

Posted workers

La condizione dei lavoratori in distacco transnazionale in Europa

a cura di Rossana Cillo e Fabio Perocco

Distacco comunitario e ispezione del lavoro

Giovanna Carosielli

Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL)

Abstract The posting of workers within a provision of services is an issue which can be analysed also from a labour inspection perspective. Indeed, there are many implications caused by sending a worker, who habitually works elsewhere, to a different Member State of EU, such as languages gaps, different labour laws and above all labour inspection practices which are not similar. In this scenario, the recently established European Labour Authority could be a very useful tool to improve administrative cooperation between 'sending' and 'receiving' States, organizing and doing concerted and joint labour inspections.

Keywords Posting labour. Inspection services. European Labour Authority (ELA).

Sommario 1 Le molteplici complessità del fenomeno comunitario. – 2 Il perimetro applicativo della normativa comunitaria. L'elemento oggettivo. – 2.1 L'elemento soggettivo. – 3 La fattispecie lecita. Gli obblighi del distaccante. – 4 La normativa applicabile al lavoratore distaccato. – 5 La non autenticità del distacco e le sue conseguenze. – 6 Le sanzioni in caso di distacco non genuino. – 7 Qualche caso di distacco in Italia. – 8 La European Labour Authority.

1 Le molteplici complessità del fenomeno comunitario

L'invio di un dipendente di un'impresa, stabilmente operante in uno Stato Membro (di seguito SM), verso un altro Paese dell'UE in esecuzione di una prestazione di servizi costituisce un fenomeno socio-economico di rilevante complessità e regolazione, intersecando diversi profili di indagine. Innanzitutto, emergono gli aspetti del diritto positivo, ricavabili da una sovrapposizione di testi normativi di diffe-



Edizioni
Ca' Foscari

Società e trasformazioni sociali 9

e-ISSN 2610-9689 | ISSN 2610-9085

ISBN [ebook] 978-88-6969-515-5 | ISBN [print] 978-88-6969-516-2

Peer review | Open access

Submitted 2020-07-13 | Accepted 2020-08-26 | Published 2022-09-26

© 2022 Carosielli | © 4.0 International Public License

DOI 10.30687/978-88-6969-515-5/014

rente derivazione (comunitaria e nazionale) e contenuto. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, è infatti sufficiente rilevare come l'invio di un lavoratore in un altro SM imponga di capire se e in quale misura trovi applicazione la legge del contesto produttivo ospitante il distacco (c.d. *lex loci laboris*) rispetto alla disciplina scelta dalle parti del rapporto lavorativo (c.d. *lex contractus*), che può coincidere con quella dello SM in cui opera di norma l'azienda distaccante, ovvero appartenere ad un altro ordinamento. Esemplicando, un'azienda olandese, avente sede legale in Gran Bretagna e una sede operativa in Polonia, potrebbe inviare un proprio dipendente bulgaro, assunto con contratto di diritto britannico, ad effettuare lavori di costruzione edile presso un cantiere sito in Belgio. In tale circostanza, quale sarebbe la legge applicabile: quella britannica, disciplinante il rapporto di lavoro tra il dipendente bulgaro e il suo datore di lavoro, oppure quella belga, ove è appunto resa la prestazione lavorativa?

Al contempo, non meno secondarie e lampanti sono le differenze linguistiche, culturali, logistiche, economiche e sociali, oltre che di prassi ispettiva e di accertamento di un eventuale illecito utilizzo della normativa di riferimento, derivanti dal fenomeno comunitario. Le indicate difficoltà, nell'accentuare il senso di isolamento del lavoratore distaccato in un Paese straniero, nei fatti indebolendone la condizione lavorativa, giuridica e personale, costituiscono un evidente ostacolo per lo SM ospitante il distacco, sia sotto il profilo dell'avvicinamento di detti lavoratori per acquisirne informazioni sull'orario e/o condizioni di lavoro e sulla retribuzione, sia in relazione ai rimedi adottabili a fronte delle eventuali irregolarità riscontrate.

Il diritto positivo europeo si è in più occasioni occupato della questione, emanando la direttiva 96/71/CE, rafforzata attraverso la direttiva 2014/67/UE, e infine emendando la prima con la successiva direttiva (UE) 2018/957, il cui recepimento negli ordinamenti dei vari Paesi è fissato al 30 luglio 2020 ed attuazione in Italia attraverso il d.lgs. 122/2020. Peraltro, l'ordito normativo comunitario risente in modo significativo sia dell'esito compromissorio di metodo e di merito che lo caratterizza, sia dell'interpretazione delle fonti fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (di seguito CGUE). In particolare, in relazione al primo aspetto occorre evidenziare come l'adozione della direttiva quale fonte regolatrice della materia costituisca di per sé un bilanciamento di opposte esigenze, visto che tale atto normativo non disciplina direttamente la materia bensì individua livelli minimi di tutela cui gli SM devono uniformarsi, potendo tuttavia declinare i precetti secondo proprie esigenze e sensibilità giuridiche e socioeconomiche, con inevitabili differenze tra i vari ordinamenti. A ciò occorre aggiungere che l'esito compromissorio operato adottando una direttiva determina formulazioni ambigue delle disposizioni ivi contenute, con inevitabile pluralità di opzioni esegetiche; queste ultime, infine, non sempre sono state interpretate dalla CGUE in li-

nea con le pur declamate finalità protettive dei diritti dei lavoratori distaccati e di una sana e leale competizione tra imprese contenute negli atti normativi continentali.

Di qui l'emergere di un'ulteriore criticità legata agli aspetti giuridico-ispettivi del distacco, rappresentata dalla difficoltà di considerare e ponderare quanto illustrato ricavandone un contesto coerente ed efficace rispetto all'imperativa esigenza di scongiurare che l'invio di un lavoratore in un SM diverso da quello in cui lavora abitualmente si traduca in un'occasione di compressione e/o sfruttamento dei suoi diritti e/o di concorrenza sleale alle imprese, nazionali o straniere, operanti in ossequio alla normativa. Poiché le criticità illustrate ostacolano una piana composizione ad unità della materia nei suoi molteplici profili, la scelta espositiva è stata quindi nel senso di un'illustrazione dei principali aspetti normativi di origine comunitaria e nazionale, accompagnata dalle più significative indicazioni della prassi ispettiva, cercando sempre di conservare un approccio pratico e concreto.

2 Il perimetro applicativo della normativa comunitaria. L'elemento oggettivo

La disciplina nazionale sul distacco, regolata dal d.lgs. 136/16, trova applicazione a fronte della contemporanea presenza di due elementi: uno di tipo oggettivo e l'altro di natura soggettiva.

Il primo dei due sussiste nel caso in cui personale dipendente di un'impresa straniera, stabilmente operante in uno SM dell'UE, sia inviato in Italia per eseguire una prestazione di servizi. Quest'ultima può consistere nella fornitura professionale di manodopera (se l'impresa distaccante è un'agenzia per il lavoro), nel trasporto di persone o merci per conto terzi all'interno di uno SM da parte di un vettore residente in un altro SM, ovvero nell'invio di lavoratori presso un'unità produttiva in Italia della distaccante o presso un'impresa in Italia appartenente al medesimo gruppo della distaccante (c.d. 'distacco infragruppo'). A qualificare la presenza temporanea di un lavoratore presso un altro SM è, quindi, l'esecuzione di una prestazione di servizi, ovvero sia l'attività lavorativa funzionale alla realizzazione di un'opera o di un servizio a vantaggio del committente stabilmente operante in Italia. A riguardo, occorre precisare che la declinazione comunitaria della locuzione «prestazione di servizi» non va ristretta alla sola fattispecie dell'appalto, disciplinata dagli artt. 1655 ss. c.c., riferendosi viceversa alle «diverse tipologie contrattuali disciplinate nel nostro ordinamento, tra le quali quelle relative alla filiera degli appalti e subappalti, nonché ulteriori accordi 'commerciali' aventi ad oggetto lo scambio di servizi tra imprese stabilite in diversi Paesi, anche appartenenti al medesimo gruppo, o tra filia-

li della medesima impresa distaccante» (nota Ispettorato Nazionale del Lavoro, di seguito INL, prot. nr. 4833/2017). Peraltro, l'unità produttiva è tale se dotata di

un minimo di organizzazione di mezzi e/o di persone, in forza della quale l'impresa stessa vada ad esercitare e/o gestisca un'attività di natura economica in Italia e costituisca, quindi, un centro di imputazione di rapporti e situazioni giuridiche riferibili al soggetto straniero, anche se per un periodo temporalmente definito. (nota INL, prot. nr. 4833/2017)

In buona sostanza, per potersi definire tale, la propaggine in Italia di un'impresa straniera deve disporre tanto di una struttura materiale quanto di una capacità organizzativa e produttiva.

A livello pratico, l'esposta precisazione di prassi implica un accertamento di vigilanza lavoristica esteso alla complessiva operazione economica realizzata e alla totalità dei contratti sottoscritti dalle parti che siano risultati propedeutici e funzionali, anche in maniera indiretta, all'esecuzione di una prestazione di servizi resa a beneficio del committente operante stabilmente in Italia o di una sua unità produttiva.

Nel contesto descritto appare chiaro che se l'invio di lavoratori in Italia avviene in occasione di eventi fieristici o congressuali, mostre e manifestazioni commerciali, in carenza del requisito oggettivo della prestazione di servizi - perché manca il terzo committente che beneficia dell'attività lavorativa posta in essere dal lavoratore straniero presente nel nostro Paese - non troverà applicazione la disciplina di settore, a meno che il dipendente straniero non sia in Italia per occuparsi del montaggio e/o smontaggio dello stand (cf. Allegato I d.lgs. 136/16) in favore di un committente stabilmente operante in Italia: esemplificando, qualora un espositore turco invii propri dipendenti in occasione di un evento fieristico di cosmesi per illustrare le caratteristiche dei prodotti che commercializza, non vi sarà alcun distacco, pur essendo stati detti dipendenti inviati in Italia; al contrario, qualora l'espositore turco affidi ad un imprenditore stabilmente operante in Italia l'allestimento dello stand e l'appaltatore italiano si avvalga di un lavoratore bulgaro somministratogli da un'agenzia per il lavoro polacca, la prestazione di servizi resa dall'impresa polacca sarà assoggettata alla disciplina in argomento.

Sempre con riferimento all'elemento oggettivo, la disciplina del trasporto su strada, anche attuato mediante somministrazione transnazionale di autisti ovvero in esecuzione di operazioni di cabotaggio terrestre all'interno di un trasporto internazionale, presenta diverse aporie interpretative, posto che il d.lgs. 136/16 si applica «anche» al cabotaggio (cf. art. 1, co. 4), disciplinato dal regolamento (CE) nr. 1072/2009, riferito all'accesso al mercato internazionale del trasporto di merci su strada (considerando 17) e dal Capo V del regola-

mento (CE) nr. 1073/2009, avente ad oggetto l'omologo trasporto di passeggeri effettuato con autobus (considerando 11). In particolare, è possibile effettuare l'attività di cabotaggio - ovverosia di carico/scarico merci o imbarco/sbarco passeggeri -, transitando in un Paese ospitante, a patto che nei complessivi 7 giorni siano state compiute al massimo 3 operazioni di carico e/o scarico. Pertanto, l'ingresso in Italia è consentito se il veicolo con merce abbia effettuato l'ultimo scarico entro 7 giorni dallo scarico integrale delle merci in Italia nell'ambito di un trasporto internazionale. Viceversa, se il veicolo transita vuoto nel nostro Paese, potrà compiere una sola operazione di cabotaggio entro 3 giorni decorrenti dall'ingresso e ferma restando l'osservanza del limite di 7 giorni dallo scarico di merci integralmente compiuto in un altro Stato membro (circolare INL nr. 1/2017). In ogni caso, non costituiscono fattispecie di distacco tanto il semplice transito in Italia sprovvisto di carico/scarico merci o imbarco/sbarco passeggeri, quanto il breve passaggio nel nostro territorio all'interno di uno stesso trasporto internazionale, posto che se nel primo caso manca l'elemento oggettivo nel secondo l'imposizione degli oneri gravanti sui datori di lavoro distaccanti troverebbe una debole giustificazione in ragione dell'esiguo periodo di passaggio nel territorio nazionale.

L'estrema complessità della materia ha indotto il vertice di vigilanza ispettiva ad una prudente applicazione della normativa, soprattutto alla luce delle revisione della regolamentazione di settore stabilita dalla direttiva (UE) 2018/957, il cui art. 3, paragrafo 3, prevede che

La presente direttiva si applica al settore del trasporto su strada a decorrere dalla data di applicazione di un atto legislativo che modifica la direttiva 2006/22/CE per quanto riguarda le prescrizioni di applicazione e stabilisce norme specifiche in relazione alla direttiva 96/71/CE e alla direttiva 2014/67/UE per il distacco dei conducenti nel settore dei trasporti su strada.

Peraltro, proprio l'applicabilità delle nuove disposizioni contenute nella direttiva (UE) 2018/957 al settore dei trasporti è oggetto di due ricorsi, C-620/18 e C-626/18, rispettivamente presentati dall'Ungheria e dalla Repubblica di Polonia, sui quali dovrà pronunciarsi la CGUE.

Altresì, la recente direttiva è intervenuta sulla fattispecie del cosiddetto 'distacco a catena', emendando l'art. 1, par. 3, direttiva 96/71/CE e prevedendo che

Nel caso in cui un lavoratore, che sia stato fornito da una impresa di lavoro temporaneo o da una impresa che effettua cessioni temporanee presso un'impresa utilizzatrice [...] sia chiamato, dall'impresa utilizzatrice, a svolgere un lavoro nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale [...] nel territorio di uno Stato

membro diverso da quello in cui il lavoratore abitualmente lavora per l'impresa di lavoro temporaneo o per l'impresa che effettua cessioni temporanee, oppure l'impresa utilizzatrice, il lavoratore è considerato distaccato nel territorio di tale Stato membro dall'impresa di lavoro temporaneo o dall'impresa che effettua la fornitura con la quale sussiste un rapporto di lavoro.

Esemplificando, se un lavoratore polacco è dipendente di un'agenzia per il lavoro rumena che lo invia in Italia presso un utilizzatore il quale, a sua volta, dovendo eseguire una prestazione di servizi, lo distacca in Francia, il doppio invio (Romania-Italia-Francia) implica la presunzione di distacco del lavoratore polacco direttamente dalla Romania verso la Francia. Stante il dettato normativo, la fattispecie dovrebbe trovare applicazione anche ove agenzia per il lavoro e utilizzatore operino stabilmente nel medesimo SM (seguendo l'esempio, siano entrambe in Romania oppure in Italia), rilevando l'effetto giuridico di protezione del lavoratore distaccato che la fonte comunitaria intende realizzare. In ragione di ciò, il diritto europeo prescrive che l'impresa utilizzatrice che esegue la prestazione di servizi informi a tempo debito l'agenzia per il lavoro delle condizioni di lavoro e di occupazione applicate nel Paese di ultimo invio del lavoratore, affinché possa adeguarvisi. La *ratio* della disposizione mira ad evitare e/o almeno contrastare pratiche abusive, elusive o fraudolente, volte a lucrare sul differenziale retributivo da corrispondere al lavoratore che potrebbe esser realizzato, nell'esempio citato poc'anzi, ove il lavoratore polacco non fosse considerato inviato *ex se* in Francia dalla propria impresa rumena, potendo quest'ultima corrispondergli i trattamenti retributivi previsti in Italia in luogo di quelli, superiori, applicati in Francia.

È tuttavia indubbio che la declinazione concreta di tale previsione sia foriera di non secondarie incertezze applicative, dovendo innanzitutto esser chiarito quale SM possa prevedere l'obbligo informativo in parola: l'ordinamento di stabilimento dell'impresa interinale, quello di ricezione finale del lavoratore o quello intermedio? Al contempo, occorrerà anche delimitare i termini e le modalità di adempimento di tale obbligo informativo, posto che anche la nuova direttiva lascia impregiudicata la libera prestazione di servizi, provando, semmai, a raggiungere un equilibrio tra questa e la tutela dei diritti dei lavoratori distaccati (considerando 1 e 4).

A mente della nuova fonte giuridica europea, infine, le agenzie per il lavoro distaccanti propri dipendenti in un altro SM devono assicurare ai predetti le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili, ai sensi dell'art. 5, direttiva 2008/10/CE, ai dipendenti di agenzia interinali stabilite nell'ordinamento in cui i lavoratori sono inviati. In buona sostanza, la provenienza di un lavoratore somministrato da un Paese diverso da quello in cui opera l'impresa che lo utilizzerà non

può privarlo del trattamento economico e normativo che avrebbe ricevuto se la fornitura di manodopera fosse stata di tipo nazionale. A riguardo, l'utilizzatore di uno SM diverso da quello da cui opera stabilmente il lavoratore interinale deve informare l'impresa interinale distaccante delle condizioni normative e retributive garantite ai lavoratori somministrati nel proprio Paese, perché il distaccante possa adeguarvisi.

A livello di prassi, nelle proprie linee guida l'INL ha chiarito che la previa autorizzazione, nello SM di origine, all'esercizio dell'attività di fornitura di manodopera esonera l'impresa distaccante dalla richiesta del relativo provvedimento nel nostro ordinamento, in ragione del reciproco riconoscimento degli atti e/o provvedimenti emanati dalle autorità dei rispettivi Paesi europei. Peraltro, se lo SM di origine non prevede un'autorizzazione per l'espletamento di tale attività, non è contestabile, per ciò stesso, alcun esercizio abusivo dell'attività di somministrazione in caso di invio in Italia di un lavoratore interinale.

In attesa di ulteriori indicazioni dovute al recepimento in Italia della recente direttiva, una somministrazione transnazionale implica che l'attenzione del personale di vigilanza debba concentrarsi sulla temporaneità del distacco, avendo altresì cura di verificare l'eventuale passaggio di uno o più lavoratori tra più agenzie interinali straniere, le modalità di ingaggio dei dipendenti, la prestazione svolta nel Paese di stabilimento e relativa tempistica del distacco rispetto all'assunzione, l'entità della retribuzione e il suo pagamento, l'eventuale pregressa permanenza in Italia dei lavoratori interinali in qualità di ex dipendenti di altre imprese operanti in Italia e l'eventuale residenza in Italia di tali lavoratori, i possibili previ rapporti di lavoro instaurati con altre imprese utilizzatrici e percezione di prestazioni erogate dall'INPS e, non da ultimo, l'eventuale precedente rapporto di lavoro con l'utilizzatrice italiana, risoltosi con un loro licenziamento. In buona sostanza, le indicazioni dell'INL mirano alla raccolta di tutti gli elementi utili per avere contezza dell'operazione economica posta in essere, indagando gli eventuali pregressi rapporti dei lavoratori somministrati con precedenti imprese italiane - a valere quale indizio di una stabile presenza dei medesimi nel nostro Paese, nei fatti simulando il distacco, ovvero con la medesima utilizzatrice beneficiaria della prestazione di servizi, al fine di smascherarne operazioni fraudolente. Per far ciò, gli ispettori del lavoro devono acquisire ed esaminare la documentazione attestante l'esistenza dell'agenzia interinale nello SM riferita alla forza lavoro impiegata nel Paese di provenienza, oltre alla documentazione fiscale e a quanto risulti funzionale per acclearare la rilevanza dell'attività dell'agenzia, soprattutto in relazione al fatturato derivante dalla somministrazione.

Verificata la natura non fraudolenta della somministrazione, ne va accertata l'esecuzione in ossequio alla disciplina nazionale di settore, che prescrive che ai lavoratori interinali sia assicurato un trattamento

normativo ed economico complessivamente non inferiore a quanto indirizzato ai dipendenti dell'utilizzatore. Pertanto, occorre comparare il CCNL applicato dall'agenzia interinale con quello applicato dall'utilizzatore italiano, attraverso un apprezzamento il cui esito finale deve esser positivo in termini di sostanziale parità di trattamento prescritta dal diritto positivo italiano e fermo restando che il committente stabilmente operante in Italia è responsabile in solido se l'agenzia di lavoro straniera non assolve ai propri obblighi retributivi e contributivi verso i lavoratori distaccati in Italia (art. 35, commi 1 e 2, d.lgs. 81/15).

2.1 L'elemento soggettivo

In relazione all'elemento soggettivo, è distaccato il lavoratore «abituale occupato in un altro Stato membro che, per un periodo limitato, predeterminato o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo, svolge il proprio lavoro in Italia» (art. 2, co. 1, d.lgs. 136/16): tale definizione esalta due presupposti applicativi, consistenti nella preesistenza del rapporto di lavoro tra chi invia (impresa) e chi è inviato (lavoratore), e nella limitata permanenza del lavoratore nello SM straniero. In merito alla durata del distacco, la direttiva (UE) 2018/957, inserendo il paragrafo *1bis* dell'art. 3, direttiva 96/71/CE, ha previsto che

Qualora la durata effettiva di un distacco superi i 12 mesi, gli Stati membri provvedono affinché, indipendentemente dalla normativa applicabile al rapporto di lavoro, le imprese [...] garantiscano, sulla base della parità di trattamento, ai lavoratori che sono distaccati nel loro territorio oltre alle condizioni di lavoro e di occupazione [...] tutte le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro,

stabilendo altresì l'estensione del distacco a 18 mesi a fronte di una notifica motivata allo SM ospitante il lavoratore comunitario. Sotto il profilo interpretativo, occorrerà verificare sia se nella durata complessiva del distacco di un lavoratore è imputabile anche l'eventuale periodo dal medesimo trascorso nello SM prima dell'entrata in vigore della nuova regola, sia se la permanenza massima consentita all'estero possa non risentire di brevi interruzioni, quali riposi settimanali o ferie.

Nelle linee guida l'INL ha richiesto al personale di vigilanza di acclearare la regolarità amministrativa, documentale e lavoristica del distacco, nonché il rispetto delle condizioni di lavoro e di occupazione e l'autenticità del distacco. La prima delle circostanze fattuali esposte (sulle restanti due, cf. *infra*) emerge dalla verifica dell'avvenuto assolvimento degli obblighi comunicativi sanciti dal d.lgs. 136/16, dell'esistenza e sottoscrizione del contratto di lavoro, del ri-

lascio del documento A1, dell'orario di lavoro svolto dal lavoratore, dell'elaborazione dei prospetti di paga e del pagamento delle retribuzioni, nonché dell'avvenuta effettuazione della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro nel Paese di origine, se prevista.

Infine, non troverà applicazione la disciplina sul distacco relativa alla sola durata minima delle ferie annuali retribuite e al trattamento retributivo minimo, comprensivo delle maggiorazioni per lavoro straordinario, nelle fattispecie di lavori di assemblaggio iniziale o prima installazione di un bene, previsti dal contratto di fornitura e indispensabili per mettere in funzione il medesimo bene, a condizione che tali lavori siano eseguiti da manodopera qualificata dell'impresa fornitrice e non superino gli 8 giorni, salvo che tali prestazioni non rientrino tra quelle edili di cui all'Allegato I del medesimo d.lgs. 136/16.

3 La fattispecie lecita. Gli obblighi del distaccante

In chiave espositiva, è opportuno illustrare l'ipotesi di un distacco lecito, al fine di individuare i principali obblighi gravanti sull'impresa che invia i propri dipendenti in Italia. A tal proposito, rileva innanzitutto la comunicazione preventiva di distacco (art. 10, co. 2, d.lgs. 136/16; decreto ministeriale 10 agosto 2016), che va effettuata, da parte delle imprese, entro le 24 ore precedenti l'inizio del distacco, comunicando i propri dati identificativi, numero e generalità dei lavoratori distaccati, data di inizio, di fine e durata del distacco, luogo di svolgimento della prestazione di servizi, dati identificativi del soggetto distaccatario, tipologia di servizi, generalità del domicilio eletto del referente nei rapporti con il personale ispettivo, generalità del referente con poteri di rappresentanza nei rapporti con le parti sociali ed estremi del provvedimento autorizzante l'esercizio dell'attività di somministrazione, ove previsto nello SM di origine.

Nel settore specifico del trasporto su strada,

la comunicazione preventiva di distacco: a) ha durata trimestrale e, durante questo periodo, copre tutte le operazioni di trasporto effettuate dal conducente distaccato in territorio italiano per conto della stessa impresa di autotrasporto indicata nella medesima comunicazione; b) in aggiunta alle informazioni di cui al comma 1, deve indicare in lingua italiana anche la paga oraria lorda in euro del conducente distaccato e le modalità di rimborso delle spese di viaggio, di vitto e di alloggio da questo sostenute. 1 ter. Una copia della comunicazione preventiva di distacco comunicata al Ministero del lavoro e delle politiche sociali ai sensi del comma 1 deve essere tenuta a bordo del veicolo ed essere esibita agli organi di polizia stradale, di cui all'articolo 12 del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, in

caso di controllo su strada; un'altra copia della medesima comunicazione deve essere conservata dal referente designato dall'impresa estera distaccante ai sensi del comma 3, lettera b). 1 quater. In occasione di un controllo su strada, gli organi di polizia stradale, di cui all'articolo 12 del codice di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, verificano la presenza a bordo del mezzo della documentazione seguente, in lingua italiana: a) contratto di lavoro o altro documento contenente le informazioni di cui agli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152; b) prospetti di paga giusta. (co. 1bis dell'art.10, d.lgs. 136/16, inserito dall'art. 4 bis, co. 1, lett. a, del decreto-legge 50/2017, convertito dalla Legge nr. 96/2017)

La comunicazione preventiva può riguardare più lavoratori inviati in luoghi e/o periodi differenti, va effettuata previo accreditamento del datore di lavoro straniero sul portale istituzionale del Ministero del Lavoro, e può essere annullata o variata: nel primo caso, sono cancellati i dati essenziali (codice identificativo e lo Stato di stabilimento del prestatore di servizi, codice fiscale del distaccatario e codice identificativo, lo Stato di nascita e la cittadinanza del lavoratore distaccato) in favore di una loro nuova comunicazione, da effettuare entro le ore 24 precedenti l'invio del lavoratore; nel secondo si tratterà di elementi conoscitivi non essenziali (durata del distacco, luogo di svolgimento della prestazione, tipologia dei servizi, generalità e domicilio eletto del referente nei rapporti con il personale ispettivo, generalità del referente nei rapporti con i rappresentanti sindacali ed estremi del provvedimento di autorizzazione alla somministrazione), da comunicare entro le ore 24 del 5° giorno successivo alla data in cui si è verificato l'evento relativo alla loro modifica. L'omissione di tale obbligo si realizza, a giudizio dell'orientamento di prassi, sia quando manchi detta comunicazione, sia quando quest'ultima non sia stata annullata e/o variata entro il termine previsto. Infine, è sempre consentita l'adozione della diffida di cui all'art. 13, d.lgs. 124/04.

Altresì, l'impresa distaccante deve nominare il referente aziendale (art. 10, co. 2, d.lgs. 136/16; decreto ministeriale 10 agosto 2016) per mantenere i contatti con gli ispettori del lavoro, consegnando i documenti e ricevendo la notifica degli atti. Nella comunicazione obbligatoria, l'impresa distaccante deve precisare generalità e domicilio eletto in Italia del proprio referente, che può essere

qualsiasi persona fisica, elettivamente domiciliata in Italia, che sia indifferentemente un lavoratore dell'impresa distaccante, ma anche una persona esterna all'azienda stessa o una persona di fiducia del distaccante, il soggetto distaccatario, ovvero ancora un consulente del lavoro o altro professionista. Il domicilio eletto può coincidere anche con la sede dell'azienda di cui il soggetto fa par-

te. [...] Laddove invece in luogo di una persona fisica sia individuata una società, l'incarico deve intendersi attribuito al rappresentante legale della stessa (Vademecum INL),

e non è mai responsabile in solido di eventuali sanzioni irrogate all'impresa distaccante.

Non meno importante è l'obbligo di esibizione e conservazione della documentazione di lavoro (art. 10, co. 3, d.lgs. 136/16), che va esibita in originale e nella traduzione in lingua italiana già all'atto dell'accesso ispettivo (FAQ INL), per l'intera durata del distacco e fino a 2 anni dalla sua cessazione. Tale documentazione è riferita all'instaurazione del rapporto di lavoro, al contratto di lavoro, ai prospetti paga e alla prova del pagamento delle retribuzioni, ai prospetti sull'orario di lavoro ed al documento A1, che individua la legge previdenziale applicabile al lavoratore distaccato. L'INL ritiene sanzionabile tanto la mancata esibizione di detta documentazione quanto la sua consegna non accompagnata dalla traduzione in italiano. Anche in questo caso, è possibile diffidare i contegni datoriali.

4 La normativa applicabile al lavoratore distaccato

Sempre in ipotesi di distacco lecito, a mente dell'art. 4, co. 1, d.lgs. 136/16, al lavoratore straniero inviato in Italia vanno assicurate, per l'intera durata del distacco e a parità di prestazioni svolte rispetto ai dipendenti del committente, le condizioni di lavoro e di occupazione previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero dalla contrattazione collettiva di applicazione generale o altrimenti applicabile, relative a: durata dell'orario lavorativo e dei riposi, ferie annuali retribuite, trattamenti retributivi minimi, salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e temporanea cessione dei lavoratori, parità di trattamento di genere e tutela delle lavoratrici gestanti o madri o dei bambini e giovani. Nell'ordinamento giuridico nazionale, sprovvisto com'è noto di contratti collettivi applicabili alla totalità dei lavoratori a prescindere dalla loro eventuale affiliazione ad organizzazioni sindacali o datoriali (c.d. contrattazione collettiva *erga omnes*), l'aggancio normativo va individuato nell'art. 51, d.lgs. 81/15, riferito agli accordi privati stipulati dalle compagini sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

La prassi amministrativa, con la circolare INL nr. 1/2017, l'interpello Ministero del Lavoro nr. 33/2010 e da ultimo con le linee guida INL, ha elencato le attribuzioni economiche lorde da riconoscere ai lavoratori inviati in Italia, comprendendovi la paga base, l'elemento distinto della retribuzione, l'indennità per anzianità di servizio, i superminimi, le maggiorazioni per lavoro straordinario, notturno e festivo, l'indennità di distacco e di trasferta. L'obiettivo è la realiz-

zazione di una complessiva e sostanziale parità di trattamento retributivo tra il lavoratore straniero e quello stabilmente operante nel nostro Paese a parità di mansioni svolte, dovendo pertanto il personale di vigilanza comparare - in relazione al CCNL dell'utilizzatrice italiana in caso di somministrazione, ovvero al CCNL applicabile alla prestazione di servizi, in caso di appalto - l'equivalenza lorda degli emolumenti indirizzati ai diversi lavoratori, prescindendo dall'omogeneità e/o identità delle singole voci retributive, per esempio a titolo di maggiorazione per straordinario o di indennità di turno.

L'esame dell'equivalenza retributiva prescritta dall'INL, pur andando oltre la lettura della disposizione comunitaria che si riferisce ai meri trattamenti retributivi minimi, si dimostra, tuttavia, in linea, con le previsioni della recente direttiva (UE) 2018/957. Quest'ultima ha introdotto l'ampio concetto di «retribuzione», comprendendovi le maggiorazioni per lavoro straordinario e inserendo le condizioni di alloggio dei lavoratori distaccati in luogo diverso dalla loro abituale sede di lavoro, quando a ciò provveda il datore di lavoro, nonché l'indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori distaccati. A riguardo, occorre precisare che le indennità o il rimborso si riferiscono agli esborsi effettivamente sostenuti dai lavoratori per raggiungere, o dal medesimo farvi ritorno, un luogo di lavoro differente da quello abituale. Altresì, ciascuno SM determina il contenuto della retribuzione in conformità alla normativa e/o prassi nazionale e, in caso di dubbio sulla loro natura, le indennità e/o rimborso per le spese di viaggio, vitto e alloggio, vengono considerate quale rimborso spese (art. 1, par. 2, e considerando 18 e 20, direttiva (UE) 2018/957).

Il diritto positivo italiano prevede, infine, la responsabilità solidale del committente stabilmente operante in Italia per i trattamenti retributivi da corrispondere ai lavoratori distaccati, in base ad una serie di disposizioni: innanzitutto, rileva, l'art. 1676 c.c., che permette ai dipendenti di datori di lavoro stranieri di rivolgersi al committente italiano per il pagamento di quanto dovuto fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore; altresì, a mente dell'art. 29, co. 2, d.lgs. 276/03, il committente o datore di lavoro è vincolato in solido con l'appaltatore/datore di lavoro, e con gli eventuali subappaltatori, per le retribuzioni e i contributi dovuti ai lavoratori impiegati in esecuzione delle prestazioni negoziali, entro due anni dalla cessazione dell'appalto e/o subappalto; del pari, l'art. 83bis, commi da 4bis a 4sexies, Decreto Legge nr. 112/2008, convertito dalla Legge nr. 133/2008, contempla il vincolo solidale del committente nel caso di trasporto terrestre, dovendo l'impresa distaccataria italiana acquisire

un'attestazione rilasciata dagli enti previdenziali del Paese di provenienza, di data non anteriore a tre mesi, dalla quale risulti che l'azienda è in regola con il versamento dei contributi assicurativi e previdenziali (documento equivalente al DURC),

se vuole evitare il vincolo solidale, come precisato dalla circolare INL nr. 1/2017; infine, se la prestazione di servizi consiste in una fornitura professionale di manodopera, l'art. 35, co. 2, d.lgs. 81/15, prevede il vincolo solidale dell'utilizzatore rispetto al trattamento retributivo e contributivo da corrispondere ai lavoratori somministrati. L'attuazione pratica dei principi normativi esposti si traduce, secondo l'INL, nell'adottabilità della diffida accertativa di cui all'art. 12, d.lgs. 124/04, per i crediti retributivi del lavoratore distaccato, al fine di invitare direttamente il datore di lavoro straniero a saldare i propri debiti con il lavoratore creditore, notiziandone il committente italiano, affinché quest'ultimo vi provveda direttamente, scomputando dal corrispettivo maturando dal prestatore di servizi straniero quanto pagato al di lui dipendente.

5 La non autenticità del distacco e le sue conseguenze

L'attenzione maggiore del legislatore e della prassi ispettiva, com'è intuibile, si concentra sulle fattispecie di distacco illecito: in proposito, occorre innanzitutto porre in rilievo come, in modo molto opportuno, il diritto positivo, tanto comunitario quanto nazionale, si sia astenuto dal predisporre una disciplina di dettaglio delle prassi commerciali illecite, e ciò sia perché la realtà socioeconomica è sempre più ampia, elaborata e fantasiosa del diritto, frustrandone la vocazione regolativa onnicomprensiva, sia in quanto, al netto di ipotesi *icto oculi* illecite, la non conformità alla legge è spesso il risultato della combinazione di singole fattispecie lecite. In particolare, abuso, elusione e frode costituiscono i modi d'essere delle pratiche commerciali non genuine di un distacco comunitario, ove il concetto di pratiche commerciali va utilizzato in senso estensivo, dovendo esser analizzati ed esaminati sia i singoli contratti sottoscritti e/o conclusi dai soggetti imprenditoriali coinvolti, sia il complessivo esito che ne emerge. Appare pertanto più efficace individuare, a livello normativo, gli indici sintomatici della non genuinità dell'operazione posta in essere, oggetto di accertamento da parte del personale ispettivo.

Le spie rilevatrici di un possibile distacco illecito considerati dall'art. 3, co. 1, d.lgs. 136/16, mirano ad accertare dove si trova la sede legale/amministrativa del distaccante e dov'è registrata presso la Camera di commercio (se previsto dalla legislazione dello SM straniero), dove è stato assunto e dove sarà distaccato il lavoratore, la normativa che regola i rapporti commerciali dell'impresa distaccante e quella riferita al rapporto con il lavoratore distaccato, dove il distaccante svolge in concreto la propria principale attività economica e occupa i propri dipendenti amministrativi, quanti contratti commerciali sono stati eseguiti nello SM di stabilimento o il fatturato della distaccante e infine ogni ulteriore elemento uti-

le a tale scopo. In buona sostanza, poiché per aversi distacco genuino occorre, innanzitutto che un datore di lavoro straniero effettivamente esista, l'indagine ispettiva deve concentrarsi sul riscontro materiale, giuridico ed economico di tale soggetto, verificando che l'imprenditore straniero sia dotato di un'organizzazione produttiva, organizzativa, amministrativa, economica e logistica, nello SM di stabilimento, e non sia piuttosto una c.d. *letterbox company*, ovvero sia un'impresa nei fatti inesistente perché dotata di un mero indirizzo postale, appunto, e svolgente come esclusiva attività la fornitura non consentita di manodopera - perché a ciò non autorizzata - in un altro Paese dell'UE.

Acclarata l'esistenza o meno del soggetto distaccante, occorre altresì porre attenzione sul soggetto distaccato, ovvero sia il lavoratore; a tal proposito, l'art. 3, co. 2, d.lgs. 136/16, elenca gli elementi fattuali da considerare complessivamente nella valutazione del caso di specie e quindi cosa deve fare il lavoratore distaccato in Italia e secondo quali modalità, quanto è pagato, cosa fa abitualmente nello SM da cui è stato inviato, quanto tempo rimarrà a lavorare in Italia, da quando vi è arrivato e quando è previsto che ritorni nel Paese di provenienza, se e in quale misura le spese di viaggio, vitto, alloggio per l'attività lavorativa da prestare in Italia siano state imputate direttamente al distaccante, ovvero come è previsto il loro rimborso e pagamento al lavoratore che le ha sostenute, la precedente permanenza del lavoratore in Italia per svolgere la stessa attività lavorativa o la sostituzione in Italia di un precedente lavoratore, l'emissione del documento A1, e, ovviamente, ogni altro elemento utile. Anche per il prestatore di lavoro inviato in Italia, dunque, l'accertamento di conformità al dettato legislativo si compone della raccolta di informazioni volte a conoscere se effettivamente il medesimo lavori in modo stabile all'estero e sia giunto in Italia per un breve periodo per svolgere una prestazione eseguita in via abituale nel Paese di origine, scongiurando l'ipotesi di un distacco formale in Italia di un lavoratore già ivi domiciliato, ovvero dell'invio di un dipendente straniero per svolgere nel nostro Paese un'attività lavorativa del tutto differente rispetto a quanto eseguito nello SM di provenienza.

Esemplificando: se un'impresa polacca distacca in Italia un proprio lavoratore bulgaro per eseguire lavori di installazione di materiale idraulico, l'indagine compiuta dal personale di vigilanza ispettiva deve riguardare tanto l'esistenza del datore di lavoro polacco, verificando sia che in Polonia tale distaccante eserciti effettivamente (anche) l'attività imprenditoriale per la quale distacca in Italia un proprio dipendente, con quale organico e fatturato, sia che il lavoratore viva e lavori in modo effettivo e stabile in Polonia, svolgendo le medesime attività che verrebbe a svolgere in Italia.

L'INL ha esemplificato, nella circolare nr. 1/2017, alcune possibili circostanze fattuali degne di particolare attenzione ispettiva: in-

nanzitutto, ha ipotizzato che l'impresa distaccante sia una società fittizia, poiché non esercita alcuna attività nello SM di provenienza, o perché tale attività imprenditoriale, nei fatti, è irrilevante; altresì, può capitare che l'impresa distaccante eserciti un'attività imprenditoriale in modo stabile nel proprio Paese, benché tale attività si traduca, all'atto pratico, nella somministrazione di personale, non essendovi tuttavia autorizzata. In proposito occorre precisare che, per quanto non in tutti gli ordinamenti giuridici europei sia prevista un'esplicita autorizzazione all'esercizio dell'attività di somministrazione di manodopera qualificata, nondimeno dall'accertamento ispettivo può emergere, per esempio, che il contratto sottoscritto con il committente italiano non riguardi la realizzazione di una parte strutturale di un ponte, bensì si limiti a fornire personale diretto e coordinato dal committente italiano. In altre parole, l'esercizio dell'attività di somministrazione di manodopera, per quanto non autorizzato in base all'ordinamento di uno SM straniero, nondimeno implica un'organizzazione amministrativa, contabile e finanziaria non irrilevante che consenta di ritenere tale attività svolta in modo professionale e non soltanto alla bisogna.

Sempre in base alle indicazioni di prassi amministrativa, un'ulteriore circostanza meritevole di ponderata valutazione si concreta se il lavoratore distaccato, benché assunto da un'impresa straniera, vive e lavora in Italia, nei fatti facendo venire meno il requisito dell'internazionalità, posto che per aversi distacco è necessaria la previa esistenza di un rapporto di lavoro tra il lavoratore e il datore di lavoro straniero. Infine, l'INL ha ipotizzato che il dipendente di un imprenditore straniero, dopo aver svolto la prestazione lavorativa in Italia, vi resti per continuare a lavorare sotto la direzione e il coordinamento del committente italiano, nei fatti frustrando il presupposto della necessaria esistenza di un interesse - se non produttivo, quantomeno imprenditoriale - del datore di lavoro distaccante, interesse che si manifesta nell'esercizio del potere datoriale sui lavoratori distaccati.

In base alle linee guida diramate dall'INL, l'accertamento ispettivo deve riguardare tanto l'attività esercitata dall'imprenditore straniero quanto l'effettività dell'invio di un lavoratore straniero nel nostro ordinamento. Per quanto concerne la prima, per acclarare l'esistenza di un'impresa straniera e l'esercizio reale e concreto, da parte sua, di un'attività professionale nello SM di provenienza, la richiesta documentale ispettiva dovrà vertere sulla documentazione relativa a:

- iscrizione alla Camera di commercio, o suo equivalente, del Paese di provenienza;
- sedi operative ed attività effettuata nello SM;
- dichiarazioni fiscali e fatturato complessivo dichiarato nel Paese di stabilimento;
- forza lavoro occupata nel Paese di origine, luogo di sua assunzione e di invio dei lavoratori distaccati;

- documento A1, in relazione al quale l'INL ha chiarito che per quanto un suo eventuale mancato rilascio volga nel senso di un illecito invio del lavoratore in Italia, l'ipotesi inversa, ovvero sia l'emanazione di detto documento non costituisce, di per sé, garanzia sulla genuinità dell'operazione posta in essere, dovendo in realtà esser accertata nella sostanza, e non soltanto nella forma, la legittimità di quanto compiuto.

La riportata documentazione può esser acquisita dal personale ispettivo attraverso formale richiesta contenuta nel verbale di primo accesso sul luogo di lavoro, indirizzato all'impresa straniera e notificato al referente di quest'ultima. Tuttavia, poiché il diritto positivo non ha esplicitato l'obbligo di presenza del referente dell'impresa distaccante al momento dell'accesso ispettivo, la consegna del verbale di richiesta documentale può esser notificata al domicilio del referente eletto in Italia. In mancanza di indicazione del referente e/o di esibizione della documentazione richiesta, salva l'applicazione delle sanzioni amministrative previste, il personale ispettivo può acquisire i documenti di cui ha bisogno attraverso una procedura di cooperazione amministrativa attuata tramite il sistema di *Internal Market Information* (IMI). Attraverso tale sistema, ciascuno SM è tenuto a rispondere nel più breve tempo possibile e in ogni caso al massimo entro 25 giorni lavorativi dalla richiesta, alle istanze documentali avanzate dagli ispettori del lavoro del Paese che ospita il lavoratore distaccato, nonché, se richiesti, compiere sopralluoghi e/o ispezioni del lavoro presso la sede legale/operativa dell'impresa straniera nello Stato di stabilimento, al fine di raccogliere tutte le informazioni e/o la documentazione occorrenti per una corretta e completa valutazione dei fatti. In buona sostanza e al netto delle iniziative sul punto adottabili dalla European Labour Authority (ELA, su cui *infra*), gli ispettori del lavoro dello SM dell'impresa distaccante costituiscono il braccio operativo dei loro omologhi nel Paese ricevente i lavoratori, almeno con riferimento all'acquisizione e trasmissione della documentazione e/o della verifica dell'esistenza e dell'esercizio dell'attività produttiva dichiarata dal soggetto imprenditoriale che invia i propri dipendenti in altro SM.

Per quanto attiene all'effettività del distacco, l'indagine ispettiva deve acclarare se il personale inviato abbia da sempre lavorato in Italia, se ivi risieda, eventualmente con i propri familiari, e possieda documenti rilasciati da autorità nazionali (esemplificando: carta di identità, attribuzione di un codice fiscale, rilascio di una tessera sanitaria), se non abbia mai lavorato, o quantomeno prima e dopo il distacco, nel Paese di provenienza e se infine la sua assunzione abbia preceduto, e di quanto, il distacco in Italia, ovvero non sia stata addirittura contestuale. Tali informazioni, afferenti la presenza del lavoratore straniero in Italia, andrebbero acquisite dagli ispettori del

lavoro sentendo i lavoratori; tuttavia, non può esser escluso, in proposito, che questi ultimi abbiano difficoltà a comprendere e/o a parlare la lingua italiana, ovvero sia stato loro ordinato - dal loro datore di lavoro o dal suo referente, o dal medesimo committente italiano - di simulare difficoltà nell'interlocuzione con il personale ispettivo. In tal caso, ricordata per mera ipotesi di scuola l'opportunità, per il personale ispettivo, di disporre di un interprete qualificato ed espressamente incaricato dalla Pubblica Amministrazione, la dichiarazione potrebbe esser acquisita in una lingua neutra, conosciuta dall'ispettore del lavoro e dal lavoratore (esemplificando: inglese, francese, spagnolo, tedesco), avendo tuttavia cura di formulare e scrivere le domande e le risposte direttamente in tale lingua.

Pur concessa, nondimeno, tale ipotesi, la medesima non costituirebbe un elemento probatorio irresistibile, potendo il lavoratore sentito dichiarare, in un secondo momento, di non aver ben compreso il senso della domanda che gli era stata formulata. Assumerebbe pertanto importanza la descrizione analitica, nel verbale di primo accesso ispettivo, della situazione riscontrata all'atto dell'ingresso nel luogo di lavoro, con minuziosa illustrazione delle attività svolte da ciascun lavoratore sentito, dell'abbigliamento da lavoro indossato, degli strumenti di lavoro utilizzati e di ogni ulteriore circostanza utile ai fini della ricostruzione dei fatti. Esemplicando: se ad un lavoratore autonomo polacco è stata subappaltata, da un'impresa rumena, la realizzazione di lavori edili in Italia e, pur con le descritte difficoltà linguistiche, il personale ispettivo riscontra, dandone dettagliata menzione e illustrazione nel verbale di primo accesso ispettivo, che il predetto lavoratore polacco svolge la propria attività avvalendosi di strumenti di lavoro dell'impresa rumena e lavora in squadra con i dipendenti di quest'ultima e tutti detti lavoratori sono diretti e coordinati dal committente italiano, tali circostanze ben potranno, assieme alle evidenze documentali concordanti, fondare la contestazione di un distacco non genuino.

Quanto illustrato permette, altresì, di svolgere un'ulteriore precisazione, esplicitata anche dall'INL nei propri atti di indirizzo dell'agire ispettivo: il fenomeno interpositorio illecito, ovvero sia la fornitura di manodopera comunitaria al di fuori delle ipotesi previste, realizza sempre un distacco non genuino, posto che la prima è espressione e manifestazione dell'altro. Nell'esempio appena compiuto, infatti, la realizzazione di un'opera ha in realtà simulato una mera fornitura di manodopera, posto che l'impresa distaccante si è limitata ad inviare i propri dipendenti, associandovi anche il finto lavoratore autonomo polacco, tutti coordinati e diretti dal committente. Se un'interposizione di manodopera straniera non autorizzata è l'anticamera di un distacco illecito, l'ipotesi inversa non è così scontata, ben potendo la non genuinità del distacco riposare sulla mera carenza dell'elemento di internazionalità e non richiedere l'indagine in ordine alla for-

ma negoziale - prestazione di servizi o somministrazione - conclusa dalle parti. In altri termini, la non conformità dell'invio in Italia di un lavoratore straniero comunitario può derivare dalla circostanza per cui quest'ultimo ha sempre vissuto e lavorato in Italia e non perché il negozio giuridico voluto dalle parti non è ossequioso della legislazione del Paese di invio o di ricezione del lavoratore.

Oltretutto, proprio perché il distacco non genuino può intersecarsi con altri rapporti negoziali intercorsi tra le parti, o addirittura esprimersi attraverso contratti leciti, le linee guida INL hanno fornito un quadro di indagine ispettiva nel caso in cui l'invio di un lavoratore straniero in Italia avvenga, per esempio, all'interno di una prestazione di servizi eseguita in appalto: in proposito, l'invito al personale ispettivo è di valutare l'adeguatezza del corrispettivo dell'appalto rispetto all'oggetto della prestazione, la coerenza tra le prestazioni dedotte nell'appalto e l'attività che di norma esercita l'impresa appaltatrice, l'entità della sua forza lavoro e la sua adeguatezza rispetto alla prestazione da svolgere, la rilevanza dell'attività economica posta in essere dall'appaltatore, l'esistenza di un eventuale vincolo di monocommitenza tra appaltatore straniero e committente italiano, nonché l'eventuale reiterazione delle operazioni commerciali tra gli stessi soggetti imprenditoriali. Ove emerga una o più delle incongruenze individuate dall'INL il personale di vigilanza dovrà pertanto accertare, mediante la ricerca di riscontri documentali e tramite informazioni acquisite dai lavoratori distaccati, la conformità o meno dell'intera operazione realizzata, valutando, come detto, i singoli contratti alla luce della normativa nazionale e il complessivo assetto di interessi posto in essere.

6 Le sanzioni in caso di distacco non genuino

Se l'accertamento ispettivo volge nel senso della contestazione della non autenticità dell'invio del lavoratore in Italia, l'art. 3, co. 5, d.lgs. 136/16, prescrive che il lavoratore sia considerato a tutti gli effetti alle dipendenze del committente italiano: a prima vista potrebbe sembrare, quindi, che il committente italiano debba assumere il lavoratore illecitamente distaccato, corrispondergli la retribuzione e versare i relativi contributi in Italia. Tuttavia, occorre precisare che il distacco comunitario si fonda su due principi tra loro concorrenti: alla stregua del primo, cosiddetto 'di territorialità', alcuni aspetti del rapporto di lavoro del dipendente distaccato sono regolati dalla legge del luogo in cui è inviato in via temporanea; in conformità al secondo, cosiddetto 'di personalità', il lavoratore comunitario può liberamente circolare e lavorare nell'UE, ma la legge pensionistica resterà sempre una, ovverosia quella del Paese di stabilimento. Pertanto, mentre il livello retributivo, e per certi profili normativo, del contratto di lavoro del dipendente distaccato è disciplinato dalla legge di cia-

scun Paese in cui tale lavoratore esegue la sua prestazione, il profilo contributivo è normato soltanto da una legge, quella dello Stato in cui stabilmente lavora. L'esposta dissociazione, che esonera il lavoratore comunitario dal dover ricomporre la propria carriera pensionistica richiedendo a ciascun ente pensionistico dell'ordinamento giuridico in cui ha lavorato l'erogazione del trattamento di sicurezza sociale, seleziona le conseguenze sanzionatorie applicabili in caso di distacco non genuino. In proposito, con la circolare nr. 1/2017 l'INL ha precisato che tale contestazione si traduce nell'applicazione integrale degli istituti e delle tutele minime previste dalla legge o dal CCNL applicato dal committente, ferma restando l'irrogazione delle sanzioni amministrative - aumentate, negli importi, del 20%, giusta art. 1, co. 445, lett. d), Legge nr. 145/18 - per l'omessa comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro al Centro per l'Impiego competente per territorio, nonché l'omessa consegna della dichiarazione di assunzione consegnata al lavoratore, decorrenti in entrambi i casi dal giorno di effettivo distacco non genuino e adottabilità della diffida ad adempiere da parte del personale ispettivo.

Alcun esito sanzionatorio può riguardare i profili contributivi del rapporto di lavoro oggetto di contestazione - e quindi: elaborazione del libro unico del lavoro e del prospetto di paga, elaborazione dei flussi *uniemens* e versamento dei contributi - dovendo in tal caso l'INPS competente per territorio, sulla base dell'imponibile accertato dagli ispettori del lavoro, attivare la - peraltro non semplice - procedura amministrativa di annullamento e/o disconoscimento del documento A1, come prescritto dall'art. 5, regolamento (CE) nr. 987/2009. In buona sostanza, come più volte ripetuto dalla medesima CGUE, soltanto l'autorità amministrativa che ha emesso il documento A1 può ritirarlo e/o annullarlo, sulla base delle evidenze rappresentate dall'ente previdenziale dello SM che ha ricevuto il lavoratore illecitamente distaccato: una parziale eccezione è rappresentata dalla fattispecie del distacco fraudolento, in cui, appunto, l'ente previdenziale straniero non avrebbe dovuto *ab initio* rilasciare il documento A1, che è stato quindi ottenuto attraverso una mendace rappresentazione della realtà da parte dell'impresa distaccante (da ultimo, CGUE 6 febbraio 2018, C-359/16, *Altun*). Tuttavia, anche in caso di distacco fraudolento, la Corte comunitaria ha svolto alcune importanti precisazioni: innanzitutto, che l'estrema gravità della prassi economica adottata non esonera dall'attivazione della procedura amministrativa per il ritiro e/o annullamento del documento A1; altresì, che la sua disapplicazione può esse disposta soltanto al termine di un giudizio, in cui è stato possibile accertare ogni circostanza; infine, che il personale ispettivo non può procedere alla disapplicazione del documento A1, potendo raccogliere gli elementi fattuali relativi ad un distacco in frode alla legge, contestarli in un verbale e informarne l'INPS territorialmente competente per l'attivazione della predetta procedura amministrativa.

In aggiunta a quanto sin qui chiarito dalle fonti di prassi in relazione alle conseguenze sanzionatorie scaturenti dal distacco illecito, le Linee guida INL hanno dedicato particolare attenzione al riscontro di fattispecie illecite nel corso di una verifica sulla regolarità del distacco transnazionale. Innanzitutto, occorre considerare la coesistenza con il distacco non genuino del reato di somministrazione fraudolenta, di cui all'art. 38*bis* del d.lgs. 81/15, allorché l'invio di lavoratori in Italia sia funzionale all'elusione applicativa delle norme di fonte legale e/o negoziale collettiva e l'impresa distaccante risulti fittizia e/o il lavoratore sia impiegato abitualmente in Italia. In tali circostanze, ferme le sanzioni amministrative e l'attivazione della procedura di annullamento del documento A1, il personale di vigilanza dovrà adottare il provvedimento di prescrizione (cf. circolare INL nr. 3/2019), avente ad oggetto la cessazione della condotta antiggiuridica.

Non dissimile da quanto sin qui riportato è la posizione assunta dalle Linee Guida INL con riferimento all'eventuale coesistenza tra le operazioni transnazionali e il caporalato, caratterizzato dalla duplice fattispecie del reclutamento e dell'utilizzo di manodopera tralasciando il vantaggio dallo stato di bisogno dei lavoratori: in particolare, «l'indagine ispettiva andrà condotta secondo le indicazioni della circolare nr. 5/2019, non vertendo più in una ipotesi di distacco transnazionale non autentico». Ciò in quanto, ove il reclutamento di manodopera compiuto dall'impresa straniera avvenga in condizioni di sfruttamento e/o degrado lavorativo, sono del tutto irrilevanti sia il luogo di procacciamento di lavoratori sia la loro nazionalità. In altri termini, ha precisato il predetto documento di prassi, l'antigiuridicità della condotta di caporalato consistente nell'ingaggio di lavoratori sfruttandone lo stato di necessità/bisogno assorbe ogni ulteriore profilo giuridico in ordine all'eventuale presenza di elementi di internazionalità nell'operazione giuridica realizzata.

Altresì, le linee guida INL hanno osservato che nella (pur) residuale ipotesi, da un lato, di assenza totale di documentazione richiesta dall'art. 10, d.lgs. 136/16 e, dall'altro, di riscontrata assenza di un'operazione commerciale tra i soggetti giuridici interessati, è contestabile la fattispecie del lavoro nero, con conseguente irrogazione della cosiddetta 'maxisanzione'. A tal fine, occorrerà distinguere l'esercizio del potere direttivo sui lavoratori distaccati da parte dell'utilizzatore stabilito in Italia, destinatario tanto del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale (sussistendone i presupposti), quanto della cosiddetta 'maxisanzione', dall'ipotesi in cui a dirigere e coordinare il lavoratore è l'impresa straniera ingaggiante, cui andrà contestata la cosiddetta 'maxisanzione' ma non la sospensione dell'attività imprenditoriale, non essendo l'omessa comunicazione di distacco equiparabile alla Comunicazione Obbligatoria di assunzione.

7 Qualche caso di distacco in Italia

I settori produttivi in cui sono stati finora maggiormente segnalati distacchi riguardano le costruzioni (edilizia e affini) e l'autotrasporto merci per conto terzi.

In un primo caso, diversi lavoratori comunitari sono stati somministrati da un'agenzia interinale X, sprovvista tuttavia della relativa autorizzazione alla somministrazione di manodopera, ad un'impresa Y, la quale ha a sua volta inviato in Italia tali lavoratori, in esecuzione di una prestazione di servizi, omettendo l'effettuazione della comunicazione obbligatoria preventiva di distacco e non chiedendo il rilascio del documento A1. Nella fattispecie descritta, quindi, le irregolarità sono consistite tanto nella non autorizzata fornitura di manodopera quanto nell'omessa comunicazione preventiva di distacco e nella mancata richiesta del documento A1.

Altresì, alcuni lavoratori, già dipendenti del committente italiano, sono stati fittiziamente assunti da una società straniera Z per poi risultare distaccati in Italia, pur avendo sempre lavorato e vissuto in Italia, in evidente carenza dell'elemento dell'internazionalità. Un'ipotesi non dissimile è stata riscontrata nel caso di alcuni lavoratori, ex dipendenti del committente italiano, i quali sono risultati assunti da un'impresa straniera T, la quale tuttavia fa capo al medesimo centro di imputazione di interessi, ovvero sia il committente italiano, avendo i lavoratori sempre vissuto e lavorato in Italia e avendo il committente trasferito in modo fittizio la sede legale della propria azienda all'estero ma conservando in Italia il proprio centro di interesse produttivo.

Infine, merita di esser segnalato un caso di 'passaggi' di lavoratori extracomunitari, precedentemente alle dipendenze del committente italiano e successivamente assunti da differenti soggetti giuridici e inviati in Italia con formale variazione dell'oggetto della prestazione di servizi al fine di eludere la durata massima del distacco.

8 La European Labour Authority

La complessità della disciplina comunitaria, dovuta ad un'articolata sovrapposizione di disposizioni e interessi economici e istituzionali spesso confliggenti tra loro, ha reso evidente la necessità di una sempre maggiore cooperazione amministrativa tra i singoli SM, tanto nella fase di indagine ispettiva quanto in quella successiva di esecuzione dei provvedimenti: sul punto, le fonti comunitarie, sia pure con sfumature differenti, sono intervenute anche con disposizioni incentivanti, fra cui quella contenuta nella direttiva 2014/67/UE che legittima lo SM che esegue nel proprio territorio una decisione amministrativa altrui ad incassare la somma pagata dall'azienda destinataria del provvedimento a titolo di sanzione.

Un possibile e auspicabile incremento della cooperazione amministrativa tra gli ordinamenti potrebbe derivare dalla neoistituita Autorità Europea del Lavoro (European Labour Authority, ELA), prevista dal regolamento (UE) nr. 2019/1149 adottato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 20 giugno 2019, i cui obiettivi principali consistono nel «contribuire a rafforzare l'equità del mercato interno e la fiducia in esso», sostenendo l'accesso alle informazioni, il rispetto delle norme e la cooperazione tra gli SM nella declinazione coerente ed efficace della disciplina comunitaria, svolgendo anche attività di mediazione e agevolatrice della composizione bonaria delle controversie che possano insorgere fra i vari ordinamenti o tra questi e gli organi europei (considerando 6 e artt. 2 e 4). Per l'effetto, la ELA dovrebbe «potenziare la cooperazione tra gli Stati membri nella lotta al lavoro non dichiarato e ad altre situazioni che mettono a rischio il corretto funzionamento del mercato interno, come le società di comodo e il falso lavoro autonomo» (considerando 8).

Accanto allo scambio di informazioni quale strumento operativo imprescindibile per favorire un'applicazione effettiva del diritto europeo in materia di distacco - che, giova ripeterlo, mira a rafforzare la tutela del lavoratore inviato in un altro SM mentre riconosce la libertà di prestazione di servizi in capo alle imprese comunitarie -, il regolamento istitutivo della ELA assegna alle ispezioni concertate e congiunte la funzione di contrasto a prassi commerciali non in linea con la normativa di riferimento (considerando 18). In particolare, le prime sono svolte simultaneamente dalle autorità amministrative in due o più SM coinvolti in casi correlati, osservando la rispettiva competenza territoriale (art. 8, part. 2, lett. a); le seconde sono svolte in uno SM da un gruppo ispettivo composto anche da autorità amministrative di uno o più SM (art. 8, part. 2, lett. b)). In buona sostanza, le ispezioni concertate implicano che ciascun organo ispettivo raccolga informazioni e/o esegua accertamenti nel proprio territorio, per poi condividere esiti e risultanze: un'ipotesi classica di ricorso a detto strumento potrebbe consistere nell'effettuare in simultanea due accertamenti ispettivi, di cui uno nello SM ospitante il lavoratore e l'altro nello SM di stabilimento del datore di lavoro distaccante, per verificare, per esempio, la tipologia di attività svolta dall'imprenditore straniero rispetto a quanto oggetto di prestazione di servizi. Viceversa, il ricorso ad ispezioni congiunte potrebbe risultare utile per acquisire informazioni presso lavoratori inviati in un altro SM, superando la criticità linguistica, posto che alcuni ispettori che compongono il gruppo ispettivo appartengono al medesimo Paese di provenienza dei lavoratori distaccati.

L'iniziativa del ricorso alle ispezioni concertate e congiunte appartiene al singolo SM ovvero alla ELA; è possibile prevedere che gli accertamenti ispettivi siano svolti con il sostegno di personale dell'Autorità medesima, ma dette ispezioni non possono avere luogo senza

la condivisione e la disponibilità di ciascuno SM interessato: tale presupposto, nel valorizzare la finalità di cooperazione e conciliativa di eventuali controversie, certifica tuttavia la totale assenza di potere precettivo e impositivo in capo alla ELA, con un non certo trascurabile rischio di ridotta utilità pratica del neoinstituito ente comunitario.

Anche in questo caso, quindi, sarà la combinazione tra la normativa europea, il suo recepimento nei singoli ordinamenti, secondo le rispettive esigenze e prassi ispettive e, non da ultimo, l'interpretazione che ne fornirà la Corte, ad offrire il riscontro più fedele dell'efficacia ed effettività delle nuove disposizioni introdotte.

Le considerazioni contenute in questo saggio sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione di appartenenza.

Bibliografia

- Allamprese, A.; Borelli, S.; Orlandini, G. (2019). *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*. https://iris.unimore.it/retrieve/handle/11380/1200346/260537/Rgl%201_2019_Allamprese%20e%20al..pdf.
- Allamprese, A.; Orlandini, G. (2014). *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*. <http://www.cgil.it/distacco-transnazionale-dei-lavoratori-nota-sul-d-lgs-n-1362016-recepimento-della-direttiva-201467-2/>.
- Borelli, S.; Orlandini, G. (2017), *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*. https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/appunti-sulla-nuova-legislazione-sociale-europea-l_708.php.
- Corazza, L. (2004). *“Contractual integration” e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoro*. Padova: CEDAM.
- Corazza, L.; Razzolini, O. (2014). *Who is an Employer?*. Centre for the Study of European Labour Law “Massimo d’Antona”, Working Paper n. 110. Catania: Centre for the Study of European Labour Law “Massimo d’Antona”. http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-INT/20140807-084024_Corazza-Razzolini_n110-2014intpdf.pdf.
- Gamberini, G. (2013). «La responsabilità solidale negli appalti». Tiraboschi, M. (a cura di), *Il lavoro riformato*. Milano: Giuffrè, 312-35.
- Giubboni, S. (2017). *Diritto del lavoro europeo. Un'introduzione critica*. Milano: Wolters Kluwer.
- Izzi, D. (2014). «Appalti e responsabilità solidale». Aimo, M.; Izzi, D. (a cura di), *Esternezzazioni e tutela dei lavoratori*. Torino: UTET, 51-107.
- Izzi, D. (2016). «La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato. Qualche spunto dal diritto dell'Unione Europea». *Lavoro e Diritto*, 1, 35-52. <https://doi.org/10.1441/82628>.

- Lozito, M. (2013). *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*. Bari: Cacucci.
- Orlandini, G. (2012). *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre for the Study of European Labour Law “Massimo d’Antona”, Working Paper n. 137. Catania: Centre for the Study of European Labour Law “Massimo d’Antona”. http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20Antona/WP%20CSDLE%20M%20Antona-IT/20120117-070600_orlandini_137-2012itpdf.pdf.
- Orlandini, G. (2014). *Il distacco transnazionale*. Izzi, D. (a cura di), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*. Torino: UTET, 640-74.
- Rausei, P. (2007). «Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio». *Diritto e Pratica del Lavoro*, 44, 2627-44.
- Sgroi, A. (2008). *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*. Associazione per gli Studi internazionali e comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (ADAPT), Working Paper n. 58. https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/4943/mod_resource/content/1/1047WP_08_58.pdf.
- Venturi, D. (2018). *Il distacco transnazionale di lavoratori. Luci ed ombre del decreto legislativo n. 136/2016*. Associazione per gli Studi internazionali e comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (ADAPT), Working Paper no. 2. https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/31733/mod_resource/content/0/wp_2018_2_venturi.pdf.