

CASSAZIONE SEZ. UN. CIVILI
19 OTTOBRE 1990 N. 10183

PRESIDENTE: FALCONE

ESTENSORE: NUOVO

PARTI: CEI SYSTEMS
(Avv. De Blasi)

COMUNE S. GIORGIO

A CREMANO

(Avv. Giordano, Vitiello)

**Appalto • Nullità contrattuale •
Violazione del divieto di
intermediazione di manodopera •
Rilevabilità d'ufficio.**

A differenza della imputazione del rapporto all'effettivo beneficiario del rapporto medesimo che costituisce un diritto soggettivo del lavoratore e può essere richiesta solo da lui, la nullità del contratto di appalto può essere rilevata d'ufficio e può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, compresa la parte contraente.

**Appalto informatico • Impiego di
macchina e attrezzatura
informatica dell'appaltante •
Rilevanza del software e del
know how quali attrezzature •
Violazione del divieto di
intermediazione di manodopera •
Insussistenza.**

L'appaltatore proprietario del software e del know how che fornisce all'utilizzatore oltre a tali beni immateriali anche il personale necessario per la fornitura del servizio richiesto, finisce con l'impiegare macchine ed attrezzature (in tal caso informatiche) appartenenti all'appaltante, tuttavia tali beni non vengono utilizzati direttamente per la produzione del servizio che essi possono fornire, ma quali strumenti che, con l'applicazione di particolari tecniche o programmi apportati dall'appaltatore, producono un servizio diverso e più ampio.

Pertanto un appalto del genere non può incorrere nelle sanzioni previste dalla legge 23 ottobre 1960, n. 1369 stante l'apporto di beni immateriali di notevole valore (il software, il know how) assolutamente indispensabili al raggiungimento del risultato economico che si è proposto al committente.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Il Comune di S. Giorgio a Cremano affidò alla S.p.A. Cei Systems la gestione delle apparecchiature elettroniche comunali per i servizi elettorali, di anagrafe, vaccinazione, paghe, stipendi e contabilità finanziaria per un corrispettivo mensile di L. 5.200.000, soggetto a revisione automatica in caso di variazione dell'indennità di contingenza sulle retribuzioni in misura superiore al 5%.

Con citazione del 3 ottobre 1980 la società, sostenendo che il comune era inadempiente alle obbligazioni contratte, lo conveniva davanti al Tribunale di Napoli per ottenere il pagamento della somma di L. 277.381.082, di cui L. 139.106.880 per revisione canone e il residuo per prestazioni relative a servizi fuori contratto e per lavoro straordinario, oltre interessi e risarcimento del danno da svalutazione monetaria.

Costituitosi in giudizio, il comune eccepiva fra l'altro la nullità del contratto per violazione delle norme sull'intermediazione di mano d'opera e chiedeva la restituzione dei canoni versati in esecuzione dell'appalto.

Il tribunale adito con sentenza del 18 aprile respingeva l'eccezione proposta dal comune e, in parziale accoglimento della richiesta dell'attrice, condannava l'ente locale al pagamento delle complessive somme di L. 97.513.358, di cui L. 75.736.460 di capitale, L. 9.074.541 di interessi e L. 12.704.357 di svalutazione monetaria.

Avverso tale decisione appellavano entrambe le parti e la Corte d'Appello di Napoli, riuniti i ricorsi, con sentenza del 22 aprile 1985, ritenuto che nella specie si era verificata un'intermediazione vietata di mano d'opera sia sotto il profilo dell'impiego di capitali, macchine e attrezzature dell'appellante, sia sotto quello dalla mancanza di rischio economico, dichiarava la nullità del contratto di appalto e condannava la società alla restituzione al comune dei canoni già

versati ammontanti a L. 153.000.000 con gli interessi legali dal momento della domanda.

Respingeva poi la richiesta dell'attrice di pagamento di altre prestazioni, per nullità di contratti relativi non stipulati in forma scritta.

Avverso tale decisione la Cei Systems ricorre per Cassazione deducendo un unico complesso motivo di annullamento, illustrato con successiva memoria. Resiste il Comune con controricorso.

Il ricorso è stato rimesso a queste Sezioni Unite perché presenta una questione di massima di particolare importanza.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Denunciando la violazione degli art. 1655 ss. 1363, 1367 cod. civ. l'erronea applicazione dell'art. 1418 cod. civ. e dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 in relazione all'art. 360, 3 e 5 cod. proc. civ., sostiene la ricorrente che col contratto di appalto aveva assunto l'impegno non di fornire semplicemente il personale, ma di assumere direttamente la gestione del centro elaborazione dati mediante personale proprio (e non del comune) e fornendo i servizi richiesti sotto la propria responsabilità. Tale gestione comportava l'obbligo di segretezza sul contenuto dei programmi, la garanzia della buona esecuzione dei servizi, la responsabilità per il funzionamento dell'impianto e del suo impiego.

Nella specie non vi fu un'assunzione di personale da parte della Cei per metterlo a disposizione del Comune, ma vi fu personale assunto e pagato dalla Cei per dislocarlo a un servizio presso un terzo, per cui anche la revisione del canone, previsto in caso di aumento della contingenza, non poneva l'appaltatrice al sicuro dai rischi derivanti dalla gestione dell'impianto.

La complessa attività richiesta dal contratto alla ditta appaltatrice avrebbe dovuto convincere il giudice di merito che non di intermediazione vietata di mano d'opera si tratta nella specie, ma di appalto di servizio, ritenuto regolare anche dal CORECO, intervenuto in sede di controllo della delibera assunta dal Comune. D'altronde l'ente locale che ha sostenuto la nullità di detto rapporto, ne ha stipulato alla scadenza un altro, avente lo stesso contenuto con altra so-

cietà, e ora pretende il rimborso dei canoni versati, dopo aver beneficiato delle relative prestazioni.

Per la parte relativa al pagamento delle ulteriori prestazioni osserva la ricorrente che non si tratta di forniture avulse del contratto di appalto, per le quali occorresse la stipulazione di autonomi contratti, come ha ritenuto la Corte territoriale, ma di prestazioni connesse col suddetto rapporto.

Queste censure sono infondate.

L'assunzione di lavoratori di parte di imprenditori o pseudo imprenditori, che, figurano solo formalmente come datori di lavoro, in realtà pongono a disposizione di altri imprenditori le prestazioni relative, e corrispondono naturalmente un trattamento economico inferiore a quello che sarebbe spettato ai dipendenti, se fossero stati assunti direttamente dal beneficiario effettivo delle prestazioni medesime, costituisce una forma particolarmente grave di duplice sfruttamento dei lavoratori, da parte del committente che retribuisce le suddette prestazioni in misura inferiore a quella che sarebbe stata dovuta, se i lavoratori fossero stati alle sue dirette dipendenze, e da parte del pseudo appaltatore, che lucra sulla differenza fra il corrispettivo dell'appalto e le retribuzioni corrisposte ai dipendenti, senza correre alcuna alea economica nell'esecuzione del contratto.

Una prima posizione da parte del legislatore verso questo fenomeno (salvo, alcune disposizioni di epoca precedente, ma attinenti alle materie della previdenza, della sicurezza e dell'assicurazione infortuni) si ha con l'art. 2127 c.c., che vieta all'imprenditore di affidare ai propri dipendenti lavori a cottimo, da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti dai dipendenti medesimi: la conseguenza della violazione di tale divieto era la responsabilità patrimoniale diretta dall'imprenditore nei confronti dei lavoratori assunti dal dipendente-intermediario per gli obblighi derivanti dai contratti di lavoro da essi stipulati. Tale norma era però del tutto inadeguata sia perché riguardava solo un fenomeno di intermediazione di mano d'opera, sia perché la responsabilità dell'imprenditore era limitata alle obbligazioni assunte dal dipendente intermediario e non si estendeva a garantire a tali lavoratori il trattamento economico spettan-

te in caso di assunzione diretta (il che corrispondeva al risultato, che l'imprenditore medesimo si prefiggeva di raggiungere, ricorrendo al cottimo vietato dalla legge).

La giurisprudenza a sua volta aveva cercato di porre un argine alla sostanziale illiceità del fenomeno, facendo riferimento alla norma sul collocamento e considerando in sede penale illegittima mediazione nel rapporto di lavoro qualsiasi ingerenza diretta a favorire la creazione di tale rapporto al di fuori dell'ufficio di collocamento. Anche in sede civile si era cercato di perseguire lo stesso obiettivo, percorrendo la strada obbligata dell'invalidità dell'appalto di lavoro per simulazione o per illiceità della causa, allorché tale negozio costituiva il mezzo per eludere la norma imperativa sul collocamento (vedi in questo senso Cass. 6 agosto 1963, n. 2206, Cass. 4 aprile 1962, n. 706).

Ma, a parte la difficoltà di provare nei singoli casi l'intento fraudolento o simulatorio, va rilevato che tale difficoltà aumentava notevolmente quando la prestazione era svolta da lavoratori muniti della legale rappresentanza di cooperativa di produzione o quando l'appaltatore si avvaleva di capitali e attrezzature di proprietà dell'appaltante, ma dei quali poteva provare la disponibilità a causa di un regolare contratto.

L'inadeguatezza dell'ordinamento si dimostrò in tutta la sua gravità, quando, nel corso degli anni 50, si verificò una imponente migrazione interna dalle regioni meridionali a quelle settentrionali e in alcune città industriali del Nord vi fu un vero e proprio reclutamento di mano d'opera da porre a disposizione di varie imprese (per lo più edili), che utilizzavano detti lavoratori senza alcun vincolo giuridico diretto.

A seguito dell'indagine parlamentare, che accertò la gravità del fenomeno, intervenne il legislatore che, nel formulare la legge 23 ottobre 1960, n. 1369, tenne conto di tutti i limiti riscontrati nella legislazione precedente, sia per quanto atteneva alle varie forme escogitate dalle parti per lo sfruttamento dei lavoratori, sia per quanto atteneva alle conseguenze giuridiche che dalla violazione della legge derivavano ai lavoratori medesimi.

Limitando l'esame di detta legge all'ipotesi, che viene in considerazione nella presente controversia, va rilevato che col

comma 1 dell'art. 1 si intende colpire ogni forma di interposizione fra imprenditori e lavoratori, vietando l'affidamento in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, dell'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di mano d'opera assunta e retribuita dall'appaltatore o intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono.

Il riferimento al termine « mano d'opera » ha indotto qualcuno a ritenere che la legge abbia voluto proteggere solo il lavoro manuale e comunque operaio, ma la dottrina e la giurisprudenza hanno esteso tale protezione a qualsiasi tipo di lavoro subordinato, anche se di carattere impiegatizio (vedi con riferimento a dattilografi Cass. 22 novembre 1985, n. 5800; Cass. 9 aprile 1981, n. 2048 e con riferimento ad un dirigente Cass. 18 ottobre 1983, n. 6093).

Il comma 3 dell'art. 1 precisa poi che è considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opera o di servizio, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine o attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante.

Questa disposizione è stata da qualcuno ritenuta superflua, in quanto tale appalto poteva ritenersi compreso nell'ampia configurazione del divieto contenuto nel comma 1.

Deve invece ritenersi che tale precisazione sia stata più che opportuna.

Per la sussistenza dell'appalto, in base all'art. 1655 cod. civ., occorre che l'appaltatore provveda all'organizzazione dei mezzi necessari al conseguimento del risultato economico voluto dal committente (il compimento di un'opera o di un servizio) e cioè procuri e organizzi il capitale, le macchine, le attrezzature e il lavoro occorrenti per il conseguimento del risultato promesso, assumendone la gestione a proprio rischio. A questo fine non occorre che capitali, macchine e attrezzature siano di proprietà dell'appaltatore, purché siano nella sua disponibilità, per cui è perfettamente valido un contratto di appalto, in cui l'appaltatore si impegni al compimento di un'opera o di un servizio, procurandosi detti mezzi da altri (mediante finanziamenti e locazioni di mobi-

li) e provvedendo all'organizzazione di essi con la manodopera necessaria: anche in tal caso, infatti, sussiste la gestione a proprio rischio, e cioè l'alea di non coprire i costi di lavoro (salari) e di capitale (interessi sui finanziamenti e canoni di locazione delle macchine e attrezzature) con il ricavato dell'appalto.

E in teoria nulla impedirebbe che a fornire i capitali, le macchine e le attrezzature sia lo stesso committente e si è visto che a questa possibilità avevano attinto largamente le parti, prima della legge in esame, per stipulare contratti che nell'apparenza giuridica erano appalti di opera o di servizio, ma in realtà erano solo somministrazione di mano d'opera: in quanto, infatti, il committente, pur possedendo tutti gli altri elementi necessari per la costruzione dell'opera o per il compimento del servizio, ricorre tuttavia all'appalto, lo fa solo per procurarsi con tale mezzo la mano d'opera necessaria per raggiungere il risultato voluto, e cioè proprio il risultato vietato dalla legge.

È questo il motivo per cui la giurisprudenza costante di questa Corte ritiene che l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine e attrezzature dell'appaltante costituisce, ai sensi dell'art. 1 comma 3 in esame, presunzione assoluta della mancanza di autonoma organizzazione ad impresa dell'appaltatore (vedi in questo senso da ultimo Cass. 16 settembre 1987, n. 7259; Cass. 23 giugno 1987, n. 5494; Cass. 8 giugno 1983, n. 3921).

Tali disposizioni si applicano per espressa disposizione di legge alle aziende dello Stato (e non alle amministrazioni statali: vedi Cass. 14 giugno 1980, n. 3805) e agli enti pubblici, anche se gestiti in forma autonoma.

Per quanto attiene a questi ultimi la giurisprudenza consolidata di questa Corte ha ritenuto che la legge si applichi non solo agli enti pubblici economici e alle aziende municipalizzate, ma anche agli enti pubblici non economici, compresi quelli territoriali (vedi Cass. 5 gennaio 1981, n. 13; Cass. 4 gennaio 1980, n. 9; Cass. 1° ottobre 1979, n. 5019 vedi anche Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 1988, n. 567).

Ma per gli enti pubblici non economici il divieto si applica o nei confronti di quelli che esplicano un'attività obiettivamente imprenditoriale (come l'INPS, che ge-

stisce un'impresa assicurativa vedi Cass. 25 maggio 1976, n. 1883) o nei confronti degli altri solo con riferimento allo svolgimento di quelle attività che, pur rientrando nelle finalità pubblicistiche istituzionali, siano contenutisticamente imprenditoriali, e cioè in relazione ad opere o servizi dei quali sia consentito il conferimento in appalto ad un terzo (vedi con riferimento ad enti territoriali Cass. 1 ottobre 1979, n. 5019 e con riferimento ad altri enti non economici Cass. 23 giugno 1987, n. 5494; Cass. 5 gennaio 1981, n. 13; Cass. 5 luglio 1979, n. 3828; Cass. 3 febbraio 1976, n. 355. Vedi inoltre per un caso di esclusione dell'applicabilità della norma ad un appalto che si riferiva ad attività relative alla finalità pubbliche dell'ente Cass. 22 novembre 1985, n. 5800).

Nel caso in esame la Cei System doveva provvedere a gestire il centro elaborazione dati del comune di San Giorgio a Cremano per fornire i seguenti servizi: anagrafe, elettorale, vaccinazioni, paghe e stipendi e contabilità finanziaria.

L'unica eccezione, sollevata dall'appaltatrice nel corso del processo, era che la disciplina della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 non si applicasse agli enti pubblici, e in particolare ai comuni, eccezione questa agevolmente respinta dalla sentenza impugnata con il richiamo al comma 4 dell'art. 1 di detta legge che, come si è visto, espressamente prevede l'applicazione del divieto di interposizione nei confronti di tutti gli enti pubblici, anche se gestiti in forma autonoma.

Nessun'altra questione è stata sollevata, nemmeno in questa sede, sul punto se i servizi affidati in appalto avessero carattere imprenditoriale o rientrassero nelle finalità istituzionali del comune, per cui ogni esame in proposito è concluso.

L'unica indagine consentita è quindi, quella che attiene all'oggetto e al contenuto intrinseco dell'appalto intercorso fra le parti.

Ora è vero che nella società postindustriale, quale è quella attuale, occupa sempre maggiore spazio il settore dei servizi e, nell'ambito di essi, quelli che apportano conoscenze (normalmente destinate a rimanere segrete) attinenti alle tecniche industriali richieste per produrre un bene, per attuare un processo produttivo o per il corretto impiego di una tecnologia ovvero attinenti alle regole di con-

dotta, desunte da studi ed esperienze di gestione imprenditoriale, nel campo della tecnica mercantile e con inerenza al settore organizzativo o commerciale in senso stretto (cosiddetto *know how*) (vedi in generale Cass. 27 febbraio 1985, n. 1699).

In relazione a questi particolari servizi e a quelli relativi all'utilizzazione degli elaboratori elettronici mediante una serie di istruzioni che possono essere ad essi date, programmandoli per la soluzione di un dato problema (cosiddetto *software*), i criteri stabiliti dal comma 3 dell'art. 1 potrebbero sembrare inadeguati e superati.

Infatti nel caso che l'impresa proprietaria del *software* e del *know how* fornisca all'utilizzatore, oltre a tali beni immateriali, anche il personale necessario per la fornitura del servizio richiesto, l'appaltatore finisce col impiegare macchine e attrezzature (ad es. *computer*) appartenenti all'appaltante.

Tuttavia tali beni non vengono utilizzati direttamente per la produzione del servizio, che essi possono fornire, ma quali strumenti che, con l'applicazione delle particolari tecniche o programmi, apportati dall'appaltatore, producono un servizio diverso e più ampio. È evidente allora che, proprio nel rispetto della ratio della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, un appalto del genere non può incorrere nelle sanzioni previste dalla legge medesima, in quanto l'appaltatore non si limita a somministrare solo il personale necessario per il funzionamento del servizio ma apporta beni immateriali di notevole valore, assolutamente indispensabili al raggiungimento del risultato economico, che si è proposto il committente.

Niente di tutto questo, si è verificato nel caso in esame.

È infatti pacifico in causa che il Comune di San Giorgio a Cremano disponeva non solo di un elaboratore Honeywell G. 118 con 32 K di memoria, di un lettore di schede, di una stampante, di 3 unità a dischi e di una perforatrice, ma anche dei programmi previsti nella procedura Sycom della Honeywell, necessari per l'espletamento dei servizi richiesti (anagrafe, elettorale, contabilità finanziaria ecc.).

È altrettanto pacifico che il Comune forniva altresì i locali, le schede meccanografiche, gli archivi anagrafici e di base predisposti su supporti magnetici, gli stampati e modelli e ogni altra attrezza-

tura occorrente per il funzionamento del centro. Assumeva inoltre le spese per l'energia elettrica, per la manutenzione degli impianti e per ogni altro materiale di consumo, « ad esclusione del personale che dovrà operare nel centro, il cui onere è a carico della società » (appaltatrice).

E la riprova che nella specie di un vero e proprio appalto di mano d'opera si tratta si ha, come ha rilevato la Corte territoriale, nella delibera del Comune che ravvisava la necessità del ricorso all'appalto esclusivamente nel fatto che detto ente, in base alla pianta organica vigente, non era in grado di assumere il personale necessario al funzionamento del centro elaborazioni dati.

Sarebbe stata sufficiente la constatazione di tali circostanze, per ritenere sufficientemente motivata la decisione del giudice di merito, che ha ritenuto il contratto di appalto in violazione della legge, a nulla rilevando ovviamente il fatto che le deliberazioni del Comune in proposito siano state approvate dal CORECO.

Né vale obiettare, come fa la società ricorrente, che essa era obbligata alla segretezza sul contenuto dei programmi, ne garantiva il risultato economico (l'elaborazione dei dati forniti) ed era responsabile in caso di errato impiego dell'impianto, perché ciò deriva dal fatto che nella intermediazione vietata di mano d'opera deve per definizione sussistere un intermediario, quale centro d'imputazione dei diritti e degli obblighi derivanti dall'appalto, ed è appunto questa interposizione fra l'imprenditore destinatario delle prestazioni lavorative e lavoratori, che è vietata dalla legge.

Quanto all'obbligo di segretezza sul contenuto dei programmi, questa è un'obbligazione tipica derivante da tutte le forniture di *software* e investe ogni utilizzatore dei programmi, sia esso l'imprenditore o l'operatore addetto.

Inoltre il risultato economico, oggetto dell'appalto, e cioè l'elaborazione dei dati, è una conseguenza diretta dell'utilizzo dell'elaboratore elettronico e del relativo programma da parte degli operatori addetti. E infine la responsabilità per errato impiego dell'impianto è un'obbligazione che non è tipica dell'appalto ma può sussistere anche nei confronti del lavoratore subordinato.

Va aggiunto per completezza che il giudice di merito non si è limitato a fare

appello alla presunzione legale di cui al comma 3 dell'art. 1 della legge 1369 del 1960, ma è andato oltre nella ricerca dell'altro elemento essenziale dell'appalto, e cioè l'assunzione a carico dell'appaltatore del rischio della gestione.

E con motivazione ineccepibile sul piano logico e giuridico ha ritenuto che nella specie mancava anche sul piano ipotetico un rischio economico, dato che il capitolato di appalto prevedeva addirittura il pagamento anticipato del canone mensile e il suo automatico adeguamento in caso di variazione dell'indennità di contingenza per le retribuzioni dei lavoratori subordinati.

Del tutto inammissibile è il tentativo della ricorrente, fatto con la memoria difensiva in questa sede, di spostare la questione sulla sussistenza nella specie di una situazione di distacco o di comando del personale presso il comune: trattasi, infatti, di questione nuova, non esaminata dal giudice di merito, e inammissibile in sede di legittimità perché comporta l'indagine di fatto, preclusa al giudice di legittimità sulla necessaria sussistenza di un interesse del distaccante per proprie finalità a impiegare in tal modo l'opera del dipendente, elemento questo in mancanza del quale l'utilizzo del personale da parte di persona diversa dal datore di lavoro configura ancora una intermediazione vietata di mano d'opera (vedi Cass. 3 dicembre 1986, n. 7161; Cass. 23 maggio 1984, n. 3159; Cass. 5 novembre 1983, n. 6544).

Non sussistono dunque né la violazione di legge né l'errata interpretazione delle norme contrattuali, denunciate dalla ricorrente.

Una volta ribadita la decisione impugnata su questo punto, tutte le altre non sono che pronunzie consequenziali.

Il fatto che la legge vieti esplicitamente la stipulazione di contratti come quello in esame (e ne sanziona penalmente la loro esecuzione: vedi art. 2 della legge) comporta la nullità dei contratti medesimi, perché in contrasto con norme imperative (art. 1418 cod. civ.).

Trattasi di un divieto che ha una portata puramente oggettiva e prescinde quindi da qualsiasi intento fraudolento o simulatorio delle parti, essendo unicamente rilevante, ai fini della illiceità del contratto, che comunque un'interposizione nelle prestazioni di lavoro si verifichi in concreto.

A differenza della richiesta di imputazione del rapporto di lavoro (perfettamente valido) all'effettivo beneficiario del rapporto medesimo che costituisce un diritto soggettivo del lavoratore e può essere fatto valere solo da lui (vedi in questo senso Cass. 18 ottobre 1983 n. 6093; Cass. 14 febbraio 1980, n. 1083; Cass. 13 gennaio 1975, n. 136), la nullità del contratto di appalto può essere rilevata di ufficio e può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, compresa ovviamente anche la parte contraente, convenuta in giudizio per non aver dato completa esecuzione allo stesso.

Dalla constatata nullità del contratto discende il diritto dell'interponente comune non solo alla liberazione delle ulteriori obbligazioni nascenti da detto negozio, ma anche alla restituzione del corrispettivo già versato secondo i principi propri della ripetizione dell'indebito oggettivo e in questi termini la domanda è stata accolta dalla sentenza impugnata.

Rimane fermo che la ricorrente, impossibilitata a richiedere la restituzione delle prestazioni già rese, potrà, ricorrendone le altre condizioni di legge proporre l'azione generale di arricchimento nei confronti del comune nei limiti del vantaggio da esso conseguito.

Per quanto attiene alle altre domande proposte nel presente giudizio (relative a servizi fuori contratto e per lavoro straordinario) la società ricorrente aveva sostenuto nel giudizio di merito che si trattava di prestazioni non riconducibili nel contratto di appalto e la Corte d'Appello aveva respinto la richiesta di pagamento, rilevando la nullità per difetto di forma del contratto, che tali prestazioni avesse contemplato.

In questa sede la Cei Systems cerca di aggirare l'ostacolo, sostenendo che invece dette prestazioni erano riconducibili al contratto di appalto, non avvedendosi che, anche se tale mutamento della *causa petendi* fosse, per ipotesi assurda, ammissibile in cassazione, la sua situazione non migliorerebbe in alcun modo, perché l'obbligo del relativo pagamento sarebbe travolto dalla nullità del contratto di appalto, da cui dette prestazioni sarebbero sorte o comunque derivate.

Il ricorso va dunque respinto. Sussistono giusti motivi per la compensazione fra le parti delle spese del presente giudizio.

RICHIAMI DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Va detto innanzitutto che questo caso ha dato modo a un intelligente collegio di rompere qualche rigido schema interpretativo di una legge un po' obsoleta quale è quella del 1960, n. 1369 in tema di divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro. Infatti prevalentemente in dottrina si ripete a mo' di adagio che è necessario regolare la materia e che la legge del 1960 è da buttare o non è flessibile. La pronuncia in esame sembra trovare invece qualche via d'applicazione coerente delle norme del 1960 anche al caso degli appalti informatici.

Quanto alla prima massima v'è subito da osservare che è un po' atipica l'iniziativa processuale: non già dei lavoratori per lo smascheramento della simulata subordinazione nei confronti dell'appaltatore come è di regola, ma dell'appaltante contro l'appaltatore mediante l'eccezione di nullità del contratto opposta in via riconvenzionale alla richiesta di quest'ultimo di pagamenti di somme contrattualmente convenute e di somme dovute per prestazioni straordinarie.

Dopo un primo grado favorevole, alla tesi della validità del contratto, prima la Corte d'Appello e poi le Sez. Un. con la sentenza sotto esame rilevavano la nullità del contratto fra appaltante e appaltatore per violazione dell'art. 1 legge 1369/1960 o meglio per violazione delle norme imperative (*ex art. 1418 cod. civ.*) di una legge, che « vieta esplicitamente la stipulazione di contratti come quello in esame (o ne sanziona penalmente la loro esecuzione: v. art. 2 della legge) ». Secondo le Sez. Un. la legge 1369/60 contiene un divieto che ha una portata puramente oggettiva e che va al di là della finalità di imputazione del rapporto per il quale l'iniziativa, il diritto d'azione, è esclusivamente in capo ai lavoratori appaltati. La nullità può quindi essere rilevata da chiunque, anche d'ufficio dal giudice. Sintomo dell'interesse pubblico all'osservanza di tale normativa è la sanzione penale prevista e punita dall'art. 2 della legge 1369/60 stessa.

Di qui le conseguenze tipiche in termini di nullità del contratto: a) applicazione delle norme sull'indebito oggettivo

da un lato, b) residuale azione di arricchimento, dall'altro lato.

Le sezioni lavoro e quelle penali della Cassazione (Cass. 18 ottobre 1983, n. 6083, in *Mass. giur. lav.*, 1983, p. 377, e Cass. 29 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1974, II, p. 398), peraltro richiamate dalla sentenza che si annota, invitavano, invece, a leggere la normativa del 1960 sotto la diretta luce dell'intento del legislatore che è quello di impedire solo i casi d'intermediazione oggettivamente atti a ledere qualche diritto del lavoratore.

La personale opinione di chi scrive è che la normativa del 1960 non consenta interpretazioni come queste ultime se non nei casi in cui sia proprio il rapporto di lavoro subordinato quello preso in considerazione, e ciò alla luce di un generale principio di *favor* per il lavoratore, e soprattutto per via della peculiare irrilevanza della nullità in materia di lavoro di cui all'art. 2126 cod. civ.

Corretto è dunque sul piano strettamente giuridico il ragionamento delle Sez. Un. che, nella diversa ipotesi in esame che vede appaltante e appaltatore parti in causa, rileva la nullità del contratto fra loro concluso. Sul piano della politica normativa non può, tuttavia, non rilevarsi la incongruenza di una normativa lavoristica ancora informata a tecniche di regolazione ormai abbandonate e che consente ricadute di questo tipo sul piano del diritto commerciale dei contratti.

Giungendo alla seconda massima la sentenza offre uno spunto molto significativo per capire che anche le vecchie regole garantistiche possono essere utilizzate e modellate per la nuova realtà lavorativa tecnologica.

L'indagine della Corte si sofferma a verificare la liceità o meno dell'appalto e ad analizzare in modo molto corretto (come del resto la sentenza di merito) la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 1 legge 1369/1960 dal punto di vista strettamente lavoristico; e ciò fa non limitandosi alla formale verifica delle condizioni esteriori per l'applicazione della presunzione legale di cui all'art. 1, comma 3 (uso di macchinari e attrezzature fornite dall'imprenditore appaltante) ma svolgendo correttamente e approfonditamente due analisi: una sulla rilevanza dell'apporto dei macchinari (i *computers*) rispetto alla procedura (il *software*),

ed una in qualche modo connessa alla prima sull'esistenza dell'altro elemento essenziale dell'appalto, il rischio della gestione.

In tal senso la pronuncia si pone in contrasto con una consolidata giurisprudenza che ritiene la presunzione del comma 3 dell'art. 1 assoluta (Cass. 16 gennaio 1986, n. 257, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 437) e la previsione in essa contenuta non esaustiva delle fattispecie vietate (Cass. 8 giugno 1933, n. 3921 in *Rep. Foro. it.*, 1971, voce *Lavoro*, n. 670).

L'idea sembra qui essere piuttosto quella di ridimensionare la portata della presunzione col ritenere opportuna anche l'indagine sulla presenza del fattore rischio: ciò che si pone in linea con quanto poi sviluppato nella motivazione a proposito delle nuove intermediazioni informatiche.

Da altro canto la pronuncia si pone in linea con l'orientamento accolto in dottrina (Mazzotta) ed in giurisprudenza (da ult. Cass. 20 aprile 1985, n. 2643 in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 543, per casi però diversi da quello dell'art. 1, comma 3) che vede nel rischio economico del processo produttivo, piuttosto che nella morfologia dell'intesa contrattuale del rapporto, il criterio per dedurre la legittimità o meno delle imprese interpositive.

Ciò che pare più interessante in questa pronuncia è il fatto che si enunci per la prima volta un criterio valido per la nuova interconnessione per le imprese tecnologicamente avanzate. In linea con la ipervalutazione del rischio a discapito della nozione di impresa in senso materiale la pronuncia esamina l'ipotesi in cui l'appaltatore fornisca il *software*, il *know how*. Elementi questi, che assurgono al rango di beni autonomi, da osservare non solamente nella loro veste di prodotti ma anche in quella di processi produttivi — organizzativi, e quindi di fattori che sono indici di una autorganizzazione imprenditoriale genuina. Orbene nella fattispecie di fornitura del *software* non si verificherebbe nemmeno la utilizzazione delle macchine del produttore appaltante che faceva presumere la intermediazione illecita: l'*hardware* non costituisce più l'attrezzatura indispensabile per la fornitura dell'opera. La vera attrezzatura o macchinario è ora il *software*.

Viene riconosciuta la prevalenza dell'idea, del *software*, quale elemento da cui

desumere il profilo di autoorganizzazione. La presenza di un tale elemento può, dunque, ora essere anche sintomatica dell'esistenza di un appalto genuino (v. P. ZANELLI, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milano, 1985, p. 153; e da ult. anche F. SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, ricerca diretta da O. Mazzotta, Milano, 1980, p. 77 ss.

Per concludere è curioso che la difesa dell'appaltatore non abbia giocato la carta di convogliare la fattispecie sotto giudizio nei casi di appalto lecito di cui all'art. 5 legge 1369/1960, casi che, pur obbligando uniformità del trattamento dei lavoratori dell'appaltatore con quelli dell'appaltante, conferisce pur sempre al contratto una patente di validità allorché, secondo l'interpretazione più accreditata (Cass. 9 febbraio 1985, n. 1083, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro*, n. 454) si inseriscano continuativamente nel ciclo produttivo di impresa. Nella fattispecie all'esame della Cassazione Sez. Un. le lavorazioni si svolgevano non certo in via meramente occasionale all'interno dell'organizzazione dell'appaltante.

PIETRO ZANELLI

TRIBUNALE ROMA

1° MARZO 1990

PRESIDENTE:	MISITI
RELATORE:	FENU
PARTI:	INFORMATICA E SISTEMI S.R.L. (Avv. Mininni) LABIVAL S.R.L. (Avv. Caravella)

Contratto di fornitura di *personal computer* con relativo programma • Inadempimento • Fattispecie • Insussistenza.

Deve escludersi la responsabilità da inadempimento del fornitore di un personal computer col relativo programma quando emerga dalle prove assunte che il lamentato difetto di funzionalità del sistema deriva da discontinuità nell'erogazione dell'energia elettrica.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — La Informatica e sistemi s.r.l. convenne in giudizio la Labival s.r.l. per sentirla condannare — mediante sentenza provvisoriamente esecutiva — a pagarle la somma di L. 6.225.000 a saldo di fornitura di merce, con interessi, rivalutazione, vittoria di spese (citazione notificata il 7 giugno 1986).

Assunse l'attrice di aver fornito alla convenuta un *personal computer* con relativo sistema di programmazione, per un importo complessivo di L. 12.980.000, come da fattura n. 29 del 23 aprile 1985, regolato in parte (per l'importo cioè di L. 6.225.000) con il rilascio di n. sei effetti in cessione, i quali rimanevano insoluti. Tutti i solleciti e le diffide inviati da essa istante alla debitrice non avevano esito, ed anzi questa aveva eccepito l'inadempimento della venditrice, ma non proceduto, come pur preannunciato, all'azione di risoluzione; né aveva onorato il debito, pur continuando a detenere la merce.

Instauratosi il contraddittorio, la convenuta eccepiva pregiudizialmente l'incompetenza territoriale del Tribunale di