o esprime una direttiva dell'ordinamento, formando così un sistema a sé. Tale processo di integrazione sarebbe differente dall'analogia, presupponendo quest'ultima una lacuna *intra legem* dell'ordinamento derivante dalla formulazione eccessivamente generica della norma; e

---

<sup>55</sup> La tecnica del combinato disposto è utilizzata frequentemente in ambito penale. Per es. l'art. 56 C.P. sul tentativo rende tipiche tutte le condotte delittuose normalmente sanzionate come perfette, ma arrestatesi nella fase del tentativo.

<sup>56</sup> "Secondo un orientamento i presupposti di operatività di analogia e frode sono differenti: per utilizzare il procedimento analogico è necessaria l'esistenza di una lacuna in senso proprio dell'ordinamento; perché operi la frode alla legge è invece necessaria una lacuna impropria. Cioè la frode alla legge opererebbe in via complementare all'analogia e, in particolare, quando la norma abbia carattere eccezionale, ovvero nei casi in cui una determinata fattispecie abbia una sua regolamentazione, ma questa sia inadeguata sì da esigere l'applicazione della disciplina del tipo negoziale corrispondente alla reale situazione di interessi delle parti. Quindi la frode alla legge presupporrebbe l'esistenza di una normativa ulteriore rispetto a quella elusa, sotto la quale il comportamento fraudolento sia sussumibile (es art. 2744 eludibile con vendita a scopo di garanzia e art. 1500 Cc mediante cui sarebbe possibile giustificare una vendita con patto di riscatto elusiva del divieto di patto commissorio) Ma è stato osservato che tale teoria rivela insanabile contraddizione dell'ordinamento, vietando e autorizzando nel contempo una determinata condotta". Così NARDI, *op. cit.* 13

richiedendo invece la frode alla legge una lacuna *extra legem*, derivante cioè dalla formulazione troppo ristretta della norma. Utilizzando il "processo di razionalizzazione della tecnica della frode, l'integrazione sarebbe possibile se, presupponendosi la violazione di una norma imperativa di natura materiale, la frode sia desumibile dalla presenza di indici obiettivi quali a) "la surrogabilità in senso economico del procedimento elusivo con quello proibito"<sup>57</sup>; b) la mancanza di un legittimo interesse delle parti allo specifico contratto; c) "la facilità di individuazione della frode con riferimento ai rischi e al costo del procedimento impiegato – quale presupposto per stabilire se l'elusione si dimostri espressione di una prassi consolidata o facilmente consolidabile"<sup>58</sup>; d) la la repentinità degli atti e) la atipicità delle clausole adottate

Ma anche tale orientamento non si sottrae a critiche dal momento che è stato osservato come non si vede "la differenza tra il dire che un contratto, benché non espressamente vietato dalla legge, deve ritenersi illecito in quanto nella sostanza viola lo spirito di un precetto normativo ad esso analogicamente applicabile, e il dire che lo stesso contratto sia colpito con la medesima sanzione per effetto dell'applicazione, in combinato disposto, di due norme, di cui una generale, capace di colpire tutti i contratti analoghi a quello previsto espressamente nella norma speciale in quanto ne raggiungano il medesimo risultato"<sup>59</sup>. Dunque sembrerebbe che, considerate le difficoltà dogmatiche di spiegare la frode alla legge, la stessa debba essere valutata dal punto di vista strutturale del mezzo attraverso il quale il risultato economico è perseguito, dovendosi

---

<sup>57</sup> Nel senso che sussista una identità di scopo tra negozio vietato e quello utilizzato per aggirare la norma proibitiva.

<sup>58</sup> MORELLO U., *op. cit.*,

<sup>59</sup> NARDI S., *op. cit.*, p. 22

escludere l'indagine vincolata al solo risultato raggiunto, che porterebbe ad azzerare le distanze tra il *contra legem agere* e l'*in fraudem legis agere*. L'indagine sulla frode va compiuta pertanto oltre il singolo negozio che può essere di per sé è lecito, prevedendo la dell'art. 1344 CC che la causa – anche se in sé lecita - debba *reputarsi* illecita.

## CAPITOLO II

### **Il concetto di frode alla legge nel Codice Civile Italiano e nel Codice Civil Brasileiro**

#### **1. La frode alla legge nel Codice Civile Italiano**

Il Codice Civile italiano del 1865, sulla scia di quello francese, al di là della disciplina della frode ai terzi, non conteneva alcun precetto generico relativo alla frode.

Non esisteva, pertanto, un istituto o un mezzo di repressione generale di condotte fraudolente. La frode alla legge era sanzionata quando il caso concreto, sebbene vestito di legalità, poteva comunque essere incorporato alle norme imperative violate non perché in frode, ma per essere ricompreso per via interpretativa nella norma stessa<sup>60</sup>.

Il Legislatore del nuovo codice del 1942, eticamente orientato<sup>61</sup>, consacra, invece, un precetto generico sulla frode alla legge nell'art. 1344. Quanto alla sua collocazione sistematica essa non fu pacifica. Inizialmente se ne propose l'inserimento nella sezione relativa alla causa del contratto<sup>62</sup>. Successivamente, si ritenne più opportuna la collocazione nella parte relativa alle nullità<sup>63</sup>, ma alla fine prevalse l'orientamento che preferiva la

---

<sup>60</sup> COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1917, II, pp.45 esegg..

<sup>61</sup> L'orientamento etico-giuridico del Codice Civile italiano è confermato, secondo alcuni autori, anche dalla norma dell'art. 1175 CC -secondo cui "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza" - che impone un obbligo giuridico di condotta comune indispensabile per una ordinata convivenza civile (Cfr. BARASSI, *La Teoria generale dell'obbligazione*, Milano, 1946, I, pp. 28, 81) e dalla presenza di norme che fanno riferimento alla buona fede (come l'art. 1366 sull'interpretazione del contratto e 1375 sulla esecuzione del contratto). In tal senso TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, p. 497.

<sup>62</sup> L'art. 116 del primo progetto ministeriale prevedeva che "Il contratto è nullo quando, avendo causa illecita, costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa o proibitiva.

<sup>63</sup> L'art. 241 del secondo progetto ministeriale prevedeva che "Al di là dei casi espressamente previsti dalla legge, il contratto è nullo (...) quando costituisce il mezzo per eludere disposizioni di legge o di norme collettive".

frode tra i vizi della causa.

Pertanto l'art. 1344 del CC italiano rubricato "Contratto in frode alla legge" riceve una collocazione sistematica nella sezione seconda del libro quarto delle obbligazioni - "Della Causa del contratto" - tra il disposto dell'art. 1343 CC relativo alla illiceità della causa e l'art. 1345 CC che ha invece riguardo all'illiceità del motivo. Ed invero l'art. 1344 CC recita: "Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa".

La norma dell'art. 1344 è norma generale che riversa sull'interprete il compito di definirne contenuto e limiti, che appare ancor più arduo per il riferimento alla "causa" del contratto, concetto sul quale, notoriamente, non si rinviene una concezione unanime.

La dottrina si è spesso interrogata sulla reale autonomia della figura della frode alla legge concludendo, talora, per la negazione della stessa<sup>64</sup>. In particolare si è soffermata ad indagare il confine tra la violazione di legge e la frode alla legge, concludendo, nelle più recenti elaborazioni, per la rilevanza del mezzo attraverso cui si realizza l'assetto di interessi proibito e riconoscendo, quindi, che soltanto una pluralità di atti collegati tra loro per il perseguimento di un determinato fine vietato sono idonei ad integrare un negozio in frode, dovendosi diversamente ritenere, nel caso di un unico negozio, che lo stesso non è in frode, ma in violazione alla legge<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> COGLIOLO, *op. cit.*, *passim*; OTTOLENGHI, *Scritti vari di diritto Privato*, MILANO, 1913, *passim*;

<sup>65</sup> BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957, p. 254; PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 335.

## 1.1 Le sanzioni

Nel Codice Civile italiano alla tipizzazione del negozio *in fraudem legis* non segue la comminazione di una sanzione certa, diversamente da quanto avviene attualmente nel Nuovo Codice Civile brasiliano che, come avremo modo di trattare, pur non qualificando la frode alla legge, la colloca tra le ipotesi di nullità dei negozi giuridici (art. 166 CCB). Tuttavia anche nella vigenza del precedente Codice Civile la dottrina propendeva per la nullità dell'atto fraudolento, consentendo tale soluzione la salvaguardia dell'interesse sociale alla riaffermazione della norma elusa<sup>66</sup>.

Considerato, tuttavia, che la norma dell'art. 1344 CC "reputa" illecita la causa del contratto che costituisce "il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa" (in frode alla legge), e che ai sensi dell'art. 1418 co. 2 CC all' illiceità della causa consegue la nullità del contratto, secondo la dottrina maggioritaria<sup>67</sup> anche nelle ipotesi di frode alla legge la sanzione, sebbene non enunciata, debba essere la nullità per illiceità della causa. Tale conclusione è suffragata dalla considerazione che, essendo medesima la *ratio* delle tre norme collocate sistematicamente nella sezione seconda del libro quarto delle obbligazioni - "Della Causa del contratto", ovvero quella di garantire l'effettività della norma imperativa violata, anche la conseguenza sanzionatoria debba essere la medesima.

Il negozio in frode pone tuttavia un problema di relazione con la eventuale sanzione prevista dalla norma violata. Perché se la nullità del negozio fraudolento appare logicamente coerente col sistema, è anche vero che la norma imperativa aggirata spesso prevede per la sua violazione una sanzione differente dalla nullità, come l'annullabilità (ad esempio l'art. 388 CC). Pertanto, in ipotesi di tal fatta, secondo alcuni<sup>68</sup>, potrebbe verificarsi che la violazione diretta della norma comporti una conseguenza

---

<sup>66</sup> In tal senso LIMA. A., *op. cit.*, 319 e segg.

<sup>67</sup> ROTONDI, *op. cit.*, 1911; CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, 235; GIACOBBE, *op. cit.*, 60 esegg..

<sup>68</sup> CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, cit. 235 ess. specie 240-241



sanzionatoria più lieve della violazione fraudolenta della stessa, colpita sempre da nullità.

Un orientamento giurisprudenziale ha ritenuto di dover applicare il principio della nullità parziale, colpendo con la nullità soltanto le clausole fraudolente<sup>69</sup>, così attribuendo rilevanza al problema quantitativo, più che a quello qualitativo<sup>70</sup>.

Ed invero vi è chi sostiene<sup>71</sup> che proprio la circostanza che l'art. 1418 co.2 non individui la frode tra i vizi idonei a produrre certamente la nullità del negozio, dovrebbe far ritenere applicabile in relazione alla stessa il primo comma dell'art. 1418, laddove è previsto che il contratto contrario a norme imperative è nullo "salvo che la legge disponga diversamente".

Altri<sup>72</sup> sostengono, invece, che la sanzione degli atti in frode alla legge sia l'inefficacia delle stipulazioni private e l'applicazione della norma elusa, dovendosi intendere la nullità in tal caso come inefficacia dei medesimi atti a produrre l'effetto elusivo cui le parti miravano e ciò nel senso che il giudice potrà liberamente superarli o disattenderli per applicare la norma che si intendeva aggirare<sup>73</sup>. Tale interpretazione - che appare necessaria in relazione alle norme precettive (come nel caso dell'art. 2112 CC che impone la successione nei contratti di lavoro) non sortendo la nullità l'effetto perseguito dal legislatore che invece è pienamente soddisfatto con l'applicazione della norma elusa - oltre ad essere più coerente con la finalità di consentire alla norma imperativa di prevalere comunque, meglio si adatta alle ipotesi in cui la norma ha lo scopo di tutelare la parte più debole, come per l'appunto avviene per il lavoro subordinato, in relazione al quale la sanzione della nullità pregiudicherebbe invece i diritti del contraente che proprio la norma imperativa intende tutelare.

Tuttavia tale interpretazione sembra trovare un insuperabile ostacolo

---

<sup>69</sup> Cass. 10 ottobre 1996, n. 8856; Cass. 10 dicembre 1994, n. 10586

<sup>70</sup> Così si esprime NARDI, *op. loc. cit.*, nota 2.

<sup>71</sup> NARDI, *op. cit.*, p. 142

<sup>72</sup> MORELLO, *op. cit.*, 338; D'AMICO G., *op. cit.*, 181. In senso favorevole CRICENTI, *op. cit.*, 294.

<sup>73</sup> Così CRICENTI, *op. cit.*, 393 segg.; MORELLO, *op. cit.*, 338-339;

nella disciplina della conversione del contratto nullo ex art. 1424 CC che pone un principio di conservazione del contratto che soccorre l'autonomia privata ammettendo che un contratto nullo possa produrre gli effetti di un contratto diverso, avendone i requisiti di sostanza e di forma, laddove si possa ritenere che le parti avrebbero accettato di stipularlo se avessero conosciuto l'invalidità.

Orbene, al di là delle considerazioni circa la difficoltà di ritenere che in tali ipotesi le parti avrebbero voluto il contratto diverso e circa la ritenuta impossibilità di conversione del negozio illecito<sup>74</sup> - sebbene susciti qualche perplessità la circostanza che nel caso della frode alla legge non siamo in presenza di una causa realmente illecita, ma "ritenuta illecita" – sembra pacifico che il negozio in frode alla legge non possa essere convertito in quanto l'ordinamento valuta negativamente l'attività delle parti, alle quali non sembra voler apportare soccorso<sup>75</sup>.

## **1.2 Negozi affini alla frode alla legge**

### a) Il negozio indiretto

Un intervento recente della Corte di Cassazione<sup>76</sup> ha contribuito a creare confusione in una situazione già di per sé tutt'altro che chiara, qualificando il contratto in frode alla legge ex art. 1344 del CC quale una "specie del negozio indiretto, caratterizzato dal fatto che lo scopo ulteriore perseguito dalle parti è illecito". Ed invero la pedissequa applicazione della teoria oggettiva, per cui la frode integrerebbe una violazione indiretta di una norma imperativa, indurrebbe a ritenere attuabile la frode stessa attraverso un negozio indiretto, ovvero un negozio

---

<sup>74</sup> Cass. 18 marzo 1953, n. 1036; Cass. 2 febbraio 1957, n. 406; in dottrina BIANCA, *op. cit.* 634; BIGLIAZZI-GERI, *Conversione dell'atto giuridico* (voce), in *Enc. Dir.* X, Milano, 1962, 536

<sup>75</sup> In senso contrario D'AMICO G., *op. cit.*, 183segg..

<sup>76</sup> Cass. 30 maggio 2005, n. 11372

mediante il quale si persegue uno scopo ulteriore o diverso rispetto a quello suo tipico <sup>77</sup> (l'esempio di scuola è quello del mandato irrevocabile senza obbligo di rendiconto ad alienare un bene, con produzione dei medesimi effetti della compravendita ma con esclusione degli effetti reali). Ma parte autorevole della dottrina nega la configurabilità di tale negozio<sup>78</sup> sul presupposto che l'autonomia della causa di ciascun negozio impone di ritenere che esista un rapporto funzionale tra effetto giuridico e interesse perseguito, non ammettendo che lo stesso effetto possa essere strumentale a diverso interesse, se non attribuendo rilevanza ai motivi, normalmente giuridicamente irrilevanti. E pur volendo riconoscere a questi ultimi rilevanza causale, dovrebbe comunque concludersi che il negozio indiretto non potrebbe integrare un negozio in frode alla legge in quanto il negozio sarebbe finalizzato al perseguimento del fine ulteriore vietato e quindi sarebbe *contra legem* e non in *fraudem legis*.

#### b) L'interposizione reale di persona

L'interposizione strettamente considerata è una figura sostanzialmente estranea al codice civile, mancando una disciplina generale e potendosi sporadicamente rinvenire nel codice solo alcuni richiami<sup>79</sup>. Sua funzione è sostanzialmente quella di favorire l'emersione della concreta operazione

---

<sup>77</sup> Sul negozio indiretto: RUBINO D., *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937; AURICCHIO A., *Negozio indiretto* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, XI Torino, 1965, 221.; DI PAOLO M., voce *Negozio indiretto*, in *Dig. Disc. Priv.*, XII Torino 1995, 126; SCALFI G., *Negozio giuridico. Negozio indiretto* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990

<sup>78</sup> Sulla circostanza che la donazione indiretta non debba e non possa essere ricondotta al negozio indiretto Cfr. FEDERICO A., *Uso indiretto del negozio giuridico*, Napoli 2001, p. 56; si veda *contra* TORRENTE A. in *Tratt. Dir. Civ. Comm. Indiretto da CICU A.e MESSINEOF*, Milano 1956, 26.

<sup>79</sup> Tra le norme in cui è palese il riferimento al fenomeno interpositorio si vedano le norme in materia di divieti di acquistare, come ad es. art. 1471CC.

economica posta in essere dalle parti.

Si suole distinguere nel nostro ordinamento l'interposizione fittizia, in cui si verifica una simulazione relativa soggettiva, in forza della quale le parti fingono di volere il negozio apparente, ma vogliono effettivamente il negozio dissimulato<sup>80</sup> e l'interposizione reale, che è quella che pertanto ci interessa maggiormente, in cui una parte acquista diritti che si impegna a ritrasferire alla controparte o a un terzo<sup>81</sup>.

Il meccanismo interpositorio presuppone una relazione contrattuale tra interponente e interposto in esecuzione della quale l'interposto acquista diritti che si è obbligato precedentemente a ritrasferire all'interponente ovvero a un terzo.

Non sussistendo un divieto generale deve ritenersi legittima nel nostro ordinamento l'interposizione reale di persona, argomentabile anche, a titolo di esempio, dalla espressa previsione legislativa del mandato senza rappresentanza, nonché dalla circostanza che il legislatore si sia preoccupato di vietare espressamente alcune fattispecie interpositorie, prevedendo correlativamente specifiche sanzioni. Così ad esempio per i divieti di acquisto ex artt. 323, 378, 396, 1471 n. 3 e 4 CC è prevista l'annullabilità, mentre per i divieti ex art. 779, 1261, 1471 n. 1e 2, 2233 CC la sanzione è la nullità. In alcune ipotesi sono previsti rimedi specifici, come l'obbligo di rialienazione nell'ipotesi di cui all'art. 2357 CC ovvero, nella legislazione speciale in materia lavoristica, il divieto di interposizione di manodopera ex art. 1 L. 1369 del 1960 in cui la sanzione è finalizzata frustrare gli effetti del negozio interpositorio, considerando i lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore della

---

<sup>80</sup> VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro II. Il rapporto di lavoro*, 2008, 637.

<sup>81</sup> DI MARZIO F., *op. cit.*, in...

prestazione. In altre circostanze, invece, non è previsto alcun tipo di sanzione (artt. 2358, 2359-*bis*, 2360 CC).

Se oggetto del divieto è l'interposizione (come nel caso dell'interposizione di manodopera), generalmente sono nulli sia il contratto stipulato tra interposto e interponente che quello stipulato tra interposto e terzo; quando, come avviene più frequentemente oggetto del divieto è un dato risultato contrattuale secondo parte della dottrina si può ritenere la validità del contratto concluso dall'interposto in violazione dell'accordo illecito nei confronti di un terzo in buona fede<sup>82</sup>.

### c) La simulazione

La simulazione ricorre quando le parti stipulano un contratto ma concordano sulla circostanza che esso non corrisponda alla realtà del loro rapporto<sup>83</sup> normalmente al fine di trarre in inganno i terzi<sup>84</sup>. Consiste, quindi, in una divergenza tra dichiarazione e volontà effettiva. Essa si qualifica come *assoluta* se le parti concludono un contratto apparente (simulato), ma in realtà non ne vogliono nessuno e *relativa* se, invece, vogliono un contratto diverso (dissimulato).

Il contratto dissimulato può essere diverso dal contratto simulato totalmente (simulazione relativa totale) o anche solo parzialmente (simulazione relativa parziale). Può infine differire per una delle parti (simulazione relativa soggettiva), integrando la cd. interposizione fittizia di persona, che va distinta

---

<sup>82</sup> NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990, p.190.

<sup>83</sup> BIANCA M., PATTI G., PARTTI S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995, p.736.

<sup>84</sup> FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, 37. Ma si vedano anche i contributi sulla simulazione in generale di GALGANO F., *La simulazione del contratto e dell'atto unilaterale*, in AA.VV., *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca, artt. 1414*, (a cura di GALGANO F.), Bologna 1998, p.6; GENTILI A. *Il contratto simulato*, Napoli, 1982; ...

nettamente dalla interposizione reale. Ed invero nella interposizione reale l'interposto è contraente effettivo, nella interposizione fittizia egli è contraente fittizio giacché nel contratto dissimulato si dichiara che gli effetti sostanziali, a lui attribuiti nel contratto simulato, si vogliono prodotti in capo all'interponente. Conseguentemente sono differenti le relative azioni di simulazione e di accertamento di interposizione reale di persona, dal momento che nella prima l'interposto figura solo come acquirente, mentre gli effetti del negozio si producono a favore dell'interponente; nella seconda invece non esiste simulazione, in quanto l'interposto, d'accordo con l'interponente, contrae con il terzo in nome proprio e acquista i diritti nascenti dal contratto salvo poi l'obbligo, derivante dai rapporti interni, di ritrasferire i diritti acquistati all'interponente. Essendo le due azioni distinte, la proposizione dell'una non interrompe i termini di prescrizione dell'altra e il giudicato sull'una non esclude la proposizione di nuova domanda sull'altra<sup>85</sup>. Inoltre l'interposizione fittizia di persona richiede l'imprescindibile partecipazione all'accordo simulatorio di interposto, interponente e del terzo contraente che deve manifestare la volontà di assumere diritti e obblighi contrattuali direttamente nei confronti dell'interponente (secondo un meccanismo analogo a quello della rappresentanza diretta, mentre la mancata adesione agli accordi sottostanti pur conosciuti dal terzo integra la diversa fattispecie della interposizione reale di persona). Pertanto la prova della simulazione relativa soggettiva implica la prova della partecipazione all'accordo dissimulato anche del terzo contraente.<sup>86</sup>

Operano in relazione al contratto simulato e a quello

---

<sup>85</sup> DI MARZIO F., op. cit., p. 6.

<sup>86</sup> Cass. 18 maggio 2000, n. 6451.

dissimulato (nella simulazione relativa) gli stessi meccanismi che operano per tutti gli altri contratti. Pertanto ciascun contratto sarà nullo se privo dei requisiti di legge, ovvero illecito se contrario a norme imperative, ordine pubblico o buon costume. Ma in nessun caso la simulazione può essere considerata di per sé causa di illiceità<sup>87</sup>. Il contratto simulato spesso occulta un contratto dissimulato illecito.

Frequentemente, quando il contratto dissimulato tende a perseguire finalità illecite, si è affiancato a questo il concetto di negozio in frode alla legge, apparendo evanescente il confine tra le due figure. Ma la dottrina ha più volte rimarcato le differenze tra i due istituti. Non sono mancate voci autorevoli che hanno ritenuto la simulazione possibile strumento di frode alla legge<sup>88</sup>, o meglio ancora strumento idoneo ad occultare la già avvenuta violazione di una norma imperativa<sup>89</sup>. Ed invero è il contratto dissimulato che, eventualmente, realizza la violazione diretta della norma proibitiva e che pertanto è *contra legem* e non *in fraudem legis*. Sostanzialmente simulazione e frode non vanno confuse perché nella prima ha rilevanza l'elemento soggettivo in quanto il presupposto è una controdichiarazione dalla quale risulti la diversa volontà delle parti; inoltre la violazione della norma proibitiva è una violazione diretta (anche se nascosta); nella seconda, a prescindere da tale volontà delle parti, rileva la sostanza economica e quindi la ricostruzione del vero affare posto in essere<sup>90</sup>. E la differenza rileva anche sul piano delle sanzioni, dal momento che la frode è punita con la nullità del contratto, mentre alla simulazione consegue il regime di

---

<sup>87</sup> GENTILI, *Simulazione dei negozi giuridici*, cit., p.512.

<sup>88</sup> BETTI, *op. cit.*, p. 396.

<sup>89</sup> CRICENTI, *op. cit.*, p. 21.

<sup>90</sup> MORELLO U., *op. cit.*,. Nello stesso senso NARDI S., *op. cit.*

efficacia/inefficacia ex art. 1414e ss. CC<sup>91</sup>. In via generale il contratto simulato non produce effetti tra le parti (ex art. 1414 c.1), mentre è efficace il contratto dissimulato (art. 1414 c. 2).

La circostanza che un negozio in frode sia stato occultato da un negozio simulato non implica che la frode sia stata realizzata mediante la simulazione. Pertanto il negozio dovrà qualificarsi in frode non per l'occultamento, che al più può essere valutato come un indizio di frode, ma per motivi che vanno valutati autonomamente<sup>92</sup>

## 2. La frode alla legge nel Codice Civile Brasiliano

Il Codice Civile Brasiliano (da ora, e solo nei casi dubbi CCB) nella sua originaria formulazione del 1916<sup>93</sup>, seguendo l'orma di quello Francese, e sulla scia della tradizione romanistica che non aveva elaborato una teoria generale della frode tale da ricomprendere la frode nei suoi vari aspetti, si è

---

<sup>91</sup> Ma si veda la numerosa giurisprudenza che considera il contratto simulato nullo ex art. 1418 CC per mancanza del requisito dell'accordo, così Cass. 29 maggio 1998, n. 5317; Cass. 9 giugno 1992, n. 7084; Cass. 23 ottobre 1991, n. 11215; Cass. 9 maggio 1991, n. 4986. Anche la dottrina in parte aderisce a tale orientamento. Cfr. PUGLIATTI, *La simulazione nei negozi unilaterali*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951, p. 539; BETTI, *op. cit.*, p. 409; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.* p. 151; *Contra* GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982, p. 7 segg.; GENTILI, *Simulazione dei negozi giuridici*, in *Digesto disc. Priv.* XVIII, 1998, p. 517. In realtà non sembra corretto sostenere che il contratto simulato non sia voluto. Al contrario lo scopo del contratto simulato è che l'accordo (che dunque c'è) si veda. Altra cosa è la sua neutralizzazione ad opera di una controdichiarazione. Ciò che manca, a dirlo con GALGANO, non è la volontà del contratto, ma la volontà degli effetti, *op. cit.*, p. 12. Taluni argomentano dalla lettera del codice che sanziona espressamente con la inefficacia il contratto simulato. Ma il dato letterale non deve ritenersi decisivo dal momento che la qualifica di inefficacia è spesso utilizzata sia per descrivere l'inefficacia in senso stretto quanto gli effetti della nullità. Maggior rilievo deve attribuirsi alla inopponibilità della simulazione a determinati terzi (impensabile nel caso di nullità) o al regime della trascrizione che consente in caso di simulazione ampia salvezza dei diritti dei terzi in buona fede in base ad un atto trascritto anteriormente alla domanda di simulazione (art. 2652 n. 4) laddove la sentenza che dichiara la nullità non pregiudica i diritti dei terzi in buona fede acquistati con contratti trascritti successivamente a quello dichiarato nullo e precedentemente alla trascrizione della domanda di nullità, sempreché questa sia stata trascritta decorsi 5 anni dalla prima trascrizione del contratto nullo Così DI MARZIO F., *op. cit.*, p. 7.

<sup>92</sup> D'AMICO G., *op. cit.*, pp. 125 esegg..

<sup>93</sup> Il nuovo Codice Civile Brasiliano è entrato in vigore nel gennaio 2002.



preoccupato di disciplinare la frode ai creditori o pauliana.

In disposizioni sparse si condanna la frode alla legge, ma non si rinvengono regole normative generiche che in qualche forma la reprimano. Di conseguenza i giuristi brasiliani, seguendo il Codice Civile del 1916, si sono preoccupati quasi esclusivamente di studiare la frode ai creditori, trascurando la frode alla legge in senso stretto.

Il Nuovo Codice Civile Brasiliano del 2002 porta invece alcune interessanti novità degne di considerazione. In particolare, pur non individuando un concetto generale di frode, introduce la regola espressa, prevedendo la nullità dei negozi giuridici fraudolenti, accogliendo l'orientamento giurisprudenziale che, in assenza di previsioni legali, già individuava nella nullità la sanzione della frode alla legge<sup>94</sup>.

Ed invero l'art. 166 CC inserito nel cap. V "Sull'invalidità del negozio giuridico" dispone: "È nullo il negozio giuridico quando: (...) VI - ha come obiettivo frodare la legge imperativa". Pertanto, occorrendo frode alla legge, la conseguenza non sarà la stessa sanzione prevista per la violazione diretta della norma imperativa (in virtù del principio dell'*exaequatio* dell'*agere in fraudem legis* all'*agere contra legem*) ma sempre e comunque la nullità, potendo pertanto il negozio in frode essere punito più severamente della violazione diretta della norma elusa, nel caso in cui per questa sia comminata solo l'annullabilità.

### **2.1. Uno sguardo al tema dell'invalidità dei negozi giuridici nel Nuovo Codice Civile Brasiliano**

La considerazione che l'atto in frode alla legge nel diritto brasiliano produca la nullità impone di verificare se il concetto

---

94 Si veda per tutte STJ, 4a T., REsp. 331.200, 9.4.2002.

di nullità e di invalidità del negozio in generale sia analogo a quello previsto nel nostro ordinamento ovvero se ad esso debba attribuirsi un significato differente.

Ed invero l'espressione "Invalidità del negozio giuridico" che si rinviene al cap. V del CCB ricomprende la nullità e l'annullabilità del negozio giuridico ed è impiegata per indicare "il negozio giuridico che non produce gli effetti voluti dalle parti, o che sarà classificato nullo o annullabile a seconda del grado di imperfezione verificato". Il codice del 2002 non accoglie la distinzione tra annullabilità e rescindibilità<sup>95</sup>, e non ha seguito la tricotomia esistenza/validità/efficacia del negozio giuridico, pur proposto da autorevoli voci<sup>96</sup>.

Pur non rinvenendosi nella struttura del codice alcuna norma circa l'inesistenza del negozio<sup>97</sup> e nonostante voci contrarie che tacciano la categoria del negozio inesistente di "inutilità" - laddove invece la categoria del negozio nullo appare notevolmente più vantaggiosa - e di "sconvenienza" - perché, non essendo necessaria una declaratoria giudiziale, priverebbe le parti delle garanzie di difesa a cui invece avrebbero diritto in un

---

<sup>95</sup> Nel CC italiano l'azione di rescissione è concessa quando il contratto è stato concluso a condizioni inique per la necessità nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona - stato di pericolo - (art. 1447) ovvero se c'è sproporzione tra le prestazioni dipendente dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio - rescissione per lesione - (art. 1448). Si prescrive in un anno e non è più esperibile se l'originaria sproporzione non esiste più al momento della proposizione della domanda. Nel codice brasiliano le ipotesi di rescissione italiana rientrano tra i vizi sociali per cui la parte interessata può far valere la annullabilità ex art. 171 CCB.

<sup>96</sup> Tra gli altri PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 197, 4. Diversamente nell'ordinamento italiano si distingue tra inefficacia in senso ampio, che comprende in generale tutte le ipotesi di inesistenza o di invalidità (nullità o annullabilità), e inefficacia in senso stretto in cui il negozio non produce effetti a causa di un fattore estrinseco, quale per esempio una condizione sospensiva o un termine iniziale. Pertanto l'atto, pur essendo valido, è temporaneamente inefficace.

<sup>97</sup> Anche il Codice Civile italiano non accoglie il concetto di inesistenza che è tuttora dibattuto, dal momento che parte della dottrina nega l'autonomia della categoria, equiparandola alla nullità. Tuttavia generalmente è considerato inesistente l'atto che manchi delle condizioni minime per essere qualificato come negozio giuridico. E gli effetti della inesistenza non sono identici a quelli della nullità, dal momento che l'atto inesistente non produce effetti, neppure indiretti che invece il negozio nullo può produrre (es. matrimonio putativo) e non può convertirsi come previsto invece per il negozio nullo (art. 1424 CC).

processo per invalidità<sup>98</sup> - è ammessa nell'ordinamento brasiliano la teoria del negozio inesistente<sup>99</sup>.

Il negozio è considerato inesistente quando manca un elemento strutturale, come ad esempio il consenso<sup>100</sup>. L'inesistenza è ammessa nell'ordinamento brasiliano e la conseguenza dell'inesistenza è la stessa della nullità. Atto inesistente, pertanto, è quello che manca di un elemento essenziale alla sua formazione. E' puro fatto senza esistenza legale. Anche nel diritto brasiliano come in quello italiano la categoria ha, in verità, una sua utilità in relazione alla distinzione dall'atto nullo. Ed invero l'atto inesistente non produce effetti, mentre quello nullo può produrne alcuni, sebbene diversi da quello che la legge normalmente gli attribuisce. L'invalidità, inoltre, è posteriore all'esistenza, dal momento che solo è valido o invalido ciò che esiste<sup>101</sup>.

#### a) Nullità

Sostanzialmente il concetto di nullità non si discosta da quello conosciuto nel nostro ordinamento. Ed invero la nullità è la sanzione imposta dalla legge agli atti o negozi giuridici realizzati senza l'osservanza dei requisiti essenziali, quando siano violati precetti di ordine pubblico di interesse sociale impedendo la produzione degli effetti che gli sono propri<sup>102</sup>. Essa è pertanto comminata nell'interesse della collettività. E'

---

<sup>98</sup> RODRIGUES S., *Direito civil*, São Paulo, 2003, 291.

<sup>99</sup> STJ, 4 T. , Resp. 115.966 del 17/02/2000.

<sup>100</sup> Se manca qualunque manifestazione di volontà il negozio non è formato e pertanto è inesistente; se la volontà è viziata da errore, violenza o dolo esiste, ma è annullabile. Se la volontà è quella di un incapace, il negozio esiste, ma a seconda dei casi può essere annullabile o nullo.

<sup>101</sup> Cfr. AMARAL F., *Direito civil, introdução*, 509-510.

<sup>102</sup> ANDA, *Introdução ao direito civil*, Sao Paulo, 2006. Nello stesso senso DINIZ M.H., *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo, 2002, 1, 447.

necessaria una pronuncia giudiziale, anche d'ufficio<sup>103</sup> che, in ogni caso, ha natura meramente declaratoria. Il negozio nullo non produce effetti<sup>104</sup>. La nullità può essere fatta valere in ogni tempo da chiunque vi abbia interesse ed ha efficacia *ex tunc*, retroagendo alla data del negozio. Non è sanabile per mezzo di convalida (art. 169 CC)<sup>105</sup>, tuttavia ne è ammessa la conversione in negozio diverso di cui abbia i requisiti, quando il fine che si proponevano le parti permette di ritenere che le stesse lo avessero voluto se avessero opera di pieno diritto e deve essere pronunciata d'ufficio dal giudice (art. 168 CC).

<sup>1</sup> Ciò tuttavia non è vero in quanto non è previsto la nullità<sup>106</sup>.

Ed invero l'art. 170 CC introduce espressamente nel diritto positivo brasiliano la conversione del negozio giuridico quale strumento di conservazione del negozio che risponde a principi di economicità.

La nullità è *assoluta* quando esiste un interesse sociale oltre a quello individuale alla privazione degli effetti giuridici dell'atto o negozio. Per questo motivo può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e deve essere pronunciata d'ufficio dal giudice (art. 168 CC)<sup>107</sup>. Secondo la dottrina prevalente e sostanzialmente anche per la giurisprudenza, invece, la nullità *relativa*, che ha riguardo a negozi affetti da vizi sanabili, non ha una propria autonomia, identificandosi con l'*annullabilità*<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> La nullità opera di pieno diritto e deve essere pronunciata d'ufficio dal giudice (art. 168 CC).

<sup>104</sup> Ciò tuttavia non è vero in assoluto perché a volte dall'atto nullo discendono determinate conseguenze (come nel caso del matrimonio putativo ovvero nel caso della vendita nulla, che non è idonea a trasferire la proprietà ma vale come giustificazione del possesso di buona fede).

<sup>105</sup> Il nuovo codice civile sostituisce al vecchio termine "ratifica" quello di "convalida".

<sup>106</sup> Ad esempio una vendita simulata, che può avere i requisiti di una donazione o un atto pubblico che può avere i requisiti di una scrittura privata.

<sup>107</sup> La nullità assoluta è a) immediata (invalida il negozio sin dalla sua formazione); b) assoluta, perché può essere allegata da qualsiasi interessato ed anche dal P.M. se gli compete intervenire o dal giudice se provata; c) insanabile d) perpetua. In tal senso GOMEZ. O., *Introdução ao direito civil*, Rio de Janeiro, 1996, p. 474.

<sup>108</sup> In tal senso DA SILVA PEREIRA C.M., *Instituições de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro,

Diversamente altri ritengono che non sia possibile confondere la nullità relativa con la annullabilità, dal momento che la seconda è una sanzione di grado inferiore<sup>109</sup>.

La nullità totale travolge l'intero negozio giuridico, quella parziale colpisce solo una parte dello stesso. Ed invero l'art. 184 CC prevede il principio di conservazione del contratto secondo cui "rispettata l'intenzione delle parti, l'invalidità parziale di un negozio non lo pregiudicherà nella parte valida, se questa è separabile; l'invalidità dell'obbligazione principale implica quella delle obbligazioni accessorie, ma quella di queste ultime non comporta quella dell'obbligazione principale".

Infine la nullità è *testuale* se espressa dalla legge; *virtuale* o *implicita* quando non essendo espressa, può essere dedotta dalle espressioni usate dal legislatore come "non avrà validità", "non è valido", "resterà senza effetto", "a pena di nullità", mentre quando la legge si esprime con formule più ambigue quali "non si può" (art. 1521 CC), "non si ammette" (art. 380 CC), non è lecito, sarà compito dell'interprete verificare, in base all'interpretazione sistematica, se si tratti di nullità o di annullabilità (visto che l'efficacia è stata eliminata dal nuovo Legislatore)<sup>110</sup>.

Perché un negozio giuridico sia valido per il Codice Civile brasiliano deve essere concluso da soggetto capace, l'oggetto dello stesso deve essere possibile, lecito<sup>111</sup>, determinato o

---

2004, 633; RODRIGUES S., *op. cit.*, 292; STOLZE GAGLIANO- POMPLONA FILHO R., *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1, São Paulo, 2003, 399. In giurisprudenza si v. STJ 4a T. Resp. 246.824, 21.03.2002.

<sup>109</sup> AMARAL F., *op. cit.*, 514 e 526; GODIM FILHO, *Revista Acadêmica da Faculdade de direito do Recife*, 1929, 302; JUNQUEIRA DE AZEVEDO A., *Negócio jurídico e declaração negocial*, São Paulo, 1986, 112.

<sup>110</sup> Cfr. DE SALVO VENOSA S. *Diritto civile. Parte geral*, 2003, 573.

<sup>111</sup> L'oggetto è illecito quando contrario alla morale, al buon costume, secondo la morale vigente in un dato periodo storico. Così DE SALVO VENOSA S., *op. cit.*, 571.

determinabile<sup>112</sup> e deve rispettare la forma prescritta (art. 104 CC). Conseguentemente il Codice Civile brasiliano colpisce con la nullità il negozio quando concluso da persona assolutamente incapace, quando l'oggetto sia illecito, impossibile o indeterminabile, quando il motivo determinante<sup>113</sup> comune ad entrambe le parti è illecito. Normalmente il motivo è, come in Italia, giuridicamente irrilevante, salvo che costituisca ragione determinante del negozio (art. 140 CCB) integrando, in tal modo il contenuto negoziale. Pertanto l'illiceità del motivo determinante, che non va confuso con la causa del negozio giuridico, comporta l'illiceità del suo oggetto<sup>114</sup>. Il concetto di illiceità, secondo la dottrina, non ha riguardo ad aspetti di pura legalità, ma include anche la questione della moralità. Oggetto illecito è quello contrario non solo al diritto, ma anche al buon costume<sup>115</sup>.

Infine il negozio è nullo quando non riveste la forma prescritta dalla legge, o quando sia stata omessa una forma solenne che la legge considera essenziale per la sua validità; quando ha come obiettivo frodare la legge imperativa; quando la

---

<sup>112</sup> Non è necessario che l'oggetto esista, e che sia perfettamente delineato, essendo ad esempio possibile la compravendita di cosa futura; ciò che si esige è che l'oggetto sia identificabile. DE SALVO VENOSA S., *op. loc. cit.*

<sup>113</sup> La norma attribuisce rilevanza giuridica al motivo determinante, innovando rispetto al codice del 1916. E l'espressione utilizzata risulta coerente con la formulazione dell'art.140 che non menziona la causa, come invece faceva il vecchio codice, ma il motivo che, se falso, vizia la dichiarazione di volontà quando espresso come ragione determinante. Ovviamente la previsione dell'art. 166 sul motivo è più grave in quanto l'ordinamento non permette la produzione di alcun effetto se il motivo comune alle parti è illecito. Secondo DE SALVO VENOSA S., *op. loc. cit.*, non sempre è facile distinguere l'oggetto illecito dal motivo determinante comune illecito. Ad esempio: la compravendita di un lupanare ha in sé una finalità illecita. Il finanziamento, noto ad entrambe le parti, ha la finalità di acquisire il lupanare accede al motivo determinante che renderà il negozio nullo. Se una sola delle parti è a conoscenza della finalità illecita, non sussiste la nullità del negozio quanto al motivo determinante, perchè ciò che si punisce è il negozio nella sua integralità. Se uno solo dei contraenti è a conoscenza delle illiceità, non c'è modo di invalidare il negozio, per ragioni di certezza del diritto. La conoscenza da parte di entrambi i contraenti del motivo determinante è oggetto di prova, non sempre facile.

<sup>114</sup> AMARAL F., *op. cit.*, 530.

<sup>115</sup> BERNARDES DE MELLO M., *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, Rio de Janeiro, 2000, 79.

legge tassativamente lo dichiara nullo o ne vieta la realizzazione<sup>116</sup>, senza comminare sanzione (art. 166 CC) ovvero, infine, quando è simulato (art. 167 CC).

#### b) Annullabilità

Quando non sono in gioco interessi della collettività, ma la mera convenienza della parte, quest' ultima, se pregiudicata da un atto viziato, può promuovere un'azione chiedendo l'annullamento dell'atto, che pertanto produce validamente i suoi effetti fino al momento dell'eventuale declaratoria. Diversamente dalla nullità e analogamente a quanto avviene in Italia il vizio deve essere fatto valere nei termini di legge<sup>117</sup> dalla parte interessata. Conseguentemente il negozio può essere annullato dal giudice (con pronuncia che ha efficacia *desconstitutiva*), esclusivamente su richiesta della parte, operando con efficacia *ex nunc*. Il negozio annullabile è suscettibile di sanatoria per mezzo di convalida (art. 172 CC) espressa<sup>118</sup> o tacita<sup>119</sup>.- salvo che terzi non vengano da ciò pregiudicati (art. 172 CC) -. La convalida comporta l'estinzione di tutte le azioni o esecuzioni avviate dal debitore contro il negozio annullabile.

Oltre ai casi espressamente previsti dalla legge è annullabile il negozio giuridico I) per incapacità relativa

---

<sup>116</sup> Il nuovo Codice Civile Brasiliano soccorre l'interprete affermando che il negozio deve considerarsi nullo quando lo stesso è proibito, ma non è prevista sanzione. Tuttavia, osserva DE SALVO VENOSA, *op. cit.*, 573, che in diritto qualunque affermazione perentoria è rischiosa:

<sup>117</sup> Il termine di decadenza è normalmente corto. Se non è previsto un termine specifico, questo si reputa di 2 anni dalla data di conclusione dell'atto (art. 179 CC)

<sup>118</sup> Quando c'è una dichiarazione di volontà che contenga la sostanza del negozio stipulato, essendo necessario che sia esplicita la volontà di mantenerlo (art. 173 CC) dovendo avere i requisiti di forma dell'atto realizzato.

<sup>119</sup> Quando l'obbligazione è già stata adempiuta in parte dal debitore, consapevole dell'esistenza del vizio (art. 174 CC).

dell'agente<sup>120</sup>; II) per vizio risultante da errore, dolo, violenza, stato di pericolo, lesione o frode ai creditori (art. 171 CC).

Nel vecchio codice anche la simulazione rientrava in tale elenco, mentre nel nuovo codice è stata stralciata e spostata tra le cause di nullità del negozio giuridico (art. 167 CC).

## **2.2 Altre tipologie di frode: la frode pauliana e la frode all'esecuzione**

Il nuovo Codice Civile brasiliano disciplina la cd. frode comune. In verità secondo alcuni autori essa è classificata in tre specie, non tutte disciplinate dal codice stesso: la frode ai creditori *strictu sensu* (frode pauliana), la frode all'esecuzione, e la frode al pignoramento. Inoltre alcuni autori identificano una quarta specie, ovvero la frode per abuso di personalità giuridica, il cui obiettivo di pregiudicare i terzi non si limita ai creditori ma a qualunque soggetto di diritto che veda i suoi interessi pregiudicati<sup>121</sup>.

Secondo la dottrina tra le tre specie tradizionali di frode esiste una gradazione di situazioni quanto alla loro gravità. Ed invero la meno grave è la frode pauliana, che richiede l'insolvenza del debitore come elemento oggettivo e l'elemento soggettivo della frode; segue la frode all'esecuzione, prevista dal Codice di Procedura Civile brasiliano, dove è richiesto solo l'elemento oggettivo dell'insolvenza del debitore. E infine la più grave, consistente nella vendita di beni pignorati, dove nemmeno l'insolvenza del debitore è requisito della frode.

---

<sup>120</sup> Sono relativamente incapaci coloro che sono soggetti a tutela (art. 1728 CC) e a curatela (1767 CC): giovani tra i 16 e i 18 anni, , gli ebbri abituali o i viziati in droga, o coloro le cui capacità di discernimento siano ridotte a causa di deficienza mentale, i prodighi.

<sup>121</sup> PINHEIRO F.G, *op. loc. cit.*



La frode pauliana o frode ai creditori *strictu sensu*, è un istituto di diritto sostanziale caratterizzato dall'esistenza di un atto negoziale idoneo a diminuire il patrimonio del debitore insolvente in pregiudizio del creditore preesistente, allo scopo di sottrarsi al pagamento dovuto.

La dottrina richiede, per l'integrazione della fattispecie, l'esistenza dell'elemento oggettivo, l'*eventus damni*, consistente appunto nella diminuzione o svuotamento del patrimonio del debitore insolvente in pregiudizio del creditore preesistente, con lo scopo di sottrarsi al pagamento dovuto, e di quello soggettivo del *consilium fraudis*, che si caratterizza per la mala fede e per l'intenzione fraudolenta<sup>122</sup>.

La conseguenza della frode ai creditori è l'annullabilità, nonostante la dottrina moderna propenda per la inefficacia, non accolta dal nuovo Codice Civile<sup>123</sup>.

La disciplina della frode ai creditori e della frode all'esecuzione hanno la stessa finalità, ovvero quella di tutelare il creditore contro eventuali artifici del debitore che intenda sottrarre i propri beni alla garanzia patrimoniale del creditore. Tuttavia nella frode all'esecuzione il procedimento è semplificato.

La frode all'esecuzione è un istituto di natura processuale regolato dagli artt. 592 e 593 CPC e, diversamente dalla frode ai creditori, presuppone un processo instaurato. Pertanto può ricorrere solo nel corso di una azione intentata contro l'alienante, e non dipende dal suo eventuale stato di insolvenza.

Nella frode ai creditori il debitore anticipa questi ultimi dissipando i propri beni, occultandoli o favorendo in qualche modo altri creditori. In tale ipotesi il creditore non ha ancora agito in giudizio, perché ad esempio ancora non è possibile

---

<sup>122</sup> PEREIRA M. A., <http://www.juspodivm.com.br>

<sup>123</sup> DE SALVO VENOSA S., *op. cit.*, 491.

pretendere l'adempimento dell'obbligazione. L'interesse in gioco è un interesse di diritto privato, pertanto l'insolvenza del debitore è requisito fondamentale dell'istituto.

Nella frode all'esecuzione, invece, esistendo già un' azione intentata contro la parte, l'interesse è pubblico, indipendentemente dalla pronuncia della sentenza e l'elemento della mala fede sia del debitore che dell'acquirente è indifferente perché si presume.

Il ricorrere della frode all'esecuzione determina l'inefficacia dell'atto di disposizione dei beni.

### **2.3 Negozi affini: la simulazione**

La simulazione consiste nella stipula di un negozio giuridico che ha apparenza di normalità, ma che a causa di una manifestazione ingannevole di volontà, non persegue il risultato che dallo stesso giuridicamente ci si aspetta. Il proposito di coloro che simulano il negozio giuridico e sono d'accordo, è ingannare terzi estranei al negozio giuridico o frodare la legge<sup>124</sup>.

Si tratta di una manifestazione di volontà intenzionalmente divergente con la volontà interna, realizzata per mezzo di un accordo di tutti i contraenti con la finalità di ingannare innocentemente (simulazione innocente) o in pregiudizio della legge e dei terzi (simulazione fraudolenta o illecita).

Si compone quindi di tre elementi: 1) l'intenzionalità della divergenza tra voluto e dichiarato; 2) l' intento di ingannare; 3) l' accordo simulatorio tra le parti.

Il negozio può essere simulato quando presenta l'apparenza di un negozio non voluto e dunque inesistente – negozio

---

<sup>124</sup> DE ANDRADE NERI – NERI JUNIOR, *Código civil anotado e legislação extravagante*, Belo Horizonte, 2003, 229.

apparente - (simulazione assoluta), ovvero quando attribuisce o trasferisce diritti a persona diversa da quella alla quale si attribuiscono o trasferiscono - interposizione di persona - (simulazione relativa); quando contiene dichiarazioni, confessioni o condizioni non vere (falsità ideologica); infine quando i mezzi utilizzati riportino una data anteriore o posteriore a quella effettiva (art. 167 CC).

Nel precedente regime la distinzione tra simulazione e frode era assai rilevante, dal momento che la sanzione per la simulazione era la annullabilità, mentre per la seconda già la giurisprudenza comminava la nullità. L'attuale art. 167 CCB, invece, commina la nullità anche ai negozi giuridici simulati, sia nel caso di simulazione assoluta che relativa, risolvendo così il problema della distinzione tra simulazione e frode con la irrilevanza degli effetti. Il nuovo Codice preserva il negozio dissimulato, se valido nella sostanza e nella forma, salvo i diritti dei terzi in buona fede per il principio della certezza delle relazioni giuridiche.

La simulazione può essere allegata come difesa e deve essere riconosciuta d'ufficio dal giudice (art. 168 CC) in qualunque tempo e grado di giudizio. Il negozio simulato non può essere convalidato dalle parti (art. 172 CC) nemmeno in seguito al decorso del tempo (art. 169 CC). Riconosciuta la simulazione, gli effetti di tale riconoscimento retroagiscono alla data di realizzazione del negozio giuridico simulato (*ex tunc*)<sup>125</sup>.

Sostanzialmente la distinzione tra simulazione e frode alla legge consiste nel fatto che il negozio fraudolento non è apparente, ma serio e voluto dalle parti. La simulazione non è un

---

<sup>125</sup> BARBOZA, BODIN DE MORAES, TEPEDINO, *Codice civil interpretado*, Rio de Janeiro, 2007, 316segg..

modo per eludere la legge, ma di occultare la sua violazione<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> CARDOSO DE GUSMÃO S., voce *Fraude à lei*, in CARVALHO SANTOS, *Repertório Enciclopédico do direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, XXIII, 134.

## **CAPITOLO III**

### **LA FRODE NEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO**

#### 1. Generalità

L'ordinamento giuslavoristico italiano ha subito recentemente profonde modificazioni che si sono risolte nella moltiplicazione delle norme inderogabili di tutela.

Tra le tecniche utilizzate dal nostro legislatore per tutelare il contraente debole tradizionalmente un ruolo importante spetta al ricorso ai divieti legali, che comportano la trasformazione di quelle che precedentemente potevano considerarsi ipotesi di frode in ipotesi di diretta violazione di norma imperativa, come è avvenuto per esempio con la vecchia disciplina del contratto a tempo determinato e con il divieto di interposizione.

I divieti imposti da norme proibitive o da eccessivamente onerose prescrizioni di norme precettive hanno scatenato il naturale ingegno degli imprenditori, normalmente alimentato dalla necessità di preferire tipi negoziali che importino costi minori.

La dinamica della frode e del tentativo di combatterla oscilla come un pendolo creando un vortice dal quale sembra non agevole venire fuori. Ed invero il legislatore interviene sempre più spesso a sanzionare con divieti legali condotte riconosciute generalmente come ipotesi di frode, trasformando la condotta da fraudolenta a illecita; quando i divieti appaiono eccessivi anche alla luce dei repentini mutamenti dell'impresa, del mercato e delle ad essi esigenze connesse, proprio tali divieti

rappresentano un forte stimolo per gli agenti a ricercare nuovi strumenti di elusione e dar vita a nuove figure fraudolente. E' ovvio che in un sistema in cui i divieti siano molteplici gli spazi per la frode non sono agevolmente ricavabili, diversamente da quanto avviene laddove le norme siano numerose ed incerte.

Non può considerarsi in frode la stipula di un contratto diverso e meno oneroso che permetta risultati analoghi del contratto che si considera eluso, perchè il datore di lavoro resta libero di scegliere il tipo contrattuale che meglio si adatta allo svolgimento di determinati compiti. Così se il datore di lavoro decide di valersi di un collaboratore a progetto in luogo di un lavoratore subordinato a tempo indeterminato, il contratto sarà fraudolento solo se il concreto atteggiarsi del rapporto dimostri la deviazione dalla causa tipica del lavoro a progetto e lo svolgimento in concreto dell'attività secondo i canoni tipici della subordinazione.

La maggior parte di quelle che normalmente sono considerate ipotesi di frode, sono in realtà violazioni dirette di legge o negozi simulati.

Tra le figure esaminate rientra invece sicuramente nell'ambito dei negozi fraudolenti il trasferimento d'azienda realizzato per eludere, attraverso il ricorso a più negozi collegati formalmente leciti, la disciplina dei licenziamenti collettivi. Così come frode potrebbe ravvisarsi nell'articolazione della struttura societaria nei gruppi laddove l'orientamento giurisprudenziale appare consolidato nel ritenere che, quali che siano i rapporti di potere all'interno del gruppo e quindi anche se la capogruppo incide profondamente nelle scelte delle consociate, queste mantengono distinte soggettività, salvo che si provi l'intento fraudolento che consiste nella sottrazione del personale a tutele lavoristiche attraverso una artificiosa riduzione delle dimensioni

aziendali in più soggetti.

## 2. Scenario e tendenze del diritto del lavoro italiano

Il legislatore italiano ha tradizionalmente perseguito l'obiettivo di tutelare l'interesse del lavoratore ad una occupazione continuativa e stabile, delimitando l'autonomia negoziale delle parti nella formazione e nell'esecuzione del contratto. È ciò che è avvenuto tendenzialmente con la disciplina antifraudolenta originariamente posta sia per il contratto a termine, che per il divieto di intermediazione di manodopera poi, costituita da norme di ordine pubblico caratterizzate da imperatività e da inderogabilità. Tale compressione dell'autonomia negoziale privata si giustificava nella necessità di prevenire situazioni di grave sottoprotezione sociale e di sfruttamento per la facile illusione della tutela imperativa disposta a favore del lavoratore. Ma i tempi cambiano e l'ordinamento non è esente da influssi provenienti dalle trasformazioni del modo produttivo. Le recenti tendenze alla smaterializzazione e alla esternalizzazione<sup>127</sup> hanno messo in crisi alcune categorie concettuali e normative costruite sul paradigma dell'impresa fordista. Le dilaganti e crescenti esigenze di

---

<sup>127</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO R. secondo cui "con il termine smaterializzazione dei processi produttivi si allude alla diffusa e rapida emersione di fattispecie aziendali caratterizzate da un basso tasso di elementi strumentali o impiantistici e da un'inedita valorizzazione delle idee, della conoscenza della comunicazione, dell'organizzazione, delle informazioni e dei contatti (c.d. beni relazionali)", mentre "con il termine esternalizzazione si fa invece riferimento (...) a quella peculiare scomposizione dell'impresa medio-grande che, passando da una struttura "a catena" ad una "a rete", delinea un modello di produzione modulare, caratterizzato da una tendenza al downsizing, al dimagrimento della grande industria e dal progressivo acquisto dall'esterno di beni o servizi realizzati da terzi con gestione a loro rischio, ma mediante utilizzazione dei medesimi fattori produttivi originariamente impiegati dall'impresa scorporante e poi ereditati", *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2008, I, pp. 169-170.

flessibilizzazione imposte dal mercato globalizzato e dalla conseguente necessità di aumentare la competitività delle imprese nazionali, oltre che la necessità di aumentare i livelli occupazionali, hanno comportato l'apertura legislativa a forme di impiego sempre più distanti dal modello classico del lavoro a tempo pieno e indeterminato, l'ampliamento nel tempo delle ipotesi legali che ammettono il ricorso a contratti che permettono la soddisfazione delle più disparate e frammentarie esigenze occupazionali aziendali, e pertanto la rimozione di alcune rigidità nel contratto a tempo determinato oltre all'introduzione di una serie di eccezioni al divieto di intermediazione fino all'abrogazione dello stesso ad opera del D.Lgs. 276/2003.

Le modifiche intervenute nel sistema produttivo e le trasformazioni dell' economia impongono il decentramento produttivo con l'*esternalizzazione* di parti dell'attività produttiva attraverso gli appalti ovvero il ricorso a lavoratori autonomi, parasubordinati, a domicilio etc. Ma se in alcuni casi il dislocamento dell'attività è dettato da una genuina convenienza economica e finanziaria e dalla necessità della specializzazione dei processi produttivi, in altri, vi si ricorre non per reale esigenza di produzione, ma per svuotare le garanzie dei lavoratori e sottrarsi ai gravosi oneri di tutela degli stessi, dal momento che la frammentazione accentuata rende complessi i controlli e le verifiche degli organi pubblici a ciò preposti oltre che l'azione delle associazioni sindacali.

### 3. Il problema generale dell'interposizione di manodopera

L'intermediazione di manodopera rappresenta un fenomeno



patologico che si è manifestato sovente nella realtà pratica a fini elusivi della disciplina protettiva del lavoro.

La fattispecie interpositoria è integrata ogni qualvolta un datore di lavoro, evitando di assumere direttamente e formalmente il personale di cui necessita, si rivolga, in qualità di *committente*, ad un terzo soggetto, detto *interposto*, che provvede ad assumere e retribuire manodopera per metterla a sua disposizione, utilizzandone la prestazione senza gli obblighi propri del datore di lavoro. In tal modo l'utilizzatore riesce a far fronte ad esempio a punte di lavoro o a esigenze di lavoro occasionali o legate a determinate commesse senza dover assumere nuovo personale, con notevole risparmio sui costi, mentre l'intermediario lucra la differenza tra il monte salario dei lavoratori e il costo del salario sopportato dall'impresa committente.

La differenza sostanziale con l'appalto consiste nel fatto che quest'ultimo ha ad oggetto non il lavoro, ma un'opera o un servizio e l'appaltatore è un imprenditore che organizza il lavoro con propri mezzi e a proprio rischio; l'intermediazione, o appalto di manodopera, consiste, invece, nel mettere mere prestazioni lavorative a disposizione del committente, che, in tale veste, non assume di conseguenza alcuna posizione obbligatoria e di responsabilità nei confronti dei lavoratori, e che si assicura attività lavorative a costi minori e sottraendosi ai rigidi vincoli di tutela del lavoro subordinato. Egli sfugge, inoltre, alle norme di garanzia previste dai contratti collettivi, alle norme sulla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 CC per i crediti del lavoratore e degli enti previdenziali, alle norme sulla stabilità nel posto di lavoro e a tutte le norme che implicano particolari obblighi al superamento di determinate soglie occupazionali, nonché alle norme in materia di sicurezza. La posizione dei

lavoratori di fronte ad una simile realtà è dunque di estrema debolezza. A questi ultimi, è, infatti, normalmente corrisposto dall'interposto (che non di rado risulta essere insolvente) un trattamento inferiore a quello che sarebbe spettato loro ove fossero stati direttamente assunti dall'imprenditore. L'intermediario lucra, invece, un compenso che sarebbe di spettanza dei lavoratori. Tale pratica va, dunque, «a discapito dei lavoratori per l'irregolarità delle assunzioni, per la costituzione del rapporto senza la garanzia del minimo retributivo e spesso senza quelle garanzie di sicurezza sul lavoro (...)»<sup>128</sup>.

Da sempre si è percepita la portata negativa di una tale pratica. Tuttavia, fatte salve alcune sporadiche disposizioni, tra l'altro specifiche e settoriali, risalenti all'inizio di questo secolo<sup>129</sup>, bisogna attendere il finire degli anni '50 per un incisivo divieto di carattere generale. Anche la giurisprudenza, in assenza di un principio generale, non aveva dato alcun contributo positivo, tendendo, al contrario, ad escludere il sorgere di qualsiasi obbligazione in capo al committente a favore degli operai<sup>130</sup>. Per quanto riguarda la contrattazione collettiva, che negli anni '30 viene assunta al rango di legge professionale, essa interviene sul tema in maniera varia, talora col solo scopo

---

<sup>128</sup> Cfr. ANDREUCCI e BUTTE', *Relazione alla Camera di accompagnamento alla legge 1369/1960*, in *Le leggi*, 1960, II, pp. 1108segg..

<sup>129</sup> Una parte isolata della dottrina indica, quale precedente legislativo della tutela dei lavoratori contro l'interposizione nel lavoro subordinato l'art. 339 della legge 2248 del 1865, All. F, che regola il subappalto nei lavori pubblici. A tal proposito cfr. E. CASCIOLI, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *Giur. di merito*, 1977, IV, p. 1241. *Contra* si veda F. CECCONI - C. FILADORO, *L'appalto di manodopera*, Milano, 1976, p. 8, nota 9. Appaiono invece pacifici i precedenti identificabili in primo luogo nell'art. 10 R.D. 13 marzo 1904 e l'art. 10 del successivo regolamento approvato con R.D. n. 200 del 5 gennaio 1937 sull'obbligo dell'assicurazione infortuni a carico del datore di lavoro per i prestatori d'opera assunti e pagati dai «prestatori d'opera retribuiti a cottimo»; l'art. 10 T.U. sul lavoro delle donne e dei fanciulli, approvato con r.d. 10 novembre 1907, n. 818; l'art. 20 della legge 16 giugno 1907, n. 327 sulla regolamentazione del lavoro in risaia.

<sup>130</sup> Cfr. E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, (a cura di CAPRIOLI), Torino, 1992, p. 198.

di arginare il fenomeno, talaltra gravando il committente di specifici obblighi<sup>131</sup>. Ed è proprio sulla traccia del contratto collettivo 20 dicembre 1937 per la disciplina del lavoro a cottimo nelle industrie<sup>132</sup> che il legislatore del 1942 muove i primi timidi passi verso una tutela generalizzata, applicabile a tutte le attività organizzate in forma di impresa, vietando, all'art. 2127 CC., l'interposizione nel lavoro a cottimo<sup>133</sup>.

Solo all'esito dei lavori della Commissione parlamentare di

---

<sup>131</sup> Si ricordano in proposito l'accordo del 12 gennaio 1920 fra Aziende del gas d'Italia e Federazione Nazionale dei gasisti; il Contratto 9 maggio 1936 per i dipendenti delle aziende esercenti il commercio di prodotti dell'alimentazione generale; la convenzione 8 aprile 1938 per i dipendenti dai negozi della Venchi Unica; il contratto collettivo 26 dicembre 1937, relativo ai rapporti di lavoro degli operai in caso di subappalto nell'industria edilizia.

<sup>132</sup> L'art. 8 del contratto collettivo 20 dicembre 1937 per la disciplina del lavoro a cottimo nelle aziende industriali, artigianali e cooperative proibisce «alle aziende di servirsi di cottimisti, i quali abbiano alle loro dipendenze altri lavoratori da essi direttamente retribuiti, dovendosi intendere il rapporto di lavoro sempre intercorrente tra il lavoratore e l'azienda e la dipendenza di un lavoratore da un altro unicamente possibile agli effetti tecnici e disciplinari».

<sup>133</sup> Il cottimo consiste nel commisurare la retribuzione alla quantità di lavoro prestato dal lavoratore in una data unità di tempo. L'unità di misura per il calcolo della retribuzione è costituita da un certo risultato di lavoro, detto "unità di cottimo". E' applicabile ogni qualvolta la natura del lavoro permette la misurazione della quantità in relazione al prodotto o ai tempi di lavorazione, e, comunque, quando si intende incentivare l'operosità del lavoratore. Pur essendo considerato quale forma retributiva, il cottimo consiste in una forma di organizzazione del lavoro, caratterizzata dall'accentuazione sul rendimento del prestatore di lavoro. Nel cottimo confluiscono, dunque, molteplici aspetti: da quello organizzativo (del lavoro), a quello valutativo, sia dell'attività lavorativa, sia del compenso per l'attività stessa. La disciplina codicistica, ispirata alla contrattazione collettiva dell'epoca corporativa, ha dettato una regolamentazione dell'istituto che, in presenza di una certa organizzazione produttiva decisa dall'imprenditore, fa in modo che si renda obbligatoria la retribuzione a cottimo. A tal proposito va rilevato che nell'attuale disciplina prevale la tendenza a sottolineare l'aspetto incentivante del cottimo e la scomparsa dell'alea connessa con i primitivi sistemi di cottimo pieno. Secondo l'art. 2100 c.c. il cottimo deve essere adoperato come forma retributiva nei casi in cui il prestatore di lavoro sia vincolato ad un ritmo produttivo prestabilito, richiesto dalla stessa organizzazione del lavoro, e nel caso in cui la valutazione della prestazione sia fatta in base al risultato della misurazione dei tempi di lavorazione. L'altra ipotesi di obbligatorietà del cottimo, di scarso interesse dottrinale giurisprudenziale, si ha nel momento in cui la valutazione della prestazione è effettuata "in base al risultato delle misurazioni dei tempi di lavorazione". L'obbligatorietà del cottimo sussiste anche nel caso di lavoro a domicilio: questo costituisce l'unico caso di cottimo c.d. pieno. In tutti gli altri casi, quindi, si è in presenza di un cottimo facoltativo, che favorisce il datore di lavoro, in quanto proibisce al lavoratore uno scarso rendimento (inteso come l'esecuzione della prestazione ad un ritmo di lavoro inferiore alla media). Il cottimo è vietato dal legislatore nei casi in cui vi è la presunzione che l'equilibrio contrattuale risulterebbe compromesso, o per la condizione di imperizia del lavoratore o per l'eccessivo sfruttamento di attività lavorative. A tal proposito, l'art. 2131 c.c. prevede espressamente il divieto di lavoro a cottimo per gli apprendisti. Qualora il lavoratore apprendista sia sistematicamente addetto ad un lavoro a cottimo, non si avrebbe più un rapporto di apprendistato, ma un rapporto di lavoro ordinario, con notevoli conseguenze sul piano pratico, per quanto riguarda l'applicazione delle norme previdenziali a favore del datore di lavoro nel rapporto di apprendistato.

inchiesta sulle condizioni dei lavoratori sul finire degli anni '50 (periodo in cui l'Italia attraversava una fase in cui si riteneva che il decentramento economico fosse sinonimo di sfruttamento ulteriore dei lavoratori e di speculazione parassitaria sul lavoro altrui<sup>134</sup> da parte degli pseudo-appaltatori di manodopera) viene finalmente emanata la L. 1369/1960 che sanziona in via generale il divieto di intermediazione di manodopera.

Con il D.lgs 196/97 il legislatore è intervenuto introducendo le prime eccezioni al divieto, confermate ed ampliate successivamente con il D.Lgs 276/2003 che si spinge al punto di abrogare, con l'art. 85 c. 1, la L. 1369 del 1960. Tuttavia permane il divieto di "interposizione illecita" (art. 84, c.2), appunto distinto dall' "appalto genuino" (art. 84, c. 2) e dalla "somministrazione di lavoro" (art. 24, c.1), pur non essendo stata riprodotta la presunzione assoluta di cui all'art. 1, c. 3, legge n. 1369/60. La stessa Cassazione ritiene ancora punibili le vecchie interposizioni essendosi verificata non una *abolitio criminis*, ma una *abrogatio sine abolitio*<sup>135</sup>

La conseguenza della interposizione illecita è analoga, ma non identicaa quella già prevista dall'art. 1 c. 5 L. n. 1369 del 1960, essendo anche ora prevista la costituzione *ex tunc* di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 29, c. 3 bis, D. Lgs. 276/03 introdotto dal D. Lgs. 251/04; per la somministrazione priva di forma scritta cfr. art. 21, c. 4; per la somministrazione irregolare art. 27, c. 1), dal momento che l'azione ora espressamente riservata al lavoratore sia per l'interposizione illecita (art. 29, c. 3 bis), sia per la somministrazione irregolare (art. 27, c. 1).

---

<sup>134</sup> DE LUCA TAMAJO R., *op. cit.*, p. 173.

<sup>135</sup> Cass. 26 gennaio 2004, n. 2583; Cass. 9 giugno 2004, n. 25726; Cass. 25 agosto 2004 n. 34922; Cass. 18 agosto 2004, n. 16146. In tal senso VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2008, p. 647.

Ed invero la sostituzione della vecchia "conversione legale" con l'attuale "conversione giudiziale" è, nell'opinione di alcuni, il frutto di una consapevole scelta legislativa volta a ridurre gli effetti sanzionatori rispetto alla "conversione legale"<sup>136</sup>. Ed invero vi è chi sostiene che tale sanzione sia una forma di annullabilità, considerata la legittimazione ad agire riconosciuta al solo lavoratore<sup>137</sup>. Altra dottrina continua a considerarla una nullità, sebbene in alcuni casi soltanto una nullità relativa, operando cioè come nullità più lieve, essendo legittimato a farla valere il solo contraente debole<sup>138</sup>. Infine vi è chi ritiene che il contratto non debba considerarsi invalido, dal momento che non è sancita la nullità del contratto, trattandosi soltanto di una surrogazione soggettiva, con trasferimento del contratto in capo all'utilizzatore.

Considerato dunque che la giurisprudenza continua ad applicare il divieto laddove non siano integrati i requisiti legali delle ipotesi di prestazioni a favore del terzo espressamente individuate dal D. Lgs. 276/2003 e che la vecchia disciplina si applica inevitabilmente *ratione tempore* alle fattispecie perfezionatesi prima del D. Lgs. 276/2003<sup>139</sup>, l'esame dell'istituto,

---

<sup>136</sup> BASENGHI, *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in GALANTINO L., (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, 308.

<sup>137</sup> PECCENINI F., *Della nullità del contratto*, in AA.VV., *art. 1414-1446. Libro quarto- delle obbligazioni*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario al codice civile Scialoja – Branca*, Bologna 1998, p. 168; GAMBACCIANI M., *La Disciplina del distacco nell'art. 30 del D. lgs 276/2003*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 232; DEL PUNTA R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, 173. Contra SCARPELLI, Articoli 27-28. *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in GHEZZI G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, cit. 158 che ritiene si tratti di una nullità perché se la costituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, sul piano della disciplina degli obblighi tra le parti, può essere richiesto dal solo lavoratore, nulla impedisce tuttavia che per altri effetti l'accertamento della irregolarità della somministrazione sia richiesta da altri soggetti"

<sup>138</sup> ICHINO P., Art. 20-29, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, p. 320; BIANCA M., *op. cit.*, 612

<sup>139</sup> L'art. 18 co. 6 D. lgs. 276/2003 demanda ad un Decreto da emanarsi di stabilire "criteri interpretativi certi per la definizione delle varie forme di contenzioso in atto riferito al progresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro". Vista la durata dei processi in Italia si presume che la vecchia disciplina rileverà ancora a

della sua evoluzione delle problematiche e delle pratiche elusive dello stesso conserva una sua indiscutibile importanza.

### *3.1 Il divieto di cottimo collettivo*

L'art. 2127 CC al c. 1 vieta all'imprenditore «di affidare ai propri dipendenti lavoro a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi».

Nonostante la generalizzazione soggettiva del divieto è repressa, per la sua diffusione e frequenza nel periodo corporativo, un'ipotesi particolare di interposizione, il "cottimo collettivo autonomo"<sup>140</sup>, o subcottimismo, in cui un gruppo di lavoratori nomina un capo cottimista a rappresentarli e ad interloquire con l'imprenditore per l'assegnazione dei lavori e la definizione del contratto mentre la squadra assume unitariamente l'obbligo di una determinata prestazione di lavoro e viene retribuita globalmente con una tariffa in relazione all'esito del lavoro. Con il tempo si ci è però resi conto che, vista la figura di mediatore assunta dal capo-cottimista, rappresentante del gruppo di lavoratori e a sua volta lavoratore subordinato dell'imprenditore medesimo, venivano stabilite condizioni meno favorevoli per i lavoratori appartenenti al gruppo interessato, poiché tale mediazione rappresentava per il capo-cottimista una fonte di lucro quantificabile nella differenza

---

lungo.

<sup>140</sup> Dal cottimo collettivo autonomo si distingue il *cottimo collettivo subordinato*, o contratto di lavoro a squadra, che si verifica quando un gruppo di lavoratori tratta direttamente con l'imprenditore ed è a lui vincolato, generando tuttavia posizioni lavorative individuali per quanto concerne la responsabilità in caso di inadempimento delle prestazioni lavorative e retribuzione dei dipendenti.

tra la somma che l'imprenditore avrebbe pagato ai cottimisti, se essi fossero state alle sue dipendenze, e quella che effettivamente il capo cottimista pagava loro quale retribuzione del lavoro svolto.

Il successivo comma 2 prevede, inoltre: «In caso di violazione di tale divieto, l'imprenditore risponde direttamente, nei confronti dei prestatori di lavoro assunti dal proprio dipendente, degli obblighi derivanti dai contratti di lavoro da essi stipulati».

La portata della sanzione è limitata, prevedendo la responsabilità patrimoniale del committente per i crediti dei lavoratori assunti alle proprie dipendenze ma solo nei limiti degli obblighi scaturenti dai contratti di lavoro stipulati dall'intermediario. La norma di per sé si rivela, dunque, insufficiente a fronteggiare il dilagare del fenomeno, avendo riguardo solo al lavoro a cottimo ed in ogni caso alle ipotesi in cui l'interposizione fosse realizzata mediante dipendenti dell'imprenditore.

Dal canto loro dottrina e giurisprudenza tentano un'estensione del principio anche facendo ricorso a figure quali la simulazione, il motivo illecito, la frode alla legge<sup>141</sup>.

Il legislatore assume, invece, un atteggiamento passivo, limitandosi ad emanare nel 1949 la legge n. 264 sulla disciplina del collocamento, nel cui art. 11 sanziona una fattispecie contigua, ma non coincidente con l'interposizione: la *mediazione privata* tra domanda e offerta di lavoro: «E' vietato l'esercizio della mediazione anche se gratuito quando il collocamento è

---

<sup>141</sup> O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, p.147; M. FRANCO –E. SCACCIA, *La fornitura di manodopera e la disciplina degli appalti nella legge 23 ottobre 1960, n. 1369*, in *Dir. Lav.*, 1962, I, p. 119 secondo cui poteva essere utilizzato l'art. 2115 c.c. che sanciva la nullità di «qualsiasi patto diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza ed assistenza».

demandato agli Uffici autorizzati»; successivamente, nel 1958 la legge 264 all'art. 2 ribadisce il divieto d'interposizione nel lavoro a domicilio.

Pertanto, sul finire degli anni '50 il legislatore interviene a colmare le suddette lacune con la legge 1369/1960.

### 3.2 La legge 23 ottobre 1960, n. 1369

La legge 1369/1960 rappresenta la risposta del legislatore al dilagare del fenomeno interpositorio. Si tratta di una tutela ad ampio spettro che il legislatore ha evitato di circoscrivere a figure contrattuali tipiche adottando un linguaggio quasi atecnico per introdurre concetti il cui significato fosse più ampio possibile.

L'art. 1 al comma 1 recita: "È vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono".

Dubbi sono stati avanzati circa la qualità che deve rivestire l'interponente. Ricorrendo ad una interpretazione letterale dell'art.1, in linea di principio, sarebbe prevista la concreta applicabilità del divieto ai soli "datori di lavoro imprenditori". In realtà, non poche voci, in dottrina, ritengono che il ricorso alla formula "imprenditore" sia stato volutamente proposto dal legislatore in senso atecnico al fine di proiettare la prestazione di lavoro in un'organizzazione del lavoro strutturata secondo un complesso unitario. Tale organizzazione è, di norma, un'impresa. Ma è da ritenersi che il divieto sia concretamente operante nei



confronti di qualunque datore di lavoro. Non ci sono, comunque, significativi riscontri in giurisprudenza.

La giurisprudenza focalizza, invece, la propria attenzione sul soggetto interposto per verificare se si tratti effettivamente di "vero imprenditore". In ogni caso, anche il vero imprenditore può cadere nell'illecito nell'ipotesi in cui lo stesso si limiti a fornire le mere prestazioni di lavoro di un proprio dipendente<sup>142</sup>.

E' evidente, inoltre, la portata esemplificativa del richiamo all'appalto o subappalto, dovendosi considerare illecite tutte le forme utilizzate per mascherare un' interposizione di manodopera, anche nell'ipotesi in cui quest'ultima sia stata utilizzata per attività complementari o sussidiarie soltanto mediatamente o indirettamente al raggiungimento delle finalità del committente medesimo<sup>143</sup>. Non rileva, poi, che l'intermediario sia una società di fatto<sup>144</sup> o una società cooperativa<sup>145</sup>, o un dipendente dell'effettivo beneficiario delle prestazioni lavorative<sup>146</sup>. Lo stesso art. 1 al comma 2 specifica: «È altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari»<sup>147</sup>.

Il fatto interpositorio va inteso in termini oggettivi, qualunque sia la forma giuridica adottata, ed indipendentemente

---

<sup>142</sup> Cass. S. U. 21 marzo 1997 n. 2517.

<sup>143</sup> Cass. S.U. 20 gennaio 1989, n. 295.

<sup>144</sup> Cass. 4 ottobre 1985, n. 4800.

<sup>145</sup> Cass. 24 maggio 1981, n. 5897.

<sup>146</sup> Cass. 23 giugno 1987, n. 5494; Cass 16 settembre 1987, n. 7259; Cass. 20 aprile 1985, n.2643.

<sup>147</sup> La norma è comprensiva del divieto di cottimo collettivo autonomo, già previsto dall'art. 2127, che, secondo un'opinione largamente condivisa in dottrina, risulta tacitamente abrogato. Cfr. D. NAPOLETANO, *Divieto di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti e nei servizi*, in *Riv. Giur. lav*, 1961, I, p. 21; M. RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti d'opere e servizi*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1961, p. 851; M. FRANCO – E. SCACCIA, *op. cit.*, p.119.

dall'accertamento dell'esistenza di un accordo fraudolento tra datore di lavoro e intermediario<sup>148</sup>. Ove prevalessse l'ipotesi contraria e si considerasse rilevante l'intento delle parti, sfuggirebbe alle sanzioni chi ponesse in essere atti violativi dell'art. 1 senza avere la consapevolezza di infrangere la legge. Basterebbe, inoltre, un accordo simulatorio, modificativo della fattispecie reale, in qualunque momento concluso, per realizzare un appalto lecito, frustrando così del tutto la *ratio* della legge<sup>149</sup>.

La fattispecie interpositoria vietata si concreta pure nell'ipotesi in cui l'intermediario, benché dotato di una propria organizzazione imprenditoriale, di fatto si limiti a fornire mera manodopera e non assuma, cioè, alcun rischio economico ed un'autonoma gestione dei lavori, quando sia il committente a determinare le caratteristiche del prodotto, la direzione del personale, la scelta e le modalità dei tempi di lavoro<sup>150</sup>.

Tuttavia il legislatore, nella consapevolezza della difficoltà di distinguere la mera prestazione dall'opera o servizio realizzato con organizzazione e gestione propria dall'appaltatore, aveva previsto con una insuperabile presunzione assoluta, che anche il vero appalto rientrasse nel divieto in esame laddove capitali, macchine e attrezzature fossero forniti, seppur a titolo oneroso dall'appaltante ed invero la fattispecie è integrata dalle previsioni del comma 3 secondo cui: «È considerato appalto di

---

<sup>148</sup> Cass. 13 novembre 2007, n. 23569; Cass. 23 giugno 1987, n. 5494; Cass. 16 settembre 1987, n. 7259; Cass. 20 aprile 1985, n. 2643.

<sup>149</sup> Cfr. CARMALLERI, *Divieto d'intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro: la rilevanza dell'«in fraudem legis agere» al vaglio delle Sezioni Unite in un caso di sopravvenuto illecito appalto di manodopera*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, n. 6, p.859

<sup>150</sup> Cass. 2 aprile 1997, n. 3063; Cass. 12 marzo 1996, n. 2014. In particolare si veda Cass. 11 gennaio 2000, n. 143, in cui si afferma: «Anche l'impresa non fittizia e che disponga di una propria organizzazione aziendale altre volte impiegata sul mercato può, in talune occasioni, limitarsi a fornire ad altro imprenditore i propri dipendenti perché siano utilizzati dall'interponente in determinate lavorazioni, diventando così, imprenditore meramente apparente e realizzando l'ipotesi vietata dell'intermediazione di manodopera in cui egli diventa soggetto interposto ed i suoi dipendenti diventano ad ogni effetto dipendenti dell'interponente (...)».

mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per l'esecuzione di opere e servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine, e attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante». La norma, dunque, equipara all'appalto di mere prestazioni, che presuppone che l'interposto manchi di una vera organizzazione, l'ipotesi in cui questi sia solo formalmente titolare di una propria organizzazione. La giurisprudenza ha sostenuto fino a tempi assai recenti che la norma pone una presunzione legale assoluta: in presenza dei tre elementi (che si riteneva dovessero simultaneamente ricorrere), ove cioè l'appaltatore si valga di capitali, macchine, attrezzature fornite dall'appaltante, al giudice non rimane alcun margine di discrezionalità, dovendosi pronunciare per la sussistenza della fattispecie vietata. In ciò agevolando la prova in giudizio del lavoratore, tenuto a provare solo il fatto base dell'utilizzo dei mezzi dell'appaltante anziché dover fornire la prova più rigorosa dell'interposizione, ovvero che il lavoratore dipendesse direttamente dal committente.

Un'interpretazione di tal fatta non risulta, oggi, al passo con le nuove realtà dei rapporti di lavoro, che impongono un'indagine minuziosa, caso per caso, sull'esistenza della qualità di vero imprenditore in capo all'appaltatore. Negli orientamenti più recenti la giurisprudenza si è avvicinata alla considerazione secondo cui l'art. 1 comma 3 operi sul piano probatorio in qualità di presunzione semplice, assegnando una rilevanza meramente indiziaria ai tre criteri, valutabili, ora, anche disgiuntamente<sup>151</sup>.

Secondo la recente giurisprudenza, per le aziende operanti nel settore terziario avanzato, dove il valore delle macchine o

---

<sup>151</sup> Pret. Milano 16 aprile 1997. Si veda, poi, Cass.13 settembre 1997, n. 9144 secondo cui è necessario soppesare il valore relativo dei mezzi materiali eventualmente forniti dall'appaltante, rispetto al valore del lavoro organizzato dall'appaltatore.

attrezzature utilizzate è cospicuo e in cui l'opera commissionata si svolge su beni e locali del committente, assume rilievo l'autonomia di gestione e di organizzazione da parte dell'appaltatore che deve possedere una propria struttura imprenditoriale costituita da personale specializzato e da uno specifico *know-how* maturato nel corso della sua attività<sup>152</sup>.

Dunque la norma ha carattere di norma materiale, vietando il conseguimento di un determinato risultato economico indipendentemente dal mezzo utilizzato.

Presupposto indefettibile per il venir in essere della fattispecie in parola è l'accordo trilaterale tra committente, appaltatore e singolo lavoratore<sup>153</sup>

La fattispecie vietata<sup>154</sup> vede quindi coinvolti tre soggetti: il soggetto interposto, che assume e retribuisce i lavoratori, cedendone a terzi le prestazioni lavorative; il soggetto interponente, che fruisce delle prestazioni di lavoro subordinato di lavoratori che non ha assunto direttamente, ed il lavoratore

---

<sup>152</sup> Si ricorda Cass. S.U. 19 ottobre 1990 n. 10183. Più recentemente si veda Cass. 29 gennaio 1999, n. 1214 secondo cui il *quidam pluris* rispetto alla fornitura di manodopera che rende legittimo l'appalto, può essere costituito anche solo da apporti immateriali, quali uno specifico *know-how*, "appropriate capacità, conoscenze, reti di relazioni, servizi di formazione e aggiornamento professionale, tali che senza di essi la prestazione del singolo dipendente avrebbe minor valore produttivo intrinseco per l'impresa appaltante".

<sup>153</sup> Cass. Pen. 11 marzo 1998, n. 5924. In particolare la Cassazione presuppone che tra lavoratore ed interposto sussista un rapporto di lavoro subordinato, sia perché è lo stesso dato letterale a richiederlo, facendo la norma riferimento a «manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario», sia perché altrimenti, trattandosi di rapporto di natura autonoma, risulterebbe fuori luogo la sanzione prevista dall'ultimo comma dell'art. 1 L. 1369/1960, nel prevedere la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato. Si esclude comunque l'applicazione analogica ai lavoratori autonomi per l'esistenza del divieto di analogia in materia penale, essendo la sanzione penale prevista all'art. 2 della legge 1369/1960 intimamente connessa alla fattispecie civilistica. In tal senso Cass. 8 gennaio 1987, n. 59.

<sup>154</sup> E', altresì, posto il divieto di intermediazione nel lavoro a domicilio. L'art. 2, comma 4, della l. n. 877/1973, infatti, prevede che «è fatto divieto ai committenti di lavoro a domicilio di valersi dell'opera di mediatori o di intermediari comunque denominati i quali, unitamente alle persone alle quali hanno commesso lavoro a domicilio, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze del datore di lavoro per conto e nell'interesse del quale hanno svolto la loro attività».

L'art. 13, comma 5 prevede, inoltre, che «per le violazioni alla disposizione di cui all'art. 2, quarto comma, si applicano al committente lavoro a domicilio ed agli intermediari le sanzioni previste dalle norme vigenti in materia di collocamento, intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro».

subordinato giuridicamente legato all'intermediario in forza di un contratto di lavoro subordinato.

Sotto il profilo negoziale, focalizzando l'attenzione sui rapporti intercorrenti tra le parti, la fattispecie illecita si compone di tre elementi fondamentali: il contratto tra l'interposto e l'interponente in forza del quale l'interposto si obbliga a fornire all'interponente le prestazioni di lavoro di soggetti terzi, assunti dallo stesso soggetto interposto; il contratto di lavoro subordinato tra l'interposto ed il lavoratore; e l'effettiva utilizzazione del lavoratore da parte dell'interponente<sup>155</sup>. Il legislatore, cioè, richiede l'esistenza di un collegamento negoziale perchè sia integrata la fattispecie vietata. Si tratta di elementi tra loro teleologicamente collegati, per la realizzazione dell'unico disegno di sottrarsi all'adempimento degli oneri di tutela del lavoro subordinato. Pertanto non è possibile ritenere lecito l'uno ed illecito l'altro, dal momento che la sicura illiceità dell'accordo tra interposto e interponente si trasmette ai contratti di lavoro stipulati dall'interposto.

La effettiva ricorrenza delle tre condizioni menzionate avrebbe certamente come conseguenza la diretta illiceità dell'operazione negoziale, dovendosi ritenere l'agire delle parti *contra legem* e non *in fraudem legis*. Nella pratica, tuttavia, gli accordi tra interponente e interposto non sono quasi mai espliciti così come l'intermediazione avviene per mezzo di tipi contrattuali non qualificabili come appalto o pseudo-appalto di manodopera<sup>156</sup>, come ad esempio il comando o distacco o il lavoro a domicilio. Pertanto le violazioni realizzate, ad esempio, per mezzo di schemi negoziali diversi dall'appalto o sub-appalto

---

<sup>155</sup> Così come si desume dalla lettura dell'ultimo comma dell'art.1, dagli artt.2, 3 I° comma, 4 e 6.

<sup>156</sup> In tal senso CRICENTI, *op. cit.*, p. 272.

dovrebbero considerarsi in frode alla legge. Secondo un orientamento<sup>157</sup> la *ratio* della normativa di tutela induce a ritenere che il legislatore abbia voluto sanzionare tutti i fenomeni interpositori indipendentemente dalle modalità di realizzazione degli stessi, considerati pertanto in contrasto con lo spirito della legge. Come tali, pertanto, sarebbero *contra legem* e non *in fraudem legis*. Tuttavia, come già sostenuto nella prima parte di questo lavoro, se si aderisce all'opinione, che sembra preferibile, che la frode alla legge debba essere valutata dal punto di vista strutturale del mezzo attraverso il quale il risultato economico è perseguito (considerato che l'indagine vincolata al solo risultato raggiunto porterebbe ad azzerare le distanze tra il *contra legem agere* e l'*in fraudem legis agere* negando autonomia alla norma dell'art. 1344 CC) non può che concludersi che tutti i fenomeni interpositori realizzati con le esatte modalità previste dalla norma sono *contra legem*, mentre il ricorso al collegamento negoziale con utilizzo di schemi differenti da quelli tipizzati deve considerarsi *in fraudem legis*.

### 3.3 Le sanzioni

L'art. 1, comma 5, della legge n. 1369 del 1960 prevede una surrogazione soggettiva *ex lege* in virtù della quale «i prestatori di lavoro, occupati in violazione del divieto di intermediazione, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni». E ciò, secondo la giurisprudenza, indipendentemente dall'esistenza di un intento fraudolento o

---

<sup>157</sup> CRICENTI, op. cit., p. 282

simulatorio delle parti<sup>158</sup>.

In linea con l'indirizzo giurisprudenziale, il rapporto di lavoro, una volta sorto, è destinato a permanere, in capo all'interponente, a tempo indeterminato, fino al momento in cui non intervenga una normale causa di estinzione del rapporto stesso<sup>159</sup>.

Come già anticipato nella prima parte di questo lavoro, si impone la distinzione tra interposizione fittizia e interposizione reale. Ed invero la prima si caratterizza per il verificarsi di una simulazione relativa soggettiva in virtù della quale le parti fingono di volere il negozio apparente tra lavoratore e interposto ma in realtà vogliono quello dissimulato, che, per la regola generale sulla simulazione è l'unico efficace tra le parti (la simulazione porta dunque già direttamente al rapporto diretto tra lavoratore e interponente), laddove nella seconda, che è quella che ci interessa in questa sede, il rapporto tra interposto e lavoratore è voluto proprio per evitare la costituzione del rapporto con l'interponente.

Ma se in realtà sarebbe stato sufficiente l'art. 2094 de CC a travolgere la volontà difforme delle parti, allora l'apporto innovativo della L. 1369 del 1960 deve rinvenirsi secondo autorevole dottrina "nella ricordata presunzione assoluta che colpiva ogni apporto dell'imprenditore committente all'organizzazione dell'appaltatore, riconducendo così all'interposizione vietata penalmente sanzionata anche situazioni altrimenti difficilmente qualificabili o comprovabili come tali"<sup>160</sup>.

Ed invero sotto il profilo penale, l'art. 2 della legge n. 1369 del 1960, prevede che «in caso di violazione del divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro, è comminata

---

<sup>158</sup> Cass. 13 novembre 2007, n. 23569.

<sup>159</sup> Cass. 19 maggio 1990 n. 4551; Cass. 4 febbraio 1988, n. 1144.

<sup>160</sup> VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. cit.*, p. 638.

all'imprenditore e all'appaltatore o altro intermediario l'ammenda di lire 10.000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, ferma restando l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la violazione della legge 29 aprile 1949, n. 264 e delle altre leggi in materia».

### *3.4 Il D. Lgs. 276 del 2003: abrogazione del divieto di interposizione, esigenze di flessibilità e ratio della normativa evolutiva*

La disciplina introdotta dalla legge 26/06/97 n. 196, anche nota come "pacchetto Treu", è una prima palese risposta, sotto il profilo giuridico, alle estenuanti e crescenti sollecitazioni provenienti dal mondo industriale di una maggiore "liberalizzazione" del fattore lavoro a garanzia di un maggior livello occupazionale. La normativa richiamata sanciva la liceità di alcune ipotesi, tassativamente disciplinate dal legislatore, di "affitto di manodopera", autorizzando la tanto agognata flessibilità produttiva in termini di "eccezione" nell'ambito del quadro normativo vigente.

La nuova tipologia contrattuale, introdotta a mezzo della disciplina dettata in materia di lavoro interinale (o lavoro temporaneo), assume il ruolo di principale strumento strategico nell'ambito di un disegno di ampio respiro di flessibilizzazione del mercato del lavoro.

L'esigenza di una maggiore flessibilità ha rappresentato, nel corso dell'ultimo decennio, il motivo conduttore dei principali interventi diretti a modificare sostanzialmente la struttura del mercato lavorativo al fine di combattere la disoccupazione dilagante specie tra i giovani attraverso la creazione di nuovi



posti di lavoro.

Il criterio e la logica di fondo, ispiratori degli interventi in materia, prevedono come obiettivo essenziale una maggiore elasticità in entrata, in modo da far leva sulla propensione delle imprese ad ampliare, anche se in via temporanea, il proprio organico.

L'introduzione nel nostro ordinamento delle deroghe espresse al divieto di interposizione di manodopera favorisce l'incontro tra domanda ed offerta nel mercato del lavoro, riducendo, altresì, il ricorso a forme di lavoro nero.

Le imprese di lavoro interinale sono state sostanzialmente funzionali allo sviluppo di un sistema di gestione flessibile della componente umana, facendosi garanti del soddisfacimento tempestivo di richieste di personale.

Nell'ottica dei potenziali fruitori, poi, il ricorso al lavoratore atipico permette un costante adeguamento del "capitale umano" alle continue e repentine fluttuazioni e cambiamenti delle esigenze del mercato, ovviando ai maggiori costi che, in ogni caso, i datori di lavoro dovrebbero fronteggiare in ipotesi di assunzioni a tempo indeterminato.

In definitiva, l'introduzione, nel nostro ordinamento, delle fattispecie dei lavori flessibili consente, da un lato, il decentramento di alcune funzioni di gestione del personale, e, dall'altro, garantisce migliori livelli qualitativi espressi in termini di efficienza dei meccanismi di incontro tra potenziale datore di lavoro e lavoratore.

Se per certi versi sono stati mossi significativi passi verso quella necessaria e, se vogliamo, imposta riforma della struttura del mondo del lavoro, per contro, la tipizzazione sotto il profilo normativo delle nuove forme negoziali di lavoro acuisce la necessità di una maggiore tutela dei lavoratori interessati. Ed è

questa l'esigenza di fondo a cui il legislatore è stato chiamato a rispondere.

L'abrogazione del divieto di interposizione ad opera del D. Lgs. 276/2003 (a cui si è affiancata l'abrogazione delle disposizioni sul lavoro temporaneo della L. 196 del 1997 per l'intervenuta sostituzione di tale figura con la più ampia somministrazione di lavoro) risponde alle numerose interrogazioni circa l'attualità dei principi alla base della legge 1369/1960 che, in alcuni contesti, apparivano estremamente anacronistici.

E' palese l'atteggiamento del legislatore che, attraverso la norma richiamata, si proponeva l'obiettivo di tutelare i lavoratori, ma, allo stesso tempo, presupponeva un modello di impresa fortemente accentrato. Disgregandosi questo modello, il rischio è che l'eccessiva tutela risulti totalmente obsoleta, inutile, se non dannosa. Allo stato dei fatti, la distinzione tra interposizioni vietate ed appalti leciti risulta poco agevole, dato il frantumarsi dell'impresa ed il crescente ricorso a contratti di appalto di servizi: in non pochi casi, infatti, la linea di demarcazione tra attività dell'impresa appaltatrice ed attività dei lavoratori in essa impiegati sembra dissolversi. L'incapacità concreta di discriminare tra interposizione vietata e appalti leciti porta, talora, fatalmente, a ritenere quest'ultimi illeciti con conseguente imputazione del contratto di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore direttamente in capo al committente.

#### **4. Cooperative di produzione e lavoro**

Non poche incertezze sono sorte in ordine alla concreta

applicabilità ed operatività del divieto di interposizione anche alle società cooperative di produzione e lavoro, dal momento che il divieto presuppone un rapporto di lavoro subordinato intercorrente tra imprenditore-intermediario e lavoratore-interposto, "da lui assunto e retribuito". Rapporto che, secondo la giurisprudenza e la dottrina più autorevole non caratterizzava il vincolo negoziale intercorrente tra socio lavoratore e cooperativa prima della emanazione della L. 142/2001 (che ammette la possibilità che il socio di cooperativa possa essere un lavoratore subordinato ovvero autonomo). Si riteneva, quindi, che il divieto di interposizione non fosse concretamente applicabile ai soci di cooperativa, in quanto all'epoca non considerati lavoratori dipendenti. Con l'evoluzione normativa tali dubbi si dissolvono, quantomeno in relazione ai soci lavoratori subordinati.

Il problema si era presentato con la legittimazione della fornitura di lavoro temporaneo e si ripropone attualmente con la somministrazione di lavoro introdotta dal D.Lgs. 276/2003.

Di fatto, comunque, non esistono norme o dettati che impediscano ad una società cooperativa di stipulare contratti di appalto per la fornitura di servizi.

#### **4.1 L'interpretazione precedente al D.Lgs. 276/2003 sulla ammissibilità della fornitura di manodopera ad opera di società cooperative e riflessi sulla disciplina odierna**

La giurisprudenza, senza esitazioni, aveva affermato la liceità, a favore di una società cooperativa di un potenziale contratto di fornitura di mere prestazioni di lavoro dei propri soci tra una cooperativa ed un soggetto terzo, a nulla valendo la

considerazione poc'anzi presentata circa il rapporto negoziale (non subordinato) intercorrente tra socio lavoratore autonomo e cooperativa.

Le cooperative di produzione e lavoro, al fine di conseguire gli scopi mutualistici per cui le stesse sono costituite, hanno come obiettivo principale quello di collocare il lavoro dei soci alle migliori condizioni. In aggiunta, l'attività lavorativa espletata dal socio rappresentava mero adempimento del contratto sociale.

In realtà, si riteneva che le cooperative di produzione e lavoro che intendessero svolgere attività di fornitura di lavoro temporaneo, in ogni caso, non avrebbero potuto avvalersi dei propri soci, dovendosi questi ultimi limitarsi a curare l'organizzazione e l'attività della cooperativa.

Le cooperative, anche quelle di produzione e lavoro, per poter essere legittimate all'esercizio dell'attività di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, dovevano necessariamente adottare, come oggetto sociale esclusivo, "la fornitura di lavoro temporaneo" e potevano fornire, a titolo di lavoratore temporaneo, solo ed esclusivamente "i lavoratori dipendenti"<sup>161</sup>. Quindi, in conclusione, la normativa dettata sarebbe stata di impossibile applicazione alle cooperative di produzione e di lavoro.

Lo sforzo di aggirare la rigidità del testo normativo "abilitando indirettamente" la cooperativa di produzione e lavoro alla fornitura "in appalto" di "mere prestazioni di lavoro che non interessino i dipendenti, bensì i soci" sarebbe in diretto contrasto con il dettato normativo.

Quindi, è stato previsto, *ex lege*, anche per le cooperative di produzione e lavoro che intendessero esercitare l'attività di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo l'obbligo di

---

<sup>161</sup> Cfr. art. 2, comma 3.

adozione dell'oggetto sociale esclusivo, nonché l'obbligo di includere, nella denominazione sociale, la formula "società di fornitura di lavoro temporaneo".

In ogni caso, in dottrina, emergono due distinte ed antitetiche posizioni. Un primo orientamento negava l'applicabilità dell'art.1 della legge 1369/1960 alle società cooperative dal momento che, in una siffatta ipotesi, l'appaltatore non è un soggetto giuridico distinto dai lavoratori che effettivamente si sarebbero trovati a svolgere la propria attività lavorativa presso terzi. Quindi fatalmente il singolo socio lavoratore sarebbe stato appaltatore di se stesso. In base a questa soluzione verrebbe meno la figura dell'interposto. Altra parte della dottrina, invece, propendeva per un atteggiamento ed un approccio interpretativo totalmente differente. In linea con quest'ultimo, infatti, l'intervento del legislatore sarebbe stato vano nell'ipotesi in cui si fosse potuta eludere la norma, legittimando, così, le cooperative all'esercizio dell'attività di fornitura di prestazioni di lavoro.

Successivamente in dottrina è stata avanzata la possibilità giuridica che il socio-lavoratore conferisca "attività strutturalmente analoga a quella del lavoratore autonomo o parasubordinato"<sup>162</sup>. In una siffatta ipotesi, vuoi la giurisprudenza vuoi la dottrina propendevano per l'esclusione dell'applicazione dell'art. 1 della legge 1369/1960.<sup>163</sup> In sede di applicazione della legge, quindi, occorre, in via preliminare, affrontare il problema della natura autonoma o subordinata del lavoro prestato dal socio. Solo in questa seconda ipotesi, data l'applicabilità della legge 1369/1960, si sarebbe dovuto, poi,

---

<sup>162</sup> In tal senso, ICHINO, *Sulla configurabilità di una prestazione di lavoro autonomo nel rapporto tra cooperativa e socio lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, II, p.329.

<sup>163</sup> Cass. 11/4/1988, n.2863, in *Mass. Giust. Civ.*, 1988; Cass. 26/2/1985, n. 1663, in *Mass. Giur. lav.*, 1985 .

accertare l'esistenza di un rapporto di subordinazione diretta fra il socio e l'impresa appaltante.

Analogamente oggi, che la L. 142/2001 che permette oggi di innestare sul rapporto associativo altro rapporto di lavoro dipendente o autonomo, pone il problema che già esisteva in passato per i singoli soci in relazione al socio lavoratore autonomo. Si deve ritenere che la cooperativa che medi tra il committente e il lavoratore autonomo operi alla stregua di un semplice *broker*. Pertanto laddove il rapporto tra il lavoratore autonomo socio della cooperativa e l'utilizzatore dovesse assumere i connotati tipici del lavoro subordinato, non potrà parlarsi di interposizione di manodopera, essendo in realtà intervenuta una novazione del rapporto.

### ***5. Comando o distacco***

Nell'odierno mercato economico e produttivo, caratterizzato da molteplici interazioni tra imprese, si rende sempre più necessaria una certa flessibilità nella mobilità dei lavoratori. Il legislatore, pertanto, per conformarsi ad una realtà in mutamento e per assecondare in parte le istanze di flessibilità e maggiore competitività delle imprese in crisi, ha ritenuto opportuno, con il D. Lgs. 276 del 2003, autorizzare alcuni fenomeni interpositori che legittimano, a certe condizioni, la dissociazione tra titolare del rapporto e effettivo fruitore della prestazione lavorativa<sup>164</sup>.

Tra tali figure si annovera l'istituto giuridico del distacco, sul quale in passato si erano puntati i riflettori, essendo stato

---

<sup>164</sup> Ma tale processo era già stato avviato, non solo per via di interpretazione giurisprudenziale che aveva già legittimato la figura del distacco, ma dallo stesso legislatore della L. 196 del 1997 che l'introduceva e legittimava il rapporto di lavoro interinale.

oggetto privilegiato di varie discussioni e polemiche.

Esso nasce come istituto connesso al rapporto di pubblico impiego ed è originariamente espressamente disciplinato per tale ambito agli artt. 56 e 57 del T.U. degli impiegati civili dello Stato, approvato con D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3<sup>165</sup>.

Il comando, *ex artt. 56 e 57 T.U. 3/1957*, è l'istituto in base al quale si dispone che l'impiegato presti la sua opera presso una amministrazione statale diversa da quella di appartenenza e può essere adottato, solo in via eccezionale ed a tempo determinato, in ipotesi di riconosciute esigenze di servizio o in situazioni in cui sia richiesta una speciale competenza od esperienza. Il contratto di distacco non comporta alcuna modificazione del rapporto di lavoro, nel senso che, «l'amministratore di appartenenza» è, in ogni caso, responsabile di tutti i «provvedimenti concernenti lo stato giuridico dell'impiegato comandato», laddove «l'amministratore di destinazione» è titolare, esclusivamente, dei provvedimenti aventi ad oggetto l'esecuzione del servizio.<sup>166</sup>

Sul piano privatistico, invece, fino al recente intervento legislativo operato con D.Lgs. n. 72/2000 e poi successivamente con la definitiva tipizzazione dell'istituto nel D. Lgs. 276 del 2003, il Legislatore non aveva emanato a riguardo nessuna norma di carattere generale, se si fanno salvi alcuni riferimenti

---

<sup>165</sup> Cfr. V. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1991, p. 337 che prospetta nel settore pubblico una distinzione tra comando e distacco: se il lavoratore è destinato a prestare servizio presso una *differente amministrazione statale* viene ravvisata la fattispecie del *comando*; l'ipotesi in cui egli debba prestare servizio presso *un diverso ente* integra, invece, il c.d. *distacco*. Nell'ambito privato, i due termini sono assunti come sinonimi. Ma tale distinzione non è unanimemente accolta. Ed invero SANDULLI propende per l'unificazione interpretativa delle due ipotesi, definendo il comando ( o distacco) come «la temporanea destinazione di impiegati ad assolvere le proprie mansioni presso uffici, corpi, istituti, appartenenti ad altre amministrazioni o ad altri rami della stessa amministrazione senza che a questi vengano addossati i relativi oneri», *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 336.

<sup>166</sup> In tal senso, VIRGA, *il pubblico impiego*, Milano, 1991, p. 337.

normativi in materia di riduzioni di personale<sup>167</sup> e nell'ambito del contratto di formazione e lavoro<sup>168</sup>.

La disciplina attualmente prevista dal D. Lgs. 276 del 2003 per il distacco<sup>169</sup> altro non è che la positivizzazione della copiosa elaborazione giurisprudenziale che l'ha preceduta.

Ed invero la giurisprudenza, cui si era conformato il Ministero del Lavoro<sup>170</sup>, aveva ritenuto legittimo il comando, ovvero la circostanza che il datore di lavoro, ossia il legittimo soggetto titolare del rapporto di lavoro subordinato, "distacchi" temporaneamente e dietro proprio specifico interesse, il suo dipendente, affinché questi possa adempiere alla propria obbligazione (lo svolgimento della medesima prestazione di lavoro)<sup>171</sup> presso un soggetto, terzo nei confronti del rapporto

---

<sup>167</sup> La prima norma a disporre in tema di comando e distacco nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato si rinviene nell'art. 8 comma 3 del D. L. 20 maggio 1993, n. 148 (in tema di licenziamenti collettivi ed in relazione alle misure alternative al licenziamento). Ed invero: «Gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il *comando o il distacco* di uno o più lavoratori dall'impresa ad un'altra per una durata temporanea». Molteplici sono le perplessità che la norma ha destato a livello interpretativo. Parte autorevole della dottrina ha sostenuto che la disposizione non rappresenta una vera e propria legittimazione dell'istituto del distacco nel settore privato, avendo il legislatore, *in primis*, devoluto all'accordo sindacale il potere di rimuovere caso per caso il divieto. In secondo luogo la norma non è posta nell'interesse organizzativo del datore di lavoro distaccante, ma nell'interesse del lavoratore all'occupazione e dell'impresa ricevente alla flessibilità.

<sup>168</sup> Il riferimento è all'art. 16, comma 10 D.L. 16 maggio 1994, n. 299, in relazione ai progetti formativi per i contratti di formazione e lavoro dove si stabilisce che «qualora sia necessario per il raggiungimento degli obiettivi formativi, i progetti possono prevedere, anche nei casi in cui essi siano presentati da consorzi o gruppi di imprese, che l'esecuzione del contratto si svolga in posizione di *comando* presso una pluralità di imprese, individuate nei progetti medesimi. La titolarità del rapporto resta ferma in capo alle singole imprese».

<sup>169</sup> La giurisprudenza non ha mai distinto tra comando e distacco, applicando indifferentemente ad entrambi la stessa disciplina.

<sup>170</sup> Nota Ministero del lavoro 11 aprile 2001.

<sup>171</sup> Ma v. S. MAGRINI, secondo il quale l'adempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore nei confronti del datore di lavoro «comporta anche l'assunzione di una obbligazione collaterale di lavoro nei confronti del terzo, con contenuto più ridotto ed in funzione strumentale rispetto all'obbligazione originaria», *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 62 esegg.. Vi è anche chi, come ESPOSITO, fa ricorso allo schema del contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.). «Al terzo fanno capo (...) nella sua veste di creditore parziale ed occasionale: il potere organizzativo e direttivo; l'obbligo di predisporre il substrato materiale per l'adempimento della prestazione e l'obbligo di sicurezza », *Distacco e prestazione a favore del terzo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel.ind.*,1996, p. 143. Ma v. G. DE SIMONE, per la quale il potere direttivo è inscindibilmente legato alla titolarità del rapporto e rimane, quindi, in capo all'originario ed unico datore di lavoro, potendosene, tutt'al più configurare una delega al terzo, *Titolarità... cit*, p. 281.



obbligatorio, che ne acquista la *disponibilità*, ossia esercita il cd. *potere direttivo*<sup>172</sup>.

Sulla scia di quella giurisprudenza l'art. 30 c. 1 D. Lgs. 276 del 2003 ritiene oggi legittimo il distacco "quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa".

### 5.1 Distacco e interposizione vietata

La scissione di poteri che si viene a determinare in capo al datore di lavoro originario e il datore distaccatario, ha destato, prima dell'entrata in vigore della normativa che espressamente lo legittima, notevoli perplessità ritenendosi da più parti che lo stesso ricadesse nel divieto previsto *ex art. 1, L. 1369/1960*, in materia di interposizione di manodopera<sup>173</sup>. Ad oggi questo

---

<sup>172</sup> Dal comando in senso proprio esula l'ipotesi, comunemente nota come *comando improprio*, in cui il terzo, pur essendo beneficiario del risultato produttivo, non abbia la disponibilità della prestazione del lavoratore. In argomento v. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti...*, cit, p. 285; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 55 secondo il quale si ha comando improprio quando al terzo viene attribuita solo l'utilità prodotta dalla prestazione lavorativa e, quindi, la vicenda «resta circoscritta nell'ambito dei soggetti originari e non coinvolge alcuna figura giuridicamente rilevante di "terzo"» ad esempio nel caso «dell'attività svolta dal lavoratore, dipendente da un'impresa produttrice di servizi, presso il committente. In questi casi si può ben dire che la posizione del beneficiario del risultato economico della prestazione assume una rilevanza di mero fatto rispetto al contratto ed al rapporto di lavoro, non influenzandone in alcun modo né la struttura soggettiva, né il regime giuridico». Per M. T. CARINCI il comando improprio «altro non è che un appalto genuino (o un contratto d'opera o altro tipo contrattuale) in adempimento del quale l'appaltante, nell'esercizio del suo potere direttivo, dispone che il lavoratore esegua la prestazione a beneficio del terzo. Non si pone, di conseguenza, alcun problema di compatibilità con il divieto di interposizione», *La fornitura di lavoro altrui*, Milano, 2000, p. 180. In giurisprudenza cfr. Cass. Civ. 3 dicembre 1986, n. 7161 secondo cui «per effetto del comando, il lavoratore si inserisce e collabora in impresa diversa da quella del suo datore di lavoro che, pure, rimane l'unico soggetto obbligato a corrispondergli la retribuzione; ipotesi, questa, distinta da quella del *comando improprio* – come nel caso in cui il dipendente di una impresa fornitrice di servizi presta la sua opera in favore di un cliente dell'impresa stessa – nella quale non si verifica la dissociazione tra potere decisivo e titolarità del rapporto, come nella ipotesi prima considerata».

<sup>173</sup> La dottrina che propendeva per la illiceità dell'istituto del comando prospettava, quale problema interpretativo di non facile soluzione, il fatto che il legislatore, nel prevedere il contratto di fornitura illecito, non prende in considerazione la causa, ma l'oggetto del contratto.

dubbio è fugato dallo stesso legislatore. Tuttavia l'innegabile considerazione della delicatezza della posizione del lavoratore distaccato, con la conseguente possibilità di riduzione delle tutele in tutte quelle situazioni che presuppongono la presenza dello stesso nell'organizzazione dell'impresa (per esempio in materia di esercizio dei diritti sindacali o di sicurezza nei luoghi di lavoro) ha indotto lo stesso Legislatore a prevedere nel D. Lgs. 273 delle condizioni legittimanti, al venir meno delle quali il distacco diviene illecito.

Il comando consiste in una fornitura *temporanea* di manodopera *in ragione di uno specifico interesse*; la disciplina ex 1369 del 1960 vieta, invece, il *mero* prestito di manodopera.

Le due fattispecie, nel prevedere entrambe un'ipotesi di non coincidenza del soggetto che assume il lavoratore e di quello che beneficia della sua prestazione, sono vicine da un punto di vista tecnico-giuridico, ma non sono comparabili sotto il profilo socio-economico, essendovi coinvolti prestatori di lavoro di diverso genere. Nel comando, infatti, diversamente che nell'intermediazione di manodopera, vengono in rilievo normalmente lavoratori altamente qualificati e, solo di rado, si assiste alla violazione dei minimi di trattamento economico di cui alla contrattazione collettiva.

Secondo la giurisprudenza consolidatasi prima dell'emanazione del decreto Biagi e da ritenersi tuttora valida, il

---

Così, a prescindere da quale sia l'interesse perseguito, qualsiasi forma negoziale, avente ad oggetto la fornitura di lavoro altrui, sarebbe, di fatto, nulla. In questo senso M. T. CARINCI, *La fornitura...*, cit, p. 184. Analogamente SPANO, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Milano, 1965, p. 139. In gen. si veda: DEL PUNTA che parlava di una tendenziale "incompatibilità" tra il distacco e l'art. 1 L. n. 1369/1960, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, p. 646; DE SIMONE secondo cui il carattere "assoluto" del divieto posto dall'art. 1 della legge 1369/1960 prescinde pure dall'esistenza di un interesse dell'interposto; pur tuttavia ritiene lecito il comando; che afferma il carattere "assoluto" del divieto posto dall'art. 1 della legge 1369/1960, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit, p. 300segg.; M. T. CARINCI, che pure abbracciava la tesi secondo cui il comando ricada *in toto* nel divieto di interposizione, *La fornitura di lavoro altrui*, Milano, 2000. In giurisprudenza nello stesso senso Cass pen. 30 luglio 1992, n. 8546.

soggetto distaccante deve essere “vero imprenditore” dotato di una propria organizzazione; si richiede, inoltre, che il distacco sia temporaneo pur non essendo necessaria la predeterminazione della durata; che il contratto sia posto in essere per il soddisfacimento di un interesse organizzativo del soggetto distaccante – interesse valutato non in relazione allo scopo sociale astrattamente considerato della società distaccante, ma al concreto espletamento dell’attività stessa – e che tale interesse si estenda per un arco temporale coincidente con la durata dello stesso<sup>174</sup>.

In particolare, *l’interesse organizzativo qualificato* del soggetto distaccante, che legittima, sotto il profilo giuridico, la separazione tra posizioni attive e passive del datore di lavoro, si identifica con la causa del contratto di fornitura. Mentre nella fattispecie di interposizione di manodopera l’interesse perseguito è esclusivamente economico, nell’ipotesi di comando, l’obiettivo perseguito è un interesse al controllo ed al buon funzionamento dell’impresa che beneficerà in qualche modo del distacco. In verità vi sono casi in cui chiaramente il distacco risponde effettivamente ad un interesse del datore di lavoro, come quando questi intende specializzare il proprio dipendente alle dipendenze di un datore di lavoro terzo che fornisca un addestramento adeguato o quando intende effettuare una ispezione presso una società diversa, generalmente collegata<sup>175</sup>. Ma queste ultime ipotesi consacrano situazioni di distacco improprio in cui il lavoratore non compie in realtà alcuna prestazione a vantaggio

---

<sup>174</sup> Cfr. Cass. 17 gennaio 2001, n. 594; Cass.Cass. 10 giugno 1999, n. 5721; Cass. 17 marzo 1998, n. 2880; Cass. 23 agosto 1996, n. 7762; Cass. 13 giugno 1995 n. 6657; Cass. 26 maggio 1993, n. 5907; Cass. 15 giugno 1992, n. 7328; Cass. 19 marzo 1991, n. 2893; Cass. 20 giugno 1990, n. 6181; Cass. 6 giugno 1990, n. 5406; Cass. Civ. 17 marzo 1988, n. 2880; Cass Sez Un. 13 aprile 1989, n. 1751. Cfr. inoltre, M. N. BETTINI, *Alcune osservazioni sul comando o distacco del lavoratore*, in *Riv.giur. lav*, 1986, II, p. 76segg.; D’AVOSSA, *Sui criteri di distinzione tra «distacco» e interposizione illecita*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, II, p. 316segg..

<sup>175</sup> Sull’interesse del datore di lavoro al distacco si v. MAGRINI *La sostituzione ...*, cit, p. 59.

dell'impresa presso la quale è distaccato. Perché in generale nella prassi il distacco risponde, più che ad un interesse del distaccante a quello dell'utilizzatore della prestazione. Tale interesse va valutato anche in relazione al tipo di attività esplicata e «può essere escluso solo in caso di evidente e insanabile contrasto con le finalità proprie dell'oggetto sociale o con le ragioni che abbiano indotto la società ad assumere il dipendente»<sup>176</sup>.

La giurisprudenza si è spinta fino al punto di ritenere che, laddove sussista un interesse rilevante del datore di lavoro distaccante, *in alcuni casi*, il comando è pienamente legittimo, restando assorbito dinanzi al maggior rilievo del suddetto interesse, persino l'eventuale intento frodatorio<sup>177</sup>.

Per quanto riguarda la *temporaneità* del distacco, la Cassazione ha precisato che, al di là di qualsiasi predeterminazione, rileva la circostanza che «la durata del distacco coincida con quella dell'interesse del datore di lavoro a che il proprio dipendente prenda la sua opera in favore di un terzo»<sup>178</sup>, ammettendone la deroga, tuttavia, in alcune ipotesi in cui dovesse mancare, e considerando, quindi, prevalente l'interesse del datore di lavoro<sup>179</sup>.

Il distacco realizzato in assenza dei requisiti prescritti comporta la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore (art. 30 c. 4 novellato dal D. lgs. 251 del 2004)

---

<sup>176</sup> Cass. Civ. 13 giugno 1995, n. 6657.

<sup>177</sup> La Suprema Corte ha infatti sostenuto che, la mancanza di un interesse rilevante «a prescindere dall'accertamento dell'intento fraudolento delle parti, frustra di per sé lo scopo del divieto in argomento, consistente nell'evitare che la dissociazione tra l'autore dell'assunzione e l'effettivo beneficiario delle prestazioni di lavoro si risolva in un ostacolo al diritto del lavoratore di pretendere il più vantaggioso trattamento che gli sarebbe spettato se assunto direttamente da tale beneficiario», Cass. Civ. 10 giugno 1999, n. 5721.

<sup>178</sup> Cass. Civ. 13 giugno 1995 n. 6657 *ult. cit.*

<sup>179</sup> Cass. Civ. 17 marzo 1998, n. 2280.

oltre all'applicazione di sanzioni penali<sup>180</sup> (art. 18 c. 5 bis introdotto dal D. Lgs. 251 del 2004).

In tale istituto, che è da considerarsi ormai una forma normale di esercizio del potere direttivo<sup>181</sup> - in cui il consenso del lavoratore è richiesto solo quando "comporti un mutamento di mansioni" (art. 30 c. 3 D. lgs 276 del 2003)<sup>182</sup> - la principale tutela per il lavoratore consiste nella circostanza che esso non comporti né novazione soggettiva del rapporto di lavoro, né sospensione del primo rapporto (intercorrente tra lavoratore distaccato ed impresa distaccante). Esso comporta, cioè soltanto una modificazione nell'esecuzione dello stesso rapporto con il mantenimento, o meglio, con la continuazione del contratto preesistente a quello di distacco. E invero tale soluzione appare essere la più vantaggiosa per il lavoratore dal momento che in tal modo, diversamente che nel caso dell'*interruzione del rapporto* (licenziamento seguito da assunzione della seconda società) o della sua *sospensione* (con costituzione a termine di un altro rapporto), opera, ad esempio, la promozione automatica per esercizio di mansioni superiori e scattano automaticamente le maggiorazioni retributive connesse all'anzianità di servizio<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Prima della tipizzazione legislativa del distacco, la conseguenza dell'assenza dei requisiti prescritti dalla giurisprudenza per la legittimità dello stesso comportava l'applicazione dell'art. 1 della legge 1369/1960, con conseguente operatività, stante il divieto di analogia in materia penale, della sola sanzione civile.

<sup>181</sup> In tal senso VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, cit., p. 662

<sup>182</sup> . In tal senso Cass. 21 febbraio 2007 n. 4003. Ma già la giurisprudenza precedente al D. lgs 276 del 2003 aveva ritenuto irrilevante il consenso del lavoratore salvo che nell' ipotesi di svolgimento di mansioni particolarmente qualificate. Su tale argomento v. Trib Roma 4 giugno 1999; Trib. Rieti 11 marzo 1999; Pret. Rieti 26 marzo 1997; Cass. Civ. 26 maggio 1993, n. 5907.

<sup>183</sup> Cass. Sez. lav. 10 agosto 1999, n. 8567 secondo cui: «Il distacco del lavoratore non comporta una novazione soggettiva ed il sorgere di un nuovo rapporto con il beneficiario della prestazione lavorativa, ma solo una modificazione nell'esecuzione dello stesso rapporto, nel senso che l'obbligazione del lavoratore di prestare la propria opera viene (temporaneamente) adempiuta non in favore del datore di lavoro, ma in favore del soggetto (cui sono attribuiti i connessi poteri direttivi e disciplinari) presso il quale medesimo ha disposto il distacco del dipendente; sicché il datore di lavoro distaccante rimane il soggetto tenuto all'adempimento degli obblighi previdenziali derivanti dal rapporto di lavoro ed a corrispondere al lavoratore la retribuzione, a meno che il rapporto di lavoro non sia stato sospeso per dar luogo ad un nuovo

Pertanto si verifica un' ipotesi di separazione di poteri, trasladosi il potere direttivo e di controllo in capo all'utilizzatore della prestazione, mentre sul distaccante continuano a gravare gli oneri retributivi e previdenziali, oltre a dover sopportare le modificazioni che intervengono nel corso del rapporto<sup>184</sup>.

In alcune ipotesi di distacco, tuttavia, la Corte di Cassazione ammette la possibilità di una "sospensione consensuale" del rapporto originario (e ciò anche nel caso di collegamento tra società<sup>185</sup>) senza obbligo di pagamento di alcuna retribuzione da parte del datore distaccante, nemmeno ai sensi dell'art. 36 Cost.<sup>186</sup> con nascita di un nuovo rapporto autonomo e distinto con l'utilizzatore<sup>187</sup>, tenuto invece al pagamento delle retribuzioni. Nel caso di tale "distacco anomalo" «il diritto e le obbligazioni connesse all'originario rapporto di lavoro vengono consensualmente sospesi o affievoliti e contestualmente viene instaurato un autonomo rapporto di lavoro con il datore di lavoro distaccatario»<sup>188</sup>, ma ciò solo «nell'ipotesi in cui si accerti che fra le parti, consenziente il lavoratore, sia stata posta in essere un'apposita regolamentazione che preveda tale sospensione, dovendo, però escludersi la validità ed efficacia di detta regolamentazione ove

---

rapporto col beneficiario della prestazione di lavoro». Ma si veda VALLEBONA, *Società. V) Lavoro nelle società collegate* (voce), in Enc. Giur., 1993, XXIX, 4; MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, 1979, 55; MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976, p. 205.

<sup>184</sup> Cass. Civ. 22 marzo 2007, n. 7049; . Cass. Civ. 26 maggio 1993, n. 5907; Cass. Civ. 11 marzo 1993, n. 2910; Cass. Civ. 6 giugno 1990, n. 5406. Ed invero, secondo Cass. Civ. 20 giugno 1990, n. 6181, è nei confronti del distaccante che il lavoratore può pretendere il riconoscimento della qualifica corrispondente alle mansioni superiori, benché queste – in dipendenza, appunto, del provvedimento datoriale di distacco – gli siano state conferite dal terzo beneficiario della prestazione lavorativa.

<sup>185</sup> Cass. 9 aprile 1992, n. 4339; Cass. 8 ottobre 1991, n. 10556.

<sup>186</sup> Cass. 6 settembre 1991, n. 9401.

<sup>187</sup> Ma si veda Cass. 19 marzo 1991, n. 640 secondo cui alla sospensione del rapporto con l'originario datore di lavoro non si accompagna la nascita di un nuovo e distinto rapporto con il beneficiario del distacco.

<sup>188</sup> Pret. Mantova 7 febbraio 1997.

si riconosca che la stessa sia diretta a perseguire un risultato vietato dalla legge o che sia fittiziamente posta in essere»<sup>189</sup>.

Tale circostanza può prestarsi a risultati fraudolenti se si considera la possibilità che il lavoratore sospeso non venga computato ai fini del requisito dimensionale dell'impresa (trattandosi di una causa sui generis di sospensione) oppure che venga frammentato il rapporto (se ne considerino gli effetti sul TFR). La Cassazione ha più volte ribadito l'essenzialità del ruolo dell'interprete nell'accertare, anche nel caso di società collegate, se la sospensione sia effettuata al solo scopo di eludere norme imperative. L'intento fraudolento presuppone, di norma, il contratto di fornitura, cioè l'esistenza di un rapporto negoziale tra datore di lavoro distaccante e datore di lavoro distaccatario, che consenta il trasferimento del potere direttivo in capo a quest'ultimo<sup>190</sup>. In alcuni casi, però, è ipotizzabile che le dichiarazioni negoziali delle parti vengano dissimulate sotto la veste di altri negozi o addirittura che manchi tale relazione negoziale<sup>191</sup>. Ciò non esclude aprioristicamente la illiceità del distacco, avvenuto in assenza di un interesse rilevante del datore di lavoro distaccante, tant'è che la norma dell'art. 30 prevede direttamente la grave sanzione della costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore al solo verificarsi della mancanza delle condizioni legittimanti, indipendentemente dall'esistenza di un

---

<sup>189</sup> Cass. Civ. 8 ottobre 1991, n. 10556.

<sup>190</sup> «L'interposizione vietata si sostanzia, dunque, nella contestuale presenza di due contratti – il contratto di fornitura e il contratto di lavoro – fra loro collegati per un fine valutato negativamente dall'ordinamento, nonché di una situazione di fatto, che altro non è se non l'adempimento, ad opera dei tre soggetti coinvolti (...) dei contratti stipulati» Così M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui...*, cit, p. 59.

<sup>191</sup> «(...) specie nei gruppi di società dove a relazioni "esterne" (contrattuali) fra i diversi soggetti giuridici, possono sostituirsi influenze "per vie interne" (si pensi al caso in cui gli amministratori di diverse società del gruppo siano gli stessi) –in assenza, quindi, di quel contratto di fornitura richiesto, invece dalla struttura della fattispecie interpositiva: può avvenire, per esempio con un contratto a favore di terzi (art. 1411 c. c.), che suppone sì un apposito accordo fra distaccante e lavoratore, ma non una relazione negoziale fra distaccante e distaccatario», M.T. CARINCI, *La fornitura...*, cit, p. 185.

intento fraudolento.

Problemi di non facile soluzione si pongono in relazione a situazioni di interdipendenza reciproca tra più realtà produttive (*holding*, consorzi tra imprese, ma anche ipotesi più late originate da meri rapporti contrattuali di appalto, di subappalto, di subfornitura, di *outsourcing*). A noi interessa in particolare il caso dei gruppi societari.

Manca nel nostro ordinamento una nozione unitaria di "gruppo ". Esso «non è un soggetto di diritto, ma una prassi gestionale che è presa in considerazione dall'ordinamento in quanto può modificare in modo rilevante i rapporti tra le imprese, modificando conseguentemente le regole che dovrebbero applicarsi alle imprese se "atomisticamente" considerate»<sup>192</sup>.

Nella giurisprudenza vi è una chiara frattura tra l'indirizzo seguito dai giudici di merito, che attribuisce *carattere unitario* al gruppo, sulla base di una serie di elementi (ravvisati nella presenza di un'unica direzione di lavoro, esistenza di un unico magazzino per tutte le società del gruppo, presenza di un'unica gestione amministrativa e contabile, condivisione dei locali, utilizzazione promiscua della forza lavoro) che consentono di identificare un unico centro di imputazione di interessi<sup>193</sup>, e il filone della giudici di legittimità, che propendendo per l'*autonomia* delle singole imprese partecipanti al gruppo, considera gli stessi elementi come indicatori di un possibile intento fraudolento<sup>194</sup>.

Spunti per una riflessioni vengono, da una recente sentenza della Cassazione (n. 3136/1999), rimasta, tuttavia,

---

<sup>192</sup> Cfr. G. DE SIMONE, *Titolarità ...cit*, p. 187.

<sup>193</sup> Cfr. Pret. Milano 15 gennaio 1996; Pret. Milano 2 agosto 1995; Pret. Di Napoli 13 gennaio 1995.

<sup>194</sup> Cass. Civ. 9 novembre 1992 . 12053 ; Cass. Civ. 10 novembre 1999 n. 12492.



isolata che, nell'individuare gli elementi utili per la determinazione dell'intento fraudolento (unicità della struttura organizzativa e produttiva, integrazione tra le varie attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune, il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario con un unico soggetto direttivo, l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa) si è spinta oltre, utilizzandoli, nel caso di specie, per determinare l'imputazione del rapporto di lavoro in capo ad un soggetto unitario, giungendo, così, alle medesime conclusioni della giurisprudenza di merito.

I gruppi societari presentano una vivace mobilità dei dipendenti determinata dal ricorso sempre più frequente al fenomeno del distacco. Se da una parte è vero che in linea di principio questi rappresentano un facile espediente per eludere le norme a garanzia dei diritti dei lavoratori, non essendo infrequenti le ipotesi in cui un apparente distacco mascheri, in realtà, una forma sommersa di intermediazione vietata, è pur vero che, laddove il gruppo si costituisca in modo da garantire una certa autonomia organizzativa e gestionale alle singole partecipanti, laddove vi sia chiarezza di rapporti e non venga a crearsi alcuna situazione di pregiudizio nei confronti dei prestatori di lavoro, deve considerarsi legittimo il comando del lavoratore, ove chiaramente ne ricorrano i presupposti, venendo meno la ragion d'essere della tutela posta dalla legge protettiva<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Cass. Civ. 18 ottobre 1983, n. 6093. V. in argomento Cass 16 febbraio 2000, n. 1733 secondo cui: «Il collegamento economico funzionale fra imprese gestite da società del medesimo gruppo, controllate da una società madre, non comportando il venir meno dell'autonomia delle singole società, può dar luogo ad un'interposizione fittizia nel rapporto e nelle prestazioni di lavoro ex legge n. 1369/1960, sempre che risulti accertato che una società del gruppo, al fine di eludere precetti normativi in materia di rapporti di lavoro, utilizzi prestazioni lavorative di persone solo formalmente dipendenti da altra società collegata».

La Cassazione, in alcune pronunce, ha individuato una serie di casi che, in quanto fonte

Il distacco, inoltre, nella formulazione del legislatore del 2003 si presta ad ulteriore elusione delle norme di tutela del lavoratore. In particolare prevedendola norma dell'art. 30 c. 3, in ragione della necessaria temporaneità dello stesso, la possibilità che -se effettuato entro 50 km- non debba essere giustificato, introduce una disciplina meno rigorosa del trasferimento che, indipendentemente dalla distanza, deve invece essere sempre giustificato da ragioni di carattere tecnico, organizzative o produttive. Ma è evidente la possibilità di eludere la più rigorosa disciplina dei trasferimenti laddove il distacco venga effettuato senza l'indicazione di una scadenza, se si accoglie l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la durata del distacco può coincidere con quella dell'interesse del datore di lavoro a che il proprio dipendente presti la sua opera in favore di un terzo.»<sup>196</sup>Così mascherando dietro un apparente distacco un reale trasferimento in frode all'art. 2103.

## 5.2 Il problema dei gruppi societari

Problemi di non facile soluzione si pongono in relazione a situazioni di interdipendenza reciproca tra più realtà produttive (*holding*, consorzi tra imprese, ma anche ipotesi più late

---

di dubbi e incertezze rientrano a tutti gli effetti tra le ipotesi di intermediazione vietata: così il caso di aziende che, per pura cortesia, cedano personale altamente qualificato, Cass. Civ. 23 aprile 1992, n.4851; il caso di "prestito di personale" per fronteggiare particolari situazioni di carico lavorativo, Cass. Civ. 8 ottobre 1991, n.10556; il caso di imprenditori che operano in settori affini e si accordano per aiutarsi reciprocamente in situazioni di emergenza, venendo in rilievo l'interesse del datore di lavoro ospitante, Cass. Civ. 2 novembre 1999, n.12224. In quest'ultima sentenza, la Corte ha ritenuto che il distacco, realizzato al di là delle condizioni richieste per la sua liceità, integri non solo la violazione del divieto di intermediazione di manodopera, ma anche la violazione dell'art. 13 della legge 29 aprile 1949, n. 264 dettata in tema di provvedimenti di avviamento al lavoro e di assistenza dei lavoratori involontariamente disoccupati, ovvero«illecito amministrativo di assunzione di lavoratori senza il tramite dell'ufficio di collocamento, a ciò non ostando la circostanza che il lavoratore risulti già assunto dal datore di lavoro distaccante».

<sup>196</sup> Cass. Civ. 13 giugno 1995 n. 6657 *ult. cit.*

originate da meri rapporti contrattuali di appalto, di subappalto, di subfornitura, di *outsourcing*). A noi interessa in particolare il caso dei gruppi societari.

Manca nel nostro ordinamento una nozione unitaria di "gruppo". Esso «non è un soggetto di diritto, ma una prassi gestionale che è presa in considerazione dall'ordinamento in quanto può modificare in modo rilevante i rapporti tra le imprese, modificando conseguentemente le regole che dovrebbero applicarsi alle imprese se "atomisticamente" considerate»<sup>197</sup>.

Nella giurisprudenza vi è una chiara frattura tra l'indirizzo seguito dai giudici di merito, che attribuisce *carattere unitario* al gruppo, sulla base di una serie di elementi (ravvisati nella presenza di un'unica direzione di lavoro, esistenza di un unico magazzino per tutte le società del gruppo, presenza di un'unica gestione amministrativa e contabile, condivisione dei locali, utilizzazione promiscua della forza lavoro) che consentono di identificare un unico centro di imputazione di interessi<sup>198</sup>, e il filone della giudici di legittimità, che propendendo per l'*autonomia* delle singole imprese partecipanti al gruppo, considera gli stessi elementi come indicatori di un possibile intento fraudolento<sup>199</sup>.

Spunti per una riflessione vengono da una sentenza della Cassazione (n. 3136/1999) rimasta tuttavia isolata. Nell'individuare gli elementi utili per la determinazione dell'intento fraudolento (unicità della struttura organizzativa e produttiva, integrazione tra le varie attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune, il

---

<sup>197</sup> Cfr. G. DE SIMONE, *Titolarità ...cit*, p. 187.

<sup>198</sup> Cfr. Pret. Milano 15 gennaio 1996; Pret. Milano 2 agosto 1995; Pret. Di Napoli 13 gennaio 1995.

<sup>199</sup> Cass. Civ. 9 novembre 1992 . 12053 ; Cass. Civ. 10 novembre 1999 n. 12492.

coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario con un unico soggetto direttivo, l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa) i giudici di legittimità si sono spinti oltre utilizzandoli, nel caso di specie, per determinare l'imputazione del rapporto di lavoro in capo ad un soggetto unitario, giungendo così alle medesime conclusioni della giurisprudenza di merito.

I gruppi societari presentano una vivace mobilità dei dipendenti determinata dal ricorso sempre più frequente al fenomeno del distacco. Se da una parte è vero che in linea di principio questi rappresentano un facile espediente per eludere le norme a garanzia dei diritti dei lavoratori, non essendo infrequenti le ipotesi in cui un apparente distacco mascheri una forma sommersa di intermediazione vietata, è pur vero che, laddove il gruppo si costituisca in modo da garantire una certa autonomia organizzativa e gestionale alle singole partecipanti, deve considerarsi legittimo il comando del lavoratore venendo meno la ragion d'essere della tutela posta dalla legge protettiva<sup>200</sup>.

---

<sup>200</sup> Cass. Civ. 18 ottobre 1983, n. 6093. V. in argomento Cass 16 febbraio 2000, n. 1733 secondo cui: «Il collegamento economico funzionale fra imprese gestite da società del medesimo gruppo, controllate da una società madre, non comportando il venir meno dell'autonomia delle singole società, può dar luogo ad un'interposizione fittizia nel rapporto e nelle prestazioni di lavoro ex legge n. 1369/1960, sempre che risulti accertato che una società del gruppo, al fine di eludere precetti normativi in materia di rapporti di lavoro, utilizzi prestazioni lavorative di persone solo formalmente dipendenti da altra società collegata».

La Cassazione, in alcune pronunce, ha individuato una serie di casi che, in quanto fonte di dubbi e incertezze rientrano a tutti gli effetti tra le ipotesi di intermediazione vietata: così il caso di aziende che, per pura cortesia, cedano personale altamente qualificato, Cass. Civ. 23 aprile 1992, n.4851; il caso di "prestito di personale" per fronteggiare particolari situazioni di carico lavorativo, Cass. Civ. 8 ottobre 1991, n.10556; il caso di imprenditori che operano in settori affini e si accordano per aiutarsi reciprocamente in situazioni di emergenza, venendo in rilievo l'interesse del datore di lavoro ospitante, Cass. Civ. 2 novembre 1999, n.12224. In quest'ultima sentenza, la Corte ha ritenuto che il distacco, realizzato al di là delle condizioni richieste per la sua liceità, integri non solo la violazione del divieto di intermediazione di manodopera, ma anche la violazione dell'art. 13 della legge 29 aprile 1949, n. 264 dettata in tema di provvedimenti di avviamento al lavoro e di assistenza dei lavoratori involontariamente disoccupati, ovvero «illecito amministrativo di assunzione di lavoratori senza il tramite dell'ufficio di collocamento, a ciò non ostando la circostanza che il lavoratore risulti già assunto dal datore di lavoro distaccante».

## ***6. Il lavoro a domicilio***

Il lavoro a domicilio rappresenta una delle ipotesi di decentramento del ciclo produttivo (insieme con lo scorporo di parte dell'attività aziendale presso altri imprenditori) idonee a supportare il datore di lavoro nell'intento di eludere le garanzie tipiche del lavoro subordinato, risultando spesso conveniente non solo dal punto di vista organizzativo ma anche sindacale.

Ricorre in linea di principio tutte le volte che il lavoratore svolge la propria attività "nel proprio domicilio o in un locale di cui abbia la disponibilità" (art. 1 c. 1 L. 877 del 1973). Ma la qualificazione è tutt'altro che agevole.

Nessun problema si pone quando il beneficiario dell'opera è un consumatore, essendo il lavoratore a domicilio qualificabile senza dubbio come autonomo. Diversa è la situazione nel caso in cui il committente sia un'impresa, dovendosi in tal caso stabilire se l'attività sia effettivamente autonoma o subordinata. Ed invero non è inusuale che il datore di lavoro ricorra a tali forme di lavoro assumendo un lavoratore a domicilio di fatto subordinato ma con contratto per prestazione autonoma. Ciò considerata la circostanza che il confine tra autonomia e subordinazione in tale fattispecie è piuttosto evanescente, essendo tutti i requisiti della subordinazione necessariamente attenuati in forza della dislocazione operativa del lavoratore al di fuori dell'impresa e quindi della sfera di controllo immediata del datore di lavoro<sup>201</sup>. Lo stesso legislatore in forza della specialità del rapporto, detta una nozione di subordinazione specifica "in deroga a quanto stabilito dall'art. 2094 CC" ritenendo sussistente il vincolo di subordinazione laddove il lavoratore a domicilio sia tenuto ad

---

<sup>201</sup> Cass. 26 aprile 1999 n. 4144; Cass. 23 settembre 1998, n. 9516.

“osservare le direttive dell’imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere” in relazione “ai prodotti oggetto dell’attività dell’imprenditore committente”. (art. 1 c. 2; art. 11. 1).

In ogni caso la subordinazione va esclusa se il lavoratore può rifiutare il lavoro affidatogli<sup>202</sup>, può scegliere liberamente i tempi di consegna<sup>203</sup> oppure si avvale di una collaborazione non accessoria dei familiari evincibile dall’elevatezza del fatturato<sup>204</sup> oppure utilizza dipendenti o apprendisti (art. 1 c.1)<sup>205</sup> ovvero nel proprio domicilio una vera e propria struttura imprenditoriale<sup>206</sup>. Al contrario la subordinazione è compatibile con direttive impartite non continuamente, ma una volta per tutte<sup>207</sup>, un controllo non continuo ma limitato ad una verifica *ex post* sul prodotto<sup>208</sup>; un patto di nuova esecuzione del prodotto non conforme al modello<sup>209</sup>; l’addebito al lavoratore del materiale perduto nel manufatto imperfetto<sup>210</sup>; una pluralità di committenti<sup>211</sup>; l’iscrizione all’albo degli Artigiani<sup>212</sup>.

La materia trova una propria compiuta regolamentazione nella L. 877 del 1973 (che abroga la precedente e inconsistente

---

<sup>202</sup> Cass. 14 marzo 2007, n. 5913; Cass. 16 ottobre 2006, n. 22129; Cass. 11 maggio 2002, n. 6803; Cass. 14 novembre 1995, n. 11796. Parzialmente *contra* Cass. 25 agosto 2003, n. 12458.

<sup>203</sup> Cass. 16 ottobre 2006 n. 22129; Cass. 11 maggio 2002, n. 6803; Cass. 14 novembre 1995, n. 1179. Parzialmente *contra* Cass. 25 agosto 2003, n. 12458.

<sup>204</sup> Cass. 27 aprile 1985, n. 2750.

<sup>205</sup> Ma si veda in senso contrario Cass. 5 gennaio 1995, n. 151.

<sup>206</sup> Cass. Cass. 29 novembre 2004, n. 22429; Cass. 26 aprile 1999, n. 4144.

<sup>207</sup> Cass. 24 febbraio 2005, n. 3835; Cass. 7 giugno 2003, n. 9168; Cass. 4 maggio 2002, n. 6405; Cass. 22 aprile 2002, n. 5840; Cass. 15 dicembre 1999, n. 14120; Cass. 23 settembre 1998, n. 9516; Cass. 17 febbraio 1998, n. 1676; Cass. 15 febbraio 1997, n. 1433; Cass. 3 novembre 1995, n. 11431; Cass. 23 luglio 1983, n. 5096.

<sup>208</sup> Cass. 17 febbraio 1998, n. 1676; Cass. 15 febbraio 1997, n. 1433; Cass. 1 settembre 1986, n. 5348; Cass. 23 luglio 1983, n. 5096.

<sup>209</sup> Cass. 3 novembre 1995, n. 11431; Cass. 5 gennaio 1995, n. 151.

<sup>210</sup> Cass. 23 luglio 1983, n. 5096.

<sup>211</sup> Cass. 22 aprile 2002, n. 5840; Cass. 17 febbraio 1998, n. 1676; Cass. 15 febbraio 1997, n. 1433;

<sup>212</sup> Cass. 22 aprile 2002, n. 5840; Cass. 23 settembre 1998, n. 9516; Cass. 17 febbraio 1998, n. 1676; Cass. 15 febbraio 1997, n. 1433; Cass. 3 novembre 1995, n. 11431; Cass. 5 gennaio 1995, n. 151.

L. 264 del 1958 che disciplinava la materia) dal momento che la norma codicistica (art. 2128) si limita ad estendere al lavoratore a domicilio subordinato tutte le tutele che competono al lavoratore subordinato, in quanto compatibili con la specialità del rapporto.

Le tutele previste sono analoghe a quelle di un ordinario rapporto di lavoro subordinato ma considerata la circostanza dello svolgimento di attività fuori dai locali dell'impresa alcune di esse risultano leggermente attenuate. Ciò induce pertanto il legislatore a prevedere la presunzione assoluta di sussistenza di rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato laddove il locale di lavoro sia fornito dal committente, anche se dietro corresponsione di compenso (art. 1 c.3).

La disciplina summenzionata prevede che i lavoratori a domicilio siano retribuiti a cottimo pieno (art. 8 c. 1) secondo tariffe fissate dai contratti collettivi<sup>213</sup> o in mancanza da apposite commissioni amministrative, non essendo possibile controllare la durata della prestazione; nello stesso modo vanno determinate le percentuali dovute a titolo di rimborsi spese, le maggiorazioni a titolo di indennità per lavoro festivo, per ferie, gratifica natalizia e trattamento di fine rapporto (art. 8 c. 3).

Essendo il lavoratore a domicilio collocato fuori dall'impresa, la dottrina esclude l'applicabilità della normativa in materia di sicurezza<sup>214</sup> essendo anche vietato affidare a domicilio lavorazioni nocive o pericolose e l'applicabilità delle tutele contro il licenziamento<sup>215</sup>, che invece la giurisprudenza ammette in presenza di una continuità di prestazioni<sup>216</sup> così come riconosce il

---

<sup>213</sup> In mancanza dei contratti collettivi le tariffe sono fissate da apposita Commissione regionale o, in via sussidiaria dal direttore dell'Ufficio Regionale del lavoro (art. 8.c.2 e c.4).

<sup>214</sup> Cass. Pen 13 dicembre 1999, n. 14165.

<sup>215</sup> VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Padova, 2008.

<sup>216</sup> Cass. 17 marzo 1981, n. 1570.

diritto all'indennità di mobilità <sup>217</sup>. Le lavoratrici a domicilio madri godono del divieto di licenziamento e hanno diritto all'indennità per il periodo di astensione obbligatoria per maternità oltre all'indennità di maternità per eventuale interdizione anticipata<sup>218</sup>. I lavoratori a domicilio, infine, hanno diritto a tutte le tutele previdenziali ad eccezione dell'integrazione salariale (art. 9 c. 1). Di converso su di essi incombono tutti gli obblighi di diligenza fedeltà e obbedienza (art. 11.c.1).

La vera peculiarità della disciplina del lavoro a domicilio in verità si rinviene nella norma dell'art. 2 c. 4 della L. 877 del 1973 che vieta "ai committenti di lavoro a domicilio di valersi dell'opera di mediatori o intermediari comunque denominati i quali, unitamente alle persone alle quali hanno commesso lavoro a domicilio, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze del datore di lavoro per conto e nell'interesse del quale hanno svolto la loro attività". La norma antielusiva ha una portata molto ampia punendo l'intermediazione con una sanzione ben più rigorosa di quella prevista dalla L. 1369 del 1960, dal momento che non solo i lavoratori, ma anche l'intermediario si considera alle dirette dipendenze del reale committente, non a titolo di sanzione<sup>219</sup>, bensì in quanto costituisce tra i due soggetti un rapporto di lavoro subordinato, regolando dunque il rapporto tra interposto e interponente<sup>220</sup>. E la costituzione *ex lege* del rapporto di lavoro subordinato anche tra interponente e interposto oltre che tra questi e i lavoratori è indice della maggiore riprovazione dell'ordinamento, rispetto alla ordinaria interposizione di manodopera che invece costituisce il rapporto soltanto tra lavoratori e effettivo utilizzatore della prestazione,

---

<sup>217</sup> Cass. S.U. 12 marzo 2001, n. 106.

<sup>218</sup> Corte Cost. 26 luglio 2000, n. 360

<sup>219</sup> MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.

<sup>220</sup> CRICENTI, op. cit., p. 236.



verso una pratica maggiormente idonea ad eludere le garanzie tipiche della subordinazione in virtù delle maggiori difficoltà di smascheramento legate allo svolgimento del lavoro in locali diversi da quelli del datore di lavoro.

Altra forma non rara di elusione delle garanzie tipiche della subordinazione è quella della stipula di contratti d'opera con imprenditori artigiani, ovverosia con lavoratori iscritti (o fatti iscrivere di proposito) all'albo delle imprese artigiane, dal momento che la L. 8 agosto 1985, n. 443 sembra attribuire a tale iscrizione efficacia costitutiva ad ogni effetto, anche di natura civilistica. Risulta pertanto fin troppo agevole, mascherare un rapporto di lavoro subordinato sotto le mentite spoglie del contratto d'opera, essendo la legge stessa a qualificare come autonomo il lavoro del (finto) artigiano per il solo fatto di essere iscritto nell'albo delle imprese artigiane, non essendo ammessa la subordinazione dell'imprenditore. E' un classico caso in cui la frode è nella legge stessa. La giurisprudenza, in ogni caso è orientata a ritenere che l'iscrizione nell'albo non vincoli l'interprete che resta pur sempre libero di verificare la realtà fattuale dello stesso e di qualificarlo secondo le modalità in cui lo stesso si è svolto, nulla pertanto impedendo al giudice di qualificare come subordinato un rapporto costituitosi con contratto d'opera tra un committente e un lavoratore iscritto all'albo delle imprese artigiane laddove ricorrano gli indici propri della subordinazione<sup>221</sup>

---

<sup>221</sup>Cfr. Cass. 23 novembre 1992, n. 12490; Cass. 24 luglio 1990, n. 7475. Diversa è l'ipotesi in cui invece il lavoratore fornisca un lavoro altamente creativo tipico dell'artigiano, per cui lo stesso non potrà qualificarsi come lavoratore subordinato. Si veda in proposito Trib. Sondrio 20 marzo 1989; Trib. Bologna 15 marzo 1988.

## **7. Il trasferimento d'azienda**

La disciplina del trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 del CC pone una normativa volta a tutelare sotto diversi punti di vista i lavoratori occupati in caso di "mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro" e quindi in caso di circolazione dell'azienda (art. 2555 CC) o di "parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma" (art. 2112 c. 5CC). Il recente intervento legislativo concretizzatosi nella norma dell'art. 32 c. 1 D. lgs 276/2003, nel prevedere che l'articolazione aziendale autonoma sia "identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento" ha soppresso la precedente garanzia per i lavoratori che era rappresentata dalla previsione della "preesistenza" del ramo ceduto che nel trasferimento doveva in ogni caso conservare "la propria identità"<sup>222</sup>. Tale norma consentiva di prevenire abusi e prevaricazioni datoriali, non potendo il cedente creare una articolazione *ad hoc* o modificarla in vista del trasferimento, ivi collocandovi i lavoratori di cui intendeva liberarsi.

In ogni caso la *ratio* dell'art. 2112 CC è quella di tutelare il diritto dei lavoratori dell'impresa cedente alla prosecuzione del rapporto, senza necessità del loro consenso dal momento che la norma novellata non fa più riferimento alla possibilità, contenuta nel testo originario dell'articolo in parola, di dare disdetta in tempo utile (ovvero prima del trasferimento stesso) disponendo invece che il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento (art. 2112 c. 4). ed invero il lavoratore conserva tutti i diritti derivanti dalla sua posizione contrattuale (art. 2112 c. 1), mentre i crediti già maturati sono garantiti e

---

<sup>222</sup>La disposizione ha sollevato numerosi dubbi di conformità con la Direttiva comunitaria la quale richiede che l'entità economica oggetto del trasferimento conservi "la propria identità".

tutelati con la previsione di responsabilità solidale tra cedente e cessionario (art. 2112 c. 2).

Ma tale normativa predisposta per la tutela dei lavoratori ha aperto un varco alla frode alla disciplina dei licenziamenti collettivi, essendo stata spesso utilizzata dai datori di lavoro per sbarazzarsi di lavoratori esuberanti senza doversi accollare gli oneri e i costi della gravosa disciplina prevista per i licenziamenti collettivi. Ed invero il potere di recesso collettivo del datore di lavoro risulta nel nostro ordinamento fortemente proceduralizzato oltrechè economicamente molto oneroso, dal momento che la l. 223 del 1991, in attuazione della Direttiva Comunitaria 129/75, ha introdotto una complessa regolamentazione al fine di realizzare un efficace controllo sociale sulle scelte di riduzione del personale del datore di lavoro. Ed invero i datori di lavoro che superino la soglia dei 15 dipendenti e che, "in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano effettuare almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni in ciascuna unità produttiva o in più unità produttive nell'ambito del territorio della stessa provincia" devono attenersi ad una rigorosissima procedura, diretta ad assicurare il controllo sindacale attraverso il riconoscimento di diritti di informativa e di esame congiunto per la verifica delle circostanze che rendono inevitabile il ridimensionamento. L'accordo con i sindacati è meramente eventuale, ma il datore di lavoro può effettuare i programmati licenziamenti solo una volta che sia stata espletata la procedura, la quale, salvo determinate ipotesi, può impedire per un periodo complessivo di 82 giorni di procedere ai licenziamenti mentre i rapporti di lavoro proseguono regolarmente con obbligo retributivo dei lavoratori stessi. E' previsto infine che il datore di lavoro rientrante nel campo di applicazione dell'integrazione

salariale straordinaria, i cui lavoratori abbiano quindi diritto alla indennità di mobilità sia tenuto a versare un anticipo all'INPS sul contributo proporzionale al numero delle eccedenze, anche se l'omissione di tale adempimento non inficia la validità dei successivi licenziamenti.

La possibilità che nel trasferimento d'azienda il lavoratore segua il ramo ceduto senza la necessità del suo consenso impone la necessaria definizione dei confini di utilizzabilità della disciplina del 2112 CC in luogo della cessione del contratto di cui all'art. 1406 che, invece richiede il necessario consenso del contraente ceduto.<sup>223</sup>

In particolare la dottrina e la giurisprudenza si sono concentrate sulla nozione di ramo d'azienda, considerato che, se precedentemente alla novella il datore di lavoro era vincolato a trasferire un ramo già preesistente (e con esso i lavoratori adibiti allo stesso), sembra che allo stato egli possa creare il ramo da trasferire all'occorrenza, includendovi i lavoratori che voglia, non essendo previsto alcun criterio discrezionale che consenta di garantire ai lavoratori l'imparzialità della scelta.

Fino alla emanazione del D. lgs. 18 del 2001 il trasferimento del ramo d'azienda, inteso come articolazione autonoma<sup>224</sup> preesistente<sup>225</sup> era riconosciuto per via interpretativa dalla giurisprudenza al fine di estendere le tutele previste all'art. 2112 CC anche ai lavoratori del ramo. Con il decreto in parola tale condizione viene espressamente confermata dal legislatore – sebbene la disposizione sia stata soppressa in virtù dell'art. 32

---

<sup>223</sup> NARDI; *op. cit.*, p. 111.

<sup>224</sup> Cass. 30 agosto 2000, n. 11.422; Cass. 16 dicembre 1995, n. 12872; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873; Cass. 17 marzo 1993, n. 3148; Cass. 8 gennaio 1991, n. 67; Cass. 21 novembre 1984, n. 5871.

<sup>225</sup> Cass. 6 giugno 2007, n. 13270; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21287; Cass. 9 marzo 2005, n. 5138; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105.

D. lgs 276/2003 - che recepisce le spinte giurisprudenziali e modifica il comma 5 dell'art. 2112 CC estendendo la disciplina del trasferimento d'azienda anche ai trasferimenti del ramo d'azienda, intesa "come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità".

Anche sulla nozione di azienda sono stati notevoli i contrasti interpretativi, rinvenendosi nel vasto panorama giurisprudenziale sentenze dal tenore differente. Ed invero talora la nozione di azienda è intesa in senso ampio, fino a ricomprendervi, nei casi in cui l'attività si fonda sostanzialmente sulla manodopera, anche solo i lavoratori in quanto portatori di competenze spendibili autonomamente presso il nuovo datore di lavoro senza il ricorso a macchine e mezzi<sup>226</sup>; interpretazione questa pericolosa, perchè al di là di ampliare gli spazi di incertezza azzererebbe la differenza tra il trasferimento d'azienda e altri schemi negoziali quali ad esempio il comando e il distacco<sup>227</sup>; altre volte la giurisprudenza privilegia, come sembra preferibile, il dato oggettivo, intendendo per azienda, in una accezione ristretta, un complesso di beni che si presenti come entità dotata di autonomia organizzativa ed economica teleologicamente orientata alla produzione di beni o servizi<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> Cass. 23 luglio 2002, n. 10761

<sup>227</sup> GRASSO, *La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di trasferimento di "ramo" di azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2, 2003, 595

<sup>228</sup> Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105

## ***8. Il contratto a tempo determinato***

La disciplina del contratto a tempo determinato si rinveniva originariamente nella L. 230 del 1962 nella quale la possibilità del ricorso a tale tipologia contrattuale era legata alla sussistenza di ipotesi tassativamente previste dal legislatore e dalla contrattazione collettiva.

Nella L. 368 del 2001 viene abbandonata la tecnica di dettagliata tipizzazione delle causali che giustificano l'apposizione del termine al contratto di lavoro in favore di una formula ampia e discutibile a tenore della quale è sufficiente a legittimare il ricorso al contratto a tempo determinato la sussistenza di "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" (art. 1).

L'esistenza di tale "causalone", nel quale rientrano certamente tutte le ipotesi contemplate in passato dalla L. 230 del 1962, confermerebbe l'eccezionalità del contratto a termine rispetto alla "regola" generale del contratto di lavoro a tempo indeterminato<sup>229</sup>.

Il ricorso ad una formulazione sì ampia doveva ritenersi, nelle intenzioni del legislatore, preordinata ad una radicale semplificazione rispetto ai precedenti tipi contrattuali e finalizzata alla flessibilizzazione delle rigidità applicative lamentate in passato. Deve, tuttavia, riconoscersi a posteriori che la nuova formula non ha saputo rispondere alle esigenze di chiarezza e linearità richieste dal sistema essendo stata, al contrario, foriera di nutrite incertezze.

"Ciò che è realmente mutato è il metodo con cui il legislatore attuale ha inteso affrontare il problema del contratto a termine" ed infatti "il momento di controllo non viene effettuato più sulla base della fattispecie legale o contrattuale indicata --come avveniva in passato -- per verificare la conformità a quella della indicazione contenuta in contratto, bensì viene effettuata sulla base di quanto ha indicato nel contratto individuale lo stesso

---

<sup>229</sup> Art. 1 c. 1 introdotto dall'art. 39 L. 247 del 2007.

datore di lavoro: pertanto diviene essenziale che il datore di lavoro dia contezza per iscritto delle ragioni del termine<sup>230</sup>.

Le difficoltà incontrate da numerose prospettazioni datoriali<sup>231</sup> nel superare il vaglio della magistratura smentiscono pertanto le attese di quelle interpretazioni assolutamente liberiste che, agli albori dell'entrata in vigore della nuova legge, avevano inneggiato alla libertà di prospettare esigenze nuove nell'*iter* evolutivo dei processi produttivi egualmente in grado di consentire l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

Infatti, se spetta discrezionalmente al datore di lavoro dare concreta e particolare attuazione alla "norma aperta" di cui alla previsione generale di cui si discorre attraverso la specificazione della stessa, della sua ricorrenza nel caso concreto è in sostanza arbitro il magistrato, non potendo, la maggiore libertà di applicazione del termine, sconfinare nell'arbitrio. In pratica, il legislatore "consentendo alle parti di ricorrere al contratto a termine per le più svariate esigenze, ha richiesto che il giudice ne possa controllare la reale esistenza nel caso concreto"<sup>232</sup>.

La stipula di un contratto a tempo determinato ingiustificato, non è da reputarsi *in fraudem legis*, ma *contra legem*, perché in contrasto diretto con la norma dell'art. 1 D. Lgs. 368 del 2001. In assenza di previsioni sanzionatorie la per il primo isolato contratto a termine ingiustificato si applicherà il principio generale della nullità parziale ex art. 1419 CC con incertezze derivanti dal dibattito ancora aperto in dottrina sull'applicabilità al caso di specie del primo o del secondo comma dello stesso<sup>233</sup>.

In verità l'aspetto più rilevante ai fini dello presente studio è offerto non tanto dalla stipula del primo isolato contratto a termine, per il quale il

---

<sup>230</sup> Trib. Milano 25 maggio 2005

<sup>231</sup> Per una più completa trattazione si v. BARBATO M.R., *Il contratto a tempo determinato: Tipologie concrete di ragioni giustificative: identificazione e loro interpretazione*, in "Dir. Lav.", n. 1, 2006

<sup>232</sup> Trib. Milano 31 dicembre 2004

<sup>233</sup> Per un'ampia ed esaustiva trattazione sul tema della nullità parziale si v. CATAUDELLA M.C., *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, p. 56 esegg.. Che, appoggiando l'orientamento di VALLEBONA A., *La nullità dei contratti di lavoro atipici*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 544 esegg.. propende per l'applicabilità del primo comma dell'art. 1419 CC.

nostro stesso Legislatore ha mostrato un atteggiamento di favore all'atto dell'emanazione della L. 368 del 2001, quanto dall'abuso del ricorso a tale tipologia, ovvero il caso della reiterazione del contratto.

La ripetizione del contratto in tempi relativamente brevi (10 o 20 giorni a seconda della durata del contratto) consente infatti al datore di lavoro di disporre di una prestazione a tempo indeterminato – frazionata –, che tuttavia lo mantiene libero dai vincoli e dalle condizioni sfavorevoli della stessa, dovendosi considerare indice forte di una condotta fraudolenta la circostanza che il successivo contratto non sia destinato a soddisfare esigenze diverse o ulteriori rispetto al primo<sup>234</sup>. Pertanto il legislatore interviene con una presunzione di frode sanzionando gravemente tale condotta considerandosi il secondo contratto a tempo indeterminato, o persino il primo se tra i due contratti non vi è soluzione di continuità.

Il datore di lavoro potrà oltre i 10 o i 20 giorni riassumere il medesimo lavoratore con contratto a tempo determinato, dimostrando la sussistenza delle nuove ragioni<sup>235</sup> che lo giustificano.

Il nuovo comma 4 bis dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001 rappresenta un ulteriore punto critico in tema di frode. Ed invero, il legislatore, probabilmente per arginare l'incontrollato ricorso ai contratti a termine ha previsto un limite massimo di 36 mesi per i rapporti a tempo determinato tra stesse parti, per le medesime mansioni o equivalenti. Ed invero la norma lascia intendere che se tra le stesse parti vengano stipulati più contratti a tempo determinato, ma per mansioni differenti (superiori o inferiori, trattandosi di rapporti autonomi e salvo l'intento fraudolento) non vale il limite dei 36 mesi, con conseguente dilatazione del tetto legislativo. Se poi a ciò si aggiunge la circostanza che la norma esclude determinate tipologie contrattuali dal suo ambito di applicazione quali i lavoratori somministrati assunti a termine, i contratti di formazione e lavoro, i contratti di

---

<sup>234</sup> Cfr. CRICENTI, *op. cit.*, 298

<sup>235</sup> Secondo la Cassazione se i contratti reiterati hanno ragioni giustificatrici differenti non sono da considerarsi in frode alla legge. Si veda Cass. 11 luglio 1983, n. 4690; Cass. 4 settembre 1980, n. 5098.



apprendistato, i rapporti formativi non costituenti lavoro subordinato (art. 10 co 1) e che la stessa lascia alla contrattazione collettiva la possibilità di prevedere eccezioni al limite triennale, la stessa sembra disegnata in modo tale da consentire l'agevole elusione del divieto che porta, giacchè sarebbe banalmente sufficiente, modificare formalmente la mansione per cui il contratto a termine è stato precedentemente stipulato o contrattare il lavoratore con contratti a tempo determinato che esulano dall'ambito di applicazione della norma per eludere il divieto. E' facile immaginare che coloro che saranno maggiormente pregiudicati da tale possibilità saranno i giovani, potendo essere assunti senza alcun limite con uno stage, poi un apprendistato e successivamente con contratti a termine di somministrazione.

In tal caso la prova della fraudolenza potrà essere data anche per presunzioni<sup>236</sup>, potendosi ritenere tali l'alternanza di diverse tipologie contrattuali finalizzata a sfruttare tutte le possibilità di deroga o la successione di rapporti esenti dal divieto per periodi lunghi, restando in capo al datore di lavoro la possibilità di fornire la prova contraria.

## ***9. Frode e sanzione***

Nel Codice Civile italiano alla tipizzazione del negozio *in fraudem legis* non segue la comminazione di una sanzione certa, diversamente da quanto avviene attualmente nel Nuovo Codice Civile brasiliano, che pur non tipizzando e qualificando la frode alla legge, la colloca tra le ipotesi di nullità dei negozi giuridici (art. 166 CCB). Tuttavia anche nella vigenza del precedente Codice Civile la dottrina propendeva per la nullità dell'atto fraudolento, consentendo tale soluzione la salvaguardia dell'interesse sociale

---

<sup>236</sup> Cass. 21 luglio 2006, n. 16759.

alla riaffermazione della norma elusa<sup>237</sup>.

Considerato, tuttavia, che la norma dell'art. 1344 CC "reputa" illecita la causa del contratto che costituisce "il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa" (in frode alla legge), e che ai sensi dell'art. 1418 co. 2 CC. all'illiceità della causa consegue la nullità del contratto, secondo la dottrina maggioritaria<sup>238</sup> anche nelle ipotesi di frode alla legge la sanzione, sebbene non enunciata, debba essere la nullità per illiceità della causa. Tale conclusione è suffragata dalla considerazione che, essendo medesima la *ratio* delle tre norme collocate sistematicamente nella sezione seconda del libro quarto delle obbligazioni - "Della Causa del contratto", ovvero quella di garantire l'effettività della norma imperativa violata, anche la conseguenza sanzionatoria debba essere la medesima.

Il negozio in frode pone tuttavia un problema di relazione con la eventuale sanzione prevista dalla norma violata. Perché se la nullità del negozio fraudolento appare logicamente coerente col sistema, è anche vero che la norma imperativa aggirata spesso prevede per la sua violazione una sanzione differente dalla nullità, come l'annullabilità (ad esempio l'art. 388 CC). Pertanto, in ipotesi di tal fatta, secondo tale l'orientamento<sup>239</sup>, potrebbe verificarsi che la violazione diretta della norma comporti una conseguenza sanzionatoria più lieve della violazione fraudolenta della stessa, colpita sempre da nullità<sup>240</sup>.

Un orientamento giurisprudenziale ha ritenuto di dover applicare il principio della nullità parziale, colpendo con la nullità soltanto le clausole fraudolente<sup>241</sup>, così attribuendo rilevanza al problema quantitativo, più che a quello qualitativo<sup>242</sup>.

Ed invero vi è chi sostiene<sup>243</sup> che proprio la circostanza che l'art. 1418

---

<sup>237</sup> In tal senso LIMA. A., *op. cit.*, 319 e segg.

<sup>238</sup> ROTONDI, *op. cit.*, 1911; CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 235. GIACOBBE, *op. cit.*, pp. 60 esegg..

<sup>239</sup> CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, cit. 235 ess. specie 240-241.

<sup>240</sup>

<sup>241</sup> Cass. 10 ottobre 1996, n. 8856; Cass. 10 dicembre 1994, n. 10586.

<sup>242</sup> Così si esprime NARDI, *op. loc. cit.*, nota 2.

<sup>243</sup> NARDI, *op. cit.*, p. 142.

co.2 non individui la frode tra i vizi idonei a produrre certamente la nullità del negozio, dovrebbe far ritenere applicabile in relazione alla stessa il primo comma dell'art. 1418, laddove è previsto che il contratto contrario a norme imperative è nullo *salvo che la legge disponga diversamente*.

Altri<sup>244</sup> sostengono, invece, che la sanzione degli atti in frode alla legge sia l'inefficacia delle stipulazioni private e l'applicazione della norma elusa, dovendosi intendere la nullità in tal caso come inefficacia dei medesimi atti a produrre l'effetto elusivo cui le parti miravano e ciò nel senso che il giudice potrà liberamente superarli o disattenderli per applicare la norma che si intendeva aggirare<sup>245</sup>. Tale interpretazione - che appare necessaria in relazione alle norme precettive (come nel caso dell'art. 2112 CC che impone la successione nei contratti di lavoro) non sortendo la nullità l'effetto perseguito dal legislatore che invece è pienamente soddisfatto con l'applicazione della norma elusa - oltre ad essere più coerente con la finalità di consentire alla norma imperativa di prevalere comunque, meglio si adatta alle ipotesi in cui la norma ha lo scopo di tutelare la parte più debole, come per l'appunto avviene per il lavoro subordinato, in relazione al quale la sanzione della nullità pregiudicherebbe invece i diritti del contraente che proprio la norma imperativa intende tutelare.

Tuttavia tale interpretazione sembra trovare un insuperabile ostacolo nella disciplina della conversione del contratto nullo ex art. 1424 CC che pone un principio di conservazione del contratto che soccorre l'autonomia privata ammettendo che un contratto nullo possa produrre gli effetti di un contratto diverso, avendone i requisiti di sostanza e di forma, laddove si possa ritenere che le parti avrebbero accettato di stipularlo se avessero conosciuto l'invalidità.

Orbene, al di là delle considerazioni circa la difficoltà di ritenere che in tali ipotesi le parti avrebbero voluto il contratto diverso e circa la ritenuta

---

<sup>244</sup> MORELLO, *op. cit.*, p. 338; D'AMICO G., *op. cit.*, 181. In senso favorevole CRICENTI, *op. cit.*, p. 294.

<sup>245</sup> Così si esprime CRICENTI, *op. cit.* citando VIDAL, 393segg.; MORELLO, *op. cit.*, pp. 338-339.

impossibilità di conversione del negozio illecito<sup>246</sup> - sebbene susciti qualche perplessità la circostanza che nel caso della frode alla legge non siamo in presenza di una causa realmente illecita, ma "ritenuta illecita" – sembra pacifico che il negozio in frode alla legge non possa essere convertito in quanto l'ordinamento valuta negativamente l'attività delle parti, alle quali non sembra voler apportare soccorso<sup>247</sup>.

Altro problema è quello dei stabilire se, laddove una norma preveda direttamente la sanzione per la frode il negozio debba reputarsi *contra legem*<sup>248</sup> o *in fraudem legis*<sup>249</sup>. Tuttavia la questione rileva solo a fini qualificatori, applicandosi in ogni caso la sanzione della nullità<sup>250</sup>.

---

<sup>246</sup> Cass. 18 marzo 1953, n. 1036; Cass. 2 febbraio 1957, n. 406; in dottrina BIANCA, *op. cit.* 634; BIGLIAZZI-GERI, *Conversione dell'atto giuridico* (voce), in *Enc. Dir.* X, Milano, 1962, p. 536.

<sup>247</sup> In senso contrario D'AMICO G., *op. cit.*, 183segg..

<sup>248</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. cit.* p. 192.

<sup>249</sup> MORELLO, *op. cit.*, 1969, p. 303

<sup>250</sup> CRICENTI, *op. cit.*, p. 294 (vedi 2008).

## CAPITOLO IV

### La frode nel diritto del lavoro brasiliano

#### *1. Considerazioni introduttive*

Le frodi sono sempre esistite- soprattutto in Paesi come il Brasile, dove il Diritto del lavoro, sebbene protettivo, dettagliato e fortemente statalizzato, ha una bassa carica di effettività. Il datore di lavoro, come ha detto qualcuno, *dirige* la norma, così come fa con la propria forza lavoro: la applica come vuole, quando vuole, quanto vuole e persino se vuole (soprattutto nelle imprese minori, dove tutto è meno visibile).

Per spiegare questo clima di poca attenzione alla norma, alcuni autori citano soprattutto due ragioni: da un lato la mancanza di meccanismi più efficaci di protezione del lavoro<sup>251</sup>. Dall'altro la debolezza del movimento sindacale. Questi due fattori interagiscono tra loro, l'uno potenziando l'altro.

Negli ultimi decenni il fenomeno della frode è aumentato significativamente in Brasile, in ragione della disoccupazione – che alcuni ritengono essere divenuta ormai *strutturale*. Così, quando le pressioni dei settori legati all'impresa non sono sufficienti a ridurre i livelli dei diritti dei lavoratori sul piano legislativo<sup>252</sup>, si rivolgono alla sfera di applicazione del diritto,

---

<sup>251</sup> La Costituzione Federale garantisce protezione al lavoro, ma attraverso "disposizioni transitorie" la riduce ad un'indennizzo che è stato considerato poco efficace a tale fine. Alcuni autori, in uno sforzo interpretativo, tentano di interpretare la norma in modo differente, garantendo la reintegrazione nel posto di lavoro, nel caso di licenziamento arbitrario, e lasciando l'indennizzo solo alle ipotesi di licenziamento motivato da ragioni di dell'impresa. Tuttavia non è stato questo l'atteggiamento della giurisprudenza. Anche gli altri meccanismi di difesa del lavoratore (come il preavviso, ferie proporzionali etc.) sono poco efficienti, dal momento che riposano su basse basi salariali.

<sup>252</sup> In Brasile non è facile ridurre i diritti dei lavoratori, non solo perchè lo Stato, come già

forzando violazioni sia alla lettera della legge sia allo spirito della stessa.

Sostiene acutamente Viana "Le frodi sono più comuni nel Diritto del lavoro. Da un lato perchè la legge costringe il datore di lavoro. Dall'altro perchè la necessità costringe il lavoratore. Ma c'è una ragione ulteriore per cui le frodi si moltiplicano: è la crisi dei nuovi tempi. Il mercato si globalizza, il consumo si ritrae, la concorrenza è esasperata. E sempre più, come un fumetto dei super eroi- il capitale si trasforma per aumentare la produttività e mantenere i tassi di profitto. I cambiamenti sono duri e profondi. E non si sa dove si arriverà. Colpiscono l'impresa, i prodotti, il lavoro e gli uomini. L'impresa si orizzontalizza e si disloca. Il Fordismo e il Taylorismo cedono il posto al Toyotismo. Per i nuovi prodotti – flessibili, mutevoli , – il nuovo modello esige manodopera egualmente oscillante, polivalente, precaria"<sup>253</sup>.

## ***2. Lo scenario brasiliano: evoluzione dei sistemi di produzione, contesto politico e riflessi nel Diritto del Lavoro***

Secondo un'opinione largamente diffusa in Brasile (ma non per questo necessariamente condivisibile), il capitalismo contemporaneo sembrerebbe oggetto di un processo, veicolato

---

detto, ha prodotto una legislazione minuziosa e fortemente protettiva, ma anche perchè i principali diritti ricevono garanzia costituzionale essendo enunciati nella stessa Costituzione federale. La Costituzione Federale è di tipo rigido, ossia può essere modificata soltanto per mezzo di un quorum speciale. Come se ciò non bastasse una forte corrente dottrinale intende che, le tutele lavoristiche sono definite "clausulas Petreas", e per questo modificabili solo in *melius*.

<sup>253</sup>VIANA, Márcio Túlio. *A fraude na lei em tempos de crise*. Revista do TRT 24ª Região, em 1997. Disponibile in: [http://www.trt24.jus.br:8080/www/+jurisprudenciaPublicacaoTexto.jsp?cod\\_loc=297&cod\\_tipo=1&seq\\_pub=64&esquema=jurisprudencia](http://www.trt24.jus.br:8080/www/+jurisprudenciaPublicacaoTexto.jsp?cod_loc=297&cod_tipo=1&seq_pub=64&esquema=jurisprudencia).

dal "Capitale", di lenta "erosione" della regolamentazione imposta dalle lotte del movimento operaio e della classe dei lavoratori<sup>254</sup>. Si ritiene che la strategia del capitalismo moderno sia quella di rompere le barriere sociopolitiche e deregolamentare il complesso delle attività economiche<sup>255</sup>. Per una più agevole interpretazione della problematica in Brasile appare opportuno ripercorrere le linee essenziali dei diversi sistemi produttivi all'interno del modo di produzione capitalista.

Frederick Winslow Taylor identificò nel tempo di produzione il principale problema del lavoro all'interno delle fabbriche. Lo studioso riteneva che il sistema di produzione, per poter generare più lucro, dovesse essere modificato in modo da poter ridurre i tempi di lavorazione. La soluzione propinata da Taylor fu quella di stabilire una netta parcellizzazione dei compiti e delle responsabilità all'interno di rigidi schemi. Ne discendeva la necessità di uniformare gli strumenti ed i materiali utilizzati, così come l'attività dei lavoratori i quali dovevano essere incentivati allo svolgimento dei propri "compiti" con la percezione di premi elevati. Il suo approccio postulava dunque la possibilità di impiegare lavoratori (le cui competenze ed esperienze non eccedevano rispetto alle reali esigenze aziendali) in grado di svolgere il loro lavoro in tempi minori<sup>256</sup>.

Henry Ford creò la Ford Motor Company con l'intento di standardizzare la produzione e realizzarla su larga scala; ciò avrebbe consentito un sostanziale abbattimento dei costi di

---

<sup>254</sup> Il fallimento dei vari tipi di *Welfare State* sarebbe un esempio della strategia del capitale nei giorni d'oggi, che mira alla soppressione dei diritti sociali e alla minimizzazione delle garanzie dei lavoratori.

<sup>255</sup> Tali strategie trovano legittimazione nella diffusione massiccia, sin dal finire del XX secolo, del complesso ideologico noto come Neoliberalismo (F. Hayek) che comprende una concezione dell'uomo (considerato come egoista) e della società (mezzo dell'individuo per realizzare i suoi propositi personali) fondata sull'idea della naturale e necessaria disuguaglianza tra gli uomini e sul principio della libertà di mercato.

<sup>256</sup> Il Taylorismo fu la base e punto di partenza di implementazione del sistema fordista dell'organizzazione del lavoro.

produzione al quale avrebbe fatto seguito un incremento dei consumi (per effetto di migliori salari erogabili in virtù dell'incremento delle vendite e dei profitti)<sup>257</sup>. La catena di montaggio in serie dell'idea fordista era costituita da due elementi basilari: un "meccanismo di trasferimento" del semilavorato ed un complesso di postazioni di lavoro uniformemente disposte. L'incremento della specializzazione delle attività, permettendo una estrema semplificazione del lavoro, avrebbe consentito l'utilizzo degli operai per l'esecuzione di movimenti meccanici standardizzati e ripetitivi in assenza di particolari competenze specifiche.

Il modello di produzione taylorista/fordista, che ebbe successo nella grande industria nel XX secolo e si diffuse nelle economie capitaliste durante le due guerre mondiali, cominciò a manifestare segnali di crisi. Nei Paesi capitalisti centrali, al sistema di produzione su larga scala seguì la nascita dello Stato assistenziale e la costituzione dei grandi sindacati dei lavoratori.

Lo spettro della crisi degli anni '70 comportò mutamenti fondamentali che divennero manifesti con il collasso del modello fordista. Si avviò un processo di riorganizzazione del capitale che condusse all'avvento del "neoliberalismo" attraverso la deregolamentazione dei diritti del lavoro e il ridimensionamento del settore produttivo statale. Obiettivo principale dell'industria divennero elevati *standard* qualitativi e personalizzazione dei prodotti. La produzione in serie su larga scala si trasformò in un limite oggettivo alla crescita. Presero forma differenti "esperienze alternative" di organizzazione del lavoro e

---

<sup>257</sup> Ford ebbe pertanto l'intuito di ritenere che l'aumento in serie della produzione avrebbe generato un notevole abbattimento dei costi; pensò pertanto di produrre la maggior quantità possibile di automobili, rendendole economicamente accessibili alla maggior parte della popolazione, anche se tale standardizzazione avrebbe comportato la riduzione della possibilità di scelta tra i vari modelli. Fu così che le sue autovetture divennero oggetto di consumo di massa.



produzione industriale (come, ad esempio, la "Terza Italia"<sup>258</sup> ed i Gruppi Semi Autonomi in Svezia). L'approccio più audace fu rappresentato dal Sistema Toyota Motor Company in Giappone nel 1950 che si ispirava alla filosofia dello *just in time*<sup>259</sup>. L'idea cruciale era quella di un'impresa estremamente snella e flessibile, altamente specializzata, attraverso l'attribuzione concomitante di una pluralità di compiti a ciascun lavoratore (attività di esecuzione, controllo di qualità, manutenzione e pulizia degli impianti, ecc.).

Entrò in vigore un nuovo regime di accumulazione del capitale – "l'accumulazione flessibile" – caratterizzata dalla flessibilità del mercato del lavoro, delle relazioni di lavoro, dei mercati di consumo, delle barriere commerciali, del controllo statale dell'iniziativa privata.

Il sistema Toyotista – attraverso l'automazione, la polivalenza e la "cellularizzazione" – consentì il perseguimento dell'obiettivo di flessibilità della capacità produttiva (in relazione alle variazioni quali/quantitative della domanda di prodotti) con l'utilizzo di un numero ideale minimo di lavoratori dai quali poter

---

<sup>258</sup> Il modello Terza Italia è costituito dalle regioni del centro nord-est. Fino ad allora queste regioni apparivano un'Italia terza, cioè periferica e destinata al decadimento perchè non rispondente ai rigidi schemi economici basati sulla grande impresa. Invece il successo conseguito da parte di un "capitalismo straccione" in Toscana e di un "Veneto miracolato" ha portato alla scoperta di una Terza Italia ed a livello regionale, di un modello veneto di sviluppo. Si è perciò interrotta la tradizionale dicotomia tra Nord e Sud del Paese, tra sviluppo e sottosviluppo, facendo emergere una realtà territoriale con propri caratteri economici e sociali, che sono: 1) da un lato un'economia basata su la presenza di numerose piccole imprese; una lavorazione in settori tradizionali (alimentare, tessile, calzaturiero e legno); il decentramento sul territorio, tanto da poter parlare di campagna industrializzata; 2) dall'altro una struttura sociale in cui la mezzadria ha favorito lo sviluppo di un know-how diffuso e la presenza di manodopera a basso costo che compensa retribuzioni più basse all'interno della famiglia appoderata. Tutto questo ha permesso il mantenimento della realtà agricola preesistente; 3) infine la presenza, in queste regioni, di una sub-cultura politica fortemente polarizzata (rossa o bianca), ha attenuato gli attriti sociali offrendo sia all'impresa che all'operaio una comune identità culturale, oltre a servizi con connotazione ideologica quali banche confessionali o cooperative di consumo. In questo quadro di sviluppo della piccola impresa nel rispetto delle realtà agricole, si è consolidata una lavorazione tradizionale, qual è quella calzaturiera.

<sup>259</sup> La formula significava che ogni attività deve essere alimentata con "componenti richiesti", al "tempo richiesto" e nella "quantità richiesta".

esigere lavoro flessibile con un incremento del lavoro straordinario<sup>260</sup>. La Toyota Motor Company perseguì obiettivi analoghi a quelli di Taylor e Ford ma con modalità differenti, attraverso la "de-specializzazione" e la polivalenza di mansioni, riducendo il potere di negoziazione detenuto dai lavoratori più qualificati. Ottenne pertanto una forte intensificazione del lavoro per effetto dell'incrementato "controllo" sui lavoratori<sup>261</sup>.

Il sistema di produzione Toyotista comportò in Brasile un incremento esorbitante del numero di ore di lavoro straordinario lavorate da ciascun lavoratore e la creazione di norme di "lavoro flessibile" quali la "compensazione della giornata" ed il "banco delle ore" che consentiva alle imprese di utilizzare i propri lavoratori (conformemente alle oscillazioni del mercato) senza preoccupazione alcuna per il loro stato di salute e, cosa ancor più rilevante, a costi minimi.

Le considerazioni sui sistemi di produzione di cui si è parlato appaiono necessarie in ragione della circostanza che le prime grandi fabbriche brasiliane, all'inizio degli anni '40, furono

---

<sup>260</sup> Il sistema Toyotista sviluppò un controllo attivo sui lavoratori attraverso la pubblicizzazione, all'interno dell'impresa, del livello di produttività di ciascun lavoratore. Nel caso delle fabbriche della Toyota la letteratura è ampia. Fu creata la cd "direzione per lo stress": ciascun lavoratore era messo nelle condizioni di sapere cosa stava succedendo nella sua cellula e nelle altre. Dal 1947 la Toyota impiantò nelle sue fabbriche una "automazione" per cui veniva associato alla macchina un meccanismo di "stop automatico" in ipotesi di rilevazione di difetti di fabbricazione. L'introduzione di tale meccanismo permise l'attribuzione ad un solo operaio della conduzione di più macchine. Nel 1949, la Toyota affrontò una serie di crisi finanziarie che comportarono il licenziamento di oltre 1600 lavoratori. Si impose pertanto la necessità di un aumento vigoroso della capacità produttiva, senza ricorrere alla contrattazione di nuovi lavoratori. Furono pertanto collocate nello stessa postazione di lavoro macchine con differenti finalità, concentrando nello stesso locale differenti mansioni di lavoro (la programmazione delle macchine, la pianificazione ed il coordinamento della produzione, la manutenzione dell'apparato produttivo, il controllo di qualità). Il lavoratore passa ad avere "multifunzionalità" e "polivalenza", sommandosi nello stesso tutte le attività prima divise in varie mansioni, esigendosi, inoltre responsabilità da parte del lavoratore per la sua esecuzione delle mansioni.

<sup>261</sup> Il comando gerarchico sui lavoratori avveniva attraverso la valutazione della *equipe* considerata come un *unicum*, trasferendo quindi all'*equipe* il controllo su se stessa.

esattamente di automobili. L'evoluzione dei sistemi di produzione capitalisti influì decisamente nello sviluppo del Diritto del Lavoro e nel movimento sindacale brasiliano.

Negli anni '80 e '90 la "crisi strutturale del capitale" dette impulso ad una gamma di trasformazioni che condizionarono in maniera determinante la struttura sociale brasiliana. Emerse pertanto la necessità di ristrutturazione del capitale, con l'obiettivo di recuperare il pregresso ciclo produttivo. Ciò influenzò oltremodo il mondo del lavoro dando luogo ad alterazioni importanti nella forma di organizzazione del lavoro stesso.

In tale contesto si diffusero anche in Brasile ideologie liberali, ideologie fortemente "consigliate" ai Paesi in via di sviluppo (in realtà, assolutamente volute) dagli Stati Uniti d'America<sup>262</sup>. In estrema sintesi, lo Stato avrebbe dovuto limitarsi

---

<sup>262</sup> Sul finire del 1989, parallelamente alla campagna elettorale in Brasile di Fernando Collor, si realizzava a Washington una riunione formalmente convocata dall'Istituto Internazionale di Economia presieduta da John Williamson ma in pratica patrocinata dal Governo USA, dalla Banca Mondiale, dal Fondo Monetario Internazionale, dalle grandi banche del paese, con la partecipazione di accademici e esecutivi alle stesse vincolati. L'obiettivo espresso era analizzare il panorama mondiale e proporre alternative alla crisi che colpiva soprattutto i paesi all'epoca sottosviluppati, oggi in via di sviluppo. Da tale riunione derivò un documento chiamato "Consenso di Washington", costituito da dieci punti così riassumibili: 1) la "apertura economica", questo è la fine delle barriere protezioniste tra le nazioni; 2) la "destatizzazione", ovvero la privatizzazione delle imprese statali; 3) la "deregolamentazione", ovvero la fine delle regole che limitano il movimento di capitali a livello internazionale e all'interno di ogni paese; 4) la "flessibilizzazione dei rapporti di lavoro" che, nei Paesi dell'America Latina, rappresenta l'erosione dei diritti sindacali, lavoristi e previdenziali. Il governo USA mirava, con il "Consenso di Washington", da un lato, a trovare mercati di sbocco per le merci ed i capitali eccedenti delle proprie imprese e, dall'altro, a "garantirsi" forza lavoro e materie prime per migliorare la sua capacità di competere sul mercato internazionale. In verità, l'obiettivo primordiale degli USA era occupare il mercato dell'America Latina per utilizzarlo come piattaforma per proseguire la sua politica di confronto economico con l'Unione Europea ed il Giappone. Così il "Consenso" mirava a spianare la strada per la formazione di un'area di Libero Commercio delle Americhe egemonizzata dagli USA (Accordo ALCA). I precursori della dottrina neoliberale che propongono libertà totale nel mercato furono Milton Friedman, Von Mises e Hayek. Quest'ultimo scrisse due saggi contro l'azione economica dello Stato: Il cammino della servitù e i Fondamenti della libertà, con i quali si contrappose al pensiero Keynesiano, dominante all'epoca, nell'accademia e nella politica

a promuovere mercati competitivi e, soprattutto, garantire il rispetto della legge e dei contratti privati.

Agli inizi degli anni '90, i lavoratori in Brasile subirono forti riduzioni dei salari reali per effetto dell'esplosione dell'inflazione. Fu ritenuto che l'inflazione fosse il prodotto di un eccesso di domanda; si decise pertanto di combatterla attraverso una dolorosa recessione. Con la riduzione dei salari non si ebbe un incremento dei margini di profitto degli imprenditori a causa del violento crollo delle vendite. La riduzione di profitti e la contrazione del mercato condussero alla caduta della produzione, dell'occupazione e degli investimenti stranieri. La crisi economica si acuì durante i primi anni '90. Con la conclusione del governo di Itamar, Fernando Enrique (Ministero del Tesoro) fu libero di portare avanti il suo primo programma intitolato "Programma di Azione Immediata".

L'*equipe* economica iniziale decise di adottare una politica economica conservatrice e presentò il Programma di Azione Immediata basato sul riassetto dei conti pubblici i cui squilibri erano considerati la causa principale dell'inflazione cronica in Brasile.

Così tra gli strumenti immediati individuati dal Programma di Azione Immediata si rinvengono il taglio della spesa pubblica, il recupero delle entrate con la lotta contro l'evasione fiscale, l'accelerazione del processo di privatizzazione.

Nell'ottobre del 2002 Luiz Inácio Lula da Silva, il candidato dell'opposizione per il Partito dei Lavoratori, fu eletto con il 61.3% dei voti validi. L'elezione di Lula tracciò la strada ad una serie di rilevanti cambiamenti sul fronte dei rapporti con l'estero: la rottura da parte del governo dello schema di allineamento automatico agli USA e la ripresa della tradizione di una politica

estera indipendente.

L'integrazione regionale sudamericana cominciò a rappresentare un aspetto cruciale della politica estera del governo. Si percepì che, in un mondo in cui le grandi potenze stavano costituendo blocchi regionali per fortificare la loro capacità relativa di concorrenza e di dominio sulle nazioni più deboli, la partecipazione ad un blocco economico regionale o ad un blocco politico di nazioni con interessi comuni rappresentava l'unica via correttamente percorribile. Di conseguenza, la diplomazia brasiliana, oltre a lavorare per formare l'unione delle nazioni sudamericane, favorì la formazione del gruppo dei 20 per poter aver voce nel contesto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

### ***3. Flessibilizzazione delle norme giuslavoristiche***

Il diritto del lavoro in Brasile trova istituzionalizzazione nel 1930 durante il governo di Getúlio Vargas. L'economia del tempo stava vivendo un'importante transizione dal modello agrario al modello urbano-industriale. Il diritto del lavoro di Vargas era finalizzato al controllo diretto degli operai, concedendo loro solo il minimo di garanzie sufficienti per soffocare i movimenti rivendicativi. Dal momento che le leggi regolavano esclusivamente il lavoro urbano, contingenti di operai rurali emigrarono verso le città alla ricerca delle garanzie postulate dalla *Consolidação das Leis do Trabalho*, contribuendo a formare un esercito industriale di riserva e favorendo l'accumulazione capitalista. La normativa lavoristica servì di supporto al sistema economico che andava sviluppandosi, garantendo diritti minimi precedentemente inesistenti (mantenendo pertanto gli operai in

qualche modo soddisfatti) e frenando l'avanzamento del movimento sindacale. Dalla fine degli anni '80 iniziò una fase di transizione democratica del diritto del lavoro che si protrasse nei due decenni successivi. Per la prima volta, la nuova Costituzione riconobbe ed incentivò la negoziazione collettiva. Il modello realizzato era basato su uno standard di regolamentazione di tipo privatistico, ma subordinato. Ciò rappresentò il riconoscimento del potere di contrattazione collettiva ed al contempo la fissazione di limiti tali da assicurare i diritti minimi insopprimibili, rappresentando un "livello minimo di civiltà che la società democratica non concepisce di veder ridotti in nessun segmento economico-professionale, in quanto ciò offenderebbe la stessa dignità della persona umana e la valorizzazione minima del lavoro"<sup>263</sup>.

La nuova Costituzione mirava a privilegiare i diritti sociali e meta-individuali rispetto agli interessi privati. Diverse leggi furono emanate conformemente a tale tendenza all'inizio degli anni '90 (come il Codice di Tutela dei Consumatori e la legge sull'Azione Civile Pubblica).

La Costituzione del 1988 aveva fissato un ampio spettro di diritti individuali. In base al principio della isonomia furono equiparati i diritti tra i lavoratori rurali e urbani e fu ampliata la protezione delle madri lavoratrici. Fu esteso il preavviso a 30 giorni e fu riconosciuto il Fondo di Garanzia a tutti i lavoratori dipendenti, rimettendo invece l'indennità per licenziamento ingiustificato alla legislazione complementare (che ad oggi non è ancora stata emanata). Un'altra contraddizione del nuovo modello costituzionale è stato il mantenimento del modello di unicità sindacale e della contribuzione sindacale obbligatoria,

---

<sup>263</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª Edição. São Paulo. LTR: 2007. p. 117.

proprio quando si mirava a privilegiare la negoziazione collettiva. In forte contraddizione con le tendenze democratiche dilaganti furono avanzate proposte di smantellamento radicale del diritto del lavoro. In piena epoca di diffusione della politica neoliberale, l'*élite* industriale cominciò ad esercitare pressioni a favore della flessibilizzazione delle norme giuslavoristiche (in contrasto con i principi difesi dalla Costituzione) sostenendo che l'eccessiva onerosità dei costi del lavoro per le industrie ne impediva la crescita.

Il termine "flessibilizzazione" non si rinviene nei dizionari brasiliani. Tuttavia, con significato simile, si ritrova la parola "flessibilità" che è la qualità di ciò che è flessibile e malleabile. In particolare, nell'ambito del diritto del lavoro, si è utilizzata la parola "flessibilizzazione" per rappresentare un complesso variabile di ipotesi che copre un campo notevolmente ampio. In tal modo il termine in parola non ha un significato univoco per i giuslavoristi.

Amauri Mascaro Nascimento, afferma che la flessibilizzazione è "l'eliminazione delle rigidità di alcune disposizioni legislative per consentire, a fronte di situazioni che lo richiedono, una maggiore disponibilità delle parti a modificare o ridurre i suoi comandi"<sup>264</sup>. Il movimento di Flessibilizzazione in Europa fu conseguenza, nel periodo della crisi petrolifera del 1973 dei progressi tecnologici e della crescente disoccupazione.

Il concetto di flessibilità non è un fenomeno nuovo nel mondo tecnico-giuridico, si osservano le considerazioni formulate da Mauricio Delgado Godinho<sup>265</sup>. È vero che l'idea generale di flessibilizzazione in Brasile risale

---

<sup>264</sup>- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 28 ed. ver. atual. – São Paulo: LTr, 2002. p. 65.

<sup>265</sup>DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. – São Paulo: LTr. 2007. pp. 565 e 566.

agli ultimi anni '80. Ed invero la Costituzione del 1988 eliminò dal diritto del Lavoro le rigidità intoccabili che precedentemente caratterizzavano le sue norme. La nuova Carta, nel contesto di democratizzazione che stava vivendo il Paese, ha permesso alla contrattazione collettiva di adeguare parte delle norme giuslavoristiche alle necessità e alle peculiarità dei vari segmenti socioeconomici e professionali. Pertanto il diritto del lavoro ha sofferto dal 1998 modificazioni settoriali e circostanziate, adattato in virtù di norme collettive negoziate attraverso la partecipazione dei sindacati. Con fondamento nell'orientamento Costituzionale del 1988 si mitigò il rigore delle norme statali, eccessivamente generiche a beneficio dell'adeguamento alla specificità di alcuni segmenti produttivi e professionali, sempre nel rispetto del "livello civilizzatorio minimo" consacrato dall'ordine giuridico.

Dunque la flessibilità deve intendersi come un necessario e naturale adeguamento delle norme giuslavoristiche alla realtà socio-giuridica, dal momento che le norme positivizzate e codificate perdono nel tempo il contatto con la realtà che è in continua evoluzione, dovendo pertanto essere interpretate e rianalizzate alla luce delle nuove realtà sociali.

La flessibilizzazione è in primo luogo un fenomeno normativo e interpretativo. Tuttavia è opinione largamente diffusa tra i giuslavoristi brasiliani che questa nozione sia stata persa nel corso del tempo dal momento che della flessibilizzazione si è fatto un uso distorto ed in conseguenza di ciò molte rigidità sono state attenuate al punto che gli operatori del diritto brasiliano ritengono irrimediabilmente compromessi i diritti fondamentali dei lavoratori in favore delle esigenze dell'impresa. Tali norme e il sentimento di illegalità che si percepisce dalle stesse, fondano la cd. neo-flessibilizzazione,



una versione più radicale della flessibilizzazione tradizionale, perchè, invece di limitarsi a rimuovere le eccessive rigidità del Consolidamento delle Leggi del Lavoro (adeguamento settoriale), si spingono al punto di negare ideregolamentando diritti ai lavoratori.

I sostenitori della flessibilità rinvengono nella stessa un bene sociale necessario per favorire lo sviluppo del diritto del lavoro i cui concetti vetusti, che ingessano i rapporti di lavoro, devono essere rivisitati.

Secondo un orientamento neoliberista la attuale struttura del rapporto di lavoro rappresenta un ostacolo allo sviluppo economico e alla libera pratica delle regole dell'economia di mercato, essendo invece necessario un aumento della competitività, con riduzione dei costi, a fronte della globalizzazione dell'economia; così la flessibilità rappresenterebbe una forma agile di superamento dei momenti di crisi economica capace di adattare la struttura attuale del rapporto di lavoro alle forme moderne della produzione e al progresso tecnologico. Contrariamente l'eccesso di protezione avrebbe effetti negativi sull'occupazione, favorendo il lavoro informale e la sottoccupazione.

La tabella seguente mostra alcuni esempi tipici della flessibilità

Contrattuale	1. Lei6.019/74	1. Disciplina il lavoro, temporaneo, che costituisce un'eccezione al rapporto di impiego classico (Il Brasile privilegia la continuità del lavoro) Il lavoro temporaneo mira a
--------------	----------------	--

	<p>2.Cooperativa professional (Lei 8949/94);</p> <p>3. Contrato com prazo determinado (lei 9601/98);</p>	<p>soddisfare esigenze temporanee.</p> <p>2. Crea cooperative di prestazione di servizi senza la caratterizzazione del vincolo impiegatizio (e quindi senza i diritti previsti dalla CLT). Ha modificato l'articolo 442 del CLT (ampio spazio alla frode)</p> <p>3. Riduce i criteri per la risoluzione del contratto e i contributi sociali, nel tentativo di modificare le dinamiche del mercato del lavoro. Dispone sul contratto di lavoro a tempo determinato. Prevede, inoltre, la riduzione dei diritti sociali e del lavoro, come il mancato pagamento della multa di cui all'articolo 479 del CLT in caso di risoluzione anticipata e la riduzione del valore raccolte dal FGTS dall'8% al 2%. Si sottolinea che tale norma è stata chiamata "legge del contratto di lavoro provvisorio (interinale)".</p> <p>Un altro significativo cambiamento portato dalla presente legge è stata l'introduzione della "banca delle ore", modificando l'articolo 59</p>
--	--	--

		<p>del CLT. (punto 1 - orario di lavoro).</p> <p>NOTA: Questo tipo di giornata priva il lavoratore del diritto di ricevere gli straordinari, costringendoli ad adattarsi al processo produttivo dell'impresa</p>
	<p>4. Contrato por jornada parcial. (MP 1709/98);</p>	<p>4. Prevede la possibilità di stipulare un contratto fino a 25 ore settimanali, con retribuzione e altri diritti riproporzionati e senza la partecipazione del sindacato alla negoziazione.</p>
	<p>5. Suspensão do Contrato de Trabalho. (MP 1726/98);</p>	<p>5. Consente la sospensione del contratto di lavoro, per un periodo da 2 a 5 mesi, in relazione alla qualifica professionale, attraverso il negoziato tra le parti;</p>
	<p>6. Denúncia da Convenção 158 da OIT. (decreto 2100/96);</p>	<p>6. Ribadisce la possibilità di licenziamento senza giusta causa;</p>
	<p>7. Setor público: demissão (lei 9801/99 e lei complementar 96/99);</p>	<p>7. Definisce i limiti di spesa del personale. Regolamenta e definisce il termine di 2 anni per licenziamento per esubero e disciplinando il licenziamento dell'impiegato pubblico</p>

		stabile per eccesso di personale
	8.Trabalho temporário (Portaria 2, 29/06/96);	8. Ridefinisce la legge 6.019/74 sul contratto temporaneo.
	9. Contrato para micro e pequenas empresas (Lei do Simples 9517/96);	9. Stabilisce l'unificazione di tasse e contributi e la riduzione di parte dei costi del lavoro
	10. Terceirização (Portaria TEM de 1995 e Enunciado 331 do TST)	10. Favorisce la terziarizzazione del lavoro e delle cooperative di lavoro
	11. Artigo 7º da CRFB: Inciso VI (irredutibilidade salarial, salvo disposição em acordo coletivo ou convenção); XIII (quanto à compensação e redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva); XIV (jornada de seis horas para trabalho realizado em turnos ininterruptos, salvo negociação coletiva).	11. Per determinati assunti è espressamente indicata e richiesta la flessibilizzazione negoziata o assistita, allo scopo di recuperare il ruolo della la autonomia collettiva.

	12. Lei 6.494/77 de 1995.	12. Regolava il contratto di stage ,vero contratto di servitù volontaria, per studenti universitari o superiori. Oggi il contratto di stage è regolato dalla L.11.788/08, che, almeno apparentemente, ha rappresentato un passo avanti per la tutela dei diritti degli stager.
Tempo di Lavoro	1. Banco de Horas (Lei 9061/1998 e MP 1709/98);  2. Liberação do Trabalho aos domingos (MP 1878-64/99)  3. artigo 59 da CLT.	1. Regola la giornata organizzata nell'anno per rispondere alle fluttuazioni del mercato e fissa il termine di 1 anno per la sua compensazione, attraverso accordo o convenzione collettiva;  2. Regola il lavoro domenicale senza necessità di negoziazione collettiva.  3. Flessibilizza la giornata di lavoro.
Salariale	1.Participação nos lucros e Resultados (MP 1029/94 e Lei 10.10/2000);  2. Política Salarial (Plano Real – MP	1. regola la partecipazione agli utili e ai risultati dell'impresa attraverso la negoziazione collettiva;  2. Favorisce la "libera

	<p>1053/94);</p> <p>3. Salário Mínimo (MP 1906/97).</p> <p>4. TST Enunciado nº 342 - Res. 47/1995, DJ 20.04.1995.</p> <p>5. TST Enunciado nº 331</p> <p>6. A Medida Provisória 1779-11, de 2 de junho de 1999 e Medida Provisória 1.952-19 de 06 de janeiro de 2000, deram nova redação ao artigo 476 da CLT.</p>	<p>negoziação”, attraverso l’eliminazione della politica di riaggiusti salariali di Stato e proibisce le clausole di riaggiusto automatico dei salari;</p> <p>3. determina la fine della correzione del salario minimo, essendo il suo valore definito dal potere Esecutivo</p> <p>4. Ammette alcuni abbuoni sui salari (piano di cure dentistiche, medico, ospedale, delle assicurazioni e così via), a condizione che esista una previa autorizzazione scritta del dipendente. Non è considerato dalla dottrina, come violazione del principio di intangibilità (articolo 462 del CLT).</p> <p>5. Regola la possibilità di prestare servizio per terzi.</p> <p>6. Consente la sospensione del lavoro (da 2 a 5 mesi)per consentire all’impiegato di seguire un corso o programma di qualificazione professionale. È</p>
--	---	---

	<p>7. A Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, XIII.</p>	<p>necessaria l'approvazione in accordo collettivo o convenzione.</p> <p>7. Determina la durata massima della giornata lavorativa in 8 ore giornaliere e quaranta-quattro settimanali, potendo ricorrere lavoro congiornata ulteriormente ridotta e salario riproporzionato.</p>
<p>Organizzazione del Lavoro</p>	<p>1. Fim do Juiz classista (PEC 33-A/99);</p> <p>2. Limitação da ação sindical no setor público (Decreto 2066/96);</p> <p>3. Ultratividade acordo/convenção (MP 1620/98);</p> <p>4. Substituição de grevistas no setor público (MP 10/2001).</p>	<p>1. Chiude definitivamente con il Giudice classista nella Giustizia del Lavoro;</p> <p>2. Stabilisce punizioni per i lavoratori in sciopero e limita il numero dei dirigenti sindacali;</p> <p>3. Vieta la validità di accordi o convenzioni fino alla rinegoziazione di nuovi tra le parti;</p> <p>4. Regola la contrattazione temporaneo fino a 3 mesi rinnovabile, in caso di sciopero di funzionari pubblici per oltre 10 giorni</p>

Con la flessibilizzazione, come prevedibile, si è assistito ad un notevole aumento dei tentativi di frodi.

#### ***4. Uno sguardo alla formazione del vincolo di lavoro subordinato***

Il concetto di contratto di lavoro in Brasile si rinviene nell'art. 442 della Consolidação das Leis do Trabalho (di seguito, CLT) ed è molto discusso in dottrina perchè la norma afferma che il contratto corrisponde al rapporto di impiego, quando in verità lo crea. E' a sua volta il vincolo che impone la subordinazione del prestatore di servizio al datore di lavoro, detentore del potere direttivo<sup>266</sup>.

Secondo la legge il contratto di lavoro è un accordo espresso (scritto o orale) o tacito stipulato tra una persona fisica (impiegato) e altra persona fisica, giuridica o ente (datore di lavoro), per mezzo del quale il primo si obbliga ad eseguire personalmente a favore del secondo un servizio di natura non eventuale, mediante salario e subordinazione giuridica. L'idea di fondo che sorregge il diritto del lavoro Brasiliano, è che in tale contratto, che è un negozio giuridico bilaterale, più che in altri, è evidente re la contrapposizione tra gli interessi delle parti coinvolte, che assume la dimensione di conflitto sociale.

---

<sup>266</sup> BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 2ª Ed. LTR. São Paulo 2006, 213



#### **4.1 La caratterizzazione del "rapporto di impiego" in Brasile**

L'art. 442 della CLT individua il contratto individuale di lavoro nell'accordo tacito o espresso, corrispondente ad una relazione di impiego.

La dottrina brasiliana distingue tra relazione di lavoro e relazione di impiego, quest'ultima ricompresa nella prima che, in quanto più ampia, abbraccia, ad esempio il lavoro autonomo, prestato per conto altrui, non considerato relazione di impiego. Ed invero la relazione di lavoro fa riferimento a tutte le relazioni giuridiche caratterizzate dall'essere la prestazione essenziale incentrata in un obbligo di fare, con fondamento nel lavoro umano. Tale espressione includerebbe pertanto la relazione di impiego, che dal suo canto è un tipo legale specifico e non si confonde con il lavoro avulso<sup>267</sup>, eventuale etc...<sup>268</sup>

Nella relazione di impiego sono conferiti ai lavoratori diversi diritti che invece nella relazione di lavoro in generale non esistono, ragion per cui il mercato impiegatizio spinge per "burlare" (per usare letteralmente il termine utilizzato frequentemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza brasiliana), la legislazione protettiva del diritto del lavoro, allo scopo di sfuggire ai caratteri tipici di tale relazione e ridurre i costi del lavoro.

---

<sup>267</sup> .Il lavoro avulso è un prestatore di servizio resa nel settore marittimo e portuale. Si tratta di lavoratori alle dipendenze di un soggetto intermediario, che paga le loro retribuzioni, ma prestano servizio presso altro utilizzatore. Una volta l'intermediario era il Sindacato, oggi agenzie regolamentate; il lavoro eventuale è il lavoro reso nell'ambito dell'attività non tipica dell'utilizzatore.

Quanto all'avulso, un importante autore brasiliano, Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena in *Relação de Emprego*, Saraiva, SP, 1972, intende, contrariamente alla dottrina dominante, che si tratta di relazione di impiego, ma di natura speciale, contrassegnata dall'esistenza di un organo che riunisce i lavoratori e li mette a disposizione per il lavoro presso terzi, mediando nel pagamento.

<sup>268</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª Ed. – São Paulo: LTR, 2007. pp. 285 e 286.

Secondo il precetto della CLT, il rapporto di impiego presuppone l'esistenza di due soggetti, il datore di lavoro e il lavoratore nonché la soddisfazione dei presupposti previsti dall'art. 3 CLT secondo cui si considera impiegato qualunque persona fisica che presti servizio di natura non eventuale al datore di lavoro, alle sue dipendenze e mediante il pagamento di retribuzione. Pertanto si considerano requisiti della relazione di impiego:

a) LA PERSONALITA'

La relazione di impiego è personalissima per quel che riguarda l'impiegato, ma non altrettanto in generale per quanto riguarda il datore di lavoro. Il presupposto che solo è l'impiegato la persona fisica può generare equivoci interpretativi, dal momento che una delle forme più frequenti di frode alla legislazione protettiva è quella di richiedere al lavoratore la costituzione di una persona giuridica, generando così la presunzione che il lavoratore sia un autonomo e pertanto sottratto, almeno formalmente, alle norme della CLT. Ciò non toglie che, laddove il datore di lavoro accetti la possibilità che il servizio sia reso da altri, non venga "desconfigurata" la relazione di impiego<sup>269</sup>.

b) LA NON EVENTUALITA'

Non eventuale è il lavoro prestato con una certa abitudine, pur non necessitando la quotidianità dello stesso. La dottrina intende che il lavoro eventuale deve essere sporadico, impreveduto, di breve durata e (al contrario di ciò che accade con l'avulso) non connesso ad attività proprie dell'impresa. Altra caratteristica del lavoratore eventuale è quella di non legarsi ad un unico utilizzatore, "saltando" dall'uno all'altro.

---

<sup>269</sup> Altrettanto dicasi nell'ipotesi in cui la sostituzione del lavoratore con altro fosse di natura eventuale.

Così eventuale è, per esempio, il lavoro di un elettricista chiamato urgentemente dal proprietario di un ristorante, per consentire una installazione elettrica. Ma non sono eventuali servizi transitori che giustificano la predeterminazione del termine (lavori intermittenti), perchè in questo caso il lavoro sarebbe inserito nella dinamica dell'impresa (anche se per un tempo breve).

Ad eccezione dei lavoratori domestici, non è necessario, per la configurazione del vincolo di impiego, che il rapporto sia stato effettivamente continuativo. In questo modo, anche se il lavoratore presta servizio solo per un giorno a settimana, o anche in un intervallo maggiore, può essere considerato impiegato, sempre che la sua attività sia attesa e non sporadica o imprevista. Ciò che importa è che vi sia intenzione, provata o presunta dalle circostanze fattuali del vincolo che il lavoro prestato non sarebbe stato soltanto eventuale<sup>270</sup>.

### c) SUBORDINAZIONE

La subordinazione è un concetto dinamico, non potendosi discostare dalla realtà sociale. Inizialmente l'opinione prevalente era quella che riconosceva la relazione di impiego nella subordinazione tecnica, ovvero nella circostanza di essere eterodiretti. Ma tale concetto si è evoluto passando in primo luogo per una logica includente, secondo cui subordinato non è chi riceve ordini, ma chi è nella posizione di riceverne. con l'evolversi negli ultimi decenni, di una logica contrapposta che viene comunemente definita di esclusione sociale, il concetto di subordinazione ha subito dei forti contraccolpi pertanto quelle che una volta pur essendo situazioni ai margini venivano considerate nell'ambito della subordinazione, oggi, ne sono

---

<sup>270</sup>MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho: A Relação de Emprego. Vol. II. São Paulo. LTr: 2008, p. 51.

escluse. Ma si tratta solo di una tendenza che non tocca la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria.

Parte della dottrina brasiliana, nel tentativo di ampliare la sfera della subordinazione, accoglie il concetto di subordinazione strutturale, intendendosi per tale l'inserzione strutturale del prestatore nella dinamica dell'utilizzatore. E' strutturale, quindi, la subordinazione che si manifesta con l'inserzione del lavoratore nella dinamica dell'utilizzatore della prestazione, indipendentemente dal ricevere o meno suoi ordini diretti, ma accogliendo strutturalmente, la sua dinamica di organizzazione e funzionamento<sup>271</sup>.

Altro è la dipendenza economica e il vincolo che lega tutti gli impiegati al proprio datore di lavoro. Tale dipendenza non è aspetto decisivo per la formazione del rapporto di impiego (come nel caso di un giudice che si vincoli ad una Università per insegnare, pur senza dipendere economicamente dalla stessa). Pertanto tale criterio (economico) è stato sempre considerato per consentire la "trasposizione" della frontiera del lavoro subordinato in situazioni dubbie – come ad esempio, nell'ipotesi del lavoratore agricolo che stipula contratto di associazione agricola con l'imprenditore agricolo, ma che non ha le condizioni minime per assumere i rischi del negozio. In generale la dottrina brasiliana distingue la subordinazione giuridica dalla soggezione, argomentando che il potere direttivo si esplicherebbe sulla forza lavoro e non sul lavoratore, in quanto persona. Ma sul punto non mancano discussioni<sup>272</sup> La subordinazione giuridica ha una connotazione personale.

#### d) ONEROSITA'

---

<sup>271</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto, *op. cit.*, p. 52.

<sup>272</sup> A proposito un autore classico brasiliano, RUSSOMANO osserva, per esempio, che osserva che "non si può contrattare un braccio: un uomo viene insieme allo stesso", in *Curso de Direito do Trabalho*, Konfino, P. Alegre, 1998, *passim*.

Il lavoratore presta servizio di natura non eventuale, subordinata, mediante una controprestazione di valore economico, ovvero la prestazione di servizio è finalizzata ad ottenere la retribuzione. La circostanza che non sia stata corrisposta la retribuzione corrispondente alla prestazione non esclude l'esistenza della relazione di impiego, laddove invece la circostanza di prestare la propria attività per fini filantropici o per attività di carattere religioso in linea di principio esclude l'onerosità, impedendo la configurazione di una relazione di impiego. Tuttavia il confine è tenue come insegna la giurisprudenza. Ed invero la stessa ha riconosciuto il vincolo di impiego alla lavoratrice non membro dell'istituzione religiosa, ma professoressa del corso di teologia che lavorava in condizione di subordinazione, personalità, in modo oneroso e non eventuale<sup>273</sup> ed in ogni caso nella circostanza in cui il lavoro volontario non risulti da atto scritto, non ammettendosi un lavoro volontario tacito<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> TRT/MG. Processo 00698-2004-107-03-00-1 RO. Data de Publicação 13/11/2004 DJMG. Página: 16. Órgão Julgador Oitava Turma. Relator Denise Alves Horta. Revisor Convocado: Paulo Maurício Ribeiro Pires.

<sup>274</sup> TRT/MG. Processo 00715-2005-024-03-00-9 RO. Data de Publicação 06/12/2005 DJMG. Página: 14. Órgão Julgador Quarta Turma. Relator Luiz Otávio Linhares Renault. Revisor Convocado Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto. EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO X TRABALHO VOLUNTÁRIO " A Reclamada, ao admitir a prestação de serviços da Reclamante no período sem registro da CTPS, atraiu, para si, o encargo processual de demonstrar que ela não se deu nos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, II, CPC. Tal "onus probandi" torna-se ainda maior ao aduzir a existência de trabalho voluntário, objeto de disciplina específica da Lei 9.608/98. Com efeito, dispõe o art. 1º: "Considera-se serviço voluntário, para fins desta Lei, a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade. Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim." Portanto, o voluntariado se traduz pela gratuidade da prestação de serviços, contrapondo-se à relação de emprego, que tem por um de seus pressupostos fáticos a onerosidade. Por outro lado, a lei impõe, ainda, a forma escrita do contrato, consoante o art. 2º, que reza ser da essência do ato a celebração de termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, sem fins lucrativos, e o prestador do serviço voluntário, devendo constar no documento o objeto e as condições de seu exercício. Neste viés, o caso dos autos em nada se assemelha ao voluntariado, inexistente o termo de adesão e, ainda, a benemerência da Reclamante. No primeiro caso, frise-se que a formalidade é da essência do ato, não se admitindo a figura do "voluntariado tácito". No segundo, ao alegar a Reclamada que quitou valor a título de "ajuda de custo", não cuidou de trazer a prova exigida pelo art. 3º da mesma Lei 9.608/98, que permite haja o ressarcimento das despesas do

L'onerosità si presume, dovendo la parte interessata fornire la prova che il lavoro è stato volontario e prestato in realtà per benevolenza.

### ***5. La nullità come conseguenza della violazione di legge e della frode***

La nullità è una forma di invalidità che travolge gli effetti giuridici di un atto che violi una regola giuridica imperativa. Ma la CLT commina la nullità anche nelle ipotesi in cui il contratto è modificato unilateralmente o quando si tratta di alterazioni bilaterali pregiudizievoli per il lavoratore. Più precisamente si può dire che la nullità è la reazione giuridica prevista per l'atto non realizzato in conformità ai precetti legali a cui consegue la soppressione degli effetti giuridici che lo stesso era destinato a produrre.

Essa scaturisce da difetti o vizi dell'atto o dei suoi elementi. Ed è la conseguenza giuridica della frode alla legge nel diritto del lavoro, della simulazione ovvero dei vizi degli elementi giuridici del contratto, così come della illiceità dell'oggetto o dell'inosservanza della forma prescritta.

La nullità assoluta di un atto illegale o in frode alla legge nel diritto del lavoro è conseguenza dell'indisponibilità del diritto assicurato e della natura predominante dell'interesse protetto dalla norma. L'art. 9 della CLT interviene a compensare gli

---

prestador de serviços, desde que devidamente comprovadas, pois juntou documento que não enumera os gastos efetuados pela Reclamante, sendo recibo genérico de prestação de serviço, sem nenhuma referência ao voluntariado, e que faz expressa menção a descontos de INSS e IRRF, o que é incompatível com a natureza meramente indenizatória dos gastos a que alude a lei 9.608/98. Portanto, onerosa a prestação de serviços da Reclamante, e restando presentes os demais requisitos dos artigos 2o e 3o da CLT, é de se afastar a tese de voluntariado, restando correta a v. sentença ao reconhecer a relação de emprego "in casu", no período sem registro da CTPS. (TRT/MG. Processo 00715-2005-024-03-00-9 RO. Data de Publicação 06/12/2005 DJMG Página:14. Órgão Julgador Quarta Turma. Relator Luiz Otávio Linhares Renault. Revisor Convocado Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto).

squilibri del rapporto contrattuale lavoristico, in difesa dei diritti del lavoratore sancendo la nullità di pieno diritto degli atti praticati con l'obiettivo di traviare, impedire o frodare l'applicazione dei precetti legali<sup>275</sup>.L'art. 468 tratta delle trasformazioni contrattuali illecite di cui sopra.

La frode alla legge integra una ipotesi di nullità assoluta e non di mera annullabilità come nel caso della frode contro i creditori.

E' irrilevante che l'atto realizzato presenti tutti i requisiti legali per la sua validità o liceità, se la reale intenzione dell'agente è di conseguire il risultato previsto dall'art. 9 della CLT. "E l'esercizio abusivo di un diritto può, senza ombra di dubbio, traviare o impedire l'applicazione di una delle disposizioni consolidate. Conseguentemente è come se l'atto non esistesse. La frode alla legge, nella maggior parte delle ipotesi, ha lo scopo di causare pregiudizio al lavoratore".<sup>276</sup>

Come in Italia così anche in Brasile – soprattutto negli ultimi decenni - è florido il mercato del lavoro informale, i cui lavoratori, sono privati concretamente delle tutele che gli spetterebbero sebbene in teoria un grande numero rientri nell'ambito di applicazione della CLT.<sup>277</sup> Il mercato del lavoro brasiliano è pertanto caratterizzato dalla divisione dello stesso in lavoratori protetti e da lavoratori privi – sia dal punto di vista giuridico o fatico di tutele che integrano oltre il 51% della manodopera attiva del Paese. Così come nel diritto italiano, il

---

<sup>275</sup> L'art. 9 della CLT recita "São nulos de pleno direito os atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação".

<sup>276</sup> SAAD Eduardo Gabriel. *CLT Comentada*. LTR. São Paulo 2009.

<sup>277</sup> E' interessante osservare che recenti studi realizzati nel mercato del lavoro brasiliano suggeriscono che l'economia informale tende a riprodurre, fino ad un certo punto, alcuni interventi legislativi occorsi nella economia formale. Così, per esempio, un aumento nel salario minimo è abitualmente accompagnato da riaggiustamenti salariali dei lavoratori informali – anche se non necessariamente agli stessi livelli. Lo stesso accade in relazione ad altri aspetti del rapporto, come la giornata di lavoro. Ma questa influenza è indiretta e per questo appena parziale.

principio della prevalenza della realtà di fatto impone tuttavia l'applicazione delle norme protettive anche alla folta schiera dei lavoratori invisibili. Ciò ovviamente è vero quale mera affermazione di principio considerato che, l'assenza di un principio di stabilità generalizzato così come l'assenza del sindacato all'interno dell'azienda, impedisce ai lavoratori di far valere i propri diritti sia in corso di rapporto che successivamente, dal momento che l'avvio di un processo contro il datore informale rischia seriamente di compromettere il futuro inserimento del lavoratore nel mercato. E ciò è quanto avviene con "(...) i vu cumprà, con le prostitute, con i raccogli-carta che lavorano per i veri pescecani del commercio. Ma una cosa è la teoria, altra è la pratica..."<sup>278</sup>.

Innumerevoli sono le pratiche fraudolente in ambito lavoristico. Pertanto nel presente lavoro saranno prese in considerazione le più comuni nella prassi brasiliana, la maggior parte delle quali volte ad eludere le norme di tutela attraverso la diversa qualificazione del rapporto..

## **6. La "terziarizzazione" dei contratti di lavoro**

La realtà post-moderna brasiliana è caratterizzata, come il resto del mondo, da un'ampie spinte alla flessibilizzazione del mercato del lavoro allo scopo di aumentare i livelli occupazionali e rendere le imprese più competitive. Ciononostante l'obiettivo di fondo di ridurre la disoccupazione non è stato sino ad ora raggiunto. Secondo un orientamento condiviso "Al contrario, aumenta così come il sottoimpiego, nonostante la retorica degli

---

<sup>278</sup> VIANA, M. T. , *A fraude na lei em tempos de crise*, Revista do TRT 24ª Região, em 1997.



imprenditori e dei legislatori. La sicurezza e le condizioni di lavoro non progrediscono, al contrario diventano sempre più precarie nel lavoro terziarizzato e flessibilizzato. E, se altro può essere ancora peggiore, la disuguaglianza sociale e economica tra i paesi ricchi e poveri non smette di accrescersi”<sup>279</sup>

Ed invero un fenomeno oramai dilagante foriero di ampie discussioni in dottrina e giurisprudenza è quello appunto della cosiddetta terziarizzazione, intendendosi per tale la contrattazione di servizi per mezzo di una impresa, intermediaria (interposta), tra l'utilizzatore e la manodopera, mediante contratto di prestazione di servizi. La relazione di impiego esiste pertanto tra il datore di lavoro originario e il lavoratore e non direttamente con l'utilizzatore.

Tale contratto si risolve in un procedimento "amministrativo che rende possibile trasferire a terzi *l'attività mezzo* dell'impresa, permettendo a questa di concentrarsi nella sua attività principale. Pertanto nell'ambito di questo concetto la terziarizzazione è lecita, - sempre che attenda ai requisiti previsti dalla legge o individuati dalla giurisprudenza.

La terziarizzazione, che è un fenomeno risalente si presenta, secondo coloro che la sostengono, come una efficiente ed efficace alternativa per l'impresa che in questo modo riesce con agilità e semplicità ad adattarsi ai veloci cambiamenti del mercato. Ed invero permette alle imprese di accrescere i propri guadagni a fronte di una riduzione dei costi. Facilita l'ingresso dei lavoratori, aumenta la produttività, permettendo una maggiore concentrazione sul nucleo centrale dell'attività. Sono tuttavia forti le ostilità a tale forma di flessibilità sostenendosi

---

<sup>279</sup> MENEZES, Cláudio Armando Couce. Contrato de Trabalho. Curso de Direito do Trabalho. Vol. II. Direito Individual do Trabalho. Organizador: Marcus Orione Gonçalves Correia e Jorge Luiz Souto Maior, p. 18.

da più parti che il risvolto per il lavoratore è estremamente negativo. La terziarizzazione comporterebbe, infatti, la riduzione dei posti di lavoro, la duplicazione del "carico" di subordinazione, la "polverizzazione" dell'azione collettiva, la distruzione del sentimento di classe, degrada le condizioni di igiene e sicurezza e riduce i salari<sup>280</sup>.

Sicuramente la terziarizzazione contribuisce ad aumentare la specializzazione e la competitività e pertanto tendenzialmente anche gli utili. Si giustifica così la recente tendenza delle imprese a terziarizzare con le implicazioni che ne sono derivante dalle alterazioni sostanziali nella definizione tipica di rapporto di lavoro, per sua natura bilaterale.

In Brasile la pratica della terziarizzazione si sviluppò in origine nel settore pubblico con il Decreto legge 200 del 196. Successivamente fu disciplinata nel settore privato con la Legge n. 6.019/74, dal D. L. n. 73.841/74, e da numerosi ordini di servizio e istruzioni normative del Ministero del lavoro e dell'Impiego<sup>281</sup>. La L. 6.019/74 disciplina il lavoro temporaneo, intendendosi per tale quello prestato da una persona fisica ad una impresa, per rispondere a esigenze transitorie di sostituzione del personale regolare e permanente o ad un aumento eccezionale dei servizi (art. 1).

Sono considerate imprese di lavoro temporaneo la persona fisica o giuridica la cui attività consiste nel mettere a disposizione di altre imprese, temporaneamente, lavoratori, debitamente qualificati, da quella remunerati e assistiti (art. 4). Il contratto tra l'impresa di lavoro temporaneo e l'impresa

---

<sup>280</sup>VIANA, Márcio Túlio. A fraude na lei em tempos de crise. Revista do TRT 24ª Região, em 1997. Disponibile in: [http://www.trt24.jus.br:8080/www/+\\_jurisprudenciaPublicacaoTexto.jsp?cod\\_loc=297&cod\\_tipo=1&seq\\_pub=64&esquema=jurisprudencia](http://www.trt24.jus.br:8080/www/+_jurisprudenciaPublicacaoTexto.jsp?cod_loc=297&cod_tipo=1&seq_pub=64&esquema=jurisprudencia).

<sup>281</sup> Organo legato al Potere Esecutivo. Fonte per informazioni: [www.mte.gov.br](http://www.mte.gov.br).

utilizzatrice o cliente dovrà essere obbligatoriamente scritto, dovendo prevedere espressamente il motivo giustificatore della richiesta di lavoro temporaneo, così come le modalità di remunerazione della prestazione di servizio

Il lavoratore temporaneo ha diritto ad un salario equivalente a quello percepito dagli impiegati della stessa categoria dell'impresa utilizzatrice, espressione che viene intesa in senso ampio, in modo da assicurare gli stessi diritti degli impiegati con vincolo permanente. Questa interpretazione trova fondamento nella Costituzione Federale, il cui art. 7 non opera distinzione alcuna<sup>282</sup>.

Alcuni anni più tardi la L. 7102 del 1983 permise la terziarizzazione nei servizi di vigilanza – e, al contrario delle ipotesi precedenti, con carattere permanente.

Fino a pochi anni addietro queste erano le sole ipotesi ammesse, ma le spinte provenienti dal mercato indussero la giurisprudenza ad ammettere due ulteriori ipotesi, anche se con restrizioni rigorose. Si tratta dei servizi di pulizia e manutenzione “ e dei servizi specializzati, legati alla “attività-mezzo “ dell'utilizzatore. Entrambe le attività possono essere permanenti, ma non possono sussistere i requisiti della personalità nè della subordinazione rispetto all'utilizzatore.

Tali ipotesi sono previste nella nota Sumula 331 del TST .

La contrattazione di lavoratori da parte di impresa interposta è illegale, formandosi il vincolo direttamente con l'utilizzatore di servizi, salvo nel caso di lavoro temporaneo (L. n 6.019, de 03.01.1974). La contrattazione irregolare del lavoratore, mediante l'impresa interposta, non genera vincolo di impiego con gli organi dell'amministrazione pubblica (art. 37, II,

---

<sup>282</sup> In tal modo , sebbene la legge non faccia ad esempio alcun riferimento alla tredicesima mensilità, questo diritto è stato esteso anche ai lavoratori terziarizzati.

della CF/1988). Non forma vincolo di impiego con l'utilizzatore la contrattazione di servizi di vigilanza (L. 7.102, del 20.06.1983) e di manutenzione e pulizia, così come quella di servizi specializzati legati all'attività-mezzo dell'utilizzatore, sempre che sia inesistente la personalità e la subordinazione diretta. L'inadempimento degli obblighi in materia di diritto del lavoro da parte del datore di lavoro implica la responsabilità sussidiaria dell'utilizzatore di servizi per quegli obblighi, ivi compresi anche gli organi dell'amministrazione diretta, delle autarchie, delle fondazioni pubbliche, delle imprese pubbliche e delle società di economia mista, sempre che siano state parte processuale e dispongano di titolo esecutivo giudiziale (art. 71 da Lei n° 8.666, de 21.06.1993)<sup>283</sup>.

E' ancora vivo il dibattito giurisprudenziale circa il significato da attribuirsi all'espressione "attività-mezzo dell'utilizzatore" onde individuare e definire i limiti di liceità della terzizzazione. In generale si è ritenuto applicabile, e solo a titolo esemplificativo, ai servizi di alimentazione, di manutenzione patrimoniale e di pulizia, servizi di sicurezza, manutenzione di macchine e equipaggiamenti, trasporto di funzionari, distribuzione interna della corrispondenza, servizi giuridici, di telefoni, di *data-processing*, di movimentazione interna dei materiali, amministrazione delle risorse umane, di rapporti di lavoro e sindacali, servizi di segreteria, servizi specializzati legati all'attività-mezzo dell'utilizzatore.

Come è stato osservato nelle ultime due ipotesi (servizi di pulizia e manutenzione e attività mezzo)<sup>284</sup> il principale presupposto di liceità individuato dalla sopra citata Sumula 331 del TST risiede nell'assenza di subordinazione giuridica e

---

<sup>283</sup> Fonte: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br).

<sup>284</sup> Parte della dottrina include anche i servizi di vigilanza.

personalità tra i lavoratori terziarizzati e l'impresa che utilizza i servizi. A tal fine è previsto che l'impresa originaria collochi un proprio preposto nell'impresa utilizzatrice con il compito precipuo di dirigere e controllare la prestazione di servizio dei propri dipendenti terziarizzati. È quest'ultima che mantiene il potere direttivo e i lavoratori restano ad essa subordinati. Non si ammette pertanto che l'impresa utilizzatrice assuma tale posizione, circostanza confermata anche dalla irrilevanza del criterio della personalità nei confronti dell'impresa utilizzatrice, per la quale non rileva in alcun modo quale sia il lavoratore che la fornitrice collocherà presso di essa per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale.

A tutela dei diritti dei lavoratori terziarizzati il paragrafo IV della Sumula 331 del TST prevede la responsabilità *sussidiaria* dell'utilizzatore per l'inadempimento delle obbligazioni lavoristiche da parte del datore di lavoro, sempre che sia stato parte del rapporto processuale e sussista un titolo esecutivo giudiziario.

La condanna sussidiaria discende dalla *culpa in eligendo* e in vigilando, secondo l'art. 927 del CC brasiliano del 2002. Ed invero colui che con un atto illecito causi ad altri un danno è obbligato a ripararlo. Colui che, per azione o omissione volontaria, negligenza o imprudenza violi la legge e causi danno a terzi, seppure esclusivamente morali, commette atto illecito (art. 186 CC). La giurisprudenza ha ritenuto pertanto che è sufficiente ad ottenere una condanna sussidiaria dell'utilizzatore l' "inadempimento delle obbligazioni di lavoro". Pertanto, verificato l'inadempimento, l'utilizzatore è sussidiariamente responsabile.

Nel caso in cui la terziarizzazione sia utilizzata quale strumento per eludere precetti di norme imperative

mascherandosi dietro l'apparenza di un negozio formalmente lecito e pertanto la terzizzazione debba qualificarsi come fraudolenta, si applicherà invece l'art. 9 della CLT, essendo considerati nulli di pieno diritto gli atti relativi alla terzizzazione con costituzione *ex lege* del rapporto di impiego direttamente in capo all'utilizzatore. Il terzo che partecipa della frode come impresa utilizzatrice risponde invece *solidalmente* così come previsto dall'art. 942 del CC brasiliano secondo cui i beni dei responsabili dell'offesa o violazione del diritto altrui sono preposti alla riparazione del danno causato e, qualora l'offesa sia realizzata da più di un autore, tutti risponderanno solidalmente per la riparazione.

Un orientamento più radicale<sup>285</sup> e perciò alquanto discusso, partendo dall'idea che tanto nella terzizzazione quanto nel gruppo economico è lapalissiana la formazione di una catena produttiva che "approfitta congiuntamente della forza lavoro", sebbene in forma orizzontale nella terzizzazione, difende la responsabilità *solidale* (e non soltanto *sussidiaria*) dell'utilizzatore e del datore di lavoro in tutti i casi di inadempimento della legislazione protettiva – senza pregiudizio del riconoscimento della relazione di impiego con l'utilizzatore, nell'ipotesi di terzizzazione illecita.

A fronte dell'esigenza imposta dalla norma dell'art. 265 del CC brasiliano secondo cui la solidarietà non si presume, ma risulta da legge o dalla volontà delle parti, tale dottrina propone l'applicazione analogica dell'art. 455 CLT, potendosi adattare perfettamente alle ipotesi di terzizzazione. Quest'ultima prevede, infatti, nei contratti di subappalto la responsabilità del

---

<sup>285</sup> Maior, Jorge Luiz Souto. Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Fonte: <http://jusvi.com/artigos/1866>. È interessante notare come tale giurista sia commentato in ambito accademico lavoristico per le sue idee estremamente progressiste e ben lontane dagli orientamenti prevalenti.

subappaltatore(*subempreiteiro*) per le obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro, attribuendo tuttavia ai lavoratori la possibilità di ricorrere contro l'appaltatore principale per l'inadempimento di quelle obbligazioni da parte del primo. Fermo restando il diritto di regresso dell'appaltatore principale sul subappaltatore e la possibilità di trattenere le somme a questo dovute, a titolo di garanzia.

Tale dottrina richiama la nozione di colpa oggettiva scaturente da responsabilità civile ex art. 927 precedentemente menzionato e rigetta la responsabilità sussidiaria concludendo che non incide nella materia in questione la regola che la responsabilità solidale non si presume perché la solidarietà in questione è fissata nella dichiarazione giudiziale di responsabilità civile, derivante da atto illecito, nel suo concetto sociale attuale. Cioè, in questo senso non ci si scosta dalla regola dell'art. 265, una volta che una solidarietà dichiarata con tali parametri discende adesso dalla stessa legge (art. 942 CC).

Con questa pratica in Brasile, secondo uno studio svolto dal *Dipartimento Intersindacal de Estatística e Estudos* brasiliano (DIEES) il lavoratore è collocato in secondo piano e diventa un mero strumento attraverso cui l'impresa originaria si libera dell'incombenza della sua prestazione obbligatoria nei confronti dell'utilizzatrice.

In ogni caso, considerato e riconosciuto che la terziarizzazione è una forma inesorabile di organizzazione dei mezzi di produzione, la dottrina brasiliana ritiene che spetti al giudicante interpretare le relazioni triangolari di lavoro conformemente ai diritti fondamentali sociali e ai valori sociali del lavoro umano, primo fra tutti il principio stabilito nella Costituzione brasiliana del rispetto della dignità umana.

## **7. Il lavoro in cooperativa**

La disciplina normativa delle cooperative si rinviene negli artt. 1093 e 1096 del CCB e nella L. 5764/71.

La L. 5764/71 definisce la società cooperativa come il contratto nel quale le persone reciprocamente si obbligano a contribuire con beni o servizi all'esercizio di una attività economica, di profitto comune, senza scopo di lucro (art. 3).

Le società cooperative sono formate da una pluralità di persone che si adoperano con finalità mutualistica, sul presupposto di situazioni analoghe; esse hanno una finalità economica, forma e natura giuridica propria.

In Brasile si distinguono differenti tipi di cooperative: di produzione agricola, di produzione industriale,<sup>286</sup> di consumo,<sup>287</sup> di credito,<sup>288</sup> di educazione<sup>289</sup>; di case popolari,<sup>290</sup> di salute,<sup>291</sup> e altre alle quali si affiancano le cooperative di lavoro, formate da lavoratori di qualunque professionalità, il cui obiettivo è mettere a disposizione del mercato del lavoro le capacità tecnico professionali dei propri associati attraverso contratti di prestazione di servizi, facilmente suscettibili di frode, così che frequentemente l'intento di facilitare l'occupazione finisce per generare paradossalmente sottoimpiego e scappatoie dalle tutele giuslavoristiche.

Non esiste alcun tipo di subordinazione tra i lavoratori

---

<sup>286</sup> Dedicata alla produzione di beni e prodotti nelle quali i cooperati partecipano direttamente a tutto il processo produttivo, commerciale ed amministrativo.

<sup>287</sup> Dedicata all'acquisto all'ingrosso di beni di consumo per i suoi cooperati.

<sup>288</sup> Con fondamento nella solidarietà finanziaria e destinate a promuovere il risparmio e a finanziare le necessità di consumo o di attività imprenditoriali, dei suoi associati.

<sup>289</sup> Organizzate per professori, alunni di scuole agrarie, per padri di alunni, con lo scopo di offrire insegnamento di qualità a costi minori, ai figli, congiunti e altri soggetti legati agli associati

<sup>290</sup> Formate con l'obiettivo principale di costruire, mantenere ed amministrare complessi abitativi per i suoi associati.

<sup>291</sup> Sono cooperative di lavoro che si dedicano alla preservazione e al recupero della salute, formate da medici, dentisti, infermieri, utilizzatori di questi servizi e altri professionisti dell'area della salute.



associati o tra gli stessi e i clienti della cooperativa. Conseguentemente ad essi non spettano i diritti propri dei lavoratori dipendenti sanciti nella CLT: non percepiscono un salario, ma ricevono compensi variabili in base alla produzione. Non hanno diritto a ferie, a tredicesima, a fondo di garanzia, a assicurazione contro gli infortuni. In compens, tuttavia, possono costituire autonomamente un fondo di riposo annuale, un fondo di risparmio obbligatorio, oltre a provvedere, per mezzo dell'Assemblea, a rendere obbligatoria per tutti gli associati un'assicurazione contro gli infortuni. Nella qualità di cooperati essi partecipano delle decisioni aziendali e possono concedersi, almeno astrattamente, qualsiasi ulteriore beneficio (es. assistenza medica, refezione) essendo essi stessi proprietari dell'impresa cooperativa.

La Raccomandazione 185 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro prevede al punto 8.1 che "Le politiche nazionali, dovrebbero, in modo particolare:a) promuovere gli *standards* fondamentali dell'O.I.L. sul lavoro e la Dichiarazione sui Principi e Diritti Fondamentali del Lavoro per tutti i lavoratori delle cooperative senza distinzione di qualsiasi tipo; b) assicurare che le cooperative non siano create, o usate, per svolgere azioni non conformi alle legislazioni del lavoro o usate per stabilire rapporti di lavoro non corretti, e combattere le pseudo-cooperative che violano i diritti dei lavoratori, assicurando che la legislazione del lavoro sia applicata in tutte le imprese".

Ed invero nel diritto brasiliano si assiste oggi ad una completa deturpazione dei reali obiettivi di una cooperativa di lavoro.

Nella cooperativa di lavoro normalmente persone fisiche, lavoratori autonomi o eventuali esercitano una attività professionale allo scopo di offrire benefici in regime di

autogestione democratica e libera adesione, senza vincolo di subordinazione.

Tuttavia le cooperative di lavoro sono attualmente ben lungi dall'essere l'isola felice prevista nelle intenzioni del legislatore.

Ed invero imprese senza scrupoli danno vita a rapporti di lavoro con le cooperative nei quali è evidente la violazione dei diritti degli associati e dei principi di cui all'art. 2 CLT. Quest'ultimo stabilisce che è datore di lavoro l'impresa, individuale o collettiva che assumendo i rischi dell'attività economica, ammette, retribuisce e dirige la prestazione personale di servizio; nonché all'art. 3 CLT che qualifica come impiegato la persona fisica che presta servizio di natura non eventuale al datore di lavoro alle dipendenze dello stesso e mediante salario.

I problemi legati alla esistenza di cooperative di lavoro sono cresciuti con l'introduzione del paragrafo unico all'art. 442 CLT ad opera della L. 8.949 del 9712/94.

Ed invero il paragrafo unico dell'art. 442 CLT impedisce la formazione del vincolo di impiego tra una cooperativa di qualsiasi ramo di attività e il suo associato. E fin qui viene semplicemente ripetuto l'art. 90 della L. 5.764/71. La novità introdotta dalla L. 8949/94 risiede nell'allontanamento del vincolo di impiego dell'associato con l'utilizzatore del servizio della cooperativa. La norma apre le porte alla terziarizzazione. Terziarizzazione di servizi "terziarizzabili" – ovviamente -, non di *attività-fine* dell'impresa.

"Non è rilevante il ramo di operatività della cooperativa. Ciò che è necessario è che si tratti realmente di cooperativa, non solo sul piano formale. In verità è necessario che esista un'opera in comune (*co-operandi*) e non lavoro alle dipendenze altrui

*(sub-ordinare)*. Ricorrendo i principi che reggono la relazione di impiego non sarà possibile inquadrare l'attività in ambito cooperativistico. Dovendosi in tali ipotesi ritenere elemento discriminatore la sussistenza della subordinazione, dal momento che gli altri elementi giuridico-fattuali sono compatibili con la figura della cooperativa di lavoro<sup>292</sup>.

Il problema risiede sostanzialmente nella circostanza che i lavoratori tassati come "soci" non hanno i diritti più elementari di un lavoratore subordinato garantiti dalla Costituzione e dalla CLT. D'altro canto non appartengono più alla categoria professionale originaria<sup>293</sup>, con la conseguenza che con la soppressione di questo vincolo sociale elementare, non saranno applicabili agli stessi i vantaggi derivanti dalla negoziazione collettiva o da sentenze normative. Tale frattura non colpisce soltanto il lavoratore che subisce, ma indirettamente lo stesso sindacato che ne risulta indebolito

Sin dal momento dell'emanazione della legge, le cooperative di lavoro si sono moltiplicate a vista d'occhio moltiplicandosi conseguentemente le situazioni fraudolente. Ed in verità vi è chi ritiene autorevolmente che il caso delle cooperative sia molto più che una frode alla legge: è una frode attraverso la legge stessa contro il diritto. Se il pretesto è combattere la disoccupazione, la ragione è il guadagno e il risultato è il sottoimpiego<sup>294</sup>.

Attualmente in Brasile esistono numerose false cooperative sparse per le immense Regioni che, sotto l'etichetta del lavoro in cooperativa, moltiplicano le frodi con l'obiettivo di sfuggire agli oneri in materia lavoristica, laddove le frodi più ricorrenti che

---

<sup>292</sup> In tal senso VIANA, *op. loc. cit.*

<sup>293</sup> In Brasile il sistema sindacale è di tipo corporativo e la categoria professionale è ontologicamente predeterminata.

<sup>294</sup> Cfr. VIANA, *op. loc. cit.*

caratterizzano le false cooperative vengono individuate nell'arruolamento di manodopera di basso costo per far fronte al progressivo aumento dei servizi, ovvero nella prestazione di servizi per mezzo di cooperative di ex impiegati recentemente licenziati.

### ***8. Il fenomeno della contrattazione di lavoratore persona giuridica***

L'art. 3 della CLT brasiliana considera "impiegato" la *persona fisica* che presta servizio di natura non eventuale per il datore di lavoro, alle dipendenze di questi e mediante retribuzione.

Conseguentemente l'impiegato deve essere necessariamente una persona fisica. In senso negativo, pertanto, nessuna persona giuridica è considerata impiegata, pur prestando un servizio che possa essere eseguito da persona fisica.

All'occorrenza di una frode all'atto della contrattazione di un determinato soggetto, si applica il principio della prevalenza della realtà sulla forma (*primazia da realidade*), al di là del principio generale, non specifico del Diritto del Lavoro, della buona fede.

Sostiene la dottrina<sup>295</sup> che il contratto di lavoro, come qualunque altro deve essere eseguito secondo buona fede, essendo necessario che qualunque atto giuridico non sia viziato.

Il regime di lavoro per mezzo di microimprese, molto comune nei fenomeni di terziarizzazione e *franchising*, non raramente nasconde frodi alla legge brasiliana. Pertanto proliferano con l'impulso delle grandi imprese attività

---

<sup>295</sup> Délio Maranhão, 2003, p. 554.

imprenditoriali di autentici impiegati, travestiti da piccoli imprenditori. Spesso imprese e ditte individuali vengono costituite da *ex* impiegati di una impresa, che a sua volta diventa "cliente".

Al di là della circostanza che il lavoratore guadagna meno, lo stesso si trova coinvolto nel vortice del mercato nel quale è obbligato a rispondere alle esigenze di quantità e qualità della produzione stabilite dall'unico compratore, la grande impresa terziarizzata<sup>296</sup>.

Sono molte, quindi, le circostanze in cui la persona giuridica è solo di facciata. È il caso ad esempio del rappresentante commerciale che crea una supposta società per quote di responsabilità con la moglie o è la situazione dei *reporter* di Brasilia che non riescono ad impiegarsi in un giornale se non accettando la condizione di costituire una persona giuridica.<sup>297</sup>

Lo schema è elementare. Normalmente un'impresa A contratta una persona e richiede (o meglio esige) che questi costituisca una impresa B. Il PJ (*Pessoa Juridica*) presta servizio solo per l'impresa A (esclusività), dovendosi presentare quotidianamente sul posto di lavoro (abitudine), rispettando un orario e ricevendo ordini e rispondendo del proprio operato ad un superiore gerarchico (subordinazione), ma spesso costretto ad emettere nota fiscale. Pur sussistendo tutti i requisiti di un lavoratore subordinato, il PJ non ha diritto a nessuna delle garanzie per questi previste dalla Costituzione e dalla CLT. Ma non per questo egli non potrà far valere il vincolo di impiego.

---

<sup>296</sup> Willis Santiago Guerra Filho, citado por MENEZES, Cláudio Armando Couce. Contrato de Trabalho. Curso de Direito do Trabalho. Vol. II. Direito Individual do Trabalho. Coordinato da Marcus Orione Gonçalves Correia e Jorge Luiz Souto Maior. p. 20.

<sup>297</sup> VIANA, Márcio Túlio. Relações de Trabalho e Competência: Esboço de Alguns Critérios. Fonte: [http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev\\_70\\_II/Márcio\\_Viana.pdf](http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_70_II/Márcio_Viana.pdf). p. 11.

Accade oramai che talora la stessa circostanza che il lavoratore abbia emesso più note fiscali per un unico cliente per molto tempo comporti la presunzione che la PJ sia stata costituita per eludere le tutele lavoristiche.

La dignità dell'essere umano va molto al di là del mero principio positivizzato, essendo un valore giuridico - morale supremo cui è informata la creazione, l'applicazione e l'interpretazione di tutto l'ordinamento giuridico del Paese. E' previsto nella Costituzione all'art. 170 che l'ordinamento economico, fondato nella valorizzazione del lavoro umano e nella libera iniziativa, ha lo scopo di assicurare a tutti un'esistenza dignitosa, conformemente ai dettami della giustizia sociale, rinvenendosi tra gli altri principi, quelli della riduzione delle disuguaglianze regionali e sociali e quello della ricerca del pieno impiego<sup>298</sup>.

Nell'art. 193 della Costituzione si legge che l'ordinamento sociale si fonda sul primato del lavoro ed ha come obiettivo il benessere e la giustizia sociale<sup>299</sup>. Tale primato comporta che lo Stato debba prodigarsi nel senso di assicurare a tutti i cittadini un buon livello di vita, nell'ambito di un "livello civilizzatorio minimo".

La giurisprudenza tratta con molto rigore la questione della contrattazione di persona giuridica. E anche la dottrina ritiene *ex art. 3 e 9 della CLT*, che laddove sussistano gli elementi che costituiscono il vincolo di impiego (personalità, onerosità, subordinazione e non eventualità) la contrattazione di persona giuridica debba considerarsi in frode alla legge lavoristica. La

---

<sup>298</sup> L'art. 170 della Costituzione Brasiliana recita: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sendo observados os seguintes princípios: (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego (...)"

<sup>299</sup> Art. 193 Cost. " a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

conseguenza è quella della “desconsiderazione” (non considerazione) della persona giuridica, e il conseguente riconoscimento di tutte le tutele, non potendosi considerare la retribuzione eventualmente più alta percepita come compensazione degli oneri sociali non versati<sup>300</sup>.

### **9. Il contratto di stage**

La figura giuridica dello stage è stata creata in Brasile sul finire degli anni '70 ed era regolata dalla L. 6494/77 fino all'entrata in vigore della L. 11.788/2008 che introduce una nuova disciplina dell'istituto.

Lo stage rappresenta sia per lo studente che per il “datore di lavoro” la prima opportunità di affacciarsi al mondo del lavoro attraverso un processo formativo ed educativo non equiparabile all'attività di lavoro, necessitando di essere seguito e preso per mano nel suo processo di apprendimento. Pertanto lo *stager* non lavora, ma dà lavoro<sup>301</sup>

---

<sup>300</sup> “ A contratação de serviços personalíssimos mediante pessoa jurídica é, em princípio, admissível como negócio jurídico, especialmente para trabalhos de caráter intelectual e artístico, desde que regularmente formada a pessoa jurídica, integrada por mais de uma pessoa, constituindo sociedade, de modo a descaracterizar a adoção da fórmula como meio de fraudar a legislação trabalhista, onde a pessoa jurídica é apenas a roupagem de que se reveste o trabalhador, por induzimento da empresa, para poder ser contratado com a redução de encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais. 2. Constatada a personalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade na prestação dos serviços, a desconsideração da pessoa jurídica é a consequência jurídica, para se reconhecer típica relação de emprego, nos termos dos arts. 3º e 9º da CLT. 3. -In casu-, a prova dos autos apontou para a existência de efetiva fraude na contratação por pessoa jurídica, já que constituída após o início da prestação dos serviços e sem que se juntasse aos autos o contrato firmado para a referida prestação de serviços, o que deixa às claras a irregularidade da contratação. 4. Nesses termos, constatada a fraude com base na prova, não há que se falar em violação dos dispositivos legais e constitucionais apontados como violados (CF, art. 5º, XXXVI; CC, arts. 104 e 138; CLT, art. 468), já que não se admite reexame da prova em sede de recurso de revista, a teor da Súmula no 126 do TST. 5. Ademais, se a contratação foi fraudulenta, conclui-se que o Reclamante tinha direito aos demais direitos trabalhistas que lhe foram negados, além da remuneração, não se podendo considerar a remuneração mais elevada como compensação pelo não pagamento do encargos sociais.(...). (Processo: TRT4. RR - 554/2004-023-04-00.0 Data de Julgamento: 14/02/2007, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 09/03/2007).

<sup>301</sup> Così si esprime VIANA, Márcio Tulio nel seminario “Nova Lei de estagio” presso la

Lo *stager* non si considera impiegato e pertanto allo stesso non si applicano le norme giuslavoristiche, se ricorrono le condizioni di legge, ed in particolare se lo studente risulta immatricolato e sta frequentando regolarmente il corso di insegnamento (universitario, professionale, superiore o fondamentale), esistenza di un rapporto trilaterale per la stipulazione di un accordo tra lo studente, l'istituzione di insegnamento e la parte che offre lo stage, compatibilità tra le attività svolte nello stage e quelle previste nell'accordo.

La nuova legge, interviene ad esplicitare quanto già previsto nella normativa anteriore, ma soprattutto a riconoscere diritti sociali, oltre a disciplinare lo stage effettuato come completamento degli studi superiori.

Le modifiche più significative alla vecchia normativa sono state indotte probabilmente dalla necessità di fronteggiare uno dei problemi maggiori cui dava luogo il contratto di stage, e cioè il pregiudizio degli studi in virtù della carica oraria cui lo *stager* era tenuto, l'utilizzazione dello stesso al fine della sostituzione della manodopera e l'inadeguatezza dello stesso al corso e al grado di studente., collocando lo *stager* in concorrenza con lavoratori dipendenti e professionisti nel mercato del lavoro, compromettendo seriamente le possibilità di apprendimento dello *stager* e svalutando l'attività di lavoratori e professionisti.

Ed invero non infrequenti sono le ipotesi in cui lo *stager* è richiesto di svolgere attività di mera routine come fare fotocopie o rispondere al telefono senza nessuna utilità ai fini dell'apprendimento. Ma la giurisprudenza ha individuato proprio in questa mancata correlazione e integrazione tra l'attività di stage e il corso frequentato una ipotesi di frode cui si ricollega



la sanzione di cui all'art. 9 CLT.<sup>302</sup> In altre situazioni la giurisprudenza ha attribuito rilevanza alla assenza di supervisione ad opera della Istituzione di insegnamento,<sup>303</sup> oltre che alle modalità di esercizio della prestazione,<sup>304</sup> e ovvero alla mancanza dell'atto di accordo tra l'Istituzione di insegnamento, il soggetto che offre lo stage e lo studente,<sup>305</sup> alla circostanza che il lavoratore sia qualificato o addirittura che abbia già lavorato

---

<sup>302</sup> "Quando as atividades do período de estágio ocorrem sem qualquer correlação com o curso freqüentado pelo trabalhador e sem supervisão da sua escola, não propiciando a complementação do ensino e da aprendizagem, sem qualquer finalidade integrativa entre o curso e as funções exercidas, tem-se que o contrato se deu em desacordo com os princípios e finalidades da Lei 6.494/77 e do Decreto nº 87.497/82, sendo nulo de pleno direito a teor do art. 9º da CLT, já que evidente o objetivo de desvirtuar e impedir a aplicação dos preceitos atinentes ao contrato de trabalho, cujo reconhecimento se impõe". (TRT 3ª R – 01305-2003-023-03-00-7 RO – 3ª T – Rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira – DJMG 20-03-2004). Nello stesso senso TRT 4ª R – 01142-2002-741-04-00-5 RO – 4ª T – Rel. Juiz Milton Varela Dutra – DOERS 10.02.2004).

<sup>303</sup> "O estágio se perfaz mediante contrato específico e, nos termos da legislação específica (Lei n. 6.494/77), deve o estagiário contar com supervisão e acompanhamento permanentes, os quais não foram comprovados pela Reclamada, no caso em tela. De mais a mais, prestando o Reclamante seus misteres à Reclamada, por cerca de sete anos, cai por terra a alegação de que era mero estagiário. É princípio geral de direito a vedação do enriquecimento ilícito; princípio constitucional, o da valorização social do trabalho; e do Direito do Trabalho, o da proteção ao hipossuficiente. Logo, tendo se beneficiado a Reclamada do trabalho do Reclamante, que lecionou por tantos anos, não se pode falar em nulidade da avença, sendo impossível o retorno ao status quo ante, pela própria natureza dos serviços prestados. Se se declarasse a nulidade do pacto havido, estar-se-ia admitindo implicações em outros planos, inclusive quanto à validade dos diplomas dos alunos para os quais lecionou o Reclamante. Ao caso, se constatada eventual irregularidade da prestação de serviços de professor, ainda assim seria válida a relação de emprego, sendo aplicável a Teoria da Aparência do direito alemão (Erscheinungstheorie), para convalidar as situações benéficas a ambas as partes". (TRT-RO-2663/00 - 4ª T. - Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault - Publ. MG. 29.07.00).

<sup>304</sup> "Não comprovando o reclamado a observância aos requisitos da Lei nº 6.494/77, que regulamenta o contrato de estágio, tais como a realização de acompanhamento e avaliação do estágio prestado, descumprindo a regra do § 3º do art. 1º daquele diploma legal, e demonstrando a prova dos autos que a reclamante, embora formalmente contratada como "estagiária" desenvolvia tarefas idênticas àquelas atribuídas aos demais empregados do reclamado, resta descaracterizado o contrato de estágio celebrado e reconhecida, por conseguinte, a relação de emprego durante todo o período da vinculação entre as partes. Recurso do reclamado a que se nega provimento". (TRT 4ª Região - 00539-2001-851-04-00-4 (RO) – Rel. Juiz hugo Carlos Scheuermann. Data de Publicação: 24/03/2004).

<sup>305</sup> "A Lei nº 6.494/77 estabelece como requisitos para a contratação de estágio que os estudantes estejam regularmente matriculados em curso de ensino médio ou superior, que o estágio propicie a complementação do ensino e da aprendizagem e que a realização do estágio se dê mediante termo de compromisso celebrado entre o estudante e a parte cedente, com interveniência da instituição de ensino. Inexistindo termo de compromisso, bem como seguro contra acidentes pessoais, há que se ter em conta o princípio da primazia da realidade, segundo o qual a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes" (TRT 12ª R. – RO-V 00691-2003-014-12-00-0 – (06185/2004) – Florianópolis – 1ª T. – Rel. Juiz Amarildo Carlos de Lima – J. 07.06.2004).

nell'azienda come dipendente.<sup>306</sup>

In Brasile è l'Istituzione di insegnamento che definisce le condizioni alle quali lo stage deve essere svolto, ivi compresa la carica oraria. Ciò nonostante la legge affida il controllo agli "auditores" del lavoro. Pertanto l'istituzione che sarebbe probabilmente la più idonea a vigilare sull'osservanza delle condizioni di stage non ha alcun potere di controllo, mentre d'altro canto lo *stager* stesso considera lo stage come una prima opportunità di lavoro, favorendo con una predisposizione mentale al lavoro, anziché all'apprendimento, lo sviamento funzionale dalla causa del contratto favorendo inconsapevolmente la diffusione delle frodi per mezzo di tale istituto.

Secondo l'art. 1 della legge summenzionata lo stage è un atto educativo scolastico supervisionato, realizzato nell'ambiente di lavoro diretto a preparare allo svolgimento del lavoro produttivo di studenti che stiano frequentando corsi superiori di grado universitario, scuole superiori e degli anni finali dell'insegnamento fondamentale nella modalità professionale della educazione. Lo stage rientra nel progetto pedagogico del corso, oltre ad integrare l'itinerario formativo dello studente.<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> " O estágio legalmente constituído não permite que se reconheça a existência da relação de emprego, conforme prevê a Lei nº 6.494/77, justamente por se constituir em oportunidade para que o aluno adquira experiência prática visando facilitar sua futura colocação no mercado de trabalho. Porém, restando provado que a empresa contrata profissional qualificado, que inclusive já compôs o quadro de empregados da empresa, por meio de estágio, estando o empregado a exercer as mesmas funções anteriormente desempenhadas, recebendo ajuda de custo e comissões além da chamada "bolsa ", torna-se forçoso o reconhecimento do vínculo empregatício mascarado sob a denominação de estágio ". (Ac.1ªT.: Julg: 00.00.02 TRT-RO: 1337/02 - Rel. Juiz: Pedro Luis Vicentin Foltran - Publ. DJ: 23.08.02.

<sup>307</sup> "Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos". (Grifou-se). O estágio faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando. O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho (Art. 1 co. 1 e

La remunerazione non è obbligatoria, ma la nuova normativa prevede la stipulazione della giornata di lavoro, definita di comune accordo tra le tre parti del rapporto, ovvero tra l'istituzione di insegnamento, il soggetto che mette a disposizione lo stage e lo studente (o il suo rappresentante legale) e comunque compatibile con l'attività scolastica ed in ogni caso non superiore a 4 ore al giorno e 20 settimanali per gli studenti degli ultimi anni dell'insegnamento fondamentale; 6 ore giornaliere e 30 ore settimanali per gli studenti universitari, della scuola superiore e professionale .

La legge, pur apparentemente attribuendo diritti agli *stagers* è stata accolta con timore dai giuslavoristi brasiliani. Secondo una parte della dottrina la nuova legge pregiudicherà la contrattazione degli *stagers*. Per alcuni infatti la nuova disciplina sembra permettere la contrattazione di impiegati veri, e la riduzione dei costi del lavoro, in funzione della sottrazione di diversi diritti di matrice costituzionale e "celetisti" (della CLT) caratterizzando, così una frode tipica.

Lo stage è sempre stato utilizzato come strumento di frode ai diritti sociali, non solo per il concorso doloso dei soggetti-cedenti che ne approfittano potendo contare su una forza lavoro di basso costo, ma anche per la negligenza delle istituzioni di insegnamento che si limitano al rispetto dei requisiti formali, senza preoccuparsi di seguire lo studente dal punto di vista pedagogico, equiparate pertanto a vere e proprie intermediarie di manodopera. E la giurisprudenza brasiliana prevede, nelle ipotesi di frode in parola la trasformazione del rapporto, diversamente qualificato dalle parti, in un rapporto di impiego<sup>308</sup>.

---

2 della L. 11.788/2008 .

<sup>308</sup> TRT 3ª R – 01305-2003-023-03-00-7 RO – 3ª T – Rel. Juiz Sebastião Geraldo de

## **10. Il contratto a tempo determinato**

La nozione di contratto a tempo indeterminato in Brasile non si allontana dal concetto italiano, ritenendosi per tale il contratto la cui durata temporale non sia limitata da un termine di cessazione del rapporto.

Secondo la dottrina dominante il contratto a tempo indeterminato rappresenta la regola generale. Pertanto in mancanza di espressa previsione vige la presunzione che il contratto sia stato stipulato a tempo indeterminato. Ciò, si ritiene, anche in ossequio al principio costituzionale che prevede l'applicazione della norma più favorevole al lavoratore. Ed invero i lavoratori contrattati a tempo indeterminato, sebbene non abbiano diritto alla stabilità e non dispongano tutele analoghe all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori italiano, hanno in ogni caso maggiori possibilità di acquisire diritti e prerogative nel tempo essendo, perchè è in questi lavoratori che il datore di lavoro è maggiormente portato ad investire.

Il contratto a tempo indeterminato comporta che la prosecuzione del contratto tra le parti in presenza di cause di sospensione o interruzione con rinvio degli effetti<sup>309</sup> dell'eventuale licenziamento del lavoratore al termine

---

Oliveira – DJMG 20-03-2004; TRT 12ª R. – RO-V 00077-2003-044-12-00-0 – (04956/2004) – Florianópolis – 3ª T. – Relª Juíza Teresa Regina Cotosky – J. 10.05.2004; TRT 4ª R – 01142-2002-741-04-00-5 RO – 4ª T – Rel. Juiz Milton Varela Dutra – DOERS 10.02.2004; TRT-RO-2663/00 - 4ª T. - Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault - Publ. MG. 29.07.00; RT 4ª Região - 00539-2001-851-04-00-4 (RO) – Rel. Juiz hugo Carlos Scheuermann. Data de Publicação: 24/03/2004; TRT 12ª R. – RO-V 00691-2003-014-12-00-0 – (06185/2004) – Florianópolis – 1ª T. – Rel. Juiz Amarildo Carlos de Lima – J. 07.06.2004) Ac.1ªT.: Julg: 00.00.02 TRT-RO: 1337/02 - Rel. Juiz: Pedro Luis Vicentin Foltran - Publ. DJ: 23.08.02.

<sup>309</sup> La sospensione comporta la paralisi totale del rapporto di lavoro senza la rottura del rapporto di impiego. Durante tale periodo il datore di lavoro, a fronte del mancato espletamento dell'attività lavorativa non è tenuto al pagamento della retribuzione ed il tempo di sospensione non è computato come tempo di servizio. Sono, tra le altre, ipotesi classiche di sospensione: a) la malattia o l'infortunio oltre il 15º giorno (art. 476 CLT; L. 8213/91, art. 20); lo sciopero, servizio militare; sentenza di condanna penale non ancora passata in giudicato (laddove la definitività della sentenza comporta il diritto del datore di lavoro al recesso giustificato). L'interruzione, invece, è una paralisi parziale del contratto di lavoro, dal momento che a fronte della mancata prestazione di servizio il lavoratore ha egualmente diritto alla retribuzione. Essa ricorre nel caso di assenze legali (malattia fino al 15º giorno, sciopero se l'accordo collettivo preveda il pagamento della retribuzione, infortunio sul lavoro (che comporta solo il computo del

del periodo di sospensione; comporta inoltre il diritto del lavoratore ad un indennizzo per il caso di licenziamento senza giusta causa<sup>310</sup>, oltre al diritto a preavviso di 30 giorni.

Il contratto a tempo determinato, invece, disciplinato dall'art. 443 comma 2 della CLT e in varie leggi sparse, è quello la cui durata temporale è prestabilita dalle parti all'atto della stipula del contratto di lavoro.

Considerato che la regola è quella della continuità del rapporto esso è ammesso soltanto in ipotesi specifiche ed in particolare per servizi la cui natura o transitorietà giustifichi la predeterminazione temporale del rapporto, come nel caso della sostituzione di lavoratore "permanente" assente per ferie o per situazioni straordinarie in cui l'aumento delle commesse imponga temporaneamente un aumento della ordinaria produzione, come avviene generalmente a cavallo di festività natalizie o pasquali, ovvero per la realizzazione di servizi specifici come nel caso ad esempio di un muratore contrattato per la realizzazione di un muro.

L'elemento essenziale al fine della validità del contratto a tempo determinato è senza dubbio il carattere "transitorio" delle attività richieste al lavoratore. Il termine può essere inoltre apposto a fronte di un "contratto di esperienza" che non può eccedere i 90 giorni.

E' prevista inoltre la possibilità di contrattazione a tempo determinato nel settore dello spettacolo ovvero in ambito sportivo.

La durata massima del contratto non può eccedere i 2 anni (90 giorni per il contratto di esperienza). La prosecuzione oltre il termine massimo comporta la trasformazione del rapporto in un rapporto a tempo

---

tempo di servizio), ferie, festività, riposi, incarico pubblico, maternità, mandato sindacale (con pagamento della retribuzione solo se previsto nell'accordo).

<sup>310</sup> Le modalità di recesso sono di varia natura. Si distingue il licenziamento arbitrario, o ingiusto che dà diritto all'indennizzo e alla consegna dei documenti per potere accedere alla indennità di disoccupazione. Licenziamento assistito da giusta causa, a seguito della quale il lavoratore non ha diritto a percepire l'indennizzo. L'ipotesi di chiusura dello stabilimento è equiparata al licenziamento ingiustificato sulla base del principio dell'assunzione del rischio da parte del datore di lavoro, con conseguente diritto all'indennizzo. Se il lavoratore si dimetta laddove il rapporto abbia avuto una durata inferiore ai 12 mesi il lavoratore ha diritto a percepire solo la 13ª mensilità, non anche le ferie, non avrà diritto a ritirare il fondo di garanzia, oltre, ovviamente, a e non percepire alcun tipo di indennizzo.

indeterminato.

Il termine fissato contrattualmente può essere prorogato per le medesime ragioni inerenti al contratto originario anche tacitamente una sola volta (art. 451 CLT), fermo restando il termine massimo complessivo di 2 anni. Il ricorso ad una ulteriore proroga comporta la trasformazione automatica del rapporto in un rapporto a tempo indeterminato.

E' poi possibile la ripetizione del contratto. Anche in Brasile come in Italia è previsto un termine cuscinetto tra la stipula di un contratto e l'altro, che diversamente da quello italiano assai più breve è di 6 mesi (art. 452 CLT), pena la trasformazione in un rapporto a tempo indeterminato. E' interessante notare come il termine di 6 mesi sia stato assunto dalla giurisprudenza come parametro di una importante presunzione di frode non solo nella ipotesi di successione di contratti a tempo determinato inferiore al periodo cuscinetto, ma anche nelle ipotesi di cessazione di un rapporto a tempo indeterminato e stipula di nuovo rapporto a condizioni differenti. Tuttavia si ammette la possibilità di nuove contrattazioni anche in tempi ridotti, se il contratto precedentemente stipulato sia concluso per essere stata realizzato il servizio specificamente richiesto (art. 443 CLT).

La rilevanza in ambito giuslavoristico del principio di continuità della relazione di impiego, che giustifica il favore dell'ordinamento per i contratti a tempo indeterminato a scapito di quelli a termine, comporta che qualsiasi irregolarità nella stipula ovvero nella durata, proroga o successione conduca irrimediabilmente alla trasformazione del rapporto in un rapporto a tempo indeterminato. Secondo parte della dottrina si tratta di una novazione contrattuale, consistente nella creazione di una nuova obbligazione che sostituisce la precedente<sup>311</sup>. Nella teoria civilista essa è modalità di estinzione delle obbligazioni<sup>312</sup>, al punto che il Codice Civile stabilisce che, non sussistendo l'animo di novare, la seconda obbligazione conferma semplicemente la prima (art. 361 CCB).

---

<sup>311</sup> GOMES O., *Obrigações*, Rio de Janeiro, 1972, 157

<sup>312</sup> MONTEIRO de BARROS W, *Curso de direito civil*, 4, São Paulo, 1988, p. 293-298

Tuttavia è stato osservato che la automatica e imperativa trasformazione del contratto in un contratto a tempo indeterminato in ipotesi di violazione delle norme che reggono la disciplina del contratto a tempo determinato, non può in alcun modo confondersi con la novazione, salvo che non si voglia riconoscere il sorgere di una nuova e diversa figura di "novazione giuslavoristica". Essa infatti, al di là della circostanza di non comportare l'estinzione delle precedenti obbligazioni, che invece vengono confermate nel nuovo tipo contrattuale non deriva dalla volontà delle parti, ma da un imperativo di legge<sup>313</sup>. Il contratto a tempo determinato in Brasile non ha avuto lo stesso successo conseguito in Italia; qui esso ha avuto un ruolo fondamentale essendo stato non di rado utilizzato nella nostra terra per creare un contraltare alle rigidità esistenti in uscita nel mercato del lavoro italiano e alla forza, già più volte affermata come travolgente, dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Diversamente il Brasile che non conosce una stabilità reale, e che pertanto ha facilità a liberarsi del lavoratore ritenuto scomodo, non ha bisogno di privilegiare forme di impiego a tempo determinato. Per questi motivi l'impiego in Brasile di tale forma contrattuale stenta a decollare.

---

<sup>313</sup> Così GODINHO DELGADO M., *Curso de direito de trabalho*, São Paulo, 2007p. 531.

## **CONCLUSIONI**

Attualmente senza dubbio stiamo vivendo una fase di piena crisi di legalità accompagnata da una generale crisi dei valori. Non esiste più una cultura della legalità, intesa come senso del dovere e obbedienza alla legge e nemmeno come fiducia nella sostanza e nella bontà della legge stessa<sup>314</sup>. Manca cioè il sentimento di adesione che si raccoglie intorno alle leggi come fosse un valore. "La legalità è il modo di risolvere razionalmente i problemi, mediante l'accordo e la sottomissione al potere che vi è connessa, non deve essere interpretata né hobbesianamente né roussovianamente, ma con diritto di recessione se la soluzione non è giusta. La forza è invece la tecnica della spada, la tecnica del nodo gordiano"<sup>315</sup>.

Ma la cultura della legalità non si sviluppa autonomamente. Richiede anche una dimensione attiva da parte delle istituzioni. Pertanto non è possibile indagare le ragioni dell'inosservanza delle leggi ragionando esclusivamente sulla acerba coscienza civile del Paese o sulla debolezza morale dello stesso. Occorre volgere lo sguardo anche alla operatività delle istituzioni, alla loro competenza, alla padronanza tecnica del diritto, al rigore morale, all'intelligenza dei fenomeni sociali, specialmente nelle fasi del cambiamento. Probabilmente più che l'osservanza delle leggi imposta ad ogni costo e del consenso comprato con la corruzione, conseguirebbe lo sviluppo della cultura, in senso generale, una buona gestione delle piaghe sociali, l'efficienza delle amministrazioni, il tono generale della vita politica.

Sicuramente quello che non va in Italia non può attribuirsi a questo governo o a quelli che lo hanno preceduto. almeno non soltanto. Il primo passo da fare sarebbe quello di modificare la mentalità, non di tutti, ma di troppi sicuramente, considerata l'immaturità con cui ci si pone di fronte ai problemi. Il popolo

---

<sup>314</sup> BERIA DI ARGENTINE A., *La crisi della cultura della legalità*, Roma, 1991, p. 20.

<sup>315</sup> FATELLI G., *Il desiderio di legge*, ROMA, 1999, p.63.



italiano e quello brasiliano, che hanno dovuto sopravvivere in mezzo a mille difficoltà, hanno affinato molte astuzie. Ma se quest'ultime possono ritenersi giustificabili in presenza dell'avvicinarsi delle dominazioni straniere, lo sono meno quando l'agire astuto diventa un vero e proprio stile di vita, un modo comodo e poco lecito di attuare l'istinto della sopravvivenza individuale a scapito di quella altrui.

Il Legislatore italiano già da tempo è impegnato nel tentativo di arginare il fenomeno dilagante. La dinamica della frode e del tentativo di combatterla oscilla come un pendolo creando un circolo vizioso dal quale sembra non agevole venire fuori.

Ed invero il Legislatore interviene sempre più spesso a sanzionare con divieti legali condotte riconosciute generalmente come ipotesi di frode, trasformando la condotta da fraudolenta a illecita; quando i divieti appaiono eccessivi anche alla luce dei repentini mutamenti dell'impresa, del mercato e delle ad essi esigenze connesse, proprio tali divieti rappresentano un forte stimolo per gli agenti a ricercare nuovi strumenti di elusione e dar vita a nuove figure fraudolente.

In tale prospettiva la norma dell'art. 1344 funge da clausola di salvaguardia del sistema, idonea a coprire tutte le condotte illecite non altrimenti sanzionabili.

E' ovvio che in un sistema in cui i divieti siano molteplici gli spazi per la frode non sono agevolmente ricavabili, diversamente da quanto avviene laddove le norme siano numerose ed incerte

Nell'ambito giuslavoristico brasiliano, invece, è riscontrabile un ritardo nell'utilizzo della tecnica antifraudolenta della quale pure in Brasile non mancherebbero ragioni di impiego perché i divieti non hanno l'estensione e la profondità richieste per una efficace tutela dei diritti dei lavoratori. Il ritardo dipende, a sua volta dal ritardato ingresso del concetto di frode alla

legge nel sistema civilistico.

Vi è una tendenza, come pure in Italia dove forse però la consapevolezza è maggiore, ad una qualificazione come antifraudolenti di strumenti che a rigore non lo sono, perché si confonde l'obiettivo finale di reprimere le pratiche contrarie alla tutela dei lavoratori con la sostanza tipica degli strumenti antifraudolenti, che risiede, invece, come ripetutamente sottolineato in questo lavoro, nel porre rimedio alla formale correttezza di comportamenti datoriali contrari a quelle tutele.

Non mancano anche nel diritto brasiliano, però, sia la consapevolezza di ciò che è effettivamente anche in ambito lavoristico lo strumento della frode alla legge sia della necessità di combatterla.

Naturalmente il Brasile dispone, come pure l'Italia, di meccanismi che tentano di aumentare l'effettività dei diritti giuslavoristi. I due organi più attivi in tal senso sono il Ministero del lavoro e il ministero Pubblico del Lavoro.

Il primo è legato al Potere esecutivo e dispone di migliaia di "controllori" che periodicamente visitano un gran numero di imprese., normalmente a fronte di denuncia di lavoratori e sindacati

Intanto le dimensioni enormi del paese e l'esplosione industriale avvenuta a partire dagli anni '50 –che elevarono il Brasile , alla condizione di 8<sup>a</sup> economia del mondo, fanno in modo che la maggior parte delle imprese, soprattutto quelle piccole, rimangano al margine della "fiscalização".

Per questo il Ministero del Lavoro ha elaborato nuovi e singolari procedimenti, come ad esempio la divulgazione periodica di una "lista nera" degli imprenditori che sfruttano il lavoro o riducono i lavoratori in schiavitù; l'inserimento del nome nella lista, oltre alla comportare un elevato danno alla immagine, impedisce di ottenere incentivi e prestiti da parte di organi e banche ufficiali.

Diversamente dal Ministero del lavoro il Ministero Pubblico del Lavoro, che è un organo indipendente da tutti i Poteri dello Stato, opera su 2 fronti: come *órgão interveniente* nei processi che coinvolgono incapaci ovvero

interessi pubblici, e come *órgão agente*, non solo promuovendo azioni giudiziarie collettive, ma effettuando "blitzes", frequenti per smascherare il cd "trabalho escravo". Quando viene a conoscenza (per mezzo di denuncia, ma anche di qualsiasi altro mezzo) di pratiche fraudolente il Ministero pubblico convoca le parti tentando di ottenere dalle stesse la sottoscrizione di un "termine di variazione della condotta"; se la convocazione non sortisce effetti, può avviare un'azione collettiva, richiedendo indennizzi per danni materiali e morali collettivi destinati ad un fondo ufficiale che li utilizza per trovare nuove scappatoie e nuove modalità per combattere le condotte illecite e/o fraudolente.

Sia in Italia che in Brasile l'interesse della frode alla legge non risiede tanto nelle dimensioni della sua attuale concreta applicazione, nell'uno e nell'altro ordinamento abbastanza limitata. Risiede invece nella possibilità di ricorrere alla norma generale, che rappresenta un conforto per l'ordinamento che permette di far fronte ad astuzie datoriali non ancora raggiunte da precisi divieti legislativi.

Ciò induce a ritenere che particolarmente in ambito giuslavoristico la frode alla legge risalta non tanto e non soltanto se osservata in prospettiva diacronica, ma piuttosto sincronica, ossia non tanto attraverso la comparazione tra situazioni ordinamentali contemporanee, ma piuttosto seguendo le successive vicende nel tempo della regolazione di delicate questioni giuslavoristiche.

Il che non esclude che sia interessante cambiare le due prospettive, e quindi effettuare il confronto tra le vicende degli ordinamenti stessi e dei loro istituti più significativi agli effetti della frode. Ma ciò potrebbe essere l'oggetto di un futuro studio

## **BIBLIOGRAFIA**

### **Per la parte italiana:**

ALBANESE A. *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008. 2.

ALBANESE A. –NAPOLI M., *Introduzione. Interrogativi sull'inderogabilità*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008 . 2

ALBI P. *Indagini motivazionali e tecniche di tutela della libertà e dignità dei lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000 fasc. 1, pt. 2

ATIENZA M. RUIZ MANERO J., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere* (a cura di Taruffo M., traduzione di Carnevale V.) Il Mulino, 2004

BACCHINI F., *I licenziamenti nei gruppi d'impresa* , in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 1999 fasc. 2

BARASSI L., *La Teoria generale dell'obbligazione*, Milano, 1946

BARBATO M. R., *Il contratto a tempo determinato: Tipologie concrete di ragioni giustificative: identificazione e loro interpretazione*, in "Dir. Lav.", n. 1, 2006

BASILICO M., *Il lavoro nelle cooperative*, in *Lav. prev. Oggi*, 2008, 1.

BELLOCCHI P., *Interposizione e subordinazione*. in *Arg. dir. lav*, 2001 fasc. 1.

BERGIANTI N., *Gli elementi rivelatori del c.d. lavoro associato in frode*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1993 fasc. 3.

BERIA DI ARGENTINE A., *La crisi della cultura della legalità*, Roma, 1991

BERTI F., *Trasferimento d'azienda e licenziamento in frode all' art. 2112 c.c.*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1994 fasc. 2, 455 – 458

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950

BIANCA M., PATTI G., PARTTI S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995.

BIANCA, *Diritto Civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000

BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957

BOBBIO N., Analogia (voce), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 605 e segg.

BONSIGNORI D., *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal D.Lgs. n. 276/2003*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006 fasc. 3.

BRIGUORI SPINA D., *Contributo all' analisi dei rapporti tra la norma inderogabile e il contratto collettivo*. in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982 fasc. 3.

CALCATERRA L., *Interposizione e appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2004, I.

CARRARO L., *Frode alla legge*, in *Novissimo dig. it.*, VII Torino,

CARRARO L., *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943

CARRARO L., *Il valore attuale della massima "Fraus omnia corrumpit"*, in *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950

CARRESI, *Il contratto*, I, Milano, 1987, 339

CATAUDELLA A., *I contratti*. Parte generale, Torino, 2000.

CATAUDELLA M.C., *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008.

CESSARI A., *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960

CESSARI A., *La struttura della "fraus legi"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953

- COGLIOLO P., *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1917.
- CRICENTI G., *I contratti in frode alla legge*, Giuffrè, 2008
- CURANDAI M., *La frode*, Roma, 1991
- D'AMICO G. *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge* Giuffrè, 1993
- DE LUCA TAMAJO R., *Metamorfosi dell'impresa e tutela del lavoro (a proposito del trasferimento d'azienda nella riforma Biagi)*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2008, I
- DE LUCA TAMAJO, R., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, 2005, 1, 10
- DELLE DONNE M., *Lavoro a progetto: definizione e differenziazione delle nozioni di progetto, programma, fase" nelle pronunce giurisprudenziali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008
- DELL'OLIO M., *Le tecniche normative nella disciplina del lavoro* in *Il Diritto del lavoro*, 2005, fasc. 1
- DI MARZIO F., *Interposizione reale di persona, simulazione, frode alla legge nei contratti*, in *Giustizia Civile*, 1998, II
- DONDI G., *La disciplina della posizione del socio di cooperativa dopo la cd. legge Biagi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 1, 9, 63-102
- D'ORONZO A. V., *Sulla distinzione fra interposizione e appalto di servizi a carattere continuativo*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2008, II
- FASCIONE L. *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983

- FATELLI G., *Il desiderio di legge*, Roma, 1999
- FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922
- FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914
- FERRARO G., *Metamorfosi dell'impresa e tutela del lavoro (a proposito del trasferimento d'azienda nella riforma Biagi)*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 3
- FRANZA GABRIELE, *Trasferimento d'azienda e affidabilità economica del cessionario*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, 4
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, (diretto da CICU A. e MESSINEO F.), Milano, 1988
- GALGANO F., *La simulazione del contratto e dell'atto unilaterale*, in AA.VV., *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, artt. 1414, (a cura di GALGANO F.), Bologna 1998
- GHINO P., *Sui tentativi per derogare ad una norma inderogabile.*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1989 fasc. 4.
- GIACOBBE G., *La frode alla legge* (voce) in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1968
- GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941.;
- GIRARDI G., *Trasferimento di ramo d'azienda: è nullo se effettuato "in frode alla legge"*. Il commento., in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2008 fasc. 8
- GRAGNOLI E. *Trasferimento di azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006 fasc. 4
- ICHINO P., *Inderogabilità ed effettività della norma nel mercato del lavoro bipolare* in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008 fasc. 3, pt. 1
- ICHINO P., *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro.*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1990 fasc. 1-2

IMBERTI L., *Il "nuovo" trasferimento di ramo d'azienda tra autonomia funzionale potenziale, volontà delle parti e controllo giudiziale della fattispecie*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 6, 11.

IMBERTI L., *La disciplina del socio lavoratore tra vera e falsa cooperazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, 3

LASSANDARI A., *Sulla crisi della regolamentazione tra lavoro e flessibilità*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, 4

LASSANDARI A., *Tecniche di tutela e soggetti deboli nel mercato del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1997 fasc. 3-4, pt. 1

MAGNANI M., *I lavori flessibili*, in *Arg. dir. lav.*, 2006 fasc. 1

MAGNANI M., *Contratti di lavoro e organizzazione* in *Arg. dir. lav.*, 2005 fasc. 1

MARESCA A., *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5 commi 4-bis e ter, d. lgs. n. 368/2001*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008 fasc. 3, pt. 1

MAZZOTTA O., *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2008, I.

MAZZOTTA O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979

MENEGATTI E., *La frode alla legge nella cessione di ramo d'azienda*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2001 fasc. 12

MENGHINI L., *Il lavoro a termine nelle p.a. dopo le recenti innovazioni legislative e le sentenze della Corte di Giustizia del 2006*, in *lav. pub. Amm.*, 2006, 6,



- MENGHINI L., *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della corte di giustizia*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, 4.
- MEUCCI M., *Escamotages datoriali per disfarsi di lavoratori "in esubero"*. in *Lavoro e previdenza oggi*, 1999 fasc. 2
- MEUCCI M., *Trasferimento di ramo d'azienda o esternalizzazione di solo personale?*, in *Lav. prev. Oggi*, 2003, 1.
- MORELLO U. ,, "Negozio giuridico- Negozio in frode alla legge" (voce)  
Enciclopedia giuridica TRECCANI
- MORELLO U., *Frode alla legge*, Giuffrè, 1969
- MURATORIO A., *La specificità delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine ed il controllo del giudice*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 2.
- NARDI S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006
- NOVELLA M., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro.*, in *Arg. dir. lav*, 2003 fasc. 2.
- NUZZO V., *Le collaborazioni coordinate e continuative. Una lunga storia*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.*, 2005, 106, 2
- OCCHINO A., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, fasc. 2
- OPPO, *Recensione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1944, I.
- ORLANDO M., *Il «caso Poste» e le conseguenze della nullità del termine*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, 4
- OTTOLENGHI, *Scritti vari di diritto Privato*, MILANO, 1913.
- PACCHIONI, "Sull' *in fraudem legis agere*", in *Riv. Dir. Comm.*, 1911
- PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935
- PALADINO F., *Il contratto a termine nella prospettiva della nullità civilistica*, in *Orient. Giur. Lav.*, 2007, 3

- PEDRAZZOLI M., *Il mondo delle collaborazioni coordinate e continuative fra genuinità e frode.*, in *Il Diritto del lavoro*, 2004 fasc. 3-4
- PERONE G., *Riforma, rivoluzione, ritocco,: quale genere di novità il D. Lgs. 276 del 2003 introduce nella legislazione lavoristica?*, in *Dir. Lav.*, 2004, 1
- PERSIANI M., *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa.*, in *Il Diritto del lavoro*, 1998 fasc. 4-5, pt. 1
- PERULLI A. *Il trasferimento di ramo d'azienda tra controllo di fattispecie e frode alla legge*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2004 fasc. 4, pt. 2
- PERULLI A., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Il Diritto del lavoro*, 2004 fasc. 3-4.
- PESSI A., *Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro: dalla riforma Biagi alla "legge sul welfare"*, in *Arg. dir. lav*, 2008, 2, 403-426.
- PEZZUTO, *Clausole in frode alla legge: una invenzione della giurisprudenza o una corretta interpretazione della norma?*, *Giur. T.I*, 1997, I, 1
- PILEGGI A., *Le controversie romane sulla qualificazione del rapporto di lavoro dopo l'introduzione del lavoro a progetto*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, n. 3
- PINTO V., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, 1
- PIRELLI F., *Interposizione e appalto di servizi*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, 3, 15
- PRETEROTI, A., *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: in particolare il regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav*, 2005, 3, 10

PROIA G., *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav*, 2008, 2

PROIA G., *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, in *Arg. dir. lav*, 2007, fasc. 6

PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950

PUGLIATTI, *La simulazione nei negozi unilaterali*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951

PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica. Saggi.*, Milano 1951

ROCCELLA M. *I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla l. 196/1997*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1998 fasc. 1, pt. 1

ROTONDI G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino 1911

RUBINO D., *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937

SACCO, *Il contratto*, in SACCO DE NOVA, *Tratt. Dir. Civ. Comm.*

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997

SCARPELLI. F., *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, 1

SCHETTINI C., *Contratto a termine: ragioni obiettive e successione di contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, 4,

SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992

SENATORI I., *Successione nell'appalto e trasferimento d'azienda: il vincolo*

*comunitario*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, 4

SPEZIALE V. *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008 fasc. 2, pt. 1

STELLA RICHTER E., *vendita con patto di riscatto e frode alla legge*, in *Notariato*, 1996.

TIRABOSCHI M., *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio: un processo di liberalizzazione?.*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006 fasc. 4, pt. 1

TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959

VALENTE L., *Frode alla legge e trasferimento d'azienda. il cedente non ha l'onere di verificare la consistenza imprenditoriale del cessionario*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006 fasc. 4

VALLEBONA A., *La conversione legale automatica dei contratti di lavoro atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata.*, in *Arg. dir. lav.*, 2005 fasc. 3,

VALLEBONA A., *Lavoro a termine: vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatezza*, in *Il Diritto del lavoro*, 2006 fasc. 1-2, pt. 1

VALLEBONA A., *Etica e ordinamento del lavoro*, , in *Il Diritto del lavoro*, 2000 fasc. 6, pt. 1

VALLEBONA A., *Lavoro a termine: il d. lgs. n. 368 del 2001 disciplina validamente solo gli abusi da successione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, 5

VALLEBONA A., *Lavoro a termine: incostituzionalità della riduzione di tutela per i soli giudizi in corso*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, 11

- VALLEBONA A., *Le tecniche normative nella riforma dei lavori.*, in *Il Diritto del lavoro*, 2004 fasc. 5-6, pt. 1
- VALLEBONA A., *Il lavoro in cooperativa*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1991 fasc. 3
- VALLEBONA A., *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004 fasc. 1, pt. 1
- VALLEBONA A., *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 2005 fasc. 1
- VALLEBONA A., *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, in *Arg. dir. lav.*, 2005 fasc. 2
- VELLUZZI G., *Il contratto in frode al terzo: individuazione della fattispecie e rapporti con la frode alla legge*, in *Rass. dir. Civ.*, 2004,1
- VENDITTI R., *Cessione d'azienda e frode alla legge*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2001 fasc. 10
- VESCOVINI A., *Riassunzione a termine in frode alla legge*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006 fasc. 4.
- VICECONTE M., *La miniriforma del contratto a termine nella Legge 24 dicembre 2007, n. 247 (G.U. 29.12.2007, n. 301), "Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale"* in *Lav. prev. Oggi*, 2008, 1, 35
- VITALE D., *Appunti sulla fraus legi nei processi di esternalizzazione.*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008 fasc. 3, pt. 2
- VOZA R. *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006

fasc. 2

ZAPPALÀ L., *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine* in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006 fasc. 1.

**Per la parte brasiliana:**

AA.VV. , *Natureza jurídica do fgto e prazo prescricional. O FGTS possui natureza tributária. Contrato de trabalho por prazo indeterminado. Rescisão contratual e readmissão em curto prazo. Unicidade contratual e fraude a lei. Inteligência do art. 104 do código civil. Conduta sem boa fê. Indenização trabalhistas. Parecer*, in *Rev. TST*, 2002, 68, 1, 85-105

ARANHA DOS SANTOS E. C., *A fraude nas cooperativas de trabalho*, in *LTR*, 2005, 10

ARAÚJO DE SOUZA N. *Economia brasileira contemporânea: de Getúlio a Lula*. 2ed. – São Paulo: Atlas, 2008

BARBOZA, BODIN DE MORAES, TEPEDINO, *Código civil interpretado*, Rio de Janeiro, 2007

BARCA TEIXEIRA JUNIOR A., *Cooperativas de Trabalho na Administração Pública*, Belo Horizonte, 2003

BARROS MONTEIRO, Washingtons de. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 35ª ed. – São Paulo: 2007.

BATISTA DOS SANTOS J.- SILVA JUARY C., *Os direitos trabalhistas dos*

*empregados das financeiras e a fraude a lei cometida por essas empregadoras*, in LTR, 2006, 1.

BERNARDES DE MELLO M., *Teoria do fato juridico*, Rio de Janeiro, 2000

BEZERRA.LEITE, C. H., *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5ª Ed. – São Paulo: LTr, 2007.

BRITO DE RAÚJO S.. *Falsas Cooperativas Surgem para Fraudar a Legislação Trabalhista e Manchar o Ideário Cooperativista*. Fonte: [www.webartigos.com/articles/16353](http://www.webartigos.com/articles/16353).

CARDOSO DE GUSMÃO S., voce *Fraude à lei*, in CARVALHO SANTOS, Repertório Enciclopédico do direito Brasileiro, Rio de Janeiro, XXIII,

COUCE DE MENZES C. A. , *Proteção ao contrato de trabalho e ao emprego no brasil*, in *Rev. TST*, 2002, 68, 1

DA SILVA PEREIRA C.M., *Instituições de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro, 2004

DE ANDRADE NERI – NERIJUNIOR, *Código civil anotado e legislação extravagante*, Belo Horizonte, 2003

DE FIGUEIREDO CALDAS R., *Trabalho escravo*, (Painel Forum Inbternacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais), in *Rev. LTR*, novembro 2004

DE SALVO VENOSA S., *Direito civil*, parte geral, Sau Paulo, 2003

DE SOUZA AGRA BELMONTE A., *Aspectos controversos da sucessao e da responsabilidade trabalhista*, in *Revista do TST*,, 2007, 73, 4, 80-92

DINIZ, M. H.. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. – São Paulo, 2002.

DORNELES L., *A transformação do Direito do Trabalho: da lógica da*

*preservação à lógica da Flexibilidade.* – São Paulo: LTr. 2002.

FERRARI IRANY , Cooperativas de trabalho e fraude a lei, in *LTR*, 2005, 33

GANDRA DA SILVA FILHO MARTINS.I., *Ação Civil Pública e Ação Coletiva.*  
*Revista LTr*, n. 59, .

GARCIA, Roni Genicolo. *Rotinas trabalhistas: problemas práticos na atuação diária.* São Paulo: Atlas, 1999

GODIM FILHO, Revista Acadêmica da Faculdade de direito do Recife,  
Recife, 1929.

GODINHO DELGADO, M., Curso de Direito do Trabalho. 6ª edição, São Paulo:  
LTR, 2007.

GUSMÃO CARNEIRO A., *Ação Civil Pública – Direitos Individuais Homogêneos. Limitações à sua Tutela pelo Ministério Público*, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, 2001, 12

HUMBERTO CESARIO J., *Legalidade e conveniencia do cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condicoes analogas as de escravo – compreendendo a "lista suja"*, in *Revista do TST*, 2005, 71, 3.

IARA ALVES CORDEIRO PACHECO, *Cooperativas de trabalho*, in YONE FREDIANI, *Tendencias do direito material e processual do trabalho*, LTR, Sao Paulo

JOSE' ALBERTO COUTO MACIEL, *Estudos sobre o projeto de lei que possibilita a reducao de direitos trabalhistas*, in *Rev. TST*, 2002, 68, 1

KRUEGER GUILHERME, *Cooperativas de trabalho na terceirização*, Belo horizonte, 2003



LILIA LEONOR ABREU- DEYSE JACQUELINE ZIMMERMANN, *Trabalho escravo contemporaneo praticado no meio rural brasileiro. Abordagem sociojuridica*, in *Rev. TST*, 2003, 69, 2.

LIMA A., *A fraude no direito civil*, Sao Paulo, 1965

LOPES DE ANDRADE E.G., *A desconstrução do paradigma trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho*, in *Revista LTR*, 2008, 72, 8

LOPES RIBEIRO DA SILVA W., *Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução historica e as propostas de modernização*, in *Rev. TST*, 2003, 69, 2,

LORENZETTI ARI PEDRO, *As nullidades no Direito do Trabalho*, Sao Paulo, 2008

MACEDO HINZ H., *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*, *Rev. TST*, 2005, 71, 2

MACHADO JUNIOR J. B., *A legalidade das clausolas limitativas do numero de estagiarios nas empresas - Um combate a fraude nas relacoes de trabalho e ao desemprego*, in *Rev. Do ministerio Publico o Trabalho*, 2004, 28

MARANHÃO D.- SEGADAS VIANNA- SUSSEKIND A.-, *Instituições de direito do trabalho*, Sau Paulo, 1992

MARLY A. CARDONE, *A terceirização e seus reflexos no direito do trabalho*, in *Rev. De direito do trabalho*, 1992

MARTINS.COSTA J., *Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo*, in *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MASCARO NASCIMENTO A., *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

MASCARO NASCIMENTO A., *Contratos a prazo*, in YONE FREDIANI, *Tendências do direito material e processual do trabalho*, LTR, Sao Paulo.

MASTRICHI BASSO, G., *Análise Crítica da Atuação do Ministério Público do Trabalho* - Brasília, 2003.

MAX KASER, *Direito Privado Romano*, Lisboa, 1999

MONTE RODRIGUES VALDEREZ M., *Trabalho escravo*, (Painel Forum Inbternacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais), in *Rev. LTR*, 2004

MONTEIRO DE BARROS A.. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

MONTEIRO DE BARROS ALICE , *A terceirização e a jurisprudencia*, in *Rev. De direito do trabalho*, 1992, 80.

MONTEIRO DE BARROS, A.. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

NAASSIF E. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. Ementário de Jurisprudência*. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2003.

NELSON GODOY BASSIL DOWER, *Curso moderno de direito civil*, parte geral, I, Sau Paulo 2007

PAES DE ALMEIDA AMADOR , *A terceirização no direito do trabalho: limites legais e fraude a lei*, in *Rev. De direito do trabalho*, 1992, 80,

PAPALEO DE SOUZA M., *Sucessão de empregadores diante da nova lei da falencia*, in *Revista do TST*,, 2007, 73, 4, 93-110

PEDRO VIDAL NETO, *Aspectos jurídicos da terceirização*, in *Rev. De direito do trabalho*, 1992, 80

PINTO B., *A Flexibilidade das Relações de Trabalho*. – São Paulo: LTr, 2001.

POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: Aspectos legais, trabalhistas e tributários*. 1. ed. Sao Paulo 2000

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 4, Rio de Janeiro, 1970

POSSIDONIO.BELTRAN A., *Dilemas do Trabalho e do Emprego na Atualidade*. São Paulo: LTr, 2001

RAIMUNDO SIMAO DE MELO, *Cooperativas de trabalho: Modernização ou retrocesso?*, in *Rev. TST*, 2002, 68, 1

RAIMUNDO SIMAO DE MELO, *Discriminação, lista negra e direito de ação*, in *Rev. TST*, 2002, 68,3

REALE, M., *Novo Código Civil Brasileiro. Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante*. São Paulo, 2003

RITO PEREIRA, BATISTA J. *Da sociedade cooperativa*, in *Rev. TST*, 2003, 69,2, 32-54

RODRIGUES GOMES F., *A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral*, in *Revista do TST*, 2005, 71, 3

RODRIGUES S., *Direito Civil. Parte geral*, I, São Paulo, 2003

ROGER PLANT, *Trabalho escravo*, (Painel Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais), in *Rev. LTR*, novembro 2004

SAAD E.G., *CLT Comentada*. LTR. São Paulo 2009.

SARAIVA R. *Processo do Trabalho*. Coordenação Montenegro Filho M.. – São Paulo, 2007

SIMON S.L., *Revistas pessoais: direito do empregador ou desrespeito aos direitos humanos fundamentais do empregado?*, in *Rev. TST*, 2003, 69, 2

SOTTAS NASCIMENTO C., *Trabalho escravo*, (Painel Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais), in *Rev. LTR*, 2004

SOUTO MAIOR J. L., *A terceirização sob uma perspectiva humanista*, in *Rev. TST*, 2004, 70, 1, 119-129

SOUTO MAIOR J. L.,. *Curso de Direito do Trabalho: A Relação de Emprego*. Vol. II. São Paulo. 2008.

STOLZE GAGLIANO-RODOLFO PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil*, São Paulo 2006

SUSSEKIND A., *Cooperativas de trabalho*, in *Rev. TST*, Brasília, 2006, 72, 2

SUSSEKIND ARNALDO , *A terceirização de serviços e as cooperativas de trabalho*, in *Rev. TRT*, 2002, 68, 3.

VALERIANO S.S., *Relações especiais de trabalho*, São Paulo, 1999.

VIANA M.T., *Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Fonte: <http://jusvi.com/artigos/1866>

VIANA M.T., *A nova redação do art. 62 da CLT*, in MÁRCIO TULIO VIANA-

LUIZ OTAVIO LINHARES RENAULT, *O que há de novo em direito do trabalho*, São Paulo, 1997

VIANA M.T., *Il Presidente Lula e la riforma del lavoro in Brasile*, in *Dir. Rel.Ind.*, 2004, 2.

VIANA M.T., *Porque as cooperativas nao podem terceirizar mao-de-obra?* In *Repertorio de jurisprudencia*, 2002, 6.

VIANA M.T., *Proteção contra atos discriminatórios*, in VIANA-LINHARES RENAULT, *O que há de novo em direito do trabalho*, Sau Paulo, LTR, 1997, 97-103

VIANA M.T., *Velhos e novo enfoques sobre o trabalho temporario*, *Rev. Do TRT da 9a R*, 1998, 1

VIANA, M.T.,. *A fraude na lei em tempos de crise*.in *Revista do TRT 24ª Região*, 1997

VIANA, M.T.. *Relações de Trabalho e Competência: Esboço de Alguns Critérios*. *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg., Belo Horizonte, v.40, n.70

VINCENTE RAO, *Ato juridico*, Sau Paulo, 1999

YUSSEF SAID CAHLI, *Fraudes contra credores*, São Paulo, 1999