

Il distacco di lavoratori

Dalla Legge Biagi alla recente depenalizzazione di Samantha Minutolo [*]

Requisiti

L'istituto del distacco del lavoratore storicamente trova una sua disciplina sul piano normativo con l'art. 30 del D. Lgs. n. 276/2003 (cd. Legge Biagi) che, introducendo una nozione legale della fattispecie, interviene in un ambito fino a quel momento rimesso esclusivamente alla regolamentazione pattizia derivante dalla contrattazione collettiva.

A mente della suddetta previsione il distacco dà luogo ad un rapporto giuridico trilaterale che si configura «quando un datore di lavoro (distaccante), per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori subordinati^[1] (distaccati) a disposizione di altro soggetto (distaccatario) per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa».

Il rapporto di lavoro subordinato continua a legare il distaccante al distaccato che mantiene anche in parte i **poteri direttivi** sul dipendente salvo quelli che – per esigenze operative – devono essere esercitati direttamente dal distaccatario presso il quale viene svolta l'attività lavorativa.

I **requisiti di legittimità del distacco** ai sensi dell'art. 30 D. Lgs. n. 276/2003, così come ribadito dal Ministero del Lavoro^[2], sono:

1. l'interesse del distaccante;
2. la temporaneità del distacco;
3. lo svolgimento di un'attività lavorativa determinata.

Con riferimento al primo requisito, il distacco può essere giustificato da un qualsiasi **interesse produttivo del distaccante**, anche di carattere non economico che, tuttavia, non deve coincidere con l'interesse alla mera somministrazione di lavoro né con il mero interesse al corrispettivo per la fornitura di lavoro altrui, che caratterizza invece la diversa fattispecie della somministrazione di lavoro.

Tale interesse, come precisato dal Ministero del Lavoro^[3], deve essere **specifico, rilevante, concreto e persistente**, per tutto il periodo in cui il distacco è disposto^[4], e deve essere accertato caso per caso, in base alla natura dell'attività espletata e non semplicemente in relazione all'oggetto sociale dell'impresa.

È, pertanto, necessaria, nella cristallizzazione del rapporto tra distaccante e distaccatario, una puntuale individuazione delle finalità perseguite con il distacco – di carattere **temporalmente limitate** – evitando l'utilizzo di "clausole di stile" ed evidenziando la sussistenza di uno specifico interesse dell'imprenditore distaccante.

L'interesse del datore di lavoro distaccante si intende "in re ipsa" in alcune ipotesi particolari normativizzate dal Legislatore.

In particolare, l'art. 7 comma 2 D.L. n. 76/2013 conv. in Legge n. 99/2013, aggiungendo il comma 4 ter all'art. 30 D.Lgs. n. 276/2003 ha introdotto un profilo di novità applicativa dell'istituto per l'ipotesi in cui il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un valido contratto di rete di impresa (art. 3 D.L. n. 5/2009 conv. in Legge n. 33/2009), nel qual caso l'interesse del distaccante si presume "iuris et de iure" in quanto sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'art. 2103 c.c.

Ma non solo.

Il Ministero del Lavoro^[5] ha inteso estendere la portata del succitato art. 30 comma 4 ter D.Lgs. n. 276/2003 all'aggregazione in gruppo di imprese ai sensi dell'art. 2359 co. 1 c.c. (che si caratterizza per il potere di controllo e direzione che una società del gruppo, la cd. "capogruppo", esercita sulle altre, pur nel rispetto dell'autonomia e della soggettività giuridica di ciascuna).

In particolare il Dicastero ha ritenuto che l'interesse della "distaccante" può coincidere nel comune interesse perseguito dal gruppo, al pari di ciò che accade per le imprese che partecipano al contratto di rete.

Circa il requisito della temporaneità, la circolare n.3/2004 del Ministero del Lavoro ha stabilito che il concetto di **temporaneità** coincide con quello di **non definitività**; pertanto non sono stati stabiliti dei tempi massimi di durata del distacco, dal momento che la durata del distacco dipende dalla persistenza dell'interesse del distaccante, per come confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità come di

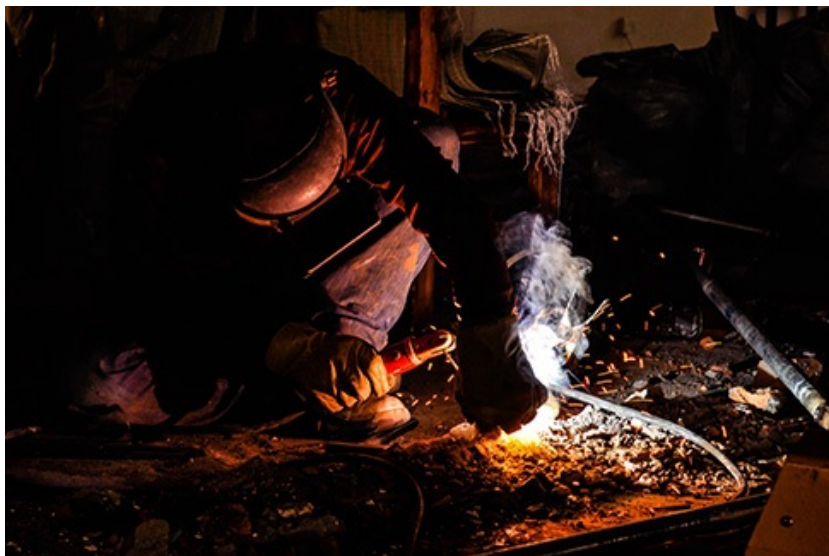


merito^[6].

La circolare Ministeriale n. 3/2004 afferma che la non definitività è indipendente dall'entità del periodo di distacco, purché sia "funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante"; se ne deduce che il datore di lavoro può avere interesse ad una lunga o lunghissima permanenza del proprio dipendente presso terzi, per motivi o con modalità tutt'altro che occasionali.

Per siffatti motivi alla fattispecie del distacco non si applica la disciplina del trasferimento.

Il terzo ed ultimo requisito dell'istituto è costituito dallo svolgimento di una **determinata attività lavorativa**; ciò significa che il lavoratore distaccato deve essere adibito ad attività specifiche e funzionali al soddisfacimento dell'interesse proprio del distaccante e non già allo svolgimento di prestazioni generiche.



Esemplificativamente, a fondamento della destinazione di un dipendente presso un terzo vi possono essere ragioni di controllo dell'attività del fornitore o di altro soggetto, collaborazione per la migliore riuscita del prodotto, piena messa in opera e addestramento delle maestranze dopo la fornitura di un macchinario o impianto complesso ecc.

Si deve trattare di un interesse di tipo "produttivo", legato alle esigenze dell'impresa piuttosto che dell'imprenditore in quanto persona fisica, che può essere patrimoniale ma anche non patrimoniale.

L'interesse, per come detto, determina la legittimità del distacco: esso deve esistere al momento dell'adozione del provvedimento e sussistere per tutta la sua durata. Il venir meno dell'interesse, per l'avvenuto soddisfacimento dello scopo o il suo cessare, determina l'immediata carenza di un requisito sostanziale e comporta l'illegittimità del distacco ove si prolunghi oltre.

L'interesse al puro e semplice risparmio del costo del lavoro (mediante rimborso a carico del distaccatario) è ammesso nelle sole aziende in crisi, al fine di evitare il licenziamento di alcuni dipendenti e previo accordo sindacale^[7].

In tali casi si avrebbe un "distacco collettivo" quale sottospecie legale del distacco ordinario, in cui l'interesse al distacco si identifica con il mantenimento dell'occupazione dei lavoratori coinvolti.

A prescindere dagli accordi sindacali ex art. 8 Legge n. 236/1991, nei casi di **contrazione dell'attività** produttiva rimane comunque ferma la possibilità per l'azienda di ricorrere al distacco dei lavoratori presso un'altra azienda quale strumento alternativo alla cassa integrazione o alla procedura di mobilità ex Legge n. 223/1991, onde assicurare la conservazione del posto dei dipendenti in una situazione di crisi dando luogo al cd. "distacco conservativo", ossia un'ipotesi particolare in cui l'interesse del distaccante è quello di non disperdere il patrimonio delle professionalità dei propri dipendenti durante una situazione di crisi aziendale e ciò anche nell'interesse alla conservazione dell'azienda.

Occorre in ogni caso rispettare le condizioni generali di ammissibilità del distacco^[8].

L'uso distorto dell'istituto in commento, in termini di mera "fornitura di lavoratori" di modo che una società, indipendentemente se collegata o meno ad un'altra, offra del personale a quest'ultima contro il pagamento di un corrispettivo che coincida con il costo della manodopera, integra una pratica illegittima e dà luogo ad una "illecita somministrazione di personale" (ex art. 18 D.Lgs. n. 276/2003), esplicitamente vietata dalla legge e implicante incisive conseguenze sanzionatorie.

L'istituto invece, se correttamente applicato, è decisamente interessante perché consente una **flessibilità, nella gestione del lavoro**, non altrimenti attuabile.

Si pensi all'esempio pratico del subappalto: all'impresa committente potrebbe tornare utile mettere a disposizione della società subappaltrice una o più risorse (un progettista, un tecnico ma anche un amministrativo) che contribuiscano alla corretta realizzazione dell'incarico.

Il distacco rientra nel **potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro** e non necessita di condizioni e requisiti, tranne che nelle due seguenti ipotesi:

- è necessario il consenso del lavoratore – al fine di limitare il rischio di demansionamenti – nel caso in cui, durante il periodo del distacco, debba svolgere mansioni diverse, sebbene equivalenti, rispetto a quelle per cui è stato assunto.
- postula la ricorrenza di comprovate ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, ove il distacco comporti lo svolgimento della prestazione lavorativa presso una unità lavorativa che dista oltre 50 km da quella originaria.

Trattamento del lavoratore

Nell'ipotesi di distacco il lavoratore potrà svolgere la sua prestazione anche solo parzialmente presso il distaccatario, continuando ad eseguire presso il distaccante la restante parte della prestazione.

Durante il distacco il **trattamento economico e normativo resta a carico del distaccante**: ciò significa che, ad esempio, al lavoratore distaccato debbono essere garantiti tutti quegli istituti previsti dal CCNL applicato che si riferiscono agli altri lavoratori dell'impresa da cui dipende; in capo al distaccante permane, ovviamente, anche l'onere contributivo ed assicurativo.

Dal punto di vista pratico, una volta operato il distacco, il **potere direttivo si scinde**.

Mentre il **datore di lavoro** (distaccante) resta titolare del potere di modificare il contratto di lavoro (es. attribuendo una progressione di carriera) o il distacco (es. disponendo che la relativa prestazione sia resa solo per alcuni giorni della settimana presso il distaccatario) o perfino di revocare il distacco, il **distaccatario** assume su di sé quella parte del potere direttivo che attiene alle concrete modalità di svolgimento della mansione (es. l'ora di inizio dell'attività, l'obbligo di utilizzare strumentazioni o abiti di lavoro, di partecipare a riunioni, ecc.).

Ed inoltre, la modalità di fruizione dei giorni di ferie deve essere gestita dal distaccatario mentre il trattamento economico è quello del CCNL del datore distaccante così come la titolarità delle ferie.

A differenza del potere direttivo, il potere disciplinare permane nell'esclusiva disponibilità del datore distaccante. Sarà cura del distaccatario informare con la massima tempestività il datore di lavoro di eventuali condotte del lavoratore che siano passibili di sanzioni disciplinari, così da consentirgli di avviare tempestivamente la procedura ex art. 7 Legge n. 300/1970. In presenza di valide ragioni, il distaccatario potrà inibire al lavoratore l'ingresso nella propria sede o nei propri locali del lavoratore del quale lamenti una condotta scorretta.

Inoltre, il distaccante, in capo al quale permane la titolarità del rapporto di lavoro, è responsabile dei fatti illeciti commessi dal dipendente distaccato (Cassazione 11 gennaio 2010 n. 215).

Differenze tra distacco e somministrazione

L'istituto in questione si differenzia dalla somministrazione (lecita ed autorizzata) di lavoro in ragione del tipo di interesse del distaccante che viene soddisfatto tramite il ricorso ai distinti istituti. Mentre il somministratore realizza il solo interesse produttivo della somministrazione a fini di lucro, il distaccante soddisfa un interesse produttivo diversamente qualificato, come l'interesse al buon andamento della società controllata o partecipata.



Adempimenti formali

Il datore di lavoro è tenuto a comunicare entro 5 giorni ai Servizi per l'Impiego il distacco; relativamente alle registrazioni sul libro unico il distaccatario deve annotare i dati identificativi del lavoratore (nome, cognome, codice fiscale, qualifica, livello di inquadramento contrattuale e soggetto distaccante) mentre il distaccante procede alle annotazioni integrali anche con riferimento al calendario delle presenze ed ai dati retributivi.

Distacco illegittimo e sanzioni

Se i requisiti superiormente disaminati difettano si è in presenza di un **distacco illegittimo** o **irregolare** e il lavoratore distaccato potrà ricorrere al Giudice per far sì che questi accerti la concreta ricorrenza di un rapporto di lavoro subordinato direttamente con il datore di lavoro distaccatario.

A tal proposito si impone rammentare che il D.Lgs. n. 8/2016, in attuazione della delega di cui all'art. 2 comma 2 della Legge n. 67/2014, recante "deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio", ha disposto, a far data dal 6.2.2016, la depenalizzazione dei reati puniti con la sola pena pecuniaria, apportando importanti modifiche in ordine al regime delle sanzioni applicabili ad alcune fattispecie di illeciti posti in essere in materia di lavoro e legislazione sociale ed, in particolare, l'art. 8 del citato decreto ha **depenalizzato l'ipotesi dell'intermediazione illecita di manodopera (appalto illecito e distacco illecito)** ^[9].

Pertanto, nell'ipotesi di violazione della disposizione normativa di cui all'art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003, vale a dire in tutti i casi in cui si configuri la fattispecie del distacco illecito, l'art. 1 comma 6 del D. Lgs. n. 8/2016 stabilisce che la nuova sanzione amministrativa sarà pari ad euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro ma la predetta sanzione non potrà mai essere inferiore ad euro 5.000 né superiore ad euro 50.000.

In altri termini, se in virtù del calcolo proporzionale la somma dovuta risultasse inferiore a 5.000 euro, la sanzione da irrogare dovrà essere sempre adeguata a tale minimo e su tale importo di 5.000 euro andranno applicati gli istituti di cui all'art. 13 D.Lgs. n. 124/2004 e all'art. 16 Legge n. 689/1981^[10].

La diffida a regolarizzare (art. 13 D.Lgs. n. 124/2004) non troverà applicazione, atteso che trattasi di condotta già materialmente realizzata e non rimediabile. ■

Note

^[1] Cfr. Circolare n. 7 del 22.02.2005 del Ministero del Lavoro.

^[2] V. Circolare del Ministero del Lavoro del 15 gennaio 2004 n. 3 e da ultimo interpello n. 1/2011.

^[3] Vedasi circolare Min. Lavoro n. 28/2005 e, recentemente, risposta del 20.01.2016 del Ministero del Lavoro ad interpello di Confindustria nella quale il dicastero precisa che l'interesse specifico, rilevante, concreto e persistente può coincidere con qualsiasi tipo di interesse produttivo dell'impresa distaccante, anche di carattere non economico.

^[4] Cassazione 7 aprile 2015 n. 6944; Cassazione 15 maggio 2012 n. 7517.

^[5] Risposta ad interpello n. 1 del 20.01.2016.

^[6] Cfr. Cass. civ. 15.6.1992, n. 7328; Corte d'Appello Milano, 4.5.2001; Tuttavia, sugli

specifici requisiti della durata del distacco e del tipo di interesse del datore distaccante, si registravano orientamenti contrastanti. La giurisprudenza aveva infatti ritenuto, in alcune occasioni, che l'istituto del distacco richiedesse anche "l'occasionalità della dislocazione del lavoratore presso altro datore di lavoro" (Cass. 24.10.2000, n. 13979) o che non "qualsivoglia interesse fattuale al cd. distacco potesse giustificare il medesimo" (Trib. Venezia, 20.11.1995).

v. anche Cass. 25 novembre 2010 n. 23933 secondo cui il periodo di attività presso il distaccatario deve risultare temporaneo; resta fermo però che la durata deve essere funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante.

^[7] In tal senso si veda l'art. 8 comma 3 L. 236/1993 – unica norma preesistente alla legge Biagi e fatta salva dall'art. 30 Dlgs 276/2003, che in qualche modo accennava al distacco ma a soli fini di salvaguardia dei livelli occupazionali – a mente del quale "gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il comando o distacco di uno o più lavoratori dall'impresa ad altra per una durata temporanea".

^[8] Circ. Min. Lav. 24 giugno 2005 n. 28.

^[9] La Cassazione con la sentenza n. 10484 del 10.03.2016 ha applicato per la prima volta il Dlgs n. 8/2016 in materia di depenalizzazione dell'intermediazione illecita di manodopera (appalto illecito e distacco illecito) stabilendo che le nuove sanzioni amministrative in luogo di quelle penali si applicano anche ai fatti commessi prima della entrata in vigore, purchè il procedimento penale non sia già stato definito con sentenza o decreto penale irrevocabile. Conseguentemente nei processi penali aventi ad oggetto tali fattispecie dovrà essere pronunciata sentenza assolutoria perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato e gli atti andranno trasmessi alla DTL competente per l'applicazione delle sole sanzioni amministrative.

^[10] Cfr. Circolare Ministero Lavoro e Politiche Sociali n. 6 del 5.02.2016.

^[7] La dott.ssa Samantha Minutolo è avvocato – Ispettore del Lavoro -. Le considerazioni che seguono sono frutto esclusivo del libero pensiero dell'autore e non impegnano in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

