

Appunti per una ridefinizione dell'istituto del distacco

Giovanni Orlandini

1. Introduzione

In un suo noto saggio del 2008 Riccardo Del Punta evocava le «molte vite del divieto di interposizione» per rilevare come questo, per quanto indebolito dalla riduzione del suo ambito di applicazione, fosse sopravvissuto all'abrogazione della L. 1369/60 (Del Punta 2008). La perdurante presenza nell'ordinamento di tale divieto sarebbe deducibile dal regime dettato per regolare la somministrazione di lavoro, l'appalto ed il distacco. Sono questi, infatti, gli istituti che definiscono i confini di liceità della fornitura di manodopera a favore di un terzo, il superamento dei quali determina l'instaurazione del rapporto di lavoro con quest'ultimo.

Questa conclusione, affermata come prevalente in dottrina, è in realtà meno scontata di quanto appaia, giacché una cosa è prevedere un divieto di interposizione in termini generali (cioè come principio generale dell'ordinamento), altra è sanzionare le ipotesi tipizzate di utilizzo di lavoro fornito da terzi con la (possibile) costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore. Se è vero, infatti, che l'esistenza del divieto in parola renderebbe in ipotesi perfino superflua l'espressa previsione della relativa sanzione, l'esistenza di quest'ultima è semplicemente frutto di un'opzione legislativa, come tale in futuro revocabile. D'altra parte, la stessa giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 276/03, non possa più ritenersi esistente nell'ordinamento un principio di ordine pubblico che vieta l'interposizione

Giovanni Orlandini, University of Siena, Italy, giovanni.orlandini@unisi.it, 0000-0001-5670-3248

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Giovanni Orlandini, *Appunti per una ridefinizione dell'istituto del distacco*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.37, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 625-636, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

nei rapporti di lavoro¹. Il che trova conferma nel fatto che l'identità tra datore formale e sostanziale è condizionata dall'azione del lavoratore.

Dubitare della sopravvivenza del divieto di interposizione, nei termini generali in cui era enunciato nel quadro normativo previgente alla riforma del 2003, se da una parte può preoccupare quanti (con buone ragioni) colgono in esso l'argine più sicuro ai processi di esternalizzazione, dall'altra permette di definire in termini più appropriati il rapporto esistente tra la disciplina della somministrazione e dell'appalto, da una parte, e quella del distacco, dall'altra; istituto, quest'ultimo, che risponde a ratio e finalità affatto peculiari.

2. Divieto di interposizione o di appalto di manodopera?

La disciplina del distacco contenuta nell'art. 30 del d.lgs. 276/03 ha posto fine ad un dibattito che a lungo ha impegnato la dottrina in merito alla legittimità dello stesso come ipotesi derogatoria del divieto di interposizione; e lo ha fatto recependo quanto la giurisprudenza aveva avuto modo di elaborare nel quadro normativo dettato dalla L.1369/60.

Tale giurisprudenza a molti era apparsa non soddisfacente, non trovando solido fondamento né nella lettera della legge, né nei principi generali di diritto civile in materia di contratti (tra gli ultimi, Esposito 2002, 70 sgg.)². È vero infatti che il divieto posto dalla legge del '60 alla «scomposizione» dei poteri datoriali era configurato in termini estremamente ampi: cadeva sotto la censura di illiceità qualsiasi situazione nella quale un soggetto che non fosse il titolare del rapporto si fosse trovato ad utilizzare «manodopera» da questi «assunta e retribuita». Ciò indipendentemente dallo strumento contrattuale in base al quale simile situazione si fosse venuta a determinare: «appalto, sub-appalto o in qualsiasi altra forma» (art.1, comma 1, L.1369/60). Il riferimento all'appalto era ovviamente improprio (trattandosi piuttosto di uno «pseudo-appalto»), ma permetteva di identificare una specifica tipologia di contratto «illecito» che condivideva dell'appalto un elemento centrale: l'onerosità, ovvero il fatto di implicare un compenso per l'appaltatore.

Proprio l'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore del sessanta per colpire l'attività di fornitura di manodopera è all'origine della sovrapposizione della nozione di appalto di manodopera con quella di interposizione vietata; o, detto in altri termini, dell'assunzione del secondo concetto, e non del primo (appunto spesso utilizzato come mero sinonimo di quello), ad architrate del sistema di regole funzionali a perseguire e sanzionare le ipotesi di scomposizione dei poteri datoriali e di utilizzo indiretto di prestazioni di lavoro.

¹ Per questo motivo la Cassazione (Cass., 7 dicembre 2005, n. 26979 e Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040, entrambe in Mass. giur. lav., 2006, 932 sgg. con nota di Pileggi) ha ammesso l'applicazione davanti alla giurisdizione nazionale della legislazione dello Stato di New York che ignora il divieto di interposizione.

² Monaco (2004, 207) e Gambacciani (2005, 204) per un approccio più sintonico con gli approdi giurisprudenziali precedenti la riforma, ivi diffusamente passati in rassegna.

Il dibattito sul divieto di interposizione è da sempre condizionato da questo vizio di prospettiva, che ha portato ad equiparare qualsiasi forma di scissione del c.d. datore di lavoro «formale» da quello «sostanziale», ovvero qualsiasi situazione nella quale i poteri direttivi propri del datore di lavoro sono esercitati, a qualsiasi titolo e in qualsiasi forma, da un soggetto che datore non è. In questo modo si è finito per associare situazioni di «sdoppiamento» dei poteri datoriali diverse tra loro, perché realizzate in contesti produttivi ed organizzativi non omogenei e con strumenti giuridici funzionali a perseguire i più vari interessi.

Questo vizio di prospettiva ha portato ad accomunare l'istituto del distacco alle altre ipotesi «interpositive», propriamente riconducibili all'appalto di manodopera. Eppure è evidente che le due fattispecie non siano sovrapponibili perché fondate su strumenti contrattuali del tutto disomogenei. L'appalto di manodopera identifica un accordo - tipizzato «in negativo» dalla legge del 1960 per sanzionarne l'illiceità - avente ad oggetto la cessione dietro corrispettivo di una prestazione lavorativa e non riconducibile alla tipologia contrattuale di cui agli art. 1655 sgg. c.c. perché non implicante l'esercizio di un'attività imprenditoriale da parte dell'appaltatore³. Un contratto caratterizzato da uno specifico oggetto (la fornitura di lavoro) e da una propria causa, la «ragione concreta» giustificativa dello stesso (Bianca 1993, 425), che si può identificare nella pura e semplice mercificazione del lavoro altrui. Anche il distacco si fonda su un «contratto», dal momento che l'invio del lavoratore da parte del distaccante presso il distaccatario presuppone necessariamente un accordo tra i due datori. Si tratta di un contratto di natura gratuita (Carinci 2010, 93) che quindi dell'appalto di manodopera non condivide la causa (Carinci 2000, 68 e 183), non essendo la sua funzione quella di realizzare un guadagno dalla fornitura di manodopera, cioè dalla «mercificazione» del lavoro.

Con la riforma del 2003 si è persa l'occasione per superare quest'impropria sovrapposizione, mancando di regolare con specifica disciplina il «contratto di distacco». Anzi, di tale contratto si è continuato ad ignorare l'esistenza sulla scia della pregressa giurisprudenza⁴, come dimostra l'anomala terminologia usata dall'art. 30 comma 1 per definire il distacco: una mera «ipotesi». Un approccio, questo, confermato dal comma 4-ter introdotto con la riforma del 2013 (art. 7, comma 2, d.l. 76/13) che, nel regolare il distacco fondato sul contratto di rete, avalla implicitamente l'idea della a-contrattualità del distacco operato al di fuori di tale ambito.

Prendendo le mosse da questa lacuna normativa, nelle pagine che seguono si intende rileggere la disciplina dettata dall'art. 30, d.lgs. 276/03 onde evidenziarne criticità ed incongruenze, solo in parte risolvibili valorizzando i principi di diritto civile applicabili al contratto sul quale si basa il distacco: un contratto innominato, vista la sua mancata tipizzazione da parte del legislatore.

³ Resta valida la definizione di Magrini (1980, 53) di un «patto avente ad oggetto lo scambio di mere prestazioni dietro corrispettivo in favore dell'intermediario».

⁴ Inter alia, Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in OGL, 2000, I, 968

3. Il «contratto di distacco» e il consenso del lavoratore

La natura innominata del contratto di distacco non esclude che si possano identificare tipi contrattuali nel codice civile ai quali può essere associabile. Anche la mera analogia con uno specifico tipo contrattuale risulta infatti funzionale a dedurre la possibile disciplina: d'altra parte, la maggior parte dei contratti innominati sono contratti «misti», frutto della combinazione di diversi contratti tipici e la loro disciplina è da questi ricavabile (Roppo 1976, 126). Da ciò la possibilità di applicarvi o la disciplina del tipo contrattuale prevalente (accedendo alla c.d. teoria dell'assorbimento) o quella frutto della combinazione dei diversi tipi contrattuali (se si accoglie la c.d. teoria della combinazione) (Gazzoni 2019, 826).

Muovendosi in tale prospettiva si può ricondurre il contratto di distacco nell'ambito del c.d. fenomeno della cooperazione gestoria (Sirena 2011), del quale il contratto di mandato con rappresentanza è la più tipica espressione. Analogamente a quanto avviene nel mandato, il distaccatario si impegna infatti nei confronti del datore a compiere per suo conto una serie di atti giuridici. Tali atti consistono nell'esercizio del potere direttivo conseguente all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva dello stesso distaccatario. Gli effetti che l'esercizio di tale potere produce si ripercuotono direttamente nella sfera giuridica del datore distaccante, che resta obbligato, appunto, al pari del mandante⁵.

Il contratto di distacco trova però la sua specificità nel tipo di atti che il distaccatario è, grazie ad esso, chiamato a compiere. L'oggetto del contratto resta insomma affatto peculiare, in ragione del collegamento negoziale che si configura tra contratto di distacco e contratto di lavoro, analogo a quello in essere nella somministrazione professionale⁶. Si tratta allora di valutare in che modo il contratto di distacco possa trovare esecuzione, incidendo sull'esecuzione del contratto di lavoro; ed in particolare, se è possibile darvi esecuzione tramite il mero esercizio del potere direttivo del datore o se è necessario acquisire il consenso del lavoratore interessato.

Dal consenso si può prescindere considerando implicito nel contenuto del contratto di lavoro il potere di sottoporre la controparte al potere direttivo di un terzo e riconducendo così il distacco ad una mera modalità di esercizio del potere direttivo. Questa diffusa convinzione in dottrina (Grandi 1972, 218; Marazza 2004, 103), avallata dalla giurisprudenza di legittimità⁷, ha un debole fondamento nell'ordinamento, dal momento che nessuna delle disposizioni codicistiche relative al contenuto del contratto di lavoro fa rientrare tra gli obblighi

⁵ In dottrina si configura più genericamente una delega del distaccante a favore del distaccatario (De Simone 1995, 291; Gambacciani 2005, 213). Riconducono invece il distacco al contratto in favore di terzi ex art. 1411 c.c. Esposito (2002, 95) e Mazzotta (1988, 370).

⁶ La focalizzazione del «contratto di distacco» permette di raccordarsi con quanti (a partire da Del Punta 1988, 208) ritengono sussistente un collegamento negoziale tra contratto di lavoro e contratto commerciale di fornitura di lavoro (si veda anche *infra* nota 19).

⁷ Tra le altre, Cass.15.5.2012, n. 7517.

del lavoratore quello di rispondere al potere direttivo di un soggetto diverso dal proprio datore o dai suoi dirigenti. D'altra parte, quando un lavoratore stipula un contratto di lavoro, non esprime affatto il proprio consenso a vedersi sottoposto al potere direttivo di altri che non sia la controparte contrattuale. Con il distacco, dunque, non si determina una «semplice modifica delle modalità esecutive dell'obbligazione di lavoro»⁸, ma viene modificato il contenuto di tale obbligazione, cioè l'oggetto del contratto di lavoro⁹.

L'accordo con il quale si dispone un distacco è finalizzato ad incidere sulla posizione debitoria di un terzo (il lavoratore) scaturente da un diverso contratto (di lavoro subordinato). Ma per incidere su tale posizione si modifica, seppur transitoriamente, la natura delle obbligazioni oggetto del contratto di lavoro. Ne consegue che, senza il consenso del lavoratore, il contratto di distacco non è in grado di produrre effetti sulla sfera giuridica di quest'ultimo.

Il distacco, per essere validamente eseguito, dovrebbe presupporre dunque sempre l'acquisizione del consenso del lavoratore, ovvero di uno accordo specifico con il datore necessario per «novare» il contenuto del contratto di lavoro¹⁰.

4. Illiceità del distacco e regime sanzionatorio

Il regime sanzionatorio previsto dall'art. 30, comma 4-bis in caso di distacco illecito è spia di come la disciplina del distacco sia stata dettata seguendo supinamente la giurisprudenza sviluppatasi in vigenza della L. 1369/60 e disconoscendo la peculiarità dell'accordo sotteso all'istituto. La sanzione della costituzione del rapporto in capo al distaccatario è infatti funzionale a tutelare il lavoratore a fronte di un appalto illegittimo, realizzato da un datore di lavoro meramente formale, ma non risponde necessariamente agli interessi di un lavoratore «vittima» di un distacco illegittimo, il quale può non avere (e spesso non ha) alcun interesse a passare alle dipendenze dell'utilizzatore.

Si pensi all'ipotesi di un distacco talmente prolungato nel tempo da non potersi considerare «temporaneo» ai sensi del comma 1. La giurisprudenza precedente il 2003 considerava di fatto assorbito tale requisito in quello dell'interesse del distaccante¹¹. La dottrina maggioritaria, alla luce della nuova disciplina, riconosce invece la piena autonomia del requisito, potendosi configurare ipotesi nelle quali questo viene meno anche nel persistente interesse del distaccante

⁸ Cass. 2.1.1995, n. 5; da cui, sempre secondo la Cassazione, la «totale irrilevanza del consenso del lavoratore distaccato» (così Cass. 21.2.2007, n. 4003).

⁹ Analogamente, Zoli (2003, 944) richiama la necessità di un «accordo novativo [...] volto a rideterminare l'attività oggetto della messa a disposizione della prestazione lavorativa».

¹⁰ Come osserva propriamente Magrini (1980, 65), richiamando a supporto anche la dottrina tedesca, la fattispecie costitutiva del distacco «non può che ravvisarsi in una apposita convenzione modificativa degli effetti naturali del contratto di lavoro, cioè un patto di distacco del quale parte stipulante è anche, necessariamente, il lavoratore».

¹¹ Lo ricorda Putrignano (2009, 689) che perciò coglie nel requisito della «temporaneità» la più rilevante novità della riforma del 2003.

(Scarpelli 2004, 443; Zoli 2003, 944). Fatto è che (e qui sta il tratto paradossale della disciplina) se il lavoratore contesta l'assenza di temporaneità ottiene il risultato di vedersi trasferito definitivamente presso il distaccatario, anche se la contestazione è dovuta all'esigenza di tornare nella sede di lavoro originaria.

In generale, l'interesse a passare alle dipendenze dell'utilizzatore manca tutte le volte in cui il distaccante sia un'impresa che, per dimensione e solidità economica, prospetta maggiori garanzie per la soddisfazione degli interessi e dei diritti del lavoratore, o che semplicemente è da questi preferibile per ragioni logistiche o ambientali.

Una conferma di quanto appena detto si trova nel caso oggetto della S.U. n. 22910 del 2006, che ha attirato l'attenzione della dottrina perché in essa ha trovato conferma il principio della necessaria unicità del datore di lavoro (adesivamente, Del Punta 2008, 332; Carinci 2007, 1019). Il caso riguardava un lavoratore che, essendo stato (troppo) a lungo distaccato in una filiale dell'impresa centrale dalla quale dipendeva, rivendicava il diritto di inserirsi nel fallimento della controllante, reclamando la sua co-responsabilità con l'impresa che lo aveva (illegittimamente) utilizzato. La legittimità del distacco veniva contestata dal lavoratore al fine di chiamare in causa il datore distaccante, perché più «solido» economicamente rispetto all'effettivo utilizzatore. L'effetto che produce la declaratoria di illegittimità del distacco è però esattamente l'opposto, dal momento che il giudice, tenuto a «selezionare» un solo datore, deve necessariamente individuarlo nell'utilizzatore.

Non è chiaro a chi giovi una disciplina che prescinde dal considerare gli effettivi interessi del lavoratore, attribuendogli come unica forma di tutela il passaggio ad un datore diverso dal proprio. Questa incongruenza potrebbe essere superata rileggendo l'istituto del distacco alla luce del contratto sul quale si fonda e riferendo a tale contratto le condizioni di legittimità indicate dall'art. 30, comma 1.

Per valutare gli effetti che conseguono all'illiceità del distacco, non si può prescindere dal considerare che essa incide su una situazione nella quale il lavoratore è effettivamente e legittimamente assunto da un datore di lavoro ed è da questi messo a disposizione di un terzo per mezzo di uno strumento contrattuale, appunto, illegittimo. All'illiceità del contratto consegue il venir meno del fondamento di legittimità della collocazione del lavoratore presso il terzo, ovvero il titolo in forza del quale si è realizzata la scissione tra titolarità del rapporto ed esercizio di (parte dei) poteri datoriali tipica del distacco. Detto in altri termini, la nullità del contratto di distacco determina la nullità anche dell'accordo tra datore e lavoratore ad esso collegato e del quale il primo costituisce presupposto, in virtù del nesso funzionale che lega i due negozi giuridici. Ne dovrebbe conseguire quindi il diritto del lavoratore di ripristinare la situazione precedente tale accordo, rimettendosi a disposizione del proprio datore di lavoro.

L'art. 30 comma 4-bis, nell'identificare come effetto dell'illiceità del distacco la (possibile) costituzione del rapporto in capo al distaccatario, finisce allora per configurarsi come norma speciale che limita le prerogative del lavoratore, escludendo un effetto che il lavoratore avrebbe potuto rivendicare sulla base dei principi del diritto civile dei contratti. Si tratterebbe di valorizzare questi principi, per suggerire un'integrazione della norma funzionale a riconoscere al la-

voratore il diritto di «optare» tra i due rapporti di lavoro, in virtù degli effetti conseguenti all'illegittimità del contratto di distacco. Ma è evidente come questo sia un percorso interpretativo impervio da seguire.

5. Le ipotesi speciali di distacco

Anche quanto prevede l'art. 30, comma 3 per regolare ipotesi speciali di distacco non appare funzionale a tutelare efficacemente gli interessi del lavoratore distaccato. La ratio della norma dovrebbe essere quella di limitare il potere datoriale di effettuare distacchi «disagevoli» per il lavoratore, ma anche in questo caso il legislatore, traviato dalla logica interpositoria, offre armi spuntate di tutela, rischiando di privarlo di strumenti di garanzia utilizzabili in base ai principi del diritto civile dei contratti.

La norma impone che sia acquisito il consenso del lavoratore qualora il distacco determini un «mutamento di mansioni». Il che da una parte riduce evidentemente la possibilità di recuperare per via interpretativa il consenso quale requisito necessario per operare il distacco, come sopra prospettato¹²; dall'altra, però, conferma che il distacco non costituisce una mera modalità d'esercizio del potere direttivo, a meno di non ritenere la norma derogatoria del divieto di demansionamento ex art. 2103 (il che, a ragione, è escluso dalla prevalente dottrina) (tra gli altri, Esposito 2015, 621). Certo è che si tratta di una previsione difficilmente conciliabile con la disciplina dello ius variandi, e che resta esposta a molteplici dubbi circa la sua giustificazione sul piano sistematico (perché trattare diversamente i mutamenti di mansioni «extra-aziendali»?) e circa la sua applicazione concreta (a quali mutamenti si fa riferimento?)¹³.

A critiche ancor più rilevanti dà origine l'altra previsione contenuta nel comma 3, per la quale il distacco che implica spostamenti superiori ai 50 km richiede l'esistenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive». Il riferimento alle «comprovate ragioni» riproduce quello relativo al «trasferimento» contenuto nell'art. 2103, comma 8, che a sua volta evoca la causale variamente utilizzata dal legislatore a giustificazione del contratto a termine, anche nell'ambito della somministrazione. Ma in questi casi è evidente che le «ragioni» cui il legislatore fa riferimento sono quelle del datore che «utilizza» il lavoratore; nel caso del distacco invece le «ragioni» devono riguardare il distaccante, altrimenti la norma entrerebbe in contraddizione con il comma 1⁴. Resta però incerto in che modo le due disposizioni (comma 1 e comma 3) si raccordino, onde ricavarne una coerente disciplina dell'istituto.

¹² A meno di non considerare che il distacco implichi di per sé un mutamento di «mansioni», per cui il consenso sarebbe sempre richiesto proprio in virtù dell'art. 30 comma 3 (interpretazione respinta con decisione da Monaco 2004, 218).

¹³ Per una sintetica ricostruzione del dibattito dottrinale in materia si veda Putrignano (2009, 694-965).

¹⁴ Salva l'ipotesi delle ragioni «sostitutive», che necessariamente devono riferirsi al distaccatario (Zoli 2003, 945, anche per la fantasiosa ipotesi che potrebbe non contraddire il comma

Si tratta di capire in primo luogo quale sia la differenza tra l'«interesse» (che a sua volta può evidentemente essere «tecnico, produttivo o organizzativo») posto a base del distacco e la «ragione» per la quale questo può comportare spostamenti superiori ai 50 km. La norma prospetta una sorta di *probatio diabolica* e non a caso parte della dottrina ha concluso per la sostanziale identità dei presupposti di cui al comma 1 e 3 dell'art. 30: una conclusione che priva di qualsiasi rilievo significativo il presupposto *de quo*, e, con esso, la norma che lo prevede (Scarpelli 2004, 447).

La scarsa utilità delle disposizioni in esame è poi confermata dal fatto che, in entrambe le ipotesi in essa configurate, manca la previsione di un regime sanzionatorio conseguente alla loro violazione. L'unica sanzione prevista dall'art. 30 è infatti quella della costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore prevista dal comma 1, in questo caso ancor più controproducente per il lavoratore che avrà di norma interesse ad essere riassegnato alla sede di provenienza e non a restare definitivamente presso l'utilizzatore. Per evitare tale paradossale effetto, ivi è suggerito di distinguere tra elementi costitutivi della fattispecie (di cui al comma 1) e suoi requisiti di legittimità (di cui al comma 3); ciò per qualificare come illecito contrattuale la violazione di questi ultimi e configurare per tale via un diritto del lavoratore a tornare a svolgere la propria prestazione presso il distaccante (Esposito 2014, 613; Gambacciani 2005, 236). Una conclusione che non si può non condividere, ma che muove da una distinzione artificiosa tra «elementi della fattispecie» e «requisiti di legittimità»: il che conferma quanto detto in merito al vizio di prospettiva che inficia l'intera configurazione giuridica dell'istituto e suggerisce di considerare fonte di responsabilità contrattuale del datore distaccante anche l'assenza dei requisiti di legittimità previsti dal comma 1¹⁵.

6. La responsabilità solidale

Da quanto sin qui rilevato emerge come l'art. 30 sia una norma che testimonia un'occasione persa. Il legislatore ha supinamente seguito la consolidata giurisprudenza in materia, mancando di intervenire sull'istituto del distacco per dettarne una compiuta disciplina capace di tutelare i lavoratori e per regolarne gli aspetti più problematici.

Proprio sul piano della disciplina dell'istituto, funzionale a regolarne la fase esecuzione, si coglie appieno l'incompiutezza della normativa del 2003. In particolare manca una disciplina che chiarisca in che modo sono ripartiti i poteri e gli obblighi tra i due datori coinvolti nel distacco: dall'esercizio del potere

1: sostituzione con il distacco di «un dipendente del distaccatario in grado di interagire con il distaccante, cliente o fornitore del distaccatario»)

¹⁵ La Cassazione ha avallato l'interpretazione dell'art. 30, comma 3 suggerita in dottrina, escludendo l'estensibilità della sanzione costitutiva prevista dal comma 1 (in virtù del principio *ubi lex volui dixit*) e accordando al lavoratore la «tutela civilistica di tipo risarcitoria» (Cass. ord. 11.9. 2020, n. 18959, in RIDL 2021, II, 32 sgg. con nota di Gentile)

di controllo e disciplinare¹⁶; al regime dello *ius variandi* che si è detto risultare ulteriormente complicato dall'ambiguo disposto di cui all'art. 30 comma 3; agli obblighi di sicurezza, giacché la loro attribuzione al distaccatario da parte dell'art. 3, comma 6, d.lgs. 81/08, non impedisce alla giurisprudenza di estendere al distaccante la conseguente responsabilità¹⁷. L'unica disposizione che si riferisce agli obblighi inerenti l'esecuzione del distacco è quella del comma 2, a norma del quale «il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore». Ma ancora una volta si tratta di una disposizione che non soddisfa affatto le esigenze di regolazione dell'istituto e finisce per comprimere i possibili strumenti di tutela a disposizione del lavoratore. L'art. 30, comma 2 identifica infatti nel datore distaccante l'unico soggetto obbligato nei confronti del lavoratore, escludendo implicitamente il vincolo solidale in capo al distaccatario per i crediti di lavoro maturati durante il distacco.

Si è suggerito di recuperare la solidarietà passiva per via di interpretazione analogica, potendosi ritenere applicabili al distacco quei profili «residuali» della disciplina non regolati dall'art. 30 e contenuti nelle norme in materia di somministrazione professionale (Carinci 2010, 94). Una simile conclusione è però opinabile. In primo luogo, perché l'analogia tra i due istituti è soltanto apparente, per le ragioni sopra evidenziate: attiene alla «fattispecie interpositoria» ma non al contratto che la rende possibile e che nei due casi si è detto essere sostanzialmente diverso per oggetto e per causa. In secondo luogo, perché l'interpretazione analogica sembra preclusa dalla lettera della legge, dalla quale si deduce esattamente il contrario, visto che nell'ambito del medesimo testo normativo (il d.lgs. n. 276/03) si regolano due istituti disponendo in un caso espressamente (ex art. 23 comma 3) il regime della solidarietà (richiamato anche in rubrica), nell'altro attribuendo la responsabilità al solo datore. Per altro nel primo caso la solidarietà si associa all'obbligo della parità di trattamento (art. 23 comma 1), che implica il rispetto del trattamento economico normativo applicato dall'utilizzatore, mentre nel secondo vale la regola opposta, non modificandosi la disciplina del rapporto di lavoro dopo il distacco.

Le modifiche apportate agli art. 30 e 31 del d.lgs. n. 276/03 dal d.l. n. 76/13 aggravano ulteriormente il quadro. Da una parte, infatti, la responsabilità solidale può conseguire da quanto previsto nel contratto di rete, cui il legislatore rinvia per l'eventuale regolazione del regime di codatorialità (art. 30, comma 4-ter)¹⁸; dall'altra, il vincolo solidale è espressamente previsto per le imprese agricole appartenenti allo stesso gruppo o legate da contratto di rete, che procedono ad assunzioni congiunte ai sensi dell'art. 31, commi 3-bis e 3-ter (art. 31, comma 3-quinquies). Le nuove disposizioni sembrano così escludere una

¹⁶ Segnala il carattere «altalenante» della giurisprudenza in merito, Putignano (2009, 691).

¹⁷ Tra le altre, Cass. Pen. 22.7.2013, n. 31300

¹⁸ Secondo l'INL (circolare n. 7 del 29.3.2018) la solidarietà scaturisce automaticamente dalla codatorialità prevista con il contratto di rete (in senso adesivo, da ultimo, Di Salvatore 2024, 14).

possibile estensione al distaccatario della responsabilità nei confronti del lavoratore, nelle ipotesi «comuni» di distacco.

Neppure sembrano giovare i principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 254/17, con la quale si è esteso il principio della responsabilità solidale a tutte le ipotesi di subfornitura non riconducibili al contratto di appalto; e ciò per le stesse ragioni che rendono opinabile l'estensione per via analogica delle norme in materia di somministrazione.

Ciononostante, la solidarietà potrebbe essere recuperata grazie ai generali principi civilistici. In primo luogo, facendo leva sul collegamento negoziale invocato in dottrina a fondamento della codatorialità¹⁹ e, ancor prima, ritenendo integrati i presupposti per la costituzione del vincolo solidale ex art. 1292 c.c. Tale vincolo presuppone l'identità della fonte dell'obbligazione e della prestazione (Bianca 1993, 703). Nel caso del distacco la fonte è costituita dal contratto di lavoro, «modificato» a seguito della stipula del contratto di distacco, il cui scopo è esattamente quello di determinare una situazione nella quale possa assumere le vesti di creditore della prestazione di lavoro chi non ha la titolarità del rapporto²⁰. La prestazione dedotta in contratto è da considerarsi indivisibile ex art. 1316 c.c., ed è erogata per soddisfare, nel medesimo tempo, gli interessi di entrambi i creditori: quello del distaccatario, che si è detto realizzato grazie al contratto di distacco, e quello del datore. Da ciò l'applicazione delle norme relative alle obbligazioni solidali ai sensi dell'art. 1317 c. c.

D'altra parte, di una serie di obblighi derivanti dal contratto di lavoro risponde il distaccatario; primo tra tutti, come detto, l'obbligo di sicurezza. Ed il rapporto di lavoro del lavoratore distaccato è necessariamente regolato in base alle regole dettate dalla contrattazione collettiva o dalla prassi aziendale cui si attiene il distaccatario, per gli aspetti connessi con l'inserimento del lavoratore nella sua organizzazione produttiva (a partire dall'orario). Sostenere che degli effetti degli atti di gestione di tali aspetti del rapporto di lavoro sia responsabile esclusivamente il datore distaccante, quando la competenza ad adottarli spetta in via esclusiva al distaccatario, non trova giustificazione in alcuna norma dell'ordinamento.

7. Conclusioni, con uno sguardo oltr'Alpe

Per configurare una disciplina dell'istituto capace di tutelare adeguatamente il lavoratore è necessario ricorrere ad un'interpretazione che forza la lettera della legge o che faccia leva sulle norme codicistiche in parte per «neutralizzare»

¹⁹ Speciale (2010, 44 sgg.), che però esclude l'esistenza di un collegamento negoziale nel caso del distacco (58); collegamento che invece qui si ritiene configurarsi tra contratto di lavoro e «contratto di distacco».

²⁰ Anche considerando l'obbligo di prestare l'attività lavorativa come derivante dalla combinazione tra «contratto di distacco» e contratto di lavoro, la conclusione non cambia visto che «identità della fonte» non significa identità del titolo ma della causa (*l'eadem causa obligandi*) e potendosi quest'ultima ricavare anche da una pluralità di negozi tra di essi collegati (Cass. S.U. 21.1.1988, n. 423).

in parte per arricchire quanto sancito dalla lettera dell'art. 30, d.lgs.276/30. Si tratta evidentemente di prospettive ben difficili da perseguire, per altro in contrasto con consolidati orientamenti giurisprudenziali che hanno plasmato l'istituto del distacco pre e post-riforma del 2003.

Un simile sforzo ricostruttivo sarebbe naturalmente risparmiato da una riscrittura della norma che fissasse poche ma fondamentali regole, sottraendole al dubbio interpretativo. Il semplice vincolo della forma scritta per l'accordo in base al quale le due imprese operano il distacco basterebbe a fare almeno un po' di chiarezza e sarebbe funzionale a valutare se questo viene eseguito coerentemente con le finalità per il quale si afferma essere disposto. È in tale accordo che le parti dovrebbero essere chiamate ad indicare le modalità di esecuzione del distacco, ovvero a definire in che modo il potere direttivo viene tra di loro ripartito. Il vincolo di forma dovrebbe valere anche per l'accordo «novativo» del contratto di lavoro attraverso il quale, necessariamente, andrebbe acquisito il consenso del lavoratore.

Sul piano della tutela del lavoratore basterebbe introdurre espressamente la regola della solidarietà tra distaccante ed utilizzatore per i crediti derivanti dall'esecuzione del rapporto di lavoro durante il distacco. Sul piano sanzionatorio si tratterebbe poi di sancire il diritto del lavoratore di scegliere quale rapporto di lavoro mantenere in vita, una volta che sia stata riconosciuta l'illegittimità del distacco. È da qui che passa l'effettivo soddisfacimento dell'interesse del lavoratore ingiustamente distaccato e non dalla sanzione «antifraudolenta» prevista dall'art.30 comma 4-bis, funzionale a contrastare la somministrazione irregolare ma come detto spesso inutile se applicata ad ipotesi di distacco illegittimo.

Il riferimento ad un ordinamento vicino al nostro conferma come in Italia la fedeltà alla logica interpositoria abbia prodotto una disciplina del distacco dai profili incerti e non adeguata a tutelare gli interessi dei lavoratori. L'ordinamento francese conosce la distinzione tra fornitura di manodopera a scopo di lucro (*à but lucratif*) e gratuita (*sans but lucratif*) (Auzero, Baugard, Dokès 2022, 419 sgg.). La prima, se realizzata da chi non è a ciò autorizzato, è sanzionata (anche) con la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore. La seconda è regolata (art. L. 8241-2 Code du travail) individuando gli ambiti di responsabilità che fanno capo all'utilizzatore (ovvero quelli connessi con l'organizzazione del lavoro). Nel caso in cui la fornitura «gratuita» sia realizzata nel contesto di un gruppo di imprese o di un «raggruppamento di datori» (*groupements d'employeurs*) a tal fine costituito, il lavoratore beneficia della responsabilità solidale delle imprese del gruppo a tutela dei propri crediti.

Forse, per risolvere i molteplici problemi di regolazione del distacco, basta dare uno sguardo al di là delle Alpi.

Riferimenti bibliografici

- Auzero, G., Baugard, D., Dokès, E. 2022. *Droit du travail*. Paris: Dalloz.
 Bianca, M. 1993. *Diritto civile. Vol. 4 Obbligazioni*. Milano: Giuffrè.
 Carinci, M.T. 2000. *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Distacco. Art. 2127 – Il Codice Civile Commentato diretto da P. Schlesinger*. Milano: Giuffrè.

- Carinci, M.T. 2007. "L'unicità del datore di lavoro (quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse) è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico, nota a Cass., sez. un., 26 ottobre 2006, n. 22910." *Argomenti di Diritto del Lavoro*: 1019 sgg.
- Carinci, M.T. 2010. *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 1998. "La fornitura di lavoro temporaneo nella L. 196/1997." *Rivista italiana di diritto del lavoro I*: 208 sgg.
- Del Punta, R. 2008. "Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro." *Rivista italiana di diritto del lavoro I*: 129 sgg.
- De Simone, G. 1995. *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*. Milano: FrancoAngeli.
- Di Salvatore, L. 2024. *Reti di imprese, mercati del lavoro e territori*. Milano: FrancoAngeli.
- Esposito, M. 2002. *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*. Napoli: Jovene.
- Esposito, M. 2014. "La fattispecie del distacco e la sua disciplina." In *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, a cura di Mariapaola Aimo e Daniela Izzi. Torino: Utet.
- Gambacciani, M. 2005. "La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003." *Argomenti di diritto del lavoro*: 210 sgg.
- Gazzoni, F. 2019. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI.
- Gentile, G. 2021. "Il distacco tra conferma del bilanciamento delle tutele e ampliamento della nozione di "interesse" del distaccante." *Rivista italiana di diritto del lavoro II*: 35 sgg.
- Grandi, M. 1972. *Le modifiche del rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Magrini, S. 1980. *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*. Milano: FrancoAngeli.
- Marazza, M. 2004. "L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto e esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro." *Argomenti di diritto del lavoro*: 103 sgg.
- Mazzotta, O. 1988. "Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese." *Lavoro e diritto*: 366 sgg.
- Monaco, M.P. 2004. "Il distacco del lavoratore." In *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Franco Carinci. Milano: Ipsoa.
- Pileggi, A. 2006. "Riforma del mercato del lavoro, appalto di manodopera e ordine pubblico internazionale." *Massimario della giurisprudenza del lavoro*: 932 sgg.
- Putrignano, V. 2009. "Il distacco dei lavoratori." *Diritto delle relazioni industriali*: 680 sgg.
- Roppo, E. 1976. *Il contratto*. Bologna: Il Mulino.
- Scarpelli, F. 2004. "Sub art. 30." In *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di Enrico Gragnoli e Adalberto Perulli. Padova: Cedam.
- Sirena, P. 2011. "La categoria dei contratti di collaborazione." In *I contratti di collaborazione*, a cura di Pietro Sirena. Torino: Utet.
- Speziale, V. 2010. "Il datore di lavoro nell'impresa integrata." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 1 sgg.
- Zoli, C. 2003. "Il distacco del lavoratore nel settore privato." *Diritto del lavoro - Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*: 935 sgg.