



Carcare, 05/09/2023

Circolare n. 62

Oggetto: Appalto e distacco

La presenza di un interesse consente di qualificare come distacco lecito, e non come intermediazione vietata, tutte le ipotesi nelle quali il distaccante dimostri di aver affidato il lavoratore all'impresa terza sul presupposto che egli, mediante la sua opera, comunque possa determinare un vantaggio all'impresa da cui dipende. L'utilizzo del medesimo criterio impone di qualificare come mera interposizione le ipotesi in cui il lavoratore sia destinato ad un'altra azienda soltanto per soddisfare un'esigenza specifica di questa.

L'interesse del distaccante sorge invece automaticamente qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa che sia stipulato ai sensi del D.L. n. 5/2009.

TIPOLOGIE DI INTERESSI

La nozione di interesse è intrinsecamente problematica e la sua interpretazione ha costituito spesso motivo di contenzioso. Lo stesso art. 30 non fornisce a tale proposito alcun criterio di selezione dei diversi possibili interessi del datore di lavoro, nel senso che non specifica se esso debba essere di natura economica, organizzativa o altro, né determina il grado di intensità di tale interesse.

Vista la non tipizzazione da parte del legislatore, è possibile ravvisare un valido interesse ogni volta che il datore di lavoro ritenga di trarre dal distacco un'utilità, per la propria impresa, diversa da quella di realizzare una mera somministrazione di manodopera.

Naturalmente, l'interesse può legittimare il distacco solo nella misura in cui sia realmente esistente, anche se, trattandosi di un requisito soggettivo, non sempre è facile da dimostrare, tanto più che esso si atteggia in maniera necessariamente diversa secondo il tipo di attività svolta dal datore di lavoro. La verifica della reale sussistenza dell'interesse non può quindi che essere svolta caso per caso, anche se è possibile a priori stabilire alcuni criteri minimi di indagine.

Innanzitutto, l'interesse deve essere "proprio" (art. 30, comma 1) del datore di lavoro, e cioè deve essere collegato alla sua attività imprenditoriale; qualora il distacco si ponesse in evidente e insanabile contrasto con le finalità proprie dell'oggetto sociale, o con le ragioni che hanno indotto la società ad assumere il dipendente, sarebbe molto difficile asserire l'esistenza di un interesse.



Inoltre, l'interesse non può consistere nella realizzazione stessa del distacco, concepito come somministrazione di manodopera da cui il datore intenda trarre un profitto economico, in quanto in tal caso si realizzerebbe una fattispecie di somministrazione di manodopera non autorizzata; allo stesso modo non può ritenersi legittimo un interesse alla realizzazione di finalità fraudolente o comunque, anche indirettamente, dirette alla riduzione dei trattamenti dovuti al lavoratore.

TEMPORANEITÀ

Ulteriore requisito di liceità del distacco, individuato prima dalla giurisprudenza e poi dall'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003, consiste nella temporaneità dell'assegnazione.

Questo requisito è una diretta conseguenza della natura dell'interesse, che può essere ritenuto valido in quanto abbia una sua delimitazione temporale. Un interesse perpetuo del datore di lavoro non è ipotizzabile, salvo quello, illecito, all'uscita definitiva del lavoratore dall'organico aziendale, anche perché un eventuale distacco definitivo non realizzerebbe una semplice modifica della prestazione lavorativa del dipendente, ma concretizzerebbe una vera e propria cessione del contratto di lavoro, fattispecie che, ai sensi degli art. 1406 e ss. del codice civile, richiede il necessario consenso del lavoratore.

Significato della temporaneità

L'art. 30 non specifica se la temporaneità vada intesa come semplice non definitività del distacco o se, al contrario, essa debba essere interpretata anche come necessaria brevità della situazione.

Il problema è stato più volte affrontato dalla giurisprudenza preesistente all'art. 30, che ha interpretato, salvo alcune occasioni, in un'accezione assai ampia il requisito, ritenendo che non sia necessaria una durata più o meno lunga del distacco né, tanto meno, che tale durata sia predeterminata.

Si è sempre ritenuto che, fino a quando permane l'interesse del distaccante, può continuare il distacco; solo nel momento in cui viene a mancare l'interesse, il datore di lavoro è tenuto a ripristinare l'ordinaria modalità di esecuzione della prestazione.

L'art. 30 sembra aver recepito questa interpretazione estensiva, in quanto ha rinunciato ad assimilare la temporaneità con la brevità. Peraltro, la natura stessa dell'istituto mal si concilia con un'interpretazione della temporaneità come necessaria brevità. Se, infatti, il distacco è lecito in presenza di un interesse del datore di lavoro, resta indifferente, fintanto che questo non sia venuto meno, l'estensione temporale del distacco stesso.



INDIVIDUAZIONE DELL'ATTIVITÀ LAVORATIVA

L'art. 30 prevede anche la necessità di individuare la determinata attività lavorativa che sarà espletata dal dipendente dopo il suo distacco.

È immaginabile che l'individuazione dell'attività lavorativa sia finalizzata a mettere a conoscenza il lavoratore delle nuove mansioni, e tale comunicazione è propedeutica all'inizio dell'attività stessa; ne consegue che il distacco potrà essere disposto solo dopo che sia stata individuata, di comune accordo tra datore di lavoro e distaccatario, l'attività lavorativa che dovrà svolgere il prestatore, e che questa sia stata comunicata al lavoratore.

CONSENSO DEL LAVORATORE

La dottrina e la giurisprudenza, in passato, hanno avuto opinioni divergenti circa la necessità o meno del consenso del lavoratore distaccato. Secondo un orientamento (Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, nonché Cass. 4 aprile 1981, n. 1921; SS.UU. 15 febbraio 1979, n. 981) ormai risalente nel tempo, il rifiuto del lavoratore era legittimo qualora nella prestazione di lavoro vi fosse una qualificazione *intuitu personae*, e in ogni caso qualora si trattasse di svolgere mansioni particolarmente qualificate. Un orientamento più recente esclude in ogni caso, la necessità del consenso del lavoratore, in quanto egli sarebbe in ogni caso tenuto ad eseguire la propria prestazione secondo le modalità indicate dal datore di lavoro, in osservanza al dovere di obbedienza disposto dall'art. 2104 c.c.

Questa lettura estensiva è stata fatta propria in alcune occasioni anche dall'autonomia collettiva, che ha previsto delle causali di ricorso al distacco legate esclusivamente alle specifiche esigenze dell'impresa, a prescindere dalla necessità del consenso del lavoratore. L'art. 30 conferma tale orientamento, escludendo la necessità dell'assenso preventivo del lavoratore alla sua dislocazione presso un soggetto terzo (fatte salve ipotesi specifiche, cfr. infra).

Distacco e mutamento di mansioni

Il problema del consenso del lavoratore si atteggia diversamente qualora il distacco comporti un mutamento delle mansioni svolte in precedenza; in tal caso il distacco "deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato" (art. 30, comma 3). La norma restringe, nel caso del distacco, il potere generale attribuito al datore di lavoro dall'art. 2103 del codice civile di modificare unilateralmente le mansioni nel corso del rapporto, con il solo limite di adibire il lavoratore alle mansioni per le quali è stato assunto, o comunque riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento o superiori a quelle effettivamente svolte, e si pone in termini restrittivi anche rispetto alla precedente elaborazione



giurisprudenziale, che escludeva comunque il consenso del distaccato, o al più lo richiedeva solo nel caso di mansioni di apprezzabile livello professionale. Secondo una parte della dottrina tale previsione dovrebbe essere letta in senso estensivo, ritenendo cioè necessario il consenso solo in caso di assegnazione a mansioni non riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento, mentre non sarebbe richiesto in caso di assegnazione a mansioni, seppure diverse, riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento. Tale lettura vuole evitare di irrigidire eccessivamente il disposto normativo, anche in considerazione del fatto che il mutamento di mansioni è un evento quasi implicito nel distacco, quando il lavoratore, dovendosi inserire in una realtà produttiva diversa, difficilmente potrà continuare ad espletare mansioni identiche alle precedenti. La distinzione pare tuttavia poco aderente al dato letterale della norma, che non specifica né differenzia le diverse ipotesi di mutamento di mansioni.

Distacco e assegnazione a mansioni superiori

Qualora il distacco comporti l'assegnazione a mansioni superiori, resta ferma l'esigenza di ottenere il consenso del lavoratore, ai sensi dell'art. 30; in questo caso si verifica la circostanza cui la norma riconduce l'esigenza del consenso, e cioè il mutamento di mansioni. Una volta acquisito il consenso del lavoratore, l'assegnazione a mansioni superiori produce i medesimi effetti previsti per la generalità dei lavoratori. Deve quindi essere riconosciuto il trattamento retributivo, diretto ed indiretto, adeguato alle mansioni svolte e il conseguimento della relativa qualifica, dopo che sia decorso il periodo previsto dalla legge e dal contratto collettivo applicabile al distaccante. L'assegnazione a mansioni superiori presso il distaccatario determina spesso, nella prassi, il rifiuto del distaccante, al momento del ritorno del lavoratore presso l'azienda originale, di riconoscere mansioni equivalenti (ed il proporzionale aumento retributivo) a quelle svolte da ultimo. Tale rifiuto non può ritenersi legittimo: se il dipendente viene destinato altrove per adempiere al contratto originale e per soddisfare, comunque, l'interesse del distaccante, ne discende che questo ultimo sarà tenuto a conformarsi ai mutamenti di mansione avvenuti nel periodo intermedio, rispettando il divieto generale di demansionamento dei lavoratori (art. 2103 c.c.).

Distacco e assegnazione a mansioni inferiori

La disciplina anzidetta non si applica nel caso in cui il distacco comporti una variazione peggiorativa delle mansioni. In tale evenienza si rientra nell'alveo della disciplina comune di cui all'art. 2103 c.c., che pone un generale divieto di attribuzione a mansioni peggiorative e prevede la nullità di eventuali patti contrari tranne alcune ipotesi esattamente previste dalla legge, al fine di tutelare il lavoratore da possibili pressioni o forzature finalizzate all'ottenimento del consenso.



Distacco e trasferimento

L'art. 30 disciplina anche l'ipotesi in cui il distacco comporti un trasferimento ad una unità produttiva sita a più di cinquanta chilometri da quella in cui il lavoratore è abitualmente occupato. In questa ipotesi, il trasferimento può avvenire solo in presenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive. Tale previsione si pone in termini maggiormente rigorosi rispetto alla precedente elaborazione giurisprudenziale, che riteneva il distacco, in ragione della sua temporaneità, non riconducibile alla disciplina del trasferimento prevista dall'art. 2103 del codice civile, secondo la quale il lavoratore "non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive". Alla luce di questo orientamento si è - in passato - sempre esclusa la necessità, per poter operare il distacco, della presenza di esigenze tecniche, organizzative e produttive. La diversità tra le due fattispecie veniva rinvenuta nella potenziale definitività che caratterizza la prima (trasferimento ordinario) mentre è assente nella seconda (distacco). Inoltre, erano considerati diversi i presupposti, la natura e gli effetti delle due situazioni. Anche la contrattazione collettiva ha spesso disciplinato in maniera difforme le due situazioni, escludendo - ad esempio - nel caso del distacco, l'applicabilità della normativa contrattuale destinata ai dipendenti trasferiti o in missione.

Coordinamento tra esigenze e interesse

La disciplina del trasferimento conseguente al distacco pone alcuni delicati problemi interpretativi. In particolare, non è chiaro se le ragioni tecniche, produttive e organizzative (e sostitutive) che legittimano il distacco ad unità produttive site a più di cinquanta chilometri siano diverse o meno dall'interesse proprio del datore di lavoro che il distacco deve soddisfare. Alla base del distacco è sempre necessaria la sussistenza di un interesse; se questo coincidesse con le ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive di cui al comma 3, la previsione risulterebbe superflua. Per non svuotare completamente il significato precettivo della norma, si deve ritenere che non sussista identità tra l'interesse che legittima il distacco e le ragioni che giustificano il trasferimento. Tale lettura rende necessario trovare ragioni ulteriori, rispetto al semplice interesse, che legittimino l'assegnazione del lavoratore ad una sede lontana, anche se l'operazione in concreto non sarà agevole, tanto più che le predette ragioni devono essere "comprovate".

Distacco per esigenze di carattere sostitutivo

Un altro problema interpretativo posto dalla disciplina del trasferimento conseguente al distacco concerne la previsione tra le causali che legittimano il trasferimento, di esigenze di carattere "sostitutivo" chiaramente riferibili al beneficiario del distacco e non al datore di lavoro. Tale previsione si pone in conflitto con il fatto che il distacco è lecito solo nella misura in cui sia diretto a soddisfare un interesse del



datore di lavoro. La menzione appare ancora più singolare se si considera che neanche la disciplina generale del trasferimento prevista dall'art. 2103 c.c. include le ragioni sostitutive tra le causali legittimanti. La spiegazione potrebbe essere rinvenuta collegandosi a quanto appena affermato circa la non coincidenza tra l'interesse che legittima il distacco, che deve essere proprio del datore di lavoro, e le esigenze che legittimano il trasferimento, che giustificano lo spostamento del lavoratore ad una distanza superiore a cinquanta chilometri. Anche tale spiegazione non appare del tutto convincente, in quanto comunque dovremmo dare rilievo ad esigenze riferibili esclusivamente al beneficiario della prestazione, contrariamente alla ratio dell'istituto che ruota sempre e comunque intorno alla necessità di rispondere all'interesse ed alle esigenze del datore di lavoro, come del resto accade anche nella disciplina generale del trasferimento di cui all'art. 2103 del codice civile.

DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO

Il legislatore fornisce poche indicazioni circa la regolamentazione della relazione trilaterale che si instaura tra datore di lavoro originario, lavoratore e distaccatario, limitandosi a chiarire che il distaccante rimane responsabile del trattamento economico (in cui deve ritenersi compresa anche la corresponsione del trattamento di fine rapporto) e normativo (art. 30, comma 2) del lavoratore distaccato. Per individuare la regolamentazione degli altri aspetti occorre così risalire alla natura dell'istituto. Se il distacco non determina l'alterazione degli elementi soggettivi del rapporto, né comporta l'interruzione o l'estinzione dell'originario rapporto di lavoro o la costituzione di un nuovo rapporto con il beneficiario della prestazione, l'originario datore di lavoro resta, anche dopo il distacco, l'unico titolare del rapporto. Egli continua a detenere il potere di direzione e di coordinamento del lavoratore (può infatti determinare la cessazione del distacco), così come resta tenuto ad effettuare gli adempimenti amministrativi connessi alla gestione del rapporto ed al pagamento degli obblighi contributivi (tanto che la classificazione previdenziale del lavoratore deve essere operata tenendo presente l'attività dell'originario datore di lavoro). L'immutata titolarità del rapporto comporta anche la perdurante obbligazione del datore al pagamento del premio per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, e la sua soggezione (anche durante il periodo in cui il lavoratore è distaccato) ad una eventuale azione di rivalsa dell'Istituto in caso di infortunio sul lavoro che integri un'ipotesi di reato.

POTERI DEL DISTACCANTE E DEL DISTACCATARIO

La modifica delle modalità di effettuazione della prestazione conseguente al distacco determina alcuni riflessi significativi sulla quantità e sulla qualità dei poteri spettanti al datore di lavoro. Il potere direttivo si affievolisce, in quanto viene in parte esercitato anche dall'imprenditore distaccatario, nella misura necessaria ad organizzare il concreto svolgimento della prestazione presso di esso; la titolarità del potere



disciplinare (contestazione, decisione e comunicazione del provvedimento) resta in capo al datore, ma questi lo potrà esercitare solo sulla base delle indicazioni e delle informazioni fornite dall'impresa distaccataria. Il distacco produce degli effetti anche in capo al lavoratore, che è tenuto a seguire la disciplina del lavoro (orario, pause, procedure, ecc.) vigente presso l'azienda nella quale la sua attività viene svolta, e deve soggiacere al potere direttivo dell'azienda presso la quale si trasferisce anche se, come accennato, l'originario datore conserva il potere di revocare in qualsiasi momento la situazione. Inoltre, dopo il distacco, il principale soggetto verso il quale il lavoratore sarà tenuto a rispettare il dovere di diligenza diventa il distaccatario, mentre si amplia la portata del divieto di concorrenza, che dovrà essere rispettato sia nei confronti del distaccante che del distaccatario, considerato che esso potrebbe essere agevolmente eluso anche durante lo svolgimento della propria prestazione presso il soggetto terzo.

DISTACCO NEL CONTRATTO DI RETE

Con il contratto di rete, più imprenditori 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 ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese, a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica o ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Se il distacco di personale avviene tra aziende che hanno sottoscritto un contratto di rete, l'interesse della parte distaccante sorge "automaticamente" in forza dell'operare della rete. In particolare, in deroga a quanto previsto dall'art. 30 del D. Lgs. n. 276/2003 - in forza del quale per il legittimo utilizzo dell'istituto è necessaria la sussistenza dell'interesse della temporaneità del distacco - in tale contesto l'interesse del distaccante consegue automaticamente alla costituzione di una rete tra imprese. È da tenere in considerazione che affinché l'effetto dell'automaticità dell'interesse al distacco si produca nei confronti dei terzi, compresi i lavoratori, occorre procedere preventivamente all'iscrizione nel registro delle imprese del contratto di rete. Ciò poiché, in caso di ispezione, il personale ispettivo dovrà limitarsi a verificare l'esistenza di un contratto di rete tra i soggetti coinvolti (ossia distaccante e distaccatario) e che lo stesso sia stato regolarmente iscritto nel registro delle imprese (Min. Lav., circ. 29 agosto 2013, n. 35). Fermo quanto sopra, in generale, si applicano le medesime disposizioni in materia di distacco, incluse quelle concernenti il diritto del lavoratore al trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo applicato dal datore che lo ha assunto (circolare INL n. 7 del 29.3.2018).



DISTACCO NEI GRUPPI D'IMPRESA

Il comma 1 dell'art. 30 del D. Lgs 276/2003 stabilisce che "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".

Con specifico riferimento al requisito dell'interesse, il Ministero del lavoro ha più volte precisato come quest'ultimo debba essere specifico, rilevante, concreto e persistente, accertato caso per caso, in base alla natura dell'attività espletata, potendo ad ogni modo coincidere con qualsiasi tipo di interesse produttivo dell'impresa distaccante, anche di carattere non economico.

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'Interpello 1/2016 afferma che l'aggregazione in gruppo di imprese si caratterizza, ferma restando l'autonomia giuridica dei soggetti che ne fanno parte, per il potere di controllo e direzione che una società del gruppo (c.d. capogruppo) esercita sulle altre in virtù delle condizioni di cui all'art. 2359 c.c.

In ragione di quanto sopra, può ritenersi che nel gruppo di imprese – così come per le imprese aderenti a un contratto di rete – venga condiviso un medesimo disegno strategico finalizzato al raggiungimento di un unitario risultato economico che trova, peraltro, rappresentazione finanziaria nel bilancio consolidato di gruppo. Appare, pertanto, possibile ritenere che in caso di ricorso all'istituto del distacco tra le società appartenenti al medesimo gruppo di imprese, ricorrendo, quanto meno, le condizioni di cui all'art. 2359, comma 1, c.c., l'interesse della società distaccante possa coincidere nel comune interesse perseguito dal gruppo analogamente a quanto espressamente previsto dal Legislatore nell'ambito del contratto di rete.

La Corte d'Appello di Torino Sezione Lavoro – nella Sentenza n. 203/2022 – afferma che «l'automatismo previsto dalla disposizione e la presunzione assoluta stabilita dalla giurisprudenza esplicano piena validità ed efficacia soltanto a condizione che ci si trovi in presenza di situazioni concrete conformi al dato normativo e che quindi nella vicenda in esame si accerti la configurazione di legittime fattispecie di rapporti di rete e distacco e non invece operazioni che, utilizzando tali strumenti normativi, intendano realizzare risultati illeciti (art.1344 c.c.)»

DISTACCO ILLECITO

Il distacco privo dei requisiti e, principalmente, dell'interesse del distaccante rientra nell'ipotesi di interposizione illecita di manodopera, sebbene ormai prevalga la denominazione specifica di "distacco illecito" disciplinato dal comma 4-bis, art. 30 D.Lgs. 276/2003.



Tale norma contempla le medesime conseguenze civilistiche previste per la somministrazione illecita.

Il lavoratore interessato può richiedere, mediante ricorso giudiziale, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.

Elemento differenziale tra distacco e somministrazione risiede proprio nell'interesse del distaccante: se il somministratore realizza il solo interesse produttivo della somministrazione a fini di lucro, il distaccante soddisfa un interesse produttivo distinto, come l'interesse al buon andamento della società controllata o partecipata (Circ. Min. lav. N. 3/2004).

Nel momento in cui risulta insussistente l'interesse del distaccante, la fattispecie non è nient'altro che una somministrazione illecita.

Il distacco si distingue anche dall'appalto perché nell'appalto è necessario il compimento, da parte dell'appaltatore, di un'opera o di un servizio distinti dalla mera messa a disposizione dei lavoratori impiegati per la relativa esecuzione. Inoltre, l'appaltatore – al contrario del distaccante – deve eseguire l'opera o il servizio con l'auto organizzazione dei mezzi e gestione a proprio rischio (V. art. 1655 c.c. e art. 29 D. Lgs 276/2003).

La condotta illecita più comune è quella nella quale lo pseudo-appaltatore si limita ad inviare uno o più lavoratori presso lo pseudo-distaccatario, senza avervi alcun interesse diverso da quello di ricevere un corrispettivo per la messa a disposizione dei prestatori. L'ipotesi descritta realizza una somministrazione di manodopera, che risulta illecita perché non autorizzata.

L'operazione simulatoria effettuata dalle parti esclude, già sul piano logico-astratto, il possesso dell'autorizzazione in capo al distaccante / somministratore abusivo.

Peraltro, accanto all'utilizzo improprio del distacco come sopra descritto, possono riscontrarsi comportamenti tesi a eseguire operazioni più complesse, di carattere per lo più fraudolento, come ad esempio il ricorso al distacco nel contesto degli appalti – soprattutto pubblici – per eludere eventuali divieti di subappalto disposti nei bandi di gara di evidenza pubblica.

In tal caso, non si configura la sola somministrazione illecita, ma anche un aggiramento di un ulteriore divieto: quello di subappalto.



Si pensi, ad esempio, all'utilizzo di lavoratori, formalmente distaccati presso l'appaltatore (pseudo-distaccatario) da un subappaltatore (pseudo-distaccante), che eseguono lavori di spettanza del primo in base agli obblighi derivanti dal bando e dal contratto di appalto.

Tale operazione è compiuta al fine di frodare il committente – per lo più pubblico – che ha imposto il divieto di subappalto. Quindi, non solo si integra un distacco / somministrazione illeciti, ma si viola, indirettamente, il divieto di subappalto.

In questo modo, è posta in essere una condotta fraudolenta tesa a eludere il divieto di subappalto, che integra la fattispecie di negozio in *frode alla legge* (art. 1344 c.c.).

Nell'ipotesi descritta, il distacco è certamente nullo per illiceità della causa (art. 1343 c.c.) e i lavoratori devono essere attribuiti al reale utilizzatore, anche a prescindere dall'iniziativa giudiziale di costoro.

La prassi intrapresa in caso di verifica ispettiva – avallata dalla giurisprudenza in applicazione del principio di effettività dei rapporti di lavoro (Cass. N. 22894/2011) – è quella di ritenere sommerso il lavoratore coinvolto nelle verifiche, attribuendone il relativo rapporto all'effettivo datore, che nella situazione prospettata sarebbe il distaccatario, addebitandogli le relative sanzioni amministrative e i recuperi contributivi.

Il ricorso a un distacco illecito – e, quindi, alla somministrazione di lavoro in assenza dei requisiti di legge – costituisce, di per sé, elemento sintomatico di una finalità fraudolenta, che il Legislatore ha inteso individuare nell'elusione di “norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore”.

Si pensi, ad esempio, alle norme che:

- Stabiliscono la determinazione degli imponibili contributivi (art. 1, c. 1, D.L. n. 338/1989);
- Introducono divieti alla somministrazione di lavoro (art. 32 D.Lgs. 81/2015);
- Prevedono determinati requisiti per la stipula del contratto (art. 32 D.Lgs. 81/2015);
- Prevedono specifici limiti alla somministrazione (artt. 31 e 33 D.Lgs. 81/2015).

A fronte dell'utilizzo illecito dello schema negoziale dell'appalto, il conseguimento di effettivi risparmi sul costo del lavoro – derivanti dall'applicazione del trattamento retributivo previsto dal Ccnl dall'appaltatore e dal connesso minore imponibile contributivo, così come una accertata elusione dei divieti posti dalle disposizioni in materia di somministrazione – risulta sufficiente a dimostrare quell'idoneità dell'azione antigiusdittica che disvela l'intento fraudolento.



REGIME SANZIONATORIO

La corretta utilizzazione del contratto di appalto o somministrazione è decisiva per ritenere lecita o meno un'ipotesi di messa a disposizione di prestazioni di lavoro in favore di un terzo, in quanto l'utilizzo di tali tipologie contrattuali fuori dei canoni legali prescritti o senza le forme previste dalle rispettive discipline comporta l'applicazione dell'**apparato sanzionatorio vigente**.

Sarà altresì richiesta da parte del verbalizzante, la regolarizzazione alle dipendenze dell'utilizzatore dei lavoratori impiegati nell'appalto qualificato illecito e fraudolento, per la durata dell'effettivo impiego. Il personale ispettivo potrà adottare anche il provvedimento della **diffida accertativa** per i crediti patrimoniali maturati dai lavoratori impiegati nell'appalto, in ragione delle eventuali differenze retributive riscontrate (Min. lav., circ. 24/2004).

I rapporti di lavoro in caso di somministrazione irregolare o fraudolenta

In caso di somministrazione irregolare, cioè quando si verifica una delle seguenti ipotesi:

- mancato rispetto dei limiti numerici,
- somministrazione in una delle ipotesi espressamente vietate dalla legge;
- somministrazione in difetto degli elementi essenziali fissati dalla legge (estremi autorizzazione dell'agenzia, numero lavoratori da somministrare, rischi e misure di prevenzione, data di inizio e durata della somministrazione);

il lavoratore può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.

In assenza della costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore per mancato esercizio dell'azione da parte del lavoratore, il rispetto delle previsioni di legge e di contratto riguardante i profili retributivi può essere raggiunto mediante un provvedimento di diffida accertativa emesso dall'organo ispettivo nei confronti dello pseudo appaltatore riguardante le retribuzioni non correttamente corrisposte rispetto a quanto previsto dal Ccnl di riferimento e può essere adottato solamente nei confronti di quest'ultimo. Diversamente, nel caso il lavoratore avesse ottenuto l'assunzione da parte dell'utilizzatore, la diffida accertativa sarà emessa nei confronti dell'utilizzatore. In alternativa al riconoscimento della titolarità del rapporto di lavoro, l'articolo 1676 c.c. consente al lavoratore di agire direttamente contro il committente per i crediti retributivi fino a concorrenza del debito del committente verso l'appaltatore.



Per quanto riguarda gli aspetti contributivi, l'unico rapporto di lavoro rilevante per l'ente previdenziale è quello con il datore di lavoro effettivo: una volta accertato che la prestazione lavorativa è resa in favore dell'utilizzatore, gli obblighi di natura pubblicistica gravano su quest'ultimo quale datore di lavoro di fatto. Per la costituzione del rapporto tra il datore di lavoro e l'Ente previdenziale è sufficiente l'instaurazione di fatto di un rapporto di lavoro e, come tale, non è conseguente alla stipula di un atto di natura negoziale: il medesimo rapporto è indifferente alle eventuali vicende processuali lavoratore-datore, essendo del tutto sottratto alla disponibilità delle parti e non condizionato dalla scelta del lavoratore di esercitare l'azione per veder riconosciuto il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore.

In caso di somministrazione fraudolenta, invece, gli ispettori dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro – in qualità di ufficiali di polizia giudiziaria – devono provvedere tramite prescrizione obbligatoria, ad ordinare al datore di lavoro utilizzatore fraudolento l'immediata regolarizzazione dei lavoratori fraudolentemente occupati, assumendoli a tutti gli effetti di legge alle proprie dipendenze, dal punto di vista documentale, assicurativo e contributivo.

Alla base di tale comportamento si trova la valutazione giuridica del contratto di somministrazione: l'accordo negoziale fra somministratore e utilizzatore che abbiano agito in frode alla legge è – sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico – nullo per illiceità della *causa negotii* (articoli 1344 e 1418, comma 2, c.c.).

In conseguenza di ciò, si estende la previsione contenuta nell'articolo 38, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2015, secondo cui, quando il contratto di somministrazione è nullo (in questo caso perché in frode alla legge), "i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore".



Somministrazione	
Violazione	Sanzione
Per l'utilizzatore e il somministratore: ricorso alla somministrazione con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore (c.d. somministrazione fraudolenta)	Ammenda di 20 € per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione. Costituzione automatica del rapporto di lavoro in capo al committente/utilizzatore.
Per l'utilizzatore: ricorso alla somministrazione attraverso soggetti non autorizzati, o comunque fuori dai limiti previsti	Nella generalità dei casi: sanzione amministrativa di 60 € per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. La sanzione in ogni caso non può essere inferiore a 5.000 €, né superiore a 50.000 € e non è diffidabile. Se vi è sfruttamento dei minori: arresto fino a 18 mesi e ammenda fino a 360 €.
Per l'utilizzatore: ricorso alla somministrazione in ipotesi vietate	Amministrativa: Da 250 € a 1.250 €
Per l'utilizzatore: limite numerico per i somministrati a tempo indeterminato	
Per l'utilizzatore: limite numerico per i somministrati a termine	
Per agenzia e utilizzatore: mancanza di elementi necessari del contratto	



Appalto	
Violazione	Sanzione
Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro	Reclusione da 1 a 6 anni e multa da 500 € a 1.000 € per ciascun lavoratore reclutato.
Se la condotta ha le seguenti caratteristiche:	
- Presenza di violenza o minaccia (aggravante)	Reclusione da 5 a 8 anni e multa da 1.00 € a 2.00 € per ciascun lavoratore.
- Il numero dei lavoratori reclutati è superiore a 3 - Uno o più soggetti reclutati sono minori in età non lavorativa, - I lavoratori sfruttati sono esposti a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro (aggravanti specifiche)	Reclusione da 1 a 6 anni e multa da 500 € a 1.000 € per ciascun lavoratore reclutato aumentata da 1/3 a 1/2.
- Nel rendere dichiarazioni su quanto a propria conoscenza, l'imputato si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti o per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite (attenuante).	Reclusione da 1 a 6 anni e multa da 500 € a 1.000 € per ciascun lavoratore reclutato diminuita da 1/3 a 1/2.
Per il <u>committente</u> in caso di mancanza di: - Verifica idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi;	Arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 1.228,50 € a 5.896,84 €
- Dettagliata informazione sui rischi specifici e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate	Arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 921,38 € a 4.914,03 €
- Cooperazione all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi incidenti sull'attività oggetto di appalto, - Coordinamento interventi di prevenzione e protezione, con informazione reciproca anche al fine di eliminare i rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva,	Arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 1.842,76 € a 7.371,03 €



- Documento unico di valutazione dei rischi.	
Per il <u>datore di lavoro</u> Mancata dotazione della tessera di riconoscimento al personale occupato dall'impresa appaltatrice o subappaltatrice	Amministrativa pecuniaria da 122,85 € a 614,25 € per ciascun lavoratore.
Per i <u>lavoratori</u> Mancata esposizione della tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro.	Amministrativa pecuniaria da 61,43 e a 368,56 €.