

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali
Direzione Regionale del Lavoro per la Liguria

IL DISTACCO DEI LAVORATORI SUL TERRITORIO DELL'UNIONE EUROPEA.

DR. AVV. STEFANO SCALA

Ispettore del lavoro in servizio presso la D.P.L. di Genova

REG.TI 1408/71 - REG. 574/72 E REG. 883/2004

PREFAZIONE.

Negli ultimi 40 anni il **principio della libera circolazione degli individui** (principio enunciato nell'art. 45 (ex art. 39 CE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea "TFUE"¹, sviluppato attraverso il diritto derivato e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea) si è evoluto costantemente diventando sempre più saldo. Inizialmente rivolta ai cittadini attivi, questa libertà fondamentale è stata estesa a poco a poco ad altri settori della popolazione fino a diventare oggi **uno dei principali diritti individuali** che l'UE garantisce ai propri cittadini.

L'attuale corpus normativo dell'UE (acquis) in tale ambito dà ai cittadini europei il diritto di circolare liberamente nel territorio dell'UE per motivi di lavoro e protegge i diritti sociali dei lavoratori e dei loro familiari.

L'espansione del diritto comunitario anche nell'ambito delle tutele dei lavoratori è il risultato dell'espansione degli obiettivi di cooperazione e di integrazione europea. Pertanto, oggi appare corretto sostenere che accanto ai tradizionali obiettivi di integrazione economica (libera circolazione di beni e servizi, libertà di stabilimento delle aziende), anche la **protezione sociale e la tutela del lavoro** costituiscono altrettante materie di intervento comunitario, sia attraverso le norme primarie dei trattati e dell'*acquis communautaire*, sia attraverso l'applicazione delle norme nazionali di tutela del lavoro, essendo anche queste ultime importanti strumenti per la realizzazione degli obiettivi comunitari di progresso e di armonizzazione delle condizioni di lavoro nel rispetto delle regole di libera concorrenza transnazionale.

¹ Trattato di Lisbona ribattezzato TFUE in vigore dal 1° Dicembre 2009: modifica i due documenti fondamentali dell'UE, il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea. Quest'ultimo è ridenominato "trattato sul funzionamento dell'Unione europea". Al trattato sono inoltre allegati diversi protocolli e dichiarazioni. Il Trattato di Lisbona abolisce i "pilastri" che in base al Trattato di Amsterdam avrebbero dovuto reggere l'Unione, provvede al riparto di competenze tra Unione e Stati membri, e rafforza il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali, anche attraverso la "costituzionalizzazione" della [Carta di Nizza](#).

Qualora poi possano astrattamente sorgere conflitti tra una norma comunitaria di libertà economica ed una norma nazionale di tutela del lavoro, il criterio interpretativo corretto è quello di una *giusta ponderazione*, o meglio ancora quello di un *bilanciamento* tra i principi di tutela della libertà economica e quelli di tutela del lavoro, previa evidentemente «un'equilibrata definizione dei criteri sulla cui base effettuare tale ponderazione».

L'art. 76 del **Regolamento 883/2004** impone (nel rispetto del dettato dell'art. 48 TFUE «*attribuisce all'ordinamento comunitario il compito di adottare misure di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale, tali da poter garantire ai lavoratori migranti la possibilità di esercitare la libertà di circolazione riducendo il rischio di perdere i diritti previdenziali che gli deriverebbero, in relazione ai periodi di lavoro già svolti, dalla legislazione di uno Stato membro*») agli Stati membri di comunicare fra loro e promuovere lo scambio di esperienze e buone prassi amministrative per facilitare l'applicazione uniforme del diritto comunitario (principio dello scambio efficiente di informazioni fra istituzioni).

Tale regolamento, così come modificato dal Regolamento (Ce) n. **988/2009**, e dal Regolamento di applicazione (Ce) n. **987/2009**, **in vigore dal 1° maggio 2010**, ha introdotto un nuovo sistema comunitario di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale, approfondendo tra l'altro gli aspetti relativi allo scambio elettronico delle informazioni in materia di sicurezza sociale e alla procedura di risoluzione delle controversie tra gli Stati membri. Inoltre, si occupa, con profili di sostanziale novità della materia dei distacchi di lavoratori in ambito comunitario, affrontando in modo organico il problema della legislazione applicabile al **lavoratore autonomo** che lavori temporaneamente in un altro Stato membro.

Infatti, nell'ambito del diritto del lavoro, problematica di grande interesse è la determinazione del regime giuridico applicabile alle **aziende europee che si trovano ad operare in Italia**, attraverso **sedi stabili nel nostro Paese**, ovvero **in via temporanea per l'esecuzione in Italia di contratti di appalto di servizi e di fornitura**, o infine attraverso **il distacco di lavoratori tra aziende appartenenti allo stesso gruppo d'impresa operante su più territori nazionali**, tra cui l'Italia. Ma anche quale legge di sicurezza sociale tutela gli autonomi che si recano in un paese diverso da quello di residenza per lavoro.

La questione è oggi ancora più rilevante che in passato a seguito dell'ingresso nella "Unione" di molti Paesi dell'Est europeo, tradizionalmente interessati a prestare servizi in Italia (si veda il Vademecum del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali relativo al "Distacco dei lavoratori nell'Unione europea" che alla sezione seconda riporta un "quadro informativo sintetico sui principali aspetti normativi relativi alla materia del distacco in Romania").

La materia del “distacco del lavoratore” è importante anche dal punto di vista della vigilanza sul lavoro, in quanto sempre più spesso l’ispettore del lavoro si trova di fronte ad aziende di Stati membri dell’Unione Europea, con la possibilità piuttosto concreta che tali aziende sfruttino il differenziale del costo del lavoro di fatto esistente tra alcuni Paesi membri (specialmente quelli neo-comunitari) ed il nostro².

PRINCIPI:

- **PARITÀ DI TRATTAMENTO TRA I CITTADINI (prima: lavoratori) DEI PAESI CONTRAENTI;**
- **MANTENIMENTO DEI DIRITTI ACQUISITI (esportabilità delle prestazioni previdenziali) ED IN VIA DI ACQUISIZIONE (totalizzazione dei periodi assicurativi o di residenza ai fini dell’apertura del diritto alle prestazioni);**
- **DIVIETO DI CUMULO DELLE PRESTAZIONI;**
- **UNICITÀ DELLA LEGISLAZIONE APPLICABILE.**

Evoluzione della normativa comunitaria.

Il regolamento CEE n. 1408/71 ed il regolamento CEE n. 574/72, entrati nell’ordinamento europeo dal 1° ottobre 1972, hanno costituito per trenta anni lo strumento cardine del coordinamento europeo dei sistemi di sicurezza sociale. Si trattava di un impianto normativo proteso ad agevolare l’esercizio del diritto di libera circolazione delle persone all’interno della Comunità europea, garantendo loro il mantenimento dei diritti e dei vantaggi acquisiti o in corso di acquisizione, nonché l’acquisizione dei diritti derivanti da periodi assicurativi e di residenza maturati nei vari Stati membri. Le modifiche e gli aggiornamenti che nel tempo si sono succeduti, sia con riferimento alle sentenze della Corte di Giustizia sia con riferimento all’evolversi delle discipline nazionali, avevano reso notevolmente complesso e macchinoso il sistema. Il legislatore europeo ha dunque pensato di sostituire, aggiornare e semplificare tali norme per realizzare l’obiettivo della libera circolazione delle persone. In linea di massima i principi fondamentali della nuova normativa sono gli stessi dei regolamenti 1408/71 e 574/72, infatti numerose disposizioni sono state confermate. Si sono voluti rafforzare gli obblighi di cooperazione tra gli organismi degli stati membri, con il fine di fornire agli interessati una più accurata e precisa informazione e sul miglioramento delle procedure dei distacchi internazionali.

Le principali novità introdotte dal **reg. 883/2004** riguardano:

1. **L’ambito di applicazione soggettivo con estensione ai soggetti inattivi.** Infatti, le norme contenute nel *reg. 1408/71*, riguardavano lavoratori subordinati o autonomi e studenti che

² Ipotesi di concorrenza sleale.

siano cittadini di un Paese membro e loro superstiti; apolidi o rifugiati residenti in uno Stato membro. Invece nella vigenza del **reg. 883/04** l'applicazione delle regole in esso contenute riguarda i cittadini di uno Stato membro e loro superstiti; apolidi o rifugiati residenti in uno Stato membro;

2. **Ambito di applicazione oggettivo - estensione alle prestazioni di paternità e di pensionamento anticipato.** Il *reg. 1408/71* faceva riferimento solo alle prestazioni previdenziali ed assistenziali, invece il nuovo regime coinvolge non solo le prestazioni già presenti nel precedente regolamento ma anche quelle prestazioni che riguardano la paternità (assimilata alla maternità) ed il pensionamento anticipato;
3. **Distacco - estensione del periodo da 12 a 24 mesi:** il *reg. del 1971* prevedeva il mantenimento della legislazione del Paese di origine per i primi 12 mesi, mentre la nuova normativa comunitaria stabilisce il mantenimento della legislazione del Paese di origine per i primi 24 mesi;
4. **Formulari - fase transitoria per il passaggio ai flussi telematici:** nella vigenza del regolamento *1408/71* la dimostrazione dell'assoggettamento del lavoratore al sistema di sicurezza sociale del paese di provenienza era fornita attraverso formulari cartacei (modelli E 101, E 102, E 106), oggi con il nuovo **reg. 883/04** tale dimostrazione è data attraverso i c.d. modelli SEDs (*Structured Electronic Documents*) consistenti in un sistema di monitoraggio telematico dei flussi di lavoratori distaccati attraverso l'utilizzo del sistema EESSI (*Electronic exchange social security information*) che andrà a regime entro il 30 aprile 2012, data entro la quale sarà possibile la compilazione automatizzata dei SEDs;

I principi ispiratori dei regolamenti comunitari in materia di sicurezza sociale possono così essere sintetizzati:

- **Parità di trattamento delle persone nei confronti delle legislazioni nazionali:** Le persone alle quali si applica il regolamento n. 883/2004 hanno diritto alle prestazioni e sono soggette agli obblighi previsti dalla legislazione di uno Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato;
- **Unicità della legislazione applicabile e territorialità dell'obbligo assicurativo:** La legislazione applicabile ad un lavoratore che si muove all'interno dell'Ue è una soltanto e, come regola generale, è quella del Paese in cui l'attività lavorativa viene svolta. Eccezioni sono previste in caso di distacco e di attività lavorativa svolta in più Paesi membri;
- **Totalizzazione:** Somma fittizia dei periodi assicurativi maturati nei diversi Stati comunitari, per il perfezionamento ed il mantenimento del diritto alle prestazioni;
- **Esportabilità delle prestazioni:** Le prestazioni in denaro dovute in virtù della legislazione di uno o più Stati membri o sulla base del regolamento non subiscono riduzioni, modifiche, sospensioni, soppressioni o confisca per il fatto che il beneficiario risieda in un Paese membro diverso rispetto a quello in cui risiede l'istituzione debitrice;
- **Assimilazione di prestazioni, redditi, fatti o avvenimenti:** Se, in base alla legislazione di uno Stato membro, alcuni effetti giuridici discendono dalla titolarità di una prestazione di sicurezza sociale o dal conseguimento di redditi, tali effetti si producono anche se la persona è titolare di prestazioni o redditi analoghi in un altro Stato membro.

L'impressione che si ha nell'analizzare la nuova normativa europea in materia di sicurezza sociale è che il sistema oggi abbia un respiro più ampio rispetto al passato in quanto abbraccia le diverse problematiche in cui può incorrere un lavoratore che con la sua famiglia si sposta da uno Stato ad un altro dell'Unione.

Il principio generale stabilito dal **Reg. 883/2004** è quello dell'**unicità della legislazione sociale applicabile in ambito europeo**, pertanto il lavoratore subordinato o autonomo è in linea generale soggetto alla legislazione dello Stato membro in cui svolge la propria attività.

L'eccezione che deroga al principio della territorialità dell'obbligo contributivo è data dalla fattispecie del c.d. **distacco** i cui limiti, come vedremo, sono stati ampliati e le procedure per l'instaurazione dello stesso semplificate.

Inoltre, in base alle nuove disposizioni, gli scambi di dati tra le istituzioni europee in tema di sicurezza sociale dovranno avvenire solo per via telematica, attraverso il sistema europeo **EESSI**. L'accesso a tale sistema avverrà in Italia tramite **quattro** punti: **Ministero del lavoro**, avente competenza per tutte le istituzioni competenti in materia di cure mediche; **INPS**, per le prestazioni pensionistiche e a sostegno del reddito di natura previdenziale ed assistenziale e per tutti gli enti pubblici e privati che erogano prestazioni dello stesso tipo; **INAIL**, per le prestazioni in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali e per tutte le istituzioni che erogano prestazioni dello stesso tipo; **INPDAP**, per le prestazioni previdenziali dei dipendenti pubblici.

Rispetto alla trattazione globale dell'argomento *distacchi* è opportuno anticipare, quale novità rispetto al passato, le regole che riguardano i **lavoratori autonomi** (anche liberi professionisti) che occasionalmente si trovino a lavorare temporaneamente in uno Stato membro diverso (Stato di occupazione) da quello dove abitualmente esercitano l'attività autonoma (Stato di invio). In questo caso, se un lavoratore autonomo che va a lavorare temporaneamente in uno Stato dell'Unione diverso da quello di stabilimento abituale fosse soggetto alla legislazione dello Stato di occupazione si creerebbero difficoltà amministrative e confusione. Il lavoratore autonomo potrebbe rimetterci in termini di prestazioni.

I Regolamenti prevedono, con una norma speciale, che “la persona che **esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma nello Stato membro di invio** e che si reca a svolgere un'attività **affine** nello stato membro di occupazione rimane soggetta alla legislazione dello Stato di invio, a condizione che la durata prevedibile di tale attività non superi i **24** mesi.”

E' importante precisare che la nuova normativa comunitaria di sicurezza sociale si applica solo ai 27 Stati membri dell'Unione Europea. Restano sottoposti alle disposizioni contenute nei **regolamenti CEE nn. 1408/71 e 574/72**, e dunque ai formulari cartacei, i seguenti paesi: l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia (aderenti all'accordo sullo Spazio Economico Europeo – accordo SEE),

e la Svizzera, alla quale la normativa comunitaria di sicurezza sociale era stata estesa con decorrenza 1° giugno 2002, ed infine la Groenlandia.

I regolamenti nn. 1408/71 e 574/72 continuano ad essere applicati anche ai cittadini degli Stati terzi alle condizioni previste dal **regolamento CE n. 859 del 14 maggio 2003**.

Infine, le nuove norme modificano, in particolare, alcuni aspetti dei criteri in base ai quali determinare la legislazione nazionale applicabile, comportando alcuni cambiamenti in materia pensionistica, contenendo nuove disposizioni in materia di prestazioni familiari, malattia, maternità, disoccupazione e recuperi di contributi e prestazioni indebitamente erogate.

La vigilanza ed il distacco.

La vigilanza sulla corretta applicazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di lavoro è certamente da ascrivere alle normali e generali competenze dell'ispettore del lavoro³, oltre naturalmente – *ratione materiae* – alle competenze degli organi di vigilanza degli enti previdenziali, ed in particolare dell'INPS, competente a verificare la corretta applicazione del regime contributivo nazionale, in collaborazione con i corrispondenti istituti degli altri paesi membri.

In Italia la norma di riferimento generale che regola gli obblighi delle aziende straniere operanti in Italia e riguarda sia i rapporti con le Pubbliche Amministrazioni, tra cui le DPL e l'INPS, sia i rapporti tra privati è la **legge 218/1995** (c.d. diritto privato internazionale) che disciplina la legislazione nazionale applicabile nei rapporti internazionali tra privati.

In particolare, la legge su citata, all'art. 57, dispone che per i rapporti contrattuali si applichi il disposto della Convenzione di Roma del 1980, ratificata dall'Italia con legge n. 975/1984. Al riguardo i principi di diritto applicabili in base alla Convenzione di Roma sono:

- 1) libera individuazione delle parti contrattuali della legislazione nazionale applicabile (art. 3 Conv. Roma 1980);
- 2) nei contratti di lavoro la scelta delle parti subisce importanti limitazioni in quanto la libertà negoziale “non vale a privare il lavoratore della prestazione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto” (art. 6 Conv. Roma 1980);

Questa norma si applica tanto alla parte normativa quanto a quella retributiva dei contratti collettivi di lavoro, quanto infine alla copertura previdenziale vigente nel nostro paese.

Si deve richiamare, a tal proposito, anche l'art. 61 della legge 218/1995, rubricato “obbligazioni nascenti dalla legge” che recita: “le obbligazioni legali non diversamente regolate dalla presente

³ Il principio è stabilito dall'art. 6 d.lgs 124/2004

legge, sono sottoposte alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione". Da questa norma deriva che **alle obbligazioni che sorgono dalla legge**, tra cui si annoverano anche quelle previdenziali, **si applica la legge del luogo di esecuzione del contratto**, che è il presupposto di fatto da cui sorge l'obbligazione previdenziale. Ne consegue che di regola la legge applicabile, sul piano previdenziale, è quella italiana (legge dell'esecuzione del contratto di lavoro), salva l'applicazione di norme d'origine pattizia che dispongano il contrario⁴. Questo principio generale è confermato dall'art. 11 c. 3 lettera a) del reg. 883/2004, principio che subisce importanti eccezioni in materia di "distacco".

Infatti, il diritto comunitario ha creato un regime normativo speciale in materia di rapporti di lavoro internazionali tra privati, direttamente applicabile in Italia nei rapporti con gli altri paesi membri.

Le Comunità Economiche Europee, divenute prima Comunità Europea e poi Unione Europea, nacquero per favorire la collaborazione politico-economica tra gli Stati membri e con il trascorrere dei decenni e l'aggiungersi di nuove Nazioni aderenti divennero anche fonte primaria di norme tese a tutelare i cittadini comunitari tanto nei rapporti giuridici interpersonali, quanto nei rapporti tra i cittadini e le Pubbliche Amministrazioni.

L'Unione basa la sua azione su una serie di trattati che ne formano la Costituzione e che enunciano i principi che informano di sé le norme comunitarie.

In questo quadro rientra anche la produzione legislativa relativa ai rapporti di lavoro, che, tra le varie problematiche, pone particolare attenzione alla "**normativa di sicurezza sociale**" che nella specie si occupa della protezione sociale dei cittadini che, risiedendo abitualmente in uno stato dell'Unione Europea, lavorano in un altro stato comunitario.

Tale normativa muove le mosse da un principio generale in materia di previdenza: il principio di "**territorialità**" che obbliga i lavoratori ad iscriversi al Sistema Pensionistico dello Stato nel cui territorio lavorano, indipendentemente dalla propria cittadinanza, secondo le regole ivi vigenti. Pertanto, l'invio definitivo di un lavoratore dal Paese UE di assunzione verso un altro Stato dell'Unione comporta, generalmente, l'assoggettamento definitivo alla legislazione sociale del nuovo Stato di lavoro.

Tale principio, già contenuto nel **Regolamento CEE n. 1408 del 1971**⁵ (14 giugno 1971 aggiornato dal regolamento 118/97, G.U. L. 28 del 30 gennaio 1997), è stato ribadito dal **Regolamento U.E. 883/2004** la cui ratio è quella di non escludere l'obbligo contributivo e fiscale del lavoratore non residente al fine di non far venir meno la fonte primaria di finanziamento dei regimi previdenziali

⁴ Il diritto al pari trattamento del lavoratore straniero, comunitario o meno, rispetto al lavoratore italiano è un principio generale del nostro ordinamento giuridico, quanto meno in applicazione del principio di ordine pubblico internazionale ex art. 16 Conv. Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali.

⁵ Tale Regolamento trova applicazione oltre che nei 27 Stati membri dell'Unione Europea, anche nei paesi che hanno ratificato l'accordo sullo Spazio Economico Europeo (Islanda, Liechtenstein e Norvegia) e in Svizzera.

pubblici, con le inevitabili conseguenze su tutto il sistema di assicurazione obbligatoria. Il principio guida resta quello che le persone alle quali si applicano i regolamenti sono soggette alla legislazione di un unico Stato membro (art. 11 paragrafo 1 del reg. 883/2004), applicando pertanto normalmente per i lavoratori subordinati ed autonomi la legislazione dello Stato membro in cui viene svolta l'attività (*lex loci laboris*). Anche le persone che ricevono prestazioni in denaro a breve termine sulla base della loro attività subordinata o autonoma sono soggetti alla legislazione dello stato membro in cui si svolge l'attività. Tale principio resta saldo anche nel caso in cui i lavoratori abbiano la residenza in uno Stato diverso da quello di occupazione o quando l'impresa o il datore di lavoro, dai quali essi dipendono, abbiano la sede legale o la sede delle loro attività in uno Stato diverso da quello in cui i lavoratori sono occupati. In passato, la rigida applicazione della legislazione precedente ha portato spesso a situazioni di disagio e complicazioni amministrative per i lavoratori, le imprese e le amministrazioni pubbliche. Con la riforma per superare tali difficoltà sono stati apportati diversi correttivi all'art. 12 del regolamento 883/2004.⁶

Eccezione a tale principio è costituita dall'istituto del così detto "**distacco**", per il quale si applicano criteri diversi dall'effettivo luogo di lavoro, di cui si occupano gli articoli dall' 11 al 16 del Regolamento 883/04 e le relative disposizioni di applicazione sono stabilite dagli artt. da 14 a 21 del regolamento 987/2009. Tali norme sono inoltre interpretate dalla **Commissione Amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale** nella decisione A2⁷.

La ratio di questa deroga è data dalla ricerca di tre obiettivi tesi a salvaguardare il lavoratore distaccato ponendolo nella condizione di mantenere un'unica posizione assicurativa:

- 1) **Totalizzazione** di tutti i periodi di assicurazione e contribuzione maturati nei Paesi membri ai fini del conseguimento del diritto alle prestazioni;
- 2) Il **pagamento della pensione nel paese di residenza**;
- 3) La **parità di trattamento** con i cittadini del paese in cui prestano l'attività lavorativa.

I beneficiari della normativa regolamentare europea sono **tutti i cittadini** degli Stati membri e loro superstiti; apolidi o rifugiati residenti in uno Stato membro.

⁶ **Reg. 883/2004 Articolo 12: Norme particolari.** 1. La persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccata, per svolgervi un lavoro per suo conto, in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona.

2. La persona che esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma in uno Stato membro e che si reca a svolgere un'attività affine in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro, a condizione che la durata prevedibile di tale attività non superi i ventiquattro mesi.

⁷ Tale commissione ha sostituito la **CASSTM** (commissione amministrativa per la sicurezza dei lavoratori migranti) che con decisione n. 181 del 13 dicembre 2000 derogava all'indicato principio di territorialità consentendo al lavoratore distaccato in uno stato membro di poter essere assoggettato alla legislazione previdenziale del Paese di provenienza.

La **definizione** di **lavoratore distaccato** si può estrapolare dall'**art. 11. 2 del Reg. 883/04**, secondo cui trattasi: “delle **persone che ricevono una prestazione in denaro** a motivo o in conseguenza di un'attività subordinata o di un'attività lavorativa autonoma”.

Dal punto di vista strettamente previdenziale, premesso che le prestazioni non contributive non sono invece esportabili da un paese all'altro (es. assegno sociale, assegni di invalidità a mutilati ed invalidi civili ecc.), ogni paese liquida le pensioni in base alla propria legislazione seguendo due principi: quello della totalizzazione, consistente nella somma di tutti i periodi di lavoro svolti nel Paese membro, e quello del così detto “sistema pro rata temporis”, in base al quale si ottiene la prestazione pensionistica se c'è stato un periodo minimo di contribuzione pari a 52 settimane.

Appare pertanto chiara l'importanza dell'accertabilità e della continuità dei periodi contributivi maturati lavorando in uno Stato diverso da quello di residenza al fine di ricevere la giusta prestazione pensionistica. Infatti, in caso di invio temporaneo di lavoratori in altri Stati può diventare opportuno favorire il proseguimento della contribuzione presso lo Stato di assunzione, poiché il periodo di permanenza nel nuovo Stato può essere troppo breve per far maturare quote di diritti previdenziali, senza considerare che il lavoratore ha interesse a non disperdere in vari paesi la propria anzianità contributiva, se non altro per la complessità delle procedure necessarie per unificare, a fine carriera, posizioni assicurative maturate in tempi ed in Stati differenti.

Da notare, inoltre, che i cittadini europei sono soggetti alla legislazione sociale di un solo Stato UE per volta, ovvero non sono possibili doppie imposizioni contributive, pertanto è necessario individuare l'unico Stato di volta in volta competente.

Proprio in relazione a tali considerazioni ed al fine di favorire la libera circolazione tra gli Stati dei cittadini europei la UE ha introdotto un'**eccezione al principio generale della territorialità** costituita dall'istituto del **distacco**, la cui importanza è tale che il Regolamento 106/98 (in vigore dal 25/10/1998) aveva esteso le tutele introdotte con il Reg. 1408/71 anche ai lavoratori pubblici in regime speciale.

Del resto, proprio alla luce dei numerosissimi movimenti di lavoratori anche verso paesi europei non aderenti all'U.E. il 1° giugno 2002 fu firmato l'Accordo sulla libera circolazione delle persone tra la Comunità Europea e la Confederazione Elvetica, ratificato in Italia con la legge 15/11/2000 n. 364, che estende ai lavoratori da e per la Svizzera le tutele dei regolamenti Cee 1408/71 e 574/72.

Bisogna ricordare che il 14/12/1972 fu firmata la Convenzione Europea di sicurezza sociale, richiamante il principio di territorialità dell'obbligo contributivo e fiscale, che attualmente si applica solo tra Italia e Turchia, in quanto gli altri firmatari sono diventati tutti membri dell'Unione Europea e pertanto soggetti ai due regolamenti su citati.

Con il Regolamento 859/2003 il campo di applicazione personale dei Reg.ti 1408/71 e 574/72 è stato esteso ai **cittadini di Stati terzi**⁸, in particolare i principi di parità di trattamento tra lavoratori dei paesi contraenti, esportabilità delle prestazioni (mantenimento diritti acquisiti ed in via di acquisizione mediante la totalizzazione dei periodi assicurativi o di residenza), unicità della legislazione applicabile.

Infine, tra le fonti dei diritti attribuiti ai lavoratori non può non citarsi l'**art. 35 della Costituzione italiana** con cui il nostro Stato si impegna nei confronti dei migranti che lavorano, nonché gli artt.li 48 e 51 del Trattato CEE 25 marzo 1957 (l. 1203 del 14/12/1957) modificati dall'art. 6 del Trattato di Amsterdam del 02/10/1997, oggi corrispondenti all'articolo 6 del Trattato di Lisbona (TFEU).

La prestazione di servizi.

Il distacco, dal punto di vista del diritto interno⁹, si realizza quando il **datore di lavoro**, per il **proprio interesse**, pone temporaneamente uno o più lavoratori **a disposizione di un altro soggetto** per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. In questo caso il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore.

Il distacco che comporti un mutamento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore. Se il distacco comporta un trasferimento ad una unità produttiva sita a più di 50 chilometri da quella in cui il lavoratore è occupato, è necessaria una motivazione di natura tecnica, produttiva o sostitutiva. Rimane ferma la disciplina della Legge n. 236/1993 che prevede che gli accordi sindacali, al fine di evitare riduzioni del personale, possono regolare il distacco di uno o più lavoratori dall'impresa ad altra per una durata temporanea.

Il Dlgs n. 251/2004, esplicitato con la circolare del Ministero del Lavoro n. 3 del gennaio 2004, ha introdotto la possibilità per il lavoratore distaccato in violazione delle norme di legge, di rivendicare, con ricorso ex art. 414 cod. proc. civ., il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro nei confronti dell'impresa che ne ha utilizzato la prestazione.

Il distacco di lavoratori definito e disciplinato dalla norma comunitaria non ha alcuna corrispondenza con l'istituto del distacco previsto dalla normativa nazionale (art. 30 D.lgs 276/2003), che è applicabile ai soli rapporti di lavoro soggetti alla normativa interna ossia ai distacchi di personale tra imprese italiane o straniere stabilite in Italia.

⁸ La Corte di Giustizia europea con diverse pronunce tra il 1993 ed il 2004 ha statuito per la contrarietà all'articolo 49 del Trattato CE dell'obbligo imposto ai prestatori di servizi stabiliti in uno Stato membro, che volessero distaccare propri lavoratori cittadini di Stati terzi, di munirsi di un permesso di lavoro qualora i suddetti lavoratori non fossero dipendenti dell'impresa distaccante da almeno sei mesi.

⁹ Art. 30 D.lgs 276/2003 c.d. "Riforma Biagi" come modificato dal D.lgs 251/04, dalle Leggi 248/05 – 266/05 – 248/06 e dalle abrogazioni intervenute con sentenza n. 50/2005 della Corte Costituzionale.

Infatti, dal punto di vista del diritto comunitario ed internazionale, questa situazione è regolamentata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea all'art. 56 (ex art 49 TCE) e ss in materia di libera circolazione dei servizi, ed inoltre dal decreto legislativo n. 72/2000 (attuativo della **direttiva n. 96/71/CE** del Parlamento e del Consiglio del 16 dicembre 1996) ed infine per la materia contributiva ed assistenziale dagli art. 16 ss. del Regolamento UE n. 883 del 2004.

L'art. 56 del Trattato, in particolare, pone la libera circolazione dei servizi come uno degli obiettivi principali per la realizzazione della Comunità economica. L'art. 57 del trattato dà la definizione del termine **servizi**: “sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: attività di carattere industriale, attività di carattere commerciale, attività artigiane, le attività delle libere professioni. Senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini.”

Il Trattato impone dunque un obbligo agli Stati nazionali di non discriminazione tra le aziende dei Paesi membri, che non devono essere trattate diversamente, né sottoposte ad obblighi aggiuntivi, rispetto alle aziende nazionali del Paese in cui si esegue la prestazione di servizio.

Anche il termine servizi ha, per il legislatore europeo, una portata ampia, maggiore rispetto al diritto italiano che distingue, ad esempio in materia di appalto, l'appalto d'opera dall'appalto di servizi¹⁰ (il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore. Tale organizzazione può anche risultare dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione da parte dell'appaltatore, del rischio d'impresa). In termini di diritto comunitario, si deve ritenere che sia l'uno che l'altro rientrano nel concetto di prestazione di servizi. Pertanto, esemplificando, un settore come l'edilizia che per lo più è caratterizzata da appalti d'opera, rientra a pieno titolo nel concetto di matrice europea di “prestazione di servizi”.

La **direttiva n. 96/71/CE** (*obbligo di garantire condizioni minime previste nel paese del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa*)¹¹, attuata in Italia con D.lgs n. 72/2000, prevede che nell'ambito delle prestazioni di servizi transnazionali, anche nei confronti delle ditte stabilite in

¹⁰ Ai sensi dell'art. 1655 del Cod. civ. per appalto si intende: “un contratto con il quale una parte assume con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, l'esecuzione di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.”

¹¹ La direttiva 96/71 ed il relativo dlgs attuativo si applicavano alle tre ipotesi previste dalla direttiva stessa, esulando dal suo campo di applicazione il caso di un lavoratore dipendente da impresa estera che operi temporaneamente nel nostro paese per conto del suo datore di lavoro ma **al di fuori di un contratto per prestazioni di servizi**. Es. personale viaggiante addetto a trasporti transnazionali di beni o persone, dipendenti di aziende giornalistiche, accompagnatori turistici ecc. i quali restano assoggettati alla normativa vigente nel paese di provenienza.

Paesi stranieri non appartenenti alla Comunità Europea (art. 1 comma 3)¹², per i rapporti di lavoro tra imprese estere e lavoratori distaccati in Italia si applichino, “durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la loro attività in posizione di distacco” (art. 3 c.1, d.lgs 72/2000).

Gli stati membri dovrebbero controllare che le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati un nucleo duro di regole imperative di protezione fissate nello Stato membro sul territorio del quale viene svolto il lavoro, utilizzando vari mezzi tra i quali si annoverano disposizioni legislative, convenzioni collettive o sentenze arbitrali (dichiarate di applicazione generale, nella misura in cui riguardano le attività prese in considerazione dalla direttiva).

Le condizioni di lavoro e d’occupazione da garantire sono le seguenti:

- periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
- la durata minima dei congedi annuali retribuiti;
- i tassi di salario minimo, compresi quelli maggiorati per le ore supplementari;
- le condizioni di messa a disposizione dei lavoratori, in particolare da parte delle imprese di lavoro interinale;
- la salute, la sicurezza e l’igiene sul lavoro;
- le misure protettive applicabili alle condizioni di lavoro delle donne incinte, delle puerpere, dei bambini e dei giovani;
- la parità di trattamento fra uomini e donne ed altre disposizioni in materia di discriminazione.

Pertanto gli Stati membri possono derogare all’applicazione immediata delle regole in materia di salario minimo, allorché si tratta di lavori di una durata non superiore ad un mese e a condizione che tali lavori non vengano svolti da imprese di messa a disposizione di lavoratori; inoltre, gli Stati membri possono derogare all’applicazione delle regole in materia di salario minimo e di congedo, allorché si tratta di lavori di “limitata entità” e a condizione che tali lavori non vengano svolti da imprese di messa a disposizione di lavoratori; infine, gli Stati membri possono derogare all’applicazione delle regole in materia di salario minimo e di congedo, allorché si tratta di

¹² Sul punto la norma nazionale è di portata più ampia rispetto agli obblighi per i Paesi membri stabiliti dalla direttiva n. 96/71/CE.

lavori di montaggio iniziale o d'installazione di un bene fornito e la durata massima dei lavori non sia superiore agli otto giorni. Tale regola non si applica tuttavia al settore delle costruzioni.

Ne deriva che, le indennità proprie al distacco sono considerate come facenti parte del salario minimo, nella misura in cui non sono versate a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute per il distacco.

La direttiva comunitaria 96/71 in esame può ostare al fatto che un appalto pubblico sia subordinato al rispetto delle retribuzioni di un contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione della prestazione.

Infatti, la tariffa salariale fissata da un contratto collettivo che non sia stato dichiarato di applicazione generale, quando invece nello Stato membro è presente un tale sistema, non può essere imposta, da un provvedimento legislativo di detto Stato membro applicabile ai pubblici appalti, ai prestatori di servizi transnazionali che distacchino lavoratori nel territorio di tale Stato membro.

La Corte ha precisato che siffatta interpretazione della direttiva è confermata da una lettura della stessa alla luce del principio della libera prestazione dei servizi. Più specificamente, essa ritiene che la restrizione alla libera prestazione dei servizi derivante dall'obbligo di corrispondere ai dipendenti la retribuzione prevista dal contratto collettivo vigente non sia giustificata, nel caso di specie, dall'obiettivo di tutela dei lavoratori (Sentenza **Corte di Giustizia causa C-346/06**: fattispecie in cui in Germania, Land Bassa Sassonia, una legge regionale impone negli appalti pubblici che i lavori siano assegnati solo alle imprese che per iscritto si impegnino a corrispondere ai loro dipendenti una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente; inoltre l'aggiudicatario è tenuto ad imporre detto obbligo anche ai subappaltatori ed a controllarne il rispetto, tanto che l'inosservanza di questo obbligo è sanzionata con il pagamento di una penale convenzionale).

Gli Stati membri possono prevedere che le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati a titolo interinale il beneficio delle stesse condizioni dei lavoratori interinali nello Stato membro sul cui territorio si svolge il lavoro.

Per far valere il diritto alle condizioni di lavoro e di occupazione garantite dalla direttiva 96/71CE, un'azione giudiziale può essere avviata nello Stato membro sul territorio del quale il lavoratore è o era distaccato.

Tuttavia il Dlgs 72/2000, alla luce delle novità introdotte dal Dlgs 276/2003¹³, è apparso lacunoso e poco adatto ad assicurare le certezze giuridiche che il lavoro transnazionale richiederebbe. Infatti,

¹³ Art. 1: Le disposizioni di cui al presente decreto legislativo, nel dare attuazione ai principi e criteri direttivi contenuti nella Legge 14 febbraio 2003, n. 30, si collocano nell'ambito degli orientamenti comunitari in materia di occupazione e di apprendimento permanente e sono finalizzate ad aumentare, nel rispetto delle disposizioni relative alla libertà e dignità del lavoratore di cui alla Legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni e integrazioni, alla

alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità europee, la Commissione ha indicato quale modalità che permetta allo Stato membro di conoscere e verificare il rispetto delle condizioni di occupazione di cui alla direttiva 96/71/CE, quella di esigere dal prestatore di servizi la presentazione, al più tardi all'inizio dei lavori, di una dichiarazione che indichi i lavoratori distaccati, la durata del distacco ed il tipo di servizi erogati: c.d. "Dichiarazione di distacco preliminare". Ma ciò è bocciato dalla giurisprudenza: "Gli artt. 56 TFUE e 57 TFUE ostano ad una normativa di uno Stato membro che preveda, per un datore di lavoro avente sede in un altro Stato membro che distacca lavoratori sul territorio del primo Stato, l'invio di una previa dichiarazione di distacco, in quanto l'inizio del distacco previsto sia subordinato alla notifica, a detto datore di lavoro, di un numero di registrazione di tale dichiarazione e le autorità nazionali del primo Stato dispongano di un termine di cinque giorni lavorativi a partire dalla ricezione di essa per effettuare la notifica in parola". Questo è quanto stabilisce la Corte di giustizia Ue con la sentenza del 7 ottobre 2010 – C – 515/08.

Anche la direttiva 96/71 prevedeva una cooperazione in materia di informazione ed un dovere di informazione tra Stati membri i quali "designano uno o più uffici di collocamento o una o più istanze nazionali competenti e li comunicano agli altri Stati membri ed alla Commissione. Gli Stati membri prevedono una collaborazione tra le amministrazioni pubbliche che, conformemente alla legislazione nazionale, sono competenti per il controllo delle condizioni di lavoro e di impiego. L'assistenza amministrativa si effettua a titolo gratuito.

Ciascuno Stato membro adotta le misure adeguate affinché le informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione siano generalmente accessibili e affinché i lavoratori e/o i loro rappresentanti dispongano di procedure adeguate ai fini dell'osservanza degli obblighi previsti dalla direttiva."

Nel quadro normativo sopra delineato rientra la dichiarazione di intenti Italo-Francese siglata tra i Ministri del Lavoro Italiano e Francese a Torino, in data 15/02/2008, che determina le modalità della cooperazione bilaterale da porre in essere per contrastare il lavoro irregolare. Tale collaborazione si è concretizzata fino alla fine del 2008 con una fase sperimentale fatta di incontri bilaterali (tra i rappresentanti liguri del Ministero del lavoro ed i rappresentanti del Département du Travail des Alpes Maritimes – D.D.T.E.F.P.06 nonché rappresentanti di INPS, INAIL, URSSAF 06) e di scambio di informazioni, definendone le modalità, e di buone pratiche in campo ispettivo nonché studio delle modalità di controlli coordinati e concertati nei due versanti della frontiera fatta

parità tra uomini e donne di cui alla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e successive modificazioni ed integrazioni, e alle pari opportunità tra i sessi di cui alla Legge 10 aprile 1991, n. 125, e successive modificazioni ed integrazioni, i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro, anche attraverso contratti a contenuto formativo e contratti a orario modulato compatibili con le esigenze delle aziende e le aspirazioni dei lavoratori.

2. Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale.

salva la possibilità di intervento di osservatori dei servizi interessati nel rispetto delle autorità gerarchiche nazionali e intesi a tutelare i controlli medesimi da contestazioni delle parti controllate. La collaborazione si svilupperà nel settore delle politiche di lotta contro il lavoro irregolare e successivamente estesa anche ai controlli per assicurare la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro. L'ambito territoriale interessato comprende per la Francia le regioni Rhone-Alpes e Paca e per l'Italia le regioni Liguria, Piemonte e Valle d'Aosta.

Va, inoltre, segnalato che è stata siglata a Bucarest da Italia Lavoro con l'Agenzia nazionale per l'impiego della Romania-ANOFM (costituita nel 1998 ha acquisito la gestione di un'area amministrativa del Ministero del Lavoro e di una rete di uffici per il lavoro locali e regionali) un'intesa finalizzata a realizzare una cabina di regia per lo sviluppo di un programma di cooperazione in materia di lavoro e flussi migratori tra Romania ed Italia.

L'accordo mira alla promozione e diffusione di metodologie e pratiche innovative nel settore delle politiche attive del lavoro, puntando al rafforzamento dell'integrazione tra i servizi per la mobilità e i sistemi normativi per i flussi migratori, l'elaborazione di proposte di collaborazione e l'individuazione delle fonti di finanziamento, nazionali ed internazionali adeguate per la loro realizzazione.

Infine, non si può tacere che la Commissione Europea nella comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi – Massimizzare i vantaggi e le potenzialità garantendo la tutela dei lavoratori" del 17 giugno 2007, ha annunciato la propria intenzione di istituire un comitato di alto livello per sostenere ed assistere gli Stati membri nell'individuazione e nello scambio di buone prassi, per istituzionalizzare l'attuale gruppo informale di esperti governativi, definendo con maggiore precisione il suo ruolo, i suoi compiti e le sue responsabilità e per stabilire una partecipazione periodica delle parti sociali. Tale comitato risponde all'esigenza posta dalla direttiva 96/71CE, all'art. 4, che impone obblighi chiari in tema di cooperazione tra amministrazioni nazionali. Con decisione del 19 dicembre 2008 la Commissione ha dato seguito all'intento espresso nella comunicazione sopra indicata istituendo un comitato di esperti sul distacco dei lavoratori. Il Comitato dovrebbe, tra l'altro, essere incaricato di sostenere ed assistere gli Stati membri nell'individuazione e nello scambio di esperienze e di buone pratiche, promuovere lo scambio delle informazioni pertinenti, esaminare qualsiasi questione o difficoltà che possa sorgere nell'applicazione pratica della normativa sul distacco di lavoratori e nella sua attuazione concreta, e seguire da vicino i progressi conseguiti nel miglioramento sia dell'accesso alle informazioni che della cooperazione amministrativa, incluso lo sviluppo di un eventuale sistema per lo scambio elettronico delle informazioni.

Il comitato dovrebbe essere composto da esperti in rappresentanza delle autorità nazionali che in ciascuno Stato membro sono responsabili o incaricate, o coinvolte nell'attuazione, nell'applicazione e nel monitoraggio delle norme applicabili al distacco dei lavoratori nel quadro della fornitura di servizi. Tali esperti dovrebbero essere in grado di dare voce ad un ampio spettro di conoscenze, competenze ed esperienze in rappresentanza dei diversi settori interessati. Ai livelli appropriati ed in conformità del diritto e/o della prassi nazionali, nel comitato potrebbero essere rappresentati organi pubblici responsabili del controllo legislativo, quali gli ispettori del lavoro, nonché le parti sociali. Ciascuno Stato membro designa due rappresentanti per il comitato. Essi possono del pari nominare due supplenti. Al comitato in qualità di osservatori possono partecipare fino ad un massimo di venti membri tra cui: cinque rappresentanti delle organizzazioni dei datori di lavoro a livello comunitario, cinque rappresentanti delle organizzazioni dei lavoratori a livello comunitario, al massimo 10 rappresentanti delle parti sociali settoriali in ambiti che hanno un elevato tasso di ricorso a lavoratori distaccati (equamente suddivisi tra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori). E' inoltre consentita la partecipazione alle riunioni del comitato in qualità di osservatori di rappresentanti dei paesi SEE/EFTA, dell'Autorità di vigilanza EFTA, dei paesi candidati e della Svizzera.

Nell'ambito di una prestazione di servizi rientrano anche gli appalti di lavori edili. In questo campo vanno ricordati i **tre accordi** tra la **Cassa Edile** Italiana e le corrispondenti istituzioni di Austria, Francia e Germania (i primi due in vigore dal 1° ottobre 2008, mentre quello con la Germania dal 1° giugno 2008 con validità di due anni al fine di valutarne l'efficacia ma con proroga automatica di un anno se non c'è disdetta sei mesi prima).

L'Accordo quadro per il reciproco riconoscimento dei versamenti e per il reciproco esonero dei datori di lavoro con sede in Italia ed in Austria riguardo agli obblighi verso la Cassa Ferie in caso di distacco di lavoratori nell'altro Stato, del 27 giugno 2008 tra la Commissione Nazionale Paritetica per le Casse Edili (**CNCE**) e la Bauarbeiter-Urlaubs-und Abfertigungskasse (**BUAK**), prevede che la BUAK e la CNCE *“offrono ai datori di lavoro registrati direttamente presso i propri uffici o indirettamente tramite le rispettive casse edili competenti, la possibilità di effettuare per loro tramite denuncia preventiva del distacco di lavoratori nei confronti della Cassa del rispettivo Stato in cui avviene il distacco, autorizzando la Cassa dello Stato di provenienza a trasmettere i dati necessari. Per effetto di tale denuncia i datori di lavoro sono esentati dagli obblighi vigenti in Italia ed Austria, relativamente ai lavoratori che in detta denuncia sono elencati. In luogo di tali obblighi avverrà uno scambio reciproco di certificazioni.”* A questo punto, la Cassa competente dello stato di provenienza verifica, sulla base della denuncia preventiva, di cui sopra, che il datore di lavoro, all'epoca del distacco, sia regolarmente iscritto alla Cassa e abbia versato i contributi dovuti nello

stato di provenienza fino alla data del distacco (relativamente alle somme lorde totali dei salari denunciati). A seguito di tale verifica la Cassa dello Stato di provenienza rilascia quindi una dichiarazione a conferma del pagamento dei contributi dovuti dal datore di lavoro in base alle denunce mensili pervenute al momento del rilascio del certificato, inoltre allega un documento dal quale risulta che il datore di lavoro è soggetto alla corresponsione di tali contributi per il periodo di distacco dei lavoratori i cui nomi vengono elencati in appendice. La documentazione così prodotta viene trasmessa alla Cassa competente dello Stato in cui avviene il distacco e quest'ultima esonera il datore di lavoro dal pagamento dei contributi a lei spettanti per i lavoratori menzionati nell'allegato alla certificazione.

Qualora il datore di lavoro non assolva ai propri obblighi, la Cassa edile competente dello Stato di provenienza adotta tutte le iniziative opportune e necessarie previste per la riscossione dei contributi, mettendone al corrente la Cassa dello Stato in cui avviene il distacco.

Qualora la Cassa dello Stato di distacco venisse a conoscenza che un datore di lavoro ha distaccato lavoratori non riportati nell'allegato alla certificazione, messa a corrente la Cassa dello Stato di provenienza, potrà obbligare il datore di lavoro al versamento nello Stato in cui avviene il lavoro ed intraprendere tutte le iniziative giudiziarie e non previste nei casi di violazioni di carattere civile e amministrativo.

Contenuti e procedure molto simili a quelle descritte presentano gli altri due accordi¹⁴ con le Casse edili francesi e tedesche, con il fine di evitare una doppia contribuzione.

Per quanto riguarda la **sicurezza** nei cantieri si ricorda, infine, che a seguito della legge Biagi il *DISTACCANTE* ha alcuni obblighi generali contenuti nel DLGS n° 626/94, oggi T.U. 81/2008, tra cui: coordinamento e cooperazione con il distaccato (protocollo di distacco), informazione e formazione, nomina del medico competente (nei casi previsti), controllo del rapporto e intervento in caso di conoscenza di situazioni di pericolo per il lavoratore. Invece, il *DISTACCATARIO* deve occuparsi della valutazione dei rischi, dell'adeguamento dei luoghi di lavoro e delle attrezzature; della cooperazione e coordinamento con il distaccante, informazione e formazione sui rischi specifici, e della vigilanza¹⁵. Queste regole possono analogicamente ritenersi valide anche in caso di distacco in ambito U.E. con l'unica eccezione che la visita medica deve essere fatta dall'azienda

¹⁴ “Accordo relativo al riconoscimento reciproco, da parte delle casse congedi retribuiti del settore edile di Francia e d'Italia, del versamento dei contributi per congedi effettuato dalle imprese nello stato della loro sede sociale, per il rilascio di una dispensa di pagamento da parte della cassa dello stato di distacco” concluso il 17 giugno 2008 a Reggio Calabria tra la CNCE e la UCF (Union des Caisses de France du Réseau Congés Intempéries BTP) – “Accordo di base per il riconoscimento reciproco dei versamenti alle Casse del Paese di provenienza, effettuati dai datori di lavoro in caso di distacco di lavoratori”, del 18 aprile 2008, tra la CNCE e la Urlaubs – und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft/Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (SOKA-BAU) con sede in Wiesbaden, Repubblica Federale Tedesca;

¹⁵ Circ. Min. Lavoro nr. 28 del 24/06/2005, che richiama le Circolari Min. Lav. n. 58/1994 e n. 3 del 2004.

utilizzatrice poiché la stessa è strettamente connessa ai rischi specifici del luogo di lavoro in cui si svolge il distacco.

Il nuovo distacco alla luce dei regolamenti (Ce) n. 883/2004. n. 988/2009 e del Reg. di applicazione (Ce) n. 987/2009.

E' possibile che un datore di lavoro in uno Stato membro (lo Stato di invio) intenda mandare un proprio dipendente a lavorare in un altro Stato membro (lo Stato di occupazione). Questi dipendenti sono detti lavoratori distaccati.

Le ipotesi di distacco contemplate dal nuovo regime di sicurezza sociale disegnato dal Regolamento n. 883/04 all'art. 12 sono:

1) Il lavoratore che svolge un'**attività subordinata** in uno stato membro alle dipendenze di un datore di lavoro che **esercita abitualmente** le sue attività in tale Stato (cioè un'impresa che generalmente svolge **attività sostanziali** nel territorio dello Stato membro in cui è stabilita), può essere inviato in un altro Stato membro e rimanere soggetto alla legislazione del primo Stato se:

a) l'attività lavorativa dello Stato di destinazione sia svolta per conto del datore di lavoro da cui normalmente dipende (è necessario che il lavoratore mantenga per tutto il periodo del distacco un **legame diretto**, c.d. **organico**, col datore di lavoro distaccante, il quale dovrà, a sua volta, mantenere il potere-dovere di determinare le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e l'obbligo di corrispondere la retribuzione);

b) la durata prevedibile di tale attività non sia superiore a **ventiquattro (24) mesi**;

c) la **persona non venga inviata in sostituzione di un lavoratore che è giunto al termine del periodo massimo di ventiquattro mesi**. A tal fine, è ammesso assumere un lavoratore appositamente per essere distaccato, purché lo stesso lavoratore risulti essere già stato soggetto alla legislazione dello Stato in cui il datore di lavoro ha la propria sede. Tale condizione è soddisfatta se il lavoratore, prima dell'assunzione finalizzata al distacco, risulti iscritto al regime assicurativo dello Stato membro di provenienza da almeno un mese.

E' pertanto necessario che gli organi di controllo valutino l'esistenza dei parametri sopra indicati.

In particolare **quando si può dire che un datore di lavoro esercita abitualmente la sua attività in un determinato** Stato membro perché vi svolge attività sostanziali: nel caso in cui le attività dell'impresa siano limitate alla gestione interna, non si potrà affermare che l'impresa eserciti abitualmente le sue attività in quello Stato membro. Ai fini di stabilire se un'impresa eserciti attività sostanziali è necessario esaminare tutti i criteri che caratterizzano le attività svolte dall'impresa in questione.

Tali criteri devono essere adeguati alle caratteristiche proprie di ogni impresa e alla reale natura delle attività esercitate.

L'esistenza di attività sostanziali nello Stato d'invio può essere determinata attraverso una serie di fattori oggettivi e i seguenti sono di particolare importanza. **È importante notare che non si tratta di un elenco esaustivo poiché occorre adattare i criteri a ogni caso specifico e tener conto della natura delle attività svolte dall'impresa nello Stato in cui ha sede. Potrebbe inoltre essere necessario prendere in considerazione altri criteri adeguati alle caratteristiche proprie dell'impresa e alla reale natura delle attività svolte da tale impresa nello Stato in cui ha sede:**

il luogo in cui si trova la sede e l'amministrazione dell'impresa di invio;

la quantità di personale amministrativo dell'impresa di invio che lavora nello Stato membro di stabilimento e nell'altro Stato membro – la presenza del solo personale amministrativo nello Stato d'invio esclude *di per sé* che le disposizioni in materia di distacco possano essere applicate all'impresa;

il luogo di assunzione del lavoratore distaccato;

il luogo in cui è conclusa la maggior parte dei contratti con i clienti;

la legislazione applicabile ai contratti stipulati dall'impresa di invio con i clienti e con i dipendenti;

il numero di contratti eseguiti nello Stato d'invio e nello Stato di occupazione;

il fatturato raggiunto dall'impresa di invio nello Stato d'invio e nello Stato di occupazione durante un periodo da considerare tipico (ad es. un fatturato pari a circa il 25% del fatturato totale nello Stato d'invio potrebbe essere considerato un indicatore sufficiente, mentre in caso di fatturato inferiore al 25% sarebbero giustificati maggiori esami. In linea di principio, il fatturato può essere valutato sulla base dei bilanci pubblicati dell'impresa relativi ai 12 mesi precedenti. Nel caso di un'impresa di recente costituzione sarebbe tuttavia più appropriato prendere in considerazione il fatturato raggiunto dall'inizio delle attività ovvero un periodo più breve ma significativo);

il tempo trascorso dalla costituzione di un'impresa nello Stato d'invio.

E' evidente che se tali elementi assumono un peso preponderante in uno Stato diverso da quello in cui ha sede l'impresa, non potrà essere rilasciato a tale impresa il formulario A1 per i lavoratori inviati nello Stato in cui si svolge la maggior parte della sua attività.

Ad esempio non potrà ottenere il formulario A1 l'azienda edile che svolge nello Stato in cui ha sede attività di mera gestione amministrativa, mentre in realtà realizza esclusivamente all'estero i lavori di costruzione che costituiscono l'oggetto sociale primario dell'azienda.

Un altro esempio che si riscontra sempre più spesso sul nostro territorio è il caso di una agenzia di somministrazione rumena che distacca in Italia lavoratori rumeni, con contributi versati in Romania

e salario rumeno integrato, al fine di raggiungere il minimo salariale INPS, con un'indennità che consiste nella differenza tra la paga giornaliera rumena e quella italiana.

Nella valutazione delle attività sostanziali nello Stato d'invio, infatti, è altresì necessario che le istituzioni verifichino che **il datore di lavoro che richiede il distacco sia l'effettivo datore di lavoro** dei lavoratori coinvolti (legame organico). Questo aspetto è particolarmente importante nel caso in cui un datore di lavoro impieghi sia personale permanente che lavoratori interinali.

Ad esempio:

La società A dello Stato membro X ha ricevuto l'incarico di eseguire dei lavori edili nello Stato membro Y. La durata prevista dei lavori è di due mesi. Oltre ai sette membri del proprio personale permanente, la società A ha bisogno di inviare nello Stato membro Y tre lavoratori temporanei reperiti dall'agenzia interinale B; questi lavoratori temporanei hanno già collaborato con la società A. Quest'ultima chiede all'agenzia interinale B di distaccare i tre lavoratori temporanei nello Stato membro Y insieme ai suoi sette dipendenti.

Fermo restando il rispetto di tutte le altre condizioni in materia di distacco, i lavoratori interinali, così come i membri del personale permanente, continueranno a essere soggetti alla legislazione dello Stato membro X. Ovviamente il datore di lavoro dei lavoratori temporanei è l'agenzia interinale B.

In altri casi, le norme sul distacco dei lavoratori possono riguardare una **persona che viene assunta per essere distaccata in un altro Stato membro**. I regolamenti impongono tuttavia che una persona distaccata in un altro Stato membro rimanga soggetta al sistema di sicurezza sociale dello Stato membro in cui il datore di lavoro è stabilito immediatamente prima dell'inizio del rapporto di lavoro (art. 14 par. I del reg. (CE) n. 987/2009). Un periodo di almeno **un mese** può essere considerato sufficiente a soddisfare suddetto requisito, mentre periodi più brevi richiederanno una valutazione caso per caso che tenga conto di tutti gli altri fattori in causa (decisione A2 della Commissione Amministrativa). L'occupazione presso qualsiasi datore di lavoro nello Stato d'invio soddisfa questo requisito. Non è necessario che durante questo periodo la persona abbia lavorato per il datore di lavoro che ne ha richiesto il distacco. Tale condizione viene inoltre soddisfatta da studenti, pensionati o persone assicurate in virtù della residenza e soggette al sistema di sicurezza sociale dello Stato d'invio.

Tutte le normali condizioni applicabili al distacco dei lavoratori in generale vengono applicate anche a questi lavoratori.

Al fine di chiarire il significato dell'espressione “soggetti al sistema di sicurezza sociale "immediatamente prima" dell'inizio del rapporto di lavoro”, si riportano gli esempi contenuti nella “Guida Pratica” predisposta dalla Commissione Europea:

a) Il 1° giugno il datore di lavoro A con sede nello Stato membro A distacca, tra gli altri, i lavoratori X, Y e Z nello Stato membro B per un periodo di dieci mesi allo scopo di svolgere un'attività lavorativa per suo conto.

b) Il lavoratore X inizia il rapporto di lavoro con il datore di lavoro A il 1° giugno.

Immediatamente prima dell'inizio della sua occupazione, il lavoratore viveva nello Stato membro A ed era soggetto alla sua legislazione in quanto iscritto a un corso universitario.

c) Anche il lavoratore Y inizia il rapporto di lavoro con il datore di lavoro A il 1° giugno. Immediatamente prima dell'inizio della sua occupazione viveva nello Stato membro A; era un lavoratore frontaliero e pertanto soggetto alla legislazione dello Stato membro C.

d) Anche il lavoratore Z inizia il rapporto di lavoro con il datore di lavoro A il 1° giugno, ma lavorava nello Stato membro A dal 1° maggio. A causa di questo impiego era soggetto alla legislazione dello Stato membro A. Tuttavia, immediatamente prima del 1° maggio, il lavoratore Z era stato soggetto alla legislazione dello Stato membro B per dieci anni a causa di un rapporto di lavoro.

Soluzione: uno dei requisiti necessari per la continuazione dell'applicazione della legislazione dello Stato d'invio è che il lavoratore sia stato soggetto alla legislazione in materia di sicurezza sociale dello Stato d'invio immediatamente prima del suo distacco. Non è tuttavia necessario che il lavoratore sia stato impiegato nell'impresa di invio immediatamente prima del suo distacco. I lavoratori X e Z erano soggetti alla legislazione dello Stato membro A immediatamente prima del 1° giugno e pertanto soddisfano il requisito necessario alla continuazione dell'applicazione della legislazione dello Stato d'invio a tal riguardo. Il lavoratore Y era tuttavia soggetto alla legislazione dello Stato membro C immediatamente prima del 1° giugno. Non essendo soggetto alla legislazione dello Stato d'invio immediatamente prima del suo distacco, in linea di principio sarà soggetto alla legislazione dello Stato membro B, in cui effettivamente svolge la propria attività lavorativa.

Ci può essere poi il caso che **una persona distaccata lavori, in momenti diversi o nello stesso periodo, in più imprese nello stesso Stato membro di occupazione**, non esclude l'applicazione delle disposizioni in materia di distacco. In questo caso l'elemento essenziale è che il lavoro deve continuare ad essere svolto per conto dell'impresa di invio. Di conseguenza, è sempre necessario accertare l'esistenza e la persistenza del legame organico tra il lavoratore distaccato e l'impresa di invio durante tutto il periodo di distacco.

Distacchi consecutivi presso diversi Stati membri sono comunque considerati nuovi distacchi ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004. Le disposizioni in materia di distacco non vengono applicate nel caso di persone normalmente impiegate in più Stati membri simultaneamente. Tali situazioni dovrebbero essere disciplinate dall'articolo 13 del regolamento di base.

2) Tenendo in considerazione le caratteristiche specifiche del contratto di apprendistato, l'**apprendista**, in linea di principio, non potrebbe rientrare nel campo di applicazione delle norme in materia di distacco. L'apprendistato si realizza mediante un contratto di lavoro subordinato a contenuto formativo per cui, a fronte della prestazione lavorativa, il datore di lavoro si obbliga a corrispondere all'apprendista non solo una controprestazione retributiva, ma, altresì, gli insegnamenti necessari per il conseguimento di una qualifica professionale, di una qualificazione tecnico professionale o di titoli di studio di livello secondario, universitario o di specializzazione. La caratteristica peculiare dell'apprendistato è, pertanto, la funzione formativa a cui è tenuto il datore di lavoro nei confronti del lavoratore. La legge nel disciplinare le singole tipologie di apprendistato, prevede, tra gli adempimenti a carico del datore di lavoro, anche la registrazione nel libretti formativo della formazione effettuata e la presenza di un tutor aziendale con formazione e competenze adeguate. Viene da sé, dunque, che l'ipotesi del distacco dei lavoratori apprendisti non pare compatibile, in particolare modo, con l'obbligo formativo imposto al datore di lavoro, a meno che il progetto formativo specifico non contempli la necessità di completare la qualificazione professionale del giovane attraverso una esperienza di studio teorico-pratica in altro Stato membro. In tali casi, la certificazione del distacco potrà essere rilasciata solo se l'esercizio dell'attività all'estero rientri nel programma di formazione, con l'obbligo per il datore di lavoro di fornire idonea documentazione comprovante la continuazione dell'attività formativa all'estero secondo le modalità previste dalla normativa italiana (registrazione delle ore, presenza di un tutor, ecc).

3) Anche la persona che svolge un'**attività autonoma** o ad essa assimilata, per i quali si parla impropriamente di distacco, in quanto nessuno li invia presso altra azienda ma si trasferiscono all'estero di propria iniziativa, che si reca a lavorare in un altro Stato membro, può rimanere soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui abitualmente svolge tale attività per un periodo massimo di 24 mesi. Da notare che nel periodo in cui svolge temporaneamente un'attività in un altro Stato membro, il lavoratore autonomo deve continuare a soddisfare nello Stato membro di provenienza i requisiti richiesti per l'esercizio della sua attività, al fine di poterla riprendere al suo ritorno. Pertanto, nello Stato di provenienza devono essere mantenute tutte le condizioni e gli

elementi che, in relazione alla natura dell'attività esercitata, sono indispensabili per la ripresa dell'attività stessa al termine del periodo di distacco (uffici, infrastrutture, macchinari, ecc). Altro limite imposto al lavoratore autonomo che si sposta per lavoro nell'ambito UE, al fine di rimanere soggetto alla legislazione dello Stato da cui proviene, è quello che impone lo svolgimento di un'attività per natura simile (affine) a quella esercitata nel primo Stato membro. Il criterio per determinare se l'attività che il lavoratore autonomo si reca a svolgere in un altro Stato membro sia "affine" all'attività lavorativa autonoma abitualmente esercitata, deve far riferimento all'effettiva natura dell'attività e non alla qualificazione di attività subordinata o autonoma attribuita eventualmente a tale attività dall'altro Stato membro. Secondo l'INPS, inoltre, il lavoratore autonomo che intende prestare temporaneamente la sua opera in un altro Stato della UE, è tenuto a richiedere la certificazione di regolarità contributiva (DURC). Ciò al fine di evitare una lesione del principio di parità di trattamento a cui si ispirano le disposizioni comunitarie. Pertanto, anche nel caso di lavoratore autonomo che si reca temporaneamente in un altro Stato membro, l'INPS prima di rilasciare la certificazione di distacco, dovrà verificare se l'interessato soddisfa tutti i requisiti di regolarità contributiva richiesti per il rilascio del DURC.

In tema di DURC, infine, si ricorda che la Direzione Generale per l'Attività ispettiva del Ministero del lavoro con l'interpello n. 24 del 3 settembre 2007 in materia di DURC (documento unico di regolarità contributiva) concluse che: "mentre per le imprese extra comunitarie che operano nel territorio nazionale può affermarsi l'obbligo di iscrizione alle Casse Edili, per quelle comunitarie tale obbligo sussiste soltanto qualora le stesse non abbiano già posto in essere, presso un organismo pubblico o di fonte contrattuale, quegli adempimenti finalizzati a garantire gli stessi standard di tutela derivanti dagli accantonamenti imposti dalla disciplina contrattuale vigente nel nostro Paese".

4) Distacco dei lavoratori iscritti alla gestione separata:

I nuovi regolamenti in materia di legislazione applicabile prevedono disposizioni per le persone che esercitano un'attività subordinata o autonoma, ma naturalmente, non contemplano norme specifiche da applicare ai lavoratori iscritti alla gestione separata. Ma poiché l'articolo 1 del regolamento di base definisce come attività subordinata o autonoma anche attività che sono ad esse assimilate in base alla legislazione dello Stato membro, i criteri da utilizzare per la determinazione della legislazione da applicare ai lavoratori in argomento non subiscono menomazioni di alcun genere. Ne deriva, per esempio, che gli iscritti alla gestione separata dovranno ritenersi assimilati, dal punto di vista previdenziale:

A. ai lavoratori dipendenti i soggetti titolari dei seguenti tipi di rapporto:

- Collaboratore coordinato e continuativo (con contratto a progetto/ programma di lavoro fase di esso);
- Collaborazioni occasionali (c.d. “mini cococo” ex articolo 61, c.2 Decreto legislativo n. 276/2003);
- Collaborazioni coordinante e continuative dei titolari di pensioni di vecchiaia o ultrasessantacinquenni;
- Associato in partecipazione con apporto di solo lavoro; Volontari del servizio civile.

B. ai lavoratori autonomi i soggetti titolari dei seguenti tipi di rapporto:

- Amministratore, sindaco, revisore di società, associazioni e altri enti con o senza personalità giuridica, liquidatore di società;
- Collaboratore di giornale, riviste, enciclopedia e simili;
- Partecipante a collegi e commissioni;
- Venditore porta a porta;
- Rapporti occasionali autonomi (legge n.326/2003);
- Tutti i liberi professionisti per i quali non è prevista alcuna Cassa previdenziale obbligatoria.

I libri obbligatori e le buste paga nella prestazione di servizi transnazionale.

La Commissione Europea, nel documento di lavoro allegato al testo della Comunicazione COM(2007)304 def. , effettua una ricognizione della legislazione applicabile in materia di distacco e appalti nei diversi Paesi. In relazione all'Italia, con riferimento ai libri obbligatori, libro matricola e libro paga (oggi Libro Unico), la Commissione dà per assodato che l'obbligo si estenda anche ai fornitori di servizi che operano in regime di distacco.

Di fatto questa ricognizione normativa non appariva applicabile, almeno con riferimento al distacco ex art.14 reg. Cee 1408/71. Infatti, nel diritto italiano la tenuta e la vidimazione dei libri obbligatori, oggi Libro Unico, è subordinata alla soggezione all'iscrizione all'INAIL (artt. 20 e 26 D.P.R. 1124/1965 abrogati dal d.l. 112/2008 istitutivo del Libro unico) o nei casi di aziende che non siano soggette alla copertura assicurativa INAIL, in via residuale all'iscrizione all'INPS (art. 134, r.d. n. 1422/1924).

Pertanto, le aziende comunitarie che operano in Italia in quanto stabilite nel nostro territorio sono soggette agli obblighi contributivi ed assicurativi del territorio di esecuzione della prestazione

lavorativa (*lex loci laboris*), e di conseguenza sono anche soggette alla regolare tenuta dei libri obbligatori.

Tuttavia, **nel caso di distacco** ai sensi dell'art. 12 reg. 883/2004, poiché è escluso dalla norma l'assoggettamento all'iscrizione agli enti previdenziali ed assicurativi italiani, le aziende dei Paesi membri diversi dall'Italia non sono di fatto soggette alla tenuta del libro unico nei modi previsti dalla legge (decreto legge 112 del 2008 artt. 39 e 40).

Ai fini ispettivi l'assoluta mancanza della documentazione obbligatoria può di fatto rendere impossibile la lotta al lavoro nero e la verifica del rispetto delle norme giuslavoristiche a cui le aziende comunitarie sono comunque tenute (art. 3 c.1 d.lgs n.72/2000).

La dottrina e la giurisprudenza comunitaria si sono occupati di questo problema nella vigenza delle norme che riguardavano i libri matricola, paga e presenze. Le **sentenze** della Corte di Giustizia europea **C-369 e C376/96**, c.d. sentenza *Arblade*, hanno affermato la legittimità dell'applicazione delle norme nazionali di tenuta di registrazioni e libri obbligatori ai fini del controllo delle norme sul lavoro da parte delle autorità nazionali del Paese ospitante, sempre che tali obblighi non costituiscano di fatto una duplicazione di quanto già in possesso dell'azienda secondo le norme del paese d'origine. Il criterio seguito dalla Corte di Giustizia è quello di consentire il controllo evitando una doppia imposizione di obblighi all'azienda, cosa che, di fatto, costituirebbe una sorta di "barriera" alla libera circolazione dei servizi, e comunque un ingiustificato costo aggiuntivo per l'azienda, di fatto configurabile come lesivo del principio di libera concorrenza. Il criterio di valutazione in merito al divieto di doppia imposizione di obblighi analoghi tra Paesi membri è per la Corte di Giustizia quello sostanziale. Ciò significa che la documentazione esistente secondo la legge del paese membro di provenienza deve di fatto consentire il controllo agli organi di vigilanza del Paese ospitante, nonostante eventuali differenze formali nella redazione e nel contenuto dei documenti.

Questi criteri, ripresi e ribaditi anche dalla Commissione europea, che in data 4 aprile 2006 ha pubblicato un documento ricognitivo della normativa europea in materia denominato: "Orientamenti riguardanti il distacco di lavoratori effettuato nel quadro di una prestazione di servizi" (COM (2006) 159 def.), possono applicarsi anche alla luce della vigente legge istitutiva del Libro unico, fermo restando che in Italia l'azienda che non ha posizioni Inail aperte non ha l'obbligo di tenuta del libro unico, quindi non ce l'ha in caso di distacco.

Per quanto sopra, nei casi di prestazione di servizi transnazionale di aziende comunitarie, **l'organo ispettivo in sede di verifica** deve in primo luogo richiedere ed analizzare la documentazione obbligatoria esistente ai sensi della legislazione del Paese d'origine, e nel caso in cui nella sostanza la documentazione esibita non consenta in tutto o in parte di eseguire i controlli sull'applicazione

degli istituti legali e contrattuali o contributivi (attestati per i distacchi dal modello A1), la dottrina¹⁶, nella vigenza dei libri matricola e paga, ha ipotizzato che l'ispettore possa emettere una *disposizione* ai sensi dell'art. 14 d.lgs 124/04, in combinato disposto con l'art. 3 c. 3 d.lgs 72/2000, con la Comunicazione della Commissione delle Comunità europee n. 159 del 4 aprile 2006 e con la causa **C-244/04**, Commissione c. Repubblica Federale di Germania.

Quest'ultima sentenza espressamente consente alle autorità del Paese ospitante di richiedere una dichiarazione, addirittura preventiva, in materia di salari e di condizioni di impiego, al fine di verificare il fatto che i lavoratori distaccati non siano soggetti ad un regime giuridico meno favorevole rispetto a quello applicabile nello Stato membro in cui vengono distaccati. Infatti la sentenza di cui trattasi così recita: “la dichiarazione preventiva, completata dalle pertinenti informazioni in materia di salari e di condizioni di impiego, costituirebbe uno strumento meno restrittivo per quanto riguarda la libertà di prestazione dei servizi, che consente allo stesso tempo alle autorità locali di assicurarsi che i lavoratori distaccati non siano soggetti ad un regime meno favorevole di quello applicabile nello Stato membro in cui vengono distaccati.”

La Commissione delle Comunità Europee, a sua volta, dispone che: “l'obbligo di tenere alcuni documenti sociali sul luogo di lavoro risulta autorizzato se tali documenti sono giustificati, come ad esempio nel caso degli estratti delle ore lavorate o dei documenti relativi alle condizioni di salute e di sicurezza sul luogo di lavoro”.

Tutto ciò ha spinto parte della dottrina a ritenere giustificata, sul piano del diritto comunitario ed interno, che ne recepisce i contenuti, l'adozione, da parte del personale ispettivo, di una *disposizione*, ex art. 14 d.lgs 124/04, che, malgrado il limite di non consentire una regolazione preventiva degli obblighi dell'azienda comunitaria che opera in Italia, operando *pro futuro*, permetterebbe, in caso di inadempimento, di applicare la sanzione prevista dal d.lgs 124/04¹⁷ che, in caso di inosservanza delle disposizioni legittimamente impartite dall'ispettore del lavoro, è la sanzione amministrativa da euro 515 a euro 2580, fatti salvi i casi in cui la legislazione speciale non preveda una diversa sanzione.

Nel merito applicativo di un eventuale provvedimento dispositivo si ritiene che esso sia configurabile sia nel caso di contratti di appalto che di fornitura, e che l'ispettore del lavoro debba verificare la documentazione presente, tra cui certamente i modelli E101 ai fini previdenziali. Qualora poi in concreto non esistesse la possibilità di verificare con certezza il numero e l'identità di tutti i lavoratori interessati ed il rispetto degli adempimenti retributivi con l'applicazione di minimi salariali non inferiori a quelli previsti dai CCNL italiani, a causa della mancanza di un documento equivalente al libro Unico, e non si potesse controllare il rispetto della normativa sull'orario di

¹⁶ Tesi sostenuta in particolare dai ricercatori dell'ADAPT e nello specifico dal dott. Davide Venturi.

¹⁷ In base al combinato disposto dell'art.11 D.P.R. 520/1955 e dell'art. 1 c. 1177 L. 296/06 (Finanziaria 2007);

lavoro, a causa della mancanza di un sistema di rilevazione delle presenze, l'ispettore potrebbe emanare una *disposizione* che obblighi l'azienda, per consentire i dovuti controlli, a predisporre una documentazione corrispondente alle scritture richieste dalla legge che, per maggiore sicurezza avverso falsificazioni e abusi, in mancanza di una vidimazione INAIL o INPS, potrebbe essere vidimata dalla Direzione Provinciale del lavoro competente.

Una tale soluzione corrisponderebbe a quanto auspicato dal diritto comunitario in materia di controlli sulle aziende, nel rispetto del fondamentale principio del Trattato istitutivo di libera circolazione dei servizi, non violando sul piano del diritto interno il principio di legalità.

Pur tuttavia, la tesi esposta appare a chi scrive, ed a chi applica operativamente le norme lavoristiche, fortermente criticabile. Infatti, alla base dei controlli da effettuare in merito ad un distacco in ambito UE, la base da cui partire per dare all'ispezione solide radici è data dalla **cooperazione** con le autorità preposte alla vigilanza in materia lavoristica e contributiva nei diversi paesi dell'Unione. La necessità, dai più auspicata, di stipulare accordi internazionali di cooperazione tra i ministeri del lavoro e gli enti previdenziali delle diverse Nazioni comunitarie, non rappresenta una *condicio sine qua non* per poter operare in sede ispettiva, in quanto patrimonio comune a tutti gli enti di controllo e di certificazione sono le regole comunitarie da cui prendere le mosse. Gli eventuali accordi bilaterali possono meglio precisare ed istituzionalizzare modalità operative di comunicazione e collaborazione ma la loro mancanza non può ostacolare l'attività ispettiva che ha già mezzi normativi idonei a permettere il dialogo e la comunicazione con gli enti previdenziali ed ispettivi degli Stati membri.

Infatti, nel caso in cui l'ispettore si trovasse dinanzi ad un lavoratore distaccato da azienda comunitaria egli deve partire da un controllo formale, consistente nel verificare se il soggetto è munito di un modello A1 (che sostituisce il vecchio E101 ed E102), a cui deve seguire il controllo sostanziale della sussistenza dei presupposti per il rilascio del modello A1 e qualora tale certificazione non fosse in possesso del distaccato, verificare se vi sono le condizioni per richiedere l'A1 in corso d'opera, come meglio sarà spiegato nel paragrafo successivo. Tra questi presupposti, indicativi della genuinità e regolarità del distacco, il più importante è la sussistenza di un **legame organico** tra impresa distaccante e lavoratore distaccato. Tale rapporto consiste nel mantenimento da parte dell'azienda dello stato di provenienza del potere di determinare la "natura" del lavoro svolto dal soggetto distaccato, intendendo non certo la facoltà di delineare nei minimi dettagli il tipo di lavoro da svolgere e le relative modalità di svolgimento, ma quella più generale di decidere il prodotto finale da ottenere ovvero il servizio fondamentale da garantire. Inoltre, il legame organico non può prescindere dalla verifica che esso discenda e permanga tra le stesse persone le cui volontà sono confluite nella stipula del contratto di lavoro e sia sorto proprio in dipendenza di

quell'incontro delle volontà negoziali che hanno condotto al provvedimento di assunzione (pertanto l'ispettore deve verificare la sussistenza ed i contenuti del contratto di lavoro del distaccato). Ciò implica che il potere di risoluzione del contratto di lavoro che si realizza con il licenziamento sia attribuito esclusivamente all'impresa distaccante. Infine, il legame organico implica che l'obbligo della retribuzione è a carico dell'impresa che ha concluso il contratto e, quindi, prescinde dalla considerazione di chi materialmente provveda alla erogazione della retribuzione al lavoratore.

Per quanto riguarda la presenza di un sistema di rilevazione delle presenze del distaccato, del suo inquadramento nell'organico dell'impresa distaccante e la verifica delle buste paga, non pare, a chi scrive, plausibile la tesi della disposizione che ordina all'azienda straniera di istituire un libro *ad hoc* sul nostro territorio, in quanto non pare in linea con le nuove linee guida dell'azione ispettiva (non perseguire le irregolarità formali ma accertare le forme di elusione) e con i principi comunitari (ribaditi anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia su riportata) di evitare una doppia imposizione di obblighi all'azienda, cosa che, di fatto, costituirebbe una sorta di "barriera" alla libera circolazione dei servizi, e comunque un ingiustificato costo aggiuntivo per l'azienda, di fatto configurabile come lesivo del principio di libera concorrenza. Pertanto, appare procedura più idonea quella di **richiedere notizie** all'azienda distaccante, ex art. 4 L. 628 del 1961 (norma il cui rispetto è incentivato dalla sanzione penale che contempla), dati presenti nei libri obbligatori tenuti nello Stato di provenienza che anche se ripetuti su un modello italiano sarebbero per l'ispettore non verificabili e pertanto inutili. Solo la cooperazione ed i controlli incrociati con gli ispettori degli altri stati membri possono condurre a risultati rilevanti.

Qualora tali controlli conducessero l'ispettore ad avere dubbi sulla regolarità del distacco, il funzionario può, in prima battuta, tramite la DPL di appartenenza chiedere chiarimenti all'ente previdenziale del paese membro che è competente per il rilascio del modello A1 e perciò dei controlli che stanno a monte del rilascio stesso. Se tra gli organi di controllo e previdenziali sorgono delle controversie interpretative, a causa dell'adozione di criteri diversi, sulla sussistenza o meno, nel caso concreto, di un distacco genuino, la controversia sarà risolta dalla Commissione amministrativa per la sicurezza dei lavoratori migranti dell'UE.

Resta tuttavia l'obbligo per l'**azienda utilizzatrice** (distaccataria) che opera sul nostro territorio nazionale, in analogia con quanto stabilito dalla legge 133 del 2008 per i lavoratori in somministrazione o distacco in Italia, di registrare sul proprio LUL i dati identificativi di tali lavoratori (nome, cognome, codice fiscale, qualifica e livello di inquadramento contrattuale, agenzia di somministrazione). La registrazione può essere fatta solo all'inizio ed alla fine del periodo di utilizzo ovvero in tutti i mesi.

De jure condendo, non si può non rilevare come in materia di accesso delle aziende comunitarie in Italia per fornire prestazioni di servizi transnazionali, il nostro Paese registri un vuoto normativo da colmare con una legge che precostituisca precisi obblighi in capo alle aziende comunitarie che intendono operare temporaneamente in Italia, tutelando così anche la concorrenza senza trasformarla in una concorrenza sui livelli di tutela dei lavoratori.

I problemi su indicati non si pongono per le aziende comunitarie regolarmente stabilite in Italia (es. lavoratori distaccati da azienda straniera in Italia nell'ambito del medesimo gruppo d'impresa), in quanto l'azienda distaccataria opera in pieno regime di applicazione del diritto italiano, per cui il lavoratore distaccato va inserito nelle normali scritture già tenute dall'azienda.

Poiché il rapporto di lavoro del distaccato si instaura in un Paese diverso dall'Italia, in questo caso non si applicano le norme relative alla comunicazione di assunzione ed alla consegna della lettera di assunzione (ex art. 4 bis c. 2, decreto legislativo n. 181/2000).

La retribuzione dovuta ai lavoratori comunitari operanti in Italia è quella prevista dai contratti collettivi applicati in Italia. Questo principio è stabilito, in via generale, dall'art. 57 l. 218/94, in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione di Roma del 1980, fatto che non subisce eccezioni in caso di distacco per le retribuzioni dei distaccati, come previsto dall'art. 3 c.1 d.lgs 72/2000.

Inoltre, nell'ambito del distacco transnazionale intracomunitario, vige la regola della responsabilità solidale tra impresa distaccante e impresa distaccataria, come previsto dall'art. 3 c.3 d.lgs 72/2000.

La Commissione Europea con il documento COM(2007)304 def. stabilisce che: "Gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire che le retribuzioni minime, ove pertinenti, siano applicate dai datori di lavoro che forniscono servizi all'interno del proprio territorio, indipendentemente dal Paese di stabilimento del datore di lavoro, e la legislazione comunitaria non proibisce agli Stati membri di applicare tali norme utilizzando gli strumenti appropriati".

Distacco e previdenza.

Le problematiche insite all'istituto del distacco del lavoratore in un paese estero sono essenzialmente di natura previdenziale. Infatti, secondo quanto statuito dalle norme comunitarie, il lavoratore che si sposta nell'ambito dell'Unione Europea deve essere assoggettato ad un'unica legislazione di sicurezza sociale, salvo eccezioni esplicitamente previste.

In base ai regolamenti, il regime di sicurezza sociale applicabile a chi si sposta da uno Stato membro a un altro per ragioni professionali è generalmente quello stabilito dalla legislazione dello Stato membro del nuovo impiego.

Al fine di promuovere al massimo la libera circolazione dei lavoratori e dei servizi per evitare inutili e costose complicazioni amministrative e di altro tipo che non sarebbero nell'interesse di lavoratori, società e amministrazioni, le disposizioni comunitarie in vigore consentono alcune deroghe al principio generale di cui sopra.

La prima tra queste deroghe è l'obbligo di mantenere il collegamento di un lavoratore al regime di sicurezza sociale dello Stato membro in cui opera abitualmente l'impresa che lo impiega (lo Stato d'invio), ogni qualvolta il lavoratore interessato sia inviato da tale impresa in un altro Stato membro (lo Stato di occupazione) per un periodo di tempo prestabilito (non superiore a 24 mesi) **qualora si verifichino e permangono determinate condizioni.**

Tali situazioni – che esonerano dal pagamento di contributi assicurativi nello Stato di occupazione – meglio note come **distacco dei lavoratori**, sono regolate dall'articolo 12 del regolamento n. 883/2004.

Analoga opportunità è concessa per i distacchi di lavoratori subordinati a bordo di una nave battente bandiera diversa da quella dello Stato alla cui legislazione tali lavoratori sono di norma assoggettati, mentre per gli autonomi il lavoro svolto a bordo si considera fatto per lo Stato di bandiera della nave (**Reg. 883/2004, art. 11, 4**).

L'art. 12 del Regolamento 883/04 così recita: “La persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccata, per svolgervi un lavoro per suo conto, in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona.”

E al n. 2: “ La persona che esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma in uno Stato membro e che si reca a svolgere un'attività affine in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro, a condizione che la durata prevedibile di tale attività non superi i ventiquattro mesi”.

In questa accezione il termine distacco si riferisce tanto a prestazioni di servizi resi oltre confine da parte di un occupato nei confronti dell'Impresa a cui è subordinato, sia alla analoga attività all'estero svolta da un imprenditore autonomo, da cui il problema appare connesso a quello degli appalti all'estero (contratto d'opera).

In base a quanto previsto dal Regolamento, un lavoratore è considerato in distacco regolare quando l'impresa che opera in uno Stato membro e dalla quale tale lavoratore dipende normalmente, lo invii

nel territorio di un altro Stato membro per svolgervi un lavoro per conto della medesima impresa e sempreché la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e il lavoratore non sia inviato in sostituzione di un altro giunto al termine del suo periodo di distacco.

Ne consegue che gli elementi distintivi ed irrinunciabili che certificano la genuinità di un distacco sono:

- A) la **temporaneità dell'invio**;
- B) la circostanza che **l'invio non avvenga in sostituzione di altro lavoratore**;
- C) il permanere, durante tutto il periodo del distacco, del **rapporto di dipendenza rispetto all'impresa distaccante**;
- D) la circostanza che il **lavoro sia svolto per conto e nell'interesse dell'impresa distaccante**;

gli elementi indicati alle lettere C e D sono quelli che costituiscono la causa più frequente di perplessità interpretative ed applicative.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia Europea, ripresa dalla decisione della CASSTM n° 181 del 13/12/2000, i predetti elementi distintivi devono considerarsi sussistenti quando esista e permanga, durante l'intero periodo del distacco, un **legame organico**¹⁸ tra impresa distaccante e lavoratore distaccato. L'impresa distaccante, responsabile dell'assunzione del lavoratore, ed il cui contratto era e continua ad essere applicabile durante tutto il periodo di distacco alle parti coinvolte nella sua redazione poichè esso deriva da contrattazioni che hanno condotto all'assunzione (tanto che il potere di risolvere il contratto di lavoro (licenziamento) deve rimanere prerogativa esclusiva dell'impresa "di invio"), deve mantenere la possibilità di determinare la natura del lavoro cui è tenuto il lavoratore "distaccato", conservando il potere di decisione sul prodotto finale da ottenere, ovvero sul servizio fondamentale da garantire, pur non definendo nel dettaglio il tipo di lavoro da svolgere o le relative modalità di svolgimento.

Inoltre, la responsabilità della retribuzione del lavoratore spetta all'impresa che ha concluso il contratto di lavoro. Ciò non pregiudica la possibilità che il datore di lavoro nello Stato d'invio e l'impresa nello Stato di occupazione giungano a un accordo sulle effettive modalità di pagamento del lavoratore e l'impresa di invio conserva il potere di imporre provvedimenti disciplinari a carico del lavoratore.

Qualora dovessero mancare gli indicati presupposti del distacco, in particolare il distaccato si trovasse soggetto alle direttive dell'impresa presso cui è distaccato, si configurerebbe una **mera fornitura di manodopera**.

¹⁸ Circolari INPS n. 28 del 1998 e n. 173 del 2002, concetto ribadito dalla Circolare INPS n. 83 del 01/07/2010.

Al fine di certificare il regime previdenziale applicabile in caso di distacco all'estero le Autorità territorialmente competenti dello Stato di provenienza (istituti previdenziali) devono rilasciare, a seguito di un controllo della sussistenza dei requisiti di genuinità sopra elencati, un formulario A1 (transitoriamente finché non sarà a regime la procedura interamente telematica), comune a tutti gli stati membri dell'UE, che attesti che il lavoratore è assoggettato alla legislazione dello Stato membro e quindi deve essere esonerato dall'applicazione della legislazione dello Stato di occupazione.

Pertanto, un'impresa che distacca un lavoratore in un altro Stato membro o il lavoratore autonomo che si trasferisce temporaneamente, deve contattare l'istituzione competente dello Stato d'invio, possibilmente prima del distacco.

L'istituzione competente dello Stato d'invio fornirà tempestivamente all'istituzione dello Stato di occupazione tutte le informazioni relative alla legislazione da applicare.

L'istituzione competente dello Stato d'invio informerà inoltre l'interessato, e il suo datore di lavoro nel caso di un lavoratore subordinato, delle condizioni alle quali potrà continuare a essere soggetto alla sua legislazione e della possibilità di controlli durante il periodo di distacco volti ad accertare che queste condizioni vengano rispettate.

Un lavoratore subordinato o autonomo che verrà distaccato in un altro Stato membro o il suo datore di lavoro riceveranno l'attestato A1 (ex formulario E 101) dall'istituzione competente. Tale documento attesta che il lavoratore è soggetto alla norma specifica per i lavoratori distaccati fino a una certa data. Dovrebbe inoltre indicare, ove opportuno, a quali condizioni il lavoratore è soggetto alle norme specifiche per i lavoratori distaccati.

La validità non può essere superiore ai 24 mesi: la giurisprudenza, come ribadito dalla Corte di Giustizia, nella vigenza dei precedenti regolamenti, aveva previsto che si potesse richiedere il formulario E101 anche durante il periodo di distacco ovvero, entro un breve termine, anche alla fine del periodo di distacco. Infatti, il formulario E 101, poteva essere rilasciato non solo allorché il distacco fosse già in corso e fosse, quindi, già iniziata l'attività nell'altro Stato membro ma persino dopo che il periodo di distacco si fosse concluso, vale a dire anche dopo la scadenza del periodo per il quale l'E 101 veniva rilasciato.

Si rammenta che la possibilità di rilasciare il formulario E 101 a distacco già avviato era stata riconosciuta con la Decisione n. 126 del 17 ottobre 1985 della Commissione amministrativa, come precisato nella circolare n.2098 RCV dell'8 maggio 1987, parte I, punto 3¹⁹.

Non è ancora chiaro se tale possibilità permane con le nuove regole.

¹⁹ v. Atti Ufficiali 1987, pag. 1111.

Terminato un periodo di distacco, non può essere autorizzato nessun nuovo periodo di distacco per lo stesso lavoratore, le stesse imprese e lo stesso Stato membro finché non siano trascorsi **almeno due mesi** dalla data di scadenza del precedente periodo di distacco. In particolari circostanze è tuttavia ammesso derogare a questo principio²⁰.

Tuttavia, qualora il lavoratore distaccato non abbia portato a termine il suo incarico a causa di circostanze impreviste, lui, o il datore di lavoro, può richiedere un'estensione dell'iniziale periodo di distacco fino al completamento di tale incarico (per un totale di 24 mesi) senza tenere conto della pausa necessaria di almeno due mesi. Tale richiesta deve essere inoltrata e comprovata prima della fine del periodo iniziale di distacco.

Qualora non sia più possibile utilizzare la procedura del distacco, le imprese e/o i lavoratori interessati devono rivolgersi alle istituzioni territorialmente competenti dello Stato di occupazione al fine di iscriversi al regime assicurativo previsto per quella categoria di lavoratori (qualifica, livello ecc.)

Vi sono alcuni **casi che possono dar luogo ad abusi** per i quali assolutamente è esclusa l'applicazione delle norme sul distacco comunitario.

Sono le situazioni, su cui si pose l'attenzione del Messaggio INPS n. 16085 del 14 luglio 2008, ribadite dalla Guida pratica del Maggio 2010 allegata alla Circolare INPS del 03.08.2010, nr. 105.

In particolare, quando:

l'impresa presso la quale il lavoratore è stato distaccato lo mette a disposizione di un'altra impresa dello Stato membro in cui essa è situata;

l'impresa presso la quale il lavoratore è stato distaccato lo mette a disposizione di un'impresa situata in un altro Stato membro;

il lavoratore è assunto in uno Stato membro per essere distaccato da un'impresa situata in un secondo Stato membro presso un'impresa in un terzo Stato membro senza aver prima soddisfatto il requisito del collegamento precedente al sistema di sicurezza sociale dello Stato d'invio;

il lavoratore è assunto in uno Stato membro da un'impresa situata in un secondo Stato membro per lavorare nel primo Stato membro;

il lavoratore è stato distaccato in sostituzione di un'altra persona distaccata;

il lavoratore ha concluso un contratto di lavoro con l'impresa presso la quale è distaccato.

In questi casi le ragioni che hanno portato alla formale esclusione dell'applicabilità delle disposizioni relative al distacco appaiono chiare: la complessità dei rapporti risultanti da alcune di queste situazioni, oltre a non fornire garanzie sull'esistenza di un **legame organico** tra il lavoratore

²⁰ Si vede la decisione A2 della Commissione amministrativa.

e l'impresa di invio, contrasta nettamente con l'obiettivo di evitare complicazioni amministrative e discontinuità nella carriera assicurativa dei lavoratori, che rappresenta la ragion d'essere delle disposizioni in materia di distacco. È inoltre necessario prevenire l'utilizzo illegittimo delle disposizioni relative al distacco.

In circostanze eccezionali è possibile sostituire una persona che è già stata distaccata, a condizione che il periodo consentito per il distacco non sia stato completato. Una situazione del genere potrebbe presentarsi nel caso di un lavoratore distaccato per 20 mesi che viene colpito da grave malattia dopo 10 mesi e deve essere sostituito. In un caso simile sarebbe giustificato permettere a un'altra persona di essere distaccata per i rimanenti 10 mesi del periodo previsto.

Anche i lavoratori **autonomi**, per mantenere l'iscrizione al regime previdenziale del Paese in cui normalmente svolgono la loro attività, debbono quindi ottenere un formulario A1 allorché si trasferiscano temporaneamente all'estero per prestare la propria opera.

Si sottolinea che, nella vigenza degli abrogati regolamenti del 1971, in base all'interpretazione data dalla **Corte di Giustizia** nella sentenza **C-178/97** del 30 marzo 2000, al lavoratore autonomo "distaccato" all'estero era consentito esercitare qualsiasi prestazione di lavoro che non superasse i dodici mesi sia essa autonoma, come nel Paese in cui risiede, sia invece subordinata.

Tuttavia, come per il passato, anche il Reg. 883/2004 prevede che la **persona** che esercita un'attività autonoma al fine di conservare l'iscrizione al regime previdenziale del Paese in cui risiede, durante il periodo di lavoro all'estero, dovrà soddisfare alcuni elementi obiettivi di genuinità del distacco tra cui:

- A) Abbia svolto la propria attività autonoma per un certo tempo prima della data in cui si è trasferito;
- B) Possieda tutti i requisiti necessari allo svolgimento della propria attività nello Stato membro in cui è stabilita e continui a mantenersi i mezzi necessari all'esercizio della propria attività al suo ritorno.

Per stabilire se una persona esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma nello Stato membro d'invio è importante esaminare i suddetti criteri, verificando se la persona:

- dispone di uno spazio adibito a ufficio nello Stato d'invio;
- paga le tasse nello Stato d'invio;
- possiede una partita IVA nello Stato d'invio;
- è registrata presso camere di commercio o ordini professionali nello Stato d'invio;
- è in possesso di una tessera professionale nello Stato d'invio.

I regolamenti prevedono che un lavoratore autonomo che intenda valersi del distacco "deve avere già svolto la propria attività per un certo tempo" prima della data del distacco. A titolo indicativo, si può ritenere che un periodo di due mesi soddisfi tale requisito, mentre periodi più brevi richiedono una valutazione caso per caso.

Accordi sulle eccezioni in materia di distacco.

I regolamenti stabiliscono che la durata di un periodo di distacco non può superare i 24 mesi. Tuttavia, secondo l'articolo 16 del regolamento n. 883/2004, le autorità competenti di due o più Stati membri possono prevedere di comune accordo eccezioni alle norme relative alla legislazione applicabile e, tra queste, le sopra indicate *norme specifiche* in materia di distacco. Gli accordi ai sensi dell'articolo 16 richiedono il consenso delle istituzioni di entrambi gli Stati membri coinvolti e possono essere utilizzati esclusivamente nell'interesse di una persona o categoria di persone. Pertanto, mentre l'opportunità amministrativa può derivare dagli accordi tra gli Stati membri, il suo conseguimento non deve rappresentare l'unica motivazione alla base di tali accordi. È l'interesse della persona o delle persone interessate a dover costituire l'obiettivo primario di qualsiasi considerazione.

Ad esempio, se è già previsto che la durata del distacco di un lavoratore supererà i 24 mesi, lo Stato d'invio e lo Stato (o gli Stati) di occupazione devono stipulare un accordo ai sensi dell'articolo 16 per stabilire se il lavoratore rimarrà soggetto alla legislazione applicabile nello Stato d'invio. Gli accordi ai sensi dell'articolo 16 possono altresì essere utilizzati per consentire un distacco retroattivo ove ciò sia nell'interesse del lavoratore interessato, ad esempio qualora sia stata applicata la legislazione dello Stato membro sbagliato. La retroattività deve tuttavia essere utilizzata esclusivamente in casi del tutto eccezionali.

Qualora sia possibile prevedere (o diventi chiaro dopo l'inizio del periodo di distacco) che lo svolgimento dell'attività richiederà più di 24 mesi, il datore di lavoro o la persona interessata dovrà presentare tempestivamente una richiesta all'autorità competente dello Stato membro alla cui legislazione l'interessato desidera essere soggetto. Se possibile, tale richiesta deve essere inoltrata in anticipo. Qualora la richiesta di estensione del periodo di distacco oltre i 24 mesi non venga presentata o se, dopo averla inoltrato, gli Stati interessati non raggiungono un accordo ai sensi dell'articolo 16 del regolamento per l'estensione dell'applicazione della legislazione dello Stato d'invio, dal termine del periodo di distacco diventerà applicabile la legislazione dello Stato membro in cui la persona realmente lavora.

Nella vigenza dei precedenti regolamenti con Decisione n. (1)48 del 22/06/1992 la CASSTM (oggi **Commissione Amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale**) ha previsto una procedura semplificata al fine di rilasciare degli stock di formulari E101 con apposita dicitura “distacco di durata non superiore a tre mesi” per i casi in cui l’azienda sia in grado di sapere già prima dell’inizio della lavorazione che l’impiego del lavoratore non supererà il breve periodo temporale dei tre mesi.

E’ l’impresa distaccante che provvede a completare i modelli in tutte le loro voci rimettendone una copia al lavoratore ed una, entro 24 ore, all’istituzione territorialmente competente (in Finlandia si applica un’apposita procedura elettronica).

Al momento l’INPS non ha chiarito se tale procedura è ancora possibile.

Con l’entrata in vigore del reg. 883/2004 (1° maggio 2010) si possono verificare le seguenti situazioni:

α) formulario di distacco E 101 emesso per il periodo dal 1.5.2009 al 30.04.2010 con possibile estensione fino al 30.04.2011, conformemente all’art. 12 del reg. 883/04 sarà rilasciato il nuovo formulario transitorio A1;

β) formulario di distacco E101 emesso per il periodo 01.03.2010 al 28.02.2011 estensibile fino al 28.02.2012, conformemente all’art. 12 del nuovo reg. 883/04 sarà rilasciato il formulario A1;

γ) formulario di distacco E101 emesso per il periodo dal 01.05.2008 al 30.04.2009 + formulario E102 emesso per il periodo dal 01.05.2009 al 30.04.2010, non essendo possibile nessuna estensione del distacco (poiché già concesso per 24 mesi) in base all’art. 12 del reg. 883/04 non sarà necessario richiedere e rilasciare nessun altro formulario;

δ) formulario di distacco E101 emesso per il periodo dal 01.03.2009 al 28.02.2010 + formulario E102, emesso per il periodo dal 01.03.2010 al 28.02.2011, non è possibile alcuna estensione del distacco in base all’art. 12 reg. 883/04 (durata massima del distacco di 24 mesi già raggiunta).

Al termine del distacco il dipendente conserva il diritto al posto d’origine in patria, in quanto il legame con la propria impresa non viene mai considerato interrotto

Sospensione ed interruzione dei periodi di distacco.

La sospensione dell’incarico durante il periodo di distacco per qualsiasi ragione (vacanze, malattia, formazione presso l’impresa d’invio, ecc.) non costituisce una ragione che giustifichi l’estensione del

distacco per un periodo equivalente. Pertanto il distacco si concluderà esattamente alla fine del periodo previsto, indipendentemente dal numero e dalla durata degli eventi che hanno causato la sospensione dell'attività.

In situazioni specifiche è tuttavia ammessa una deroga a questo principio conformemente alla decisione n. A2, se il periodo di distacco non supera 24 mesi in totale (cfr. punto 13).

Nel caso di una malattia di un mese, un periodo di distacco inizialmente programmato per 24 mesi non può essere esteso a 25 mesi dall'inizio del distacco stesso.

Nel caso di sospensione dell'incarico più lunga, gli interessati devono scegliere se attenersi al periodo di distacco già previsto o concluderlo col proposito di organizzare un nuovo distacco della stessa persona, tenendo conto della pausa necessaria di almeno due mesi, come menzionato al punto 13, o di un'altra persona qualora le condizioni relative vengano soddisfatte.

Il lavoratore distaccato e il suo datore di lavoro devono informare le autorità dello Stato d'invio in merito a qualsiasi cambiamento che si verifichi durante il periodo di distacco, in particolare:

- se il distacco richiesto non ha avuto luogo o è stato concluso prima del tempo;
- se l'attività viene interrotta e non si tratti di brevi interruzioni dovute a malattia, vacanze, formazione, ecc. (vedere i punti 13 e 15);
- se il lavoratore distaccato è stato assegnato dal suo datore di lavoro a un'altra impresa nello Stato d'invio, in particolare nel caso di un'impresa che venga fusa o trasferita.

Se del caso e a richiesta, l'istituzione competente dello Stato d'invio informerà le autorità dello Stato di occupazione qualora si verifichi una delle suddette condizioni.

Infine, al fine di garantire il corretto utilizzo delle norme in materia di distacco, le istituzioni competenti dello Stato membro alla cui legislazione il lavoratore rimane soggetto devono garantire di fornire le opportune informazioni relative alle condizioni applicabili al distacco sia ai datori di lavoro che ai lavoratori distaccati (ad es. tramite opuscoli informativi, siti web), avvertendoli della possibilità di essere soggetti a controlli diretti volti a verificare il perdurare delle condizioni che hanno reso possibile il distacco.

Oltre a garantire alle imprese e ai lavoratori di evitare qualsiasi ostacolo alla libertà di movimento dei lavoratori e alla libera prestazione di servizi, le istituzioni competenti dello Stato di invio e di quello di occupazione, individualmente o in cooperazione, assumeranno la responsabilità di tutte le iniziative volte a verificare l'esistenza e il perdurare delle condizioni che caratterizzano la specifica natura del distacco (legame organico, attività sostanziali, attività affine, mantenimento nello Stato di residenza dei mezzi necessari allo svolgimento di un'attività indipendente, ecc.).

Le procedure da seguire in caso di disaccordo tra le autorità competenti sulla validità degli accordi in materia di distacco o la legislazione pertinente da applicare in casi particolari sono stabilite nella decisione A1 della commissione amministrativa.

Il valore probatorio del formulario A1.

Il formulario A1, analogamente a quanto indicato dalla giurisprudenza precedente per il formulario E101 (poiché la recentissima modifica non ha ancora avuto modo e tempo di essere discussa in una causa), in quanto attesta l'iscrizione dei lavoratori al regime previdenziale di un determinato Stato, crea una presunzione di regolarità di siffatta iscrizione e, di conseguenza, è vincolante per l'Istituzione competente dello Stato membro in cui viene svolta l'attività, cui il distacco si riferisce. La predetta Istituzione non può, pertanto, assoggettare al proprio regime previdenziale i lavoratori in possesso di un formulario A1 fintantoché il formulario stesso non venga revocato o invalidato (**Corte di Giustizia causa C-2/05 del 21 gennaio 2006**, con riferimento al formulario E101).

Ciò può avvenire se l'Istituzione dello Stato in cui il lavoratore è distaccato sollevi dubbi circa la rispondenza delle indicazioni del formulario all'effettiva situazione e, in particolare, alla sussistenza dei requisiti stabiliti dalle disposizioni regolamentari richiamate (ciò si ricavava dagli articoli 14, 14 bis, 14 ter del Regolamento n. 1408/71).

In tale evenienza, l'Istituzione del Paese in cui si realizza il distacco, oltre a procedere di sua iniziativa ai controlli del caso, potrà chiedere ulteriori, approfonditi controlli all'Istituzione che ha rilasciato il formulario.

In questa ipotesi, le Sedi procederanno agli accertamenti richiesti che potranno riguardare, oltre all'intervenuto pagamento dei contributi e alla persistenza del legame organico tra il dipendente distaccato e il suo datore di lavoro, tutti quegli elementi menzionati precedentemente rispettivamente per il lavoratore subordinato e per il lavoratore autonomo.

Al termine del riesame, ove si riscontri la mancanza dei necessari presupposti, le Sedi dichiareranno nullo il formulario rilasciato o, nel caso che i presupposti siano venuti meno solo in un secondo momento, procederanno alla sua revoca a datare da quel momento, dandone immediata comunicazione all'Istituzione dell'altro Stato membro.

Qualora, invece, a riesame effettuato, il formulario risulti regolare, dovrà parimenti esserne resa edotta l'Istituzione dell'altro Stato membro, la quale potrà sia accettare l'esito del riesame che manifestare il proprio disaccordo.

Secondo quanto previsto al punto 9 della Decisione n.181, in caso di disaccordo persistente, l'Autorità competente potrà presentare una nota alla Commissione amministrativa, che la esaminerà per tentare di conciliare i punti di vista divergenti.

“Di conseguenza, un giudice dello Stato membro che ospita i detti lavoratori non può verificare la validità di un modello A1 per quanto riguarda l'attestazione degli elementi in base ai quali un tale certificato è stato rilasciato, in particolare l'esistenza di un legame organico, ai sensi del combinato disposto degli artt. 12 e 16 del regolamento (CE) n. 883/2004, e del punto 1 della decisione della Commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti 17 ottobre 1985 n. 128, che rimane concettualmente valida pur essendo relativa all'applicazione degli artt. 14 n. 1 lett. a), e 14 ter n. 1, del regolamento n. 1408/71, tra l'impresa avente sede in uno Stato membro ed i lavoratori da essa distaccati nel territorio di un altro Stato membro, per la durata del distacco di questi ultimi” (sentenza C-2/05 citata).

Pertanto, il formulario A1 crea una presunzione di regolarità di quanto viene attestato nel documento, il quale è vincolante per l'istituzione competente per i controlli ispettivi dello Stato membro distaccatario. Dal punto di vista ispettivo il modello A1 (ex E101) non è mai immediatamente contestabile dall'ispettore del lavoro né dal personale di vigilanza INPS, in quanto il modello A1 è annullabile o revocabile solo dall'ente che lo ha emanato e non dall'istituto previdenziale del Paese di esecuzione del lavoro.

Infortuni sul lavoro e malattie professionali.

In regime di distacco le prestazioni sanitarie sono erogate dall'Istituto competente del luogo di soggiorno, alle stesse condizioni e modalità previste per i cittadini di tale paese. L'INAIL provvede successivamente al rimborso dell'importo erogato.

Le prestazioni economiche, come avviene per i lavoratori occupati in Italia, sono, a seconda dei casi, erogate direttamente dall'INAIL o anticipate dal datore di lavoro.

L'INAIL ha affermato recentemente l'applicabilità all'ipotesi di trasferta del lavoratore italiano in ambito comunitario delle regole del distacco (nota INAIL 4 agosto 2008 n. 6411). Ne consegue che, in deroga al principio di territorialità, il lavoratore in trasferta resta soggetto alla legislazione dello Stato membro nel quale è normalmente occupato, vale a dire l'Italia. Come nel caso del distacco il lavoratore deve essere in possesso del formulario A1, necessario per ottenere l'erogazione delle prestazioni in natura ed il datore di lavoro è tenuto a corrispondere i premi assicurativi all'INAIL dovuti per le lavorazioni svolte dal personale distaccato. Inoltre, in caso di trasferta il datore di lavoro è tenuto:

- ad effettuare la comunicazione all'INAIL della trasferta, mediante apposita denuncia di variazione, solo ove il lavoratore si trovi ad essere esposto a rischi non connessi con le lavorazioni per le quali è già assicurato all'Istituto;
- ad assolvere alle necessarie comunicazioni ai servizi per l'impiego in quanto questo tipo di trasferta assume le caratteristiche del distacco (Circ. Min. Lav. 10 gennaio 2008 n. 2).

Per quanto riguarda l'erogazione, le prestazioni si distinguono in:

1. **prestazioni in denaro** erogate dall'istituzione competente, e quindi dall'INAIL per i lavoratori da esso assicurati (eccetto accordi/convenzioni che disciplinano diversamente);
2. **prestazioni sanitarie (in natura)** erogate:
 - o dall'istituzione competente dello Stato membro presso il quale il lavoratore è assicurato ed ha la propria residenza o dimora
 - o dall'istituzione dello Stato membro di residenza o di dimora per conto dell'istituzione competente, se il lavoratore risiede o dimora in uno Stato diverso da quello presso il quale è assicurato

Gli accertamenti medico legali e le prestazioni sanitarie quali le protesi, gli ausili ortopedici e gli altri dispositivi particolari, sono a carico dell'INAIL in qualità di istituzione competente.

L'INAIL, in qualità di istituzione di residenza o di dimora, erogherà prestazioni sanitarie di propria competenza per conto dell'istituzione estera richiedente.

Per le **malattie professionali** causate da esposizione al rischio per attività esercitate in più Stati membri, è **competente l'istituto assicuratore dello Stato membro in cui si è verificata l'ultima attività che può provocare la malattia considerata.**

Lavoro frontaliero.

Il lavoratore residente in uno Stato membro che lavora quotidianamente nella regione di confine di un altro Stato limitrofo si definisce “frontaliere”.

Il frontaliere ha una doppia cittadinanza nazionale per il luogo di residenza ed il luogo di lavoro. Per la norma comunitaria, l'espressione “lavoratore frontaliero” designa qualsiasi lavoratore occupato sul territorio di uno Stato membro e residente sul territorio di un altro Stato membro (criterio politico), dove torna, in teoria, ogni giorno o almeno una volta alla settimana (criterio temporale).

Tale definizione si applica solo alla protezione sociale dei lavoratori in questione all'interno dell'Unione Europea. Anche questi lavoratori godono del principio di non discriminazione e della parità di trattamento previsti per i lavoratori che si spostano sul territorio dell'Unione.

Soggetto alla legislazione lavoristica del paese in cui è occupato, beneficia degli stessi vantaggi sociali e fiscali di cui godono i cittadini di tale paese.

I due Regolamenti 1408/71 e 574/72 prevedevano norme specifiche per i fontanieri. Infatti, era previsto l'accesso transfrontaliero alle prestazioni sanitarie (non previsto per gli altri migranti): il lavoratore è assicurato nel paese in cui lavora e può optare per le prestazioni in natura, in caso di malattia, maternità o infortunio sul lavoro, nel paese di residenza oppure in quello in cui lavora. Anche i familiari del frontaliero, purché a carico, possono fare la stessa scelta, a patto che, salvo le urgenze sanitarie, esista una convenzione in materia sanitaria tra le autorità sanitarie degli stati interessati, ovvero l'autorizzazione preliminare dell'Istituto competente (art. 20 Regolamento 1408/71). Se l'interessato è iscritto all'assicurazione sanitaria solo nel paese in cui lavora dovrà iscriversi anche in quello di residenza. Tali regole dovrebbero essere ancora valide fino alle nuove iniziative che ha in programma la Commissione Europea tese a migliorare tali aspetti del lavoro di frontiera.

Questi lavoratori percepiranno una pensione distinta per ogni Paese ove sono stati assicurati per almeno un anno.

La regola di non discriminazione si applica ai vantaggi legati alla situazione personale e familiare dei lavoratori non residenti quando la loro situazione è comparabile a quella dei lavoratori residenti poiché ricavano quasi tutto il proprio reddito nello Stato in cui sono occupati. Non sono inoltre ammesse norme nazionali che negano ai non residenti il diritto di dedurre i costi e le spese direttamente legati all'attività economica che genera il reddito imponibile.

Per quanto riguarda i problemi di tassazione transfrontaliera per i cittadini dell'Ue in situazioni in cui più di uno Stato membro goda di diritti fiscali sul reddito, la CG ha confermato che gli Stati membri sono liberi di spartirsi fra di loro detti diritti²¹. Normalmente lo fanno in base alle convenzioni bilaterali in materia di doppia imposizione. Solitamente, la maggioranza delle convenzioni se lavoro e residenza insistono nelle regioni di frontiera tra due stati, prevedono la tassazione del reddito da lavoro da parte dello stato di residenza, se l'interessato ritorna regolarmente al suo domicilio. Se residenza e luogo di lavoro sono al di fuori della regione frontiera il reddito è tassato alla fonte.

Dette convenzioni bilaterali non risolvono tuttavia tutti i problemi legati alla doppia imposizione causati dall'interazione fra i sistemi di imposizione diretta degli Stati membri. La Commissione ritiene che la doppia imposizione internazionale sia uno degli ostacoli principali all'attività transfrontaliera e che problemi di questo tipo si possano risolvere attraverso un migliore

²¹ Causa C-336/96

coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri²². Il 27 aprile 2010 la Commissione ha lanciato una consultazione pubblica per raccogliere informazioni da parte di singoli, imprese e consulenti fiscali su casi reali di doppia imposizione e, in base alle risposte e ad altri elementi di prova su problemi di doppia imposizione che sta raccogliendo, potrebbe prevedere una comunicazione o un'iniziativa di altro tipo nel 2011.

In generale la Commissione sta lavorando per eliminare i problemi legati all'imposizione diretta e indiretta che i cittadini dell'UE si trovano ad affrontare quando oltrepassano le frontiere per lavoro, affari o per vivere. Questi problemi, che possono impedire ai cittadini di esercitare pienamente i diritti previsti dal trattato, riguardano non solo la doppia imposizione, ma anche i trattamenti discriminatori su cittadini non residenti e non nazionali, la mancanza di informazioni chiare circa le norme di tassazione transfrontaliera, i problemi specifici dei lavoratori frontalieri, le difficoltà di comunicazione con le amministrazioni fiscali straniere e nell'ottenere le agevolazioni fiscali spettanti a norma dei trattati sulla doppia imposizione, ad esempio a causa di moduli di domanda troppo complicati, scadenze ravvicinate per la richiesta di dette agevolazioni e ritardi nei pagamenti dei rimborsi da parte delle amministrazioni fiscali straniere. È prevista una comunicazione alla fine del 2010 che analizzerà questi problemi di tassazione transfrontaliera e descriverà le misure in corso e quelle previste in futuro per eliminarli.

Categorie speciali:

Sono categorie speciali:

- **Marittimi:** un'attività subordinata o autonoma svolta normalmente a bordo di una nave che batte bandiera di uno stato membro è considerata un'attività svolta da tale stato membro. tuttavia, la persona che esercita un'attività subordinata a bordo di una nave battente bandiera di uno stato membro e che è retribuita per tale attività da un'impresa con sede o da una persona domiciliata in altro stato membro, è soggetta alla legislazione di quest'ultimo stato membro, se risiede in tale stato. l'impresa o la persona che versa la retribuzione è considerata datore di lavoro ai fini dell'applicazione di tale legislazione (reg. 883/2004, art. 11, 4);
- **Lavoratori nel settore dei trasporti internazionali** (esclusi i marittimi): i dipendenti di imprese che effettuano servizi di trasporto internazionale su strada, per ferrovia, per via aerea o per via navigabile interna sono assicurati nello Stato membro in cui ha sede l'impresa, ad eccezione dei lavoratori dipendenti dalle succursali o agenzie dell'impresa in un altro Stato membro o per chi lavora prevalentemente nel Paese in cui vive;

²² COM (2006) 823 del 19.12.2006.

- **Dipendenti Pubblici:** il dipendente pubblico (o il lavoratore a questo assimilato) è assicurato nel paese dell'amministrazione che lo ha assunto (non ci sono novità rispetto alla vigenza dei regolamenti del 1971);
- **Personale che prestano servizio nelle forze armate:** esse sono soggette alla legislazione del paese nelle cui forze armate prestano servizio. Lo stesso dicasi per chi effettua servizio civile (concetto ribadito dal Reg. 883/2004);
- **Personale delle missioni diplomatiche** o degli uffici consolari: di regola, i membri del personale sono assicurati nello Stato di assunzione (vale a dire lo Stato nel quale ha sede la missione diplomatica o il consolato). Qualora, tuttavia, siano cittadini dello Stato membro di destinazione o di origine, possono optare per la copertura assicurativa da questi offerta. In alcuni casi eccezionali, le regole di cui sopra non bastano a stabilire in quale paese un lavoratore subordinato o autonomo sia assicurato;
- **Personale che lavorano abitualmente in più di uno Stato membro:** il fatto che una persona distaccata lavori, in momenti diversi o nello stesso periodo, in più imprese nello stesso Stato membro di occupazione, non esclude l'applicazione delle disposizioni in materia di distacco. In questo caso l'elemento essenziale e decisivo è che il lavoro deve continuare ad essere svolto per conto dell'impresa di invio. Di conseguenza, è sempre necessario accertare l'esistenza e la persistenza del legame organico tra il lavoratore distaccato e l'impresa di invio durante tutto il periodo di distacco.
Distacchi consecutivi presso diversi Stati membri sono comunque considerati nuovi distacchi ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004.
Le disposizioni in materia di distacco non vengono applicate nel caso di persone normalmente impiegate in più Stati membri simultaneamente. Tali situazioni dovrebbero essere disciplinate dall'articolo 13 del regolamento di base.
- **Lavoratori subordinati in uno stato membro e autonomi in un altro:** di regola tali soggetti sono assicurati nel paese in cui risultano lavoratori subordinati. Tuttavia, è possibile in via del tutto eccezionale essere assicurati in entrambi gli Stati;
- Una persona che riceva indennità di **disoccupazione** in base alla legislazione dello stato membro di residenza è soggetta alla legislazione di detto stato membro (reg. 883/2004, art. 11, 3, c).

Infine il nuovo regolamento introduce una norma di chiusura dei criteri di determinazione della legislatura applicabile: "Qualsiasi altra persona che non rientri nelle categorie di cui alle lettere da a) a d) è soggetta alla legislazione dello stato membro di residenza, fatte salve le altre disposizioni

del presente regolamento che le garantiscono l'erogazione di prestazioni in virtù della legislazione di uno o più altri stati membri" (reg. 883/2004, art. 11, 3, e).

Tutela del lavoratore italiano assunto ed inviato in un paese extra UE.

Il lavoratore italiano assunto ed inviato in un paese Extra Ue viene tutelato innanzitutto attraverso la normativa nazionale. Infatti, il Decreto legge 317 del 31 luglio 1987 convertito con legge 398 del 3.10.1978 individua i soggetti tenuti ad osservare la normativa nei:

- 1) Datori di lavoro residenti, domiciliati o aventi la propria sede, anche secondaria, nel territorio nazionale;
- 2) Società costituite all'estero con partecipazione italiana di controllo;
- 3) Società costituite all'estero, in cui persone fisiche e giuridiche di nazionalità italiana partecipano direttamente, o a mezzo di società da esse controllate, in misura complessivamente superiore ad un quinto del capitale sociale;
- 4) I datori di lavoro stranieri.

I soggetti elencati devono richiedere preventiva autorizzazione al Ministero del Lavoro per assunzioni, distacchi e trasferimenti all'estero in paesi extra europei di lavoratori italiani a mezzo di domanda in bollo da presentare alla Direzione Generale per l'impiego e per conoscenza alla Direzione Regionale del Lavoro territorialmente competente secondo la sede del richiedente. Le assunzioni vanno poi materialmente effettuate presso le DRL competenti a seconda della residenza dei lavoratori, mentre i trasferimenti, i rientri del proprio personale e la cessazione vanno effettuate comunicandole alla DRL competente in base alla collocazione della sede dell'impresa.

All'ambasciata italiana vanno comunicati i trasferimenti.

Per la forma contrattuale è necessario rifarsi alla legge 218 del 1995 "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato" che all'art. 57 richiama la Convenzione di Roma del 1980. Quest'ultima stabilisce che questi contratti sono regolati dalla legge scelta dalle parti.

Le sanzioni sono stabilite dall'art. 2 bis della legge 398 del 1987 per i casi di divieto di attività di mediazione per assunzione o trasferimento fuori del territorio nazionale di lavoratori italiani all'estero e per i casi in cui i datori di lavoro senza autorizzazione impiegano fuori dalla nazione lavoratori italiani.

Aspetti operativi:

Per quanto concerne il modus operandi degli Ispettori del lavoro di fronte a lavoratori comunitari distaccati si rimanda al Vademecum del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, pubblicato sui siti istituzionali il 9 dicembre 2010, che contiene una **Check List** per il personale ispettivo in sede di primo accesso, con l'elenco dei comportamenti da adottare, dei documenti da richiedere e del verbale da rilasciare all'impresa in regime di distacco comunitario.

Bibliografia.

Legislazione:

Trattato istitutivo CE art. 49 e ss. in materia di libera circolazione dei servizi sostituiti dagli artt. 56 e ss. del TFUE (Trattato di Lisbona);

Regolamento (Ce) n. 883/2004, come modificato dal regolamento (Ce) n. 988/2009, e dal regolamento di applicazione (Ce) n. 987/2009, **in vigore dal 1° maggio 2010**;

Regolamento CEE 14.06.1971 n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità`;

Regolamento CEE 21.03.1972 n. 574/72 (reg. attuativo del reg. 1408/71);

Regolamento CE n. 1606/98 del Consiglio del 29 giugno 1998 che modifica il regolamento CEE 1408/71 ed il regolamento CEE 574/72 al fine di estenderlo ai regimi speciali per i dipendenti pubblici;

Regolamento CE n. 859 del 2003;

Decisione della Commissione Amministrativa delle Comunità Europee per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti n. 125 del 17 ottobre 1985 concernente l'uso dell'attestato relativo alla legislazione applicabile in caso di distacco di durata non superiore ai tre mesi;

Decisione della Commissione Amministrativa delle Comunità Europee per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti n.181 del 13 dicembre 2000;

Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi;

D.lgs n. 72 del 2000, attuativo della direttiva n. 96/71/CE del Parlamento e del Consiglio del 16 dicembre 1996;

Circolare INPS 1.7.2010, n. 82;

Circolare INPS 1.7.2010, n. 83;

Circolare INPS 21.7.2010, n. 99;

Circolare INPS del 03.08.2010, nr. 105 contenente una **“Guida pratica”** denominata: **“La legislazione applicabile ai lavoratori nell’Unione Europea (UE), nello Spazio economico europeo (SEE) e in Svizzera”** pubblicata dalla Commissione Europea nel maggio del 2010;

Circolare INPS n. 173 del 28.11.2002;

Decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2008 che istituisce un comitato di esperti sul distacco dei lavoratori (2009/17/CE);

Dottrina:

Progetto **EMPOWER** “Exchange of Experiences and iMplementation of actions for POsted WorkERs” cofinanziato dall’Unione Europea, attuato da ISTITUTO GUGLIELMO TAGLIACARNE (capofila); MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI - Direzione Generale per il Mercato del Lavoro e Direzione Generale per l’Attività Ispettiva (partner); LABOUR INSPECTION ROMANIA (partner): Il Distacco dei Lavoratori nell’Unione europea, VADEMECUM ad uso degli Ispettori del lavoro e delle imprese (Novembre 2010);

COM(2010)373 definitivo, Bruxelles 13.07.2010 : Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. “Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi”;

Dr. Paolo Rossi “Nuovo regime UE per il distacco” su Lavoro e previdenza del 6 luglio 2010;

Flavio Rivellini: “Sicurezza sociale nell’UE: riferimenti amministrativi nazionali” in Diritto e pratica del lavoro n. 37/2010;

Distacco in ambito comunitario: il punto dell’Inps di Michela Garibaldi, avvocato, su Guida al Lavoro del Sole 24 Ore n. 30 del 25 luglio 2008;

Davide Venturi: “Gli obblighi in materia di lavoro e contribuzione delle aziende comunitarie operanti in Italia. In particolare il distacco comunitario” in Collana Adapt, Working Paper n. 49/2008;

Baldanzi: “Parità di trattamento sul territorio tra lavoratori di paesi contraenti” in www.lavoro.gov.it Aree tematiche/previdenza;

Filippo Capurro: “Il distacco” su DL on line (www.di-elle.it/consultazione/approfondimenti);

Giurisprudenza:

Sentenza della Corte di Giustizia del 7 ottobre 2010 – C – 515/08;

Sentenza della Corte di Giustizia cause riunite C 369/96 e C 376/96 del 23 novembre 1999 Jean Claude Arblade e Arblade & Fils SARL contro Bernard Leloup e altri;

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 202/97 del 10 febbraio 2000 Fitzwilliam Executive Search Ltd e Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen;

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 178/97 del 30 marzo 2000 Berry Banks e altri contro Théâtre royal de la Monnaie;

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 404/98 del 9 novembre 2000 Plum;

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C-178/97 del 30 marzo 2000 (*Barry Banks e altr vs Théâtre royal de la Monnaie*);

Sentenza della Corte di Giustizia Europea cause riunite C393/99 e C 394/99 del 2001 Institut national d’assurances sociales por travailleurs independants (Inasti) contro Claude Hervein,

Hervillier SA e Institut national d'assurances sociales por travailleurs independants (Inasti) contro Guy Lorthios, Camtexbel SA ;

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 2/05 del 21 gennaio 2006 Rijkdienst voor Sociale Zekerheid contro Herbosch Kiere NV;

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 341/05 (*Laval un Partneri Ltd vs Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*);

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 348/05 (*International Transport Workers' Federation vs Viking Line ABP*);

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 319/06 (*Commissione vs Granducato di Lussemburgo*);

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C-346/06 Dirk Ruffert/Land Niedersachsen;

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 43/93, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal *Tribunal administratif di Châlons-sur-Marne* nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Raymond Vander Elst* e l'*Office des migrations internationales* (OMI), organo dipendente dal Ministero del Lavoro francese, incaricato dello svolgimento delle procedure di collocamento dei lavoratori stranieri in territorio francese;

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 445/03 del 21 ottobre 2004 (*Commissione vs Granducato di Lussemburgo*) e **Sentenza** della Corte di Giustizia Europea C-244/04 del 19 gennaio 2006 (*Commissione vs Repubblica federale di Germania*);

Sentenza della Corte di Giustizia Europea C 219/08 del 1° ottobre 2009 (ricorso della *Commissione delle Comunità europee contro il Regno del Belgio, ai sensi dell'articolo 226 CE*);