

DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

2017

37

CHIARIMENTI MINISTERIALI

Apprendistato e diritto di precedenza

NORMATIVA E GIURISPRUDENZA

“Diritto all’oblio” e identità digitale del lavoratore

FONDI PENSIONE

Sistema previdenziale e sostenibilità

LA CASSAZIONE RESTA DIVISA

Coordinatore per l’esecuzione dei lavori come gestore del rischio interferenziale

PERCORSI DI SETTEMBRE

STRANIERI

Andrea Costa

Flussi d’ingresso

Procedura, visto d’ingresso e permesso di soggiorno

Gestione del rapporto di lavoro

Parità di trattamento con i lavoratori italiani

Lavoro stagionale

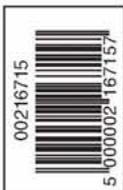
Sanzioni per le assunzioni irregolari

IN QUESTO NUMERO

Tutela previdenziale

Parificazione contributiva e previdenziale

Anno XXXIV, 30 settembre 2017, n. 37 - Direzione e Redazione: Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, Italia
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano



Wolters Kluwer



www.edicolaprofessionale.com



Wolters Kluwer

Dai visibilità alla tua professione:
www.marketing-per-professionisti.it



Per i Professionisti oggi è fondamentale essere presenti online per entrare in contatto con nuovi clienti.

Wolters Kluwer, in collaborazione con Google e Corriere della Sera, ti offre i più completi ed efficaci servizi di web marketing per professionisti.

myweb

SCEGLI IL SITO WEB D'ECCELLENZA PER LA TUA PROFESSIONE

Il nuovo servizio per la creazione di siti web dedicato ai professionisti, sviluppato per rispondere a tutte le necessità e per rappresentarne al meglio l'identità sul web.

Google
AdWords

FATTI TROVARE DAI CLIENTI SU GOOGLE

È il servizio per promuovere il tuo studio tramite annunci testuali, pertinenti rispetto alla ricerca dell'utente, che appaiono su Google. Il servizio è inoltre georeferenziato: gli annunci compaiono solo agli utenti geograficamente vicini allo studio.

**CONTATTA UN
PROFESSIONISTA**

ENTRA IN CONTATTO CON I TUOI FUTURI CLIENTI

È il servizio che mette in contatto i clienti con i professionisti, tramite la vetrina qualificata del sito Dirittierisposte.it, portale di informazioni giuridico/legali/fiscali sviluppato in partnership con il Corriere della Sera.

Per ulteriori informazioni contatta il tuo agente di riferimento oppure
il Servizio informazioni commerciali: info.commerciali@wki.it

Percorsi

Stranieri

Stranieri: parificazione contributiva e previdenziale <i>Andrea Costa</i>	2197
--	------

Approfondimenti

Apprendistato e diritto di precedenza <i>Eufranio Massi</i>	2203
Il licenziamento disciplinare nel pubblico impiego <i>Francesco Rotondi</i>	2208
Il "diritto all'oblio" e il diritto all'identità digitale del lavoratore <i>Sabrina Piselli</i>	2212
Scarso rendimento e illegittimità del licenziamento <i>Salvatore Servidio</i>	2225
Geolocalizzazione e trattamento dei dati personali dei dipendenti <i>Matteo Di Francesco</i>	2231
Incentivi per il lavoro e la formazione <i>Alberto Giordano</i>	2235

Fondi pensione

Sistema previdenziale e sostenibilità <i>Giuseppe Rocco</i>	2243
--	------

Giurisprudenza

Rassegna della Cassazione penale (a cura di Raffaele Guariniello)

Coordinatore per l'esecuzione dei lavori e rischio interferenziale <i>Cass. pen. sez. quarta. n. 34869 del 17 luglio 2017</i>	2247
Omissioni contributive: depenalizzazione e regime transitorio <i>Cass. pen. sez. terza n. 37837 del 28 luglio 2017</i>	2249

Nei numeri di ottobre

La privacy europea *di Marco Soffientini*

n. 38 7 ottobre 2017	Regolamento Ue 2016/679 Presupposti di legittimità del trattamento. Principi in tema di data protection
n. 39 14 ottobre 2017	Accountability e figure privacy Titolare, Responsabile, Incaricato e Data Protection Officer
n. 40 21 ottobre 2017	Data Protection Officer Designazione, posizione e compiti del DPO
n. 41 28 ottobre 2017	Risk based approach e Misure di accountability Data Protection impact assessment. Privacy by design/default e i nuovi registri di trattamento

Sommario

Omissioni contributive e crisi di liquidità dell'impresa <i>Cass. pen. sez. terza n. 38649 del 2 agosto 2017</i>	2250
Maltrattamenti in luogo di lavoro <i>Cass. pen. sez. sesta n. 39338 del 28 agosto 2017</i>	2251
Prescrizione dell'organo di vigilanza e pagamento da parte della società <i>Cass. pen. sez. terza n. 39449 del 28 agosto 2017</i>	2251
Le S.U. sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico <i>Cass. pen. Sez. Un. n. 41201 dell'8 settembre 2017</i>	2252
Rassegna della Cassazione	
Danno biologico e rendita ai superstiti <i>Cass. sez. lav. n. 6306 del 10 marzo 2017</i>	2254
Erronea qualificazione del contratto: omissione ed evasione contributiva <i>Cass. sez. lav. n. 6405 del 13 marzo 2017</i>	2255
Esposizione ultradecennale all'amianto, consulenza tecnica e poteri istruttori del giudice del lavoro <i>Cass. sez. lav. n. 6543 del 14 marzo 2017</i>	2256

Tfr di agosto

Periodo	Indice Istat	Delta % indice	Rateo 1,5	75% delta indice	Coefficiente di rivalutazione
Dal 15 agosto al 14 settembre 2017	101,4	1,096710	1,000	0,822532	1,822532

DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

SETTIMANALE DI AMMINISTRAZIONE,
GESTIONE DEL PERSONALE,
RELAZIONI INDUSTRIALI
E CONSULENZA DEL LAVORO

REDAZIONE

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione

**DIRITTO & PRATICA
DEL LAVORO**
Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono 02.82476.550
telefax 02.82476.436

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti

Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono 02.824761 - telefax 02.82476.799
Servizio risposta automatica:
telefono 02.82476.999

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, Italia

INDIRIZZO INTERNET:

Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della Rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

COMITATO SCIENTIFICO

Enrico Barraco, Alfredo Casotti, Maria Rosa Gheido, Eufrazio Massi, Michele Miscione, Pierluigi Rausei, Francesco Rotondi, Angelo Sica, Gianluca Spolverato

REDAZIONE

Federica Calcagno, Antonella Carrara, Claudia Faravelli, Massimo Mutti

REALIZZAZIONE GRAFICA a cura di:

Ipsa - Gruppo Wolters Kluwer

FOTOCOPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl
Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)
Tel. 02/57789422

STAMPA

ROTOLITO LOMBARDA S.p.A. - Via Sondrio, 3 - 20096 Seggiano di Pioltello (MI)
Tel. 02/921951

PUBBLICITÀ:

 **Wolters Kluwer**

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano, Italia

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 578 del 24 dicembre 1983

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991 Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, Italia. Servizio clienti: tel. 02 824761 - e-mail: servizio.clienti@ipsoa.it - www.ipsoa.it/servizioclienti

ITALIA - Abbonamento annuale: Euro 380,00

ESTERO - Abbonamento annuale: Euro 760,00

Prezzo copia: Euro 18,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

A decorrere dal 1° gennaio 2002, a seguito dell'introduzione dell'Euro nell'ordinamento nazionale per effetto del D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213, tutti gli importi espressi in lire nelle vigenti disposizioni normative si intendono espressi in Euro, secondo il tasso di conversione ufficiale (1 EURO = Lire 1936,27). Il provvedimento n. 213/98 disciplina inoltre le regole di arrotondamento secondo la natura degli importi da convertire.

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196.

La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Tutela previdenziale

Stranieri: parificazione contributiva e previdenziale

Andrea Costa - Dottore di ricerca, Dottore commercialista

Considerazioni introduttive

L'ultimo contributo del percorso dedicato agli stranieri si focalizza sull'effettività del principio di territorialità dell'obbligo contributivo nelle fattispecie di mobilità transnazionale del lavoratore chiamato a prestare la propria attività lavorativa nel nostro Paese.

Il criterio generale, sancito dal nostro ordinamento e da quello comunitario, prescrive il versamento dei contributi in Italia in applicazione del principio di territorialità dell'obbligo contributivo, indipendentemente dalla circostanza che, come conseguenza della mobilità transnazionale, il lavoratore sia o sia stato assicurato anche all'estero. Anche in questa circostanza occorre distinguere se la mobilità nel nostro Paese avviene "in vista dell'impiego", con un'assunzione locale dunque, ovvero "in occasione dell'impiego", presupponendo una permanenza temporanea in Italia, con la produzione dell'apposita modulistica che esonera dal versamento parziale/totale della contribuzione in Italia. Laddove dovuti i contributi siano dovuti in Italia, occorre verificare, infine, se l'impresa estera debba aprire un rappresentante previdenziale e come effettuare i relativi adempimenti.

Principio di territorialità dell'obbligo contributivo

Il principio di territorialità dell'obbligo contributivo rappresenta uno dei capisaldi del nostro ordinamento. Nel momento in cui, conclusasi la procedura di immigrazione, il lavoratore può entrare e soggiornare legittimamente nel nostro Paese, ed è dovuta la contribuzione sul presupposto che "le assicurazioni per l'invalidità e per la vecchiaia, salvo le esclusioni stabilite dal presen-

te Decreto, sono obbligatorie per le persone di ambo i sessi e di qualsiasi nazionalità che abbiano compiuto l'età di 15 anni e non superata quella di 65 anni e che prestino lavoro retribuito alle dipendenze di altri" (1). Tale principio consente di tutelare il lavoratore che presta la propria attività sul territorio italiano, instaurandosi automaticamente il rapporto di previdenza sociale per il semplice svolgimento di una attività lavorativa soggetta, ai sensi di legge, ad obbligo assicurativo, a nulla rilevando, in linea di principio, la sussistenza di disposizioni straniere che restando delimitate ai confini nazionali.

La normativa dell'Unione europea in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, gli accordi bilaterali e multilaterali di cui il nostro Paese è parte, e particolari leggi speciali prevedono specifiche deroghe a tale principio.

Più nello specifico, anche nel diritto eurounitario il principio di territorialità dell'obbligo contributivo rappresenta un principio cardine, elemento fondamentale per agevolare la libertà di circolazione tutelata dall'art. 45, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, al contempo, di garantire al lavoratore la necessaria tutela sociale. Il Regolamento Ce 29 aprile 2004, 883 - il Regolamento sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri applicabile in ambito comunitario, nei Paesi dello Spazio economico europeo (c.d. See, Islanda, Norvegia e Lichtenstein) e della Confederazione elvetica - nel definire la legislazione applicabile in caso di mobilità transnazionale, stabilisce all'art. 11, comma 3, lettera a) che "*una persona che esercita un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato membro*".

(1) Art. 37, Regio decreto legge 4 ottobre 1935, n. 1827, in G.U. Serie generale n. 251 del 26 ottobre 1935.

Percorsi

Il principio di territorialità è alla base anche degli accordi bilaterali stipulati e ratificati dall'Italia, con i quali le parti individuano specifici criteri di reciprocità nella definizione e nel riconoscimento dei rispettivi regimi di sicurezza sociale. In merito si ricorda che l'Italia ha stipulato e ratificato specifici accordi in materia di sicurezza sociale con Argentina, Australia, Brasile, Repubblica di Capoverde, Canada e Quebec, Corea del Sud, Croazia, Jersey e altre Isole del canale (Guernsey, Alderney, Herm e Iethou), Ex Jugoslavia (Repubblica federale di Jugoslavia, Bosnia-Erzegovina e Macedonia), Israele, Messico, Principato di Monaco, Repubblica di San Marino, Stati Uniti d'America, Stato Città del Vaticano, Tunisia, Turchia, Uruguay, Venezuela.

Deroghe al principio di territorialità dell'obbligo contributivo

Diversamente dall'ipotesi di mobilità "in vista dell'impiego", nella quale l'applicazione del principio di territorialità trova la più ampia estensione, nei casi di mobilità "all'interno dell'impiego" o nel caso di svolgimento contemporaneo dell'attività lavorativa in due o più Stati, tale criterio può differire, essendo diverse le legislazioni nazionali potenzialmente competenti a regolare la fattispecie e a reclamare la contribuzione.

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, in caso di conflitto di più ordinamenti il primo comma dell'articolo 11, Regolamento 883/2004 consacra il principio dell'unicità della legislazione applicabile, dovendosi applicare la legislazione del luogo in cui viene svolta l'attività lavorativa, a prescindere dalla residenza del lavoratore, o del datore di lavoro. Una prima, rilevante deroga al principio di territorialità è prevista nei casi di distacco, regolato dal paragrafo 1 dall'articolo 12, Regolamento, ai sensi del quale "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 svolgerci 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". Dun-

que, nel corso del distacco comunitario, e per il periodo massimo ammesso dalla norma, il lavoratore dipendente continua a versare i propri contributi esclusivamente nello Stato di provenienza, a parità di condizioni dei lavoratori che vi continuano a lavorare e nulla è dovuto in Italia. Il beneficio dell'esenzione temporanea dall'obbligo di contribuzione all'estero è condizionato alla genuinità del distacco transnazionale e, soprattutto, al possesso del documento portatile A1, il certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile all'interessato (2). Ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 16, Regolamento, qualora vi siano specifiche esigenze, sulla base di appositi accordi stipulati dagli organismi competenti degli stati membri interessati è possibile estendere l'esonero contributivo in Italia per un periodo superiore ai 24 mesi, periodo che per prassi difficilmente può superare i 5 anni.

Altra eccezione al principio della territorialità dell'obbligo contributivo è prevista dall'articolo 13, Regolamento, in caso di attività lavorativa prestata in più Stati membri: il lavoratore che svolga attività lavorativa subordinata in due o più Stati membri, sarà soggetto, in applicazione del principio generale di unicità della legislazione applicabile, esclusivamente alla legislazione del Paese membro di residenza se una parte sostanziale dell'attività lavorativa è svolta in detto Stato o se il lavoratore dipende da più imprese o da più datori di lavoro che abbiano la propria sede o il proprio domicilio in diversi Paesi membri. Qualora le due condizioni previste non si realizzino, la persona sarà soggetta alla legislazione dello stato membro in cui l'impresa o il datore di lavoro che la occupa ha la sua sede o il suo domicilio. Il Regolamento di applicazione, nello stabilire le modalità operative di tali previsioni, fissa, all'articolo 14, paragrafo 8, un limite quantitativo perché l'attività svolta nel paese di residenza possa soddisfare i requisiti per qualificarsi come "sostanziale", ovvero che il 25% dell'orario di lavoro e/o della retribuzione - in caso di attività subordinata - venga svolto/percepito in detto Stato.

Sono previste particolari deroghe al principio di territorialità per diverse categorie di lavoratori anche negli accordi bilaterali in materia di sicu-

(2) Per l'analisi delle procedure da seguire per il rilascio del modello A1 ai lavoratori dipendenti da imprese di autotraspor-

to inviati in Paesi membri dell'Unione europea, si rinvia al messaggio Inps n. 1605 del 12 aprile 2017.

rezza sociale stipulati dall'Italia con Stati esteri, con riferimento ai marittimi, ai distaccati, o a coloro che svolgano un impiego statale.

Adempimenti per le imprese estere

Le imprese straniere incontrano specifiche problematiche quando debbono distaccare i propri lavoratori nel nostro Paese, dal momento che, verificatesi determinate condizioni, sono tenute ad aprire una rappresentanza previdenziale che consenta il versamento dei contributi dovuti.

Limitando l'analisi all'ambito del distacco, si possono distinguere le seguenti fattispecie:

- distacco comunitario di soggetti per i quali trova applicazione la deroga prevista dall'art. 12 o 16, Regolamento 883/2004. In questa circostanza non è richiesta l'apertura di un rappresentante previdenziale, in quanto, per il principio dell'unicità della legislazione applicabile, la copertura è già assicurata all'estero;

- distacco comunitario di soggetti per i quali non è più possibile beneficiare delle deroghe di cui sopra, che devono perciò versare i contributi in Italia a parità di condizioni con i cittadini che vi lavorano. Occorre l'apertura di una rappresentanza ai fini previdenziali;

- assegnazioni da un Paese convenzionato con l'Italia. Occorre distinguere le convenzioni piene, con conseguenze analoghe a quelle previste a livello comunitario, da quelle parziali (la grande maggioranza), che coprono solo alcuni dei contributi altrimenti previsti in applicazione del principio della *lex loci laboris* Per il tramite della rappresentanza ai fini previdenziali. Dunque, per il periodo massimo consentito dagli accordi bilaterali di sicurezza sociale, occorrerà versare i contributi dovuti in Italia (3), mentre con il possesso del relativo formulario che definisce la legislazione applicabile, sarà possibile continuare a versare all'estero le contribuzioni richiamate dalla convenzione;

- assegnazioni da un Paese non convenzionato. Trova integrale applicazione la normativa italiana, indipendentemente dalla circostanza che all'estero vengano versate ulteriori contribuzioni, e gli obblighi contributivi previsti dal sistema previdenziale italiano debbono essere rispettati per il tramite del rappresentante ai fini previdenziali. Da quanto sin qui esposto risulta evidente come la nomina di un rappresentante ai fini previdenziali rappresenti un passaggio fondamentale per il rispetto della normativa italiana, consentendo così la determinazione e il versamento dei contributi dovuti su base mensile, e il rispetto di tutti gli adempimenti previsti per i sostituti d'imposta (4). Del resto l'impegno all'apertura di una rappresentanza è già richiesto dalle Autorità amministrative nel corso della procedura di immigrazione finalizzata al rilascio del nulla osta. Operativamente si dovrà ottenere il codice fiscale, richiedere l'iscrizione all'Inps (5) e ottenere la matricola Inps. Gli obblighi previdenziali possono essere assolti anche da un soggetto terzo; in merito la circolare Inps del 3 gennaio 2007, n. 2, stabilisce che "Il datore di lavoro straniero che, in materia di assolvimento dei predetti obblighi, intenda avvalersi di un soggetto terzo, dovrà conferire mandato con rappresentanza al soggetto incaricato ad adempiere in sua vece".

Distacco comunitario non autentico e ruolo del formulario A1

In conclusione del percorso dedicato alle procedure di immigrazione e alla legislazione applicabile agli stranieri, ci si vuole soffermare su un aspetto che, notoriamente, ha evidenziato numerose problematiche, ovvero la mobilità dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, così come regolato, da ultimo dal D.Lgs. n. 136/2016 e oggetto di chiarimenti da parte dell'INL.

(3) Si evidenzia, in merito, come con riferimento all'applicazione dell'aliquota Cuaf, la riduzione di 3,72 punti percentuali non può essere operata, dovendosi versare in misura intera. Cfr. M. Cicciù, C. Giambanco, P. Santarelli, *Expatriates. Mobilità internazionale dei lavoratori*, Milano, 2015, pagg. 251-252.

(4) Redazione del Libro unico del lavoro, preparazione ed invio degli UniEMens, predisposizione delle certificazioni uniche ecc.

(5) La circolare Inps 3 gennaio 2007, n. 2 chiarisce che "L'azienda straniera che non ha strutture né altri punti di riferimento nel territorio nazionale all'infuori di uno o più lavoratori

dipendenti (es. appalti di prestazioni di servizi), stante l'obbligo assicurativo totale o parziale in Italia (fatta eccezione per le ipotesi di distacco disciplinato dalla normativa comunitaria), dovrà iscriversi presso la Direzione Inps nella cui competenza territoriale il personale dipendente svolge l'attività lavorativa subordinata.

Ai fini della presentazione della domanda di iscrizione, il datore di lavoro straniero dovrà richiedere al competente ufficio dell'Agenzia delle entrate il rilascio di un codice fiscale da utilizzare per l'assolvimento dei soli obblighi previdenziali".

Percorsi

Come specificato dall'INL nella circolare n. 1/2017, la finalità primaria perseguita dal Legislatore comunitario con l'emanazione della Direttiva 2014/67/UE è stata quella di migliorare ed uniformare l'applicazione della Direttiva 96/71/CE, superando le difficoltà oggettive riscontrate nei diversi Stati membri in ordine alla prevenzione e al contrasto delle pratiche di *dumping sociale* e di utilizzo abusivo ed elusivo dell'istituto del distacco transnazionale. Il nuovo quadro normativo consente di superare talune delle più rilevanti problematiche emerse in fase di controllo ispettivo, afferenti in particolare alla mancata tracciabilità del fenomeno, in considerazione che la previgente disciplina non prevedeva alcuna forma di monitoraggio per le aziende e i lavoratori coinvolti, né particolari adempimenti in capo alle suddette aziende.

Concentrando l'attenzione sulla genuinità del distacco alla luce delle ultime novità normative, l'Istituto richiama l'art. 3, D.Lgs. n. 136/2016, che, sulla falsariga dell'art. 4, Direttiva 2014/67/UE, individua in modo non tassativo gli elementi che gli organi di vigilanza sono tenuti ad esaminare - non singolarmente ma complessivamente - ai fini dell'accertamento, con riferimento sia all'impresa distaccante, sia al lavoratore distaccato.

In estrema sintesi, riguardo all'impresa distaccante occorre verificare che svolga attività diverse da quelle di mera gestione o amministrazione del personale, dovendosi verificare i seguenti elementi:

- a)** il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, i propri uffici, reparti o unità produttive;
- b)** il luogo in cui l'impresa è registrata alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o, ove sia richiesto in ragione dell'attività svolta, ad un albo professionale;
- c)** il luogo in cui i lavoratori sono assunti e quello da cui sono distaccati;
- d)** la disciplina applicabile ai contratti conclusi dall'impresa distaccante con i suoi clienti e con i suoi lavoratori;

- e)** il luogo in cui l'impresa esercita la propria attività economica principale e in cui risulta occupato il suo personale amministrativo;
- f)** il numero dei contratti eseguiti o l'ammontare del fatturato realizzato dall'impresa nello Stato membro di stabilimento, tenendo conto della specificità delle piccole e medie imprese e di quelle di nuova costituzione;

g) ogni altro elemento utile alla valutazione complessiva (6).

Relativamente al lavoratore occorre valutare, complessivamente:

- a)** il contenuto, la natura e le modalità di svolgimento dell'attività lavorativa e la retribuzione del lavoratore;
- b)** la circostanza che il lavoratore eserciti abitualmente, ai sensi del Regolamento (CE) 593/2008 (Roma I), la propria attività nello Stato membro da cui è stato distaccato (7);
- c)** la temporaneità dell'attività lavorativa svolta in Italia;
- d)** la data di inizio del distacco;
- e)** la circostanza che il lavoratore sia tornato o si preveda che torni a prestare la sua attività nello Stato membro da cui è stato distaccato;
- f)** la circostanza che il datore di lavoro che distacca il lavoratore provveda alle spese di viaggio, vitto o alloggio e le modalità di pagamento o rimborso;
- g)** eventuali periodi precedenti in cui la medesima attività è stata svolta dallo stesso o da un altro lavoratore distaccato;
- h) l'esistenza del certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile;**
- i)** ogni altro elemento utile alla valutazione complessiva.

Dunque, come riportato nel punto h), tra gli elementi di valutazione rientra il Modello che attesta l'iscrizione dell'impresa straniera al sistema di sicurezza sociale nel paese d'origine (l'ex Mod. E 101, oggi Mod. A1), che, come noto, riguarda unicamente la legislazione di sicurezza sociale applicabile al lavoratore distaccato e non altre informazioni sulle condizioni di lavoro (Regolamento CE 883/2004; Regolamento di applicazione 987/2009), e attesta l'obbligo per l'impresa distaccante di pagare i contributi esclusivamente

(6) Per un approfondimento si rinvia a A. Costa, *Nuove procedure e adempimenti per i distacchi in Italia*, in *La Consulenza del lavoro*, 2016, 2, pag. 22 ss.

(7) Per un approfondimento, cfr. A. Montanari, *Diritto inter-*

nazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, a cura di F. Carinci, A. Pizzoferrato, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Torino, 2010, pag. 826 ss.

nello Stato membro di stabilimento e non anche in quello ospitante.

L'Istituto, con la circolare n. 1/2017, richiamando il considerando 12, Direttiva 2014/67/UE (8), conclude come:

- la mancanza del Mod. A1, ovvero della relativa richiesta avente data certa, *“può indicare che la situazione non sia qualificabile come distacco genuino”*, costituendo uno degli elementi utili per la valutazione complessiva, peraltro non decisivo, potendo ciononostante l'operazione posta in essere risultare comunque genuina;

- la presenza del Mod. A1, ovvero della relativa richiesta avente data certa, non esclude la possibilità per gli organi di vigilanza di accertare eventuali ipotesi di frode, abuso o elusione, in ragione del riscontro di profili che depongano in tal senso;

- laddove la durata del distacco sia superiore ai 24 mesi (previsti dal Regolamento (CE) 883/2004 e dal Regolamento di applicazione n. 987/2009), o comunque si riscontrino ulteriori elementi che depongano per la non temporaneità del distacco stesso (ad es. nelle ipotesi di reiterati distacchi con il medesimo lavoratore senza soluzione di continuità ovvero con brevi intervalli o nel caso in cui una pluralità di aziende distaccanti che fanno capo ad uno stesso soggetto utilizzano il medesimo lavoratore per un periodo complessivamente superiore a quello ritenuto compatibile con la natura temporanea del distacco stesso), occorre in ogni caso effettuare una valutazione complessiva degli ulteriori elementi fattuali ai fini dell'accertamento di un distacco non autentico o fraudolento, non essendo normativamente fissato un limite temporale massimo superato il quale il distacco non sia da considerarsi autentico.

Laddove risulti dimostrata una fattispecie di pseudo distacco, il personale ispettivo dovrà applicare la disciplina italiana, riconducendo il rapporto di lavoro in capo al distaccatario dal giorno di inizio dell'attività svolta in *“pseudo distacco”* (committente/utilizzatore); ai fini dell'imputazione previdenziale del lavoratore alla gestione Inps

va comunque tenuto presente che sarà necessario procedere al disconoscimento del Mod. A1.

Sul punto si rileva come non sia da condividere la posizione dell'Istituto in merito alle conseguenze dell'assenza del Modello A1, ancorché tale orientamento sembra confermato dal legislatore comunitario (9). Ad avviso di chi scrive, il ruolo riconosciuto alla presenza/assenza del Modello A1 sembra sopravvalutato rispetto alle finalità che si prefigge la norma. Si ricorda che la libera prestazione di servizi e la libera circolazione delle persone costituiscono due pilastri fondamentali nel funzionamento del Mercato Unico. In questo quadro è necessario che i fattori produttivi - dunque anche le risorse umane - beneficino della mobilità massima, che certamente non può essere ostacolata dal preventivo rilascio di un Modello che definisca la legislazione applicabile. In passato ci si era chiesto se la deroga al principio di territorialità dell'obbligo contributivo prevista dall'art. 12, Regolamento 883/2004 potesse costituire una opportunità per il lavoratore di mantenere la propria contribuzione nel Paese di provenienza, ovvero un obbligo, stante il tenore letterale della disposizione. Anche alla luce degli orientamenti illustrati nella Guida pratica *“La legislazione applicabile ai lavoratori nell'Unione europea (UE), nello Spazio economico europeo (SEE) e in Svizzera”*, si riconosce alla deroga un valore assoluto, obbligando il lavoratore al mantenimento della posizione nel Paese in cui opera l'impresa che lo impiega abitualmente. Dunque il diritto/obbligo del versamento dei contributi all'estero discende direttamente dal diritto fondamentale alla libera circolazione delle persone *“costituzionalmente”* tutelato, per il quale il rilascio del Modello A1 non può che attestare una situazione già riconosciuta dal Regolamento 883/2004, confermando l'iscrizione dei lavoratori distaccati al regime previdenziale di un determinato Stato, elemento comunque conoscibile da parte delle Autorità ispettive italiane. Del resto, vigente il Modello E101 si ammetteva ufficialmente che il lavoratore potesse presentarsi all'estero anche senza il rilascio del formulario (10),

(8) Per la Direttiva *“La mancanza del certificato concernente la legislazione applicabile in materia di previdenza sociale di cui al Regolamento (CE) 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio può indicare che la situazione non può essere qualificata come ‘distacco temporaneo’ in un o Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore interessato svolge abitualmente*

la sua attività nel quadro della prestazione di servizi”.

(9) Sull'obbligatorietà del modello A1, cfr. A. Costa, *Come gestire i dipendenti inviati all'estero*, Milano, 2016, pag. 75 ss.

(10) Inps, circ. 28 novembre 2002, n. 173; Decisione Commissione amministrativa 13 febbraio 2000, 181. In particolare il considerando 16 della Decisione stabilisce che *“L'attestato*

Percorsi

potendosi poi rilasciare retroattivamente. Riconoscere al Modello A1 un ruolo di rilievo, anche se non decisivo, nella definizione della genuinità di un distacco appare una forzatura, dovendosi piut-

tosto concentrare l'attività ispettiva sull'esistenza del legame organico e sulle concrete modalità di svolgimento dell'attività lavorativa.

(formulario E 101), pur dovendo essere preferibilmente rilasciato a priori, può avere un effetto retroattivo", mentre il punto 6 della medesima Decisione specifica che "Il Modello E 101 deve preferibilmente essere rilasciato prima dell'inizio del periodo

di cui si tratta: tuttavia può anche essere rilasciato nel corso di tale periodo, ovvero anche dopo il termine del periodo; in questo caso può avere un effetto retroattivo".