Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

IPSOA

DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

2017
25

TIPOLOGIE E CONDIZIONI
Incentivi alle assunzioni 2017

POTERI DEL MEDICO COMPETENTE
Disabili: sopravvenuta inidoneità alla mansione

RISPOSTA A QUESITO COVIP
Fondi pensione e requisiti di professionalità

CORTE COSTITUZIONALE
Pensioni: parità di trattamento uomo-donna

PERCORSI DI GIUGNO

ESTERNALIZZAZIONI
Pierluigi Rausei

Somministrazione regole
La disciplina del contratto di somministrazione

Somministrazione illeciti
Le sanzioni in materia di somministrazione

Appalto
Le regole dell'appalto

IN QUESTO NUMERO

Distacco
Il corretto utilizzo del distacco

Anno XXXIV, 24 giugno 2017, n. 25 - Direzione e Redazione: Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (Mi)
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

Wolters Kluwer

Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Se posso personalizzarla in base alle mie aree d'interesse,

è La Mia **Biblioteca**

La Mia ***Biblioteca*** è la prima biblioteca professionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex. Puoi trovare risposte certe grazie all'autorevolezza delle fonti e ad un motore di ricerca intuitivo, semantico e veloce. Puoi consultarla online ovunque, sempre, da qualsiasi dispositivo mobile.
Puoi personalizzarla in base alle tue aree di interesse e alle tue esigenze professionali.
Puoi integrarla a 360° con le tue banche dati Wolters Kluwer.

è pensata per te, richiedi subito una prova!

lamiabiblioteca.com

Wolters Kluwer

UTET Giuridica® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l. **Y72EVCL**

Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sommario

Percorsi

Esternalizzazioni

Il corretto utilizzo del distacco
Pierluigi Rausei **1533**

Approfondimenti

Incentivi alle assunzioni 2017
Luca Mariani e Edgardo Ratti **1546**

Disabili: sopravvenuta inidoneità alla mansione
Salvatore Servidio **1554**

Cooperative: cessazione del rapporto di lavoro
Giovanni Di Corrado **1564**

Visita fiscale senza preavviso: assenza del lavoratore e conseguenze
Gianraimondo Farina e Alessia La Mendola **1568**

Fondi pensione

Fondi pensione e requisiti di professionalità
Giuseppe Rocco **1577**

Giurisprudenza

Corte costituzionale

Pensioni: parità di trattamento uomo-donna
Sentenza 5 aprile 2017, n. 111 **1580**

Nei numeri di luglio-agosto

Edilizia

di Dimitri Cerioli e Fabio Pappalardo

n. 26 1° luglio 2017	***Settore edile*** Definizione, procedure adempimenti
n. 27 8 luglio 2017	***Cassa edile*** Funzionamento, prestazioni, trasferta
n. 28 15 luglio 2017	***Retribuzione*** Busta paga dell'operaio edile
n. 29 22 luglio 2017	***Cig*** Procedura della Cig in edilizia
n. 30 29 luglio 2017	***Malattia*** Procedure, regime, adempimenti
n. 31 5 agosto 2017	***Infortunio*** Procedure, regime, adempimenti

Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sommario

Rassegna della Cassazione

Presupposti dell'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti
Cass. sez. sesta n. 1769 del 24 gennaio 2017, ord.
Cass. sez. sesta nn. 2151, 2152, 2153 del 27 gennaio 2017, ord. **1591**

Sostituzione del giudice in assenza di un provvedimento formale e validità della sentenza
Cass. sez. lav. n. 1912 del 25 gennaio 2017 **1592**

Inottemperanza all'ordine di esibizione: conseguenze
Cass. sez. lav. n. 2148 del 27 gennaio 2017 **1593**

Si segnala che le opinioni espresse da dirigenti e funzionari pubblici non sono vincolanti per le Amministrazioni di appartenenza.

DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

SETTIMANALE DI AMMINISTRAZIONE, GESTIONE DEL PERSONALE, RELAZIONI INDUSTRIALI E CONSULENZA DEL LAVORO

REDAZIONE
Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati
scrivere o telefonare a:
IPSOA Redazione
DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO
Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono 02.82476.550
telefax 02.82476.436

AMMINISTRAZIONE
Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.
scrivere o telefonare a:
IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 – 20120 Milano
telefono 02.824761 – telefax 02.82476.799
Servizio risposta automatica:
telefono 02.82476.999

EDITRICE
Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET:
Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della Rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

COMITATO SCIENTIFICO
Enrico Barraco, Alfredo Casotti, Maria Rosa Gheido, Eufranio Massi, Michele Miscione, Pierluigi Rausei, Francesco Rotondi, Angelo Sica, Gianluca Spolverato

REDAZIONE
Federica Calcagno, Antonella Carrara, Claudia Faravelli, Massimo Mutti

REALIZZAZIONE GRAFICA a cura di:
Ipsoa - Gruppo Wolters Kluwer

FOTOCOMPOSIZIONE
Sinergie Grafiche Srl
Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)
Tel. 02/57789422

STAMPA
ROTOLITO LOMBARDA S.p.A. - Via Sondrio, 3 - 20096 Seggiano di Pioltello (MI)
Tel. 02/921951

PUBBLICITÀ:
Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
Strada 1 Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI), Italia

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 578 del 24 dicembre 1983
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa – Spedizione in abbonamento Postale – D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI
Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori Assago (MI).
Servizio clienti: tel. 02 824761 – e-mail: servizio.clienti@ipsoa.it – www.ipsoa.it/servizioclienti

ITALIA – Abbonamento annuale: Euro 380,00

ESTERO – Abbonamento annuale: Euro 760,00

Prezzo copia: Euro 18,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

A decorrere dal 1° gennaio 2002, a seguito dell'introduzione dell'Euro nell'ordinamento nazionale per effetto del D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213, tutti gli importi espressi in lire nelle vigenti disposizioni normative si intendono espressi in Euro, secondo il tasso di conversione ufficiale (1 EURO = Lire 1936,27).
Il provvedimento n. 213/98 disciplina inoltre le regole di arrotondamento secondo la natura degli importi da convertire.

DISTRIBUZIONE
Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D. Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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.

Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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

Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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 comprovate 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 prudenziale 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'imprese, 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***.

Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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

Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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 regolamenta, 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 ragione del contemperamento 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

Anteprima - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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 un***interesse 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 stabilimento), 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 libertaà 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;