

Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori.
Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto
di somministrazione di lavoro*

Loredana Zappalà

1. Il divieto di interposizione tra passato e futuro.	99
2. Deregolazione o ri-regolazione delle fattispecie interpositorie?	101
3. Dal giudizio legale di «non meritevolezza» delle pattuizioni atipiche aventi ad oggetto il «lavoro subordinato altrui» alla creazione di un «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro.	103
4. La «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro.	106
5. Somministrazione e appalti a bassa intensità organizzativa: verso un nuovo regolamento di confini?	110
5.1. Segue. I dubbi lasciati irrisolti dalla nuova disciplina.	115
6. La somministrazione di lavoro come «fattispecie assorbente» di tutte le forme di atipiche aventi ad oggetto mere prestazioni di lavoro.	118

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 12/2004

1. Il divieto di interposizione tra passato e futuro.

Se è vero che «modernizzare stanca», la ridefinizione dei valori sottesi alla regolamentazione che per anni ha caratterizzato taluni istituti lavoristici avrà, di certo, affaticato parecchio il legislatore della legge n. 30 del 2003 e del successivo decreto delegato n. 276 del 10 settembre 2003. Questione più complessa è verificare se tale operazione di modernizzazione del diritto del lavoro sia riuscita a realizzare quella soluzione equilibrata alle sfide del presente che, secondo quanto ha di recente scritto Franco Cassano, presuppone l'aver fatto tesoro delle forme di esperienza pregresse, «che non solo non vanno cancellate in nome dei diritti della modernizzazione, ma che sono da tutelare gelosamente perché consentono di guardare al di là di esse»²⁶⁶.

In tal senso, la nuova disciplina sulla somministrazione di manodopera contenuta nel d.lgs. n. 276 fornisce una visuale privilegiata al fine di osservare come il legislatore abbia inteso far traghettare dal passato al presente alcuni precetti che hanno tradizionalmente caratterizzato la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, vale a dire il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro²⁶⁷ posto dall'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 e la sua più recente deroga costituita dalla fattispecie del lavoro interinale tramite agenzia²⁶⁸.

Nell'ambito di un confronto più ampio sul fenomeno delle esternalizzazioni²⁶⁹, nonché sulla scorta del «varco» che il lavoro interinale aveva aperto nel «muro» del divieto di interposizione²⁷⁰, già da qualche anno il dibattito dottrinale si era acceso intorno alla prospettiva di un superamento della rigidità del divieto sancito nella legge n. 1369. A favore di un ripensamento della disciplina del 1960 militavano varie ragioni fondate sulla diffusa, ma non unanime²⁷¹, convinzione che tale

²⁶⁶ Le citazioni sono tratte da Cassano, *Modernizzare stanca*, Bologna, 2001.

²⁶⁷ La bibliografia sul divieto di interposizione e sull'evoluzione storica delle sue varianti interpretative è, ovviamente, vastissima e non riepilogabile in questa sede. Sul punto si rinvia alle più recenti ricostruzioni monografiche sul tema, fra cui De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Torino, 1995; Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Torino, 1999; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario Art. 2127*, Milano, 2000; Bonardi, *L'utilizzazione indiretta i lavoratori*, Milano, 2001; Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela del lavoratore*, Torino, 2002; Lo Faro, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, ed. provv., 2003.

²⁶⁸ Che la legge n. 196 del 1997 abbia costituito una deroga al divieto di interposizione contenuto nella legge del 1960 è opinione quasi unanimemente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonostante una prima interpretazione contraria proposta da Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in Santoro Passerelli G. (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Torino, 1997, 180 ss.

²⁶⁹ Gli studi sul tema sono ormai molto numerosi, per alcuni riferimenti recenti cfr. Scarpelli, *“Esternalizzazioni e diritto del lavoro”: il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 1999, 351 ss.; Ichino, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2000, 379 ss.; Del Punta, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *DML*, 2000, 49; De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo (a cura di) *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, 9 ss.; Corazza, *Il modello statunitense dello “Staff leasing e la somministrazione di manodopera”: qualche appunto in una prospettiva di riforma*, in *DRI*, 2002, 553 ss.

²⁷⁰ L'efficace espressione è di Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel «muro» del divieto di interposizione*, in *DLRI*, 1997, 503 ss.

²⁷¹ Per una difesa dei valori sottesi alla legge n. 1369 cfr. ad esempio le osservazioni di Ballestrero, *Decostruzione e ricostruzione della funzione protettiva del diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento, 4-5 giugno 1999, Milano, 2000, 317 ss.

normativa fosse ormai inadeguata a cogliere e a regolamentare in maniera razionale la mutevolezza delle forme di *segmentazione del processo produttivo*²⁷².

Per grandi linee, è possibile ritenere che nel vigore della legge del 1960 la dottrina si sia dibattuta su diverse, ed a volte non facilmente distinguibili, prospettive di assestamento sistematico della materia. In una prima prospettiva, si è ritenuto – con argomentazioni anche profondamente differenti – che pure nella permanente vigenza della disciplina del 1960 tanto la legislazione, quanto soprattutto la giurisprudenza, si fossero assestate in maniera tale da adeguare il dettato normativo alla mutata realtà produttiva. Sulla scorta di un atteggiamento pragmatico, infatti, la giurisprudenza ha dimostrato che il modello interpretativo della legge n. 1369 del 1960 non fosse così rigido, lasciando spazi a prospettive applicative nuove ed equilibrate, di volta in volta supportate da un «buon senso pratico» nel discernere i casi di reale pericolo per le esigenze di tutela dei lavoratori, dai casi di moderna – e tutto sommato inevitabile – organizzazione dei processi produttivi²⁷³. In una diversa prospettiva, che non esclude e che anzi presuppone quanto prima detto, non è mancato chi ha comunque invocato una riscrittura delle regole in materia al fine di dare piena legittimazione, nonché maggiori garanzie di trasparenza, a fenomeni – di fatto – già esistenti, come lo *sfaff leasing*²⁷⁴. Un ripensamento della disciplina, possibile anche a prescindere dalla riscrittura della legge n. 1369, è stato poi invocato anche da coloro che hanno evidenziato l'inadeguatezza dei tradizionali criteri utilizzati per distinguere tra appalto lecito/interposizione illecita a tutelare i lavoratori in tutta una serie di situazioni di esternalizzazione definite «ibride», «relazionali», «imperfette»²⁷⁵ e, comunque, in tutti i casi di «utilizzo confusa» dei lavoratori²⁷⁶.

Data la complessità delle questioni era, in un certo senso, auspicabile un intervento del legislatore in grado di mettere ordine sul tema, se non proprio di creare un «ordinamento giuslavoristico dell'esternalizzazione» come è parso annunciare la legge delega n. 30 del 2003²⁷⁷.

Non è possibile, ovviamente, fornire in questa sede una ricostruzione sistematica dell'assetto dei fenomeni di segmentazione del processo produttivo come delineato nella nuova disciplina del

²⁷² Decisivo, in tal senso, è l'invito ad una riforma legislativa della materia formulato da Ichino, *Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, 203 ss.

²⁷³ Concordano su questa tendenza della giurisprudenza Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, 625 ss.; De Simone, *Titolarietà dei rapporti di lavoro*, cit., 25 ss.; Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit. 203 ss.; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit.; De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni*, cit., 9 ss. Per una recente analisi della giurisprudenza in tema di interpretazione ed applicazione del divieto di interposizione contenuto nell'art. 1 della legge 1369 cit. cfr. Calcaterra; *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in De Luca Tamajo (a cura di) *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, 127.

²⁷⁴ È questa la prospettiva invocata da Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 269. Più in generale, sulla prospettiva di una modernizzazione dei rapporti di lavoro, cfr. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, 257 ss.

²⁷⁵ Il riferimento è all'analisi di Lo Faro, *op. cit.*, 67 ss., cui si rinvia anche per il ricorso alla categoria dell'«appalto socialmente compatibile» come causa esimente della illiceità della interposizione. Per una rilettura della 1369, cfr. anche Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 576, che rievoca il principio di offensività quale criterio di definizione del limite fra liceità e illiceità sancito dalla legge del 1960; nonché Bonardi, *op. cit.*, che propone una valorizzazione di taluni requisiti qualitativi dell'impresa appaltatrice affinché l'operazione di esternalizzazione si muova entro un'area di liceità.

²⁷⁶ L'espressione è di Bonardi, *op. cit.*, 343.

²⁷⁷ Auspicava una tale prospettiva anche Lo Faro, *op. cit.*, 69.

d.lgs. n. 276 del 2003. Obiettivo più circoscritto del presente lavoro è invece quello di avanzare alcune prime riflessioni sulla *ratio* della disciplina della somministrazione di lavoro a seguito della contestuale abrogazione della legge n. 1369 del 1960 e della legge n. 196 del 1997, al fine di evidenziare alcune opzioni sistematiche di fondo che, in maniera più o meno consapevole, paiono essere state poste dal legislatore alla base della nuova regolamentazione.

2. Deregolazione o ri-regolazione delle fattispecie interpositorie?

Che la somministrazione di manodopera fosse, di fatto, già esistente nel nostro ordinamento sotto le mentite spoglie del contratto di appalto di servizi e, dopo il 1997, pure nelle forme e nei casi previsti dalla legge n. 196 del 1997 è un dato incontrovertibile. Come si è sopra accennato, la giurisprudenza, una volta accertata l'insussistenza di profili di pericolosità sociale nell'attività di fornitura di manodopera (a seguito del rispetto da parte dell'appaltatore/fornitore degli standard retributivi collettivi, del versamento dei contributi previdenziali, ecc.), ha esitato sempre meno nel ricondurre l'effettiva attività di somministrazione di prestazione di lavoro all'appalto di servizi ex art. 1655 c.c., così sottraendo l'operazione posta in essere dalle parti all'area di illiceità sancita dall'oggi abrogato art. 1 della legge n. 1369²⁷⁸. L'«operazione di salvataggio» dell'attività di somministrazione è stata ancorata dai giudici, con il supporto della dottrina, ad un'esaltazione del «valore aggiunto» apportato dall'appaltatore rispetto alle prestazioni da questi fornite²⁷⁹, così valorizzando la natura genuinamente professionale dell'appaltatore/fornitore medesimo che emergerebbe chiaramente nella fase preparatoria della prestazione²⁸⁰, o alternativamente nell'organizzazione – e, in altre parole, nella direzione²⁸¹ – delle prestazioni lavorative²⁸².

Se, dunque, come pare, la giurisprudenza si era assestata su un atteggiamento di progressiva legittimazione delle forme «non socialmente pericolose» di somministrazione di mere prestazioni di lavoro, non ci si allontanerebbe dal vero nel ritenere che il legislatore, con il d.lgs. n. 276 del 2003, non abbia fatto altro che individuare un «contratto nominato di somministrazione di lavoro», vale a dire uno schema contrattuale tipico che «offre ai privati un modello giuridico idoneo

²⁷⁸ Per un'ampia disamina della casistica giurisprudenziale cfr. Del Punta, *Appalto di manodopera*, cit., 625 ss.; Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 203 ss.; Calcaterra, *op. cit.*, 127 ss.

²⁷⁹ Sul punto, fondamentale è il richiamo alla nota sentenza, Cass. S.U. 19 ottobre 1990, n. 10183, *FI*, 1992, 524 ss. con nota di Scarpelli, con la quale la Corte ha esplicitamente riconosciuto la rilevanza dei beni immateriali e del *know how* di impresa, come «valore aggiunto» alla mera prestazione lavorativa in grado di salvare l'operazione economica dall'area della illiceità sancita nella legge n. 1369.

²⁸⁰ Secondo la nota argomentazione sostenuta da Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 207 ss.

²⁸¹ Ricostruisce la nozione di «valore aggiunto» attraverso una identificazione di questo con l'esercizio del potere direttivo dell'appaltatore, inteso come attività di organizzazione delle prestazioni, De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni*, cit., 9 ss. Per una critica alle prospettazioni del «valore aggiunto» sopra brevemente accennate, attesa la inidoneità di queste a risolvere la questione della liceità o meno di fenomeni interpositori particolarmente complessi, v. Lo Faro, *op. cit.*, 92 ss.

²⁸² Fra le pronunce più recenti che sembrano portare definitivamente a compimento l'operazione di salvataggio di talune operazioni economiche molto vicine alla somministrazione di lavoro cfr. Cass. 18 marzo 2000, n. 3196 nella quale si definisce appalto di servizi lecito quello che, pur espletabile con mere prestazioni di manodopera, costituisce un servizio a se, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore e purché l'intervento direttamente dispositivo e di controllo delle strutture gerarchiche dell'appaltante si espliciti sull'attività dell'appaltatore e non sulle persone da questo dipendenti. Su tale pronuncia, si rinvia a Calcaterra, *op. cit.*, 156 ss. Non mancano, però, a tutt'oggi pronunce giurisprudenziali volte a sostenere una interpretazione più restrittiva del divieto, solo a titolo esemplificativo v. Cass., 30 ottobre 2002, n. 15337, su *RIDL*, 2003, 536 ss. con nota di Albi.

alla realizzazione dei loro interessi ed in conformità alle richieste che con più insistenza i privati medesimi, attraverso la tipicità sociale e la giurisprudenza, avanzano»²⁸³.

La risposta, che prima facie appare di estrema semplicità, si complica se alla premessa si aggiunge un particolare di non poco momento. È possibile cioè chiedersi: perché il legislatore ha regolato in maniera così dettagliata la somministrazione di lavoro, che si è detto di fatto già esistere nella pratica dei rapporti fra i privati, una volta abrogato il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro sancito nella legge del 1960? La domanda, come si intuisce, ne presuppone un'altra: esiste ancora nel nostro ordinamento un divieto di interposizione? O, meglio, un sistema di principi e norme che di fatto impediscono o limitano la possibilità di utilizzare manodopera non assunta direttamente?

Già dopo il disegno di legge delega n. 848 del 2001 e la successiva legge delega n. 30 del 2003 vari erano stati i dubbi sollevati dai primi commentatori su quale sarebbe stata la sorte del divieto di interposizione di manodopera, quali sarebbero stati i rapporti fra somministrazione e appalto e, soprattutto, quale sorte sarebbe toccata alla disciplina sul lavoro interinale di cui alla legge n. 196 del 1997²⁸⁴.

Che la stessa disciplina limitativa della somministrazione di manodopera contenuta nel d.lgs. n. 276 confermi l'esistenza di un divieto di interposizione nel nostro ordinamento pare un dato tanto scontato quanto, in fondo, apparentemente privo di coerenza sistematica. La presenza di indici normativi che confermano la permanenza di un'area di illiceità nell'utilizzazione indiretta delle prestazioni di lavoro²⁸⁵ che travalica i confini dell'appalto, da una parte, e della nuova disciplina sulla somministrazione di lavoro, dall'altra, non sembra sufficiente ad esimere l'interprete dal ricostruire dal punto di vista sistematico la ratio della disciplina restrittiva degli artt. 18, 20-28 a seguito del venir meno dell'art. 1 della legge n. 1369. Se, infatti, nel vigore della legge del 1960 questo poteva legittimamente sentirsi esonerato da un'indagine sulla coerenza sistematica della

²⁸³ È questo il criterio che induce il legislatore alla «tipizzazione» secondo Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss. Sul «tipo legale» come tipo corrispondente – o che intende corrispondere – ad una osservazione dell'*id quod plerumque accidit*, senza alcuna pretesa di racchiudere in sé la sintesi degli interessi socialmente utili cfr. anche Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 226 ss.; De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 129 ss.

²⁸⁴ Nella eccessiva genericità della delega esprimevano simili dubbi Carinci M.T., *L'interposizione e il lavoro interinale*, in Carinci F., Miscione (a cura di) *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002, 21ss.; Ricci M., *L'evoluzione delle fattispecie interpositorie: mercato del lavoro, politiche di flessibilità e relazioni industriali*, in *DLM*, 2003, 351 ss. In generale, per l'analisi ed i dubbi interpretativi sollevati a seguito della emanazione della legge delega, si rinvia a Del Punta, *Art. 1, c. 2, lett. m), n) o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in Carinci M.T. (a cura di) *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, 64 ss.; De Luca Tamajo, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *RIDL*, 2003, 167 ss.; Scarpelli, *La riforma del divieto di interposizione e l'introduzione dello staff leasing*, in *Note Informative*, 2002, n. 25, 15; Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 14/2003, sul sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n14_mazzotta.pdf.

²⁸⁵ L'esistenza di un'area di illiceità al di fuori delle ipotesi di somministrazione e appalto lecito, pare confermata da tutta una serie di indici sistematici, come ad esempio la necessità dell'autorizzazione in capo alla agenzia intesa come provvedimento amministrativo che rimuove un'illiceità (così Del Punta, *Art. 1, c. 2, lett. m), n) o). Appalto*, cit. 67), il regime sanzionatorio previsto dagli artt. 18, 27 e 28 del d.lgs. n. 276 del 2003, nonché dalla esplicita dizione dell'art. 84 del d.lgs. n. 276 cit. che espressamente richiama – anche in relazione alla possibilità di ricorso alle procedure di certificazione di cui agli artt. 75 e ss. – la distinzione tra interposizione illecita e appalto genuino.

disciplina sul lavoro interinale²⁸⁶ che espressamente nasceva quale deroga al divieto sancito nella legge n. 1369, meno chiaro potrebbe apparire – almeno ad una prima lettura – l'assetto di valori sottesi alla nuova disciplina sulla somministrazione.

Una lucida e pienamente condivisibile chiave di lettura nel ricomporre il *puzzle* che viene fuori dal d.lgs. n. 276 è quella suggerita da chi ha subito sdrammatizzato i potenziali effetti devastanti della riforma²⁸⁷, confermando che con essa non sarebbe intaccato il mantenimento del «vecchio assetto»: fornitura autorizzata – fornitura non autorizzata (*rectius* interposizione illecita) – appalto di servizi.

Se questo è vero, ad una lettura più approfondita del testo di legge, può tuttavia rilevarsi che il legislatore – più o meno consapevolmente ripercorrendo all'inverso il processo che aveva portato alla formulazione dell'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 - abbia fatto qualcosa di più del confermare «con parole diverse» l'assetto esistente.

3. Dal giudizio legale di «non meritevolezza» delle pattuizioni atipiche aventi ad oggetto il «lavoro subordinato altrui» alla creazione di un «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro.

Al fine di comprendere la reale portata del cambiamento, è bene premettere alcune considerazioni. Occorre innanzi tutto ricordare che l'art. 1 della legge n. 1369 faceva tecnicamente riferimento agli schemi contrattuali dell'appalto e/o del subappalto, non essendo in alcun modo possibile ricondurre alla fattispecie²⁸⁸ dell'appalto di cui all'art. 1655 c.c. il cosiddetto «appalto di mere prestazioni di lavoro»²⁸⁹. Detto «appalto di mere prestazioni di lavoro» non era nemmeno identificabile con l'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi di cui all'art. 1677 c.c., poiché appunto l'oggetto di questo consiste in un'attività concretatesi in un servizio, né con la somministrazione di cui all'art. 1559 c.c. che ha per oggetto prestazioni di cose. La disposizione – come è stato più volte sottolineato dalla dottrina – faceva evidentemente riferimento a fattispecie contrattuali atipiche, vale dire non inquadrabili in nessuno dei contratti nominati previsti dal codice civile e dalle leggi speciali²⁹⁰, tanto che la stessa conteneva anche una

²⁸⁶ Sul punto i contributi sono stati molto numerosi, in via esemplificativa v. Mazzotta, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, in *RIDL*, 1998, 181 ss.; Del Punta, *La «fornitura di lavoro temporaneo» nella legge n. 196/1997*, in *RIDL*, 1998, 198 ss.; Suppiej, *L'interposizione brevettata*, in *ADL*, 1998, 17 ss.; Rusciano, *Profili ricostruttivi dell'«affitto» di manodopera*, in *DML*, 1999, 81 ss.

²⁸⁷ Del Punta, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *ADL*, 2002, 289 ss. Una lettura della delega secondo la quale questa non potrebbe che confermare l'assetto esistente è offerta anche da Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio*, cit., 12. Per una lettura più preoccupata dell'assetto delle regole sulla «separazione del lavoro dalla impresa» cfr. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, 2003, su <http://www.cgil.it/giuridico/>.

²⁸⁸ Il termine «fattispecie» è sopra, e nelle pagine che seguono, utilizzato nel senso di «descrizione normativa del fatto», su cui cfr. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1976, 45 ss.

²⁸⁹ Particolarmente significativa, sotto tale profilo, è l'accusa di «inabilità tecnica» nella redazione della legge rivolta da Carnelutti, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, in *RDC*, 1961, 503, al legislatore dell'epoca. Lo stesso autore peraltro evidenziava come parlare di «appalto di mere prestazioni di lavoro» è una contraddizione in termini.

²⁹⁰ La «strutturale atipicità» delle fattispecie previste dall'art. 1 della legge 1369 è sottolineata da Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, 109. Sul punto, più di recente, cfr. De Simone, *Titolarietà dei rapporti*, cit., 57 ss.; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 60 ss.; Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *ADL*, 2001, 125 ss. che identifica il riferimento all'«appalto di mere prestazioni di lavoro» come vicenda patologica del tipico contratto di appalto.

definizione di chiusura che vietava all'imprenditore di utilizzare in «qualsiasi altra forma» mere prestazioni di lavoro fornite da un soggetto interposto.

Non esistono nel codice civile contratti nominati che hanno per oggetto il mero lavoro altrui²⁹¹, ed il dettato dell'art. 1 della legge n. 1369 altro non faceva che sancire il divieto di qualsiasi pattuizione atipica avente tale oggetto.

Detta previsione operava a monte quella valutazione, ex art. 1322 c.c., sulla meritevolezza dell'operazione contrattuale posta in essere dalle parti al di fuori degli schemi negoziali nominati. In tale materia, dunque, il legislatore era intervenuto - in funzione coercitiva a tutela del contraente più debole ovvero al fine di stabilire rapporti sociali più equi - a vietare ai privati di auto-regolamentare i loro interessi secondo modelli atipici²⁹².

Non è pensabile riepilogare in questa sede le ragioni storiche del divieto, né le interpretazioni sulla ratio, sulla utilità e sulla struttura dell'illecito configurato dal divieto medesimo che la dottrina ha fornito nell'arco di oltre un quarantennio²⁹³. Per estrema sintesi, è possibile ricordare che tutte le pattuizioni atipiche volte a realizzare, per dirla alla Carnelutti, una «somministrazione di lavoro subordinato altrui» siano state, in periodi e con argomentazioni diverse, ritenute incompatibili con il «tipo lavoro subordinato» di cui all'art. 2094 c.c.²⁹⁴. Secondo un'altra nota lettura, invece, la finalità della legge è stata quella di collocare il lavoratore subordinato nell'area di tutela più affidabilmente assicurata dal soggetto che, attraverso il significativo elemento della effettiva utilizzazione della prestazione, dimostrasse maggiore consistenza imprenditoriale²⁹⁵. Si deve, tuttavia, alla dottrina ed alla giurisprudenza più recente l'aver colto nel divieto di interposizione di cui all'art. 1 della legge n. 1369 una regola generale di trasparenza volta ad impedire «la frammentazione della realizzazione del contenuto tipico del contratto di lavoro attraverso la dissociazione tra il momento dell'acquisizione formale della prestazione (stipulazione del contratto di lavoro) ed il momento della effettiva utilizzazione della prestazione dedotta in contratto (svolgimento del rapporto di lavoro)»²⁹⁶.

La sussistenza di queste premesse – come si è sopra accennato – non ha tuttavia impedito che i rapporti economico-produttivi si evolsero in modo tale da rendere economicamente inesistente la differenza fra somministrazione di manodopera e appalto di servizi; né ha impedito alla giurisprudenza – in molti casi in evidente contrasto con il dato letterale-sistematico del divieto –

²⁹¹ Cfr. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1965, 1492 ss., il quale sottolinea che «la singolarità dell'oggetto, costituito dal lavoro subordinato altrui, impedisce di assumere la convenzione di cui si discute in uno schema nominato», 1521.

²⁹² Tale funzione del legislatore nel delineare gli spazi di autonomia contrattuale dei privati è ben delineata da Gazzoni, *Atipicità del contratto*, cit., 65.

²⁹³ Sul punto si rinvia ai più recenti lavori monografici citati alla nota 2 ed ivi alla cospicua letteratura sul tema.

²⁹⁴ La più completa elaborazione di tale ricostruzione sistematica si deve sicuramente a Mazzotta, *Rapporti interpositori*, cit. *Contra v.* oltre nota n. 42.

²⁹⁵ In tal senso v. Spagnuolo Vigorita, *Note sul "lavoro intermittente tramite agenzia"*, in *DRI*, 1992, 77 ss.

²⁹⁶ Così De Simone, *Titolarità dei rapporti*, cit., 173.

la creazione di un vero e proprio «tipo giurisprudenziale»²⁹⁷ di appalto di mere prestazioni di lavoro lecito.

Si è trattato, come è noto, di un «tipo giurisprudenziale» a geometria variabile, atteso che la valutazione di liceità è stata legata, di volta in volta, ad uno specifico giudizio sul caso concreto e su valutazioni equitative, nonché, più frequentemente, sulla sussistenza di un «valore aggiunto» apportato dall'appaltatore. Man mano che la realtà produttiva ha confermato la diffusione di contratti di appalto che, di fatto, avevano ad oggetto il solo lavoro altrui, la giurisprudenza ha condotto una operazione interpretativa delle «fattispecie appalto» che progressivamente ha attribuito sempre meno peso al reale oggetto del contratto (l'attività/servizio o la mera fornitura), soffermandosi invece sulla verifica della sussistenza di una organizzazione imprenditoriale in capo all'appaltatore, analizzata nella fase di esecuzione del contratto. Allo scopo di salvare operazioni che in base all'oggetto non potevano essere qualificate come appalto, l'indagine si è, dunque, concentrata sull'esternalizzato e sulle modalità attraverso cui questo dava esecuzione al contratto medesimo, più che sull'oggetto della esternalizzazione. Come è stato di recente osservato «il rilievo attribuito al soggetto dell'appalto (la natura imprenditoriale) è stato interpretato in maniera talmente decisiva e totalizzante da relegare tutto sommato in secondo piano persino la verifica sull'oggetto del contratto (il bene o il servizio), tendendo ormai la giurisprudenza a considerare sussistente il secondo una volta accertata la sussistenza della prima»²⁹⁸.

Gli itinerari giurisprudenziali sopra descritti, d'altra parte, si inseriscono nell'ambito di un più complessivo processo di espansione della fattispecie appalto come delineata nel codice civile. In proposito, la dottrina civilistica più recente ha messo in evidenza l'elasticità e la capacità espansiva del «tipo appalto», che si è a sua volta autonomamente evoluto attraverso la progressiva diffusione di appalti di servizi aventi ad oggetto una serie di prestazioni complesse consistenti tanto in un «fare» o in un «dare», quanto nella semplice «messa a disposizione» di un dato bene, idonee a procurare al committente svariate utilità²⁹⁹. Attraverso un'operazione sussuntiva, il tipo appalto – tramite numerose pronunce giurisprudenziali - ha attratto diversi fenomeni giuridico-economici che in qualche misura gli si avvicinavano, pur discostandosi formalmente dal «tipo» codificato nel 1942.

La creazione di un «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro si è inserita, dunque, in un più vasto fenomeno di utilizzo del metodo tipologico in funzione espansiva della fattispecie appalto. Laddove una operazione di qualificazione del contratto solo sulla base del suo

²⁹⁷ Sulla nozione di «tipo giurisprudenziale», quale prodotto della operazione con cui la giurisprudenza afferma che anche un rapporto avente caratteristiche non aderenti alla fattispecie legale può ricondursi, in base al concetto di prevalenza degli elementi tipici, alla disciplina propria del rapporto tipico che gli elementi prevalenti concorrono a costituire, cfr. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *RTDPC*, 1966, 785 ss.

²⁹⁸ Così Lo Faro, *op. cit.*, 89-90, ed in particolare v. le osservazioni contenute nella nota 47, ove si rileva giustamente che nella qualificazione dell'appalto dovrebbe essere l'elemento della fornitura del servizio ad avere valore assorbente ai fini della operazione qualificatoria, piuttosto che l'elemento della sussistenza dell'impresa, atteso che «se è vero che chi fornisce un servizio è quasi certamente una impresa, non è necessariamente vero il contrario, poiché una impresa può anche fornire mere prestazioni di lavoro». Per considerazioni simili cfr. De Simone, *Un diritto del lavoro per l'impresa «segmentata»*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento, 4-5 giugno 1999, Milano, 2000, 236 ss.

²⁹⁹ Sul punto cfr. Marinelli F., *Il tipo e l'appalto*, Padova, 1996. In generale sulla diffusione degli appalti di servizi v. Santini, *I servizi*, Bologna, 1987.

oggetto avrebbe condotto ad escludere la qualificazione dell'operazione come appalto ex 1655 o 1677 c.c. nonché ad una pronuncia di illiceità dell'operazione in virtù del divieto dell'art. 1 della legge n. 1369, si è preferito valorizzare il profilo organizzativo dell'appaltatore identificandolo – in mancanza di elementi materiali dell'attività di impresa – nel possesso di un, più o meno definito, know how³⁰⁰ e/o nell'esercizio del potere direttivo e gerarchico esercitato dall'appaltatore³⁰¹ nella fase di esecuzione del contratto. L'operazione di qualificazione condotta ha pertanto legittimato operazioni negoziali poste in essere da imprenditori genuini, ma aventi in concreto ad oggetto niente altro che mere prestazioni di lavoro, così – di fatto – modificando i tratti originari della fattispecie codicistica.

4. La «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro.

Nel sistema sopra delineato va esaminato l'impatto sistematico della riforma di cui al d.lgs. n. 276 cit. Con gli artt. 18, 20-28 si è data vita nel nostro ordinamento ad una fattispecie giuslavoristica di somministrazione, un nuovo «tipo contrattuale» che consente ad una parte di obbligarsi, verosimilmente verso corrispettivo di un prezzo, a fornire ad un'altra prestazioni periodiche o continuative di lavoro rese da terzi, senza che fra tali prestatori ed il soggetto che riceve la fornitura e utilizza le prestazioni si instauri un contratto di lavoro subordinato.

L'art. 20 non definisce espressamente il contratto di somministrazione, come invece faceva il vecchio art. 1, c. della legge n. 196 del 1997. È l'art. 2, c. 1, lett. a) che fornisce la definizione di «somministrazione di lavoro», dal punto di vista dell'oggetto del contratto, quale fornitura professionale di manodopera a tempo indeterminato o a termine. L'art. 20, c. 1 definisce l'area dei soggetti legittimati alla stipula del contratto, utilizzatore e agenzia autorizzata ai sensi degli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276, ed il c. 2 descrive - anziché il contenuto delle obbligazioni delle parti - direttamente gli effetti che si producono in funzione della causa per la quale il contratto è stipulato, stabilendo che «per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore». Affinché il contratto di somministrazione sia pienamente valido l'art. 20 fa espressamente riferimento alle condizioni di liceità: occorre, come si è detto, che l'agenzia sia autorizzata, che sussistano le causali previste dai cc. 3 e 4, che non si incorra in uno dei divieti di cui al c. 5, che siano rispettati i requisiti di forma previsti dall'art. 21, cc. 1 e 2. Qualora la somministrazione avvenga al di fuori dello schema previsto dal legislatore, è prevista a carico della agenzia e/o dell'utilizzatore la applicazione di diverse sanzioni civili, penali e amministrative³⁰².

L'operazione di «tipizzazione» posta in essere non ha solo la funzione di designare attraverso le caratteristiche principali di una singola realtà l'intera categoria di fatti in essa sussumibili, ma ha

³⁰⁰ Per una ricognizione delle varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali della nozione di *know how* si rinvia a Calcaterra, *op. cit.*, 131 ss.

³⁰¹ Cfr. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni*, cit., 46 ss.

³⁰² Per un primo commento alla disposizione di cui al d.lgs. n. 276 del 2003 v. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV. *Commentario al d.lgs. n. 276/2003*, 2003, dattiloscritto; cfr. inoltre Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in Tiraboschi (a cura di) *La riforma Biagi, I supplementi di Guida al Lavoro*, 2003, n. 4, 66 ss.; Tiraboschi, *La somministrazione si evolve*, in *La riforma del lavoro*, Guida Normativa, Il Sole 24ore, 2003, 49 ss.; Rausei, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in *DPL*, 2003, n. 33, 2199 ss.

anche la funzione di discriminare ciò che è caratteristico di quella categoria da ciò che invece è essenziale ai fini della validità e/o della liceità dell'operazione stessa³⁰³.

Tralasciando in questa sede di commentare analiticamente i numerosi profili della disciplina, sembra opportuno concentrarsi su alcuni punti nodali su cui ruota la nuova fattispecie di somministrazione.

Il legislatore, come già si era fatto con la legge n. 196, ha effettuato una valutazione di meritevolezza dell'interesse a stipulare contratti di durata che – al di fuori degli schemi conosciuti dal codice – hanno per oggetto la somministrazione di energie lavorative altrui, al fine di soddisfare un bisogno reiterato o solo temporaneo del somministrato/utilizzatore³⁰⁴.

La valutazione di meritevolezza dell'operazione economica, come si è detto, trae spunto dalla evoluzione dei processi di segmentazione del processo produttivo e dal «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro, via via riconosciuto – al ricorrere di determinati presupposti - come non socialmente pericoloso dalla giurisprudenza.

L'operazione di «tipizzazione» può essere osservata con particolare interesse sotto distinti profili.

- a) dal punto di vista dell'oggetto e/o della causa del contratto;
 - b) dal punto di vista del soggetto/somministratore;
 - c) dal punto di vista degli effetti contratto, vale a dire gli obblighi e i diritti spettanti alle parti.
- a) Per quanto concerne il primo profilo, è possibile osservare che il «tipo» somministrazione di lavoro è nel nostro ordinamento l'unica fattispecie contrattuale nominata avente ad oggetto la fornitura di lavoro subordinato altrui e la cui causa si identifica in un dare/fornire manodopera in cambio di un corrispettivo. L'oggetto e la causa del contratto sono gli elementi centrali intorno ai quali ruota e si qualifica l'intera fattispecie. Quando le parti si accordino su una fornitura di manodopera verso il corrispettivo di un prezzo nel rispetto delle previsioni dettate dalla disciplina di cui al d.lgs. n. 276, al giudice è preclusa una valutazione sulla meritevolezza della operazione economica, almeno in astratto considerata³⁰⁵.

³⁰³ Sull'esistenza di almeno tre significati del concetto di «tipo», «quello che si pone a base del cd. metodo tipologico e che assume la realtà singola a rappresentazione di una intera categoria, quello che assegna all'espressione la funzione di designare ciò che vi è di caratteristico nel modello ed, infine, quello volto a discriminare fra ciò che è caratteristico e ciò che è essenziale (...) per la sua stessa esistenza», v. Confortini, *Problemi generali del diritto attraverso la locazione*, Padova, 1988, 28 ss.

³⁰⁴ Non è possibile soffermarsi in questa sede sulla pur affascinante questione teorica dell'inquadramento del contratto di somministrazione come nuovo «tipo» che richiama taluni elementi già presenti in altre fattispecie contrattuali (contratto di somministrazione di cose, di locazione d'opera o di appalto di servizi). Per utili spunti di indagine si rinvia a Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in Scialoja, Branca (a cura di) *Commentario del Codice Civile*, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (1556-1570), Bologna-Roma, 1970; Mangini, Rudan Bricola, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione*, in *Giust. sist. civ. e comm.*, Torino, 1972, 343 ss.

³⁰⁵ La precisazione è d'obbligo a seguito della previsione contenuta nell'art. 28 del d.lgs. n. 276 che stabilisce un apposito regime sanzionatorio per la «somministrazione posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore». Ai sensi dell'art. 28, l'intento fraudolento rileva *autonomamente* ai fini dell'applicazione della sanzione penale dell'ammenda, che si aggiunge alle altre sanzioni previste dagli artt. 18 e 27. Tale, previsione, dunque, pare lasciare spazio ad ipotesi di punibilità dei comportamenti posti in essere dal somministratore e/o dal somministrato pure nel caso in cui il contratto di somministrazione sia stipulato nel rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dagli artt. 20 e 21: ciò sarebbe possibile qualora sia comunque rintracciabile un intento fraudolento di tali soggetti, volto ad eludere norme inderogabili di legge o di

b) In relazione al secondo profilo, si osserva che la fattispecie, per realizzarsi lecitamente, impone che il somministrante sia un imprenditore genuino, costituito in forma di società di capitali, con una certa solidità economica, con dei requisiti di onorabilità in capo agli amministratori e rappresentanti, con una certa consistenza organizzativa (la disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali) e ramificazione nel territorio, ecc. Il legislatore sottrae la valutazione sulla imprenditorialità del somministrante alla disponibilità dei privati ed al giudizio del singolo giudice e la cristallizza aprioristicamente nel procedimento autorizzatorio di cui agli art. 4 e 5 del d.lgs. n. 276 del 2003. L'organizzazione imprenditoriale del somministrante autorizzato è evidentemente costituita da elementi in prevalenza immateriali e l'attività di impresa, a proprio rischio, si concretizza nella fase preparatoria della organizzazione delle forze lavoro da fornire al somministrato (attività di ricerca e selezione del personale, stipula dei contratti di lavoro, formazione dei prestatori prima e/o durante la missione, informazione al lavoratore sulle modalità della prestazione lavorativa da rendere presso l'impresa utilizzatrice), nonché nella fase di gestione organizzativa della fornitura (pagamento delle retribuzioni ai lavoratori, assunzione del rischio economico di ferie, assenze per malattia, maternità, ecc., tramite il preventivo e diffuso accordo con l'utilizzatore di fatturare le sole ore effettivamente lavorate dai prestatori, sostituzione dei lavoratori assenti per malattia o a seguito dell'esercizio di una opzione di non gradimento dei lavoratori da parte dell'utilizzatore, aggiornamento professionale delle risorse, ecc.). La natura imprenditoriale dell'attività resa dall'agenzia si concretizza per l'esistenza di un «valore aggiunto» alla mera fornitura, che si identifica, dunque, con la organizzazione della fornitura gestita a proprio rischio.

c) Dal punto di vista degli effetti del contratto, è possibile osservare come la valutazione sulla meritevolezza dell'operazione economica sia stata inscindibilmente connessa alla garanzia che l'operazione medesima non si risolva in un abbassamento dei livelli di tutela dei lavoratori coinvolti. A puntello di tale obiettivo sono fissate tutta una serie di previsioni a garanzia dei lavoratori medesimi, come il principio di parità di trattamento, il rispetto delle previsioni in materia di salute e sicurezza, la possibilità di esercitare i diritti sindacali, il rispetto delle norme previdenziali, il regime di responsabilità solidale fra somministratore e utilizzatore, ecc. A fronte della stipula di un contratto di somministrazione validamente concluso con l'agenzia autorizzata e nel rispetto di tutte le previsioni previste dalla legge, si attribuisce al somministrato la possibilità di utilizzare il lavoratore, vale a dire di appropriarsi dei risultati prodotti dalla prestazione lavorativa, e di esercitare sul lavoratore medesimo il potere direttivo. Laddove la somministrazione di lavoro si svolga al di fuori dei limiti e delle condizioni previste dalla legge, il lavoratore può chiedere, mediante

contratto collettivo applicate al lavoratore. Sebbene non sia possibile in questa sede affrontare analiticamente l'ambito di operatività di tale previsione, pare potersi rilevare che per effetto di una sorta di nemesi storica la tesi dell'interposizione in frode alla legge sostenuta da Cessari alla fine degli anni cinquanta riacquisti, nella nuova disciplina di cui all'art. 28 cit., importanza e dignità quale fattispecie autonomamente sanzionata dal legislatore e, nel medesimo tempo, quasi come se fossero tornate indietro le lancette della storia, pare destinata a riaccendere tra i giuslavoristi un dibattito che sembrava ormai definitivamente sopito. A parte le ovvie difficoltà connesse ad una eventuale prova dell'intento elusivo, pare infatti che il problema, ieri come oggi, sarà quello «di stabilire il trattamento da assegnare a siffatta attività illecita e soprattutto di individuare le conseguenze della nullità», così Mazzotta, *Rapporti interpositori*, cit., 148.

ricorso al giudice, notificato anche solo al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo con effetto dall'inizio della somministrazione.

La valutazione di meritevolezza della operazione economica sopra descritta e la conseguente tipizzazione della fattispecie è, ovviamente, gravida di conseguenze sull'ordinamento. Ciò che prima era atipico e vietato, ora diviene tipico e ammesso, ma solo a certe condizioni ritenute indispensabili dal legislatore. Discorso simile potrebbe, d'altra parte, essere fatto anche in relazione alla previsione di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276 relativa al distacco, con cui il legislatore ha creato un «tipo legale» di distacco che, in qualche modo, ricalca il «tipo giurisprudenziale» che, pur nelle strettoie della legge n. 1369, aveva trovato riconoscimento nell'ordinamento³⁰⁶.

In proposito, pare tuttavia potersi rilevare che la scelta dell'ordinamento appare ancora una volta chiara: il tipo lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. non consente che un soggetto utilizzi e diriga una prestazione di lavoro subordinato senza instaurare con il prestatore medesimo un rapporto di lavoro³⁰⁷. Solo l'operazione economica che si realizzi nell'ambito della fattispecie tipizzata dagli art. 18, 20-28 del d.lgs. n. 276 – o in quella tipizzata nell'art. 30 sul distacco -, è espressamente ritenuta dal legislatore meritevole di tutela e, dunque, idonea a consentire ad un terzo estraneo al contratto di lavoro di utilizzare il lavoro altrui e di esercitare sul lavoratore il potere direttivo senza ricadere direttamente nella fattispecie del 2094 c.c. In proposito, è bene sottolineare che con tale intervento non pare che il legislatore abbia disatteso il noto orientamento con cui la Corte Costituzionale ha evidenziato la sussistenza di limiti imposti dall'ordinamento allo stesso legislatore alla disponibilità del «tipo lavoro subordinato» sancito nell'art. 2094 c.c. Sebbene non sia possibile in questa sede affrontare analiticamente i risvolti di una questione così complessa, sembra doversi condividere quanto già sostenuto da una autorevole dottrina che si è occupata approfonditamente della fattispecie del lavoro temporaneo tramite agenzia, e che ha rilevato come in questo caso «la legge non sottrae, bensì estende (pur con adattamenti) le tutele inderogabili del diritto del lavoro ad un soggetto che opera, nei rapporti con l'utilizzatore, in condizioni di fatto equiparabili a quelle di un lavoratore subordinato pur senza esserlo dal punto di vista formale»³⁰⁸. L'operazione legislativa, d'altra parte, sembra – almeno sotto questo punto di vista – dare risposta a quella crisi di identità del diritto del lavoro, in relazione alla quale Massimo

³⁰⁶ Sebbene si sia scelto, in sede di questo primo commento, di leggere il nuovo assetto delle fattispecie interpositive alla luce della disciplina della somministrazione, particolare segnalazione merita anche il processo di tipizzazione del comando di cui all'art. 30 cit. Sull'evoluzione giurisprudenziale del comando/distacco nel settore privato e sulla incerta compatibilità della fattispecie con il divieto di interposizione sancito nella legge n. 1369 si rinvia, a titolo esemplificativo di una bibliografia molto vasta, a Esposito, *op. cit.*; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro*, cit., 175 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁰⁷ Pur non essendo possibile in questa sede affrontare analiticamente la questione, pare potersi rilevare che il circondare di previsioni apposite l'utilizzo delle prestazioni lavorative altrui al di fuori del rapporto di lavoro subordinato, non faccia che confermare – a prescindere dalla abrogazione della 1369 - la incompatibilità logica del rapporto interpositivo con il tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa di cui al 2094 c.c. Su tale incompatibilità cfr., per tutti, Mazzotta, *Rapporti interpositivi*, cit. Pure senza l'espresso divieto di interposizione, non sembra, dunque, che il legislatore abbia lasciato spazio a ricostruzioni teoriche del 2094 c.c. che consentano di far rientrare nel «tipo» codicistico di lavoro subordinato pattuizioni con le quali il lavoratore si impegni con il proprio datore a prestare il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione di un soggetto terzo estraneo al rapporto. Hanno, invece, teorizzato la compatibilità di pattuizioni di tal genere con la nozione codicistica di subordinazione Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, 81; Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 221; Bellocchi, *op. cit.*, 176 ss.

³⁰⁸ V. Speciale, *La struttura del contratto*, cit., 309.

D'Antona invitava ad affrontare il tema della subordinazione «riorganizzando le garanzie, tramite un adattamento del diritto del lavoro a una realtà diversificata, dalla quale continuano a promanare forti domande di tutela»³⁰⁹. Di fronte ad una mutata realtà produttiva che vede la diffusione fisiologica di forme di utilizzo del lavoro subordinato altrui, il legislatore ha scelto di aumentare e differenziare le tutele dei lavoratori coinvolti in tali operazioni, non ultimo rafforzando il principio di parità di trattamento «come spada», vale a dire come regola che, di fatto, fa conseguire ai lavoratori quei risultati che normalmente nella nostra tradizione giuslavoristica sono garantiti dalla norma inderogabile³¹⁰.

Se è vero quanto fino ad ora detto, è però innegabile che l'operazione di «tipizzazione» del contratto di somministrazione si colloca nel solco di quella tendenza alla «rimercantilizzazione» del lavoro che in una versione sofisticata, da anni ormai, caratterizza le società industriali progredite³¹¹. Il lavoro si sgancia dalla persona del lavoratore e diventa bene/oggetto di un contratto di scambio fra imprenditori. La natura particolare del «bene» oggetto del contratto, tuttavia, fa sì che tale contratto venga attratto nell'analisi giuslavoristica, confermando quell'«ampliamento dell'ambito delle competenze del diritto del lavoro con conseguente utilizzo di tecniche e modalità tipiche del suo intervento, in aree non di tradizionale pertinenza – come appunto in questo caso in materia di contratti commerciali -, con positiva ibridazione di linguaggi, tecniche normative e valori»³¹².

5. Somministrazione e appalti a bassa intensità organizzativa: verso un nuovo regolamento di confini?

Come si è sopra visto, il tipo appalto, anche attraverso l'avallo della giurisprudenza, aveva dato prova di essere in grado di sussumere in sé operazioni in parte atipiche che travalicavano i confini della fattispecie codicistica per la particolarità dell'oggetto del contratto che, con sempre più frequenza, poteva essere identificato nella mera fornitura di prestazioni di lavoro. Contestualmente alla abrogazione della legge n. 1369 ben si sarebbe potuto pertanto assottigliare concettualmente la differenza fra somministrazione e appalto rafforzando a monte i sistemi di controllo sulla consistenza organizzativa e patrimoniale dell'appaltatore/interposto o estendendo la regola della parità di trattamento e della responsabilità solidale in tutti quei casi in cui, ad esempio, fosse rintracciabile una posizione di dipendenza economica dell'interposto nei confronti del committente,

³⁰⁹ D'Antona, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, 1989, ora in Caruso, Sciarra (a cura di) *Opere*, Milano, 2000, III, 1224.

³¹⁰ L'espressione usata è di Barbera, *L'uguaglianza come scudo e l'uguaglianza come spada*, in RGL, 2002, 805 ss., cui si rinvia per l'analisi sul ruolo attuale del principio di uguaglianza nel diritto del lavoro.

³¹¹ Sul processo di «rimercantilizzazione» del lavoro e sulle possibilità ed i rischi connessi alla riproposizione di logiche mercantili cfr. Grandi, *«Il lavoro non è una merce»: una formula da rimeditare*, in LD, 1997, 557 ss. Sul principio secondo cui «il lavoro non è una merce» cfr. pure la lettura proposta da Tiraboschi, *Lavoro temporaneo*, cit., 138 ss.

³¹² Caruso, *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, in DLRI, 2002, 92 ss., cui si rinvia in relazione alle riflessioni sulla sempre più frequente funzionalizzazione del diritto del lavoro e sindacale a scopi eterodeterminati. L'espressione «contratti commerciali», come sopra utilizzata, è mutuata da quella dottrina civilistica che, sulla scorta della copiosa legislazione comunitaria in materia, ha rinvenuto la possibilità di una rinnovata distinzione fra «contratti civili» e «contratti commerciali», così Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. It.*, 1993, IV, 69 ss.

così sdrammatizzando la distinzione tra somministrazione e appalto di servizi³¹³. Il nuovo decreto, invece, sembra essere andato in una direzione diametralmente opposta³¹⁴, laddove si sono accentuate le differenze fra somministrazione e appalto non solo, come si è visto, prevedendo una disciplina specifica per i soggetti che svolgono l'attività di somministrazione e aumentando gli oneri in capo alle agenzie³¹⁵, ma anche, e contestualmente, eliminando del tutto il principio della parità di trattamento in relazione ai cosiddetti «appalti interni» disciplinati dalla vecchia legge n. 1369.

La «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro è stata, dunque, la strada maestra seguita dal legislatore per circondare di tutele l'utilizzo del lavoro subordinato altrui: attraverso tale fattispecie, nonché nell'ambito dei rapporti di lavoro fra agenzia e prestatore, si è predisposto un assetto di interessi ritenuto in via preventiva e generale equo ed idoneo a tutelare i soggetti più deboli coinvolti nel contratto di lavoro cui è funzionalmente collegato il contratto di somministrazione.

Ciò rilevato, pare doversi condividere l'osservazione secondo la quale somministrazione di manodopera autorizzata e «fornitura di manodopera realizzata attraverso un appalto di servizi personali siano da considerare alla stregua di vasi comunicanti il riempimento di uno dei quali determina lo svuotamento dell'altro»³¹⁶. È possibile ritenere che il «tipo» somministrazione di lavoro di cui al d.lgs. n. 276 abbia voluto assorbire – al fine di garantire una maggiore tutela ai lavoratori utilizzati da un soggetto diverso dal loro datore di lavoro - una corposa parte di operazioni economiche che nel vigore del divieto di interposizione di cui alla legge n. 1360 si erano fatte rientrare nel sopra ampiamente descritto «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro. Le agenzie di somministrazione non si limitano, infatti, a fornire manodopera e a lucrare passivamente su tale fornitura; esse, come si è sopra visto, attraverso una organizzazione che ha natura imprenditoriale apportano alla mera fornitura una quid pluris identificabile nelle competenze con le quali si sono selezionate e/o formate le risorse, nelle reti relazionali di supporto, nel servizio di gestione tecnico-contabile delle stesse, ecc. Al medesimo tempo, il controllo a monte sulla affidabilità delle agenzie e la previsione di una serie di tutele nei rapporti fra agenzia e lavoratore garantiscono ex lege che l'operazione non sia in contrasto con la «coscienza sociale».

L'avvenuta «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro, che dunque assorbe una cospicua parte del «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro, come elaborato da parte della dottrina nel vigore della legge del 1960³¹⁷, non risolve tuttavia la complessità delle questioni prospettabili in tema di fattispecie interpositorie.

³¹³ Era questa la proposta avanzata da Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 267 ss.

³¹⁴ Cfr. Ichino, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, in *DRI*, 2002, 389 ss. che, appunto, rileva la differenza di impostazione fra la proposta dallo stesso avanzata al Convegno A.I.D.LA.S.S. di Trento e la disciplina che di lì a poco sarebbe stata introdotta sulla scorta della legge delega n. 30 del 2003. V. pure Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi*, cit., 77.

³¹⁵ Ad esempio, tramite la previsione del versamento al Fondo di formazione di un contributo pari al 4 per cento delle retribuzioni corrisposte ai lavoratori, come previsto dall'art. 12 del d.lgs. n. 276 del 2003.

³¹⁶ Così Lo Faro, *op. cit.*, 141.

³¹⁷ Si fa riferimento soprattutto alla ampia nozione di «valore aggiunto» elaborata da Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 207 ss. Un'altra cospicua parte di elementi caratterizzanti il «tipo giurisprudenziale» a *geometria variabile* di cui si è detto sono invece confluiti nella previsione di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276 in tema di appalto, su v. oltre.

La distinzione apparentemente così chiara e netta fra somministrazione e appalto è, infatti, comunque destinata a sfumare in una miriade di incertezze interpretative al solo osservare la complessità della casistica giurisprudenziale ad oggi esistente sui cosiddetti appalti a bassa densità organizzativa, in cui è proprio l'oggetto dedotto in contratto (il servizio ad es. consistente nella pulitura dell'ufficio vale a dire un risultato raggiunto mediante una specifica attività posta in essere dallo stesso, o la mera fornitura della manodopera che pulirà l'ufficio) ad essere difficilmente verificabile. La stessa dottrina privatistica, d'altra parte, si è pacificamente assestata su una definizione evanescente dell'oggetto dell'appalto di servizi, quale «attività diretta a produrre una utilità ovvero a soddisfare un determinato interesse del committente, senza elaborazione di materia»³¹⁸. Si è visto che anche la somministrazione presuppone una attività di ricerca e selezione del personale, di gestione del personale medesimo, ecc. che, certamente, produce una utilità economicamente valutabile per il committente. Non pare, dunque, che la distinzione fra somministrazione «tipizzata» e appalto ricercata unicamente in relazione al reale oggetto del contratto³¹⁹ sia in grado di dare risposta definitiva alla miriade di incertezze che la prassi dei rapporti contrattuali presenta.

È fin troppo evidente che anche il legislatore si sia subito reso conto delle difficoltà di un preciso regolamento di confini fra le due fattispecie ed abbia tentato di porre dei rimedi alle possibili incertezze interpretative, addirittura prevedendo – all'art. 84, c. 1 – la possibilità di utilizzare le procedure di certificazione, sia in sede di stipulazione dell'appalto, sia nella fase di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della concreta distinzione fra appalto e somministrazione di lavoro³²⁰.

In proposito, si è già ricordato che una autorevole dottrina ha recentemente proposto una diversa, nonché maggiormente articolata ricostruzione del concetto di «valore aggiunto». In particolare si è evidenziato che, negli appalti a bassa densità organizzativa, «ciò che trasforma l'apporto di mera manodopera in lecito appalto è solo la presenza di un elemento di organizzazione e direzione della prestazione lavorativa (e non della fornitura a monte) che evolve, appunto, l'apporto di mere energie lavorative nella complessa fornitura di un'opera o di un servizio a favore del committente»³²¹. In tal senso, opportunamente, si è precisato che il quid pluris aggiunto dall'appaltatore deve essere qualcosa di diverso da quella attività – anch'essa avente natura imprenditoriale e gestita a proprio rischio – svolta dalle imprese di fornitura di lavoro temporaneo

³¹⁸ In tal senso Bertolotti, *Appalto di servizi*, in Costanza (a cura di) *L'appalto privato*, Torino, 2000, 410 ss.; cfr. inoltre Rubino, *Appalto privato*, in *Nuoviss. Dig.*, I, 1, Torino, 1968, 691 ss. il quale rileva che i servizi, come oggetto dell'appalto, non possono essere definiti, per buona parte, se non in maniera negativa: e cioè come qualsiasi utilità che può essere creata per un altro soggetto e fornita di un immediato contenuto economico.

³¹⁹ Una verifica sull'oggetto del contratto pare possa essere condotta anche sulla scorta dell'indagine sulla «qualità» dei servizi appaltati e, dunque, sull'interesse dell'appaltante a rivolgersi a imprese che offrano servizi di qualità secondo standard europei; sul punto cfr. le proposte di Bonardi, *op. cit.*, 361 ss.

³²⁰ Sulle procedure di certificazione di cui agli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 276 v. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 23/2003, sul sito www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm; Speciale, *La certificazione della somministrazione e dell'appalto di opere o servizi*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, vol. 4, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione*, Milano, 2003, dattiloscritto.

³²¹ Cfr. ampiamente De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni*, cit., 48 ss. che distingue in proposito i concetti di «organizzazione dei lavoratori» e «organizzazione delle prestazioni lavorative».

ex legge n. 196 del 1997: anche le imprese di fornitura – ed oggi le agenzie di somministrazione - organizzano il lavoro, selezionano e formano le risorse. Per tale ragione, si è ritenuto che «solo attribuendo rilievo, ai fini della liceità dell'appalto, all'esercizio del potere direttivo, conformativo e di controllo da parte dell'appaltatore si ristabiliscono le distanze fisionomiche tra appalto lecito e fornitura di lavoro temporaneo»³²².

Tale ricostruzione dottrinale pare aver trovato pieno accoglimento nel d.lgs. n. 276 del 2003, laddove si introduce una precisazione lavoristica in relazione alla fattispecie delineata dall'art. 1655 c.c. L'art. 29 puntualizza, infatti, che l'appalto «si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore³²³, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa».

Per espressa previsione dell'art. 29 cit.³²⁴ non pare che esso abbia la funzione di modificare il tipo appalto codificato nell'art. 1655 c.c. introducendo nella fattispecie un nuovo elemento qualificante. L'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore non è, infatti, un elemento che qualifica il tipo appalto ai sensi dell'art. 1655 c.c.: il codice, come è noto, attribuisce un ruolo specifico al requisito della «organizzazione di mezzi necessari» che deve essere posseduta dall'appaltatore, nonché della «gestione a proprio rischio», vale a dire al rischio di non realizzare il risultato/servizio dedotto in contratto e/o di non riuscire a coprire i costi ed a lucrare sulla differenza fra il costo del servizio e l'ammontare del corrispettivo pattuito. L'elemento della titolarità del potere di direzione da parte dell'appaltatore era stato preso in considerazione fin dal 1936 ed era stato introdotto quale elemento essenziale e qualificante dell'appalto in una delle prime versioni del codice civile; tuttavia, tale elemento è stato successivamente sostituito o, comunque, ricondotto, al requisito della gestione a proprio rischio, atteso che non si era ritenuto incompatibile con il tipo appalto la possibilità che il committente potesse nominare una persona di sua fiducia per dirigere e controllare i lavori insieme all'appaltatore³²⁵. Coerentemente al tipo codificato, uno dei naturalia negotii che discendono dal complessivo assetto di interessi realizzato con il contratto

³²² De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni*, cit., 51 ss. *Contra* tale impostazione, a sostegno della irrilevanza dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore, si era invece pronunciata parte della dottrina dopo l'entrata in vigore della legge del 1960, cfr. Benedetti, *Profili civilistici*, cit., 1512 ss.

³²³ Si ricorda che già la legge delega (all'art. 1, c. 2, lett. m, n. 3) aveva invitato il legislatore delegato ad una «chiarificazione dei criteri di distinzione fra appalto e interposizione». In tal senso, l'art. 84, c. 2, del d.lgs. n. 276 cit. stabilisce peraltro che entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto, il Ministero del lavoro adotterà con proprio decreto codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della «rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore».

³²⁴ Ove si specifica che «ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione...».

³²⁵ V. Pandolfelli, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942, 406, il quale - richiamando il progetto del 1936 - ricorda come, alla fine, si sia preferito mettere in rilievo l'elemento della gestione a proprio rischio, anziché l'elemento della direzione da parte dell'appaltatore che «in qualche caso diventa quasi un semplice esecutore delle direttive e delle disposizioni date dal fiduciario del committente. Invece, l'elemento della gestione a rischio dell'appaltatore, nel senso che questo organizza a proprio rischio le attività necessarie alla produzione dell'*opus*, è un carattere ineliminabile dell'appalto, mancando il quale il contratto assume un *nomen iuris* diverso. Il che non esclude che l'appaltatore debba avere in qualche modo la direzione dell'impresa, come risulta ugualmente dal concetto di gestione a rischio».

di appalto è proprio il diritto di ingerenza e di controllo che, pur nel rispetto della autonomia dell'appaltatore, può essere esercitato dal committente, ex art. 1662 c.c., durante l'esecuzione dell'opera. In virtù di tale diritto di ingerenza, il committente può – direttamente o per mezzo di un suo delegato, ad esempio il direttore dei lavori - «osservare il modo in cui si svolgono i lavori, e quindi può eventualmente sindacare il modo e il ritmo»³²⁶.

D'altra parte, è proprio sulla scorta di tale possibile e lecita ingerenza del committente nella concreta direzione dei lavori che parte della dottrina ha avanzato talune perplessità sull'utilizzo del criterio della verifica del soggetto che esercita il potere direttivo ai fini della distinzione fra appalto lecito e interposizione illecita nel vigore della legge n. 1369³²⁷.

Occorre tuttavia rilevare come, probabilmente, il legislatore del 2003, pur avendo abrogato la legge n. 1369, è stato in qualche modo costretto ad intervenire anche sul versante della fattispecie appalto al fine di evitare una pericolosa situazione di incertezza interpretativa che non avrebbe escluso la possibilità che il «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro confluisse interamente nella fattispecie di somministrazione «tipizzata» negli artt. 18, 20-28.

In tal senso, si è ritenuto opportuno introdurre la possibilità che – nei casi dubbi – l'operazione qualificatoria fra le due fattispecie possa essere condotta attraverso la verifica sul soggetto che esercita il potere direttivo, al fine di stabilire a chi il lavoratore sia subordinato³²⁸.

L'art. 29, ferme restando le caratteristiche e la disciplina del tipo appalto descritto dagli artt. 1655 o 1677 c.c., pare avere la funzione di individuare un elemento di tipicità eventuale ed aggiuntiva che potrà essere ricercato tramite l'analisi delle modalità attraverso cui le parti danno esecuzione al contratto al fine di risolvere taluni dubbi di qualificazione quando né la causa e l'oggetto del contratto, né gli elementi della organizzazione di mezzi e della gestione a proprio rischio, siano idonei a fornire elementi di valutazione sufficienti ai fini della qualificazione della fattispecie come appalto o come somministrazione. In proposito non può non rilevarsi, tuttavia, che la valorizzazione della titolarità del soggetto che esercita il potere direttivo come elemento qualificante degli appalti cosiddetti labour intensive non potrà non comportare un necessario self restraint dei poteri di controllo e conformazione esercitabili dal committente sulla base dell'art. 1662 c.c.³²⁹ Una eventuale interpretazione restrittiva del diritto di ingerenza che spetta al committente ex art. 1662 c.c., d'altra parte, non varrebbe in alcun modo a modificare il tipo appalto codificato dall'art. 1655 c.c. atteso che elemento qualificante del tipo, nonché parte integrante della causa del contratto di appalto, è «la totale assunzione delle responsabilità organizzative da parte dell'appaltatore»³³⁰.

La precisazione «giuslavoristica» contenuta nell'art. 29 cit. recepisce in tal modo l'elemento che sicuramente si era affermato con valenza predominante nel «tipo giurisprudenziale» di appalto

³²⁶ Cfr. Rubino, *L'appalto*, in Vassalli (a cura di) *Trattato dir. Civ. it.*, VII, Torino, 1980, 227.

³²⁷ Cfr. Bonardi, *op. cit.*, 345 ss.; Lo Faro, *op. cit.*, 98 ss.

³²⁸ In tal senso cfr. Carinci M.T., *La fornitura di lavoro*, cit., 87.

³²⁹ Cfr. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni*, cit., 58.

³³⁰ Sul punto v. Marinelli F., *Il tipo e l'appalto*, cit., 24 ss.

di mere prestazioni di lavoro a geometria variabile diffusosi nel vigore della legge del 1960³³¹, senza però – come si è detto – modificare il tipo appalto codificato nel 1942. Per tale ragione, come del resto pare inequivocabilmente confermato anche dalla previsione di cui all'art. 84, c. 2 del d.lgs. n. 276, il requisito della «reale organizzazione di mezzi», per quanto potenzialmente assottigliabile all'infinito a secondo della natura e del tipo di attività dedotta in contratto, continuerà a svolgere un ruolo primario ai fini della qualificazione dell'operazione economica posta in essere dalle parti, e ciò a prescindere dal fatto che sia venuta meno la, peraltro anacronistica, presunzione legale di cui all'art. 1, c. 3 della legge n. 1369 che espressamente faceva riferimento al possesso di «macchine ed attrezzature»³³².

Ferma restando, dunque, la centralità della verifica sull'oggetto del contratto e sulla sussistenza di una «organizzazione di mezzi» idonea allo svolgimento della attività dedotta in contratto, nel caso in cui detto oggetto sia identificabile in un servizio in cui vi è scarsa o nulla necessità di elementi materiali e di strumenti di lavoro (lavori di facchinaggio, pulizia, vigilanza, ma anche lavori altamente qualificati prestati da programmatori o analisti informatici, ecc.) la scelta di distinguere le due fattispecie anche tenendo conto del soggetto che dirige la prestazione appare condivisibile. Il d.lgs. n. 276, come si è detto, ha confermato che il principio della necessaria coincidenza tra il titolare del rapporto di lavoro e colui che utilizza la prestazione è la regola nel nostro ordinamento. Per tale ragione, colui che vuole utilizzare e dirigere il lavoro subordinato altrui non può farlo se non nei modi previsti dalla disciplina sulla somministrazione di manodopera. Se la reale necessità di una impresa è semplicemente quella di acquisire manodopera e dirigerla, e non di usufruire di un servizio, si è fuori dai confini dell'appalto e l'impresa stessa dovrà stipulare direttamente contratti di lavoro subordinato o, se ne ricorrono le condizioni, contratti di somministrazione.

5.1. Segue. I dubbi lasciati irrisolti dalla nuova disciplina.

La precisazione contenuta nell'art. 29, tuttavia, non appare in grado di risolvere una volta per tutte i numerosi casi dubbi, in cui le differenze fra «organizzazione di impresa» e «organizzazione delle prestazioni»³³³ sfumano in una serie di impalpabili formalismi.

Nel persistere di talune inevitabili incertezze interpretative c'è però una cosa che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276, non potrà più essere consentita al giudice: la mancanza di rigore. Se, come si è più volte ricordato, nella vigenza della legge n. 1369, la giurisprudenza ha avallato anche interpretazioni eccessivamente «lassiste»³³⁴ sulla sussistenza del potere direttivo, giocando sulla difficoltà di distinguere l'esercizio del potere direttivo dal potere di conformazione dell'appaltante³³⁵, giustificate dalla necessità di non penalizzare forme di decentramento produttivo sempre più comuni nella pratica, nonché ritenute non socialmente pericolose, v'è da ritenere un tale

³³¹ Sul punto si rinvia alla più recente giurisprudenza di legittimità citata alla nota n. 17. V. pure Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti*, cit., 2 ss.

³³² Cfr. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti*, cit., 5 ss.

³³³ Su cui De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni*, cit., 40 ss.

³³⁴ L'espressione è di Carinci M.T., *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo*, in AA.VV. *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in *QDLRI*, Utet, Torino, 1999, n. 22, 108.

³³⁵ Per una disamina di sentenze che contengono simili «sbavature», cfr. Bonardi, *op. cit.*, 343 ss.

atteggiamento oggi non possa ritenersi più giustificato per una precisa scelta fatta dal legislatore. Prima del d.lgs. n. 276 poteva ritenersi necessario intraprendere operazioni di aggiornamento del divieto di interposizione che ne allentassero le maglie. Dopo il d.lgs. n. 276 è già stato il legislatore che, attraverso una serie di «norme ordinatrici» con cui si è fissato un preciso ordine economico di regolamentazione del mercato³³⁶ ove è possibile scambiare il «bene» lavoro altrui, ha ridefinito i rapporti tra le fattispecie interpositorie: quando l'impresa ha necessità di utilizzare personale, ed anche di dirigerlo, ma – per scelte gestionali e/o puramente economiche – decide di non assumere direttamente, non può che rivolgersi ad un'agenzia autorizzata ed ottenere una fornitura di manodopera a tempo determinato o indeterminato; non potrà più mascherare simili operazioni dietro pseudo appalti di manodopera, magari meno costosi della somministrazione, in cui il pseudo appaltatore si limiterà formalmente ad impartire generiche direttive ai lavoratori (esempio classico è quello della semplice affissione dell'orario di lavoro o la mera predisposizione dei turni di ferie). La regola della necessaria coincidenza fra titolarità formale e sostanziale del rapporto di lavoro, come si è detto derogata dalla fattispecie «tipizzata» tramite il contratto di somministrazione, non potrà essere elusa nemmeno a fronte di un fenomeno di esternalizzazione che, potenzialmente, non lede i diritti dei lavoratori coinvolti, poiché già la valutazione sulla meritevolezza di eventuali operazioni economiche aventi ad oggetto il lavoro altrui è stata effettuata dal legislatore e cristallizzata nel «tipo legale» della somministrazione di lavoro. In tale disciplina, come si è visto, solo le agenzie autorizzate assumono «la posizione di soggetti del mercato in base ad un'investitura normativa»³³⁷.

Ma vi è di più. I casi in cui è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, previsti dall'art. 20, c. 3 del d.lgs. n. 276, ricalcano con notevoli somiglianze le ipotesi elencate dal vecchio art. 5 della legge n. 1369, per le quali si prevedeva una sorta di interpretazione autentica dell'art. 1, «certificando» ope legis la genuinità di quegli appalti a bassissima densità organizzativa. Quella previsione, come anche quella contenuta all'art. 3 della medesima legge del 1960 sugli appalti interni, aveva la funzione di salvaguardare talune pratiche contrattuali dalla voracità del divieto sancito dall'art. 1, nonché di garantire taluni diritti ai dipendenti dell'appaltatore; tali appalti non erano immediatamente da considerare illeciti ex art. 1 e, in questi, la genuinità dell'appaltatore, la sussistenza dei mezzi idonei allo svolgimento del servizio, l'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore medesimo andavano esaminati e verificati dal giudice caso per caso. Si è già detto di come la giurisprudenza abbia, pian piano, allentato le maglie del giudizio sulla legittimità di tali appalti. Ma tutto questo accadeva nella vigenza dell'art. 1 della legge n. 1369 e, con essa, del divieto dell'attività di somministrazione. Nell'odierna disciplina, le attività cui si riferivano quegli stessi appalti individuati nell'art. 5 della legge n. 1369 costituiscono, in buona parte, le ipotesi tassative in cui è possibile ricorrere alla somministrazione. Verrebbe da affermare che le attività elencate nell'art. 20, c. 3, creino quasi una presunzione di somministrazione.

Pur senza arrivare a sostenere l'esistenza di una simile presunzione, poiché, in realtà, è vero che nulla esclude che le attività elencate dall'art. 20, c. 3, del d.lgs. n. 276 possano anche costituire l'oggetto di un appalto di servizi, e che la natura di appalto possa essere rilevata anche tramite la

³³⁶ Cfr. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001, 11 ss.

³³⁷ Cfr. Irti, *op.ult. cit.*, 53.

verifica dell'esercizio del potere direttivo in capo all'appaltatore, non può però non essere invocato il rispetto di una distinzione più rigorosa fra appalto di servizi e somministrazione voluta dallo stesso legislatore del 2003.

Gli scenari, a questo punto, sono molteplici e rilevanti le questioni prospettabili, alcune già – forse provocatoriamente – avanzate da parte della dottrina³³⁸, su cui occorrerà riflettere. Le imprese specializzate in appalti di servizi personali (imprese di pulizia, società di servizi informatici, ecc.) saranno tutte costrette a ottenere l'autorizzazione di tipo generalista, o più probabilmente di tipo specialista, per poter continuare a svolgere la propria attività?³³⁹ Cosa differenzierà, in concreto, operazioni apparentemente identiche dal punto di vista economico? Ed anche all'interno di appalti leciti, come andranno qualificate quelle operazioni di «utilizzo confusa» dei lavoratori? Come pure i casi «ibridi» in cui i lavoratori siano effettivamente utilizzati e diretti sia dall'appaltante, sia dall'appaltatore?³⁴⁰

Questi e altri gli interrogativi di non facile soluzione lasciati, di fatto, aperti anche nel vigore dell'attuale disciplina. In proposito, però, non può non ricordarsi che l'invito rivolto al legislatore a dare legittimità allo staff leasing nel nostro ordinamento è stato invocato proprio nella prospettiva di garantire «una piena trasparenza a quelle situazioni – di fatto esistenti – che il comune rapporto di appalto assicurerebbe assai meno», nonché di assicurare ai lavoratori un regime di tutele certe ed effettive³⁴¹. In tal senso, pare da condividersi l'opinione di chi ha sostenuto che se è vero che i fenomeni di esternalizzazione possono e devono considerarsi fisiologici, è anche vero che «la fisiologia presuppone l'adozione di genuini rapporti tra imprese responsabili e trasparenti. (...) Se c'è un insegnamento che ci viene dalla legge sul lavoro interinale è che si può utilizzare il lavoro altrui soltanto se il soggetto si assume la piena responsabilità nella gestione»³⁴². Di certo, e per concludere, un maggior rigore interpretativo delle fattispecie di appalti a bassa densità organizzativa dovrà essere fisiologicamente rispettato al fine di non legittimare pratiche di «fuga» dal regime autorizzatorio da parte degli stessi operatori economici che intendessero intraprendere lo svolgimento di un'attività di fornitura: cosa potrebbe condurre una impresa di fornitura

³³⁸ Del Punta, *Problemi attuali*, cit., 299; Lo Faro, *op. cit.*, 101.

³³⁹ Una eventuale lettura del nuovo assetto legislativo intesa, di fatto, a restringere l'area degli appalti di servizi ammessi – come si è detto - nel vigore della 1369 in un'ottica di salvataggio di operazioni economiche in realtà riconducibili a ipotesi di attività di fornitura, non potrebbe d'altra parte essere impedita da una ipotetica violazione dei principi comunitari in materia di libertà di prestazione dei servizi. In proposito, infatti, la Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1981, *Procedimento penale a carico di A.J. Webb* (causa 279/89), ha precisato che «la fornitura di manodopera costituisce una attività particolarmente delicata dal punto di vista professionale e sociale. A causa delle peculiari caratteristiche del rapporto di lavoro sottostante ad una siffatta attività, l'esercizio di questa incide direttamente sia sui rapporti esistenti sul mercato del lavoro, sia sui legittimi interessi dei lavoratori. Ne risulta che per gli Stati membri è lecito e costituisce una legittima scelta politica, effettuata nell'interesse generale, il subordinare la fornitura di manodopera sul proprio territorio ad un regime di licenze, in modo da poter rifiutare la licenza se sussiste il fondato timore che tale attività possa nuocere ai buoni rapporti sul mercato del lavoro e se gli interessi dei lavoratori di cui trattasi non sono adeguatamente garantiti». La validità di tale principio è stata recentemente confermata, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 2002, causa C-279/00, *Commissione/Repubblica italiana*.

³⁴⁰ Cfr. Bonardi, *op. cit.*, 343; Lo Faro, *op. cit.*, 108 ss.

³⁴¹ Era questo, in sintesi, l'obiettivo invocato da coloro che avevano prospettato l'introduzione dello *staff leasing* in Italia, cfr. Ichino, *Il diritto del lavoro ed i confini*, cit., 269. In una medesima prospettiva v. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi*, cit., 68.

³⁴² Napoli, *Il diritto del lavoro e i rapporti commerciali tra imprese*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento, 4-5 giugno 1999, Milano, 2000, 263.

specializzata in un dato servizio di consulenza e assistenza nel settore informatico a richiedere l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di fornitura di tipo specialista, qualora – di fatto – potesse continuare ad operare sotto le mentite spoglie di pseudo appaltatore di servizi, senza nemmeno essere costretto ad applicare ai lavoratori forniti lo stesso trattamento economico e normativo cui avrebbero diritto se fossero impiegati direttamente dallo pseudo appaltante? Ma, come è ovvio, l'interrogativo può facilmente ribaltarsi: cosa spingerebbe un imprenditore che intendesse servirsi stabilmente di personale informatico a ricorrere alla somministrazione di lavoro, sicuramente più costosa dell'appalto, quando potrebbe continuare a rivolgersi ad operatori che offrono servizi forniture a basso costo, sebbene privi di qualsiasi affidabilità economica e sociale?³⁴³

È evidente, per tutto quanto si è sopra rilevato, che la risposta a tali domande sembra quasi travalicare i confini giuslavoristici per collocarsi a monte nella ricerca di un ordine, di una regolarità e di una prevedibilità che deve caratterizzare il comportamento degli operatori economici in un dato sistema giuridico che non può essere lasciato a selvagge logiche concorrenziali, con evidenti corse al ribasso dei trattamenti offerti ai lavoratori coinvolti, fra operatori che operano nel settore della somministrazione e altri che operano nel settore degli appalti. Quando il «bene» oggetto del contratto è il lavoro subordinato altrui, l'ordinamento ha, dunque, predisposto un apposito nucleo di norme, «una struttura confomatrice, che conferisce ad un mercato (quello in cui si negozia tale specifico bene) una sua propria e storica fisionomia»³⁴⁴. L'intervento conformativo della disciplina legale si fonda su una preventiva selezione analitica degli interessi che si consolida nella «costruzione artificiale di un mercato»³⁴⁵: il mercato, vale a dire, dove possono essere negoziate mere prestazioni di lavoro in cui «l'autonomia delle parti è, per così dire, strutturata, ossia inserita e chiusa fra le alte mura della legge»³⁴⁶. Nella regolamentazione di tale specifico mercato, il legislatore attraverso «norme attributive» ha, in particolare, conferito a determinati soggetti – le agenzie autorizzate - la «competenza in ordine a dati beni, trattabili e negoziabili soltanto da loro»³⁴⁷. Non è al momento possibile prevedere come realmente si muoverà l'attività interpretativa dei giudici nel vigore della nuova disciplina, ma - almeno dal punto di vista del giurista del lavoro - una cosa pare certa: non tenere conto di queste questioni significherebbe relegare definitivamente nell'oblio il divieto di interposizione di manodopera nel nostro ordinamento.

6. La somministrazione di lavoro come «fattispecie assorbente» di tutte le forme di atipiche aventi ad oggetto mere prestazioni di lavoro.

Come si è sopra visto, la disciplina sulla somministrazione ha, in un certo senso, anche la funzione di rafforzare la subordinazione, sia perché conferma la natura eccezionale dei casi di utilizzo del lavoro subordinato altrui, sia perché nei casi in cui ammette la deroga rafforza il regime delle tutele dei lavoratori subordinati coinvolti nei fenomeni di esternalizzazione. Ma le implicazioni dell'avvenuta tipizzazione del contratto di somministrazione sembrano andare oltre tale assunto.

³⁴³ I medesimi dubbi sono stati sollevati pure da Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti*, cit., 7.

³⁴⁴ Sul diritto come struttura confomatrice che ordina non il mercato, ma una pluralità di mercati, ognuno caratterizzato da proprie regole, si rinvia a Irti, *op. ult. cit.*, 38 ss.

³⁴⁵ Irti, *op. ult. cit.*, 67.

³⁴⁶ Irti, *op. ult. cit.*, 146.

³⁴⁷ Irti, *op. ult. cit.*, 53 ss.

Con il venir meno della legge n. 1369, la nuova disciplina sembra destinata ad assumere un «ruolo assorbente» nella regolazione di tutte le pattuizioni aventi ad oggetto la fornitura di mere prestazioni di lavoro.

L'aver legittimato un «tipo» contrattuale avente ad oggetto la fornitura di lavoro altrui non può ovviamente che produrre delle conseguenze rilevanti sia in relazione a quelle operazioni interpretative – sopra ampiamente descritte – volte a salvare dall'area della illiceità i cosiddetti appalti a bassa densità organizzativa, sia, pure, nell'individuazione del regime sanzionatorio applicabile ai casi di illegittimo o scorretto uso della fattispecie del distacco.

Un interessante profilo di approfondimento potrebbe, in proposito, trarre spunto dalla seguente domanda: venuta meno la disciplina della legge n. 1369 cosa accadrà nell'ipotesi in cui l'appaltatore non sia un imprenditore genuino? Cosa accadrà nel caso in cui, tanto per fare un esempio immediatamente comprensibile, lo pseudo appaltatore edile non sia in possesso di alcuna organizzazione materiale idonea a svolgere l'opera dedotta in contratto (la costruzione di un edificio), ma si limiti a dirigere la manodopera utilizzando macchinari e attrezzature dell'appaltante? È chiaro che innanzi ad una ipotesi di tal genere, nonostante il nomen iuris dato dalle parti all'operazione economica, il giudice si troverebbe a dover negare la qualificazione di appalto a tale contratto, poiché la funzione economico sociale realmente perseguita tramite il contratto medesimo non è affatto identificabile con il compimento di un'opera o di un servizio, dietro corrispettivo in denaro, tipizzata nell'art. 1655 c.c. Né, in questo caso, e nonostante la previsione contenuta nell'art. 29 cit., l'eventuale esercizio del potere direttivo da parte dello pseudo appaltatore potrebbe ritenersi in alcun modo elemento qualificante la fattispecie atteso che, come si è detto, esso è un elemento di tipicità eventuale che non modifica in alcun modo il tipo appalto codificato nell'art. 1655 c.c. Ci si troverebbe, dunque, di fronte ad una operazione economica che sembrerebbe sfuggire alle maglie del sistema delineato dal legislatore del d.lgs. n. 276, configurando una apparente incongruenza o lacuna regolativa dello stesso.

Preso atto che di appalto non si tratta, spetterà al giudice qualificare l'operazione economica al fine di stabilire la disciplina ad essa applicabile. Pur ammettendo che l'operazione posta in essere dalle parti abbia tratti di atipicità non riconducibili per intero a nessun tipo nominato, sarà sempre possibile per il giudice operare la qualificazione del contratto sulla base non già dell'intero contenuto, bensì su di un «pezzo di contratto» che non esaurisce il tutto³⁴⁸. Nel caso oggetto dell'esempio sopra proposto la qualificazione potrà agevolmente essere effettuata sulla base della «natura della prestazione» resa dallo pseudo appaltatore riconducibile ad una attività di fornitura di manodopera disciplinata dal d.lgs. n. 276 del 2003. Una volta operata tale qualificazione in base alla causa ed all'oggetto del contratto posto in essere dalle parti, e dunque anche a prescindere dalla verifica del soggetto che ha esercitato il potere direttivo, il giudice non potrà che applicare la disciplina e le sanzioni penali, civili e amministrative previste dal d.lgs. n. 276, ed emettere una sentenza secondo quanto previsto dall'art. 27, con la quale dichiara l'avvenuta costituzione di un

³⁴⁸ Espressamente in tal senso, v. Sacco, *La qualificazione. I tipi contrattuali*, in Rescigno P. (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Utet, 2002, 582.

rapporto di lavoro fra il lavoratore e colui che ne ha utilizzato la prestazione³⁴⁹. Parrebbe così confermata la natura anche sanzionatoria della previsione contenuta nel c. 1, dell'art. 27, volta a punire l'accordo con il quale i privati abbiano formalmente scisso la titolarità del rapporto di lavoro dalla posizione di colui che utilizza la prestazione resa dal lavoratore, traendo da essa anche solo un beneficio economico.

Non pare che il sistema delineato dal legislatore del 2003 – a seguito della contestuale abrogazione della legge n. 1369 – lasci spazio ad altre ipotesi interpretative, a meno di non voler ipotizzare una intrinseca irrazionalità dello stesso. Non sembrerebbe riconducibile ad alcuno schema logico un sistema normativo che prevedesse un rigido sistema di sanzioni penali, civili e amministrative a carico del somministratore e dell'utilizzatore, anche a fronte del mancato rispetto di talune formalità nell'utilizzazione indiretta delle prestazioni lavorative altrui³⁵⁰ e, poi, contestualmente, si limitasse a sancire – secondo la dizione dell'art. 84 del d.lgs. n. 276 - solo una generica qualificazione di «interposizione illecita», sfornita di un apparato sanzionatorio preventivamente definito, in relazione a vecchie forme di sfruttamento della manodopera sotto le mentite spoglie di finti contratti di appalto³⁵¹.

In una medesima ratio interpretativa, si potrebbe rilevare che la disciplina sanzionatoria prevista dagli artt. 18, 27 e 28 troverà applicazione pure nel caso in cui il distaccante e il distaccatario fuoriescano dai limiti di legittimità fissati dall'art. 30 del d.lgs. n. 276, poiché, ad esempio, il distacco non realizzi alcun interesse del distaccante al di fuori di un mero interesse economico, o manchi il requisito della temporaneità. Nulla escluderebbe che in questo caso sia comunque possibile garantire forme di tutela ai lavoratori illecitamente coinvolti in una operazione di pseudo distacco sulla scorta di quanto previsto dall'art. 2094 c.c. e, in base a questo, ritenere costituito un rapporto di lavoro subordinato fra distaccatario e lavoratore. Tuttavia, pure in questa ipotesi

³⁴⁹ In questo caso il concetto di «utilizzazione» andrebbe inteso nel senso di appropriazione degli effetti economici dell'attività resa dai prestatori di lavoro, che non presuppone che l'appaltante/utilizzatore abbia effettivamente esercitato il potere direttivo. In generale per questo profilo, cfr. Carinci M.T., *La fornitura di lavoro*, cit., 57. *Contra* la possibilità di interpretare in tal senso la nozione di «effettiva utilizzazione» contenuta nel c. 5, dell'art. 1 della legge 1369, cfr. Mazzotta, *Il lavoro subordinato fra codice e leggi speciali*, in *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Torino, 1994, 88 ss.

³⁵⁰ Solo per fare un es. si pensi alla mancata indicazione per iscritto nel contratto di somministrazione degli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore che, pure nell'ipotesi in cui il somministratore fosse effettivamente in possesso di tale autorizzazione, non impedirebbe l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 18, c. 3 e 27, c. 1.

³⁵¹ Né sarebbe ipotizzabile che la giurisprudenza si consolidasse a dichiarare la sola nullità dei pseudo contratti di appalto. Nell'esempio sopra fatto, infatti, pure nell'ipotesi in cui si optasse per una valutazione di nullità del contratto in base alla illiceità della causa (per la non meritevolezza dell'interesse perseguito) o all'impossibilità dell'oggetto (poiché la prestazione dell'opera o del servizio ex art. 1655 c.c. dovesse ritenersi, nel caso di specie, impossibile senza macchinari e attrezzi), resterebbe comunque irrisolta la questione delle conseguenze della nullità nel nostro sistema codicistico, di matrice liberale, e della difficoltà di apprestare concreti strumenti delle posizioni giuridiche – quelle dei lavoratori in particolare - lese dall'operazione economica dichiarata nulla. Su tali problematiche si rinvia ampiamente all'analisi di Mazzotta, *Rapporti interpositori*, cit., 117 ss. Sulla possibilità di individuare negli appalti non genuini la fattispecie penale di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 276 v. anche una prima interessante pronuncia resa dal Trib. Ferrara, sent. 4 novembre 2003 n. 483, su www.dirittoegustizia.it. In tale pronuncia, sebbene si sia rilevata la diversità fra la fattispecie penale sancita dalla legge n. 1369 e la nuova fattispecie di cui all'art. 18 cit. (poiché elemento costitutivo tipico della prima era l'aver somministrato manodopera *tout court*, elemento costitutivo tipico della seconda è per il somministratore/pseudo appaltatore l'aver agito senza autorizzazione e per ciò che concerne il l'utilizzatore l'aver usufruito di manodopera proveniente da un soggetto non autorizzato), si può comunque leggere una prima conferma del fatto che gli appalti non genuini che celano forniture di manodopera non autorizzate siano da ricondurre *direttamente* – e non in virtù di una mera interpretazione analogica vietata per le leggi penali - al regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 del d.lgs. n. 276.

in cui ci si troverebbe di fronte ad una pattuizione atipica, pare possibile osservare come non avrebbe alcuna logica lasciare impuniti dal punto di vista penale e amministrativo comportamenti datoriali di disposizione delle prestazioni lavorative altri al di fuori della fattispecie tipizzata dall'art. 30. Sarebbe, pertanto, illogico sanzionare penalmente lo pseudo somministratore non autorizzato e lasciare impunito lo pseudo distaccante che magari ha distaccato/fornito prestazioni rese da un minore³⁵². A meno, come si è detto, di non ipotizzare una totale irrazionalità della nuova disciplina pare dunque necessario ritenere che, attraverso la «tipizzazione» del contratto di somministrazione, il legislatore abbia non solo ritenuto meritevole di tutela una certa operazione economica come ivi definita, ma – al contempo – abbia implicitamente confermato la illiquidità di tutte quelle possibili pattuizioni atipiche aventi ad oggetto il lavoro altrui.

In tal senso, è possibile ritenere che l'area di illiceità in cui si ricade quando si travalicano i confini della somministrazione (o come si è visto del distacco) non è esclusivamente volta a far riespandere gli effetti del 2094 c.c. – cui la legge ha eccezionalmente derogato – riconoscendo e dichiarando «l'esistenza di un rapporto che già nei fatti è di lavoro subordinato fra quei soggetti»³⁵³, ma ha anche una portata sanzionatoria ulteriore che ha l'effetto di «trascinare» in un rapporto di subordinazione con lo pseudo appaltante anche situazioni che, di fatto, non sarebbero tali³⁵⁴. La sanzione civile della conversione di cui all'art. 27, c. 1, avrebbe dunque una duplice anima: dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato che già esiste, quando il somministrato/pseudo appaltante/distaccatario ha esercitato il potere direttivo e gerarchico, sanzionare creando il rapporto di subordinazione in capo somministrato/pseudo appaltante quando invece il potere direttivo sia stato esercitato dall'interposto³⁵⁵.

Se ciò è vero, tutto ciò che non è appalto non può che essere letto dal giudice alla luce della disciplina della somministrazione (ed, eventualmente, tramite essa alla luce del 2094 c.c.), *tertium non datur*. Ed è alla luce della fattispecie tipica, l'unica ritenuta attraverso una selezione ed un contemperamento degli interessi coinvolti meritevole di tutela, che dovranno essere vagliate tutte le operazioni spurie, atipiche, elusive³⁵⁶.

³⁵² L'art. 18 infatti prevede che la sanzione dell'ammenda possa essere dal giudice aumentata sino al sestuplo se vi è sfruttamento di minori. D'altra parte, già i primi commentatori, pur senza approfondire giuridicamente le modalità attraverso cui dovrebbe operare il rinvio, hanno ritenuto applicabili al distacco le disposizioni degli artt. 18 e 27 in tema di somministrazione, cfr. Vannoni, *Distacco subito operativo*, in Tiraboschi (a cura di) *La riforma Biagi, I supplementi di Guida al Lavoro*, 2003, n. 4, 66.

³⁵³ Secondo la nota tesi di Mazzotta, *Rapporti interpositori*, cit., che – nel vigore della 1369 - ha sostenuto una sostanziale coincidenza del divieto di interposizione con la fattispecie del 2094 c.c.

³⁵⁴ Secondo la ricostruzione sopra proposta, pare possibile riferire anche alla disciplina sulla somministrazione di cui al d.lgs. 276 cit. quelle osservazioni di Del Punta, *Appalto di manodopera*, cit., 651, secondo cui «la portata sanzionatoria della legge – (l'autore si riferiva ovviamente alla legge n.1369) – risiede appunto in questo effetto di trascinamento che si realizza in quell'area differenziale, nella quale le prestazioni sono solamente utilizzate, ma non ancora dirette e coordinate».

³⁵⁵ Fondamento della sanzione ex art. 27, c. 1, potrebbe pertanto essere sia la utilizzazione economica della prestazione lavorativa, sia la utilizzazione giuridica della prestazione (tramite l'esercizio del potere direttivo). Non è possibile, invece, affrontare in sede di questo primo commento l'annosa questione delle modalità (origine legale o contrattuale) e dello strumento giuridico attraverso cui operi il meccanismo della costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore; sul punto si rinvia all'analisi sulle diverse ricostruzioni dottrinali succedutesi nel vigore della legge n. 1369 del 1960 di De Simone, *Titolarità dei rapporti*, cit., 85 ss.; Bonardi, *op. cit.*, 130 ss.

³⁵⁶ Sul punto cfr. anche Del Punta, *La nuova disciplina sull'appalto*, cit., 6.

L'operazione compiuta, più o meno consapevolmente dal legislatore, pare essere inversa - ed allo stesso tempo speculare - a quella compiuta dal legislatore della legge n. 1369. Quest'ultimo aveva ritenuto tutte le fattispecie atipiche vietate; il legislatore del 2003 - sulla scorta della evoluzione del sistema produttivo - tipizza una sola fattispecie di somministrazione, circondata da tutte una serie di garanzie³⁵⁷, tutto ciò che è patologico ad essa, presentandosi come pseudo somministrazione o pseudo appalto non potrà che ricadere nell'area di illiceità sancita dagli artt. 18, 27 e 28.

La nuova disciplina sulla somministrazione di lavoro si presenta, dunque, come «fattispecie assorbente» di tutte le pattuizioni che consentono di utilizzare lavoro subordinato attraverso un soggetto interposto; una fattispecie idonea a ricomprendere in se, attraverso un procedimento sussuntivo, gli «appalti di mere prestazioni di lavoro», come anche tutte quelle «altre forme» cui faceva riferimento l'art. 1, c. 1, della legge n. 1369.

Sotto tale punto di vista, pare possa concludersi affermando che, in un certo senso, pure la nuova disciplina confermi una regola generale di trasparenza nella gestione dei rapporti di lavoro³⁵⁸. La dissociazione tra colui che ha la titolarità del rapporto di lavoro e colui che utilizza la prestazione non è la regola nel nostro ordinamento e non può essere liberamente fatta oggetto di pattuizioni fra i privati. Le uniche deroghe ammesse dal legislatore sono quelle «tipizzate» nel contratto di somministrazione di lavoro e nel distacco. In caso di somministrazione, a cui a dire il vero si può ormai ricorrere quasi senza limiti³⁵⁹, - quantomeno - la trasparenza è garantita tramite il controllo sul soggetto che gestisce la somministrazione, nonché attraverso il rispetto del principio di parità di trattamento, del regime di responsabilità solidale, di un sistema potenzialmente in grado di garantire opportunità formative ai soggetti coinvolti, ecc. Ed è per tale ragione che pare doversi ritenere che tale fattispecie sia stata elevata dallo stesso legislatore a catalizzatore idoneo a verificare la legittimità e/o a sanzionare tutte le pattuizioni atipiche aventi ad oggetto la mera fornitura di lavoro subordinato altrui.

³⁵⁷ In relazione alle quali si può poi discutere, in chiave di politica del diritto, sul se possano ritenersi sufficienti ad una reale tutela dei lavoratori.

³⁵⁸ Su cui si è già rinviato a De Simone, *Titolarità dei rapporti*, cit.

³⁵⁹ Svariate potrebbero essere le osservazioni sul regime di causalità previsto dall'art. 20 per la somministrazione a tempo indeterminato e per quella a tempo determinato. Sebbene si sia scelto nel presente lavoro di analizzare i profili sistematici della nuova disciplina e di rinviare in altra sede l'approfondimento analitico del sistema di causalità, pare tuttavia possibile avanzare almeno una considerazione in proposito. Non può, infatti, non essere immediatamente rilevato che il sistema di causalità introdotto dall'art. 20 celi una quasi illimitata possibilità di ricorrere alla somministrazione, anche a tempo indeterminato, più di quanto *prima facie* non appaia dalla lettura della disposizione. Malgrado l'art. 20, c. 3, preveda un sistema tassativo di causalità in cui è possibile ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato, liberalizzato - *ex lege* - nelle aree Obiettivo 1, e con la possibilità per la contrattazione collettiva nazionale e territoriale di prevedere ipotesi aggiuntive, è possibile osservare come la reale possibilità per le imprese di utilizzare la somministrazione senza limiti di tempo risulti, in ogni caso, garantita dalla illimitata possibilità di ricorrere alla somministrazione a tempo determinato per fare «fronte a ragioni di tipo tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Data anche la illimitata possibilità di rinnovo del contratto di somministrazione, potrebbe, dunque, di fatto essere possibile per le imprese ricorrere alla somministrazione senza limiti di tempo in qualunque settore, sia esso compreso o no nell'elenco di cui all'art. 20, c. 3.