

Tipologie e particolarità

Il corretto utilizzo del distacco

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow (*)

Nel contesto dell'organizzazione gestionale di una impresa e, in special modo, di un gruppo di imprese o di un sistema di rete di imprese rileva senza dubbio l'istituto del distacco nel lavoro privato, disciplinato dall'art. 30, D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, come modificato dal D.L. 28 giugno 2013, n. 76, convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 99, tenendo conto dei profili sanzionatori così come disciplinati per effetto della depenalizzazione operata dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8.

L'istituto del distacco è stato oggetto di numerosi tentativi di ricostruzione dogmatica, in ragione di una peculiare strutturazione della fattispecie lavoristica che s'instaura coinvolgendo tre diverse soggettività: accanto ai protagonisti-attori dell'originario (ed unico) rapporto di lavoro subordinato si aggiunge un terzo soggetto datoriale che si interlaccia col datore di lavoro in termini commerciali, o pseudo tali, e con il lavoratore, nell'esercizio di un potere direttivo che viene "distratto" dal datore di lavoro effettivo.

Occorre evidenziare che nella discussione intorno al "distacco", tradizionalmente si distinguono, nella prassi e in dottrina, due tipologie fortemente differenziate:

- **distacco proprio** = l'impresa distaccante invia uno o più dipendenti presso un'impresa distaccataria per svolgere prestazioni lavorative a favore di quest'ultima, inserendosi nel suo ciclo produttivo e/o commerciale ovvero nella sua organizzazione;
- **"distacco" improprio** = l'impresa "distaccante" invia uno o più dipendenti presso un'impresa "distaccataria", per svolgere l'opera o il servizio che forma oggetto del contratto (di appalto o simile) in essere fra i due soggetti datoriali, restando alle dipendenze funzionali e gerarchiche della prima.

Caratteristiche e tipologie

Nel distacco la peculiarità del rapporto lavorativo del lavoratore distaccato presenta aspetti di assoluto rilievo operativo.

La giurisprudenza ancor prima del D.Lgs. n. 276/2003 era intervenuta al fine di riconoscere al distacco un percorso legittimo e lecito, individuando tre requisiti tipici (Cass. civ. 9 agosto 1978, n. 3887; Cass. civ. 21 maggio 1998, n. 5102; Cass. civ. 2 novembre 1999, n. 12224; Cass. civ. 24 ottobre 2000, n. 13979):

- 1) il datore di lavoro distaccante deve possedere una **struttura imprenditoriale effettiva**, dotata di una specifica organizzazione e di una autonoma facoltà d'azione e di gestione della realtà produttiva, commerciale o di servizio interessata;
- 2) il datore di lavoro distaccante deve risultare portatore di un **diretto e rilevante interesse** di tipo imprenditoriale alla realizzazione del distacco;
- 3) il lavoratore deve essere distaccato **esclusivamente in modo temporaneo**.

Proprio alla luce di tali caratterizzazioni giurisprudenziali, si forma il dettato normativo di cui all'art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003, sulla base del quale è possibile affermare, sinteticamente, che il distacco di manodopera consiste nella scelta di un datore di lavoro che intenda soddisfare un proprio specifico interesse, di porre temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

Si tratta di una ulteriore ipotesi, accanto alla somministrazione di lavoro e all'appalto, in cui il lavoratore svolge di fatto la propria prestazione di lavoro nell'interesse di un soggetto diverso dal proprio datore di lavoro, con una **scissione strutturale fra titolare giuridico del rapporto di lavoro e gestore-utilizzatore del medesimo rapporto lavorativo**. Il distacco configura un **rapporto giu-**

(*) L'Autore è anche dirigente dell'Ispettorato nazionale del lavoro.

Percorsi

ridico trilaterale, in una relazione triangolare che vede quali soggetti coinvolti: il datore di lavoro distaccante, il lavoratore distaccato e il distaccatario.

In questo stesso senso si era sostanzialmente mosso il Ministero del lavoro il quale con nota n. 5/25814/70/VA dell'8 marzo 2001 aveva sostenuto che è del tutto lecito il distacco quando *“coesistono i seguenti presupposti sostanziali: a) l'assegnazione al diverso posto di lavoro deve essere temporanea; b) deve sussistere un interesse del datore di lavoro distaccante a che la prestazione lavorativa del proprio dipendente sia resa a favore di un terzo”* (cfr. Ministero del lavoro, nota n. 5/26183 dell'11 aprile 2001).

Per quanto concerne, dunque, i requisiti sostanziali che rendono legittimo e lecito il distacco dei lavoratori, occorre andare al testo normativo dell'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003, così come letto e interpretato dalle Circolari del Ministero del lavoro n. 3 del 15 gennaio 2004, n. 28 del 24 giugno 2005 e n. 35 del 29 agosto 2013.

Il distacco può atteggiarsi in modalità differenti, anche sul piano normativo, a seconda della sua concreta caratterizzazione. Si distinguono così il distacco che comporta il mutamento di mansioni e quello da cui consegue lo spostamento del lavoratore a oltre 50 km di distanza.

Distacco che modifica la prestazione

Ai sensi dell'art. 30, comma 3, D.Lgs. n. 276/2003, il legislatore, prendendo in considerazione alcune ipotesi particolari di distacco, che maggiormente coinvolgono il lavoratore sotto il profilo del suo inquadramento contrattuale e dello svolgimento della prestazione lavorativa propria, afferma la necessità di acquisire la manifestazione di un libero consenso del lavoratore interessato in relazione al distacco che comporta un mutamento di mansioni.

Da qui l'assunto, per deduzione, che in tutte le altre ipotesi di distacco in cui non si discuta di mutamento di mansioni, il **consenso del lavoratore** non è necessario.

Il consenso di che trattasi, ovviamente, **non è necessario se il mutamento di mansioni avviene in termini di equivalenza o di analogia**, essendo naturale ed inevitabile il diverso svolgimento anche delle medesime prestazioni lavorative, mutando il soggetto e la struttura organizzativa in cui tali prestazioni vengono rese. Non necessita

quindi alcun consenso del lavoratore nelle ipotesi in cui le mansioni e le prestazioni da questi svolte vengano a mutare soltanto con riferimento allo svolgimento presso altra struttura organizzativa, secondo le specifiche tecniche e strutturali del distaccatario.

In questo senso soccorre la precisazione ministeriale, a mezzo della circolare n. 3/2004, secondo cui il consenso del lavoratore al distacco da cui deriva un mutamento di mansioni sta a ratificare l'equivalenza delle mansioni nell'ipotesi in cui vi è una specializzazione o una riduzione dell'attività lavorativa svolta, rispetto al “patrimonio professionale” del lavoratore distaccato, ma senza che vi sia un vero demansionamento.

Non si ha, pertanto, alcun irrigidimento dell'istituto: il **consenso è dovuto** soltanto **per mutamenti di carattere sostanziale che incidano sul “di più” o sul “di meno” della prestazione lavorativa effettiva** richiesta e resa, vale a dire che, estremizzando, non potrà legittimamente distaccarsi un lavoratore inquadrato come impiegato e addetto all'ufficio marketing presso una diversa azienda come impiegato addetto all'ufficio personale, senza il consenso espresso.

In secondo luogo resta ferma la disciplina dettata dall'art. 2103 c.c. per quanto concerne l'esercizio dello *ius variandi*, con particolare riferimento alle mansioni superiori eventualmente svolte dal lavoratore distaccato presso il distaccatario. Va evidenziato, peraltro, che l'art. 3, “Codice dei contratti”, quale norma di chiusura del Capo I, D.Lgs. n. 81/2015, ha riscritto il contenuto dell'**art. 2103 c.c.**, disciplinando in modo nuovo lo *ius variandi* e le **fattispecie di legittimo demansionamento**, in attuazione della lett. e) dell'articolo unico del comma 7, legge delega n. 183/2014, intervenendo anche a proposito di assegnazione a mansioni superiori. In particolare si stabilisce che in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale.

Sul punto può ritenersi valido l'assunto giurisprudenziale, pure determinatosi prima del D.Lgs. n. 276/2003, secondo cui a rispondere delle differenze retributive dovute e del complessivo miglior trattamento economico spettante al lavoratore è sempre e comunque il solo datore di

lavoro distaccante, essendo il distacco una mera modificazione delle caratteristiche esecutive della prestazione di lavoro originaria (Cass. civ. 20 giugno 1990, n. 6181; Cass. civ. 8 agosto 1987, n. 6817).

Distacco con distanza superiore a 50 Km

Altra ipotesi presa in considerazione dal legislatore della riforma è quella del distacco presso un datore di lavoro la cui sede di lavoro si situa ad una *distanza significativa* da quella in cui il lavoratore distaccato è addetto.

A norma dell'art. 30, comma 3, D.Lgs. n. 276/2003, dunque, se il distacco comporta il trasferimento del lavoratore distaccato a un'unità produttiva situata a più di 50 km dalla sede di lavoro di provenienza, dati gli evidenti maggiori disagi per il lavoratore interessato, il distacco può avvenire soltanto per *comprovate ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo*.

Per distaccare il lavoratore presso un soggetto che dista oltre 50 km dall'originario luogo di lavoro, occorrono delle motivate ragioni, debitamente provate e riscontrate, che attengono ai profili tecnici, organizzativi, produttivi o sostitutivi tipici dello svolgimento di una normale attività d'impresa.

La causale giustificativa sembra mutuare, intrecciandoli variamente fra loro, gli aspetti causativi di cui all'art. 2103 c.c., al fine di caratterizzare in termini di imprenditorialità tali ipotesi di distacco.

Pare, infatti, alquanto difficile immaginare che in simili situazioni il distacco possa essere effettuato da un datore di lavoro non imprenditore, mentre le ragioni motivazionali devono riguardare esclusivamente il distaccante e non anche il distaccatario. Ciò significa che, in caso di distacco per ragioni sostitutive il distaccato potrà sostituire una collega già distaccata ed eventualmente assente per maternità, ma non certo un lavoratore dipendente del distaccatario.

Quanto poi alla disciplina applicabile, come chiarito dalla circolare n. 3/2004 del Ministero del lavoro, non si applica in tal caso la disciplina del trasferimento, ma quella propria del distacco.

Da ultimo si consideri che *se il distacco comporta anche un mutamento di mansioni*, nel senso più sopra indicato, occorrerà, oltre alle compro-

vate ragioni giustificatrici, anche il *consenso espresso del lavoratore*.

Particolarità

Si distinguono diverse fattispecie particolari di distacco: quello infragruppo, quello in edilizia, quello nell'ambito dei contratti di rete di imprese quello sulla base di accordi sindacali e il distacco parziale.

Distacco infragruppo

La valutazione di *legittimità circa l'interesse del distaccante* resta identica anche quando il distacco avviene fra imprese giuridicamente distinte e differenziate, ma facenti parte di un unico gruppo di società o comunque fra di loro collegate in un sistema o a rete (network).

Il collegamento fra società e imprese non basta a giustificare un distacco legittimo; l'appartenenza al gruppo rappresenta, secondo un orientamento giurisprudenziale costante, un mero fatto giuridico, che non attribuisce al gruppo una personalità giuridica autonomamente rilevante, conseguentemente rimane la necessità di distinguere le ipotesi di distacco lecito da quelle di interposizione illecita da pseudo-distacco.

Anche a questi fini la circolare n. 28/2005 ribadisce, con forza, che *“non si può ritenere automaticamente sussistente l'interesse del datore di lavoro al distacco per il solo fatto che esso viene disposto tra imprese appartenenti al medesimo gruppo”*; laddove la circolare n. 3/2004 affermava, più blandamente, che *“la formulazione della novella legislativa legittima le prassi di distacco all'interno dei gruppi di impresa, le quali corrispondono a una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo”*. La circolare n. 28/2005, rispetto alla precedente, dunque, da un lato appare segnata da un atteggiamento maggiormente prudentiale del Ministero del lavoro, dall'altro ben più incisiva sotto un profilo interpretativo.

L'interesse che legittima il distacco, dopo i chiarimenti ministeriali, non è e non può mai essere quello del distacco in sé, neppure all'interno di un gruppo d'impresе, ma la *presenza di un vantaggio di tipo organizzativo e personale per il datore di lavoro distaccante*, di tipo *patrimoniale*, anzitutto, ma anche *non patrimoniale*.

Percorsi

In questa prospettiva viene richiamato l'orientamento giurisprudenziale che ribadisce il senso del collegamento commerciale o societario sussistente fra distaccante e distaccatario, tale per cui il rapporto di gruppo non è in grado, per sé solo, di legittimare il distacco, ma viene a rappresentare uno dei presupposti di fatto che concorrono a formare il convincimento giudiziale in merito alla verifica della concreta sussistenza dell'interesse del datore distaccante (Cass. 18 agosto 2004, n. 16165; Cass. 16 febbraio 2000, n. 1733).

D'altronde, la circolare n. 28/2005 insiste sulla effettività e sulla non fraudolenza della costituzione del gruppo di imprese. Legittimando il ricorso al distacco in alternativa alla Cig soltanto all'interno dei gruppi, il Ministero del lavoro ribadisce, infatti, con un chiaro, seppure implicito, riferimento alla ricaduta sanzionatoria di natura penalistica (somministrazione fraudolenta), che il gruppo sia tale in fatto e in diritto.

Deve essere ben distinta e distinguibile, secondo la circolare n. 28/2005, la reale e piena autonomia di gestione delle singole imprese che compongono il gruppo, questo, dal canto suo, dovrà apparire quale realtà composita di strutture imprenditoriali differenti e differenziate e non presentarsi, invece, come mera "*frammentazione artificiosa (e quindi fraudolenta)*" di un soggetto giuridico unico ed unitario.

Distacco "difensivo" in edilizia

La nota ministeriale n. 1006 dell'11 luglio 2005 ha inteso riconoscere la piena legittimità di un'altra tipologia di distacco, di origine contrattuale collettiva.

In effetti, rispondendo ad un quesito avanzato dall'Ance (Associazione nazionale costruttori edili), il Ministero del lavoro ha inteso avallare pienamente l'interpretazione che rende pienamente compatibile con le disposizioni normative contenute nell'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003, l'ipotesi "speciale" di distacco prevista e disciplinata dall'art. 96 Ccnl Edili Industria nonché dall'art. 93 Ccnl Edili Artigiano, strutturato come un vero e proprio distacco "difensivo" dell'organico aziendale del distaccante e della tenuta economico-produttiva dell'impresa edile.

Le norme contrattuali citate, invero, stabiliscono che "*il lavoratore edile può essere temporaneamente distaccato, previo suo consenso e con mansioni equivalenti, da un'impresa edile ad*

un'altra, qualora esista l'interesse economico produttivo dell'impresa distaccante, anche con riguardo alla salvaguardia delle proprie professionalità, a che il lavoratore svolga la propria attività a favore dell'impresa distaccataria".

La compatibilità della previsione dell'art. 96 Ccnl Edili Industria e dell'art. 93 Ccnl Edili Artigiano viene sancita dalla nota n. 1006/2005, anzitutto, in ragione della maggiore "*favorevolezza*" per i lavoratori interessati (derogabilità *in melius* da parte della contrattazione collettiva).

Mentre il **consenso del lavoratore** è previsto dall'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003 esclusivamente **in caso di mutamento di mansioni** (non essendo altrimenti richiesto, né necessario, trattandosi di mera esplicazione dei poteri datoriale di organizzazione e direzione), nel caso di specie il consenso del lavoratore distaccato è sempre condizione di legittimità del distacco.

D'altra parte, la nota ministeriale riconosce anche la facoltà per il datore di lavoro distaccante di procedere ad un distacco dei lavoratori verso mansioni anche non equivalenti (contrariamente a quanto previsto dalla contrattazione collettiva), purché superiori, essendo pienamente conforme tale fattispecie alla norma generale (art. 30, D.Lgs. n. 276/2003).

Sotto il profilo dell'interesse del distaccante, l'estensore della nota perviene alle medesime conclusioni della circolare n. 28/2005, sancendo la piena legittimità dell'interesse datoriale fondato sull'intendimento del voler preservare e salvaguardare le professionalità dei lavoratori distaccati, dovendosi ricondurre tale volontà finalizzata del distaccante ad una di quelle motivazioni di natura tecnica, produttiva ovvero organizzativa che, "*purché effettivamente esistente, rilevante e legittima*", concorre, unitamente alla temporaneità, a fondare un distacco di manodopera lecito e "*genuino*".

Resta ferma, tuttavia, perché non trattata e non affrontata dalla nota dell'11 luglio 2005, la diversa (ma connessa) questione del **distacco plurimo o collettivo in edilizia**, vale a dire la valutazione dei profili di legittimità e di liceità (e cioè di "*compatibilità*" con l'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003) dei distacchi di "squadre" di lavoratori edili. Non pochi paiono, infatti, agli operatori i profili di criticità di una generale ammissibilità del "distacco a squadre", soprattutto - ma non solo - con riguardo alle attività nei cantieri delle

stazioni appaltanti pubbliche, anche con riguardo ai riflessi sulla competitività e sulla concorrenza libera e leale fra le imprese edili.

Distacco per accordi sindacali

Il D.L. 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236 recante “*Interventi urgenti a sostegno dell’occupazione*”, dispone all’art. 8, comma 3, che, nel quadro dei licenziamenti collettivi, “*Gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dall’impresa ad altra per una durata temporanea*”.

L’art. 30, comma 4, D.Lgs. n. 276/2003 fa espressamente salva questa tipologia speciale di distacco.

Si tratta, anzitutto, di una soluzione normativa dettata dal legislatore per far fronte ad alcune **emergenze rilevabili nell’ambito delle procedure collettive di riduzione di personale**, con il fine dichiarato di attenuare l’impatto sociale degli eventuali licenziamenti e di agevolare l’impresa in crisi per una migliore ripresa anche in termini occupazionali.

Per la verità questa ipotesi di distacco di uno o più lavoratori presso altra impresa al termine delle procedure **in alternativa ai licenziamenti**, nel primo decennio di vita dell’istituto, non è stata molto praticata, perché il personale in esubero resta, in ogni caso e a tutti gli effetti di legge e contrattuali, a carico dell’impresa in crisi, sia per quanto riguarda i profili retributivi che per quelli contributivi (circolare Ministero del lavoro n. 4 del 18 gennaio 1998, circolare Inps n. 81 del 9 marzo 1998).

Guardando ora all’art. 8, legge n. 263/1993, in uno con l’art. 30, D.Lgs. n. 276/2003, si deve rilevare anzitutto che la compatibilità dei due tipi di distacco è data principalmente dalla differenza strutturale dell’ipotesi speciale rispetto a quella generale.

Nel caso di “comando collettivo” l’accordo sindacale stabilisce la procedibilità del distacco e lo regola, ovviamente anche per quanto concerne i requisiti di liceità e di legittimità che, pure nell’ipotesi speciale, rimangono l’interesse del distaccante e la temporaneità del distacco.

Solo che nel comando collettivo l’interesse è determinato in modo completamente diverso essendo presuntivamente previsto dalla legge in ragio-

ne del temperamento o bilanciamento di interessi fra datore di lavoro e lavoratore, con un *medium* fra occupabilità e flessibilità, recepiti dall’accordo sindacale che conclude la procedura.

Contratto di rete di imprese

Il contratto di rete di imprese è disciplinato dall’**art. 3, commi 4-ter, 4-quater e 4-quinquies, D.L. n. 5/2009**, come convertito dalla legge n. 33/2009 (così come modificato dall’art. 42, commi 2-bis e 2-ter, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché dall’art. 45, commi 1-3, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 e dall’art. 36, commi 4, 4-bis e 5, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221), secondo cui con il contratto di rete più imprenditori (si ritiene almeno due) perseguono lo **scopo** di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un **programma comune di rete**, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all’esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell’oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l’istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l’esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso.

L’art. 7, comma 2, D.L. n. 76/2013, convertito dalla legge n. 99/2013 ha aggiunto il nuovo comma 4-ter all’art. 30, D.Lgs. n. 276/2003 che impatta specificamente sui profili della sussistenza di un interesse in capo al distaccante, prevedendo che “*qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa che abbia validità (...), l’interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell’operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall’art. 2103, Codice civile*”.

Come si nota, dunque, il legislatore della riforma 2013 allarga le maglie del distacco favorendo la massima flessibilità nell’utilizzo delle risorse umane impiegate da aziende che sottoscrivono e

Percorsi

aderiscono ad un medesimo contratto di rete di imprese (art. 3, commi 4-ter, 4-quater e 4-quinquies, D.L. n. 5/2009, come convertito dalla legge n. 33/2009), riconoscendo con **presunzione assoluta**, in modo automatico, la sussistenza di **uninteresse al distacco in capo al datore di lavoro aderente al contratto di rete** che distacca un proprio dipendente presso altra azienda che ha sottoscritto lo stesso contratto.

Secondo il dettato normativo contenuto nel D.L. n. 76/2003, convertito dalla legge n. 99/2013, infatti, l'interesse del datore distaccante sorge "automaticamente" per il solo fatto di trovarsi ad "operare" nell'ambito di una rete di imprese.

La disposizione, peraltro, richiama i **principi e i divieti sanciti dall'art. 2103, Codice civile** in materia di mobilità dei lavoratori per delimitare l'ambito di esercizio del **potere datoriale di variazione del rapporto di lavoro** anche nel contesto di una operazione di distacco.

Distacco parziale

La circolare n. 3/2004 del Ministero del lavoro ha riconosciuto espressamente, nel silenzio dell'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003 sul punto, la possibilità di un "**distacco parziale**", vale a dire la facoltà per il distaccante di inviare il lavoratore distaccato a svolgere la propria **attività lavorativa anche solo parzialmente presso il distaccatario**, seguitando a svolgere presso il distaccante tutta la restante parte della prestazione lavorativa. Ciò è stato **ritenuto ammissibile** in considerazione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali (Cass. n. 5102 del 21 maggio 1998, nota Ministero del lavoro n. 5/26183 dell'11 aprile 2001), secondo cui, appunto, una parte della prestazione lavorativa può essere resa presso il distaccato (soggetto terzo ed estraneo al rapporto di lavoro) e il resto dell'attività lavorativa deve essere svolto presso l'impresa distaccante.

Il riferimento alla giornata di lavoro invero può anche estendersi, concettualmente, alla settimana lavorativa e quindi si può sostenere la legittimità del distacco che riguarda solo alcuni giorni della settimana.

Distacco transnazionale

Le prestazioni transnazionali di servizio trovano collocazione normativa all'interno della disciplina del distacco internazionale. A norma degli artt. 45 (libera circolazione), 49 (diritto di stabili-

mento), 56 (libera prestazione dei servizi) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'art. 15, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), "**ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro**".

Per il **distacco transfrontaliero o comunitario** dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi il D.Lgs. n. 136/2016 ha introdotto **specifiche ipotesi sanzionatorie**. In base all'art. 3, comma 5, D.Lgs. n. 136/2016, il **datore di lavoro distaccante e il distaccatario che ha utilizzato la prestazione dei lavoratori irregolarmente distaccati** con una sanzione amministrativa di 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, che in ogni caso non può essere inferiore a 5.000 euro, né superiore a 50.000 euro. Se il **distacco non autentico coinvolge lavoratori minorenni** distaccante e distaccatario sono puniti con la pena dell'arresto fino a 18 mesi e dell'ammenda fino a 300 euro per ciascun minore e per ciascuna giornata di lavoro. L'art. 12, comma 1, D.Lgs. n. 136/2016 punisce con la sanzione amministrativa da 150 a 500 euro per ogni lavoratore interessato l'**impresa distaccante che omette di effettuare al Ministero del lavoro la comunicazione preventiva di distacco** (entro la mezzanotte del giorno che precede l'inizio del distacco) o di aggiornarla (entro i 5 giorni successivi alle eventuali modificazioni intervenute rispetto alle informazioni originariamente fornite), violando gli obblighi di informazione; la sanzione in concreto irrogata non può comunque essere superiore a 150.000 euro. Con l'art. 12, comma 2, D.Lgs. n. 136/2016, è punita, con la sanzione amministrativa da 500 a 3.000 euro per ogni lavoratore interessato, l'**impresa distaccante che omette di conservare** (predisponendone copia in italiano) durante tutto il periodo del distacco e fino a due anni dalla cessazione dello stesso, il contratto di lavoro (oppure altro documento contenente le informazioni di cui agli artt. 1 e 2, D.Lgs. n. 152/1997), i prospetti paga, i prospetti che indicano l'inizio, la fine e la durata dell'orario di lavoro giornaliero, la documentazione comprovante il pagamento delle retribuzioni (o documenti equivalenti), la comunicazione pubblica di instaurazione del rapporto di lavoro (o documentazione equivalente) e il certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile;

anche in questo caso la sanzione non può superare i 150.000 euro. Da ultimo, l'art. 12, comma 3, D.Lgs. n. 136/2016 punisce con la sanzione amministrativa da 2.000 a 6.000 euro l'**impresa distaccante che omette di designare un referente**, elettivamente domiciliato in Italia, incaricato di inviare e ricevere atti e documenti ovvero che viola l'obbligo di designare un referente con poteri di rappresentanza per i rapporti con le parti sociali interessate a promuovere la negoziazione collettiva o nel caso in cui il referente designato non si renda disponibile a fronte di richiesta motivata delle organizzazioni sindacali.

Sul piano della prassi amministrativa l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha emanato la circolare n. 3 del 22 dicembre 2016 (per fornire indicazioni operative circa le modalità di compilazione della comunicazione preventiva di distacco dei lavoratori in Italia da parte delle aziende straniere con Modello UNI_Distacco_UE, obbligatoria dal 26 dicembre 2016), la circolare n. 1 del 9 gennaio 2017 (per dettare chiarimenti operativi agli organi di vigilanza, in merito all'autenticità del distacco e agli elementi oggetto di verifica, nonché sul regime sanzionatorio da adottare qualora vengano riscontrate situazioni illecite) e, infine, la nota n. 1670 del 28 febbraio 2017 (sulla comunicazione preventiva di distacco per le ipotesi di cabotaggio di merci o passeggeri da effettuare con Modello UNI_CAB_UE, dal prossimo 1° marzo 2017).

Requisiti ed elementi essenziali

Dalla lettura del dettato normativo, si conferma che i requisiti di legittimità del distacco sono essenzialmente tre:

- la **temporaneità del distacco**, vale a dire la non definitività dello stesso, rispetto alla quale non ha alcun rilievo l'entità del periodo di distacco, ma soltanto il fatto che la durata del distacco stesso risulti concretamente funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante;
- l'**interesse del distaccante**, ovvero che il distaccante deve essere spinto o mosso al distacco da un qualsiasi interesse produttivo proprio che non può coincidere, evidentemente, con quello alla mera somministrazione di lavoro, interesse, peraltro, che deve sussistere e protrarsi per tutta la durata del distacco;

- l'**attività lavorativa determinata**, nel senso che il lavoratore distaccato non potrà essere addetto a prestazioni lavorative generiche, ma a quella determinata attività lavorativa che caratterizza e sostanzia l'interesse proprio del distaccante.

Peraltro, giusti anche i chiarimenti ministeriali, gli elementi che caratterizzano la **liceità del distacco dei lavoratori sono** soltanto i primi due: la **temporaneità** del distacco e l'interesse del distaccante.

L'elemento discriminante fra l'interposizione illecita di manodopera e il distacco lecito risiede, dunque, sulla individuazione dei due requisiti di legittimità già estrinsecati dalla giurisprudenza con l'avallo della dottrina maggioritaria:

- interesse specifico dell'impresa distaccante-datore di lavoro;
- temporaneità della permanenza del lavoratore distaccato presso il distaccatario (sebbene la prassi amministrativa abbia ammesso la legittimità di un distacco in cui il lavoratore svolge la propria attività lavorativa in luogo differente dalla sede dell'impresa distaccataria (interpello n. 1 del 2 febbraio 2011)).

In primo luogo, dunque, il **distacco lecito** rappresenta una mera **estrinsecazione del potere organizzativo del datore di lavoro imprenditore**, che modifica essenzialmente le modalità di svolgimento e di esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro subordinato. In tal senso, l'interesse del datore di lavoro distaccante deve sussistere fin dall'inizio del distacco, e protrarsi per tutta la durata dello stesso. D'altro canto esso va accertato concretamente, caso per caso, in base all'attività espletata e non semplicemente con riferimento agli scopi sociali del distaccante.

In secondo luogo, il distacco **non deve essere definitivo**, ma temporaneo, eccezionale ed occasionale, anche se non è necessario che la durata sia particolarmente breve, né che essa sia predeterminata *ab initio*.

Più dettagliatamente, l'interesse del datore di lavoro distaccante acquisisce, in termini di diritto positivo, una centralità assoluta.

L'art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003 stabilisce con una definitività perentoria che il distacco lecito e legittimo deve essere specificamente e direttamente finalizzato a soddisfare un preciso interesse proprio del distaccante, senza peraltro meglio definire o chiarire in che cosa consista, concretamente, tale requisito.

Percorsi

Spetta, pertanto, all'interprete fornire all'operatore una lettura utile del dettato dispositivo al fine di rendere operativamente applicabile l'istituto, seguendo anche i suggerimenti e le indicazioni che provengono dalla citata circolare n. 3/2004, dalla quale sembra potersi dedurre che l'interesse che legittima il distacco possa coincidere con qualsivoglia "interesse produttivo" del distaccante che non deve però integrare, e qui risiede l'unico limite condizionante espresso manifestato dal Ministero del lavoro in sede interpretativa, l'interesse ad una semplice somministrazione di lavoro; così pure la successiva circolare n. 28/2005 insiste con più rigore sul punto, segnalando che "il distacco non può mai concretizzarsi in un mero interesse al corrispettivo per la fornitura di lavoro altrui".

Entrando maggiormente nel dettaglio occorre, invece, rilevare **come l'interesse del distaccante dovrà essere accertato concretamente**, caso per caso, in base all'attività espletata e non semplicemente con riferimento agli scopi sociali dell'impresa. Ciò premesso l'interesse del distaccante dovrà essere senza ombra di dubbio strettamente attinente con l'esercizio dell'attività (imprenditoriale o datoriale) tipica del distaccante stesso, vista sotto un profilo sia funzionale (orientamento alla realizzazione di un risultato proprio), sia strutturale (appartenenza dell'interesse alla sfera organizzativa). In tale prospettiva è conforme alle previsioni dell'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003 il distacco che trova esplicito fondamento in una chiara motivazione di carattere tecnico, produttivo ovvero anche organizzativo manifestata dal distaccante, purché, all'evidenza, la ragione motivata del distacco del lavoratore sia realmente sussistente, sia lecita (non persegua quindi fini frodatori o meramente elusivi) e si caratterizzi per una rilevanza di significativa entità nel contesto dinamico della realtà datoriale da cui proviene il lavoratore distaccato (Cass. civ. 10 giugno 1999, n. 5721; Cass. civ. 2 novembre 1999, n. 12224).

Si può distaccare legittimamente un lavoratore non solo con riguardo alla attività principale o prevalente dell'impresa distaccante, ma anche con riferimento ad una attività meramente complementare ovvero anche per una attività straordinaria.

Appare così legittimo, in presenza anche dell'altro prerequisite della temporaneità, il distacco di

un lavoratore presso un'impresa che utilizza determinati processi produttivi o specifici macchinari, allorché il datore di lavoro distaccante voglia verificare l'utilizzabilità dei processi o dei macchinari all'interno della propria organizzazione.

Interesse del distaccante

L'interesse che legittima il distacco, dunque, non è quello del distacco in sé, ma la presenza di un vantaggio di tipo organizzativo e personale per il datore di lavoro distaccante, di tipo patrimoniale, anzitutto, ma anche non patrimoniale. L'assenza di ogni riferimento alla patrimonialità dell'interesse del distaccante lascia aperto un varco per ipotesi di distacco in cui l'interesse di chi pone in essere l'operazione risiede in esigenze di ordine morale o solidaristico propriamente manifestate. A rendere pienamente legittimo il distacco, conclusivamente, con riguardo all'interesse del distaccante sono tre distinti profili di tipo squisitamente oggettivo:

- l'esistenza di un interesse proprio del datore di lavoro distaccante, di tipo patrimoniale o non patrimoniale;
- la liceità dell'interesse manifestato;
- la sussistenza di un nesso di causalità diretta tra interesse e distacco.

La più recente circolare ministeriale n. 28/2005 insiste ulteriormente sull'importanza fondamentale dell'interesse che deve muovere il datore di lavoro distaccante segnalandone alcune caratteristiche qualificative: "specifico, rilevante, concreto e persistente" (Cass. civ., sez. lav., 15 maggio 2012, n. 7517).

L'interesse al distacco, pertanto, deve essere:

a) specifico, nel senso che necessita di una esatta individuazione, senza riferimenti generali e non circostanziati ad attività, fatti o situazioni contingenti: ogni distacco deve muovere da un distinto e specificamente individuato interesse datoriale, evitando qualsiasi "clausola di stile" o causale generale *omnibus*;

b) rilevante, vale a dire che deve mostrare caratteristiche idonee a proporzionare la scelta datoriale al significato strategico dell'operazione nel contesto dell'organizzazione aziendale: il distacco va letto nell'ottica dei riflessi organizzativo-produttivi che viene precisamente ad avere per il datore di lavoro distaccante;

c) concreto, e cioè non deve avere astratta attinenza con i processi produttivi o logistici aziendali, ma diretta e immediata incidenza su almeno uno di essi: la giurisprudenza ha insistito sulla “concretezza” dell’interesse al distacco, evidenziando che il patto con il quale il lavoratore viene ad essere distaccato deve trovare diretta e veritiera rispondenza in un interesse che non sia generale ed astratto, ma che, al contrario, risulti perfettamente aderente alla realtà gestionale dell’organizzazione datoriale interessata;

d) persistente, nel senso che deve permanere per tutta la durata del distacco e sussistere fin dal primo momento dell’attivazione di esso: il distaccante dovrà per tutta la durata del distacco essere accompagnato da una specifica valutazione interessata dell’operazione posta in essere.

Si tratta, dunque, di una temporanea mutazione delle condizioni contrattuali di lavoro, fortemente e particolarmente giustificata, in ragione delle quattro caratteristiche essenziali che devono connotare necessariamente l’interesse datoriale ad agire.

A fronte delle vigenti disposizioni in materia di associazione in partecipazione con apporto di lavoro (art. 2549 c.c., come modificato dall’art. 53, D.Lgs. n. 81/2015), si ritiene sussistente l’interesse della persona giuridica o ente associato distaccante che distacca propri dipendenti presso il distaccatario associante allo scopo di dare attuazione al contratto di associazione in partecipazione.

Temporaneità del distacco

Il distacco che pure presenti l’interesse del distaccante nei profili più sopra sintetizzati, peraltro, non può ritenersi né legittimo, né lecito qualora non possieda anche il secondo requisito di legittimità stabilito dal D.Lgs. n. 276/2003, ma già in precedenza riconosciuto e individuato dalla prassi e dalla giurisprudenza: la temporaneità.

In estrema sintesi il profilo della durata dell’operazione viene trattato dal legislatore con un solo avverbio “temporaneamente” (art. 30, comma 1), che va estrinsecato nel senso di un distacco necessariamente temporaneo, e quindi, tendenzialmente, eccezionale ed occasionale, anche se non appare in alcun modo necessario che la durata “temporanea” debba essere particolarmente breve, né che essa debba essere comunque predeterminata.

Con la circolare n. 3/2004, il Ministero del lavoro sostiene che temporaneità significa sostanzialmente “*non definitività*”, almeno nel senso che il distacco non deve essere definitivo e può durare, come si deduce dalle espresse indicazioni ministeriali, fintantoché perdura l’interesse proprio del distaccante (Cass. civ., sez. lav., 25 novembre 2010, n. 23933).

Che la durata del distacco non debba essere forzatamente predeterminata è dato acquisito già nella giurisprudenza formatasi *ante* riforma, laddove si era giunti ad affermare che, appunto, “*la durata del distacco può essere anche non predeterminata, dovendo la temporaneità accertarsi in relazione all’esistenza, nel datore di lavoro distaccante, di un interesse al distacco*” (Cass. civ., 12 novembre 1984, n. 5708).

La non definitività del distacco, quindi, potrà coincidere con una durata più o meno lunga e significativa, purché perduri, sostanzialmente identico, l’interesse originario, presentante i caratteri già individuati ed esaminati, che ha mosso fin dall’inizio il datore di lavoro distaccante.

Non è la durata che determina la legittimità dell’interesse, ma è la **persistenza dell’interesse a condizionare la liceità della durata**: temporaneità non vuol dire, pertanto, “brevità”, anzi una esigua brevità del distacco potrebbe non essere garanzia di un effettivo, reale e persistente interesse del distaccante, almeno nei casi in cui si tratti di un distacco orientato alla verifica di programmi o di progetti di un certo peso o richiedenti un particolare impegno.

In questo senso, nella circolare n. 28/2005 si trova conferma della centralità che assume il profilo dell’interesse, tale per cui il distacco è “temporaneo” (e cioè legittimo) non quando è “breve”, ma piuttosto nei termini in cui è supportato dal medesimo interesse datoriale che ha spinto il distaccante, muovendolo al distacco.

La temporaneità che legittima il distacco di manodopera, conclusivamente, sarà concretizzata da: non definitività del distacco; sussistenza e persistenza dell’interesse del distaccante; durata coerente con l’intensità e la portata dell’interesse del distaccante.

Rapporto di lavoro del lavoratore distaccato

Il rapporto di lavoro fra lavoratore distaccato e datore di lavoro distaccante rimane intatto e permanente, nella sua struttura genetica e funzionale,

Percorsi

per tutta la sua durata, ivi compreso il periodo di distacco temporaneo.

Tuttavia ci si deve interrogare circa la **necessità di informare il lavoratore per iscritto del distacco**: a ciò soccorre, nel silenzio del D.Lgs. n. 276/2003, il D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 152, per effetto del quale tutti i datori di lavoro devono obbligatoriamente informare il lavoratore delle modifiche sostanziali o formali che il rapporto di lavoro subisce durante il suo svolgimento, ivi compreso, inevitabilmente, il luogo di svolgimento delle prestazioni lavorative.

Sotto un profilo di tutela sostanziale, l'art. 30, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003 stabilisce con chiarezza che il **datore di lavoro distaccante** rimane **responsabile diretto del trattamento economico e normativo** a favore del lavoratore distaccato.

Gli oneri del trattamento economico e normativo permangono dunque, per tutta la durata del distacco, permangono a carico del distaccante che ne è esclusivo responsabile nei confronti del lavoratore.

Si ritiene, peraltro, legittima la prassi, consolidata nel caso di distacco all'interno dei gruppi d'impresa, del rimborso degli oneri economici sostenuti dal distaccante da parte del distaccatario, non avendo tale circostanza una specifica rilevanza ai fini della qualificazione del distacco genuino (Cass. civ., S.U., 13 aprile 1989, n. 1751).

Anzi, secondo le precisazioni ministeriali, contenute sempre nella citata circolare n. 3/2004, dato che il lavoratore distaccato esegue la propria prestazione lavorativa, di fatto anche nell'interesse del distaccatario, il rimborso degli oneri rende maggiormente trasparente l'imputazione reale dei costi effettivamente sostenuti nell'operazione.

Trattandosi di un mero rimborso delle spese, l'operazione è espressamente esclusa dal campo di applicazione IVA ai sensi dell'art. 15, comma 1, n. 3, D.P.R. n. 633/1972 (Risoluzioni ministeriali n. 152/1995 e n. 346/2002). Ai fini Irap il costo del lavoro colpisce il distaccatario presso cui è stata resa la prestazione lavorativa che ha contribuito a realizzare il valore della produzione, mentre il distacco è considerato operazione neutrale ai fini dell'imposta (circolare del Ministero delle finanze n. 263/1998 e Risoluzione ministeriale n. 2/2008).

Di tutta evidenza, sul punto, peraltro, che *“l'importo del rimborso non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante”*, come pure prudentemente segnala la circolare ministeriale.

Sotto altro e diverso profilo il Ministero del lavoro, ancora con la circolare n. 3/2004, ha riconosciuto la possibilità per il datore di lavoro distaccante di procedere a stipulare un **contratto di lavoro a termine con un altro lavoratore, in sostituzione del dipendente distaccato**, sussistendo tutti i requisiti previsti dalla disciplina del contratto a tempo determinato (artt. 19-29, D.Lgs. n. 81/2015).

Il chiarimento ministeriale, peraltro, lascia perplessi con riferimento alla concreta praticabilità della sostituzione, giacché ben difficile appare conciliare la permanenza di un interesse del distaccante al distacco con una motivata ragione sostitutiva del lavoratore distaccato, forse qualche spazio operativo potrebbe avere il lavoro a tempo determinato per ragioni tecniche, organizzative o produttive, ma pur sempre fintantoché saranno conciliabili con la permanenza dell'interesse al distacco.

Quanto ai profili di **sicurezza sul luogo di lavoro**, però, l'art. 3, comma 6, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ha stabilito che nell'ipotesi di distacco del lavoratore *“tutti gli obblighi di prevenzione e protezione sono a carico del distaccatario, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali egli viene distaccato”*.

Ne consegue che per quanto attiene agli aspetti prevenzionistici **“datore di lavoro” garante della sicurezza diviene il distaccatario** effettivo utilizzatore che ben conosce i rischi e i pericoli incombenti sullo svolgimento in concreto dell'attività lavorativa.

Illeciti e sanzioni

Nei casi in cui il distacco viene posto in essere senza i caratteri di liceità e di legalità di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003, viene materialmente a configurarsi una chiara ipotesi di **somministrazione illecita di manodopera**, nelle forme di una più generale *“interposizione illecita di manodopera”*, alla luce dell'art. 18, comma 5-bis,

D.Lgs. n. 276/2003, come novellato dal D.Lgs. n. 8/2016.

Lo pseudo-distaccante e lo pseudo-distaccatario che hanno posto in essere, in esecuzione di un distacco fittizio, una mera fornitura o somministrazione di lavoratori, senza interesse e/o in maniera definitiva, sono entrambi soggetti alla **sanzione amministrativa pecuniaria** pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione.

La sanzione da applicare va calcolata moltiplicando la base monetaria per un coefficiente (il numero dei lavoratori) e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente (il numero delle giornate).

D'altronde, l'applicazione delle sanzioni amministrative depenalizzate segue le procedure, i principi e i criteri della legge n. 689/1981, anche con riferimento alla estinzione agevolata dell'illecito con **pagamento della sanzione in misura ridotta** (art. 16, legge n. 689/1981).

Inoltre, l'importo della sanzione amministrativa concretamente da irrogare (trattandosi di fattispecie sanzionatoria strutturata in misura proporzionale), in base all'art. 1, comma 6, D.Lgs. n. 8/2016, "*è pari all'ammontare della multa o dell'ammenda ma non può, in ogni caso, essere inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000*" (cfr. circolare del Ministero del lavoro n. 6/2016).

Ne consegue che quando la **somma da calcolo risulta inferiore a 5.000 euro, la sanzione da irrogare va adeguata a tale minimo** e su tale importo va calcolata la sanzione "*in misura ridotta*" (art. 16, legge n. 689/1981).

Mentre **la diffida a regolarizzare** (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004), in ragione del fatto che trattandosi di condotta materialmente posta in essere, e non rimediabile, **non può trovare applicazione**.

Si realizza un'ipotesi di *illecito permanente*, per effetto del quale la condotta illecita permane nel protrarsi dello svolgimento dell'attività lavorativa da parte dei lavoratori fittiziamente distaccati e illecitamente utilizzati dallo pseudo-distaccatario.

Distacco illecito con sfruttamento di minori

L'art. 18, comma 5-bis, secondo periodo, D.Lgs. n. 276/2003, dopo l'intervento dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 8/2016, disciplina un illecito penale a carattere contravvenzionale che punisce il di-

stacco illecito con sfruttamento di minori. La locuzione "*sfruttamento dei minori*" fa riferimento al disposto normativo della legge n. 977/1967, come modificata dal D.Lgs. n. 345/1999, relativa all'impiego lavorativo di minori che non hanno compiuto i quindici anni di età e comunque non hanno concluso il periodo di istruzione obbligatoria, nonché agli adolescenti (minori tra i 15 e i 18 anni di età che hanno concluso l'obbligo scolastico) adibiti nelle mansioni, nei processi e nei lavori espressamente considerati dall'art. 6, legge n. 977/1967.

Ne consegue che ai sensi dell'art. 81, comma 1, c.p. si ha **concorso formale eterogeneo di reati** stante la rilevanza penale autonoma dello svolgimento di attività lavorativa da parte dei minori per effetto dell'art. 26, legge n. 977/1967, come sostituito dall'art. 14, D.Lgs. n. 345/1999, trattandosi di due distinte ipotesi di reato integrate con una medesima azione criminosa realizzata dal somministratore abusivo e dall'utilizzatore illecito da pseudo-distacco.

Lo "*sfruttamento*" di minori si realizza per l'illegale impiego lavorativo dei minori nel distacco illecito e dà luogo all'unica ipotesi di reato nella vicenda dello pseudo-distacco, cui si connette la **pena dell'ammenda** fino a 300 euro per ciascun lavoratore e per ciascuna giornata **congiuntamente alla pena detentiva dell'arresto** fino a 18 mesi.

Si tratta di una pena "*a proporzionalità progressiva*", con base sanzionatoria in misura fissa e coefficiente moltiplicatore variabile in base alle circostanze di fatto, da calcolarsi moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente (cfr. nota del Ministero del lavoro n. 2852/2008).

Sanzioni civili per distacco illecito e fraudolento

Sul piano sanzionatorio civilistico, si tenga presente che l'art. 30, comma 4-bis, pone in capo ai lavoratori interessati dallo pseudo-distacco la **facoltà di adire il giudice per la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dello pseudo-distaccatario**, datore di lavoro effettivo.

In caso di distacco illecito, realizzato senza i requisiti legali dell'art. 30, comma 1, dunque, i lavoratori illecitamente distaccati possono proporre ricorso *ex art. 414 c.p.c.* al giudice del lavoro al

Percorsi

fine di ottenere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore delle prestazioni lavorative rese.

Si tratta in buona sostanza della applicazione all'ipotesi di distacco illecito e di pseudo-distacco della disposizione già contenuta nell'art. 27, comma 1 e ora riproposta sostanzialmente nell'art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015.

D'altra parte il richiamo all'art. 27, sebbene al disposto del comma 2, è esplicito nell'art. 30, comma 4-*bis*, ultimo periodo, a ulteriore conferma del rimando effettuato alla disciplina già in vigore per la somministrazione irregolare, da intendersi ora riferito all'art. 38, comma 3, D.Lgs. n. 81/2015.

Per effetto dell'art. 32, legge 4 novembre 2010, n. 183, l'azione che il lavoratore impiegato in uno pseudo-distacco deve attivare ai sensi dell'art. 30, comma 4-*bis*, è ***soggetta ai termini di decadenza di cui all'art. 6, legge n. 604/1966.***

Ne deriva che il lavoratore che intende vedersi costituito il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore pseudo-distaccatario deve impugnare (in via giudiziale o stragiudiziale) il distacco in forza del quale ha svolto le proprie prestazioni entro 60 giorni dalla sua cessazione o dalla cessazione del rapporto di lavoro, dovrà poi procedere, entro 180 giorni dall'impugnazione, a pena di inefficacia, a depositare la domanda giudiziale presso il giudice competente o comunicare allo pseudo-distaccatario la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

Pur essendo abrogato l'art. 28, D.Lgs. n. 276/2003 ad opera dell'art. 55, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 81/2015, comportando l'*abolitio criminis* del reato di somministrazione fraudolenta, ciò nondimeno si ritiene possibile una valutazione giuridica del distacco in ipotesi di una utilizzazione fraudolenta dell'istituto, poiché l'accordo negoziale fra pseudo-distaccante e pseudo-distaccatario che hanno operato in frode alla legge, realizzando una ipotesi di distacco illecito in violazione dei principi e dei criteri di cui all'art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003, consistente in una mera interposizione di manodopera, facendo rilevare la illiceità della causa del contratto che finisce per costituire il mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative in materia di tutela dei diritti normativi, economici e retribuiti dei lavoratori distaccati (fuggendo dal rispetto degli obblighi, dei limiti e delle condizioni posti dagli

artt. 30-40, D.Lgs. n. 81/2015 in materia di somministrazione lecita di lavoro).

In questo senso il ***distacco in frode alla legge*** è, per i principi generali dell'Ordinamento, radicalmente ***nullo per illiceità della causa negotii*** (artt. 1344 e 1418, comma 2, c.c.), inverandosi in una somministrazione priva dei requisiti essenziali di liceità, validità e legittimità.

In particolare in caso di distacco fraudolento si ha la conseguente naturale estensione applicativa del precetto contenuto nell'art. 38, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, a mente del quale in mancanza di un contratto di somministrazione di lavoro forma scritta l'accordo negoziale è nullo, con l'effetto sanzionatorio ulteriore per cui a fronte della nullità del contratto di somministrazione i ***lavoratori distaccati*** - in questo caso - devono essere ***considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dello pseudo-distaccatario*** utilizzatore fraudolento.

Il lavoratore non è sempre considerato dipendente dell'effettivo utilizzatore della prestazione in modo automatico, potendo dipendere dalla iniziativa dello stesso di ricorrere al giudice, in particolare nei casi di distacco illecito, avvenuto al di fuori dei requisiti di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003. Ferme restando le sanzioni *ex art.* 18, D.Lgs. n. 276/2003, l'effettivo utilizzatore potrebbe essere considerato a tutti gli effetti il datore di lavoro del personale utilizzato in forza di un distacco illecito con la conseguenza che ***"tutti gli atti compiuti dal distaccante per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale il distacco ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione"*** (art. 30, comma 4-*bis*, D.Lgs. n. 276/2003). In tali ipotesi l'applicabilità della norma esclude la possibile applicazione delle sanzioni per lavoro sommerso (maxisanzione e provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale) e delle altre sanzioni amministrative relative agli adempimenti di costituzione e gestione del rapporto di lavoro (comunicazione di instaurazione del rapporto, dichiarazione di assunzione, libro unico del lavoro). Si ritengono comunque inapplicabili tali sanzioni anche nelle ipotesi in cui il distacco sia illecito e ad esso non segua l'iniziativa giudiziale del lavoratore, trattandosi di fattispecie che ha per presupposto una utilizzazione dei lavoratori avvenuta in forza di un accordo tra distaccante e

distaccatario utilizzatore verificabile in base agli adempimenti retributivi e contributivi in capo al distaccante. Esiste, quindi, una “tracciabilità” circa l’esistenza di un rapporto di lavoro ed i connessi adempimenti gestionali che, pur facendo capo ad un datore di lavoro che non è l’effettivo utilizzatore delle prestazioni, inducono a ritenere tali comportamenti meno lesivi rispetto a chi ricorre al lavoro sommerso. Ne consegue che non

sarebbe in linea “*con il quadro normativo e con i criteri di ragionevolezza che sottendono l’interpretazione del complessivo assetto della disciplina sanzionatoria*” applicare oltre alle sanzioni per il distacco illecito anche le sanzioni amministrative per lavoro sommerso o legate agli adempimenti gestionali del rapporto di lavoro (risposta ad interpello n. 27 del 7 novembre 2014 del Ministero del lavoro).