

## Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori\*

Oronzo Mazzotta

1. Premessa: "tutto si tiene".	2
2. Il disegno complessivo della delega.	3
3. Nuovo e vecchio: la sorte della legge 1369/60 e la legittimazione dello <i>staff leasing</i> .	5
4. Interposizione autorizzata, nuovi tipi contrattuali e "certificazione" dei rapporti.	10
5. Bibliografia.	12

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 4/2003

## 1. Premessa: "tutto si tiene".

L'approvazione da parte del Parlamento della legge di delegazione n. 30 del 2003 ci induce, ancora una volta, a discutere di riforme giuslavoristiche in una economia in trasformazione, ma soprattutto a fare i conti con l'assetto 'di sistema' del nostro diritto del lavoro che, ad onta della sua ben nota formazione alluvionale, continua a presentarsi meno erratico e scomposto di quanto si vorrebbe far credere. E ciò in particolare nei suoi snodi-cardine: la fattispecie fondamentale della subordinazione, la rigidità del tipo contrattuale, l'inderogabilità della disciplina.

Merito - di certo - da ascriversi ad un paradosso: quello secondo cui la sopravvenuta disciplina speciale ha potuto comunque essere governata dai principi del codice civile, sia nella parte propriamente dettata per il rapporto di lavoro sia - ed in misura non secondaria - nella parte generale del diritto delle obbligazioni e dei contratti<sup>1</sup>.

Ma merito - soprattutto - di quelle fonti atipiche di formazione del diritto che sono la giurisprudenza (anche costituzionale) e (perché no?) la dottrina che hanno razionalizzato il sistema rendendolo sostanzialmente impermeabile ad operazioni di surrettizio aggiustamento.

Un analogo ruolo non svolge invece la scienza giuridica quando è chiamata, nelle sue singole componenti, ad intervenire nel calor bianco della discussione sulle proposte di riforma legislativa. In tali situazioni tende a divenire opaca, fino a scomparire, l'autonomia del ragionamento, prendendo invece il sopravvento una sorta di opportunismo metodologico cui giustamente Massimo D'Antona addebitava la "perdita di autorità" del punto di vista propriamente *giuridico*<sup>2</sup>.

Il discorso peraltro ci porterebbe lontani fino alle origini del dibattito innescato dalla demistificazione del ruolo del giuslavorista operata da Tarello oltre trentacinque anni fa<sup>3</sup>, ma il cui messaggio è stato sovente, consapevolmente o inconsapevolmente, frainteso.

In fondo l'idea-forza del filosofo genovese costituiva uno sviluppo della weberiana coppia oppositiva tra *fatto* e *valore*, su cui poggia a sua volta la contrapposizione tipicamente ottocentesca fra oggettività delle scienze esatte (portatrici di asserzioni, per definizione, 'vere') ed opinabilità delle scienze sociali (per definizione prive di oggettività).

Ma se questo è vero occorrerà prima o poi prendere atto che il paradigma positivista - cui si ispira la contrapposizione - è da tempo entrato in crisi, almeno da quando è entrata in crisi l'infallibilità della scienza. Con il corollario che anche il mondo dei valori - cui il diritto va ascritto a pieno titolo - può contenere ragionamenti dotati di intrinseca 'oggettività', intorno ai quali può aprirsi una discussione razionale, pur sempre precaria e rivisitabile al pari di quella che ha corso nell'ambito della scienza con la 's' maiuscola<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> V., se vuoi: MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, ora in ID., *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994, 13 ss.; di recente v. altresì PROIA, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, DLR, 2002, 421.

<sup>2</sup> V. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, ora in ID., *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, 60 ss. Per ulteriori riflessioni (anche se con esiti diversi) v. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, ADL, 2000, n. 1, 1 ss. Per una recente critica, forse un po' troppo aspra, ma che esprime un'esigenza reale, fortemente sentita almeno da chi scrive v.: TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine*, q. Riv., 2002, I, 451 ss.

<sup>3</sup> Il riferimento è al notissimo *Teorie e ideologie del diritto sindacale italiano*, Ed. Comunità, Milano, 1967.

<sup>4</sup> Secondo gli stilemi del 'realismo pragmatico' che informa il pensiero di HILARY PUTNAM, di cui da ultimo v. *Mente, corpo, mondo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Ne potrebbe derivare un ribaltamento della *vulgata* tarelliana, che conduce, ove oggetto di fraintendimento, ad una sorta di relativismo, se non nichilismo, argomentativo ed in cui possa essere il ragionamento giuridico a condizionare il dibattito propriamente politico e non il contrario.

Tornando al nostro tema, la premessa ovviamente non intende rappresentare il diritto del lavoro come un irenistico ed utopico regno dell'armonia, ma vuole soltanto segnalare che, al suo interno, per le ragioni esposte, in qualche modo 'tutto si tiene'.

Quanto detto vale in particolare per il territorio relativo alle variegata forme di acquisizione all'impresa dei rapporti di lavoro, che potranno essere lecitamente realizzate quando giungerà a compimento il disegno che ruota intorno all'abrogazione della storica legge n. 1369 del 1960.

Sarebbe infatti del tutto improduttivo se non impossibile esaminare siffatta questione, al di fuori di una rivisitazione della fattispecie fondamentale e dei suoi nessi con il tipo contrattuale.

La legge del '60 infatti tocca *l'organizzazione complessiva del lavoro* - il "far da sè" ed il "far fare da altri" - ed assume che l'effetto di acquisire all'impresa *direttamente* le energie lavorative non è realizzabile *attraverso uno schema giuridico diverso dal contratto di lavoro*.

La legge in sostanza non criminalizza né imbalsama l'organizzazione dell'impresa, ma afferma il principio secondo cui la titolarità del rapporto va riconosciuta secondo criteri di *effettività*.

Un tempo di questi fenomeni si parlava in termini di *decentramento produttivo*: lo stesso Marx, come si sa, riteneva che con l'avvento del lavoro in fabbrica vi sarebbe stato il definitivo ed irreversibile accentramento del lavoro all'interno dei confini dello stabilimento.

Oggi tutti sanno invece che il quadro si è enormemente complicato: le forme di integrazione e disintegrazione delle imprese non sono più descrivibili secondo la coppia oppositiva centro/periferia, ma con una più variegata interscambiabilità dei termini. Nel nuovo universo produttivo non è infatti più possibile distinguere fra pianeti e satelliti, ma i 'confini dell'impresa' vanno continuamente ridefiniti: basti pensare al fenomeno del c.d. *outsourcing*, alla cui stregua la cessione ad altri di un ramo d'azienda è il presupposto della riacquisizione del servizio all'interno dell'impresa, per il tramite di un contratto d'appalto.

Il tutto in una corsa alla progressiva contrazione del "cuore" dell'attività produttiva, ridotto fin quasi a scomparire dietro un "logo" sempre più preponderante ed invadente.

## 2. Il disegno complessivo della delega.

Del resto è proprio quella appena descritta la metodologia impiegata dapprima nel 'Libro bianco' ed ora nella legge di delegazione, che colloca per l'appunto la revisione della disciplina della legge del '60 proprio all'interno di un processo: a) di riarticolazione dei tipi contrattuali; b) di ampliamento dei luoghi e delle tecniche di controllo dell'autonomia privata nella formazione del tipo e nell'applicazione della disciplina.

Più precisamente la Delega, allo scopo di introdurre la somministrazione di manodopera anche a tempo indeterminato (art. 1), si propone di procedere all'abrogazione della legge del '60 ed alla sua sostituzione con una nuova disciplina i cui snodi fondamentali appaiono essere: a) la gestione da parte di un'ampia platea di soggetti autorizzati (che si spinge fino a ricomprendere università e consulenti del lavoro); b) la prefigurazione, per l'impresa appaltante, del requisito del giustificato motivo di ricorso all'appalto (ragioni tecniche, organizzative e produttive, individuate dalla

legge o dalla contrattazione collettiva); c) la chiarificazione dei criteri di distinzione tra appalto e interposizione, con la contestuale ridefinizione dei casi di comando e distacco nonché di interposizione illecita laddove manchi un giustificato motivo oggettivo ovvero si verifichi o possa verificarsi la lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al prestatore di lavoro; d) la garanzia di un regime di solidarietà fra somministrante e somministratario per un trattamento non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice.

Sullo sfondo di tali modifiche si colloca un allargamento anche al settore agricolo del lavoro temporaneo.

L'analisi, sia pur sommaria, della disciplina e delle prospettive sarebbe però, come si è detto, del tutto monca ove trascurasse di considerare il *contesto nel quale la riforma intende collocarsi*.

Lo scenario al cui interno si muove la riforma postula infatti anzitutto una riarticolazione tipologica del contratto di lavoro: a) con l'introduzione del lavoro 'a chiamata', con garanzia di un'indennità di disponibilità (art. 4, lett. a), una sorta di "lavoro *ad nutum*"; b) l'ammissibilità di "prestazioni di lavoro occasionale e accessorio" rese da disoccupati o da soggetti a rischio di esclusione sociale, "regolalizzabili attraverso la tecnica di buoni corrispondenti a un certo ammontare di attività lavorativa"; c) l'introduzione del lavoro a prestazioni ripartite (il c.d. *job-sharing*); d) la configurazione di "prestazioni che esulano dal mercato del lavoro e dagli obblighi connessi delle prestazioni svolte in modo occasionale e ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale senza corresponsione di compensi e salve le spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori, e con particolare riguardo alle attività agricole" (art. 4, lett. f).

In secondo luogo viene profondamente rivisitata la materia delle *collaborazioni coordinate e continuative*: a) con una loro ridefinizione e la riconduzione ad un disegno progettuale preventivamente pianificato dalle parti; b) la flessibilizzazione assoluta (o detipizzazione) dei rapporti di collaborazione di durata complessiva non superiore a trenta giorni; c) l'estensione ai collaboratori continuativi e coordinati di tutele fondamentali a presidio di dignità e sicurezza, maternità, malattie e infortunio, anche nel quadro di intese collettive.

Infine è parte qualificante del disegno l'introduzione di una *procedura di certificazione* dei rapporti di lavoro, che ha lo scopo dichiarato di "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro".

La procedura consiste nell'affidare ad *organismi bilaterali*, costituiti ad iniziativa delle associazioni datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, ovvero a *strutture pubbliche*, aventi competenza in materia, o anche *università* una duplice funzione: a) quella di attribuire "piena forza legale al contratto certificato"; b) quella di certificare le rinunzie e transazioni "a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti".

La certificazione esclude di per sé "la possibilità di ricorso in giudizio se non in caso di *erronea qualificazione* del programma negoziale da parte dell'organo preposto alla certificazione e di *difformità* tra il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione".

Di più. In caso di impugnazione del contratto il tentativo obbligatorio di conciliazione della controversia (art. 410 cod. proc. civ.) deve svolgersi davanti all'organo certificante, il cui accertamento permane in vita "fino al momento in cui venga provata l'erronea qualificazione del programma negoziale o la difformità tra il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione e il programma attuato".

A definitiva conferma dell'unitarietà del disegno e della stretta interdipendenza delle sue varie parti occorre infine sottolineare che la procedura di certificazione viene esplicitamente *estesa*: a) alla distinzione fra *interposizione illecita* e *appalto lecito*, venendo chiamate le parti sociali a definire "indice e codici di comportamento elaborati in sede amministrativa che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e dell'assunzione effettiva del rischio di impresa da parte dell'appaltatore" (art. 1, 2° co. lett. m) n. 7); b) alla definizione dei rapporti di collaborazione continuativa e coordinata; c) alla qualificazione delle prestazioni di lavoro occasionale e accessorio (per famiglie e/o assistenza sociale); d) alla verifica dei regolamenti interni che individuano le tipologie dei rapporti dei soci delle cooperative di produzione e lavoro.

### 3. Nuovo e vecchio: la sorte della legge 1369/60 e la legittimazione dello *staff leasing*.

Individuati gli snodi fondamentali del disegno si può procedere ad una prima analisi, pur nella ovvia consapevolezza dell'amplissimo il margine di discrezionalità che sembra avere l'esecutivo nel riempire i vuoti lasciati dal legislatore delegato.

Una prima, ovvia osservazione è che il progetto non si propone una semplice abrogazione della legge 1369 del 1960, ma intende sostituire quest'ultima con una nuova disciplina che dia spazio alla somministrazione di lavoro *anche a tempo indeterminato*.

Si tratta di uno schema, tramite il quale un'impresa decide di acquisire, in modo tendenzialmente stabile, (almeno) una parte della forza-lavoro, necessaria per la propria attività produttiva, senza contestualmente assumere la veste di datore di lavoro e dunque la titolarità del relativo contratto, mediante l'impiego di lavoratori somministrati da soggetti che non hanno i caratteri dell'imprenditorialità. Questi lavoratori sono avviati per lasciarsi dirigere dal committente e per inserirsi stabilmente nella di lui organizzazione aziendale.

La situazione riproduce, per grandi linee, quello che, nell'ordinamento giuridico statunitense, è conosciuto come *Staff leasing*, espressione dietro la quale si celano peraltro realtà giuridico-economiche estremamente diversificate<sup>5</sup> e sulle quali non è il caso di soffermarsi, data la profonda distanza fra i due ordinamenti in termini di impostazione generale. Basti pensare che l'ordinamento nord-americano si caratterizza per l'assenza di cornici regolative generali in termini di fattispecie, in un contesto attento esclusivamente alla predisposizione di tutele 'rimediali'<sup>6</sup>, come la parità di trattamento fra i vari lavoratori che operano nell'impresa, l'introduzione dell'obbligo solidale per la garanzia dei diritti dei lavoratori a carico dei co-datori di lavoro *et similia*.

Semmai v'è da osservare, quasi *en passant*, che la riforma in cantiere conferma l'inattendibilità della prospettiva di chi<sup>7</sup> riteneva quello schema fin d'ora compatibile con il nostro ordinamento. Si tratta di un'idea che muove da due considerazioni, in parte (ma solo in parte) condivisibili: da un canto l'irrilevanza sul piano puramente economico della distinzione fra appalto lecito

---

<sup>5</sup> V.le riepilogate da CORAZZA, *Il modello statunitense dello "Staff leasing" e la somministrazione di manodopera: qualche appunto in prospettiva di una riforma*, DRI, 2002, 553; sul tema v. altresì: CARINCI M.T., *L'interposizione e il lavoro interinale*, ne *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, Milano, 2002.

<sup>6</sup> V. ancora CORAZZA, *op. ult. cit.*, 2002, 558 ss.

<sup>7</sup> V. la complessiva proposta di ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle Giornate di studio AIDLASS - Trento, 4-5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss.

e somministrazione illecita; dall'altro la rilevazione empirica dell'avallo da parte della giurisprudenza di tutta una serie di fattispecie nelle quali l'apporto del soggetto interposto, in termini di autonomia imprenditoriale, si risolve nella mera organizzazione e direzione del lavoro in sé, senza (quasi) apporto di 'capitali, macchine ed attrezzature' secondo la terminologia della legge del '60 (facchini, pulizie, servizi di guardianaggio, etc.).

Senonchè è facile replicare che la prima opzione ci porta pari pari verso un incontrastato dominio dell'economia sul diritto, cioè della razionalità economica a discapito della liceità giuridica, spazzando via almeno un secolo di evoluzione della disciplina lavoristica.

Quanto al secondo rilievo è altrettanto facile contrapporre che in realtà quel tanto di eversivo che Ichino addebita alla giurisprudenza può essere agevolmente razionalizzato con una lettura evolutiva della nozione di soggetto interposto, quale è proposta dalla giurisprudenza a partire dagli anni novanta, avendo riguardo ad imprese con scarso apporto di capitali ma con alto valore aggiunto (come avviene, ad esempio, nel settore informatico). In sostanza l'appalto di servizi in cui l'organizzazione del lavoro fa aggio sul basso o bassissimo impiego di capitali e mezzi è lecito, nell'ordinamento vigente, non per un surrettizio abbandono del divieto di rapporti interpositori, ma in virtù dell'apporto di una giurisprudenza attenta ad un impiego del divieto conforme alla sua *ratio*.

Tornando alla disciplina *in fieri* altrettanto rilevante è osservare che essa dovrebbe convivere con quella relativa al lavoro temporaneo tramite agenzia regolato dalla legge del 1997, con una scelta di cui non è chiaro il costrutto.

Avremmo dunque un sistema a doppia testa: da una parte la somministrazione *temporanea* di lavoro, governata dalla l. 196 del 1997 e dall'altra la somministrazione (*anche*) a *tempo indeterminato* di lavoro, gestita pur essa da soggetti autorizzati, in presenza di presupposti giustificativi di carattere oggettivo, previsti dalla legge e/o in sede negoziale.

Chiunque è in grado di cogliere allora che gli snodi-chiave dell'innovazione attengono: a) alla cruciale questione della individuazione dei (nuovi) soggetti abilitati alla somministrazione dei lavoratori; b) a quella delle conseguenze della somministrazione lecita (rispetto alle quali la legge di delegazione si limita ad evocare la solidarietà fra interposto ed utilizzatore per un trattamento non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dei dipendenti di quest'ultimo); c) ai profili di disparità di trattamento innescati dai due sistemi paralleli di somministrazione del lavoro, rispetto ai quali sarà difficile, se non arduo, rinvenire una giustificazione in termini di ragionevolezza.

È più che evidente - quanto al primo aspetto - che ogni giudizio va rinviato al momento in cui si conosceranno i criteri di selezione dei soggetti abilitati, essendo quasi scontata l'osservazione secondo cui una indiscriminata apertura, in assenza di seri controlli, condurrebbe pari pari alla riproposizione di quelle forme di antico sfruttamento che la legge n. 1369 del 1960, pur con tutti i limiti e le rigidità ben conosciute, intese reprimere e non rappresenterebbe di certo una forma di modernizzazione del mercato del lavoro. E ciò anche, ma non esclusivamente, in considerazione delle caratteristiche del nostro mercato del lavoro, che conosce un Nord più avanzato ed un Sud arretrato.

Che peraltro le intenzioni dei promotori del provvedimento non siano affatto tranquillizzanti è dimostrato non tanto dall'allargamento della platea dei soggetti in astratto abilitati né dalle ancora non chiare condizioni per l'esercizio dell'attività, quanto fundamentalmente dalla scelta di

creare un canale autonomo e parallelo di accesso alla somministrazione dei lavoratori a tempo indeterminato, con una *distinzione basata esclusivamente sulla durata della somministrazione* che non ha alcuna giustificazione logico-concettuale. Se infatti la scelta fosse stata nella *sola* direzione di garantire l'acquisizione a tempo indeterminato della manodopera per il tramite di tecniche interpositive, sarebbe stato sufficiente introdurre una modifica alla disciplina del 1997, facultizzando i datori di lavoro ad acquisire, all'interno dell'orizzonte di quella legge e con le garanzie ivi previste di serietà ed affidabilità delle agenzie, i lavoratori *anche* a tempo indeterminato in presenza di determinati presupposti giustificativi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva. L'aver optato viceversa per una soluzione che fa leva su una distinzione per c.d. 'ontologica' fra le due specie di somministrazione lascia all'osservatore ragionevoli margini di dubbio sulle reali intenzioni del legislatore.

Ma soffermiamoci su un'altra questione anch'essa esiziale per comprendere il senso della riforma.

La descritta diarchia non potrà ovviamente esaurire l'ambito di rilevanza per il mondo giuridico del fenomeno della somministrazione di lavoro. Sia l'una che l'altra - per poter essere valutate in termini di liceità - dovranno necessariamente confrontarsi con il proprio rovescio: *l'interposizione illecita*.

Non è perciò casuale - ma risponde ad una necessità *logica* prima che giuridica - che la legge 30/2003 prefiguri proprio la necessità di una nuova distinzione fra appalto genuino ed interposizione vietata, anticipando che la patente di illiceità dovrà sicuramente essere attribuita alle situazioni in cui manchi un giustificato motivo di ricorso alla somministrazione ovvero *possa* verificarsi (si tratterebbe quindi di un giudizio prognostico e non di puro fatto) la lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al prestatore di lavoro.

La prima ipotesi è in verità alquanto stravagante: è fin troppo ovvio che, una volta escluso il discrimine causale costituito dal requisito della temporaneità, qualsivoglia giustificazione obiettiva è idonea a sorreggere la scelta di ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato. O meglio la giustificazione obiettiva è *in re ipsa*, radicata com'è nella stessa esistenza dell'iniziativa imprenditoriale.

L'elaborazione dei nuovi criteri distintivi non si muoverà però nel vuoto cosmico: come è ovvio, allo scopo, dovranno rilevare "la reale organizzazione dei mezzi e l'assunzione effettiva del rischio di impresa da parte dell'appaltatore" (art. 1, lett. m, n. 7), che, come tutti sanno, costituisce il criterio che il diritto vivente giurisprudenziale ha dedotto del terzo comma della l. n. 1369 del 1960.

Dell'applicazione effettiva di tali criteri dovranno infatti tener conto i soggetti (gli organismi bilaterali o le strutture pubbliche) chiamati a *certificare* in via preventiva la legittimità della somministrazione, in presenza di indici e codici di comportamento elaborati *in via amministrativa*, che tengano conto proprio della verifica della sussistenza dell'autonomia imprenditoriale dell'appaltatore.

Ed allora - nel descritto quadro - quale dovrà essere il regime giuridico dell'interposizione illecita?

La risposta ci sembra agevole ed ineludibile. Se è vero che il legislatore intende introdurre una nuova ipotesi di somministrazione lecita della manodopera, entro un orizzonte nel quale i lavoratori si inseriscano a tutto tondo all'interno dell'impresa che ne utilizza le prestazioni, pur restando

formalmente (e lecitamente) dipendenti dell'interposto, la deviazione da tale schema non potrà che condurre alla caducazione dello 'schermo' costituito dall'interposto per ricollegare i rapporti di lavoro direttamente in capo all'interponente.

Si riverificherebbe puntualmente lo schema sotteso alla legge del '60 e cioè l'esistenza di una serie di rapporti di lavoro effettivamente utilizzati da un'impresa nell'ambito della propria organizzazione 'come propri dipendenti', per il tramite di uno schema negoziale diverso dal rapporto di lavoro.

Più che di una rinascita della legge 1369/60 "dalle proprie ceneri"<sup>8</sup> si riproporrebbe la necessaria confluenza delle problematiche innescate dai fenomeni interpositori con la fattispecie fondamentale della subordinazione.

La legge del '60 ha reso infatti manifesta una realtà ineludibile del sistema e cioè che il problema dell'interposizione si colloca nello spazio interstiziale fra libertà di organizzare l'impresa e legittima acquisizione delle energie lavorative da parte di quest'ultima. Essa ha solo riconfermato un principio già interno allo schema di cui all'art. 2094 cod. civ., secondo cui chi utilizza le prestazioni di lavoro altrui, in condizioni date (sottoposizione al potere direttivo, continuità, assenza di mezzi di produzione, etc.) ne è inequivocabilmente il datore di lavoro.

Si tratta, in qualche modo, di valori permanenti, legati alla mediazione, operata a livello costituzionale, fra la regola mercantile che considera indifferente la forma acquisitiva del lavoro e la dimensione protettiva di stampo solidaristico, che collega al rapporto di lavoro subordinato e tendenzialmente solo ad esso una serie di posizioni di vantaggio.

Essa in pratica riconferma la direttiva generale secondo cui sono vietate forme di organizzazione del lavoro in cui l'effettivo utilizzatore della prestazione non coincida con il titolare del rapporto di lavoro ovvero - il che è lo stesso - quella che esclude che l'acquisizione di energie lavorative possa svincolarsi dall'impiego dello strumento giuridico che chiamiamo 'contratto di lavoro subordinato' e che è *tuttora* descritto dall'art. 2094 cod. civ. Si tratta quindi di una connessione destinata a durare almeno fino a che resisterà lo schema fondamentale cui allude la norma civilistica.

È questa del resto la conclusione cui ci conduce il diritto vivente giurisprudenziale, nel cui ambito è documentabile e documentata la sostanziale coincidenza di analisi metodologica ed esiti valutativi degli elementi caratteristici e dell'interposizione e della subordinazione. In sostanza il diritto vivente giurisprudenziale ha utilizzato, per imputare all'effettivo utilizzatore della prestazione i rapporti di lavoro facenti capo all'interposto, i medesimi indici da tempo immemorabile elaborati per rinvenire il *proprium* della subordinazione<sup>9</sup>.

Ed è ben noto e pacifico che su questa conclusione converge anche l'analisi dottrina, pur in una comprensibile diversità di scenari ricostruttivi complessivi fra chi ne intravede una sostanziale coincidenza di presupposti ed effetti e chi ne limita il rilievo ad una conformità solo parziale<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, ADL, 2002, 299.

<sup>9</sup> V. per più ampi sviluppi di queste idee MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*.

<sup>10</sup> V. su tale connessione in vario senso: DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, DLRI, 1995, 626; DE SIMONE, *Titolarietà dei*

Nei limitati orizzonti assunti nel presente scritto potrebbe forse essere sufficiente acquisire che anche chi si discosta dalla prospettazione della totale sovrapponibilità fra interposizione e subordinazione, non può negarne una parziale interferenza. Rubando l'immagine a Riccardo Del Punta potrebbe cioè bastare allo scopo qui prefisso assumere che il rapporto fra le due fattispecie possa essere descritto al pari di "un cerchio concentrico più ampio (l'interposizione), che contiene un altro cerchio (la subordinazione)"<sup>11</sup>.

In realtà a mio avviso si può procedere oltre. Se ben si guarda infatti l'argomento forte allineato da chi nega la totale contiguità concettuale tra i due fenomeni giuridici consiste nel rilevare che deve ritenersi illecito un appalto, per il solo fatto che l'interposto è privo dei mezzi di produzione, pur se l'interposto eserciti effettivamente il potere direttivo nei confronti dei lavoratori dal medesimo assunti ed effettivamente utilizzati dall'interponente<sup>12</sup>. Con la conseguenza che, secondo questa prospettiva, si avrebbe il riconoscimento del rapporto in capo all'interponente, al di fuori della configurabilità 'nei fatti' della subordinazione.

È evidente peraltro che siffatta ricostruzione non rende un buon servizio né all'idea di subordinazione né a quella di interposizione vietata. Non alla prima perché tende a far coincidere la subordinazione con i poteri di etero-direzione, obliterando gli ulteriori elementi prefigurati dall'art. 2094 (collaborazione, dipendenza) e l'ampia lettura giurisprudenziale esplicativa di tali elementi. Ma nemmeno alla seconda giacché conduce a cancellare del tutto il dato della 'effettiva utilizzazione' da parte dell'interponente, sostituito con un asciutto ed asettico dato di imputazione soggettiva.

È questo - se ben si guarda - il medesimo errore in cui cade chi ritiene che il quinto comma dell'art. 1 della legge del '60 si limiti a governare l'imputazione del rapporto di lavoro subordinato e non la sua qualificazione<sup>13</sup> ed, aggiungendo errore ad errore, assume che l'interferenza fra le due sfere è inconcepibile sol perché la subordinazione è un effetto necessario del contratto stipulato ai sensi dell'art. 2094 cod. civ. ed è quindi irriducibile ad una "logica alla quale è estranea qualsiasi considerazione della vera volontà negoziale delle parti"<sup>14</sup>.

È facile infatti contrapporre che l'interpretazione della volontà delle parti va operata *prescindendo* dalla volontà diretta a fini riprovati dall'ordinamento (l'acquisizione della forza lavoro per il tramite di un soggetto interposto, nel caso della legge del '60, o l'*elusione* del tipo contrattuale e della connessa disciplina garantistica, più in generale) ed altresì che di tale volontà costituisce primaria espressione proprio il profilo esecutivo della fattispecie e cioè l'effettiva utilizzazione delle prestazioni dei dipendenti dell'interposto.

Ed in effetti è pressoché universalmente riconosciuto che la nozione di 'effettiva utilizzazione'

---

*rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Angeli, Milano, 1995, 22; CORAZZA, *Dis-sociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, RTDPC, 1999, 55 ss.; CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione - Comando - Lavoro temporaneo - Lavoro negli appalti*, ne *Il Codice civile, Commentario* dir. da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000, 55-56, 575-76; BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, ADL, 2001, 141; DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, AA. VV., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 53; ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, 25 ss.

<sup>11</sup> DEL PUNTA, *Appalto di manodopera etc.*, cit., 650.

<sup>12</sup> V. anche DEL PUNTA, *Problemi attuali etc.*, cit., 292.

<sup>13</sup> V. BELLOCCHI, *op. cit.*, 164 s.

<sup>14</sup> BELLOCCHI, *op. cit.*, 170.

svolge un ruolo centrale nella fattispecie interpositoria, esprimendo in termini di *effettività socio-economica* - e non di mera imputazione soggettiva - la posizione giuridica dell'interponente.

Di più. L'"effettiva utilizzazione" costituisce l'elemento di concreta emersione della fattispecie interpositoria, consentendo - al pari della fase *esecutiva* nella dinamica contrattuale - di risalire alla preesistente fase programmatica.

È dunque all'esito della verifica del profilo della "effettiva utilizzazione" che si dovrà operare il riscontro degli elementi della subordinazione, da valutarsi nella loro intierezza. Ed in tale analisi ricognitiva dovranno svolgere un ruolo euristico non solo la verifica dell'esercizio dei poteri di direzione della prestazione (a misura che siano distinguibili dai poteri di controllo dell'appaltante), ma anche degli ulteriori dati rilevanti (quali la continuità della prestazione, l'inserimento nell'impresa, etc.).

Come è noto si tratta elementi presi in considerazione a tutto tondo dalla legge del '60, il cui rilievo quest'ultima ha tratto dalla fattispecie fondamentale descritta dall'art. 2094 cod. civ., così come si è inverata nell'analisi giurisprudenziale.

Se allora tutto questo è vero non può che ricevere conferma l'idea che - anche nel nuovo mercato del lavoro riformato, nel quale potrà, in ipotesi, aver corso una ulteriore e legittima forma di somministrazione del lavoro a favore di terzi - l'eventuale illiceità dell'interposizione (che ad es. sia espletata da un soggetto non autorizzato) non potrà che lasciar rivivere la liceità del rapporto di lavoro diretto in capo al titolare dell'organizzazione, al cui interno l'attività di lavoro sia stata inserita.

#### **4. Interposizione autorizzata, nuovi tipi contrattuali e "certificazione" dei rapporti.**

Dicevamo all'inizio che la specifica questione dell'introduzione nel nostro ordinamento di una ulteriore forma di affitto autorizzato del lavoro altrui non può essere apprezzata al di fuori del contesto complessivo al cui interno è stata collocata nella legge delega.

Se le prospettive di strisciante liberalizzazione della somministrazione di manodopera incontrano i limiti 'di sistema' che abbiamo appena evocato, l'effettività di quest'ultima conclusione è fortemente disturbata dalle ulteriori e parallele novità contenute nella delega.

Ciò è da dire anzitutto per l'allargamento dei tipi contrattuali, che abbiamo visto estendersi in misura esponenziale.

La proliferazione di schemi negoziali che hanno ad oggetto il lavoro e che, per taluni profili o in relazione a specifici presupposti causali, fuoriescono dalla specie di cui all'art. 2094 cod. civ. rende oggettivamente più complicato il controllo sulla corrispondenza della singola fattispecie al tipo fondamentale.

Il diritto del lavoro - come si sa - è costellato da fughe dalla subordinazione, almeno da quando lo Stato ha cominciato a costruire una rete protettiva intorno alla figura del lavoratore dipendente.

Ne consegue che ogni nuovo contenitore negoziale può prestarsi a mascherature del rapporto di lavoro subordinato. In argomento del resto è sufficientemente espressiva l'esperienza ormai trentennale della categoria della parasubordinazione, la cui *vis attractiva* ha calamitato schiere di collaboratori che assai spesso di 'esterno' (rispetto all'impresa) hanno ben poco. Per tacere dell'uso disinvolto dei contratti di associazione in partecipazione o delle prestazioni rese nell'ambito del

contratto di società (in particolare cooperative).

E nella delega gli esempi di nuovi contenitori si sprecano: basti pensare alla ri-regolazione di un prototipo riconducibile ai redivivi l.s.u., alla nuova configurazione del lavoro "volontario", che dovrebbe ricomprendere, quasi che si trattasse di una sorta di sotto-tipo, gli "obblighi connessi a prestazioni svolte in modo occasionale e ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale" (per nulla distinguibile dal 'volontariato'), al lavoro a chiamata e via distinguendo.

Ma non è tutto. I rischi appena evocati potrebbero moltiplicarsi ove potesse assumersi - ed è questo l'ulteriore nodo nevralgico toccato dalla legge delega - che con la procedura di certificazione dei rapporti (estesa come abbiamo ricordato anche alla nozione di interposizione, ai regolamenti delle cooperative di produzione e lavoro ed a tutti i nuovi modelli negoziali) sia dato alle parti individuali un *potere creativo* di nuovi tipi contrattuali<sup>15</sup>.

Dovremmo dare per acquisita, in tal caso, una sorta di *detipizzazione* del rapporto di lavoro o - il che è lo stesso - di superamento del *numerus clausus* dei contratti che hanno ad oggetto il lavoro. Conclusione quest'ultima non a caso già intravista, *ante litteram*, da Marco Biagi, padre nobile della riforma, nella disciplina dei rapporti fra soci e cooperative di lavoro di cui alla legge n. 142 del 2001, quanto meno nella versione antecedente la novella contenuta proprio nell'art. 9 della l. n. 30 del 2003<sup>16</sup>.

Allo stato, viceversa, siffatta possibilità è, nel nostro ordinamento, notoriamente inibita alle parti individuali. Come è noto la libertà di determinazione del *contenuto* (e conseguentemente dei relativi *effetti*), che costituisce un tratto essenziale della detipizzazione<sup>17</sup>, fino al punto di consentire alle parti private l'articolazione di contratti *misti*, di contratti che cioè partecipino dei caratteri di due o più prototipi disciplinati dalla legge è impedita nel diritto del lavoro, proprio in ragione del contenuto inderogabile della disciplina.

Sennonchè la volontà conclamata della nuova maggioranza parlamentare è proprio quella di consentire la certificazione, con effetti vincolanti, di deroghe alla disciplina garantista.

Tale volontà è agevolmente deducibile dalla consapevole scelta di rifiutare l'impostazione fatta propria dai progetti in discussione nella precedente legislatura, nel cui ambito si prefiguravano rapporti, cui venivano collegate solo alcune delle tutele previste dalla legislazione lavoristica. In sostanza - in quel contesto - era il legislatore ha stabilire, in via generale ed astratta, a quali nuovi tipi negoziali potesse applicarsi o negarsi una certa porzione di disciplina.

Ciò posto - ed acquisita la volontà legislativa - può dirsi che l'assetto delineato dalla legge n. 30 del 2003 consenta di raggiungere quell'obiettivo?

*Rebus sic stantibus* la risposta deve essere negativa.

<sup>15</sup> In argomento v.: NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, MGL, 2003, n. 3; SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in corso di pubbl. in RGL, 2003.

<sup>16</sup> BIAGI-MOBIGLIA, in *Guida al lavoro*, 2001, n. 45, 12 ss.

<sup>17</sup> V. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, ora in ID., *Diritto del lavoro etc.*, cit., 29 ss.; in senso parzialmente difforme v.: D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro* (Udine, 10-12 maggio 1991), sul tema *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1994, 31 ss.

Il discorso critico potrebbe limitarsi alla constatazione della improprietà tecnica consistente nell'assumere che i certificatori avrebbero il potere di attribuire "piena forza legale al contratto", quasi che il contratto - *qualsiasi contratto* frutto dell'autonomia privata - non abbia *naturalmente* 'forza di legge fra le parti'. Con una qualche indulgenza potremmo peraltro concedere che l'espressione stia per l'assunzione di una sorta di 'inoppugnabilità' delle clausole in sede giudiziale.

*Resta peraltro l'assoluta inidoneità dello strumento tecnico predisposto al raggiungimento dello scopo prefisso.*

Quando si dice infatti che alle parti del contratto certificato sarebbe preclusa l'azione in giudizio "se non in caso di *erronea qualificazione del programma negoziale* da parte dell'organo preposto alla certificazione" si esclude per ciò stesso la possibilità di asseverare un potere creativo di nuovi tipi contrattuali.

Il procedimento di *qualificazione* infatti presuppone necessariamente il confronto tra l'assetto di interessi realizzato dai privati ed un prototipo disciplinato dalla legge. Ne deve conseguire per ciò stesso che la procedura di certificazione deve muoversi necessariamente entro l'orizzonte dei modelli conosciuti e regolati.

Tale lettura esclude possibili profili di costituzionalità, profili che risorgerebbero ove si opinasse il contrario, perché - come tutti sanno - financo il legislatore incontra limiti costituzionali nella disponibilità del tipo, al di fuori della creazione di nuove tipologie<sup>18</sup>.

Peraltro, nonostante che fra il dire ed il fare vi sia di mezzo una redazione a dir poco sciatta e confusionaria della delega, che rende oscuri molti passaggi, la vigilanza dovrà essere attenta, dovendosi rinviare ogni giudizio meditato e di merito al momento in cui verranno emanati i decreti attuativi, essendo troppe parti della delega appena abbozzate.

Si aprirà allora un ampio spazio per una seria verifica della disciplina che ne risulterà in termini di costituzionalità, sia nel gioco dialettico fra delega ed attuazione sia, per quel che più conta, nella chiave del confronto con i valori dell'eguaglianza formale e sostanziale.

In questo contesto occorrerà in particolare vigilare affinché non si realizzi, ed in una materia così delicata, uno slittamento strisciante del processo di tipizzazione dalle salde mani del legislatore a quelle dell'autonomia privata, assecondando una sostanziale polverizzazione delle condizioni cui è reso il lavoro nel mercato, così da smarrire - nella foresta dei lavori a giornata, a chiamata, a contatto, temporanei, di formazione, a termine, a tempo parziale, socialmente utili, a prestazioni ripartite, etc. - il senso profondo di un diritto nato per rimuovere le diseguaglianze non certo per legittimarne l'estensione.

## 5. Bibliografia.

BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, ADL, 2001, 141.

BIAGI-MOBIGLIA, in *Guida al lavoro*, 2001, n. 45, 12 ss.

CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione - Comando - Lavoro temporaneo - Lavoro*

---

<sup>18</sup> V. per tutti: D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL, 1995, n. 1, 73 ss.; per una diversa prospettiva v.: SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, q. Riv., 2001, I, 95 ss.

- negli appalti, ne *Il Codice civile, Commentario* dir. da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000.
- CARINCI M.T., *L'interposizione e il lavoro interinale*, ne *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, Milano, 2002.
- CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, RTDPC, 1999, 55 ss.
- CORAZZA, *Il modello statunitense dello "Staff leasing" e la somministrazione di manodopera: qualche appunto in prospettiva di una riforma*, DRI, 2002, 553
- D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, ora in Id., *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, 60 ss.
- D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro* (Udine, 10-12 maggio 1991), sul tema *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1994, 31 ss.
- D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL, 1995, n. 1, 73 ss.
- DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, AA. Vv., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 53.
- DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Angeli, Milano, 1995.
- DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, DLRI, 1995, 626.
- DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, ADL, 2002, 299.
- ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, 25 ss.
- ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle Giornate di studio AIDLASS - Trento, 4-5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss.
- MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.
- MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, ora in Id., *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994.
- MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, ora in Id., *Diritto del lavoro etc.*, cit., 29 ss.
- NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, MGL, 2003, n. 3.
- PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, ADL, 2000, n. 1, 1 ss.
- PROIA, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, DLRI, 2002, 421.
- PUTNAM, *Mente, corpo, mondo*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, q. Riv., 2001, I, 95.
- SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in corso

di pubbl. in *RGL*, 2003.

TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale italiano*, Ed. Comunità, Milano, 1967

TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine*, *q. Riv.*, 2002, I, 451 ss.