

Avv. Attilio Floresta

Avv. Prof. Antonino Longo
*Docente Associato
nell'Università di Catania*

Dott. Massimiliano Longo

Avv. Daniela Failla
Avv. Raffaella Spagnolello
Avv. Ivana Riolo
Avv. Alessia Manola
Avv. Piero Ciarcià
Dott. Angelo Mirko Giordano
D.ssa Francesca Comis
Dott. Alessandro Pellicanò
D.ssa Alessia Giglio
D.ssa Miriam Gallo
Dott. Antonio Basile
D.ssa Graziella Cavallaro

D.ssa M. Cristina Sofia
Dott. Gianluca Di Maria
D.ssa Daniela Amara
D.ssa Melania Torre
D.ssa Noemi Stracquadanio
D.ssa Carmen Cali
D.ssa Simona Fisichella

Dott. Salvatore Treccarichi
Rag. Marco Musumeci
D.ssa M. Valentina Toscano
Dott. Daniele Di Maggio
Dott. Pietro Imbesi
Dott. Mario Caruso
Dott.ssa Grazia Barberio

Ing. Fulvio A. Cappadonna

Consulenti

Dott. Stefano Longo
già Primo Dirigente INAIL
Prof.ssa Eleonora Cardillo
*Docente Aggregato
di Ragioneria Generale
nell'Università di Catania*
Dott. Mario Stancanelli
Tributarista

Amministrazione

Rezana Lika
Grazia Maria Barbagallo
Massimo Di Giovanni

Massimiliano Longo

Daniele Di Maggio

Il distacco del lavoratore subordinato in Italia e gli adempimenti amministrativi connessi.

L'istituto del distacco, pur essendo già ampiamente diffuso nella prassi, è stato introdotto nel nostro ordinamento nell'ambito della riforma del mercato del lavoro avviata dalla "legge Biagi" del 14 febbraio 2003 e sviluppata dal successivo decreto legislativo n. 276/2003.

Esso si verifica quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse (concreto), fatta eccezione per i distacchi compiuti al fine di evitare i licenziamenti¹, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa (art. 30 comma 1, D.Lgs. n. 276/2003). Tutti gli elementi necessari per delineare l'istituto del distacco sono racchiusi in questa definizione.

Si individuano, in particolar modo, i due fondamentali requisiti di legittimità del distacco, vale a dire l'interesse del distaccante e la temporaneità del distacco: il distacco, è pertanto da considerarsi lecito solo ed esclusivamente nel caso in cui la destinazione di un lavoratore presso un'impresa terza sia temporanea e sia disposta per soddisfare un interesse oggettivo dell' imprenditore/datore di lavoro originario (**distaccante**) tale da consentire *"di qualificare il distacco quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone, così determinando una mera*

¹ Art. 8 L.n. 236 del 1993, richiamato dal comma 4 dell'art. 30 D.Lgs. 276/2003.

modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa ...² . Ciò non comporta che anche l'impresa ricevente (**distaccataria**) non possa trarre dei vantaggi dall'attività lavorativa svolta presso una propria unità produttiva dal soggetto inviato in distacco (**distaccato**), ma è il solo interesse del datore originario che configura e legittima l'istituto del distacco come tale.

Il requisito dell'interesse.

Il distacco viene qualificato come un esercizio normale e non fraudolento del potere direttivo, proprio in funzione della sussistenza di un interesse oggettivo dell' imprenditore in virtù del quale si mantiene inalterato lo schema della subordinazione (art. 2094 c.c.).

Appare rilevante sottolineare come le disposizioni in materia non forniscano alcuna definizione di interesse, né specifiche indicazioni in merito alla sua natura (economica, organizzativa o altro). Tale "silenzio" sembra riflettere una scelta ben precisa del legislatore il quale, evitando di confinare il concetto di interesse entro limiti ben definiti, suggerisce una interpretazione estensiva della norma. Attenendosi, dunque, all'orientamento giurisprudenziale consolidato qualunque interesse del distaccante è ritenuto legittimo, purché il fine del distacco non sia quello di realizzare una mera somministrazione di manodopera e purché tale interesse sia reale, specifico, consistente e soprattutto persistente per tutta la durata del distacco.

L'interesse, in sostanza, non può essere meramente formale, ma deve esistere concretamente e soddisfare delle esigenze, non meramente economiche, dell'imprenditore distaccante.

Il caso classico, che si verifica con una certa frequenza nella prassi, è quello del distacco del lavoratore nell'ambito di un gruppo societario³. In tale ipotesi, la prestazione svolta dal lavoratore distaccato presso la società collegata è vantaggiosa anche per il distaccante, ad esempio, per esercitare un controllo sulla distaccataria, o per consolidare i rapporti commerciali con essa, ovvero per sostenerla in un momento di difficoltà (con vantaggio per l'intero gruppo).

² (Cass. 7 giugno 2000, n. 7743; Cass. 18 agosto 2004, n. 16165; Cass. 20 gennaio 2005, n. 1124; App. Bari sez. lav., 25 luglio 2007, R.F.I. S.p.A. c. F.A.P.).

³ Confermato dal disposto della circolare n. 3/2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

Altro caso ricorrente è quello relativo al distacco con finalità formative: il lavoratore viene distaccato al fine di perfezionare il proprio bagaglio professionale, che poi sarà utilizzato a favore del datore di lavoro distaccante⁴.

Di stretta attualità è invece l'ipotesi in cui si utilizzi lo strumento in questione per evitare il ricorso alla cassa integrazione guadagni o al fine di scongiurare riduzioni di personale.

La prima circostanza ha formato oggetto della circolare del Ministero del Lavoro n. 28/2005, dove è stato ammesso il ricorso al distacco per evitare la Cig, nell'interesse di preservare il patrimonio professionale dell'impresa (la cassa integrazione infatti, specie ove questa si protragga per lunghi periodi, potrebbe incidere sulla crescita professionale dei lavoratori e indurli a cercare una nuova occupazione per non depauperare la professionalità già acquisita).

Il caso invece (sopra accennato alla nota n. 1) di utilizzo del distacco per evitare il ricorso a procedure di licenziamento collettivo, è certamente da definirsi atipico rispetto alla *ratio* originaria dell'istituto in quanto viene meno la rilevanza dell'interesse del distaccante, che può essere del tutto assente, a favore del superiore interesse dei lavoratori a non essere licenziati. In questo particolare caso sarà necessario giungere preliminarmente ad un accordo con le organizzazioni sindacali coinvolte per disciplinare modalità e durata del distacco di uno o più lavoratori da un'impresa ad un'altra.

Il requisito della temporaneità.

Quanto al requisito della temporaneità, esso non comporta che il distacco debba essere di breve durata ma semplicemente che non possa avere il carattere della definitività (altrimenti andrebbe a configurarsi la fattispecie del trasferimento).

È, altresì, importante rilevare come il concetto di temporaneità sia intrinsecamente legato alla sussistenza dell'interesse del datore di lavoro distaccante, poiché fin quando l'interesse sottostante un'operazione di distacco sussiste, essa è considerata legittima, mentre il venir meno dello stesso comporta automaticamente l'illegittimità del distacco stesso. Su queste basi sono, pertanto, da

⁴ Cass. 26 aprile 2006, n. 9557.

ritenersi legittimi anche rapporti di lavoro che si costituiscono e cessano in permanente situazione di distacco⁵.

Limiti al potere direttivo del datore di lavoro in caso di distacco.

Il distacco è, dunque, da considerarsi come una tipica espressione dell'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e, in quanto tale, non sarebbe subordinato al consenso del lavoratore.

Nonostante ciò il comma 3 dell'art. 30 del D. lgs. 276/2003 prevede alcune tutele che derogano al principio generale dello *jus variandi* che, di norma, consente al datore di lavoro di esercitare il proprio potere direttivo anche variando le mansioni di un dipendente o il luogo di svolgimento della prestazione lavorativa.

Affinché il distacco venga posto in essere legittimamente sono, pertanto, necessari sia il consenso del lavoratore nel caso in cui esso determini un mutamento delle mansioni (il che non appare marginale nella prassi, anzi il cambiamento della struttura produttiva determina sovente un mutamento, anche solo parziale, delle mansioni del lavoratore distaccato) sia la sussistenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive nel caso, invece, in cui il distacco comporti per il lavoratore interessato un trasferimento (da intendersi non in senso tecnico, ma come mero spostamento) presso un'unità produttiva sita a più di 50 km da quella cui questi è normalmente adibito.

Appare opportuno accennare ad un importante caso "settoriale": un ulteriore limite al potere direttivo del datore di lavoro in caso di distacco (e dunque a tutela del lavoratore) è stato infatti posto, dalla contrattazione collettiva del settore edile: il CCNL Edilizia – Aziende Industriali dispone infatti all'art. 96 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"*.

⁵ Cass. 15 giugno 1992, n. 7328; Cass. 13 aprile 1989, n. 1751.

Distacco illegittimo e impianto sanzionatorio.

Qualora il distacco sia privo dei suoi presupposti di legittimità (l'interesse del datore di lavoro distaccante e la temporaneità), ovvero in qualsiasi caso in cui esso concretamente determini un vantaggio di carattere economico in capo all'imprenditore distaccante, l'operazione si riconduce a un semplice prestito di personale, ovvero a una somministrazione di manodopera irregolare in quanto realizzata da un soggetto non autorizzato a esercitare tale attività dal Ministero del Lavoro, così come previsto dal D.Lgs. 276/2003 in materia di Agenzie per il lavoro.

L'impianto sanzionatorio in materia di distacco è costituito da due norme che dispongono rispettivamente sanzioni di natura penale e civile.

Dal punto di vista penale si applica quanto previsto dal comma 5-bis dell'articolo 18 del D.Lgs. 276/2003, in forza del quale, nei casi di *"distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30 comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione"*; pena che si inasprisce con l'arresto fino a 18 mesi e l'ammenda aumentata fino al sestuplo in caso di sfruttamento dei minori. Va osservato che i destinatari della sanzione sono sia *"l'utilizzatore"* sia il *"somministratore"*, gli stessi soggetti del contratto di somministrazione di lavoro, con la conseguenza, come già accennato, che in caso di distacco illecito, trova applicazione l'analoga previsione sanzionatoria prevista per la somministrazione irregolare.

Per quanto riguarda invece le sanzioni di carattere civilistico si fa riferimento al comma 4-bis dell'art 30 della legge istitutiva, aggiunto dal D.Lgs. n. 251/2004, il quale dispone che: *"Quando il distacco avvenga in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può 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."*. Configurandosi tale ipotesi, la norma rimanda al disposto previsto al secondo comma dell'articolo 27 del D.Lgs. n. 276/2003, secondo cui tutti i pagamenti (retribuzioni, contributi, premi assicurativi) eseguiti dallo pseudo distaccante possono essere utilizzati per coprire tutto o parte del debito che il distaccatario ha nei confronti del distaccato e degli enti previdenziali.

Il ricorso giudiziale può essere notificato al solo datore di lavoro che ha beneficiato della prestazione lavorative, restando dunque escluso il litisconsorzio nei confronti del datore di lavoro originario. Appare opportuno precisare che l'onere della prova rimane a carico del lavoratore, il quale dovrà quindi dimostrare l'insussistenza degli elementi costitutivi dell'istituto del distacco.

La disciplina del rapporto.

Da quanto descritto finora è di tutta evidenza come, durante il distacco, la titolarità del rapporto di lavoro permanga in capo al soggetto distaccante, sul quale, pertanto, continuano a gravare i principali oneri previsti dalla legislazione *giuslavoristica* a tutela e regolamentazione del lavoro subordinato.

Il datore di lavoro distaccante, dunque, come disposto dal comma 2 dell'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003, continuerà a corrispondere al lavoratore distaccato il trattamento retributivo spettantegli, oltre ad adempiere a tutti gli obblighi contributivi e assicurativi nonché a quelli legati alle dichiarazioni fiscali (mod. CUD, mod. 770, denunce mensili delle retribuzioni e dei dati fiscali, ecc..) connessi con l'esistenza del rapporto di lavoro.

Specificamente, la normativa di settore impone una serie di ulteriori adempimenti amministrativi che coinvolgono oltre al distaccante, al distaccatario ed al dipendente distaccato, anche altri soggetti, terzi rispetto al rapporto di lavoro.

Adempimenti tra distaccante, distaccatario e dipendente distaccato.

Per quanto attiene le modalità attraverso le quali il datore di lavoro deve comunicare il distacco al lavoratore, l'art. 30 del D.Lgs n.276 del 2003 non impone vincoli formali, ciò nonostante si ritiene opportuno, nell'interesse di tutte le parti coinvolte, l'adozione della forma scritta. La comunicazione al dipendente, oltre ovviamente ad indicare la durata determinata o determinabile del distacco, dovrebbe, nel caso in cui esso comporti un trasferimento ad una unità produttiva sita a più di 50 km da quella originaria, consentire al datore di lavoro di

esplicitare le comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive che legittimano il provvedimento.

Mediante la comunicazione scritta è inoltre possibile precisare al lavoratore le eventuali nuove mansioni oggetto della prestazione lavorativa presso il distaccatario ed acquisirne il consenso (mediante sottoscrizione della lettera di distacco per accettazione).

È altresì consigliabile, al fine di regolare il distacco tra distaccante e distaccatario, la sottoscrizione di un *service agreement* in cui poter eventualmente prevedere il rimborso da parte del distaccatario di tutti gli oneri (o parte di essi) sostenuti dalla distaccante. A tal proposito occorre precisare che, il rimborso al distaccante della spese connesse al trattamento economico del lavoratore non ha rilevanza ai fini della qualificazione del distacco genuino: infatti, poiché il lavoratore esegue la prestazione non solo nell'interesse del distaccante ma anche nell'interesse del distaccatario, la possibilità di ammettere il rimborso rende più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi sostenuti da ogni singola società⁶. Il rimborso può riguardare la retribuzione corrente (per i soli mesi, giornate od ore che il lavoratore abbia prestato a favore del distaccatario), i ratei di 13^a, 14^a e altre gratifiche, le quote di TFR, le ferie e i permessi maturati e, in genere, tutte le altre somme direttamente o indirettamente collegate alla prestazione resa dal dipendente. È ammesso anche il rimborso degli oneri sostenuti dal distaccante quali: i contributi previdenziali e assistenziali; i premi assicurativi; i contributi per previdenze e assistenze integrative; i contributi eventualmente versati agli enti bilaterali; ecc. L'importo del rimborso non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore (da intendersi speso) dal datore di lavoro distaccante (Min. lav., circ.15.1.2004, n. 3); ove invece esso ecceda il costo effettivo rimasto a carico del datore di lavoro titolare del rapporto, non si è più in presenza di un distacco ma di somministrazione illecita.

⁶ Cass. SU 13.4.1989, n. 1751.

Comunicazione unificata telematica ai centri per l'impiego.

Il distacco rientra tra le variazioni del rapporto di lavoro soggette alla normativa sulle comunicazioni obbligatorie ai centri per l'impiego, pertanto entro 5 giorni dall'inizio dello svolgimento della prestazione lavorativa del lavoratore presso il distaccatario il datore di lavoro distaccante dovrà procedere all'invio *on line* del modello unificato lav. (trasformazione) tramite i consueti canali telematici predisposti dalle singole regioni.

Adempimenti richiesti dall'Inail.

Il datore di lavoro distaccante, in quanto unico titolare del rapporto di lavoro con il dipendente soggetto al distacco, è obbligato a continuare a provvedere al trattamento economico e normativo in favore del lavoratore, tale previsione si estende anche a tutti gli adempimenti connessi all'obbligo assicurativo e previdenziale previsti dall'Inail e dagli enti previdenziali competenti.

In particolare per quanto attiene gli aspetti relativi all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali stabilisce come *"il premio rimane a carico del distaccante ma è calcolato sulla base dei premi e della tariffa che sono applicati al distaccatario⁷"*

Concretamente spetta dunque al datore di lavoro verificare se le lavorazioni oggetto dell'attività del dipendente presso l'impresa distaccataria trovino riferimento nella classificazione già applicata in azienda, se così fosse il lavoratore distaccato resterebbe inserito nella Posizione Assicurativa Territoriale del datore di lavoro distaccante alla voce di tariffa corrispondente. Nel caso invece in cui tali lavorazioni non trovassero riferimento nella classificazione tariffaria applicata dal distaccante, questi sarebbe tenuto a richiedere alla proprio sede Inail di riferimento l'istituzione (sempre nell'ambito della propria Posizione

⁷ Circolare n. 3/2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che richiama sul punto la circolare n. 58/1994 dell'allora Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale.

Assicurativa Territoriale o PAT) di una o più specifiche voci di tariffa analoghe ai riferimenti classificativi in vigore sulla PAT del distaccatario.

Qualora il lavoratore distaccato, oltre ad operare presso l'impresa distaccataria, continui ad esercitare lavorazioni diverse presso il datore di lavoro distaccante, sarà necessario ripartire proporzionalmente le retribuzioni erogate fra le diverse voci di tariffa della PAT del distaccante, in base all'incidenza delle singole lavorazioni sul complesso dell'attività lavorativa effettuata⁸.

Restando nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria Inail occorre sottolineare che, al verificarsi dell'evento coperto dal rischio, il datore di lavoro distaccante, in quanto come detto unico titolare del rapporto di lavoro, è tenuto ad effettuare le denunce di infortunio sul lavoro e di malattia professionale⁹, nonché a dare notizia all'autorità di pubblica sicurezza di ogni evento che abbia per conseguenza la morte o l'inabilità al lavoro per più di tre giorni¹⁰.

di conseguenza, il lavoratore distaccato è tenuto a comunicare l'infortunio occorsogli - o a denunciare la malattia professionale - al datore di lavoro distaccante, al quale dovrà essere trasmessa anche la relativa certificazione medica.

Oneri previdenziali e prestazioni a sostegno del reddito.

In materia contributiva continuano a trovare applicazione le aliquote e le prestazioni previdenziali previste per il settore di appartenenza del datore di lavoro distaccante, a prescindere dal settore di destinazione del lavoratore.

Per quanto concerne le prestazioni erogate dall'Inps a sostegno del reddito (a titolo esemplificativo e non esaustivo: assegni per il nucleo familiare, prestazioni di maternità e di malattia), è il datore di lavoro distaccante a dover provvedere all'anticipo delle somme

⁸ Decreto Ministeriale 12 dicembre 2000, Modalità per l'applicazione delle tariffe e per il pagamento dei premi assicurativi, art. 6.

⁹ D.P.R. n. 1124, 30.06.1965, art. 53, comma 1.

¹⁰ D.P.R. n. 1124, 30.06.1965, art. 54, comma 1.

correlate al lavoratore distaccato. Non è pertanto ad esempio ammissibile l'inserimento del distaccato in un programma di cassa integrazione guadagni aperto presso il distaccatario.

Registrazioni sul Libro Unico Del Lavoro.

Per quanto concerne gli adempimenti amministrativi connessi con la redazione del Libro Unico del Lavoro il soggetto distaccante, restando come detto responsabile del trattamento economico e normativo nei confronti del lavoratore distaccato, continua ad effettuare le consuete registrazioni sul Libro Unico (anche se si ritiene opportuno dare specifica indicazione dei dati dell'avvenuto distacco, al fine di agevolare, in caso di ispezioni, le necessarie verifiche da parte degli organi di vigilanza), mentre il distaccatario, pur non dovendo sviluppare l'elaborazione dei prospetti paga e presenze per il personale in distacco, è comunque tenuto a registrare i lavoratori distaccati presso le proprie unità produttive.

La registrazione da parte del distaccatario può essere effettuata senza alcun vincolo particolare di forma (e, quindi, anche tramite elenchi purché siano indicati tutti i dati richiesti dalla legge) all'inizio ed alla fine del rapporto di distacco, ovvero in tutti i mesi di impiego (questa seconda opzione pur non essendo obbligatoria, si ritiene tuttavia preferibile).

I distaccati vanno altresì inseriti negli elenchi riepilogativi mensili del personale previsti dall'art. 4 del DM 9 luglio 2008 e contano, ai fini del computo del personale in forza, per questo specifico adempimento. In ogni caso, l'omessa registrazione non può essere oggetto di sanzione in quanto non incide su profili retributivi, contributivi o fiscali. Certo è che gli organi di vigilanza potrebbero interpretare l'omissione come indice di scarsa collaborazione nei confronti del personale ispettivo, che ha comunque facoltà di ordinare al distaccatario di adempiere all'obbligo per completare le registrazioni del lavoro.