La lente sul fisco
L'Aggiornamento Professionale on-line
SERVIZI
Sede legale - Via Palmanova 28 – 20132 Milano (MI)
Reg.Imprese di Milano n. REA 1936238
Sede operativa - Via Bergamo 25 – 24035 Curno (BG)
Reg.Imprese di Bergamo n. REA 362371
P.Iva e C.F. 03252150168
Uffici - Tel. 035.4376262 – Fax 035.62.22.226
E-mail:info@alservizi.it
www.lalentesulfisco.it

N. 113
del 10.03.2011

La Memory

A cura di Raffaele Covino
Avvocato e Funzionario della DPL Modena (1)

Distacco del lavoratore: svolgimento della prestazione lavorativa in un luogo diverso dalla sede del distaccatario

L'art. 30 del D. Lgs. 276/2003 disciplina, per la prima volta nell'ambito del lavoro subordinato privato, il distacco del lavoratore, differentemente da quanto accadeva in passato ove ciò veniva regolamentato soltanto dalla contrattazione collettiva; la precedente previsione di cui all'art. 8 della legge n. 236/1993 era strettamente connessa alla fattispecie "di evitare le riduzioni di personale".
Con l'art. 30 del D. Lgs 276/2003 il legislatore ha introdotto una nozione legale del distacco che si configura <<quando un datore di lavoro, **per soddisfare un proprio interesse**, pone **temporaneamente** uno o più lavoratori **a disposizione di altro soggetto** per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa>>. Il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali con l'Interpello n. 1/2011 risponde ad un quesito sulla genuinità dell'applicazione dell'istituto del distacco al caso in cui "lo svolgimento della prestazione lavorativa avvenga in luogo diverso dalle sede del distaccatario". Si affrontano, di seguito, i requisiti di legittimità per un corretto ricorso all'istituto del distacco ciò in quanto, in assenza degli stessi, il lavoratore interessato può fare ricorso in giudizio per la costituzione di un rapporto di lavoro con il soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, cioè il datore di lavoro presso cui è stato distaccato (art. 30, co. 4-bis, D. Lgs. 276/2003, introdotto dal D. Lgs. 251/2004),

1 Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione pubblica di appartenenza.

oltre l'analisi dell'impianto sanzionatorio previsto in caso di distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30 D. Lgs. 276/2003.

Riferimento normativo Art.30 D.lgs n. 276/2003 - Distacco

Normativa

1. **L'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro**, per soddisfare un proprio interesse, **pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.**

2. **In caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore**.

3. **Il distacco che comporti un mutamento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato.** Quando comporti un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 km da quella in cui il lavoratore é adibito, il distacco può avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive.

4. **Resta ferma la disciplina prevista dall'articolo 8, comma 3, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148,** convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236.

4-bis. 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.** In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2. (DLGS 251/2004)

La disciplina del distacco nel D.Lgs n. 276/2003

L'istituto del distacco trova applicazione, per la prima volta, nel campo dei rapporti di lavoro privatistico in base ai contenuti di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276; la precedente previsione di cui all'articolo 8 della legge n. 236/1993 era strettamente connessa alla fattispecie "di evitare le riduzioni di personale". Si affrontano, di seguito, i **requisiti di legittimità per un corretto ricorso all'istituto del distacco** ciò in quanto, in assenza degli stessi, il lavoratore interessato può fare ricorso in giudizio per la costituzione di un rapporto di lavoro con il soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, cioè il datore di lavoro presso cui è stato distaccato (art. 30, co. 4-bis, D. Lgs. 276/2003, introdotto dal D. Lgs. 251/2004).

Requisiti di legittimità

I requisiti di legittimità del distacco ai sensi dell'art. 30 D. Lgs. 276/2003, così come ribadito nella Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 15 gennaio 2004 n. 3 e da ultimo con l'interpello n. 1/2011, sono:

a) l'interesse del distaccante;

b) la temporaneità del distacco;

c) lo svolgimento di una determinata attività lavorativa.

Con riferimento al primo requisito, si evidenzia che 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. Tale interesse, come precisato dal Ministero del Lavoro con circolare n. 28/2005, deve essere ***specifico***, ***rilevante***, ***concreto*** **e** ***persistente***, accertato caso per caso, in base alla natura dell'attività espletata e non semplicemente in relazione all'oggetto sociale dell'impresa. È, pertanto, necessaria una puntuale individuazione delle finalità perseguite con il distacco – quindi **temporalmente limitato** – evitando l'utilizzo di *"clausole di stile"* ed evidenziando, anche nel caso di distacco del lavoratore verso un'impresa facente parte dello stesso gruppo, la sussistenza di uno specifico interesse dell'imprenditore distaccante.

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(2). E' opportuno sottolineare come trattasi di precisazioni importanti, in parte già precedentemente fornite dalla giurisprudenza, sia di legittimità che di merito.

L'orientamento della giurisprudenza, infatti, era piuttosto consolidato nel ritenere che la temporaneità del distacco significasse non definitività, e che la durata del distacco dovesse coincidere con quella dell'interesse del datore di lavoro a che il proprio dipendente prestasse la sua opera in favore di un terzo. (Cass. civ. 15.6.1992, n. 7328; di recente, 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 soluzioni 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).

La circolare n. 3/2004, al contrario, afferma che la non definitività è indipendente dall'entità del periodo di distacco, purché sia "funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante". Detto altrimenti, il datore di lavoro può avere interesse ad una lunga o

2 Interpello n. 1/2011 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

lunghissima permanenza del proprio dipendente presso terzi, per motivi o con modalità tutt'altro che occasionali.

Trattamento economico e normativo

Quanto agli **oneri relativi al trattamento economico e normativo del lavoratore in distacco,** essi restano a carico del distaccante, che ne rimane esclusivamente responsabile nei confronti del lavoratore; va detto, tuttavia, che già in passato era consolidata la prassi di un loro rimborso da parte del distaccatario. Sul punto, si rammenta peraltro che la **Cassazione a Sezioni Unite 13 aprile 1989, n. 1751**, ha chiarito, che il rimborso al distaccante della spesa del trattamento economico non ha alcuna rilevanza ai fini della qualificazione del distacco genuino. In ultima analisi, poiché il lavoratore distaccato 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 società. In questo senso l'importo del rimborso non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante(3).

Il regime contributivo

A fronte della titolarità in capo al distaccante del trattamento economico rimane a suo carico anche il trattamento contributivo, che deve essere adempiuto in relazione all'inquadramento del datore di lavoro distaccante. Per quanto riguarda, invece, l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali, il relativo premio rimane a carico del datore di lavoro distaccante ma è calcolato sulla base dei premi e della tariffa che sono applicati al distaccatario. Il datore di lavoro distaccante, salvo un diverso accordo fra le parti relativamente al trattamento economico e normativo, rimane poi responsabile ex art. 10 D.P.R. 1124/65 in caso di rivalsa dell'Istituto in occasione di un infortunio sul lavoro, integrante un'ipotesi di reato, occorso al distaccato presso il distaccatario quale soggetto incaricato della direzione e sorveglianza del lavoro ex comma 3 del medesimo art. 10.

Consenso del lavoratore all'applicazione dell'istituto del distacco.

Quanto alla ipotesi disciplinata dall'art. 30, comma 3, prima parte, del d.lgs. 276/2003, il consenso del lavoratore vale a ratificare l'equivalenza delle mansioni laddove il mutamento di esse, pur non comportando un demansionamento, implichi una riduzione e/o specializzazione della attività effettivamente svolta, inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso.

Distacco parziale e sostituzione del lavoratore distaccato

Non si applica in caso di distacco, per sua natura temporaneo, la disciplina del trasferimento.

Nell'ipotesi in cui il distacco comporti lo svolgimento della prestazione presso un'unità produttiva la cui distanza rispetto a quella cui il lavoratore sia normalmente adibito sia

3 Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 15 gennaio 2004, n. 3.

superiore a 50 km il distacco potrà, comunque, intervenire solo per comprovate esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive.

Nell'ipotesi di distacco di un lavoratore presso un altro soggetto il distaccante potrà stipulare un contratto a termine con un altro lavoratore ove sussistano le esigenze legittimanti l'apposizione del termine in base a quanto previsto dal d.lgs. n. 368/2000. Nell'ipotesi di distacco il lavoratore potrà svolgere la sua prestazione anche parzialmente presso il distaccatario, continuando a svolgere presso il distaccante la restante parte della prestazione.

Svolgimento della prestazione lavorativa in luogo diverso dalla sede del distaccatario

Il Ministero del Lavoro e della Politiche Sociali con l'interpello n. 1/2011, risponde ad un quesito circa la genuinità dell'applicazione dell'istituto dell'applicazione del distacco qualora lo svolgimento della prestazione lavorativa avvenga in un luogo diverso dalla sede del distaccatario. A tal fine il Ministero del Lavoro e della Politiche Sociali ribadisce, dapprima. gli unici requisiti che il Legislatore ha inteso richiedere ai fini di un legittimo ricorso al distacco, *infra* analizzati, mentre la dislocazione del lavoratore presso la sede dell'impresa distaccataria, pur rappresentando l'ipotesi "statisticamente" più ricorrente, **non può costituire un elemento indispensabile al corretto utilizzo dell'istituto**.

Il luogo di lavoro del lavoratore distaccato costituisce mera modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e dunque come tale non sembra assumere particolare rilievo – potendosi individuare addirittura nella stessa sede del datore di lavoro distaccante – nel momento in cui sia già accertata la sussistenza dei requisiti indicati e, primo fra tutti, l'interesse del datore di lavoro. Va, peraltro, sottolineato che la natura dell'attività esercitata dal distaccante può giustificare l'espletamento della prestazione lavorativa in una o più sedi diverse da quella propria dell'azienda distaccataria (ad es. trasporto, manutenzione d'impianti, controllo di sistemi informatici, eventuali prestazioni di natura intellettuale, ecc.).

Fermo restando quanto sopra, la prestazione del lavoratore presso una sede di lavoro diversa da quella del distaccatario costituisce dunque un elemento di fatto della prestazione che potrà eventualmente essere valutato, unitamente agli altri, per verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti di legittimità e l'assenza di condotte elusive della normativa in esame (4).

Distacco privo dei requisiti di cui all'art.30 D.Lgs 276/2003: impianto sanzionatorio

Il comma 5-bis dell'art. 18 del D. Lgs. 276/2003 prevede che in caso di distacco privo dei requisiti di cui all'articolo 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***. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. (D. LGS 251/2004).

4 Interpello del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 1/2011.

SCHEDE DI SINTESI

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE

Il distacco realizza uno specifico interesse imprenditoriale del datore di lavoro, che consente di qualificare detto strumento quale atto organizzativo proprio del distaccante.

- **ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE:**

  "Il distacco costituisce espressione del potere direttivo-organizzativo di quest'ultimo, in quanto determina una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione, la quale deve essere resa dal dipendente in favore di un terzo soggetto, in osservanza del dovere di obbedienza ex art. 2104 c.c. Di conseguenza il distacco non comporta alcuna sospensione o novazione soggettiva del contratto di lavoro in essere, ma solo una modificazione nell'esecuzione dello stesso rapporto, senza mutazione del sinallagma originario"

  (v. C. Cass., S.U., 11.12.2007, n. 25839;
  C. Cass., sez. lav., 23.04.2009,n. 9694)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

- **MINISTERO DEL LAVORO:**

  "E' l'interesse del distaccante che garantisce la persistenza del vincolo di sinallagmaticità tra le prestazioni oggetto del contratto di lavoro tra distaccante e lavoratore distaccato, preservandosi pertanto la causa del contratto e l'unicità del rapporto in capo al datore di lavoro originario, il quale continua ad esercitare il proprio potere direttivo, eventualmente delegandolo al terzo distaccatario, al fine di consentire l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione di questi, quale elemento tipico della fattispecie del distacco. Ed in effetti, nel distacco, in funzione dell'interesse datoriale che lo legittima, di regola il distaccante delega al terzo distaccatario l'esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro, e cioè il potere organizzativo e quello direttivo, conservando tuttavia in capo a sé il diritto di richiamare il lavoratore distaccato, ovvero di risolvere, ove ne sussistano i presupposti, il contratto di lavoro con il medesimo."

  (Ministero del lavoro con nota 11.04.2001 n. 5/26183/70/VA-)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

Ma cosa si intende per

"interesse proprio del datore di lavoro"?

Il distacco può essere legittimato da *"qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello della mera somministrazione di lavoro altrui. (...) Ciò che differenzia il distacco dalla somministrazione, infatti è solo l'interesse del distaccante. Mentre il somministratore realizza il solo interesse produttivo della somministrazione a fini di lucro, il distaccante soddisfa un interesse produttivo diversamente qualificato (...)".*

(Circolare Interpretativa n. 3/2004 del Ministero del lavoro)

L'INTERESSE AL DISTACCO **NON** DEVE COINCIDERE CON LA MERA FINALITA' LUCRATIVA

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

(...Circolare Interpretativa n. 3/2004 del Ministero del lavoro)

- **L'INTERESSE DEL DISTACCANTE** NON POTRA' **MAI** CONSISTERE NEL
  "CONSEGUIMENTO DI UN DIRETTO PROFITTO QUALE CORRISPETTIVO DELL'INVIO DI PROPRI LAVORATORI PRESSO TERZI"
  TALE FINALITA' LUCRATIVA COSTITUISCE IL CARATTERE DISTINTIVO DELLA
  → **SOMMINISTRAZIONE PROFESSIONALE DI MANODOPERA**

- L'INTERESSE AL DISTACCO DOVRA' RIVESTIRE UNA DIVERSA **NATURA, NON DIRETTAMENTE LUCRATIVA**

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

(...Circolare Interpretativa n. 3/2004 del Ministero del lavoro)

- NEL DISTACCO E' **VALIDA** LA "**PRASSI DEL RIMBORSO**": la circolare in esame chiarisce che "non è incompatibile con il distacco genuino, essenzialmente gratuito, la previsione che il costo sostenuto per il lavoratore distaccato sia rimborsato al datore di lavoro da parte del terzo distaccatario.

- Non si può infatti in tali casi non si può parlare in tali casi di distacco oneroso, in quanto il rimborso non integra un corrispettivo offerto al datore di lavoro distaccante dal terzo distaccatario per la prestazione di lavoro resa in suo favore dal dipendente distaccato, ma anzi rende "più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi sostenuti da ogni società. In questo senso l'importo del rimborso non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante".

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

- L'interesse datoriale sussisterà nella più parte dei casi di

DISTACCO INFRAGRUPPO=

= distacchi realizzati all'interno di imprese appartenenti al medesimo gruppo

Nelle ipotesi di collegamento societario, l'interesse che il datore di lavoro mira a perseguire con il distacco sarà provato in maniera più agevole:

"La formulazione della novella legislativa legittima le prassi di distacco all'interno dei gruppi d'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", (ad esempio) ""l'interesse al buon andamento della società controllata o partecipata"

(Circolare Interpretativa n. 3/2004 del Ministero del lavoro)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

- ESISTONO DIVERSI ORIENTAMENTI IN MERITO ALL'INTERESSE DATORIALE NEL DISTACCO INFRAGRUPPO:
  - 1. "L'interesse del datore di lavoro nel distacco infragruppo ben poteva identificarsi con l'interesse del gruppo stesso, il quale oltretutto poteva ritenersi presunto sulla base del mero collegamento funzionale tra l'impresa distaccante e quella distaccataria, in quanto facenti parte del medesimo gruppo"

    (C. Cass., sez. lav., 16.02.2000, n. 1733; C. Cass., sez. lav., 17.03.1998, n. 2880).
  - 2. "L'interesse della società distaccante andava accertato in concreto, non potendo dirsi insito ex se nell'appartenenza al medesimo gruppo dell'impresa distaccataria, avente valore semmai di mero indizio"

    (C. Cass., sez. lav., 2.10.2009, n. 21115 relativa ad un caso antecedente alla novella del 2003 in tema di consorzi; C. Cass., sez. lav., 13.01.2000, n. 7450; C. Cass., sez. lav., 27.04.1992, n. 5011; C. Cass., sez. lav.,12.11.1984, n. 5708).

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

- 3. "L'interesse al distacco, seppur non integrato di per sé dalla mera esistenza di un collegamento economico-funzionale tra imprese facenti parte del medesimo gruppo, doveva ritenersi sussistente, con riguardo al particolare rapporto economico tra distaccante e distaccatario, tutte le volte in cui rispondesse anche solo ad un'esigenza di coordinamento e controllo dell'attività imprenditoriale

  (C. Cass., S.U., 21.03.1997, n. 2517; C. Cass., sez. lav., 12.08.1992, n. 9517; C. Cass., sez. lav., 8.02.1988, n. 1325).

*I diversi orientamenti giurisprudenziali ora riferiti (1., 2., 3.) potrebbero essere ritenuti ormai superati dalla lettera della norma, che prevede la necessità di un interesse **"proprio"** del datore di lavoro distaccante .*

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

- IL MERO INTERESSE DEL GRUPPO NON E' SUFFICIENTE A LEGITTIMARE IL DISTACCO INFRAGRUPPO.
- ESEMPI DI INTERESSE "PROPRIO" DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE, DI TIPO ECONOMICO O PRODUTTIVO:
  - Nel franchising, dove il *franchisor* che ha interesse ad inviare un proprio dipendente presso il *franchisee* per garantire il livello voluto di qualità del prodotto del servizio commercializzato;
  - Un'impresa che, venduto un macchinario industriale ad un'altra società del gruppo, ha interesse ad inviare un proprio tecnico presso l'impresa distaccataria acquirente per assolvere meglio il proprio obbligo di garanzia di buon funzionamento e salvaguardare in tal modo il proprio buon nome commerciale.

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

- L' **INTERESSE DEL DISTACCANTE** DEV'ESSERE:
  - SPECIFICO
  - RILEVANTE
  - CONCRETO
  - PERSISTENTE PER TUTTA LA DURATA DEL CONTRATTO
  - PREVALENTE: il distacco è legittimo, pur quando il lavoratore distaccato esegua la prestazione anche nell'interesse del distaccatario, sempre che vi sia un interesse prevalente del datore di lavoro distaccante, come riconosce espressamente la stessa circolare ministeriale.

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

- DISTACCO,
  Art. 30 D.Lgs. n. 267/2003

≠

- IPOTESI SPECIALE di DISTACCO

  Art. 8, comma 3°, D.L. n. 148/1993, convertito con modificazioni nella L.n.236/1993:

  Tale particolare forma di distacco riguarda i dipendenti in esubero delle imprese in crisi ed è attuata, sulla base di accordi sindacali, per evitare riduzioni del personale. La stessa si fonda quindi sull'esclusivo interesse dei lavoratori distaccati a non perdere il proprio posto di lavoro.

La Suprema Corte ha riaffermato il principio per cui:

"la crisi dell'impresa NON integra un interesse qualificato al distacco".

(v. C. Cass., sez. lav., n. 9694/2009, cit.)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

- Costituiscono ipotesi legittime di distacco:
  - "Il distacco disposto dal datore di lavoro **ai fini della formazione professionale del dipendente**, per consentire allo stesso un suo più proficuo inserimento successivo nel complesso organizzativo *a quo*" in quanto non è necessario che l'interesse del datore di lavoro venga soddisfatto immediatamente.

    (C. Cass., sez. lav., 26.04.2006, n. 9557)
  - Gli obiettivi di contenuto solidaristico (la definizione di distacco è riferita genericamente al datore di lavoro, termine idoneo a ricomprendere qualsiasi soggetto di diritto, non necessariamente costituito in forma di impresa, quale le associazioni *no profit* e gli enti senza fine di lucro)

    (C. Cass., sez. lav., 17.01.2001, n. 594)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE:

- Come si verifica allora la sussistenza nel caso concreto del reale interesse del distaccate?

  Bisogna analizzare "LA DETERMINAZIONE DELL'ATTIVITA' LAVORATIVA DEL DIPENDENTE INVIATO IN DISTACCO PRESSO IL TERZO":

  il distaccante avrà l'onere di provare la pattuizione di una attività lavorativa determinata nell'oggetto, nella collocazione spaziale e, almeno tendenzialmente, nella durata, affidata al lavoratore distaccato.

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
B) LA TEMPORANEITA' DELL'ASSEGNAZIONE

- TEMPORANEITA' = NON DEFINITIVITA'

  ↓

  Il concetto di temporaneità **coincide** con quello di **non definitività**, indipendentemente dalla durata più o meno lunga del periodo di distacco, fermo restando che tale durata è funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante.

  (Circolare n. 3/2004 del Ministero del lavoro)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
B) LA TEMPORANEITA' DELL'ASSEGNAZIONE

- La durata del distacco è direttamente funzionale alla realizzazione dello stesso: il criterio di valutazione è assai flessibile, non esiste una durata *massima* del distacco

  ↓

- La giurisprudenza concepisce la temporaneità del distacco come un corollario dell'interesse datoriale.

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
B) LA TEMPORANEITA' DELL'ASSEGNAZIONE

- In mancanza di:
  - A) L'INTERESSE PROPRIO DEL DATORE DI LAVORO DISTACCANTE
  - B) LA TEMPORANEITA' DELL'ASSEGNAZIONE

si realizza una ipotesi di
"SOMMINISTRAZIONE IRREGOLARE DI MANODOPERA"
(art. 27, d.lgs 267/2003)

↓

- Il lavoratore può agire per l'accertamento *ad inibitio* di un rapporto di lavoro alle dirette dipendenze del distaccatario e di ottenere quindi, per via giudiziale, una novazione del rapporto originario.

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO

C) ULTERIORI REQUISITI fissati dall'art. 30, comma 3 d.lgs. n. 267/2003:

C)1. IL CONSENSO DEL LAVORATORE IN CASO DI MUTAMENTI DI MANSIONI

C)2. LE COMPROVATE RAGIONI TECNICHE, ORGANIZZATIVE, PRODUTTIVE O SOSTITUTIVE IN CASO DI TRASFERIMENTO AD UN'ATTIVITÀ PRODUTTIVA SITA A PIÙ DI 50 KM

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
C)1. IL CONSENSO DEL LAVORATORE IN CASO DI MUTAMENTI DI MANSIONI

- Il CONSENSO DEL LAVORATORE **non** è un requisito di legittimità del distacco.

⇩

- Il distacco è un atto unilaterale, è l'esercizio da parte del datore di lavoro del proprio potere organizzativo, rispetto al quale il consenso del lavoratore non è richiesto, stante l'obbligo di obbedienza.

(ex art. 2104 c.c)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO

C)1. IL CONSENSO DEL LAVORATORE IN CASO DI MUTAMENTI DI MANSIONI

- Il CONSENSO DEL LAVORATORE **è** un **requisito di legittimità del distacco** quando questo comporta un MUTAMENTO DI MANSIONI.
- *"Il consenso del lavoratore vale a ratificare l'equivalenza delle mansioni laddove il mutamento di esse, pur non comportando un demansionamento, implichi una riduzione e/o specializzazione dell'attività effettivamente svolta, inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso".*

  (Circolare n. 3/2004 del Ministero del lavoro)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO

C)1. IL CONSENSO DEL LAVORATORE IN CASO DI MUTAMENTI DI MANSIONI

- **CONSENSO DEL LAVORATORE:**
  - È una *condicio iuris* al cui avverarsi è subordinata l'efficacia del provvedimento di distacco
  - Configura quale onere del datore di lavoro distaccante, in tutti i casi in cui il distacco comporta per il lavoratore un mutamento delle mansioni abitualmente svolte
  - Opera sul piano dell'efficacia del provvedimento datoriale, non su quello della validità: la mancata acquisizione dello stesso da parte del datore di lavoro rende legittimo l'eventuale rifiuto del lavoratore di mettersi a disposizione del distaccatario, senza il ricorso a sanzioni disciplinari.
  - Appresta una speciale tutela al lavoratore, consentendo allo stesso di valutare in concreto il mutamento di mansioni rispetto al contenuto del suo patrimonio professionale

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO

C)2. LE COMPROVATE RAGIONI TECNICHE, ORGANIZZATIVE, PRODUTTIVE O SOSTITUTIVE IN CASO DI TRASFERIMENTO AD UN'ATTIVITÀ PRODUTTIVA SITA A PIÙ DI 50 KM

- Se il distacco comporta un **TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE A PIU' DI 50 KM DALLA SEDE** dove svolge abitualmente la propria prestazione, sono necessari:
  - **IL CONSENSO DEL LAVORATORE**
  - **UN GIUSTIFICATO MOTIVO:** per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive, che possono significare, secondo la disciplina del trasferimento posta dall'art. 2103 c.c, la "contrazione dell'attività nella sede di provenienza o di incremento nella sede di destinazione" (non necessariamente di lungo periodo)

    (v. C. Cass., sez. lav., n. 1912/1998; C. Cass., sez. lav. n. 27/2001)
  - **LE RAGIONI PER ISCRITTO DEL DISTACCO**, fornite dal datore di lavoro, qualora il lavoratore ne faccia richiesta.

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
C)2, LE DIFFERENZE TRA DISTACCO E TRASFERIMENTO

- DISTACCO
  - CARATTERE TEMPORANEO
  - MOBILITA' DEI DIPENDENTI ESTERNA
  - LE COMPROVATE RAGIONI TECNICHE, ORGANIZZATIVE O PRODUTTIVE SI RENDONO NECESSARIE SOLO OVE IL DISTACCO COMPORTI UN TRASFERIMENTO DEL DIPENDENTE A PIU 'DI 5O KM
- TRASFERIMENTO (ART. 2103 CC)
  - CARATTERE DEFINITIVO
  - MOBILITA' DEL LAVORATORI INTERNA (da una sede ad un'altra unità produttiva di titolarità del medesimo datore di lavoro)
  - SONO SEMPRE NECESSARIE (A PENA DI NULLITA') LE COMPROVATE RAGIONI TECNICHE, ORGANIZZATIVE O PRODUTTIVE)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
D) IL TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO

- Per quanto riguarda il **trattamento economico e normativo**, il datore di lavoro distaccante:
  - Rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore (anche quando in concreto il distaccario si sia obbligato al pagamento e all'erogazione della retribuzione).
  - Mantiene l'obbligazione contributiva nei confronti degli enti previdenziali.
    In particolare, come evidenziato dalla **circolare INPS del 13.03.2006, n. 41**, il distaccato avrà ugualmente diritto agli assegni per il nucleo familiare, all'eventuale indennità di malattia, maternità, disoccupazione o mobilità, ma non potrà usufruire delle integrazioni salariali eventualmente elargite dal distaccatario, dato che a tutti gli effetti rimane dipendente dell'azienda di origine.

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO
D) IL TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO

- Per quanto riguarda l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie:
  - I premi INAIL, pur se a carico del distaccante, devono essere calcolati sulla base dei premi e delle tariffe che sono applicate al **distaccatario**.
  - Il distaccante è tenuto a calcolare il premio dovuto per il personale distaccato, applicando la corrispondente voce di tariffa rientrante nella Gestione tariffaria in cui è inquadrata l'impresa distaccataria.
    (nota INAIL del 10.06.2005 e successiva circolare INAIL del 2.08.2005, n. 39)

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO

D) IL TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO

- Quanto alla classificazione tariffaria, l'INAIL distingue tre ipotesi:
  - a) se la lavorazione da porre in essere presso l'impresa distaccataria coincide con quella svolta presso il distaccante
    - L'assicurazione è attuata mediante inserimento del lavoratore distaccato nell'originaria polizza presente nella PAT del datore di lavoro distaccante;
  - b) se la lavorazione è, invece, diversa da quella svolta presso il distaccante
    - Il lavoratore deve essere inserito in un'ulteriore polizza nell'ambito della PAT già accesa dal datore di lavoro distaccante
  - c) se poi, il lavoratore distaccato, oltre ad operare presso l'impresa distaccataria, continua ad esercitare lavorazioni diverse presso il datore di lavoro distaccante
    - Si ripartiscono proporzionalmente le retribuzioni erogate fra le diverse polizze della PAT del datore di lavoro distaccante *(c.d. distacco parziale)*

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO

D) IL TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO

- In caso di **infortunio o di malattia professionale** verificatesi durante il distacco:
  - Il lavoratore deve darne comunicazione al DISTACCANTE
  - Il lavoratore deve trasmettere al DISTACCANTE l'inerente certificazione medica

↓

  - Il DISTACCANTE dovrà effettuare le relative denunce di infortunio sul lavoro o malattia professionale

↓

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO

D) IL TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO

***Se** il distaccato trasmette la denuncia di infortunio o di malattia professionale esclusivamente al DISTACCATARIO, questo dovrà notificare al DISTACCANTE l'evento occorso al lavoratore.*

Sul punto l'"INAIL precisa che:

- *È preferibile che tale obbligo formi oggetto di precisi accordi tra distaccante e distaccatario, volti ad assicurare la dovuta immediatezza alla comunicazione delle assenze, consentendo al distaccante di effettuare le relative denunce nei termini di legge*
- *Se il lavoratore denuncia l'infortunio o la malattia professionale al distaccatario, anziché al distaccante, purché entro i termini di legge, non perde il diritto all'indennizzo per il periodo antecedente la denuncia*
- *In sedei di verifica del rispetto dei termini di legge, si tiene conto della data in cui il distaccante ha ricevuto il certificato medico e non di quella in cui il certificato stesso è stato eventualmente ricevuto per errore dal distaccatario.*

I REQUISITI DI LEGITTIMITA' DEL DISTACCO

D) IL TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO

- Anche ***l'adempimento degli obblighi di sicurezza*** (ex art. 2087 c.c.) rimane in capo al DISTACCANTE

- Il DISTACCANTE resta esposto all'eventuale azione di rivalsa dell'INAIL ex art. 10 DPR 1124/1965, in occasione di un infortunio sul lavoro, integrante un'ipotesi di reato, occorso al distaccato presso il distaccatario, quale soggetto incaricato della direzione e sorveglianza del lavoro ai sensi del comma terzo dell'art. 10 cit.

*E' utile precisare che la circolare ministeriale n. 3/2004 faccia **salvo**, rispetto alla disciplina ora descritta, un eventuale **diverso accordo** intervenuto tra datore di lavoro distaccante e terzo distaccatario relativamente al trattamento economico e normativo del lavoratore distaccato.*

Formulari inerenti al distacco

Comunicazione al lavoratore di distacco presso altra azienda

Luogo e data

Al lavoratore.....

Le comunichiamo che, ai sensi dell'art. 30 Dlgs 276/2003, per esigenze di servizio, Ella presterà la sua attività lavorativa (eventuale: dal ..... al .....; oppure: per il tempo necessario alla realizzazione dell'opera ...; oppure: per il servizio .....) presso l'azienda ....., nell'unità produttiva sita in ....., dove continuerà a svolgere le Sue mansioni di.....
L'attività da svolgere riguarda lo sviluppo..... oppure: la realizzazione..... ed è finalizzata al miglioramento della capacità produttiva o organizzativa della nostra impresa.
Nell'espletamento delle mansioni lavorative, ferma restando per il resto la disciplina ordinaria del lavoro, seguirà le direttive che Le saranno impartite dai responsabili dell'azienda presso la quale è distaccata.
La ragione giustificatrice del distacco è la seguente: ..... (eventuale: esso avrà termine una volta soddisfatte o venute meno le esigenze che lo giustificano).

Firma del datore di lavoro

(da aggiungere solo in caso di mutamento delle mansioni)
Dal momento che il distacco in questione comporta il mutamento delle mansioni svolte presso la nostra unità produttiva Le chiediamo il consenso a tale mutamento che sarà ovviamente limitato al periodo dello stesso distacco.

(per consenso) Firma del lavoratore

Formulari inerenti al distacco

Comunicazione del distacco di personale

Luogo e data

All'Inail - Sede di .....

Ilsottoscritto.....,
quale legale rappresentante (ovvero titolare) della società (ovvero ditta) scrivente, titolare della posizione assicurativa (PAT) n. ....., comunica di avere deliberato, ai sensi dell'art. 30, Dlgs 276/2003, il distacco dei dipendenti sottoelencati presso ....., con sede in ...., via .....;
il provvedimento è dettato dalla necessità di .....; presso il distaccatario i dipendenti svolgeranno le seguenti mansioni:
I dipendenti distaccati sono i seguenti:
1. nome: .....cognome: ..... mansione: .....
2. nome: .....cognome: ..... mansione: .....
Il distacco avrà la durata di giorni ..... a decorrere dal .....oppure il distacco avrà durata pari al tempo impiegato per svolgere le attività indicate.

Firma del legale rappresentante

Copyright© La Lente sul Fisco