

La prova orale

con

**DOMANDE
RISPOSTE &**

Valentina Ricchezza e Giselda Stella

DOMANDE & RISPOSTE
**DIRITTO
DEL LAVORO**
SIMULA L'ESAME
E TESTA LA TUA PREPARAZIONE

- ✓ UNIVERSITÀ
(singoli atenei • singole cattedre)
- ✓ ORALI MAGISTRATURA
- ✓ ORALI ESAMI AVVOCATO
- ✓ CONCORSI PUBBLICI

+ APPENDICE
con domande
realmente
formulate

I edizione 2022


Neldiritto
Editore

CAPITOLO IX

APPALTO, DISTACCO E SOMMINISTRAZIONE

SOMMARIO

1. Cosa si intende per fenomeni di decentramento produttivo che realizzano forme di utilizzazione e acquisizione indiretta di manodopera? 2. Cos'è l'appalto, inteso quale strumento di decentramento produttivo? 3. Cos'è la somministrazione di manodopera e come si è evoluta la sua disciplina normativa? 4. Quali sono i poteri del datore di lavoro nella somministrazione? 5. Cos'è il distacco?

1. Decentramento produttivo e acquisizione indiretta di manodopera

COSA SI INTENDE PER FENOMENI DI DECENTRAMENTO PRODUTTIVO CHE REALIZZANO FORME DI UTILIZZAZIONE E ACQUISIZIONE INDIRETTA DI MANODOPERA?

Per decentramento produttivo si intende quel fenomeno per cui determinate produzioni, o processi di produzione vengono affidati a fornitori esterni: consiste quindi nell'assegnare il lavoro "all'esterno" anziché "far da sé".

Gli strumenti negoziali mediante i quali si realizza il decentramento produttivo sono l'appalto, la somministrazione di manodopera e il distacco.

2. L'appalto

COS'È L'APPALTO, INTESO QUALE STRUMENTO DI DECENTRAMENTO PRODUTTIVO?

Sappiamo che l'appalto è quel contratto "col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro" (art. 1655 c.c.).

In alcuni casi l'appalto si rivela uno strumento negoziale utile (anche) per organizzare le relazioni commerciali tra imprese, allorché una di esse decida di circoscrivere la sua attività e i relativi investimenti al "core business" – con connessa possibilità di attingere nel settore d'elezione elevati livelli di specializzazione – demandando ad aziende terze la realizzazione dei beni o servizi necessari allo svolgimento del ciclo produttivo principale, piuttosto che dedicarsi essa stessa all'autoproduzione.

Il coordinamento tra imprese può spingersi fino alla creazione di una rete, in cui ciascuna di esse sceglie di concentrare la propria attività su specifici segmenti del processo produttivo, instaurando con le altre rapporti stabili e duraturi che le

assicurino l'approvvigionamento dei beni e servizi di cui necessita per lo svolgimento della propria *mission*.

In questa complessa realtà imprenditoriale, facilmente si realizza una dissociazione tra la figura del datore di lavoro e quella di chi utilizza o comunque trae beneficio dalla prestazione lavorativa, ed è per questo che il legislatore è intervenuto a disciplinare i rapporti di lavoro mediante i quali questo complesso di relazioni economiche si realizza, preoccupandosi dapprima di tutelare dal pericolo di sfruttamento soltanto i lavoratori impegnati in appalti interni, cioè inerenti al ciclo produttivo tipico dell'impresa appaltante e, a partire dal D. Lgs. n. 276/2003, quelli impiegati in tutti gli appalti di opere e servizi.

Per un verso si è proceduto a tipizzare gli elementi identificativi di una genuina relazione negoziale tra imprese, per altro verso si è presidiato – per effetto di una previsione di responsabilità solidale tra tutte le imprese coinvolte a vario titolo nell'appalto – il soddisfacimento dei crediti retributivi dei lavoratori addetti alla realizzazione del segmento produttivo appaltato (sia esso relativo a beni o servizi) e dei crediti contributivi vantati dagli enti previdenziali con riferimento alle posizioni di quei lavoratori.

Sotto il primo profilo **il legislatore del 2003 ha fissato nuovi parametri identificativi dell'appalto genuino rispetto ad accordi negoziali volti a dissimulare la mera fornitura (illecita) di manodopera.**

Nel vigore della L. n. 1369/1960, infatti, i requisiti essenziali dell'appalto erano individuati nella presenza, in capo all'appaltatore, di un'adeguata organizzazione di mezzi, e nell'assunzione del rischio d'impresa. L'art. 1 della legge citata, in particolare, conteneva una presunzione di illegittimità dell'appalto qualora l'apporto dei mezzi materiali necessari all'esecuzione dell'appalto (macchinari, capitali, attrezzature) provenisse dall'appaltante.

L'identificazione del requisito dell'autonomia organizzativa, previsto dall'art. 1655 c.c., con la titolarità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, rendeva tuttavia arduo l'accertamento della genuinità dell'operazione negoziale in presenza di appalti c.d. "labour intensive", caratterizzati cioè dal peso preponderante del lavoro sui mezzi materiali impiegati, considerato anche che l'ulteriore requisito previsto dall'art. 1655 c.c., e cioè l'assunzione del rischio di impresa, non è agevolmente verificabile in concreto.

L'art. 29, comma 1, del D. Lgs. n. 276/2003 ha innovato, come si è detto, la previgente disciplina e prevede attualmente che "il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che **può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio de-dotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto**".

Rispetto al requisito dell'organizzazione, dunque, la norma precisa la portata semantica dell'art. 1655 c.c. nel senso che – in presenza di appalti leggeri, nei quali cioè l'attività si risolve prevalentemente nel lavoro – l'autonomia organizzativa possa

risultare essenzialmente dall'esercizio del potere direttivo, disciplinare e di controllo nei confronti dei lavoratori utilizzati: in altri termini, solo se l'esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro promana in via esclusiva o promiscua dal committente piuttosto che dall'appaltatore, può ritenersi accertata in concreto l'illecita somministrazione di manodopera.

3. Somministrazione di manodopera

COS'È LA SOMMINISTRAZIONE DI MANODOPERA E COME SI È EVOLUTA LA SUA DISCIPLINA NORMATIVA?

Le pratiche di “outsourcing” (cioè di acquisizione all'esterno di un'ampia gamma di beni e servizi necessari al processo produttivo) comportano di frequente l'utilizzo temporaneo di lavoratori non direttamente assunti dall'impresa, bensì da una società di intermediazione di manodopera e, quindi, questi fenomeni realizzano forme di utilizzazione indiretta di manodopera.

La dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e utilizzazione della prestazione lavorativa non è stata sempre consentita, anzi, inizialmente l'imputazione del rapporto di lavoro ad un soggetto diverso dall'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa è stata oggetto di aperta ostilità legislativa, nel timore che tale meccanismo potesse tradursi in condotte elusive dei diritti e tutele previste a favore del lavoratore subordinato.

La l. 23 ottobre 1960, n. 1369 vietava senza eccezioni l'utilizzazione indiretta di manodopera, col presidio di sanzioni civili e penali.

Una progressiva apertura del legislatore si è avuta dapprima verso la fornitura di lavoro temporaneo (con la L. n. 196/1997) e, quindi, anche rispetto allo “staff leasing” o somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, introdotta con il D.lgs. n. 276/2003. Ulteriori spinte nel senso di una liberalizzazione dell'istituto sono riconducibili dal c.d. Decreto Poletti (L. n. 78/2014) che ha abolito il requisito della causale giustificatrice nella somministrazione a termine, e al D.lgs. n. 81/2015 che, nel testo originario, aveva esteso l'acausalità anche alla somministrazione a tempo indeterminato.

Una parziale inversione di tendenza si è registrata con l'entrata in vigore del D.L. n. 87/2018, che ha esteso all'istituto della somministrazione i limiti posti al contratto a termine (necessità della causale giustificativa dopo 12 mesi o comunque in caso di rinnovo; soglia massima di durata pari a 24 mesi), nell'ambito di un generale irrigidimento rispetto all'impiego di tipologie di lavoro flessibile.

La disciplina della somministrazione risulta dunque, attualmente, dal D. Lgs. n. 81/2015 (artt. 30-40) come modificato dal D.L. n. 87/2018.

La somministrazione di lavoro è il risultato di un **collegamento negoziale tra il contratto di somministrazione di lavoro, stipulato da un soggetto utilizzatore con un'agenzia a ciò appositamente autorizzata, e il contratto di lavoro concluso tra quest'ultima e uno o più lavoratori somministrati, in forza del quale “per**

tutta la durata della missione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore", secondo la definizione dell'art. 30 del D. Lgs. n. 81/2015.

Il primo requisito di legittimità del contratto di somministrazione di lavoro è che il somministratore sia un'impresa iscritta all'apposito albo costituito presso il Ministero del Lavoro, in quanto autorizzata allo svolgimento a tempo determinato e/o indeterminato di tale attività in presenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e nel rispetto della procedura di cui agli artt. 4 e 5 del D. Lgs. n. 276/2003.

Sia la somministrazione a tempo indeterminato che quella a termine sono soggette, poi, ai limiti quantitativi all'impiego fissati nell'art. 31 del D.lgs. n. 81/2015: per quanto riguarda il contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, il numero dei lavoratori somministrati non può eccedere il 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore, mentre nel caso di somministrazione a termine, il D.L. n. 87/2018, come modificato con L. n. 96/2018, ha introdotto il limite quantitativo del 30%.

Ai sensi del co. 4 dell'art. 31, la disciplina della somministrazione a tempo indeterminato non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Per la conclusione del contratto di somministrazione è prescritta la **forma scritta a pena di nullità**, nonché l'indicazione degli elementi di cui al primo comma dell'art. 33: segnatamente il numero dei lavoratori da somministrare e la durata prevista della somministrazione di lavoro, il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo dei lavoratori nonché le mansioni alle quali saranno adibiti.

All'atto della stipula contratto di somministrazione, l'utilizzatore assume inoltre l'obbligo di comunicare al somministratore il trattamento economico e normativo applicabile ai lavoratori suoi dipendenti che svolgono le medesime mansioni dei lavoratori da somministrare, e a rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti a favore dei lavoratori somministrati.

È prescritto, infine, che al più tardi all'atto dell'invio in missione presso l'utilizzatore, il somministratore comunichi per iscritto al lavoratore le suddette informazioni, nonché la data di inizio e la prevedibile durata della missione.

4. I poteri del datore di lavoro

QUALI SONO I POTERI DEL DATORE DI LAVORO NELLA SOMMINISTRAZIONE?

Si è detto che la somministrazione di lavoro si articola nel collegamento negoziale tra due contratti: quello di somministrazione, tra il somministratore e l'utilizzatore, e il contratto di lavoro tra il somministratore e i lavoratori che saranno impiegati presso l'utilizzatore.

Quest'ultimo è un contratto di lavoro subordinato, la cui disciplina diverge a seconda che si tratti di:

- 1) un contratto a tempo indeterminato;
- 2) un contratto a termine.

Nel primo caso, il lavoratore somministrato può essere destinato a più missioni successive e, negli intervalli di inattività tra l'una e l'altra, percepisce un'indennità di disponibilità nella misura fissata dal contratto collettivo applicabile alle imprese di somministrazione.

Per quanto riguarda l'esercizio dei poteri datoriali, la relativa disciplina (artt. 34 e 35 del D.lgs. n. 81/2015) dipende dalle peculiarità del rapporto di lavoro somministrato, in cui si verifica una scissione fra la titolarità formale del rapporto – in capo all'agenzia di somministrazione, e **l'esercizio del potere direttivo, spettante all'utilizzatore** a mente dell'art. 30.

L'utilizzatore ha, quindi, il potere di specificare e modificare le mansioni anche al di là di quelle previste espressamente nel contratto, purché entro i limiti tracciati allo ius variandi ex art. 2103 c.c.

Nel caso in cui l'utilizzatore intenda invece adibire il lavoratore somministrato allo svolgimento di mansioni inferiori o superiori a quelle previste nel contratto, deve darne immediata comunicazione scritta al somministratore e consegnarne copia al lavoratore, rimanendo in caso contrario obbligato in via esclusiva verso il lavoratore al risarcimento del danno, nel caso di assegnazione a mansioni inferiori, e al pagamento delle corrispondenti differenze retributive nel caso di assegnazione a mansioni superiori. **L'utilizzatore risponde altresì nei confronti dei terzi dei danni a essi arrecati dal lavoratore nello svolgimento delle sue mansioni.**

Il profilo formale della titolarità del rapporto riemerge nell'esercizio del **potere disciplinare**, che è **riservato al somministratore** (art. 35, comma 6), essendo a tal fine previsto che l'utilizzatore comunichi “al somministratore gli elementi che formeranno oggetto della contestazione ai sensi dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970”.

Compete al somministratore – quale datore di lavoro – anche l'obbligo retributivo, determinato sulla base del CCNL applicato dall'utilizzatore.

Ai sensi dell'art. 35 comma 1 è previsto che per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori somministrati hanno diritto, a parità di mansioni svolte, “a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore”.

A presidio delle ragioni di credito del lavoratore, è prevista la responsabilità solidale dell'utilizzatore sia per la corresponsione al lavoratore dei trattamenti retributivi che per il versamento dei relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

Gli obblighi di prevenzione e protezione cui l'utilizzatore è tenuto rispetto ai propri dipendenti, lo impegnano ovviamente anche rispetto ai lavoratori somministrati, e tuttavia compete al somministratore l'obbligo di informare i lavoratori suoi dipendenti sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive di formarli e addestrarli all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale essi vengono assunti.