

Il problema dell'interposizione nel rapporto di lavoro

1. Premesse.

Il tema dell'interposizione (o appalto di manodopera) propone una lunga serie di *antefatti* o *ascendenze* dei quali si dovrebbe dare conto per consentire un dialogo che possa dirsi costruttivo.

Si potrebbe partire da molto lontano: dalla storia delle forme organizzative dell'impresa; dalla loro evoluzione più recente; dai fenomeni del decentramento produttivo, etc.

In questa sede possiamo limitarci a ricordare anzitutto il passaggio dalle tecniche tradizionali, definibili come *decentramento produttivo* a tecniche più sofisticate in cui scompare il rapporto centro/periferia, caratteristico del decentramento produttivo.

Oggi *gli intrecci sono più complessi*, perché spesso presuppongono anche l'intersezione del contratto d'appalto o pseudo-appalto con tecniche che fanno leva sul *trasferimento d'azienda* ovvero *prospettano l'integrazione permanente dei cicli lavorativi* fra società collegate (e non).

Sul piano della regolazione giuridica è ben noto che il *punto di partenza* della discussione è la legge n. 1369 del

1960, che all'art. 1, articolava la fattispecie interpositoria a partire dall'identificazione di *tre elementi*: il rapporto interposto/lavoratori; il rapporto interposto/committente; l'effettiva utilizzazione dei lavoratori da parte del committente.

Nell'analisi interpretativa della disposizione un ruolo fondamentale era svolto dall'elemento della effettiva utilizzazione. Tale elemento, a mio avviso (v. se vuoi: O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979), aveva un ruolo centrale nella ricostruzione della fattispecie, dal momento che, nell'analisi giurisprudenziale, tendeva a coincidere con la fattispecie della subordinazione, definita dall'art. 2094 cod. civ. In sostanza la giurisprudenza utilizzava per la qualificazione del fenomeno interpositivo gli stessi indici per solito adoperati per riconoscere l'esistenza della subordinazione.

Il che mi ha consentito di sostenere ulteriormente che – sul piano più generale – era possibile mettere a frutto i dati forniti dalla legge del '60 allo scopo di arricchire quelli indicati nell'art. 2094 cod. civ., così consentendo di ridefinire i contorni del *tipo contrattuale, orientandone l'interpretazione* in determinate direzioni.

Ma questo è evidentemente un altro discorso che ci porterebbe lontano.

Qui ed ora dobbiamo prendere atto che la correttezza dell'idea che faceva perno sulla effettiva utilizzazione è stata definitivamente confermata dalla sentenza n. 22910 del 2006 delle Sezioni Unite della Cassazione che, se pure diretta a risolvere il problema del coinvolgimento dell'interposto nel processo promosso dal lavoratore, ha definitivamente ac-

quisito che «*il vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro (datore apparente) e prescindendosi da ogni indagine (che tra l'altro risulterebbe particolarmente difficoltosa) sull'esistenza di accordi fraudolenti (tra interponente ed interposto)*».

2. L'interposizione dopo il d.lgs. n. 276 del 2003.

È solo con il d.lgs. n. 276 del 2003 che giunge al tramonto la storica legge del 1960, la quale viene esplicitamente sottoposta ad *abrogazione* (v. l'art. 85, 1° co., lett. c).

L'abrogazione della legge si inserisce in un disegno di consolidamento ed allargamento delle ipotesi di ricorso *alla somministrazione di lavoro* (anche a tempo indeterminato) da parte delle agenzie autorizzate.

Alla luce di tale innovazione il quesito di fondo è allora se l'avvenuta abrogazione della legge del '60 comporti quale conseguenza una sorta di liberalizzazione dell'affitto di lavoro altrui, con la conseguente caducazione del *divieto di rapporti interpositori*.

Come sappiamo la risposta deve essere negativa sulla base di argomenti *logici e testuali*.

Se è vero infatti che il legislatore ha introdotto una nuova ipotesi di *somministrazione lecita della manodopera*, entro un orizzonte nel quale i lavoratori si inseriscano integralmente all'interno dell'impresa che ne utilizza le prestazioni, pur restando formalmente (e lecitamente) dipendenti dell'interposto (l'agenzia), *la deviazione da tale schema non*

potrà che condurre alla caducazione dello schermo costituito dall'interposto per ricollegare i rapporti di lavoro direttamente in capo all'interponente.

In sostanza l'esistenza e la minuta regolazione normativa della somministrazione *lecita* comporta logicamente il suo *rovescio*: *l'interposizione illecita*, quella cioè che viene posta in essere al di fuori del circuito autorizzato e controllato predisposto dalla legge.

Si riverifica in tal caso puntualmente lo schema sotteso alla legge del '60 e cioè l'esistenza di una serie di rapporti di lavoro effettivamente utilizzati da un'impresa nell'ambito della propria organizzazione come propri dipendenti, per il tramite di uno schema negoziale diverso dal rapporto di lavoro. Il che vale quanto dire che si ripropone la necessaria confluenza delle problematiche innescate dai fenomeni interpositori con la fattispecie fondamentale della subordinazione, che comporta che *il soggetto che utilizza le prestazioni di lavoro altrui*, in condizioni date (sottoposizione al potere direttivo, continuità, assenza di mezzi di produzione, etc.) *ne è inequivocabilmente il datore di lavoro*.

Nonostante l'abrogazione della legge del '60 dunque è ancora vigente nell'ordinamento la direttiva generale secondo cui *sono vietate forme di organizzazione del lavoro in cui l'effettivo utilizzatore della prestazione non coincida con il titolare del rapporto di lavoro* ovvero — il che è lo stesso — quella che esclude che l'acquisizione di energie lavorative possa svincolarsi dall'impiego dello strumento giuridico che chiamiamo 'contratto di lavoro subordinato' e che è *tuttora* descritto dall'art. 2094 cod. civ.

Gli argomenti logico-sistematici sono poi confermati dal *dato testuale* del d.lgs. n. 276 del 2003 che prefigura, quale rovescio della interposizione lecita (attuata con i soggetti e con le modalità imposte dal legislatore), proprio la *somministrazione irregolare* (art. 27) e la *somministrazione fraudolenta* (art. 28) e ricollega ad ambedue le specie il diritto del lavoratore di pretendere la *costituzione di un rapporto di lavoro diretto alle dipendenze del «soggetto che ne ha utilizzato la prestazione»*.

La medesima conclusione è poi esplicitamente prefigurata — a seguito del d.lgs. n. 251 del 2004, correttivo del d.lgs. n. 276/2003 — per *l'appalto* (art. 29, co. 3-bis d.lgs. n. 276 del 2003) e per *il distacco* (art. 30, co. 4-bis del d.lgs. n. 276 del 2003), quando essi siano stipulati «in violazione» delle previsioni che ne circoscrivono l'ambito definitorio.

Si deve quindi concludere che all'interno dell'ordinamento è ancora codificato il principio della *illiceità dei rapporti interpositori*, che non siano attuati secondo la tecnica dell'*interposizione autorizzata* di cui agli artt. 20-28 del d.lgs. n. 276 del 2003 o che risultino da un uso distorto e non conforme alla fattispecie legale dell'appalto e del distacco.

Nell'attuale panorama dottrinale appare invece del tutto isolata l'opinione di chi sottolinea la strutturale irriducibilità del nuovo sistema al precedente. In questo ambito viene in particolare enfatizzata l'erezione a nuovo *tipo contrattuale* della somministrazione di lavoro e la conseguente assunzione di essa come «modalità fisiologica di organizzazione dei fattori della produzione, al pari del rapporto di lavoro subordinato» (Romei).

Verrebbe così ribaltato il rapporto regola/eccezione che caratterizzava il preesistente assetto del lavoro temporaneo. L'abrogazione della legge del '60 avrebbe comportato quale logica conseguenza che la somministrazione non potrebbe più costituire uno strumento *extra ordinem* per procurarsi energie lavorative altrui, in condizioni di (sostanziale) subordinazione, senza acquisire la veste di datore di lavoro. Il nuovo modello negoziale concorrerebbe invece legittimamente con altri strumenti: a) l'appalto di opere e servizi, alquanto liberalizzato rispetto alla disciplina di cui agli artt. 3 e 5 della l. n. 1369 del 1960, b) il trasferimento di ramo d'azienda, non più condizionato da una *oggettiva* identificazione dei suoi elementi strutturali e, finalmente, c) il contratto di lavoro subordinato.

A me pare invece indiscutibile invece che, anche nel nuovo assetto regolativo, la cessione di energie proprie (subordinazione) e quella di energie lavorative altrui (somministrazione/interposizione) si presentano come concetti giuridicamente fra loro irriducibili e stanno ancora fra loro nel rapporto fra regola ed eccezione.

Come abbiamo detto, nel vecchio sistema, non era il solo divieto di interposizione ad impedire la dissociazione fra utilizzatore della prestazione e datore di lavoro.

Ieri come oggi il disvalore dell'ordinamento nei confronti della scissione fra utilizzazione del lavoro e titolarità del rapporto è insito nell'idea stessa di subordinazione: nella constatazione secondo cui lo schema del contratto di lavoro subordinato è tuttora quello in cui una parte cede energie lavorative nell'interesse dell'altra in condizione di

espropriazione dalla disponibilità delle energie e del governo del processo produttivo.

Anzi è la stessa articolazione complessiva dello schema del contratto di somministrazione di lavoro che ripropone – al pari della legge ormai abrogata – la evidente sovrapposizione fra interposizione e subordinazione, come abbiamo ricordato all’inizio.

Da ultimo ricordo che una indiretta conferma (ove fosse necessario) della permanente rilevanza della distinzione fra interposizione illecita ed appalto lecito viene dalla circostanza secondo cui siffatta distinzione può essere oggetto, fra le parti, della *procedura di certificazione* (v. l'art. 84, 1° co. del d.lgs. n. 276 del 2003). In materia si prevede inoltre l'adozione, da parte del ministro del lavoro, di «codici di buone pratiche e indici presuntivi», che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e dell'assunzione del rischio tipico dell'impresa da parte dell'appaltatore. Tali codici dovranno recepire le previsioni di eventuali accordi interconfederali o contratti collettivi di categoria (art. 84, 2° co.).

3. La nozione di interposizione illecita.

Il problema pratico più rilevante è ovviamente quello di verificare quale sia, nell'attuale ordinamento, la *definizione di interposizione illecita*, idonea a distinguere tale fattispecie dalle legittime forme di decentramento della produzione attuate tramite il ricorso al classico strumentario

dell'appalto di opere o di servizi, il contratto tipico regolato dagli artt. 1655 e ss. cod. civ.

Nel precedente assetto tale definizione risultava dall'art. 1 della l. n. 1369 del 1960 che assumeva l'esistenza dell'interposizione vietata nei casi in cui l'imprenditore committente avesse affidato «in appalto subappalto o in qualsiasi altra forma» ad un soggetto interposto l'«esecuzione di mere prestazioni di lavoro». E la caratteristica principale del soggetto interposto veniva fatta consistere nella circostanza che costui non avesse «capitali, macchine ed attrezzature» per eseguire il servizio o l'*opus* promesso, limitandosi invece a somministrare solo manodopera.

Al di là delle espressioni utilizzate — sulle quali si aprì a suo tempo un ampio dibattito in giurisprudenza, che non è qui il caso di riassumere — il legislatore intendeva alludere all'assenza, in capo all'interposto, dei mezzi di produzione, quale *indizio dell'insussistenza della capacità imprenditoriale necessaria per il compimento dell'opera o servizio convenuti*.

Il discrimine fra appalto di manodopera ed appalto lecito ruotava in sostanza intorno alla *qualità* del soggetto interposto. Si aveva certamente appalto di manodopera nel caso in cui il soggetto incaricato dell'opera o del servizio non avesse avuto la capacità imprenditoriale necessaria per eseguirlo: non fosse stato cioè un *imprenditore* (art. 2082 cod. civ.). Per l'identificazione della qualità imprenditoriale era rilevante l'accertamento dell'insussistenza, in capo all'interposto, del *rischio d'impresa*.

La giurisprudenza si era incaricata di affinare ed aggiornare la definizione.

In una prima direzione erano stati rivisitati i criteri di identificazione concreta della nozione di *capitali, macchine ed attrezzature* e quindi, in buona sostanza, dei tratti identificativi del concetto di impresa. La legge del 1960 rifletteva infatti uno stadio ormai risalente dell'evoluzione tecnologica, in cui il carattere imprenditoriale dell'attività risultava dalla titolarità di (ingombranti) mezzi produttivi (macchinari, attrezzature, etc.).

La giurisprudenza, invece, nel corso del tempo, aveva riconosciuto qualità genuinamente imprenditoriale anche a quelle imprese che non potessero disporre di mezzi imponenti. Classico è il caso del *settore informatico*, in cui le c.d. *software house* (le imprese che predispongono i programmi di cui si avvalgono gli elaboratori elettronici) possono avere carattere imprenditoriale sia sotto il profilo patrimoniale ed organizzativo sia soprattutto avendo riguardo alla peculiarità dell'«avviamento» che ne caratterizza il patrimonio (il c.d. *know-how*) e ne costituisce il profilo di gran lunga prevalente, così da farle riconoscere come vere e proprie «società di cervelli».

In una seconda direzione poi era stata riconosciuta la qualità imprenditoriale a quei soggetti il cui apporto si limitava alla semplice *organizzazione del lavoro altrui*, nell'ambito di quelle attività caratterizzate da un prevalente apporto di manodopera (si pensi ai servizi di pulizia, facchinaggio, etc.). In tali contesti la giurisprudenza escludeva la sussistenza di una interposizione vietata nei casi in cui il soggetto interposto esercitasse, nei confronti dei propri di-

pendenti, anche solo i *caratteristici poteri datoriali diretti ad organizzarne l'attività*.

Facendo tesoro di tale esperienza giurisprudenziale l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 ha codificato, con una *norma definitoria*, i *criteri distintivi fra interposizione (illecita) ed appalto (lecito)*.

Alla stregua di tale disposizione il discrimine continua ad essere costituito *a)* dalla «organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore» e *b)* dalla «assunzione da parte del medesimo del rischio d'impresa». Peraltro il dato dell'organizzazione dei mezzi può risultare «*in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto*».

La nuova definizione, proprio perché questa volta di origine legale, delinea una nuova *sub-nozione di appalto* da utilizzare a fini giuslavoristici. In tale nozione il dato dell'*organizzazione dei mezzi* viene individuato nel *controllo del ciclo lavorativo*, ivi compreso il lavoro. E si badi che il rilievo è dato all'organizzazione dei mezzi che quindi può derivare anche dalla sola disponibilità dei medesimi e non necessariamente dalla proprietà. Cosicché i mezzi ben potrebbero essere di proprietà del committente, pur se rientranti nella disponibilità dell'appaltatore.

Centrale nella definizione è quindi *la spendita del potere direttivo* da parte dell'appaltatore, che si situa nell'interstizio fra due poteri.

Da una parte esso non deve consistere, come vuole la giurisprudenza, nella *mera gestione amministrativa del rap-*

porto di lavoro (v. ad es.: Cass., 28 febbraio 2013, n. 7820; Cass., 13 marzo 2013, n. 6343)

Dall'altra, poi, deve potersi distinguere dal potere del committente di orientare la prestazione alla realizzazione del proprio interesse. In sostanza non è detto che le indicazioni che il committente possa dare ai dipendenti dell'appaltatore debbano sempre costituire indizio dell'esercizio di un potere propriamente direttivo, dal momento che, secondo l'art. 1662 cod. civ. il committente ha diritto di procedere alla «verifica nel corso dell'esecuzione dell'opera». E tale verifica può legittimamente consistere anche nel fornire direttive sulle modalità di esecuzione ai dipendenti dell'appaltatore.

Un interessante sviluppo della problematica dell'esercizio del potere direttivo emerge in una recente decisione della Cassazione (Cass., 11 aprile 2013, n. 8863), che, con riferimento ad una fattispecie realizzata nel vigore della legge del '60, ha affermato che, ove il potere direttivo della committente venga indirizzato ad affidare ai dipendenti dell'appaltatore *attività estranee* a quelle previste nel contratto d'appalto, non si può costituire un rapporto di lavoro diretto con l'utilizzatore. Tale conclusione è giustificata in ragione della mancanza di una manifestazione di volontà da parte degli organi societari dell'appaltante, con la conseguenza che, nel caso, il rapporto può al più essere assoggettato alle conseguenze della prestazione di fatto di cui all'art. 2126 cod. civ.

Altrettanto rilevante è la nozione di *rischio d'impresa*, che per la giurisprudenza, non può consistere, per l'impresa appaltatrice, nel costo aziendale dei soli lavorato-

ri, ma deve comunque comprendere un *quid* che ha a che fare con l'organizzazione dei mezzi.

Come si vede da questa rapida ricognizione, complessivamente emerge una nozione di impresa più leggera, in cui spesso è del tutto irrilevante l'impiego di macchine o complesse attrezzature, sostituite da un "capitale umano", munito di una particolare specializzazione, che costituisce il vero apporto innovativo.

4. Le conseguenze della violazione del divieto di rapporti interpositori.

La questione dell'*apparato sanzionatorio* nei confronti del divieto di interposizione è trattata nel d.lgs. n. 276 del 2003 con disposizioni in tutto identiche avendo riguardo alla *somministrazione irregolare* (art. 27, 1° co.), all'*appalto* (art. 29, co. 3-bis) ed al *distacco* (art. 30, co. 4-bis). Per la sola somministrazione si pone la questione della rilevanza altresì della c.d. somministrazione fraudolenta (che invero non sembra avere autonomia giuridica rispetto alla prima).

La comune dizione legislativa vuole che il lavoratore interessato possa «chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo».

In primo luogo occorre ricordare – per quel che può rilevare ai nostri fini – che nel vecchio sistema l'accordo in-

terpositorio era certamente qualificato dal legislatore come *nullo*.

Tale nullità è ora resa manifesta, con valenza sistematica generale, dalle norme positive (v. l'ultimo comma dell'art. 20 del d.lgs. 276/2003, secondo cui in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è *nullo* e i lavoratori «*sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore*»).

L'indicazione legislativa è doppiamente rilevante: anzitutto perché ribadisce la qualificazione in termini di nullità dell'operazione (del resto deducibile dal sistema) e poi perché, per logica inferenza, consente di qualificare l'azione proponibile dai lavoratori come *dichiarativa*, secondo gli stilemi tipicamente conseguenti alla nullità negoziale.

Tale qualificazione esclude conseguentemente il carattere *costitutivo* dell'azione, natura costitutiva enucleata all'esito di un confronto con la *lettera* della legge, ma che trascura una interpretazione razionale e sistematica. Del resto non è la prima volta che all'interprete deve far capo l'ingrato compito di ridistribuire le aporie e le contraddizioni del legislatore ed in tali situazioni non ho mai esitato a far tesoro dell'unica bussola affidabile che è la *coerenza sistematica* rispetto al quadro complessivo.

Nel nostro caso il richiamo della legge al ricorso con cui il lavoratore può far valere l'azione nei confronti dell'utilizzatore non ha la funzione di qualificare l'azione come costitutiva, ma più riduttivamente ha lo scopo di porre in luce che il lavoratore può farla valere *anche solo* nei confronti dell'utilizzatore. E ciò si pone in linea con l'idea,

già acquisita nel vigore della legge del '60, secondo cui non sussiste una ipotesi di litisconsorzio necessario con l'interposto.

Altra e diversa questione è se la titolarità dell'azione posta in capo al lavoratore escluda la spendibilità della medesima a favore di altri soggetti, altrettanto interessati, quali *gli enti previdenziali*.

A dire il vero la qualificazione in termini di nullità dell'accordo interpositorio e la natura dichiarativa dell'azione dovrebbe condurre, ancora una volta secondo i principi, a far valere la razionalità sulla lettera della legge, ampliando la platea dei soggetti abilitati all'azione. La maldestra dizione legislativa potrebbe ricostruirsi nel senso che il riferimento letterale al "ricorso" (anziché all'azione) avrebbe la mera funzione di consentire la precisazione che l'atto introduttivo del giudizio può essere notificato anche al solo datore "interponente" e nulla più.

Come che sia dal punto di vista pratico la questione, per gli enti previdenziali, è sdrammatizzabile a misura che si ritenga che questi ultimi restano certamente titolari del potere di far accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro diretto con l'effettivo utilizzatore della prestazione, in applicazione dello schema generale di cui all'art. 2094 cod. civ.

È presumibilmente per la medesima ragione che una eventuale azione con cui il lavoratore volesse impugnare la legittimità del licenziamento (o dell'allontanamento di fatto) dovrebbe essere incardinata secondo le previsioni del nuovo rito in materia di licenziamento previsto dalla ri-

forma Monti, in ragione dell'assimilabilità dell'azione a quella di «qualificazione del rapporto».