

Salvatore Italia (*)

IL DISTACCO DEL DIPENDENTE:
NATURA, DISCIPLINA, APPLICAZIONE DELL'ISTITUTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Requisiti del distacco. — 3. Disciplina del rapporto di lavoro. — 3.1. Poteri, obblighi e responsabilità. — 3.2. Cessazione del rapporto di lavoro del dipendente distaccato. — 4. Distacco che comporti mutamento di mansioni e/o trasferimento del lavoratore. — 5. Distacco all'interno del gruppo d'impresе. — 6. Rete di impresе. — 7. Distacco e procedure di mobilità. — 8. Sanzioni in caso di distacco irregolare.

1. — *Introduzione* — Il distacco rappresenta uno dei casi in cui è consentita, alle condizioni che più avanti vedremo, la dissociazione tra prestazione lavorativa e titolarità del contratto di lavoro, che altrimenti, in forza di un principio cardine del diritto del lavoro, deve vedere coincidere l'impresa titolare del rapporto di lavoro e quella utilizzatrice della prestazione del dipendente.

Innanzitutto, va sottolineato il carattere eccezionale che assumono le ipotesi di deviazione dalla normale coincidenza fra la titolarità del rapporto di lavoro e la utilizzazione e destinazione della prestazione di lavoro (1), le quali possono essere consentite solo laddove le esigenze di flessibilità siano legittimamente perseguite dalle impresе e, quindi, senza incorrere in interposizioni di manodopera vietate dalla legge.

Come sempre, si tratta di contemperare le opposte posizioni e i relativi diritti per arrivare a un punto d'incontro, che consenta alle impresе di dare concreta attuazione alle proprie esigenze organizzative e, quindi, rispondere al meglio alle sfide che il mercato impone, senza con ciò sacrificare le tutele garantite dall'ordinamento ai prestatori di lavoro. D'altronde, se è giusto che i lavoratori debbano poter contare su un riferimento certo e stabile nel datore di lavoro e nella sua organizzazione produttiva, è altresì importante e, talora, vitale per le aziende avere la possibilità di utilizzare al meglio le risorse di cui dispongono, dando spazio, a determinate condizio-

(*) Avvocato in Roma.

(1) Per la giurisprudenza, vd. Cass. 15.5.2012, n. 7517, in *FI*, 2012, I, 2070.

ni, a una organizzazione del lavoro, che non sia rigidamente vincolata dalla struttura contrattuale di cui all'art. 2094 c.c., che riconosce come parti del contratto di lavoro esclusivamente il prestatore di lavoro subordinato e l'impresa alle cui dipendenze e sotto la cui direzione il lavoratore, a fronte di una retribuzione, è chiamato a collaborare.

Nel distacco lo schema del rapporto di lavoro si apre a una terza parte: il distaccatario che beneficia temporaneamente della prestazione lavorativa del lavoratore, pur in assenza di un rapporto contrattuale, che, invece, anche per il tempo in cui questi svolge attività lavorativa all'interno di una diversa organizzazione, permane tra il lavoratore e chi lo ha assunto, cioè il distaccante, il quale è il suo effettivo datore di lavoro, e tale resta a tutti gli effetti.

La fattispecie presuppone che distaccante e distaccatario siano due soggetti giuridicamente distinti e, pertanto, dotati ciascuno di una propria struttura organizzativa (2), mentre non è richiesto si tratti di imprese (3), anche se, naturalmente, questa è l'ipotesi più frequente.

Come è stato ricordato in dottrina, «il distacco è stato introdotto dalla prassi datoriale all'interno di strutture societarie e organizzative complesse, per effetto dei pronunciamenti della giurisprudenza di merito prima e di legittimità poi che nel valutare alcuni comportamenti dei datori di lavoro, attuati nell'esercizio del potere organizzativo e gestorio nei confronti dei propri lavoratori subordinati, relativi a invii dei lavoratori presso altri soggetti datoriali per svolgere temporaneamente la propria prestazione lavorativa, ebbero a estendere per analogia al lavoro privato la nozione di distacco o comando già nota al pubblico impiego» (4).

(2) Sul punto, Carinci 2007, 1573 ss.

(3) Nicolosi 2008, 141 ss.

(4) Rausei 2007, 424. In giurisprudenza, in tal senso, specificatamente, Cass. 21.2.2007, n. 4003: «Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 30, la figura del "distacco" o "comando" del lavoratore non era disciplinata dalla legge ma era stata individuata e definita dalla dottrina alla stregua dell'elaborazione giurisprudenziale, sicché era da tutti condiviso l'assunto che il comando comportasse un cambio nell'esercizio del potere direttivo perché il dipendente di un datore di lavoro veniva dislocato, presso un altro, con contestuale assoggettamento al comando e al controllo di quest'ultimo, continuando tuttavia il datore di lavoro-distaccante a essere titolare del rapporto di lavoro. Al riguardo la giurisprudenza aveva anche avuto occasione di precisare come il distacco non richiedesse neanche il consenso del prestatore di lavoro perché, come nel caso di trasferta, l'istituto era espressione di un potere unilaterale "pieno" dell'imprenditore, direttamente riconducibile all'art. 2094 c.c., sicché tale potere era sindacabile solo in caso di abuso o contrarietà a buona fede (cfr. sul punto: Cass. 10 agosto 1999, n. 8567; Cass. 23 aprile 1992, n. 4851)».

La prima regolamentazione dell'istituto riguardava esclusivamente il rapporto di lavoro pubblico (5). Nel settore privato, invece, il distacco è stato oggetto di organica regolamentazione normativa per la prima volta solo con il d.lgs. n. 276 del 10 settembre 2003 (legge Biagi). Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, nel lavoro privato mancava una vera e propria disciplina in materia, essendo state introdotte nell'ordinamento solo talune norme, che presupponevano l'esistenza dell'istituto, senza offrirne una regolamentazione unitaria. Così, l'art. 8, c. 3, del d.l. n. 148 del 20 maggio 1993 (6), con il quale venne introdotta l'ipotesi del distacco di durata temporanea, a seguito di accordi sindacali, finalizzati a evitare riduzioni di personale (7), oppure l'art. 16, c. 10, del d.l. n. 299 del 1994 (8), dal quale venne stabilito che la formazione, nei contratti di formazione lavoro, poteva essere garantita ai lavoratori anche mediante distacco presso varie imprese o, ancora, il d.lgs. n. 72 del 25 febbraio 2000, con il quale è stata data attuazione alla Direttiva n. 96/71/Ce, con riferimento al distacco in territorio italiano di lavoratori appartenenti a imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea (9).

Prima della sua regolamentazione legislativa «... il distacco nel settore privato era stato però oggetto di una copiosa elaborazione giurisprudenziale finalizzata, principalmente, a individuarne la linea di demarcazione rispetto al divieto di interposizione di manodopera posto dalla l. n. 1369/1960» (10), per cui «... il più delle volte, l'indagine sul distacco pare quasi una sorta di prova di resistenza, volta a escludere che l'istituto sia attuato fraudolentemente per eludere la disciplina della somministrazione o dell'appalto, così come – ancor più in generale – per aggirare lo *status quo* consolidato in un certo contesto aziendale, a un dato momento, sia sul versante contrattuale che sindacale» (11). In una fattispecie nella quale il rapporto lavorativo non risponde ai canoni consueti di un rapporto bilaterale, datore di lavoro-lavoratore, principale preoccupazione dei giudici appare, quindi, quella di evitare che l'allargamento a un altro soggetto, che sia temporaneamente beneficiario della prestazione lavorativa, non sottintenda uno

(5) Vd. artt. 56 e 57, T.U. 10 gennaio 1957, n. 3, e artt. 31-43 e 50, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

(6) Conv. in l. 19 luglio 1993, n. 236.

(7) *Infra*, par. 7.

(8) Conv. in l. 19 luglio 1994, n. 451.

(9) Sulla scarsa applicazione nella pratica di questa disciplina, vd. Orlandini 2008, 59 ss.

(10) Carinci 2007, 1572; cfr. anche Occhino 2014, 105 ss; Goffredo, Meleca 2000, 171 ss.

(11) Esposito 2014, 610.

sfruttamento a fini meramente economici di detta prestazione e, quindi, del lavoratore.

Con il d.lgs. n. 276/2003, che pure sostanzialmente ricalca l'elaborazione giurisprudenziale che l'ha preceduto (12), l'istituto del distacco ha assunto una configurazione giuridica maggiormente definita e certa, in quanto prima della sua emanazione sussistevano «... talune rilevanti incertezze interpretative sollevate dall'assenza di un sicuro dato normativo a fronte del drastico divieto di cui alla legge n. 1369/1960; incertezze tali da giustificare [...] un intervento esplicito del legislatore quantunque limitato al sostanziale consolidamento dei principali indirizzi interpretativi evolutivi sin qui emersi in modo non sempre coerente sul piano della casistica giurisprudenziale» (13).

L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 ha così fissato gli elementi costitutivi del distacco:

«1. L'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

2. In caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore.

3. Il distacco che comporti un mutamento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato. Quando comporti un trasferimento a una unità produttiva situata a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito, il distacco può avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive.

4. Resta ferma la disciplina prevista dall'art. 8, comma 3, del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236».

La norma è stata, poi, integrata dall'art. 7 del d.lgs. n. 252 del 6 ottobre 2004, che ha aggiunto il seguente comma:

«4-bis. Quando il distacco avvenga in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'art. 27, c. 2».

(12) Per un'analisi sul punto cfr. Ripa 2007, 208 ss.

(13) Bizzarro, Tiraboschi 2006, 309. Sul punto, vd. anche Proia 2014, 1683 ss.

Infine, con il d.l. n. 76 del 28 giugno 2013 (14) è stato introdotto il comma 4-ter:

«Qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa che abbia validità ai sensi del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'articolo 2103 del codice civile. Inoltre per le stesse imprese è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso».

2. — *Requisiti del distacco* — La disciplina dettata dall'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 riprende alcuni principi fissati dalla giurisprudenza, che costituiscono la struttura portante dell'istituto, vale a dire lo specifico *interesse* dell'impresa distaccante a che il proprio dipendente svolga la prestazione lavorativa a favore di un terzo e la *temporaneità* del distacco.

I suddetti requisiti rispondono all'esigenza di evitare un uso improprio della prestazione lavorativa, che sia slegato dalla causa stessa del contratto di lavoro. Come ha sottolineato la giurisprudenza, è evidente che questa fattispecie insiste all'interno del divieto di intermediazione di manodopera, talché è comprensibile un giudizio restrittivo che la consideri legittima solo se eccezionale, temporanea e basata su un giustificato interesse del datore distaccante, valutato quest'ultimo, non astrattamente, ma con riferimento al concreto espletamento della sua attività (15).

Pertanto, «... perno fondamentale della fattispecie è la presenza di un interesse, lecito, del datore a spostare il proprio lavoratore verso il terzo imprenditore. Un interesse, quindi, nel dettaglio, a utilizzare la manodopera in un contesto produttivo-organizzativo che, pur non risultando – non direttamente almeno – di propria e immediata pertinenza, tuttavia consenta lo svolgimento di una prestazione lavorativa la cui utilità possa comunque ascrivere alla sua organizzazione, e quindi risulti funzionalmente collegata al programma negoziale avente titolo nella causa dell'originario contratto di lavoro stipulato tra datore/distaccante e lavoratore/distaccato» (16).

Di conseguenza, la dissociazione fra il soggetto che ha proceduto all'assunzione del lavoratore e l'effettivo beneficiario della prestazione è consen-

(14) Conv. in l. 9 agosto 2013, n. 99.

(15) Cass. 2.11.1999, n. 12224, in *DPL*, 2000, 886; in dottrina vd. Ripa 2007, 208 ss.

(16) Esposito 2014, 612. Cfr. Gambacciani, Persiani 2010, 746 ss; Ripa 2007, 209.

tita soltanto a condizione che continui a operare, sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante, nel senso che il distacco realizzi uno specifico interesse imprenditoriale che consenta di qualificare il distacco medesimo quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone, così determinando una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e il conseguente carattere non definitivo del distacco stesso (17). Se così non fosse, il contratto di lavoro tra distaccante e lavoratore distaccato perderebbe la sua ragion d'essere.

L'interesse del distaccante, che deve essere «specifico, rilevante, concreto e persistente per tutto il periodo in cui il distacco è disposto» (18) (così la circolare del ministero del Lavoro 24 giugno 2005, n. 28), «... ha la funzione logica di sottrarre la figura del distacco al divieto generale di interposizione: il datore di lavoro distaccante può non essere considerato come un mero interposto proprio in quanto egli ha un proprio interesse specifico alla prestazione lavorativa, ancorché questa sia svolta nell'ambito di una sfera organizzativa diversa da quella di cui egli è titolare» (19).

La medesima situazione si riscontra nella somministrazione di manodopera, che però presenta una sostanziale differenza rispetto all'istituto in esame, che risiede proprio nel tipo di interesse riscontrabile nell'uno e nell'altro caso. Come evidenziato in dottrina: «... a segnalare la linea di confine tra distacco e somministrazione è l'interesse del distaccante. Infatti è opinione condivisa che l'interesse del distaccante debba essere un interesse non direttamente economico. Dunque, se il contratto di somministrazione è un contratto a titolo oneroso per il quale la legge, non solo impone un compenso, ma prevede un corrispettivo minimo, il contratto di distacco appare invece come un contratto a titolo gratuito, ciò significa che non potrà essere pattuito un corrispettivo per l'attività di somministrazione, ma al più potrà essere previsto il rimborso delle spese effettivamente sostenute» (20). La differenza tra i due istituti è stata anche confermata dal ministero del Lavoro nella circolare n. 3 del 15 gennaio 2004, laddove è stato precisato che l'interesse che legittima il distacco non può mai concretizzarsi in un mero interesse al corrispettivo per la fornitura di lavoro altrui, che caratterizza, invece, la diversa fattispecie della somministrazione, mentre sicuramente compatibili con l'istituto in esame sono interessi di tipo organizzativo, formativo e gestionale. Pertanto, l'impresa distaccante non può ricavare un profitto dalla prestazione lavorativa dei propri dipendenti, che non

(17) Cass. 22.1.2015, n. 1168, in *LG*, 2015, 4, 413.

(18) Per una spiegazione vd. Rausei 2007, 433.

(19) Ichino 2000, 498.

(20) Carinci 2013, 103.

sia quello derivante dall'utilizzo di detta prestazione nell'ambito della propria attività o a vantaggio, anche indiretto, di detta attività.

Tra i possibili esempi di legittimo interesse è il vantaggio che un'impresa può ricavare dal distacco di un proprio dipendente presso altra impresa, che sia stata acquisita dal distaccante, al fine di uniformare i sistemi informatici oppure le procedure di controllo di gestione, oppure il caso in cui si distacchi un lavoratore di cui si desidera ampliare le competenze presso un datore di lavoro o altro soggetto che le possiede ed è in grado di trasferirglielo (21), o, ancora, l'ipotesi in cui l'impresa distaccante voglia conoscere un mercato straniero nel quale intende investire in futuro e, quindi, abbia interesse a distaccare una propria risorsa presso altra impresa, che opera in detto mercato e con la quale intenda iniziare o consolidare rapporti di collaborazione, così come molti altri possono essere gli esempi di un interesse lecito dell'impresa distaccante (22).

Il requisito dell'interesse del distaccante non esclude che possa sussistere un interesse giuridicamente tutelato anche del distaccatario (23), ma occorre precisare che deve essere comunque prevalente l'interesse del distaccante (24), altrimenti verrebbe meno il requisito essenziale che legittima il ricorso a questa figura.

In secondo luogo, il distacco di un lavoratore disposto dal datore di lavoro presso altro soggetto, destinatario delle prestazioni lavorative, è configurabile quando sussista, oltre all'interesse del primo, anche la temporaneità del distacco, che non richiede una predeterminazione della durata, più o meno lunga, ma solo la coincidenza della durata stessa con l'interesse del datore di lavoro allo svolgimento da parte del proprio dipendente della sua opera a favore di un terzo (25).

Invero, «... la temporaneità è lì a dimostrare che non vi è deviazione dal normale vincolo di subordinazione nemmeno su un versante che si potrebbe dire materiale o, più correttamente, strumentale attinente alla continuità della disponibilità del lavoratore subordinato. Nel senso che,

(21) Cass. 18.8.2004, n. 16165, in *MGC*, 2004, 7-8.

(22) Per questi e altri esempi di possibili interessi del distaccante vd. Goffredo, *Meleca* 2000, 175.

(23) *Carinci* 2007, 1576.

(24) Sul punto la giurisprudenza ha infatti chiarito: «L'istituto del distacco, attraverso il quale un lavoratore viene dislocato dal datore di lavoro presso un altro con contestuale assoggettamento al comando e controllo di quest'ultimo, è legittimo solo se eccezionale, temporaneo e basato su un giustificato interesse del datore distaccante, da valutarsi con riferimento al concreto espletamento della sua attività», Cass. 2.11.1999, n. 12224, in *DPL*, 2000, 886.

(25) Cass. 25.11.2010, n. 23933, in *Ced Cass.*, rv. 615678.

mentre l'*interesse* spiega la finalità del distacco casualmente, è la *temporaneità* a renderlo compatibile strutturalmente con la continuità propria dell'originario vincolo di subordinazione» (26). Pertanto, la configurazione del distacco quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone è giustificata sul piano funzionale, dalla permanente connessione con la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante, e ha portato progressivamente la giurisprudenza a precisare che la temporaneità della destinazione del lavoratore a prestare la propria opera a favore di un terzo, che configura, comunque, uno dei presupposti di legittimità dell'istituto, non richiede che tale destinazione abbia una durata predeterminata, né che essa sia più o meno lunga o sia contestuale all'assunzione del lavoratore, ovvero persista per tutta la durata del rapporto (27), richiedendosi solo che la durata del distacco coincida con quella dell'interesse del datore di lavoro alla destinazione della prestazione di lavoro a favore di altra organizzazione d'impresa (28). Ciò vale a dire che il requisito della temporaneità, in quanto collegato all'interesse del datore distaccante, non è autonomo dall'interesse, nel senso che sussiste il primo finché persiste quest'ultimo (29). D'altra parte, il carattere non definitivo, anche se non predeterminato nella sua effettiva durata, del distacco è indice significativo del permanere di un vincolo di dipendenza non meramente apparente tra il lavoratore e il distaccante (30). Sempre in riferimento alla durata, si rileva che il distacco è ammesso anche per i lavoratori a termine nel rispetto dei limiti di validità del rapporto (31).

Il terzo e ultimo requisito dell'istituto è costituito dallo svolgimento di una determinata attività lavorativa: ciò significa che il lavoratore distaccato deve essere adibito ad attività specifiche e funzionali al soddisfacimento dell'interesse proprio del distaccante (32). Questo requisito concorre a meglio specificare l'interesse del datore di lavoro distaccante, contribuendo a rendere più trasparente, e manifesto, quell'interesse. Infatti, l'individuazione dell'attività che il lavoratore dovrà eseguire durante il distacco ben può fornire elementi presuntivi utili ai fini della verifica, in concreto, dell'esistenza di un effettivo interesse del distaccante. Inoltre, l'obbligo-

(26) Esposito 2014, 617.

(27) Cass. 2.9.2004, n. 17748, in *DPL*, 2008, 4, 413.

(28) Cass. 15.5.2012, n. 7517, in *FI*, 2012, I, 2070.

(29) Cass. 17.3.1998, n. 2880, in *FI*, 1998, n. 12, I, 3589.

(30) Cass. 18.8.2004, n. 16165, in *MGC*, 2004, 7-8.

(31) Interpello del ministero del Lavoro del 12 aprile 2005, n. 387; in giurisprudenza, vd. T. Roma 21.11.2007, in *LG*, 2008, 934.

(32) Interpello del ministero del Lavoro del 2 febbraio 2011, n. 1.

ria individuazione della attività lavorativa che il dipendente andrà a svolgere presso il distaccatario sembra confermare anche, sia pur indirettamente, il carattere necessariamente temporaneo del distacco. Soprattutto, però, quel requisito riduce il potere del distaccatario, poiché circoscrive l'attività che potrà essere legittimamente svolta dal lavoratore distaccato presso la sua impresa, così confermando ulteriormente la natura giuridica dell'istituto come esercizio del potere direttivo del datore di lavoro (33). Quindi, non è consentito un distacco che non specifichi le mansioni del lavoratore ovvero lasci al distaccatario scegliere quali mansioni affidare al dipendente distaccato, avendo in tal caso a mente più le esigenze del distaccatario che gli interessi del distaccante, e «... non sarebbe pertanto ammissibile un distacco nel quale la determinazione dell'attività da svolgere presso il terzo non riveli uno specifico collegamento con l'interesse che il distaccante intenda perseguire mediante l'invio del proprio lavoratore presso il terzo. Ne consegue che con forte sospetto dovrà guardarsi a forme di distacco indeterminate, vagamente collegate a più o meno evanescenti interessi dell'impresa distaccante, e prive di adeguate modalità di individuazione dell'attività lavorativa da svolgere presso il terzo» (34).

Invece, non sarebbe incompatibile con il distacco il fatto che il lavoratore svolga la sua prestazione presso il distaccatario anche solo parzialmente, continuando a svolgere presso il distaccante la restante parte della prestazione (35); infatti, «non è certamente estranea all'istituto del distacco la contemporanea, e ovviamente parziale, prestazione a favore dell'azienda nella quale anche formalmente il lavoratore è inserito» (36).

Infine, occorre notare che, dal punto di vista formale, la legge non richiede, tra i requisiti di validità, che il distacco sia formalizzato in un documento scritto, ma è senz'altro opportuno che ciò avvenga, come di fatto succede nella maggior parte dei casi. Ciò per molteplici ragioni, quali la certezza delle mansioni affidate al dipendente, la predisposizione di una prova sull'informativa data al lavoratore rispetto al suo distacco o, ancora, la possibilità di giustificare la presenza del medesimo presso l'impresa del distaccatario in caso di ispezione. Dal punto di vista documentale, poi, alla lettera di distacco si accompagnerà, il più delle volte, un accordo scritto tra distaccante e distaccatario, nel quale saranno definiti i termini economici del distacco ed esplicitate le ragioni dello stesso.

(33) Gambacciani, Persiani 2010, 753.

(34) Nicolosi 2008, 145.

(35) Circolare ministero del Lavoro 15 gennaio 2004, n. 3; vd. anche Cass. 23.8.1996, n. 7762, in *MGC*, 1996, 1210.

(36) Cass. 17.3.1998 n. 2880, in *FI*, 1998, n. 12, I, 3589.

Né è necessario il consenso del lavoratore al suo distacco, salvo il caso di mutamento di mansioni (37), in quanto «l'atto di assegnazione temporanea a un altro datore di lavoro costituisce [...] esercizio del potere direttivo e organizzativo del distaccante» (38). Invero, come è stato correttamente notato, «il fatto che solo in caso di mutamento di mansioni sia richiesto che il distacco avvenga con il consenso del lavoratore interessato permette di dedurre, *a contrario*, che tale limite non sia applicabile all'ipotesi generale e ordinaria, in virtù dell'assunto che normalmente il distacco non comporti (o non dovrebbe comportare) un significativo mutamento delle mansioni originariamente concordate» (39).

3. — *Disciplina del rapporto di lavoro* — Il distacco del lavoratore non comporta una novazione soggettiva e l'insorgenza di un nuovo rapporto con il beneficiario della prestazione lavorativa, ma solo una modificazione nell'esecuzione dello stesso rapporto, nel senso che l'obbligazione del lavoratore di prestare la propria opera viene (temporaneamente) adempiuta non in favore del datore di lavoro ma in favore del soggetto – cui sono attribuiti i connessi poteri direttivi e disciplinari – presso il quale il datore medesimo ha disposto il distacco del dipendente (40).

3.1. — *Poteri, obblighi e responsabilità* — In merito al potere direttivo, «va precisato [...] però che quanto all'esercizio in concreto di tale potere, attesa la difficoltà tecnica di concepire una prestazione lavorativa a favore di un terzo senza che gli venga delegata anche una quota del potere direttivo, il distaccatario sarà investito di quella parte del potere direttivo che riguarda i profili esecutivi della prestazione, nonché tutti quei poteri funzionali all'inserimento del lavoratore distaccato nella propria struttura organizzativa» (41).

Per quanto riguarda il potere disciplinare, si ritiene che la titolarità del medesimo rimarrà in capo al distaccante, in quanto strettamente legato al contratto di lavoro ed espressione del potere gerarchico del datore di lavoro

(37) Si considerino, tuttavia, le recenti modifiche dell'art 2103, disposte con d.lgs. n. 81 del 2015, art. 3.

(38) Bizzarro, Tiraboschi 2000, 316; sull'argomento, Cass. 7.11.2000, n. 14458, in *LPO*, 1999, 2109, con nota di Ruini.

(39) Nicolosi 2008, 146; Cfr. anche De Cristofaro 2007, 424 ss.

(40) Cass. 21.11.2013, n. 26138, in *Ced Cass.*, rv. 628594.

(41) Cass. 22.3.2007, n. 7049, in *MGC*, 2007, n. 3; vd. anche Cass. 3.11.2000, n. 14383, in *NGL*, 2001, 161; Cass. 7.11.2000, n. 14458, cit.; cfr., per la dottrina, Nicolosi 2008, 150.

sul proprio dipendente (42), anche se di fatto sarà inevitabilmente condizionato dall'impulso, nonché dalla consultazione, con il distaccatario (43).

Quanto alla retribuzione del dipendente distaccato, l'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, al comma 2, precisa che in caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo in favore del lavoratore e, quindi, la retribuzione dovuta al dipendente distaccato sarà stabilita in base al contratto di lavoro tra il medesimo e il distaccante e alle regole applicabili a quest'ultimo (44). Come specificato in dottrina «... mentre il riferimento al trattamento normativo va interpretato come trattamento spettante al dipendente sulla base di quanto previsto dalla contrattazione collettiva e dal contratto individuale di lavoro, quanto al trattamento economico, sotto il profilo retributivo, è indiscusso che se il distacco è legittimo, il solo datore di lavoro obbligato nei confronti del lavoratore interessato è quello distaccante. L'utilizzatore, infatti, non avrà alcun obbligo nei confronti del distaccato, ma esclusivamente nei confronti del distaccante, al quale corrisponderà il costo del distacco» (45). Peraltro, è consolidata la prassi di un rimborso da parte del distaccatario e, in proposito, la Cassazione (46) ha chiarito che il rimborso al distaccante della spesa del trattamento economico non ha alcuna rilevanza ai fini della qualificazione del distacco genuino. Infatti, in ultima analisi, poiché il lavoratore distaccato esegue la prestazione non solo nell'interesse del distaccatario, la possibilità di ammettere il rimborso rende più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi sostenuti da ogni singola società. In questo senso l'importo del rimborso non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante (47).

In caso di distacco del dipendente presso altra organizzazione aziendale, il datore di lavoro distaccante, in capo al quale permane la titolarità del rapporto di lavoro, è responsabile, ai sensi dell'art. 2049 c.c., dei fatti ille-

(42) Per l'opinione contraria di parte della dottrina, secondo la quale, invece, il potere spetterebbe al distaccatario vd. Carinci 2007, 1580.

(43) Nicolosi 2008, 150.

(44) Cass. 6.6.2013, n. 14314, in *Ced Cass.*, rv. 627142.

(45) Nicolosi 2008, 150.

(46) La Cassazione, Sezione Unite, ha chiarito che «Ciò che è importante per ritenere sussistente la figura del comando è che il dipendente continui a essere inquadrato nei ruoli e a ricevere il trattamento economico dell'ente di provenienza, non anche che il relativo onere economico rimanga a carico di questo, perché anzi la regola generale è che quando il comando avviene a vantaggio di un altro ente (e non di un'altra amministrazione dello stesso ente) quest'ultimo assume l'onere di detta spesa», Cass., 13.4.1989, n. 1751, S.U., in *FI*, 1989, I, 2494.

(47) Circolare ministero del Lavoro del 15 gennaio 2004, n. 3.

citi commessi dal dipendente distaccato, atteso che il distacco presuppone uno specifico interesse del datore di lavoro all'esecuzione della prestazione presso il terzo, con conseguente permanenza della responsabilità, secondo il principio del rischio di impresa, per i fatti illeciti derivati dallo svolgimento della prestazione stessa. Né vale osservare che, inserendosi la prestazione di lavoro del dipendente distaccato nell'organizzazione aziendale del terzo, spetta a quest'ultimo l'esercizio dei poteri funzionali alla realizzazione del corretto e utile adempimento, giacché quel che rileva, ai fini della responsabilità per i danni cagionati dal fatto illecito del dipendente, è che il distacco del dipendente non spezza il collegamento fra l'interesse organizzativo del datore di lavoro distaccante e l'esecuzione della prestazione presso un soggetto terzo, con conseguente permanenza del criterio obiettivo di allocazione dei rischi connesso alla responsabilità d'impresa, per come previsto dall'art. 2049 c.c. (48).

In tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, in caso di distacco di un lavoratore da un'impresa a un'altra, per effetto della modifica normativa introdotta dall'art. 3, c. 6, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, sono a carico del distaccatario tutti gli obblighi di prevenzione e protezione, fatta eccezione per l'obbligo di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali viene distaccato, che restano a carico del distaccante. Per effetto di questa innovazione normativa, pertanto, il legislatore ha riconosciuto espressamente al distaccatario una posizione di garanzia primaria in ordine alla tutela del diritto alla salute del lavoratore, che temporaneamente esegue la sua prestazione nei propri ambienti di lavoro. Nel momento in cui trova esecuzione la prestazione del lavoratore distaccato, il datore di lavoro distaccatario assume tutti gli obblighi prevenzionistici (49), e, quindi, l'impresa distaccataria è tenuta ai medesimi obblighi di sicurezza e di prevenzione che deve osservare nei confronti dei propri dipendenti (50) e «... sul distaccatario, pertanto, gravano tutti gli obblighi di sicurezza relativi alla conformità alla vigente normativa dei luoghi di lavoro e delle attrezzature, macchine, impianti e sostanze utilizzati, l'effettuazione della formazione e l'addestramento specifici, nonché la sorveglianza sanitaria attraverso il medico competente» (51).

Quanto agli obblighi contributivi, il ministero del Lavoro, con la circolare 15 gennaio 2004, n. 3, richiamando sul punto una precedente circo-

(48) Cass. 11.1.2010, n. 215, in *FI*, 2011, I, 199, con nota di Ferrari V.

(49) Così Cass., S. pen., 19.4.2013, n. 31300, in *Ced Cass.*, rv. 256397.

(50) Interpello del ministero del Lavoro del 13 luglio 2006, n. 25/I/0001565.

(51) Gallo 2014, 183.

lare del 18 gennaio 1994, n. 4, ha chiarito che, con riferimento al profilo previdenziale è senza dubbio il datore di lavoro distaccante che rimane esclusivo titolare del trattamento contributivo nei confronti del lavoratore distaccato, e, quindi, spetta al distaccante l'adempimento del versamento dei contributi dovuti (52). Pertanto, per la classificazione previdenziale e per la determinazione del regime contributivo dovrà aversi riguardo all'attività svolta dall'imprenditore distaccante. Per quel che concerne, invece, l'obbligo assicurativo per l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali, la circolare n. 3/2004 afferma che anch'esso rimane a carico del datore di lavoro distaccante, ma il calcolo del premio non viene effettuato, contrariamente a quanto previsto in materia contributiva, sulla base della tariffa applicata al distaccante. Piuttosto, in ragione dell'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa, il premio deve essere calcolato in base alla tariffa applicata al soggetto distaccatario, che utilizza la prestazione del lavoratore distaccato (53), e l'eventuale infortunio del lavoratore distaccato influirà sul rapporto assicurativo e contributivo dell'impresa distaccataria al pari di quelli occorsi ai dipendenti della stessa (54).

3.2. — *Cessazione del rapporto di lavoro del dipendente distaccato* — In caso di distacco del lavoratore presso altro datore di lavoro, mentre quest'ultimo, beneficiario delle prestazioni lavorative, dispone dei poteri funzionali all'inserimento del lavoratore distaccato nella propria struttura aziendale, persistono fra distaccante e lavoratore i vincoli obbligatori e di soggezione, mantenendo il distaccante, oltre al potere di decidere della cessazione del distacco, anche quello di licenziare il dipendente distaccato, qualora ne ricorrano le condizioni di legge (55).

Peraltro, di norma, la decisione di porre fine al distacco comporta il rientro del dipendente nell'azienda del distaccante, in quanto «il distacco del lavoratore, la cui durata coincide con quella dell'interesse del datore di lavoro a che il dipendente renda la sua prestazione presso un soggetto terzo, è un istituto per sua natura temporaneo; di conseguenza, la cessazione del compito del dipendente presso il distaccatario non configura un'ipotesi di soppressione del posto di lavoro ed è inidonea a integrare un giustificato motivo di licenziamento, salvo che il datore di lavoro provi l'impossibilità di riassorbire il lavoratore nella propria struttura societaria» (56).

(52) Rausei 2007, 442.

(53) *Ibidem*.

(54) Circolare ministero del Lavoro 21 aprile 1994, n. 58.

(55) Cass. 22.3.2007, n. 7049, in *MGC*, 2007, n. 3.

(56) T. Genova 5.12.2006, in *RCDL*, 2007, n. 1, 250.

Quanto alla eventuale risoluzione del rapporto di lavoro, «... non [è] certamente sufficiente a integrare il giustificato motivo oggettivo di licenziamento la semplice cessazione dell'interesse al distacco o la soppressione del posto presso la società distaccata e [devono], peraltro, in ogni caso essere verificati gli elementi costitutivi del giustificato motivo oggettivo stesso con riferimento all'ambito aziendale del datore di lavoro (nella specie la società distaccante), sul quale ricade anche l'onere probatorio circa la impossibilità di *repechage*, in conseguenza della scelta di procedere a tale licenziamento» (57).

Pertanto, ad esempio, dovrebbe considerarsi legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del dipendente che rifiuta il distacco presso l'azienda dove è stato esternalizzato il servizio a cui è adibito, allorché all'interno dell'azienda, a seguito di riorganizzazione, siano venute a mancare posizioni lavorative coerenti con la posizione e la qualificazione professionale del lavoratore (58).

Per quanto riguarda, invece, il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, eventuali mancanze disciplinari, che siano state commesse dal dipendente durante il periodo di distacco e ai danni del distaccatario, potranno essere sanzionate con la risoluzione del rapporto di lavoro da parte del distaccante, a ciò legittimato dal potere disciplinare che, come abbiamo visto, permane in capo al medesimo (59).

4. — *Distacco che comporti mutamento di mansioni e/o trasferimento del lavoratore* — Il distacco può comportare, previo consenso del lavoratore, un mutamento di mansioni (60), mentre «... poiché non vi è traccia nella norma della possibilità di un demansionamento, in applicazione della regola generale dell'art. 2103 c.c., esso resta vietato e non pattuibile tra le parti» (61).

Come sottolineato in dottrina, l'ipotesi prevista dal c. 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale, che lascia al potere unilaterale del datore di lavoro disporre del distacco, per

(57) Cass. 1.10.1998, n. 9768, in *GC*, 1999, I, 1755, con nota di Caro.

(58) Il rimando è a Cass. 28.10.2013, n. 24259, in *Diritto e Giustizia online*, 2013.

(59) Per un caso di licenziamento disciplinare motivato da violazioni del dipendente nel corso del distacco vd. Cass. 8.1.2015, n. 57, in *LG*, 20154, 4, 411.

(60) Sebbene l'art. 2013, come modificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, abbia compreso l'incidenza del consenso del lavoratore sul fenomeno del demansionamento, seppur all'interno del medesimo livello e categoria legale di inquadramento.

(61) Occhino 2014, 111.

cui «... deve essere intesa non già come assegnazione al lavoratore di qualsivoglia compito diverso da quello svolto fino a quel momento [...], ma come assegnazione al lavoratore di mansioni non equivalenti alle ultime effettivamente svolte» (62). «Pertanto, il consenso non dovrebbe essere considerato necessario quando il lavoratore venga adibito anche a mansioni diverse da quelle svolte in precedenza, ma, comunque, equivalenti alle ultime effettivamente svolte, cioè conformi al bagaglio di esperienze e competenze professionali maturate fino a quel momento» (63).

Un eventuale cambio di mansioni, con assegnazione anche di mansioni superiori, a iniziativa del distaccatario, non sembrerebbe consentito, in quanto l'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 richiede, come requisito di validità del distacco, che l'attività affidata al dipendente sia definita al momento del distacco e, comunque, il mutamento di mansioni a iniziativa del distaccatario sembrerebbe incompatibile anche con il requisito dell'interesse del distaccante al distacco, che potrebbe trovarsi pretermesso a quello del distaccatario, nel caso di una modifica di mansioni decisa da quest'ultimo.

Nel caso in cui l'unità produttiva alla quale è destinato il dipendente distaccato si trovi a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito, non è richiesto il consenso del lavoratore, ma è necessaria la presenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive, in conformità a quanto già previsto dall'art. 2103 c.c. per la generalità dei casi di trasferimento di un lavoratore da un'unità produttiva all'altra, senza però il limite di distanza fissato per il distacco. Sempre a proposito del luogo dove è prestata l'attività lavorativa, si è ritenuto che, se sussistono i requisiti del distacco, esso è legittimo anche quando il lavoratore distaccato svolge la propria attività in luogo diverso dalla sede dell'impresa distaccataria (64).

Qualora il distacco sia posto in essere in violazione delle disposizioni di cui all'articolo 30, c. 3, e, quindi, si operi senza il consenso del lavoratore a un mutamento di mansioni, o il distacco avvenga oltre 50 km in assenza di comprovate ragioni, non si ha un'ipotesi di distacco illecito, ma soltanto di distacco nullo per carenza dei requisiti formali, con conseguente diritto per il lavoratore di non osservare l'ordine di distacco ovvero di seguire a svolgere la prestazione lavorativa presso il datore di lavoro distaccante, nell'originaria sede di lavoro (65), così come di chiedere un risarcimento dei danni eventualmente patiti in conseguenza dell'illegittimo distacco (66).

(62) Gambacciani, Persiani 2010, 759.

(63) *Ivi*, 761.

(64) Interpello del ministero del Lavoro del 2 febbraio 2011, n. 1, cit.

(65) Rausei 2007, 449.

(66) Esposito 2014, 631.

5. — *Distacco all'interno del gruppo di imprese* — Il gruppo è un'aggregazione di imprese dotate di autonomia patrimoniale, ma collegate sul piano organizzativo, nel cui ambito la società capogruppo esercita nei confronti delle altre un'attività di direzione e coordinamento, secondo quanto disposto e regolamentato, con riferimento alla disciplina societaria, dagli artt. 2497 ss. c.c., mentre, sempre all'interno di detta disciplina, l'art. 2359 c.c. provvede alla definizione delle società appartenenti al gruppo, in quanto controllate e collegate (67).

È orientamento consolidato della giurisprudenza che «... il collegamento economico-funzionale fra imprese gestite da società di un unico gruppo non è di per sé solo sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti a un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso fra un lavoratore e una di esse, si debbano estendere anche all'altra...» (68). Pertanto, nel gruppo la regola generale è che ciascuna società è titolare esclusiva dei rapporti di lavoro subordinato con i propri dipendenti, senza che i relativi obblighi si estendano alle altre società del gruppo.

Circostanza abbastanza frequente nell'ambito del gruppo d'impresa è il distacco: «l'eventuale prestazione di attività da parte di un lavoratore subordinato in favore di società del gruppo cui appartiene la società che lo ha assunto è inquadrabile nel cosiddetto fenomeno del distacco, il cui effetto è quello di determinare in capo al lavoratore l'obbligo di prestare la propria attività nell'interesse di una diversa impresa di destinazione, fermo restando che la prestazione continua a costituire esecuzione e adempimento del rapporto di lavoro intercorrente con la società di provenienza» (69). L'esistenza di un gruppo d'impresa può favorire la ricorrenza della fattispecie, in quanto «il collegamento fra la società-madre formalmente datrice di lavoro e la società-figlia che utilizza di fatto la prestazione lavorativa può dunque assumere rilievo alla luce della giurisprudenza [...] per la configurabilità di un distacco legittimo del lavoratore dalla prima alla seconda, in considerazione dello specifico interesse della prima, che la prestazione lavorativa (ancorché svolta presso la seconda) direttamente soddisfa» (70). Ad esempio, «la società madre di un gruppo può avere interesse alla prestazione svolta da un proprio dirigente presso una società-figlia per controllare meglio tale società» (71). Peraltro, deve essere rilevato che il collegamen-

(67) Italia 2013, 2.

(68) Cass. 10.1.2012, n. 88, in *GLav*, 2012, n. 11, 43; si veda pure Cass. 15.5.2006, n. 11107, in *RGL*, 2007, II, 440 ss, con nota di Lozito M.; Cass. 6.4.2004, n. 6707, in *MGC*, 2004, 4.

(69) T. Milano 27.9.1999, in *Giurisprudenza milanese*, 2000, 119.

(70) Ichino 2000, 498.

(71) *Ibidem*.

to tra società «... non costituisce, di per sé, una presunzione invincibile di interesse al distacco» (72). Infatti, come chiarito dal ministero del Lavoro, «non si può ritenere automaticamente sussistente l'interesse del datore di lavoro al distacco per il solo fatto che esso viene disposto tra imprese appartenenti al medesimo gruppo» (73). D'altra parte, è «... certo che nell'ipotesi di collegamento societario [...] l'interesse che il datore di lavoro mira a perseguire con il distacco sarà provato in maniera più agevole. In questa ipotesi, infatti, come sottolineato ora dalla circolare n. 3/2004, si dovrà ritenere sussistente l'interesse ove si ravvisi una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo» (74).

Infine, occorre notare che, oltre al vero e proprio distacco, all'interno del gruppo possono sussistere anche ipotesi di prestito di manodopera, nel caso in cui «le parti di un rapporto di lavoro possono pattuire un distacco del lavoratore che, fermo il perdurare del vincolo con il datore di lavoro distaccante, faccia sorgere un distinto rapporto con altro imprenditore, anche all'estero, con sospensione del rapporto originario. In tale caso i rapporti restano separati, anche se le due imprese sono gestite da società collegate, con conseguente non imputabilità alla società distaccante, se non diversamente pattuito, delle obbligazioni relative al secondo rapporto» (75). Nella fattispecie, contrariamente a quanto avviene nel distacco, la prestazione del lavoratore avviene sulla base di due contratti distinti, mentre nel caso del distacco di un solo contratto, nel quale si attua una separazione tra il datore di lavoro formale e l'utilizzatore. Ancora diversa è, poi, l'ipotesi di una cessione del contratto di lavoro, che, a differenza del distacco, comporterà il passaggio del rapporto ad altro datore, che ne diverrà l'unico titolare, e che, per essere considerata valida, necessita del consenso del lavoratore.

6. — *Rete di imprese* — Un'ipotesi diversa dal gruppo è quella della rete d'impresa, in merito alla quale si rileva che «... recentemente l'art. 7, comma 2, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 99, ha inserito un comma (4-ter) nel citato art. 30, d.lgs. n. 276 del 2003, prevedendo che, qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete d'impresa (ex art. 3, comma 4-ter, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. in l. 9 aprile 2009, n. 33) l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, che è

(72) Cass. 16.2.2000, n. 1733, in *Iprev.*, 2001, 158.

(73) Circolare ministero del Lavoro 24 giugno 2005, n. 28.

(74) Bizzarro, Tiraboschi 2006, 321.

(75) Cass. 5.11.2013, n. 24470, in *Ced Cass.*, rv. 627992.

un contratto con cui più imprenditori, perseguendo scopi comuni in termini di innovazione e di competitività, stabiliscono rapporti di collaborazione nell'esercizio dell'impresa. In tale evenienza l'interesse della parte distaccante è presunto *iuris et de iure*, fermo restando per il lavoratore la garanzia del rispetto dell'art. 2103 c.c. quanto alla necessaria corrispondenza tra mansioni e qualifica» (76). Si tratta di una presunzione assoluta, per cui ne consegue che, ai fini della verifica dei presupposti di legittimità del distacco, sarà sufficiente verificare l'esistenza di un contratto di rete tra distaccante e distaccatario (77).

Come è stato sottolineato in dottrina, «... la rete quasi sempre costituisce una risposta a un'esigenza di cooperazione in assenza di un'integrazione proprietaria. Quindi rappresenta uno strumento complementare al gruppo di imprese caratterizzato dal controllo proprietario» (78) e, «... in termini più specifici, per rete di impresa può intendersi quella forma di coordinamento e organizzazione, tendenzialmente stabile, tra due o più imprese formalmente e giuridicamente autonome, che si instaura attraverso legami di natura formale e informale. Una delle caratteristiche della rete è, quindi, l'autonomia giuridica delle singole imprese partecipanti e la creazione di legami di coordinamento tra le stesse. L'altro connotato tipico è che i rapporti fra le imprese si configurano come contrattuali e paritari, tali da permettere agli attori dell'accordo di rete di sfruttare la complementarità dei loro interessi, pur mantenendo ampi margini di autonomia» (79).

L'inserimento di una specifica disposizione nel d.lgs. n. 276/2003 sul distacco nella rete di imprese appare finalizzato a valorizzare e facilitare questa nuova fattispecie di collaborazione tra imprese, per lo più medio-piccole, in quanto si ritiene possa costituire valida risposta alle esigenze di aggregazione che oggi impone il mercato.

In conseguenza delle diversità tra le due fattispecie, «... la differenza di disciplina del distacco nei gruppi di imprese e nelle reti è notevole. Il legi-

(76) Cass. 22.1.2015, n. 1168, in *LG*, 2015, n. 4, 413.

(77) Circolare ministero del Lavoro del 29 agosto 2013, n. 35.

(78) Greco 2014, 381. Come evidenziato in dottrina: «Il contratto di rete [...] consente di governare intere filiere produttive, superando la segmentazione tra autori del processo» (Perrullo 2015, 92 ss.); è stato, poi, altresì chiarito che: «Le esigenze che si pongono per un uso del personale così finalizzato sono diverse e più complesse di quelle cui rispondono gli istituti tradizionali del distacco e del comando. Questi sono nati per fronteggiare esigenze temporanee se non eccezionali di singole imprese, mentre all'interno di una rete il perseguimento degli obiettivi comuni può richiedere uno scambio ricorrente o continuo di personale di varie aziende e spesso una gestione congiunta dello stesso, a seconda dei compiti attribuiti alle diverse imprese per la realizzazione di progetti comuni» (Treu 2012, 18 ss.).

(79) Greco 2014, 381.

slatore ha inteso ritenere presunto l'interesse solo per quelle imprese che abbiano sottoscritto un contratto di rete. Non ha previsto nulla di analogo per le imprese di gruppo. [...] Del resto, i problemi di tutela dei lavoratori che operano all'interno di un gruppo sono diversi da quelli che si pongono per i lavoratori coinvolti in una rete costituita ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, del d.l. n. 5 del 2009. Infatti, nel gruppo può crearsi un problema di tutela perché un soggetto esterno (la *holding*) che controlla la società titolare formale del rapporto di lavoro incide sulle scelte delle controllate relative ai propri dipendenti. Tale situazione non si presenta nelle reti di impresa caratterizzate da soggetti giuridici distinti che operano in posizione paritaria e che decidono di svolgere in comune un segmento di attività» (80).

7. — *Distacco e procedure di mobilità* — L'art. 30 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, non esclude, ovviamente, tutte le ipotesi di distacco legittimo, che siano previste da precedenti normative. «Occorre, infatti, ricordare che l'articolo 8, comma 3, del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità, nell'ambito della procedura di mobilità, di disporre il distacco del personale in esubero presso un altro datore di lavoro ove si raggiunga un accordo sindacale. Tale ipotesi si differenzia da quella prevista dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003 in quanto, in questo caso, l'interesse che legittima il distacco è quello del lavoratore a non essere licenziato ed eventualmente l'interesse pubblico a preservare i livelli occupazionali. Ne deriva che esso, previa la sussistenza dell'accordo sindacale, può essere disposto anche ove manchi l'interesse del distaccante ovvero questo coincida con il mero passaggio dei costi della manodopera eccedentaria in capo al distaccatario» (81).

Come è stato evidenziato, «secondo la stragrande maggioranza degli interpreti la conservazione dei posti di lavoro si impone legalmente quale autonoma condizione di legittimità: l'interesse al distacco sarebbe praticamente assorbito nell'utilità collettiva derivante da tale alternativo impiego dei lavoratori, i cui posti all'interno dell'impresa sarebbero altrimenti compromessi [...]. Certo è che la fattispecie del 1993 conserva una sua unicità: nell'ambito del rinnovato quadro legale, la specifica conservazione di quella disposizione depone per la legittimità del provvedimento di distacco collettivo a prescindere dalla sussistenza di un concreto interesse datoriale; ciò anche in ragione del prescritto intervento sindacale» (82).

(80) *Ivi*, 390.

(81) Bizzaro, Tiraboschi 2006, 320. In giurisprudenza cfr. Cass. 23.4.2009, n. 9694, in *LG*, 2010, n. 1, 42, con nota di Lattanzio.

(82) Esposito 2014, 624.

Condizioni di legittimità in questo caso sono che: (i) sia stata attivata una procedura di mobilità o di licenziamenti collettivi *ex l. n. 223/91*; (ii) la procedura si sia conclusa con un accordo sindacale; e (iii) l'accordo sindacale preveda, con il distacco di uno o più lavoratori, di evitare o limitare le riduzioni del personale, e regolamenti le condizioni del distacco (83).

Naturalmente «... contenuto imprescindibile di tali accordi è l'individuazione della durata del distacco, verosimilmente da collegare alla prefigurazione del superamento delle condizioni di eccedenza» (84).

8. — *Sanzioni in caso di distacco irregolare* — Nei casi in cui il distacco viene posto in essere senza i caratteri di liceità e di legalità di cui al comma 1 dell'articolo 30 del d.lgs. n. 276/2003, viene materialmente a configurarsi una ipotesi di somministrazione illecita di manodopera, che ora è espressamente sanzionata in forza del comma 4-*bis*, introdotto nel testo della norma dall'art. 7 del d.lgs. n. 251/2004, il quale prevede che il lavoratore distaccato possa richiedere, mediante ricorso giudiziale, la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'imprenditore distaccatario, che ne ha utilizzato la prestazione.

Pertanto, la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del soggetto distaccatario non sembra essere più conseguenza automatica del distacco illegittimo, come ritenuto dalla giurisprudenza precedente all'introduzione del comma 4-*bis* all'art. 30, ma soltanto una conseguenza eventuale, lasciata alla valutazione del lavoratore, che potrà o meno proporre l'azione in questione. La costituzione del rapporto di lavoro con il distaccatario avverrà, quindi, «... con effetto dall'inizio del distacco, se fin dall'inizio il distacco è illegittimo, ovvero successivamente, se il distacco è divenuto illegittimo nel corso del rapporto, ad esempio, per il venir meno dell'interesse del distaccante» (85).

Inoltre, con l'art. 4 del d.lgs. n. 251/2004 è stato previsto che lo pseudodistaccante e lo pseudodistaccatario che hanno posto in essere, in esecuzione di un distacco fittizio, una mera fornitura o somministrazione di lavoratori, senza interessi *e/o* in maniera definitiva, sono entrambi soggetti alla pena dell'ammenda pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione (86). Se vi è sfruttamento di minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.

(83) Goffredo, Melleca 2000, 178.

(84) Circolare ministero del Lavoro del 1993, n. 11.

(85) Gambacciani, Persiani 2010, 763. Sul punto vd. anche Proia 2014, *infra*, n. 12.

(86) Per un approfondimento, Rausei 2007, 449.

Riferimenti bibliografici

- Bizzarro C., Tiraboschi M. (2006), *La disciplina del distacco nel d.lgs. 276/2003*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 309 ss.
- Carinci F. (2007), *Il distacco del lavoratore*, in Carinci F., *Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento. Diritto del lavoro. Commentario*, II, Utet, Torino, 1573 ss.
- Carinci M. (2013), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro. Somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, III ed., Giappichelli, Torino, 103.
- De Cristofaro M. (2007), *Distacco e consenso del lavoratore*, in *MGL*, 424 ss.
- Espósito M. (2014), *La fattispecie del distacco e la sua disciplina*, in Aimò M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 610 ss.
- Gallo M. (2014), *La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel distacco di personale*, in *MGL*, n. 3, 183 ss.
- Gambacciani M., Persiani C. (2010), *Il Distacco*, in Persiani M. (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, Torino, 746 ss.
- Goffredo M., Meleca V. (2000), *La mobilità professionale e geografica del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 171 ss.
- Greco M.G. (2014), *Distacco e codatorialità nelle reti d'impresa*, in *ADL*, II, 381 ss.
- Ichino P. (2000), *Il comando o distacco e il lavoro in gruppi di società collegate*, in Ichino P., *Il contratto di lavoro*, in Cicu A., Messineo F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 498 ss.
- Italia S. (2013), *Rapporto di lavoro e Gruppo d'impresa*, in *Working Paper*, Adapt, n. 132, 2 ss.
- Nicolosi M. (2008), voce *Distacco (ordinamento interno)*, in *DDPComm*, 141 ss.
- Occhino A. (2014), *L'interposizione nei rapporti di lavoro*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 105 ss.
- Orlandini G. (2008), *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, I, 59 ss.
- Perrullo A. (2015), *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *RGL*, I, 92 ss.
- Proia G. (2014), *Il distacco*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 1683 ss.
- Rausci P. (2007), *Somministrazione di lavoro*, III ed., Ipsoa, Roma, 424 ss.
- Ripa A. (2007), *Il distacco*, in Ripa A., Collia F., *La riforma del lavoro nella giurisprudenza*, Ipsoa, Roma, 208 ss.
- Treu T. (2012), *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *MCR*, 18 ss.

