

Il distacco illecito nella dimensione ispettiva*

di Carmine Santoro

Tag: #distacco, #lavorosommerso, #accertamenti ispettivi.

La [sentenza del Tribunale di Perugia](#) (anche in *Boll. ADAPT*, 2013, n. 32) esamina un'ipotesi di distacco illecito, come risultante da un accertamento ispettivo. La fattispecie rileva per le conseguenze, sia quelle riferite al rapporto di lavoro sia quelle sanzionatorie, che da essa derivano.

Il distacco nella normativa nazionale

Com'è noto, l'istituto del distacco è stato disciplinato per la prima volta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 276/03, il cui art. 30 comma 1, prevede 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».

Come appare chiaro dalla stessa definizione normativa, e come è comunemente affermato nelle varie sedi ermeneutiche, l'istituto consta di un rapporto giuridico trilaterale, composto dal datore di lavoro distaccante, il lavoratore distaccato e il datore di lavoro distaccatario. È altresì tradizionalmente insegnato che il distacco, insieme alla somministrazione ed al lavoro in appalto, è una delle poche ipotesi ordinamentali di dissociazione della figura del datore di lavoro, di ripartizione cioè tra titolarità formale del rapporto di lavoro ed esercizio concreto del potere di eterodeterminazione delle prestazioni lavorative.

Elementi essenziali dell'istituto sono l'interesse del distaccante alla “delocalizzazione” del lavoratore – tipico l'interesse alla formazione del prestatore in un ambiente professionale maggiormente adatto allo scopo; cfr. Cass. 9557/2006 – e la temporaneità, la quale, secondo la giurisprudenza, non richiede una predeterminazione della durata, bensì la coincidenza della durata stessa con l'interesse del datore di lavoro allo svolgimento da parte del proprio dipendente della sua opera a favore di un terzo (Cass. Sez. Lav., Sent. n. 23933 del 25/11/2010; si veda sul punto anche la Circolare del Ministero del Lavoro n. 3/2004). Da segnalare il recente intervento normativo del d.l. 76/2013 che ha introdotto il comma 4-ter all'art. 30 cit.: la norma stabilisce un interesse “automatico” della parte distaccante, ove il distacco avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa.

Il distacco privo dei requisiti, e principalmente dell'interesse del distaccante, trasmoda nella generale categoria dommatica dell'interposizione illecita, sebbene ormai sia prevalsa la denominazione specifica di “distacco illecito”, disciplinata dal comma 4 bis dell'art. 30 cit.. Tale norma contempla le medesime conseguenze civilistiche previste per la somministrazione illecita («il

* Per ulteriori approfondimenti si vedano, da ultimi, P. Rausei, M. Tavella, *Distacco di manodopera*, in *Dpl*, 37/2013, 2157 ss.; nonché i contributi raccolti in M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006.

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»). Ciò si spiega considerando l'elemento differenziale tra distacco e somministrazione, il quale si identifica 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. 3/2004 cit.). Insussistente l'interesse del preteso distaccante, la fattispecie non è nient'altro che una somministrazione non autorizzata, appunto illecita. Il quadro di identificazione delle due fattispecie si completa con le conseguenze penali, previste dal comma 5-bis dell'art. 19 del d.lgs. 276 cit. (pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione), che anch'esse coincidono con quelle di cui alla somministrazione illecita del comma 1.

Il caso giudiziale

Nel corso di un accertamento ispettivo della Direzione provinciale del lavoro, era emerso lo svolgimento di prestazioni da parte di un lavoratore all'interno dei locali di pertinenza di una cooperativa; detto prestatore, tuttavia, risultava socio lavoratore di altra cooperativa. L'organo accertatore riteneva che la posizione del lavoratore non fosse regolare in quanto, anche a voler ritenere sussistente un provvedimento di comando o distacco, l'iscrizione del prestatore coinvolto non risultava da alcuna scrittura e/o documentazione obbligatoria. Peraltro, le dichiarazioni spontanee dell'amministratore unico della società, rilasciate in sede ispettiva, non facevano riferimento alcuno a provvedimenti di comando o distacco ed il relativo documento, esibito successivamente, era privo di data certa.

Il giudice aderisce all'impostazione della Direzione del lavoro, in virtù delle seguenti argomentazioni. Innanzitutto, egli pone in dubbio la stessa astratta legittimità della prassi del distacco in epoca anteriore al d.lgs. 276/2003 – allorquando si sono verificati i fatti di causa-, in quanto ipotesi atipica e dunque illecita in ogni caso, giacché rientrante nell'allora vigente divieto di interposizione di manodopera di cui legge n. 1369/1960. A prescindere da siffatta ricostruzione, il giudicante ritiene che il datore di lavoro distaccatario non abbia dimostrato la sussistenza di alcun interesse, che avrebbe avuto il distaccante ad inviare il proprio socio lavoratore presso l'altra cooperativa, come era suo preciso onere processuale in quanto soggetto che affermava la sussistenza del distacco. Del resto, era emerso che l'amministratore del distaccatario, il quale rivestiva al tempo la carica di legale rappresentante di entrambe le società -distaccante e distaccatario -, avesse riferito agli accertatori che tra le due cooperative fosse stato stipulato un contratto di subappalto e non un distacco di personale. Pertanto, conclude il Tribunale umbro, nella fattispecie è irrilevante che il provvedimento di distacco in questione abbia o meno data certa, quanto piuttosto appare rilevante come non sia stato allegato e provato alcun interesse, in capo al distaccante, al distacco stesso.

Osservazioni conclusive

Il caso illustrato desta interesse per la particolare prospettiva, quella degli organi accertatori del lavoro, in cui risulta collocato. Invero, mentre la legge, come si è visto, ha disciplinato le conseguenze della fattispecie illecita del distacco sia nei suoi risvolti civili che in quelli penali, sul piano degli accertamenti amministrativi degli ispettori del lavoro - oggetto della pronuncia del giudice- nulla è previsto, come del resto si riscontra nella figura generale della somministrazione illecita. In questo contesto, ed in assenza di precise istruzioni ministeriali, ci si può legittimamente domandare quali conseguenze gli accertatori debbono trarre da casi come quello esaminato, nelle varie ipotesi in astratto possibili. Ed in effetti, in proposito bisogna distinguere tra i casi in cui i prestatori non risultino da alcuna documentazione aziendale, né dell'un datore, né dell'altro, -

come consta essere avvenuto nel caso di cui alla decisione del giudice perugino - da quelli in cui i lavoratori invece risultino formalmente assunti dallo pseudo-distaccante o pseudo-somministratore. La strada intrapresa dagli accertatori nel caso di specie è stata di ritenere sommerso il lavoratore coinvolto nelle verifiche, attribuendone il relativo rapporto all'effettivo datore, che nella specie era il distaccatario, cui sono state addebitate le relative sanzioni amministrative e i recuperi contributivi. Tale soluzione è maggioritaria nella prassi ispettive delle somministrazioni abusive, e sembra avallata dalla giurisprudenza in applicazione del principio di effettività dei rapporti di lavoro (cfr. Cass., 4 novembre 2011, n. 22894). Nella diversa ipotesi in cui, però, i lavoratori dovessero risultare formalmente assunti dal datore distaccante – o somministratore di fatto-, si presentano due percorsi alternativi. Nel primo, prevalente nella prassi, i lavoratori sono considerati comunque “in nero” relativamente al datore di lavoro che effettivamente usufruisce delle relative prestazioni; ne derivano tutte le conseguenze illustrate nell'ipotesi che precede. Nondimeno, i lavoratori distaccati – o somministrati- potrebbero non essere ritenuti sommersi in quanto formalmente inquadrati dal distaccante, e dunque – salve ovviamente le sanzioni penali- non dovrebbero trovare applicazione le relative sanzioni amministrative, né gli addebiti contributivi; tale conclusione appare confortata dal disposto dell'art. 27, comma 2 del d.lgs. 276 cit., richiamato dall'art. 30, comma 4 bis del medesimo d.lgs. 276. («Nelle ipotesi di cui al comma 1[somministrazione irregolare, *NdA*] tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione»). Quanto alla sorte del rapporto, anche in tale fattispecie dovrebbe prevalere l'orientamento richiamato che fa leva sull'effettività dei rapporti e sulla necessaria coincidenza soggettiva del titolare del rapporto con il destinatario delle prestazioni lavorative. Più in generale, alla luce del principio di legalità di cui all'art. 1 della legge 689/81, appare lecito dubitare che le sanzioni amministrative previste per il lavoro sommerso e le assunzioni irregolari - omessa comunicazione di assunzione, omessa consegna della dichiarazione di assunzione, del prospetto paga-, debbano applicarsi alle ipotesi di interposizioni illecite, quantomeno ove i lavoratori risultino formalmente occupati dall'interposto, atteso che trattasi di fattispecie non espressamente contemplate nelle rispettive figure di illecito. In tale prospettiva, pertanto, si può sostenere l'“assorbimento” degli illeciti amministrativi e contributivi in quello penale, posto che il Legislatore ha previsto espressamente solo sanzioni di natura penale per le fattispecie in questione, ed ha inteso limitare a tale piano il disvalore delle condotte vietate.

Carmine Santoro

Scuola internazionale di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro
ADAPT-CQIA, Università degli Studi di Bergamo

 @carminesantoro