



UNISIN doc.

Notiziario a cura della Segreteria Nazionale



Roma, 21 novembre 2013 – n. 30

Da: Il Quotidiano Ipsoa – Commento Area Lavoro & Previdenza

L'interesse che legittima il distacco dei lavoratori

La disciplina alla luce della legge 9 agosto 2013, n. 99

Nel caso di contratto di rete è riconosciuta, con presunzione assoluta, in modo automatico, la sussistenza di un interesse al distacco in capo al datore di lavoro aderente che distacca un proprio dipendente presso altra azienda che ha sottoscritto lo stesso contratto.

di Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow

Nel contesto della 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 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, recentemente modificato dal decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 99.

Per quanto concerne i **requisiti sostanziali** che rendono legittimo e lecito il distacco dei lavoratori, occorre andare, oltrech  al testo normativo, anche alle interpretazioni offerte 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.

Requisiti di legittimit  del distacco

I requisiti di legittimit  del distacco sono essenzialmente tre:

- la **temporaneit ** del distacco, vale a dire la non definitivit  dello stesso, rispetto alla quale non ha alcun rilievo l'entit  del periodo di distacco, ma soltanto il fatto che la durata del distacco stesso risulti concretamente funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante;
- l'**interesse del distaccante**, nel senso che il distaccante deve essere spinto o mosso al distacco da un qualsiasi interesse produttivo proprio che non pu  coincidere, evidentemente, con quello alla mera somministrazione di lavoro, interesse, peraltro, che deve sussistere e protrarsi per tutta la durata del distacco;
- l'**attivit  lavorativa determinata**, giacch  il lavoratore distaccato non potr  essere addetto a prestazioni lavorative generiche, ma a quella determinata attiv  lavorativa che caratterizza e sostanzia l'interesse proprio del distaccante.

Peraltro, gli elementi che caratterizzano la liceit  del distacco dei lavoratori sono soltanto i primi due: la temporaneit  del distacco e l'interesse del distaccante.

L'elemento discriminante fra l'**interposizione illecita** di manodopera e il **distacco lecito** risiede, dunque, sulla individuazione dell'interesse specifico dell'impresa distaccante-datore di lavoro e della temporaneit  della permanenza del lavoratore distaccato presso il distaccatario.

La prassi amministrativa ha però ammesso la legittimità di un distacco in cui il lavoratore svolge la propria attività lavorativa in luogo differente dalla sede dell'impresa distaccataria; in questo senso il Ministero del Lavoro con la risposta ad Interpello n. 1 del 2 febbraio 2011 nella quale è stato chiarito che: *«Il luogo di lavoro del lavoratore distaccato costituisce mera modalità di svolgimento della prestazione lavorativa (...), 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».*

In primo luogo, dunque, il distacco lecito rappresenta una mera estrinsecazione del **potere organizzativo del datore di lavoro** imprenditore, che modifica essenzialmente le modalità di svolgimento e di esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro subordinato. In tal senso, l'interesse del datore di lavoro distaccante deve sussistere fin dall'inizio del distacco, e protrarsi per tutta la durata dello stesso e va accertato concretamente, caso per caso, in base all'attività espletata e non semplicemente con riferimento agli scopi sociali del distaccante.

In secondo luogo, il distacco non deve essere definitivo, ma temporaneo, eccezionale ed occasionale, anche se non è necessario che la durata sia particolarmente breve, né che essa sia predeterminata *ab initio* (Cass. Civ., sez. lav., 17 marzo 1998, n. 2880; Cass. Civ., sez. lav., 10 giugno 1999, n. 5721).

Più dettagliatamente, l'interesse del datore di lavoro distaccante acquisisce, in termini di diritto positivo, una centralità assoluta: l'art. 30, comma 1, stabilisce che il distacco lecito e legittimo deve essere specificamente e direttamente finalizzato a soddisfare un preciso interesse proprio del distaccante, senza peraltro meglio definire o chiarire in che cosa consista, concretamente, tale requisito.

Spetta, pertanto, all'interprete fornire all'operatore una lettura utile del dettato dispositivo al fine di rendere operativamente applicabile l'istituto, seguendo anche i suggerimenti e le indicazioni che provengono dalla Circolare n. 3/2004, dalla quale sembra potersi dedurre che l'interesse che legittima il distacco possa coincidere con qualsivoglia "**interesse produttivo**" del distaccante che non deve però integrare, e qui risiede l'unico limite condizionante espresso manifestato dal Ministero del Lavoro in sede interpretativa, l'interesse ad una semplice somministrazione di lavoro. Così pure la successiva Circolare n. 28/2005, che insiste con più rigore sul punto, segnalando che *«il distacco non può mai concretizzarsi in un mero interesse al corrispettivo per la fornitura di lavoro altrui».*

Ciò premesso l'interesse del distaccante dovrà essere senza ombra di dubbio strettamente attinente con l'esercizio dell'attività (imprenditoriale o datoriale) tipica del distaccante stesso, vista sotto un profilo sia funzionale (orientamento alla realizzazione di un risultato proprio), sia strutturale (appartenenza dell'interesse alla sfera organizzativa).

In tale prospettiva è conforme alle previsioni dell'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 il distacco che trova esplicito fondamento in una **chiara motivazione di carattere tecnico, produttivo ovvero anche organizzativo**, manifestata dal distaccante, purché, all'evidenza, la ragione motivata del distacco del lavoratore sia realmente sussistente, sia lecita (non persegua quindi fini frodatori o meramente elusivi) e si caratterizzi per una rilevanza di significativa entità nel contesto dinamico della realtà datoriale da cui proviene il lavoratore distaccato.

Si può distaccare legittimamente un lavoratore non solo con riguardo alla attività principale o prevalente dell'impresa distaccante, ma anche con riferimento ad una attività meramente complementare ovvero anche per una attività straordinaria.

Interesse del distaccante

L'interesse che legittima il distacco, dunque, non è quello del distacco in sé, 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. L'assenza di ogni riferimento alla patrimonialità dell'interesse del distaccante lascia aperto un varco per ipotesi di distacco in

cui l'interesse di chi pone in essere l'operazione risiede in esigenze di ordine morale o solidaristico propriamente manifestate.

A rendere pienamente legittimo il distacco, dunque, con riguardo all'interesse del distaccante sono **tre distinti profili** di tipo squisitamente oggettivo: l'esistenza di un interesse proprio del datore di lavoro distaccante, di tipo patrimoniale o non patrimoniale; la liceità dell'interesse manifestato; la sussistenza di un nesso di causalità diretta tra interesse e distacco.

La Circolare ministeriale n. 28/2005 insiste ulteriormente sull'importanza fondamentale dell'interesse che deve muovere il datore di lavoro distaccante segnalandone alcune caratteristiche qualificative: «*specifico, rilevante, concreto e persistente*» (Cass. Civ., Sez. Lav., 15 maggio 2012, n. 7517).

L'interesse al distacco, pertanto, deve essere:

a) **specifico**, nel senso che necessita di una esatta individuazione, senza riferimenti generali e non circostanziati ad attività, fatti o situazioni contingenti: ogni distacco deve muovere da un distinto e specificamente individuato interesse datoriale;

b) **rilevante**, vale a dire che deve mostrare caratteristiche idonee a proporzionare la scelta datoriale al significato strategico dell'operazione nel contesto dell'organizzazione aziendale: il distacco va letto nell'ottica dei riflessi organizzativo-produttivi che viene precisamente ad avere per il datore di lavoro distaccante;

c) **concreto**, e cioè non deve avere astratta attinenza con i processi produttivi o logistici aziendali, ma diretta e immediata incidenza su almeno uno di essi: la giurisprudenza ha insistito sulla "concretezza" dell'interesse al distacco, evidenziando che il patto con il quale il lavoratore viene ad essere distaccato deve trovare diretta e veritiera rispondenza in un interesse che non sia generale ed astratto, ma che, al contrario, risulti perfettamente aderente alla realtà gestionale dell'organizzazione datoriale interessata;

d) **persistente**, nel senso che deve permanere per tutta la durata del distacco e sussistere fin dal primo momento dell'attivazione di esso: il distaccante dovrà per tutta la durata del distacco essere accompagnato da una specifica valutazione interessata dell'operazione posta in essere.

L'interesse automatico nei contratti di rete

L'art. 7, comma 2, del d.l. n. 76/2013, convertito dalla legge n. 99/2013 ha aggiunto il nuovo comma 4-ter all'art. 30 del 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 ai sensi del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, 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 del 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 aderiscono ad un medesimo contratto di rete di imprese.

Il **contratto di rete** è disciplinato dall'art. 3, commi 4-ter, 4-quater e 4-quinquies del d.l. n. 5/2009, come convertito dalla legge n. 33/2009 (successivamente più volte modificato), 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 di rete 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.

Il d.l. n. 76/2013 riconosce, 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, infatti, l'interesse del datore distaccante sorge "automaticamente" per il solo fatto di trovarsi ad "operare" nell'ambito di una rete di imprese.

La Circolare n. 35 del 29 agosto 2013 espressamente afferma, in argomento, che "con tale intervento il Legislatore ha inteso configurare "automaticamente" l'interesse del distaccante al distacco qualora ciò avvenga nell'ambito di un contratto di rete (...) Ne consegue che, ai fini della verifica dei presupposti di legittimità del distacco, il personale ispettivo si limiterà a verificare l'esistenza di un contratto di rete tra distaccante e distaccatario".

La disposizione, peraltro, richiama i principi e i divieti sanciti dall'art. 2103 del 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.

Inoltre lo stesso art. 7, comma 2, del d.l. n. 76/2013, convertito dalla legge n. 99/2013, nel suo ultimo periodo, introduce il concetto di "**codatorialità**" nell'ordinamento giuslavoristico italiano infatti, sancendo che per le imprese che hanno sottoscritto un contratto di rete di impresa "è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso".

La disposizione riproduce in sede normativa una costruzione dogmatica avanzata e studiata in dottrina, senza accompagnare la previsione normativa con il necessario supporto orientativo ed operativo sui singoli aspetti di disciplina della figura e del ruolo del "codatore" di lavoro, con evidenti **criticità anche sul piano dei profili di responsabilità** (penale, amministrativa e civile) connessi allo svolgimento del rapporto di lavoro di cui non si ha un unico e ben individuato titolare ma due distinti "contitolari".

Sul tema la Circolare n. 35/2013 sottolinea che la norma consente la codatorialità dei lavoratori secondo la disciplina regolatoria prevista espressamente nel contratto di rete, per cui "in relazione a tale personale, il potere direttivo potrà essere esercitato da ciascun imprenditore che partecipa al contratto di rete".

Conseguenza della codatorialità disciplinata nel contratto di rete, secondo le prime indicazioni contenute nella Circolare n. 35/2013, sta nel fatto che nell'accertamento "di eventuali responsabilità penali, civili e amministrative", nonché con riferimento alla "sanzionabilità di eventuali illeciti", ci si dovrà rifare ai contenuti normativi del contratto di rete, senza che si possa automaticamente configurare una solidarietà tra tutti i partecipanti al contratto di rete stesso.

Le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartiene.

Copyright © - Riproduzione riservata