

MARINA NICOLOSI

Distacco (ordinamento interno)

Estratto da:

DIGESTO

delle Discipline Privatistiche

Sezione Commerciale

Aggiornamento

con la collaborazione di
Stefano Ambrosini - Franco Belli
Giuseppe Pellacani - Francesco Tesauo

UTET
GIURIDICA

INDICE

Affidamento nel diritto tributario di A. MARCHESELLI	<i>p.</i>	1
Arbitrato (diritto tributario) di R. DOMINICI	»	9
Automaticità delle prestazioni nel diritto della sicurezza sociale di V. M. MARINELLI	»	18
Autotutela nel diritto tributario di A. MARCHESELLI	»	28
Azionariato dei lavoratori di F. PASQUINI	»	36
Cessione e conferimento di azienda (aspetti transnazionali) di C. GARBARINO	»	47
Commercio elettronico nel diritto tributario di G. MELIS	»	63
Convenzioni per evitare le doppie imposizioni di C. GARBARINO	»	85
Danni alla persona nel diritto del lavoro di M. C. CIMAGLIA	»	114
Diritto internazionale tributario amministrativo di C. GARBARINO	»	121
Distacco (ordinamento interno) di M. NICOLOSI	»	137
Dividendi (diritto tributario internazionale) di C. GARBARINO	»	153
Effetti del fallimento di L. NICODEMO	»	174
Elusione fiscale internazionale di C. GARBARINO	»	198
Enti bilaterali di P. PASSALACQUA	»	236
Fidelizzazione dei dipendenti di A. RUSSO	»	260
Fiscalizzazione e sgravi degli oneri sociali di F. PROIETTI	»	265
Fondi interprofessionali di P. TIRABOSCHI	»	293
Garanzie finanziarie (mercati finanziari) di E. M. MASTROPAOLO	»	299
Gruppi di società nel codice civile di F. CASADEI	»	314
Insolvenza delle cooperative di C. NAPPINI	»	354
Interessi (diritto tributario internazionale) di C. GARBARINO	»	370
Lavoratori svantaggiati di A. MURATORIO	»	397
Lavoro a tempo parziale di F. BINOCOLI	»	411
Lavoro accessorio di N. PERSICO	»	417

Lavoro degli stranieri di N. PERSICO e O. RYMKEVICH	p. 426
Lavoro giornalistico di N. DE MARINIS	» 437
Lavoro nell'Unione europea di A. OCCHINO	» 457
Lavoro nelle cooperative di M. VINCIERI	» 494
Liberi professionisti di C. TIMELLINI	» 521
Licenziamento del dirigente di M. MARINELLI	» 560
Mediazione tra domanda e offerta di lavoro di S. SPATTINI e M. TIRABOSCHI	» 571
Metodi - Prezzi di trasferimento di C. GARBARINO	» 589
Mobilità geografica dei lavoratori di M. TIRABOSCHI e E. BELLEZZA	» 613
Modello OCSE di convenzioni fiscali di C. GARBARINO	» 621
Normativa sulla sicurezza e salute dei lavoratori marittimi a bordo delle navi mercantili e da pesca di C. CARDILLO	» 641
Orario di lavoro (lavoro marittimo) di C. CARDILLO	» 650
Paesi a regime fiscale privilegiato di C. GARBARINO	» 657
Pianificazione fiscale internazionale di C. GARBARINO	» 670
Principio di non discriminazione (diritto tributario comunitario) di C. GARBARINO	» 682
Professioni (concorrenza nelle) di M. TICOZZI	» 711
Prova (diritto tributario) di G. M. CIPOLLA	» 730
Redditi di lavoro autonomo (diritto tributario internazionale) di C. GARBARINO	» 764
Registro Internazionale: aspetti di diritto del lavoro (lavoro marittimo) di C. CARDILLO	» 772
Ricongiunzione e totalizzazione di P. POZZAGLIA	» 777
Riforma Biagi di M. TIRABOSCHI	» 791
Riorganizzazioni transnazionali di C. GARBARINO	» 809
Royalties (diritto tributario internazionale) di C. GARBARINO	» 818
Sicurezza sociale per i lavoratori migranti di S. BORELLI	» 836
Sistemi di indennizzo degli investitori di R. SANTAGATA	» 846
Sospensione dal lavoro nel diritto della sicurezza sociale di S. RENGA	» 866
Statuto dei diritti del contribuente di A. URICCHIO	» 886
Storno dei dipendenti di A. RUSSO	» 894
Straining di M. C. CIMAGLIA	» 900
Strategia Europea per la Occupazione (SEO) di M. TIRABOSCHI e A. M. SANSONI	» 905
Strumenti finanziari derivati di E. M. MASTROPAOLO	» 913
Tassazione dei gruppi di C. GARBARINO	» 937
Trasparenza fiscale di C. GARBARINO	» 969

Distacco (ordinamento interno)

Bibliografia: ALESSE, «Comando (dir. pubbl.)», in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1998; ALESSI, *L'impresa agricola*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1990, 266 ss.; ALLAMPRESE, *Distacco di lavoratori stranieri in Italia nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi: profili previdenziali, Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2006, 1 ss.; ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, 177; ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, in GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2004, 339 ss.; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano, 1915, 59 ss.; BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, 520 ss.; BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007, 73 ss.; ID., *L'oggetto dell'obbligazione lavorativa*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in BESSONE, *Trattato di diritto privato*, Torino, 2007, 8 ss.; BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, RTDPC, 1965, 1492 ss.; BETTINI, *Alcune osservazioni sul comando o distacco del lavoratore*, RGL, 1986, II, 76 ss.; BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001; BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano, 1965; BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1997, 357 ss.; CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, 1999; CAPURRO, *Il distacco*, D&L, 2004, 260 ss.; CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, DLRI, 1994, 287; ID., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, RGL, 2007, 33 ss.; F. CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, 1999, 127; ID., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, 110; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2000; ID., *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, in M. T. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, 156 ss.; ID., *Le delocalizzazioni produttive in Italia*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».it - 44/2006; CARNELUTTI, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, RDC, 1961, I, 503 ss.; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti, dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, 91 ss.; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, II, Torino, 1965, 432; COSIO, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, DPL, 2004, 1222 ss.; DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, MGL, 2007, 424 ss.; DE MARCHIS, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, RGL, 1993, II, 257 ss.; DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995; DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, DLRI, 1995, 625 ss.; ID., *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in M. T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, 74; ID., *La nuova disciplina degli appalti e della som-*

ministrazione di lavoro, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, 177; ID., *Il «nuovo» divieto di appalto di manodopera*, DPL, 2005, 1953 ss.; ESPOSITO, *Il «comando» dei pubblici dipendenti tra vecchie e nuove forme di mobilità*, in RUSCIANO-ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Bologna, 1993, 345; ID., *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, DLRI, 1996, 119 ss.; ID., *La mobilità a favore del terzo*, Napoli, 2002; ID., *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, in F. CARINCI-ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 741; ID., *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, DLM, 2006, 571 ss.; FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, MGL, 2001, 806 ss.; GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, ADL, 2005, 203 ss.; GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, LPA, 2006, 845 ss.; GENGHINI, *Il distacco o comando del lavoratore*, MGL, 1992, 420 ss.; E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti all'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, MGL, 1984, 392 ss.; GRANDI, «Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 5; HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968; ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate AIDLASS, Trento, 5/6-6-1999, Milano, 3 ss.; ID., *Il contratto di lavoro*, I, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2000, 404; ID., *Commento agli artt. 20-28*, in MONTUSCHI-LISO-PEDRAZZOLI (coordinatore)-ICHINO-MARESCA-ZOLI-DEL PUNTA-TULLINI-NOGLER-BELLOCCHI, *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 317 ss.; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 259 ss.; LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, in *Giur. piemontese*, 2006, 177 ss.; MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976, 205; ID., «Scambio di manodopera e di servizi in agricoltura», in *NN.D.I., App.*, VI, Torino, 1986, 997; MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980; ID., *La nuova disciplina del distacco*, LPO, 2003, 1887 ss.; MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, LPA, 2003, 1091; MANTERO, «Impiego pubblico», in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 13; MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato, e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, DL, 2003, 447; MASCI, *Natura e disciplina giuridica del «comando» dei pubblici dipendenti*, CA, 1952, 803; MAZZOTTA, *Rapporto di lavoro, società collegate e statuto dei lavoratori*, RTDPC, 1973, 751 ss.; ID., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, 118; ID., *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, LD, 1988, 369 ss.; MELIADÒ, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa*, Milano, 1991, 130 ss.; MENGHINI, *Il contratto di inserimento*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, 289 ss.; MISCIONE, *Il «correttivo» 2004 del D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, LG, 2004, 621 ss.; MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in M. T. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, ap-*

palto, trasferimento d'azienda, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, 204 ss.; NICOLINI, *Interposizioni in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano, 1980; ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, ADL, 1999, 465 ss.; PELAGGI, *Società collegate e problemi riguardanti la disciplina dei rapporti di lavoro*, MGL, 1992, 269; Id., *Realtà sociale e cassazione penale: il lavoro interinale e l'intermediazione di mano d'opera nel mercato europeo del lavoro*, MGL, 1993, 340 ss.; PELLACANI, *I gruppi societari nella riforma Biagi*, DML, 2004, 725 ss.; PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992; PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore «distaccante» e consenso del lavoratore*, RIDL, 1993, II, 433 ss.; RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti d'opere e di servizi*, RTDPC, 1961, 382 ss.; RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, 268; SCARPELLI, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, AA.VV., *Nuove tecnologie e rapporti di imprese. Profili giuridici degli appalti di opere e servizi informatici*, Milano, 1990, 58; Id., *Distacco*, in GRAGNOLI-PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 440 ss.; TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, MGL, 2004, 234; M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004, 205 ss.; VALLEBONA, *Problemi del rapporto di lavoro nei gruppi di società*, DLRI, 1982, 673; Id., *Il trasferimento del lavoratore*, RIDL, 1987, I, 78 ss.; Id., «Società, V) Lavoro nelle società collegate», in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 4; Id., *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2003, 410; Id., *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, 110; VENEZIANI, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in ZANELLI (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, Milano, 1991, 630 ss.; VERGARI, *Licenziamenti collettivi: le nuove norme*, DPL, 1993, 996 ss.; VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, MGL, 2004, 564 ss.; VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 2002, 153; ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, DL, 2003, 937; Id., *Commento all'art. 30, Distacco*, in MONTUSCHI-LISO-PEDRAZZOLI (coordinatore), ICHINO-MARESCA-ZOLI-DEL PUNTA-TULLINI-NOGLER-BELLOCCHI, *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 330 ss.

Legislazione: art. 2139 c.c. (scambio di mano d'opera o di servizi); artt. 56 e 57, d.p.r. 10-1-1957, n. 3 (testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato); l. 23-10-1960, n. 1369 (divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi); art. 8, l. 15-7-1993, n. 236 (interventi urgenti a favore dell'occupazione); art. 16, 10° co., d.l. 16-5-1994, n. 299, conv. in l. 19-7-1994, n. 451 (disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali); d.lg. 25-2-2000, n. 72 (attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi); art. 30, d.lg. 10-9-2003, n. 276 (attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla l. 14-2-2003, n. 30).

Sommario: 1. Introduzione. La disciplina giurisprudenziale: il distacco come fenomeno interpositorio. – 2. Origine ed evoluzione della disciplina legale: dall'art. 2139 c.c. al d.lg. n. 276/2003. – 3. La struttura del distacco: i soggetti. – 4. I requisiti costitutivi della fattispecie: l'interesse del distaccante. – 5. (Segue). La temporaneità. – 6. (Segue). L'esecuzione di una determinata attività lavorativa. – 7. Il consenso nel caso del mutamento di mansioni. – 8. Distacco e trasferimento oltre i 50 km. – 9. Il distacco collettivo. – 10. La disciplina del rapporto di lavoro distaccato. – 11. Le conseguenze del distacco illecito.

1. Introduzione. La disciplina giurisprudenziale: il distacco come fenomeno interpositorio.

Tradizionalmente concepito come un'importante «zona franca» all'interno dell'area dell'interposizione (1), il distacco nel settore privato è stato a lungo qualificato come fenomeno interpositorio lecito, «che comporta un cambio nell'esercizio del potere

direttivo ed eventualmente disciplinare, per cui il dipendente di un datore» di lavoro (cosiddetto distaccante) «viene dislocato presso un altro, con contestuale assoggettamento al comando ed al controllo di quest'ultimo. Il datore-distaccante, tuttavia, continua ad essere il titolare del rapporto di lavoro e soprattutto dell'obbligo retributivo e contributivo» (2). In assenza di una disciplina legale, introdotta per la prima volta dal d.lg. n. 276/2003, il distacco era stato delineato dalla giurisprudenza nei suoi tratti caratteristici, nella regolamentazione e nell'individuazione dei requisiti costitutivi della fattispecie (3). La figura era emersa dalla prassi, soprattutto nell'ambito del lavoro prestato all'interno di un'impresa di gruppo (4). Secondo l'affermazione più ricorrente, infatti, l'istituto trae origine e ricava la sua denominazione dalla disciplina del fenomeno in sede amministrativa, nell'ambito dell'impiego statale (artt. 56 e 57, del d.p.r. 10-1-1957, n. 3) (5), che la giurisprudenza ha adattato al rapporto di lavoro privato, per far fronte alla complessità di alcuni rapporti di lavoro prestati soprattutto in strutture societarie complesse (6).

Qui, con riferimento all'inquadramento sistematico generale, il distacco veniva individuato come una situazione lecita di dissociazione temporanea tra il datore di lavoro e il soggetto che beneficia della prestazione, tale da escludere l'operatività del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, previsto dalla legge n. 1369/1960, rispetto al quale il fenomeno si presentava in posizione di tendenziale incompatibilità (7).

Lo sforzo interpretativo volto a superare tale latente contraddizione si è sostanzialmente proiettato sulla figura del distaccante, dotato, in linea con il più tradizionale approccio giurisprudenziale alla legge n. 1369/1960, di autonomi requisiti di imprenditorialità (8).

Secondo una massima ricorrente, quindi, il distacco o comando di un lavoratore disposto dal datore di lavoro presso altro soggetto, destinatario delle prestazioni lavorative, si sarebbe configurato in presenza: della natura imprenditoriale del datore di lavoro distaccante; del suo interesse a che il lavoratore prestasse la propria opera presso il soggetto distaccatario; della temporaneità del distacco, intesa non come brevità, ma come non definitività; della permanenza, in capo al datore di lavoro distaccante, sia del potere direttivo, eventualmente delegabile al distaccatario, sia del potere di determinare la cessazione del distacco (9). Di fatto, però, il ruolo decisivo nella delimitazione del distacco dall'area dell'interposizione illecita è stato affidato alla nozione di interesse. Le applicazioni giurisprudenziali di tale concetto sono state tuttavia profondamente condizionate dalla varietà delle situazioni emerse dalla casistica; e perfino

no la giurisprudenza ha sovente rinunciato a darne una definizione compiuta che fosse idonea ad andare oltre la fattispecie concreta (10). Pertanto, attraverso interpretazioni troppo elastiche, spesso «una situazione di fatto che sarebbe di manifesta subordinazione» è rimasta «consegnata ad un diverso schema giuridico, grazie ad un elemento dallo spessore incerto come quello dell'interesse del distaccante» (11).

La legittimità dell'istituto, invece, non sarebbe stata subordinata né alla preesistenza di una previsione contrattuale che lo avesse autorizzato, né al consenso preventivo del lavoratore interessato. Egli avrebbe dovuto eseguire la prestazione presso altro datore di lavoro, in osservanza del dovere di obbedienza di cui all'art. 2104 c.c. (12), atteso che, quanto all'inquadramento teorico dell'istituto, ormai con una certa costanza, la giurisprudenza aveva costruito il distacco come un esercizio «normale, fisiologico e non fraudolento» del potere direttivo, proprio in funzione della sussistenza di uno specifico interesse oggettivo del datore di lavoro distaccante (13).

(1) DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, DLRI, 1995, 625 ss., spec. 645.

(2) F. CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1999, 162; M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2000, 175 ss. In giurisprudenza, con riferimento alla nozione giurisprudenziale di distacco anteriore alla novella, Cass., 21-2-2007, n. 4003, GCM, 2007, 2.

(3) Anche la dottrina in passato ha trattato l'istituto del distacco concentrandosi sul problema dei gruppi: v., tra gli altri, VALLEBONA, *Problemi del rapporto di lavoro nei gruppi di società*, DLRI, 1982, 673, spec. 684; MAZZOTTA, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, LD, 1988, 369 ss.; MELIADÒ, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa*, Milano, 1991, 130 ss.; VENEZIANI, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in ZANELLI (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, Milano, 1991, 630 ss.; PELAGGI, *Società collegate e problemi riguardanti la disciplina dei rapporti di lavoro*, MGL, 1992, 270; DE SIMONE, *Titolarietà dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995, 278 ss.

(4) Su cui v. in generale BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano, 1965; MAZZOTTA, *Rapporto di lavoro, società collegate e statuto dei lavoratori*, RTDPC, 1973, 751; VALLEBONA, *Problemi del rapporto di lavoro nei gruppi di società*, cit., 673; PELAGGI, *Società collegate e problemi riguardanti la disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., 269; ID., *Realtà sociale e cassazione penale: il lavoro interinale e l'intermediazione di mano d'opera nel mercato europeo del lavoro*, MGL, 1993, 340 ss. E, da ultimo, PELLACANI, *I gruppi societari nella riforma Biagi*, DML, 2004, 725 ss.

(5) In generale sul comando nel pubblico impiego v. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, in F. CARINCI-ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 741; ID., *Il «comando» dei pubblici dipendenti tra vecchie e nuove forme di mobilità*, in RUSCIANO-ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Bologna, 1993, 345; MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, LPA, 2003, 1091 ss.;

GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, LPA, 2006, 845 ss.; BATTINI, *Il personale*, in CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, 520 ss.; ALESSI, «Comando (dir. pubbl.)», in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1998.

(6) DE MARCHIS, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, RGL, 1993, II, 257 ss., spec. 266, nonché GENGHINI, *Il distacco o comando del lavoratore*, MGL, 1992, 420 ss. I vantaggi derivanti dalla peculiare struttura del comando, la quale presuppone la continuazione del rapporto di lavoro originario, rispetto ad altre soluzioni alternative (interruzione del rapporto, attraverso un licenziamento seguito da una nuova assunzione presso la seconda società, o sua sospensione con contemporanea costituzione di un successivo rapporto a termine da parte di un'altra impresa) sono analizzati da M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 179. Invece, per i rischi collegati ad un uso distorto dell'istituto, per via di assunzioni da parte di piccole società del gruppo (con meno di sedici addetti, prive di contratto collettivo aziendale, facilmente assoggettabili a liquidazione, ecc.), attraverso successivi distacchi in via permanente presso la società capogruppo o presso altra società partecipata «di più spiccata operatività», v. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, 177 ss., spec. 179. Per il collegamento tra il distacco ed il più recente fenomeno delle esternalizzazioni di attività produttive, di cui il distacco è certamente una significativa espressione, v. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, MGL, 2004, 564 ss., spec. 567 e COSIO, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, DPL, 2004, 1222 ss., spec. 1224.

(7) MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, LPO, 2003, 1887 ss., spec. 1887-1888; F. CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., 162.

Gli studi sull'argomento nell'ottica della dissociazione soggettiva tra il datore di lavoro e l'utilizzatore della prestazione sono molto numerosi. Tra i più risalenti si vedano CARNELUTTI, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, RDC, 1961, I, 503 ss.; RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti d'opere e di servizi*, RTDPC, 1961, 382 ss.; BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, RTDPC, 1965, 1492 ss.; HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968, 57 ss.; BETTINI, *Alcune osservazioni sul comando o distacco del lavoratore*, RGL, 1986, II, 76 ss.; DE MARCHIS, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, cit., 257 ss.

(8) DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., 646.

(9) V., per tutte, Cass., 7-11-2000, n. 14458, OGL, 2000, 968; Cass., 7-6-2000, n. 7743, NGL, 2000, 769; Cass., 21-5-1998, n. 5102, OGL, 1998, 584. Tali soluzioni giurisprudenziali erano state recepite, peraltro, anche nella prassi amministrativa: la nota del Ministero del Lavoro del 11-4-2001 (n. 5/26183/70VA), GL, 2001, 12, aveva sostanzialmente ribadito i requisiti costitutivi dell'istituto, così come delineati dalla giurisprudenza.

(10) DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., 647.

(11) DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., 651.

(12) Cass., 7-11-2000, n. 14458, OGL, 2000, 968.

(13) Cass., 23-6-1984, n. 3159, OGL, 1985, 240.

2. Origine ed evoluzione della disciplina legale: dall'art. 2139 c.c. al d.lg. n. 276/2003.

Secondo un'opinione, una primissima regolamentazione legale del fenomeno del distacco nel settore privato era già contenuta nel codice civile (14). Con esclusivo riferimento al settore dell'agricoltura, in-

fatti, l'art. 2139 c.c., sotto la rubrica «Scambio di mano d'opera o di servizi», ancora oggi dispone che «Tra piccoli imprenditori agricoli è ammesso lo scambio di mano d'opera o di servizi secondo gli usi» (15). L'attenzione verso l'istituto è andata scemando nel tempo: si ritiene, infatti, che la norma sia stata abrogata dal generale divieto di interposizione, o che, comunque, essa sia destinata ad avere scarse ripercussioni nella pratica, a causa della declinante incidenza del fenomeno dello scambio di manodopera (16).

Successivamente al generale divieto di interposizione nei rapporti di lavoro introdotto dalla legge n. 1369/1960, diversi interventi normativi settoriali avevano previsto il distacco.

L'art. 8 della legge n. 236/1993, di conversione del d.l. n. 148/1993, e fatto salvo dall'art. 30, 4° co., del d.lg. n. 276/2003, aveva ammesso il distacco di lavoratori al fine di evitare i licenziamenti collettivi (v. *infra*). L'art. 16, 10° co., del d.l. n. 299/1994, convertito in legge n. 451/1994, nell'ambito dei contratti di formazione e lavoro, aveva consentito ai progetti di disporre che l'esecuzione del contratto si svolgesse in posizione di comando presso altre imprese, nel caso in cui ciò fosse necessario per il raggiungimento degli obiettivi formativi. Tale previsione non è più contemplata negli artt. 54 ss. del d.lg. n. 276/2003, che hanno introdotto e disciplinato il nuovo istituto del contratto di inserimento (17).

Con il d.lg. n. 72/2000, infine, è stata data attuazione alla direttiva n. 96/71/CEE che disciplina il distacco realizzato nell'ambito di una prestazione di servizi di lavoratori dipendenti da imprese operanti in uno Stato membro della CEE (18).

Come si accennava, il d.lg. n. 276/2003 introduce per la prima volta nel settore privato una definizione legale del distacco (19). Ai sensi dell'art. 30 del d.lg. n. 276/2003, «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».

Il decreto, peraltro, ha profondamente innovato il quadro legale di riferimento (20): da un lato, esso ha interamente abrogato la legge n. 1369/1960, ed ha conseguentemente ridisegnato i confini del generale divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro entro cui si è sempre mossa la disciplina giurisprudenziale del distacco (21); dall'altro, ha introdotto e disciplinato il contratto di somministrazione (artt. 20-28), di cui il distacco ripete alcune caratteristiche fondamentali. Secondo l'opinione più diffusa, infatti, «somministrazione e distacco costituiscono entrambe ipotesi di sostituzione di un terzo nell'attività giuridica del creditore della prestazione di lavoro su-

bordinato e, cioè, del titolare formale e sostanziale del contratto» (22).

La figura del distacco pertanto solleva nuove questioni interpretative, ponendosi al rinnovato «confine dell'interposizione illecita e/o somministrazione irregolare» (23). E sebbene vi sia un convincimento diffuso che la definizione legale abbia riproposto le principali coordinate dell'istituto, tradizionalmente elaborate dalla giurisprudenza (24), in realtà il sistema di liceità del distacco è oggi affidato ad un sistema di requisiti costitutivi della fattispecie (art. 30, 1° co., d.lg. n. 276/2003) molto più articolato del passato. I quali, letti in maniera sistematica tra loro, possono contribuire a suggerire applicazioni più rigorose dell'istituto. Gli indici sintomatici della sua illegittimità, già suggeriti dalla giurisprudenza precedente, possono oggi collocarsi su una pluralità di livelli che vanno oltre la semplicistica, e spesso scontata, verifica della sussistenza dell'interesse del distaccante (25).

(14) ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002, 53 ss., secondo cui la disposizione rappresenta una sorta di riconoscimento legislativo di un livello sia pur minimo e settoriale di «solidarietà imprenditoriale», come caratteristica ricorrente anche in contesti economici più avanzati e progrediti, oltre che più estesi, rispetto a quelli tradizionali dell'economia rurale.

(15) ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, DL, 2003, 935 ss.; ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., 53 ss.; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2000, 495 ss. Sul tema v., in generale, ALESSI, *L'impresa agricola*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1990, 266 ss.; MAGNO, «Scambio di manodopera e di servizi in agricoltura», in *NN.D.I., App.*, VI, Torino, 1986, 997.

(16) M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 124.

(17) Su cui v. diffusamente MENGHINI, *Il contratto di inserimento*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, cit., 289 ss. Vanno anche ricordate, in quanto vagamente riconducibili allo schema del distacco, altre figure, disciplinate dall'art. 2 della l. n. 482/1993 (comando di dipendenti privati presso gruppi parlamentari); dall'art. 3, 2° co., del d.lg. n. 297/1999 (distacco di ricercatori dipendenti da enti di ricerca presso soggetti industriali o assimilati); dall'art. 12 della l. n. 68/1999 (inserimento temporaneo di lavoratori disabili presso soggetti terzi).

(18) Su cui v., in generale, BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007, 73 ss.; CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, RGL, 2007, 33 ss.; M.T. CARINCI, *Le delocalizzazioni produttive in Italia*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».it - 44/2006, ESPOSITO, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, DLM, 2006, 571 ss.; ALLAMPRESE, *Distacco di lavoratori stranieri in Italia nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi: profili previdenziali*, *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2006, 1 ss.; FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, MGL, 2001, 806 ss.; ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei*

lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996, ADL, 1999, 465 ss.

(19) Il decreto da attuazione alla l. n. 30/2003 che, nell'ambito del complessivo, quanto ambizioso, progetto di riforma in materia di occupazione e mercato del lavoro, accogliendo le sollecitazioni di una parte della dottrina, opta per l'abrogazione della l. n. 1369/1960 e per la sua sostituzione con una disciplina basata su alcuni principi direttivi [ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro, Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate AIDLASS, Trento, 5/6-6-1999, Milano, 3 ss.; DEL PUNTA, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in M. T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, 74]. Tra i quali, all'art. 1, 2° co., lett. m), il «mandato» con il quale il legislatore delegato viene incaricato di chiarire i criteri di distinzione tra appalto e interposizione illecita «ridefinendo contestualmente i casi di comando e di distacco». Su questo ultimo aspetto, CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti, dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, 91 ss., spec. 110. La delega, però, non rappresenta in assoluto il primo tentativo di definizione legale dell'istituto del distacco: con riferimento al d.l. n. 1/1993, art. 13, ult. co., mai convertito in legge, v., più diffusamente, MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in M. T. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, spec. 211.

(20) LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, in *Giur. piemontese*, 2006, 177 ss., spec. 181.

(21) Sulla persistenza del divieto d'interposizione anche a seguito dell'abrogazione della l. n. 1369/1960, di cui somministrazione e distacco costituiscono eccezioni, DEL PUNTA, *Il «nuovo» divieto di appalto di manodopera, DPL*, 2005, 1953 ss.; VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2003, 410. In giurisprudenza, Cass. S.U., 26-10-2006, n. 22910, *LG*, 2007, 271, con nota di L. RATTI.

(22) MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato, e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro, DL*, 2003, 439 ss., spec. 451; ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, in GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2004, 339 ss., spec. 341; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., 110, secondo cui «l'ancoraggio normativo di questa fattispecie generale di deviazione funzionale del contratto di lavoro a favore del terzo è il precipitato logico-giuridico della tipizzazione nell'ordinamento della somministrazione di lavoro», rispetto alla quale il distacco si presenta come una sovrapposizione, di difficile differenziazione.

(23) SCARPELLI, *Distacco*, in GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 440 ss., spec. 441.

(24) V. ad es. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 935 ss.

(25) Esprime una valutazione positiva dell'intervento normativo, che ritiene idoneo ad offrire maggiori garanzie per il lavoratore, ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 943. Critico sull'opportunità di regolare legislativamente una figura emersa dalla prassi, che aveva già trovato un equilibrio complessivo tutto sommato accettabile, in un contesto giurisprudenziale ormai consolidato, MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco, LPO*, 2003, 1887 ss., spec. 1888. Contro l'iniziativa legislativa del 2003, di cui si contesta anche la tecnica normativa, si esprimono chiaramente ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., 178; SCARPELLI, *Distacco*, cit., 441; CHIECO, *Som-*

ministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo, cit., 109 ss.; LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., 177-178.

3. La struttura del distacco: i soggetti.

Sotto il profilo soggettivo la fattispecie oggi delineata dall'art. 30 del d.lg. n. 276/2003 è in linea con la figura già ricavata dalla precedente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale: lo schema del distacco, pertanto, comprende tre parti. Il datore di lavoro distaccante, il lavoratore dipendente di questi e un soggetto terzo, che utilizza la prestazione del lavoratore dipendente dal distaccante (26). Tuttavia, il mancato riferimento alla natura imprenditoriale delle prime due figure è stato giudicato da alcuni come un forte elemento di discontinuità rispetto all'elaborazione giurisprudenziale precedente. Soprattutto per ciò che riguarda il datore di lavoro distaccante si ritiene infatti che, oggi, a differenza del passato, il distacco possa essere disposto anche da datori di lavoro non imprenditori. Viene dunque a cadere uno degli elementi in base ai quali la giurisprudenza aveva giudicato in passato la liceità del distacco rispetto al divieto posto dall'art. 1 della l. n. 1369/1960, atteso che la riconduzione del distacco nell'ambito del potere organizzatorio, e quindi delle vicende interne del contratto, si è basata essenzialmente sulla combinazione fra il possesso a monte della qualità di imprenditore e la presenza di un suo concreto interesse a questo particolare tipo di atto gestionale (27). L'eliminazione del requisito della natura imprenditoriale del distaccante è stata peraltro calata lungo una linea di sostanziale continuità con il «diffuso fenomeno di assottigliamento giurisprudenziale (di massima appoggiato dalla dottrina) del concetto di organizzazione di impresa» (28).

La dottrina prevalente tende però a ridimensionare la valenza della modifica, richiedendo che il distaccante, anche se non necessariamente imprenditore, appaia pur sempre dotato di un'autonoma struttura organizzativa (29).

(26) CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, 127; ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 340.

(27) V. per tutte Cass. S.U., 13-4-1989, n. 1751, *FI*, 1989, I, c. 2496; DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., 646.

(28) Così M. P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 211; DEL PUNTA, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, cit., 69, con riferimento, segnatamente, a Cass., 25-6-2001, n. 8643, *FI*, 2001, I, 3109, con nota di PERRINO.

(29) F. CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., 128; ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 944; v., anche prima della novella, DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., 299 e M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 182.

4. I requisiti costitutivi della fattispecie: l'interesse del distaccante.

Esclusa la natura imprenditoriale del distaccante e del distaccatario, i requisiti oggi richiesti per la legittimità del distacco sono: l'interesse del distaccante, la temporaneità e la (pre)determinazione dell'attività lavorativa da eseguire (30).

Lungo una linea di sostanziale continuità con il passato si colloca il requisito dell'interesse del distaccante. Secondo l'opinione più diffusa, infatti, l'art. 30 del d.lg. n. 276/2003 non sembra aggiungere alcuna novità di rilievo. Ed anzi, l'estrema vaghezza della formula adoperata dal legislatore «per soddisfare un proprio interesse» costringe l'interprete a rivolgersi all'elaborazione giurisprudenziale precedente che nel tempo ha contribuito a definirne i tratti caratterizzanti (31). È a tali approdi giurisprudenziali, pertanto, che risulterebbe ragionevole rinviare.

Senonché, da questo punto di vista, le soluzioni giurisprudenziali non sono apparse del tutto soddisfacenti. Quanto all'esatta individuazione della nozione di interesse, la giurisprudenza si è mossa al di fuori di un compiuto sistema teorico di riferimento, in quanto prevalentemente concentrata sull'analisi delle fattispecie concrete, al fine di giudicarne la compatibilità con il divieto d'interposizione. Soltanto la sussistenza di un interesse del datore di lavoro che dispone il distacco avrebbe potuto consentire che continuasse ad «operare, sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante» (32), e che il lavoratore, pur essendo tecnicamente a disposizione del distaccatario, in realtà continuava ad essere «utilizzato» dal proprio datore di lavoro (33).

La tesi giurisprudenziale più diffusa, quindi, aveva identificato il requisito in questione in primo luogo con un interesse di *natura oggettiva, e rilevante* (34), volto a soddisfare esigenze produttive o organizzative dell'impresa distaccante (35). L'interesse doveva essere inerente all'esercizio dell'attività imprenditoriale istituzionalmente propria del distaccante. E doveva, pertanto, coincidere con una «qualsiasi motivazione tecnica, produttiva ed organizzativa del distaccante, purché effettivamente esistente, lecita e rilevante» (36). Di fatto le applicazioni di tale principio sono state molto flessibili e raramente hanno condotto a pronunce di illegittimità del distacco basate sulla carenza di interesse del distaccante (37). Anche perché, secondo una massima ricorrente in giurisprudenza, il riscontro dello specifico interesse di cui deve essere portatore il datore di lavoro distaccante costituisce un'indagine di merito, non censurabile in Cassazione (38), che deve limitarsi ad accertare l'esistenza e la liceità dell'interesse, nonché l'esistenza di un nesso eziologico tra tale interesse ed il provvedimento che dispone il distacco

(39). L'accertamento non può spingersi oltre, atteso che viceversa il giudice si sostituirebbe all'imprenditore nella valutazione e nella gestione degli interessi aziendali (40).

Con l'introduzione della definizione legale del distacco, e del contratto di somministrazione, l'interesse di cui all'art. 30 del d.lg. n. 276/2003 si arricchisce di un'ulteriore funzione, sensibilmente diversa rispetto al passato. Sulla consistenza dell'interesse del distaccante infatti risiede, non soltanto il confine con l'interposizione vietata, ma anche la linea di demarcazione tra il distacco e la somministrazione di lavoro. Il riferimento testuale all'«interesse proprio» del datore di lavoro, di cui all'art. 30 d.lg. n. 276/2003, deve quindi essere «adeguatamente approfondito in quanto capovolge il punto di vista dal quale muove la nozione di somministrazione di lavoro» (41). Nella somministrazione di lavoro autorizzata, infatti, a differenza del distacco, «il lavoratore è giuridicamente e tipicamente utilizzato dal soggetto denominato (appunto) utilizzatore, del quale è a disposizione entro limiti tendenzialmente più ampi, coincidenti con qualunque interesse produttivo e organizzativo coerente alle ragioni o attività per le quali è stato legittimamente stipulato il contratto di somministrazione» (42). Pertanto, se nella somministrazione, al pari di qualsiasi altro contratto commerciale, il perno regolativo della fattispecie è calibrato sulle esigenze dell'utilizzatore, da soddisfare con la fornitura di manodopera, nella nozione di distacco, al contrario, il punto di vista che emerge è rappresentato dall'interesse del soggetto che dispone l'esecuzione della prestazione di lavoro a favore del terzo beneficiario (43).

Qui l'interesse del distaccante svolge un ruolo cardine e, per la dottrina più recente, una mera attinenza dell'interesse agli scopi sociali dell'impresa non sarebbe da sola sufficiente per la validità del distacco: occorre un interesse caratterizzato da ulteriori elementi che non coincidano con quelli che contrassegnano quello professionale della agenzia somministratrice.

Invero, è stata correttamente affermata la necessità che l'interesse del datore di lavoro si trovi ad essere immediatamente e direttamente soddisfatto, attraverso il distacco del lavoratore, dall'esecuzione della prestazione presso il terzo che, infatti, deve oggi essere determinata. Il cuore della fattispecie di cui all'art. 30 del d.lg. n. 276/2003, allora, riposa in quell'interesse «proprio» del distaccante che, nella varietà delle situazioni che possono determinarlo, si contraddistingue per «la sua attitudine ad esaurire l'aspettativa creditoria del datore di lavoro e solo mediatamente a favorire l'interesse dell'impresa datoriale» (44). Si è così conclusivamente affermato che l'interesse è «non al distacco», ma «al contratto

con il lavoratore, ovvero — per essere ancora più precisi — al mantenimento del relativo rapporto» (45). La precisazione appare preziosa, dal momento che «una cosa è l'interesse alla base del distacco, che può essere di vario genere purché lecito, altra cosa è la permanenza dell'interesse alla disponibilità, idealmente illimitata, della prestazione lavorativa» (46).

Rispetto alla somministrazione di lavoro, tale caratteristica forma di interesse realizza la differenza tra distaccante e somministratore. L'attività di quest'ultimo infatti viene regolata legalmente perché, a causa del relativo contratto commerciale, l'utilizzatore, durante la missione, finisce per essere l'effettivo e sostanziale dominus del rapporto di lavoro. L'interesse al mantenimento del rapporto con il distaccato spezza, dunque, ogni circuito di effettiva e definitiva utilizzazione del rapporto di lavoro da parte del terzo, a causa della persistenza di un profondo legame con il datore di lavoro distaccante, che non si esaurisce sul solo piano formale, dal momento che presto o tardi esso è destinato ad essere ripristinato anche nei fatti.

Come si accennava, tale impostazione appare confermata dall'introduzione, nella definizione legale di distacco, degli ulteriori requisiti costitutivi della fattispecie: la temporaneità, in passato trascurata dalla giurisprudenza perché collegata e letta in funzione dell'interesse datoriale e, soprattutto, la predeterminazione dell'attività lavorativa. Entrambi gli elementi, come si vedrà, vanno interpretati in maniera sistematica tra loro e con riferimento al primo requisito, quello dell'interesse, del quale contribuiscono così a precisarne meglio e renderne più attuale il contenuto.

(30) Sulla necessità che il distacco sia disposto per lo svolgimento di una determinata attività lavorativa, quale requisito costitutivo dell'istituto, non vi è in realtà univocità di opinioni. Optano per questa soluzione anche GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, ADL, 2005, 203 ss., spec. 217; ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., 181. Mentre tendono a svalutare la portata dell'indicazione testuale VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 569 e LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., 188.

(31) M. P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 213.

(32) Così Cass., 7-6-2000, n. 7743, NGL, 2000, 769. In dottrina, DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., 646.

(33) SCARPELLI, *Distacco*, cit., 442 e, nello stesso senso, GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 218. Ciò, anche a causa della svalutazione ad opera della precedente giurisprudenza degli altri due requisiti oggi presenti nella definizione legale di distacco: la temporaneità e la (pre)determinazione della attività da svolgere presso il terzo. Così anche M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 183.

(34) VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 569.

(35) TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, MGL, 2004, 234 ss., spec. 235. In giurisprudenza sulla rilevanza dell'interesse del

distaccante, v. Cass., 10-6-1999, n. 5721, RIDL, 2000, II, 36, con nota di CARO; Cass. S.U., 13-4-1989, n. 1751, cit.; Cass., 26-5-1993, n. 5907, GI, 1996, 848.

(36) Così, MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 213. E in giurisprudenza ancora Cass., 10-6-1999, n. 5721, cit.

(37) Cass., 26-2-1982, n. 1264, GC, 1982, 1549, in cui la deviazione della prestazione realizzata con il distacco aveva realizzato soltanto in parte ed «in misura esigua» l'interesse del distaccante, che si era presentato come «un interesse mediato e come tale non rilevante»; Cass., sez. pen., 12-11-1980, n. 11895, MGL, 1981, 206, dove un semplice collegamento finanziario non è stato ritenuto idoneo a provare la sussistenza dell'interesse al distacco, per la sola circostanza che il capitale sociale proveniva da un unico finanziatore. Nonché, più recentemente, Cass., 10-6-1999, n. 5721, cit.

(38) Cass., 4-6-1992, n. 6807, MGC, 1992, n. 6. V. sul punto anche DE MARCHIS, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, cit., 267.

(39) Cass., 26-4-2006, n. 9557, RIDL, 2006, II, 882.

(40) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 214, secondo cui comunque rimaneva e rimane impregiudicata l'ipotesi in cui l'interprete accerti che il provvedimento, adottato per ragioni formalmente ineccepibili, sia in realtà rivolto a realizzare finalità illecite in danno del lavoratore.

(41) CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., 111. Concepisce l'interesse del distaccante quale limite e metro di controllo della messa a disposizione tecnica del lavoratore distaccato oltre il quale si cade nell'area dell'illiceità, con l'operare delle sanzioni dell'interposizione e dunque della somministrazione irregolare, anche SCARPELLI, *Distacco*, cit., 442.

(42) SCARPELLI, *Distacco*, cit., 442.

(43) Così CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., 111. Sul punto sembra esservi uniformità di opinioni in dottrina v. in questo senso ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 498; VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 569; TATARELLI, *Il distacco del lavoratore*, cit., 234 ss., spec. 235; nonché M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004, 205 ss., spec. 227. Da qui l'idea, generalmente condivisa, che nell'interesse non possa racchiudersi un mero scopo speculativo e che nel compenso specifico per il distacco che ecceda il mero rimborso del costo aziendale lordo sopportato dal distaccante si possa, pertanto, rinvenire un indice della non configurabilità del distacco, e quindi della illiceità del medesimo: MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 213-214; SCARPELLI, *Commento all'art. 30*, cit., 442, ma, già prima della novella, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 498. L'opinione trova puntuale riscontro nella circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3 del 15-1-2004, che espressamente esclude che l'eventuale rimborso dei costi afferenti al lavoratore, corrisposto dal distaccatario al distaccante, possa superare «quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante».

(44) Così CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., 112.

(45) ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., 178. Ma in questo senso già MAGRINI, *La sostituzione soggettiva*, Milano, 1980, 59, secondo cui «nel comando, la destinazione della prestazione al terzo è per definizione un modo di realizzazione dell'interesse contrattuale del datore di lavoro a disporre organizzativamente del comportamento del lavoratore, nell'intermediazione illecita la destinazione della prestazione all'imprenditore committente non soddisfa altro interesse dell'intermediario al corrispettivo»; più recentemente v. poi, BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001, 111, secondo cui «l'interesse del distaccante (...) va individuato nell'interesse tipico che ha trovato realizzazione con la costituzio-

ne del rapporto di lavoro, cioè quello all'utilizzazione della prestazione lavorativa. In altri termini, lo svolgimento della prestazione a favore di un terzo è legittimo nella misura in cui esso consenta la realizzazione della causa dell'originario contratto di lavoro stipulato tra il distaccante e il lavoratore. Solo in presenza di tale circostanza si può infatti affermare che, nonostante l'inserimento del lavoratore in una diversa organizzazione di impresa, la prestazione è comunque utilizzata dal titolare del rapporto di lavoro e non dal terzo che la riceve».

(46) Ancora Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., 178.

5. (Segue). *La temporaneità.*

Quanto alla temporaneità del distacco, va detto che in passato tale requisito aveva rivestito una posizione ancillare rispetto al ruolo principale svolto dall'interesse del distaccante, in funzione strumentale alla sua natura transeunte, affinché la dissociazione tra titolare del rapporto e utilizzatore delle prestazioni lavorative non risultasse idonea a mortificare a titolo definitivo la persistenza del rapporto di lavoro originario. Sotto questo profilo la temporaneità del distacco è stata tradizionalmente concepita come un corollario della necessaria permanenza del vincolo contrattuale in capo all'originario titolare (47).

Tuttavia, temporaneità non sta per brevità, quanto per non definitività, si è detto con costanza (48). Invero, la realizzazione dell'interesse datoriale, soprattutto se collegata all'esecuzione di progetti particolarmente impegnativi o di ampio respiro, può richiedere una tempistica particolarmente lunga, tanto da coincidere con la cessazione del rapporto di lavoro, o perfino con l'intera durata dello stesso (49). La puntualizzazione mirava a confermare l'assunto precedente, ma ne svalutava di fatto la portata, finendo per vincolare la legittimità del distacco alla sola liceità dell'interesse del distaccante. Qualora, per ipotesi, esso si fosse protratto illimitatamente nel tempo, il distacco sarebbe stato lecito, anche se non temporaneo (50). Soprattutto nei gruppi di impresa in cui il collegamento societario giustificava automaticamente e presuntivamente l'interesse del datore di lavoro, si finiva per legittimare anche distacchi di durata illimitata (51).

Oggi, a seguito della autonoma rilevanza della temporaneità del distacco, che l'art. 30 del d.lg. n. 276/2003 ha avuto cura di menzionare separatamente dall'interesse del distaccante, prevale l'idea che il distacco debba avere durata limitata nel tempo anche «qualora l'interesse al distacco possa rivelarsi definitivo o di lungo periodo» (52).

La portata innovativa della disposizione va dunque valutata positivamente: probabilmente essa non comporterà che il distacco debba avere necessariamente una breve durata, tuttavia ha il pregio di ridimensionare fortemente il rischio di allontanamenti sine die del lavoratore dalla propria comunità di lavoro, con conseguente alienazione rispetto alla propria comu-

nità di lavoro, al collegamento (anche sul piano dell'azione sindacale) con gli altri lavoratori dell'impresa, alla conoscenza delle dinamiche professionali interne all'impresa ed ai percorsi di carriera (53).

È dunque preferibile optare per la necessità di un accertamento del carattere della temporaneità del distacco, sulla base di un giudizio prognostico che sia coevo al provvedimento che lo dispone. Al momento del distacco deve pertanto potersi prevedere, in relazione alle caratteristiche dell'attività da svolgere, ed all'interesse al distacco stesso, l'esaurirsi della prestazione entro un periodo limitato nel tempo (54); come si evince peraltro dall'ultimo presupposto costitutivo di cui all'art. 30 del d.lg. n. 276/2003, dalla necessità, cioè, che questo sia riferibile allo svolgimento di un'attività determinata. In assenza di una esplicita indicazione testuale in tal senso, sarebbe opportuno che a tale conclusione si pervenisse o per via contrattuale o in via interpretativa, tramite un rinvio analogico alla disciplina del contratto a termine e di somministrazione di lavoro a tempo determinato (55).

(47) DE MARCHIS, *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, cit., 268. In giurisprudenza, sul collegamento tra la temporaneità e la permanenza del vincolo contrattuale con il datore di lavoro originario, v. Cass. S.U., 13-4-1989, n. 1751, cit.; Cass. S.U., 20-4-1985, n. 1499, *RGL*, 1985, II, 75, con nota di BETTINI. Da ultimo, v. T. Genova, 5-12-2006, *D&L*, 2007, 250. (48) Cass., 23-5-1984, n. 3159, *OGI*, 1985, 240 e Cass., 7-8-1982, n. 4435, *FI*, 1983, I, 399.

(49) Cass., 8-2-1985, n. 507, *MGL*, 1985, 153. Per fattispecie in cui la giurisprudenza aveva ammesso la legittimità di distacchi concepiti sin dal momento dell'assunzione v. Cass., 20-1-1984, *RFI*, 1984, «Lavoro (rapporto)», n. 1048; *contra* Cass., 20-2-1985, n. 1499, cit.

(50) Sulla coincidenza tra interesse al distacco e durata predefinita dello stesso v. Cass., 7-6-2000, n. 7743, *NGL*, 2000, 769; Cass., 20-3-2000, n. 3287, *GC*, 2001, I, 1073. Si tratta di soluzioni giurisprudenziali molto elastiche che hanno finito per ammettere misure organizzative destinate a perdurare persino per molti anni: Cass., 17-5-1998, n. 2880, *FI*, 1998, I, 3582; Cass., 8-2-1985, n. 1013, *MGL*, 1985, 153; *contra* Cass. S.U., 20-2-1985, n. 1499, *MGL*, 1985, 151. Però, sulla necessità di un'attenta verifica della sussistenza di un interesse effettivo e specifico, con riferimento a distacchi realizzati nell'ambito di società collegate, Cass., 12-11-1984, n. 5708, *DL*, 1985, II, 173.

(51) V. SCARPELLI, *Distacco*, cit., 445 e GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 219.

(52) ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 944; *contra*, LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., 185, secondo cui «la temporaneità del distacco è funzione dell'interesse, e non vale di per sé come requisito autonomo di legittimità del distacco».

(53) In questo senso SCARPELLI, *Distacco*, cit., 445.

(54) Per alcune interessanti esemplificazioni SCARPELLI, *Distacco*, cit., 444. Tende invece a distinguere tra durata del distacco, che può anche non essere predeterminata, e temporaneità dello stesso, CAPURRO, *Il distacco*, *D&L*, 2004, 260 ss., ed in giurisprudenza, sia pure con riferimento ad una fattispecie sottratta ratione temporis all'art. 30 del d.lg. n. 276/2003, Cass., 2-9-2004, n. 17748, *GCM*, 2004, 9.

(55) ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 944.

6. (Segue). *L'esecuzione di una determinata attività lavorativa.*

Il distacco, ai sensi dell'art. 30, 1° co., del d.lg. n. 276/2003, deve avere luogo «per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa». Si tratta di un requisito aggiunto nella definizione legislativa diretto ad escludere che ricorra un caso di interposizione vietata, assente nella elaborazione giurisprudenziale precedente alla novella del 2003: solo raramente era stata sottolineata la necessità di valutare l'interesse del datore di lavoro distaccante «con riferimento al concreto espletamento dell'attività del lavoratore» (56). Esisteva già, però, in questo orientamento l'idea che l'individuazione della attività da svolgere durante il distacco ben avrebbe potuto fornire elementi presuntivi utili ai fini della verifica, in concreto, dell'esistenza di un effettivo interesse del distaccante (57).

La nuova previsione della necessità che il distacco venga disposto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa da svolgere presso il terzo si colloca lungo questo stesso solco, e contribuisce ad arricchire la nozione di interesse «proprio» del distaccante, in quanto impone che proprio nell'esecuzione di quella determinata prestazione lavorativa risieda l'interesse del datore di lavoro sotteso al provvedimento che dispone il distacco, «evitandosi che (...) possa essere genericamente determinato sulla base della mera attinenza agli scopi sociali dell'impresa» (58).

Secondo altri, poi, l'obbligatorietà dell'individuazione dell'attività che il distaccato svolgerà presso il terzo mira a rafforzare il carattere necessariamente temporaneo del distacco (59). Contrariamente a quanto è emerso dalla elaborazione giurisprudenziale anteriore alla novella, quindi, il distacco va oggi concepito, all'interno del più duraturo rapporto lavorativo tra il distaccante ed il proprio dipendente, come una «mera parentesi, destinata a durare sino a quando non sia venuta meno ogni ragione per la continuazione di quella specifica prestazione, che per costituire oggetto del distacco, va predeterminata almeno nei suoi tratti essenziali» (60). 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.

Sotto altro profilo, poi, secondo un'opinione, la determinazione dell'attività lavorativa oggetto del distacco lascia intendere che alla base del provvedi-

mento debba necessariamente sussistere un'intesa tra distaccante e distaccatario che, «nel silenzio del legislatore (...) non deve essere necessariamente formalizzata per iscritto» (61).

Così interpretata la disposizione assolverebbe ad un altro importante compito, in quanto vincolerebbe, indirettamente, anche la posizione del distaccatario il quale non potrà pretendere dal distaccato un'attività diversa da quella concordata con il distaccante, se non previo accordo con lui e successiva nuova comunicazione, sempre preferibilmente per iscritto, al distaccato (62). L'intesa tra i due datori di lavoro, così, potrebbe «formare oggetto di un accordo novativo che, fermo restando il permanere dell'interesse dell'impresa distaccante, sia volto a rideterminare l'attività oggetto della messa a disposizione della prestazione lavorativa» (63).

La necessaria e preventiva individuazione dell'attività lavorativa distaccata, attraverso una previa intesa tra distaccante e distaccatario, dovrebbe, conseguentemente essere comunicata al lavoratore. Ma questo ulteriore passaggio avrebbe in realtà richiesto una più esplicita indicazione nel testo normativo, quantomeno sotto il profilo della forma del provvedimento che dispone il distacco, su cui, invece, l'art. 30 è rimasto silente, atteso che, in applicazione del più generale principio di libertà della forma, non prevede espressamente la forma scritta ai fini della validità del distacco (64).

(56) V. Cass., 2-11-1999, n. 12224, *NGL*, 2000, 39; Cass., 23-4-1992, n. 4851, *RIDL*, 1993, II, 428, con nota di A. PIZZOFRERATO.

(57) Così GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 220.

(58) ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 944.

(59) DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, 177, e nello stesso senso LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., 188, secondo cui la previsione relativa alla determinata attività nulla più che uno «spezzone descrittivo» della temporaneità del distacco.

(60) VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 570. Secondo ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., 181, la combinazione tra le due diverse locuzioni «messa a disposizione» e «per l'esecuzione di una determinata attività» contribuisce a sostenere letture estremamente restrittive della nuova disposizione che non potrebbe più autorizzare un «semplice e libero "prestito di manodopera" al distaccatario (seppur all'insegna di un generico interesse del distaccante)» ma piuttosto «una specifica "missione" che viene affidata al lavoratore, circoscritta nei suoi contenuti di apporto lavorativo, e, dunque, intuibilmente negli obiettivi da realizzare».

(61) ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 944.

(62) GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 221.

(63) ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 944.

(64) GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 220 e MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 220, che sostengono entrambi l'opportunità che a tali conclusioni si pervenga in via interpretativa.

7. Il consenso nel caso del mutamento di mansioni. Con una formula discutibile e di difficile interpretazione, il 3° co. dell'art. 30 del d.lg. n. 276/2003 dispone che quando al distacco si accompagni un «mutamento di mansioni», esso deve avvenire con il «consenso del lavoratore interessato». Lo stesso comma aggiunge, inoltre, che «quando comporti un trasferimento a un'unità produttiva sita 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» (65).

La prima parte della disposizione tocca due degli scogli teorici più seri del distacco: quello del controverso inquadramento teorico e sistematico dell'istituto e quello della rilevanza del consenso del lavoratore distaccato ai fini della sua legittimità (66).

Il 3° co. dell'art. 30, infatti, sembra imprimere una svolta significativa nel dibattito sull'inquadramento teorico dell'istituto dove «il fenomeno, nella sua peculiare configurazione fattuale, è risultato del tutto impermeabile (...) ad ogni tentativo, effettuato dalla dottrina, di adattarlo a schemi civilistici» (67).

Il riferimento è, in primo luogo, a quelle teorie che hanno operato un rinvio alla cessione del credito (art. 1260 c.c.), alla promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.), al contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.), all'adempimento nei confronti del terzo (art. 1188, 1° co., c.c.) (68). Modelli interpretativi, tutti, apertamente rifiutati dalla giurisprudenza, la quale ha tradizionalmente optato per l'inclusione del distacco nel potere del datore di lavoro di specificare il comportamento concretamente dovuto dal lavoratore, classificandolo come mera modificazione delle modalità di attuazione della prestazione, con conseguente e necessaria ininfluenza del consenso del lavoratore ai fini della sua validità ed efficacia (69).

Ora, secondo l'opinione prevalente, la definizione legislativa di cui al 1° co. dell'art. 30 del d.lg. n. 276/2003, letta unitamente alla prima parte del 3° co., si basa, traendo spunto dalla giurisprudenza più tradizionale, sulla costruzione del distacco come esercizio del potere direttivo del datore di lavoro distaccante (70).

Invero, 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 ed ordinaria, in virtù dell'assunto che normalmente il distacco non comporti (o non dovrebbe comportare) un significativo mutamento delle mansioni originariamente concordate (71).

Controversa è stata invece l'individuazione dell'esatto ambito applicativo della disposizione. L'opinione assolutamente prevalente ritiene che con la disposizione in esame si sia inteso fare riferimento ad un mutamento di mansioni «di carattere sostanziale» (72), tale da richiedere un irrigidimento della disciplina del distacco, il quale se normalmente opera in virtù del normale potere direttivo unilaterale del datore di lavoro, qui richiede invece il consenso del lavoratore distaccando (73).

Ne discende che qualunque indagine circa la natura sostanziale del mutamento di mansioni cui l'art. 30, 3° co., sembra riferirsi deve superare il filtro dell'art. 2103 c.c. Deve cioè trattarsi di una modifica legittima, ai sensi del predetto articolo, e cioè di una modifica che si muova entro i limiti generali allo ius variandi.

Va quindi escluso che il comma in questione possa trovare applicazione nel caso in cui il lavoratore a seguito del distacco subisca una variazione peggiorativa delle mansioni cui originariamente era stato addetto presso l'impresa distaccante. Qui opererebbero in pieno tutti i limiti allo ius variandi di cui all'art. 2103 c.c. (74).

Semberebbe allora più plausibile, a prima vista, la tesi secondo la quale con il 3° co. dell'art. 30 il legislatore abbia voluto definitivamente regolare il caso in cui il lavoratore distaccato si sia trovato a svolgere presso l'impresa distaccataria mansioni superiori.

L'ipotesi è stata in passato assai frequente, ed ha rappresentato una delle occasioni statisticamente più ricorrenti delle pronunce giurisprudenziali in tema di distacco, dove pacificamente si riconosceva il diritto del lavoratore all'inquadramento superiore, da esercitare nei confronti del datore di lavoro distaccante (75). La soluzione giurisprudenziale discendeva dalla costruzione del distacco come forma di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, che lascia impregiudicata l'obbligazione fondamentale del lavoratore di prestare la sua opera nei confronti del distaccante: di tale obbligazione il distacco costituisce una mera modificazione delle modalità di esecuzione. Il distaccante sarebbe allora stato responsabile del trattamento economico relativo alle mansioni superiori e del riconoscimento del grado e della qualifica superiore, non potendo sostenere la sua estraneità al conferimento delle mansioni superiori che dipendevano esclusivamente dal suo provvedimento di distacco (76). Va rilevato, però, che in realtà alle medesime conclusioni cui era giunta la giurisprudenza in via interpretativa si può oggi pervenire direttamente, in virtù di quanto espressamente disposto dal 2° co. dell'art. 30 del d.lg. n. 276/2003, che stabilisce la responsabilità del datore di lavoro distaccante sia per il trattamento economico, sia per quello normativo. La responsabilità del distaccante, peraltro, non opererebbe, secondo quanto già affermato in giurisprudenza, nel caso in cui venga riscontrato un accordo tra lavoratore e distaccatario precostituito al solo scopo di avvantaggiare il lavoratore, impegnando indirettamente il datore di lavoro.

ro distaccante, a sua insaputa, a realizzare in futuro una migliore collocazione lavorativa (77).

Rimane dunque da considerare l'ipotesi dell'assegnazione di mansioni equivalenti (78): qui la dottrina è divisa tra chi nega che la fattispecie rientri nel capo di applicazione dell'art. 30, 3° co., dal momento che in questo caso non si realizza alcuna modificazione dell'oggetto dell'obbligazione, ma solo una sua specificazione (79), e chi invece ritiene necessario il consenso del lavoratore, allorquando, pur nel rispetto dell'inquadramento e del livello allo stesso riconosciuti, egli debba mutare i compiti precedenti; ampliarne l'ambito, a seguito di attività ulteriori rispetto a quelle svolte in precedenza; assumere mansioni plurime o promiscue; svolgere mansioni che, anche se equivalenti per le modalità di svolgimento o per altre ragioni, determinino un non marginale aggravio dell'impegno lavorativo (80).

(65) Si tratta di due novità particolarmente rilevanti che la dottrina considera eccezioni, e cioè ipotesi nelle quali, oltre ai requisiti generali per la legittimità del distacco, si richiedono ulteriori condizioni aggiuntive, che non sarebbero, d'altronde, applicabili alle altre ipotesi di distacco non specificamente descritte dal comma in esame: MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., 1890; VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 571; MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 217. Così anche LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., 189, per cui il 3° co. dell'art. 30 descrive due «sotto-fattispecie».

(66) I due aspetti si sono rivelati intimamente connessi atteso che le più tradizionali analisi del fondamento tecnico-giuridico del distacco, basate su soluzioni civilistiche, ovvero di matrice più spiccatamente lavoristica, si sono manifestate, infine, «stacciate giustificazioni teoriche» il cui risultato è stato infine quello di negare che per il distacco occorresse l'assenso del lavoratore. Così, in primo particolarmente critico, ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., 179-180.

(67) PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore «distaccante» e consenso del lavoratore*, RIDL, 1993, II, 433 ss. spec. 437; MAZZOTTA, *Rapporto di lavoro, società collegate e statuto dei lavoratori*, cit., 777. Per valutazioni critiche su formalistiche equiparazioni tra il debito lavorativo (il cui assolvimento nel rapporto di lavoro subordinato implica l'impegno della persona del lavoratore) ed altre tipologie di debito (di consegnare ad es. una somma di denaro o una cosa determinata) sottese all'importazione di figure giuridiche quali la cessione del credito o del contratto, v. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., 180. Per una compiuta ricostruzione delle posizioni dottrinali espresse sull'inquadramento teorico e sistematico del distacco v. ESPOSITO, *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, DLRI, 1996, 119 ss.

(68) Per un'attenta ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali, CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 178 ss.

(69) V., tra le più risalenti, Cass., 8-8-1987, n. 6814, MGC, 1987, 1968 e, più recentemente, Cass., 21-5-1998, n. 5102, OGL, 1998, I, 584; Cass., 7-11-2000, n. 14458, OGL, 2000, I, 968; Cass., 8-6-2005, n. 11952, D&G, 2005, 31 22, con nota di CAROPPOLI; Cass., 22-3-2007, n. 7049, GCM, 2007, 3. *Contra* sulla necessità del consenso, Cass., 26-5-1993, n. 5907, GI, 1996, I, 848, ma solo con riferimento a prestazioni particolarmente qualificate. In dottrina, PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992, 320 ss.; GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, 1, *Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, 218, secondo cui il co-

mando rappresenta un'espressione dei tipici poteri di gestione del rapporto di lavoro, comportando una semplice modifica delle modalità oggettive di svolgimento del rapporto medesimo; in senso contrario, su quest'ultimo aspetto, ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., 21 e DE SIMONE, *Titolarietà dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., 284 che rileva come il distacco investa, invece, un importante aspetto della relazione contrattuale legato all'identità della persona del datore di lavoro.

(70) MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., 1889.

(71) L'opinione è ampiamente diffusa: v., in particolare, DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, MGL, 2007, 424 ss., nonché LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., 189. Sul punto, però, una parte della dottrina continua ad esprimersi in maniera fortemente critica. Per tutti, v. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., 180, secondo cui il distacco, al pari di altri istituti lavoristici determina una fondamentale modifica dell'identità del datore di lavoro e l'assenza del consenso tra i requisiti costitutivi della fattispecie finisce con il mortificare la posizione del lavoratore subordinato all'interno della relazione contrattuale con il proprio datore di lavoro. Nella quale, a seguito del distacco, vengono fortemente alterate alcune coordinate essenziali, come «distanza dall'abitazione, orari di lavoro, qualità dell'ambiente lavorativo e dei rapporti di colleganza, organizzazione concreta del lavoro, attività sindacali» che normalmente svolgono un ruolo determinante nella scelta di farsi assumere da una certa impresa e di restarvi in servizio; per la rilevanza di tali determinanti all'interno del rapporto di lavoro v., in giurisprudenza, P. Roma, 22-10-1993, D&L, 1994, 913.

(72) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 218; sul punto, diffusamente, anche MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., 1890: se si dovesse trattare di un mutamento di mansioni ordinario, cioè collegato al fisiologico svolgimento di un distacco, il quale, implicando uno spostamento del lavoratore, comporta sempre una modifica materiale delle mansioni, anche solo da un punto di vista meramente logistico, occorrerebbe credere che non è l'ipotesi speciale, ma quella generale, a rientrare sotto la disciplina di cui al 3° co., dell'art. 30: verrebbe cioè altrimenti meno l'eccezionalità della fattispecie, nonché la necessità di disciplinarla separatamente.

(73) VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 571. Sui rapporti tra l'art. 30 d.lg. n. 276/2003 e l'art. 2103 c.c. v. anche Tosi, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, LG, 2004, 234 ss., spec. 237. La disposizione, letta in questi termini, si allineerebbe a quella isolata posizione giurisprudenziale che aveva ritenuto necessario il consenso del lavoratore, ma solo in caso di prestazioni qualificate («ad es. direttive»), vuoi a tutela della sua professionalità, vuoi a tutela dell'interesse del datore di lavoro «ad utilizzare le energie secondo la massima produttività che certo non si avrebbe in caso di distacco non gradito». Così, Cass., 26-5-1993, n. 5907, cit., sulla quale, diffusamente, DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, cit., 430.

(74) È da escludersi infatti che l'art. 30, 3° co., possa essere interpretato come un'ulteriore deroga legale ai limiti imperativi vigenti: essa non soltanto avrebbe dovuto essere espressa (SCARPELLI, *Distacco*, cit., 446), ma rispetto alle altre ipotesi vigenti (art. 4, 11° co., l. n. 223/1991; art. 7, 5° co., d.lg. n. 151/2001; art. 4, 4° co., l. n. 68/1999) sarebbe stata la prima deroga all'art. 2103 c.c., nel solo interesse del datore di lavoro (art. 30, 1° co.) e a danno del lavoratore. Sul punto: CAPURRO, *Il distacco*, cit., 263; VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 572. Sulla incerta validità di un patto di distacco che comporti una variazione peggiorativa delle mansioni, nel caso in cui il consenso del lavoratore sia sorretto da uno specifico interesse al distacco medesimo, malgrado la dequalificazione, Tosi, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, cit., 237. Invero, quanto alla correttezza

interpretazione ed applicazione della statuizione di nullità dei patti contrari di cui all'ult. co. dell'art. 2103 c.c., va tenuto conto che, recentemente, parte della giurisprudenza si è manifestata disponibile a riconoscere come la ratio protettiva dell'art. 2103 c.c. ne escluda la violazione quando sussista un serio e comprovato interesse del lavoratore. V. da ultimo Cass., 22-8-2006, n. 18269, *RGL*, 2007, 43 ss., con nota di F. FABBRI.

(75) Cass., 20-6-1990, n. 6181, *FI*, 1990, 3157; A. Milano, 4-5-2001, *OGL*, 2001, 329; Cass., 16-4-1984, n. 2471, *GI*, 1985, I, 1, 802, che precisa come, altrimenti, il lavoratore subirebbe un ingiusto pregiudizio: egli non potrebbe far valere i diritti ex art. 2103 c.c. nei confronti del terzo beneficiario della prestazione, in quanto persona estranea al rapporto di lavoro, né potrebbe farli valere nei confronti del distaccante che potrebbe dimostrare come l'assegnazione delle mansioni superiori sia avvenuta al di fuori del suo controllo.

(76) Cass., 16-4-1984, n. 2471, *GC*, 1985, 142, con nota di GHI-NOY.

(77) Cass., 20-6-1990, n. 6181, *FI*, 1990, I, 3157 e, più recentemente, A. Milano, 4-5-2001, *OGL*, 2001, 329.

(78) Su cui v., in generale, da ultimo, BELLAVISTA, *L'oggetto dell'obbligazione lavorativa*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in BESSONE, *Trattato di diritto privato*, Torino, 2007, 8 ss.

(79) MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato, e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, cit., 447; ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 945; GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 225.

(80) VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 571 e DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, cit., 432, che più puntualmente distingue tra variazioni che incidono sulle modalità esecutive delle mansioni e variazioni, «apprezzabili, anche alla stregua delle classificazioni contrattuali, sul piano della equivalenza con le precedenti mansioni», che incidono sul loro contenuto. Il consenso sarebbe da richiedere solo in questa seconda ipotesi. Sul consenso in caso di equivalenza delle mansioni, si è anche espressa la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3 del 15-1-2004, su cui, in senso critico, SCARPELLI, *Distacco*, cit., 447.

8. Distacco e trasferimento oltre i 50 km.

Il consenso non è richiesto, inaspettatamente, per i distacchi che comportino anche un trasferimento ad unità produttive site «a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito».

Qui, come si accennava, il legislatore si è limitato a disporre che il distacco possa avvenire «soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive» (81), sollevando alcuni dubbi sul versante costituzionale: vuoi per la mancata previsione del consenso del lavoratore, nonostante «la vicenda modificativa del rapporto si presenti per quest'ultimo di maggiore penosità rispetto al mero mutamento di mansioni» (82); vuoi per l'infelice accostamento del distacco al trasferimento, che sembrerebbe alludere, a prima vista, alla possibilità di disciplinare questa forma di distacco alla stregua di un trasferimento da un'unità produttiva ad un'altra della stessa impresa, ai sensi dell'art. 2103 c.c., 1° co., ultimo periodo. Se così fosse, però, la disciplina del trasferimento sarebbe ben più rigorosa di quella del distacco, in quanto, a differenza di quest'ultima, essa

richiede sempre la giustificazione oggettiva, a prescindere dall'entità della distanza (83).

In dottrina prevale quindi una lettura dell'ultima parte del 3° co. dell'art. 30 in chiave estremamente garantistica nei confronti del lavoratore. Non v'è dubbio, infatti, che le comprovate ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo costituiscano un limite per i distacchi geograficamente più rilevanti, altrimenti assente (84): pertanto, quando il distacco comporta un sacrificio qualificato, come nel caso del trasferimento ad una più lontana sede di lavoro, allora il legislatore pretende che il potere unilaterale del datore di lavoro subisca un ulteriore limite rappresentato dalla sussistenza di «una sorta di giustificato motivo» (85). Letta in questi termini, però, la disposizione richiede un opportuno, ma non agevole, coordinamento con le condizioni generali di legittimità del distacco di cui al 1° co., a causa della difficoltà di distinguere gli elementi oggettivi sottesi all'interesse, nonché alla temporaneità, che giustificano un ordinario provvedimento di distacco e quelli che invece possono autorizzare un distacco che implichi uno spostamento presso l'unità produttiva del distaccatario oltre i 50 km dal luogo di abituale svolgimento della prestazione (86). Sotto questo profilo, più che indugiare sulla ricerca di elementi differenziali evanescenti e di difficile dimostrazione, appare senz'altro preferibile concentrarsi sul riferimento testuale alla nozione di «comprovate», per il cui approfondimento potrebbe essere utile il rinvio alla giurisprudenza assestata sulla medesima nozione utilizzata nell'art. 2103 c.c. (87).

Un'attenzione particolare occorre infine dedicare alle ragioni sostitutive, formula anche questa discutibile, che normalmente sottende esigenze dell'unità di destinazione, piuttosto che di quella di provenienza (88), e che incontrerebbe un limite nel più tradizionale orientamento giurisprudenziale che nega la legittimità del distacco nel caso in cui si ravvisi una prevalenza dell'interesse del distaccatario rispetto a quello del distaccante (89). Una lettura della formula idonea a salvarne l'operatività circoscrive, pertanto, il riferimento alla mera sostituzione di altro lavoratore già distaccato, per soddisfare il medesimo interesse del datore di lavoro che aveva disposto il primo distacco (90).

(81) La formula utilizzata dal legislatore del 2003, anziché ripetere le ragioni indicate dall'art. 2103 c.c., richiama pedissequamente quelle già adottate, recentemente, nell'art. 1 del d.lg. n. 368/2001, in relazione al contratto a termine. Il che secondo alcuni sarebbe attribuibile ad un «recente innamoramento del legislatore per la formula introdotta nel 2001 (fra l'altro, non un esempio preclaro di eleganza linguistica) in materia di contratto a termine»: così MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., 1891. Secondo altri invece si tratterebbe di una scelta con-

sapevole, volta a rimarcare che l'istituto del distacco, al pari del contratto a termine, deve assolvere ad esigenze aziendali di carattere temporaneo. Così VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 573. In tal caso occorrerebbe rinviare al dibattito dottrinale circa la temporaneità delle esigenze sottese all'apposizione del termine nel contratto di lavoro subordinato su cui v. in generale SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, DLRI, 2001, 379; GARILLI-NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003. (82) VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 573. Nello stesso senso v. anche CHIECO, *Sommministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., 113.

(83) VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, 110. In generale, sul trasferimento del lavoratore e sui limiti dettati dall'art. 2103 c.c., LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 259 ss.; E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti all'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, MGL, 1984, 392 ss.; BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, in SCHLESINGER (diretto da), *Codice civile. Commentario*, Milano, 1997, 357 ss. Per la tesi che, già prima della novella del 2003, aveva delimitato il confine tra distacco e trasferimento, insistendo sulla natura temporanea del primo e su quella definitiva del secondo, DE SIMONE, *Titolarietà dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., 313 ss. Dopo la novella, MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., 1891. Di comune avviso anche CAPURRO, *Il distacco*, cit., 263, che infatti privilegia l'ipotesi che il termine trasferimento sia stato qui usato impropriamente quale sinonimo di «spostamento». La tesi è stata confermata anche dalla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 3 del 15-1-2004 che ha, infine, precisato che «non si applica in caso di distacco, per sua natura temporaneo, la disciplina del trasferimento».

(84) SCARPELLI, *Distacco*, cit., 447.

(85) ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, cit., 945.

(86) Così SCARPELLI, *Distacco*, cit., 448. Nello stesso senso anche MAGRINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., 1891, secondo cui il requisito, introducendo un forte irrigidimento dell'istituto, finirebbe per limitare o perfino precluderne l'applicazione nei casi in cui l'impresa di destinazione sia collocata oltre i 50 km dall'impresa distaccante.

(87) In questo senso MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato*, cit., 447 e GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 225 con i riferimenti giurisprudenziali nella nt. n. 88, tra cui in particolare Cass., 29-4-2004, n. 8268, *RFI*, 2004, «Lavoro (rapporto)», n. 247. V., sul punto, anche COSIO, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, cit., 1224.

(88) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 219. Sostiene invece l'utilità della previsione normativa, con specifico riferimento ai gruppi di imprese, VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 573.

(89) Cass., 2-11-1999, n. 12224, cit.

(90) SCARPELLI, *Distacco*, cit., 446; GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 225.

9. Il distacco collettivo.

L'art. 30, 4° co., del d.lg. n. 276/2003 ha fatto salva la disciplina relativa al distacco di cui all'art. 8, 3° co., della legge n. 236/1993. Tale disposizione rappresenta una delle prime regolamentazioni del fenomeno del distacco nel settore privato: con l'introduzione del cosiddetto distacco collettivo, essa aveva previsto che «gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dell'impresa ad altra per una durata temporanea» (91).

Oggi la disciplina di questa peculiare forma di distacco va armonizzata con la nuova disciplina legislativa del distacco ordinario di cui, verosimilmente, essa rappresenta un'ipotesi speciale (92), dal momento che, ai sensi del 1° co. dell'art. 30, il datore di lavoro che dispone il distacco può porre a disposizione di altro soggetto «uno o più lavoratori». Il legislatore del 2003, pertanto, ha contemplato anche la fattispecie di un distacco collettivo, per così dire ordinario, che si distinguerebbe dall'ipotesi disciplinata dall'art. 8, 3° co., della legge n. 236/1993, sotto diversi aspetti.

Una prima differenza attiene alla causa delle due tipologie di distacco: riconducibile, nel primo caso, all'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, sorretto dal suo interesse allo svolgimento della prestazione lavorativa presso il terzo; mentre, nel secondo, alla finalità di assicurare l'occupazione ai dipendenti di imprese in crisi.

Il che inibisce fortemente il richiamo all'elaborazione giurisprudenziale precedente alla novella del 2003, in tema di interesse (93), dal momento che l'interesse sotteso al distacco cosiddetto collettivo ex art. 8, legge n. 236/1993 non potrà semplicemente coincidere ed esaurirsi nel mero interesse proprio del distaccante: rispetto a quest'ultimo esso presenta una fisionomia profondamente diversa, sdoppiandosi nei due distinti interessi del lavoratore all'occupabilità, e dell'impresa alla flessibilità (94).

A diverse conclusioni, invece, si perviene con riferimento al requisito costitutivo della temporaneità, per il quale il rinvio alla giurisprudenza sulla temporaneità del distacco ordinario può risultare soddisfacente (95). Il distacco disciplinato dall'art. 8, della legge n. 236/1993 è per sua stessa natura temporaneo. La temporaneità qui rappresenta una necessaria implicazione dell'istituto, strettamente collegata alla sua ratio, quale strumento definito nel tempo, alternativo rispetto alla prospettiva della cessazione definitiva dei rapporti di lavoro coinvolti dal distacco.

Qualche difficoltà interpretativa potrebbe invece riscontrarsi sull'applicazione dell'art. 30, 3° co., circa la possibilità che gli accordi sindacali dispongano il distacco con variazione di mansioni, indipendentemente dal consenso dei lavoratori da distaccare (96). La soluzione affermativa potrebbe basarsi su una lettura teleologica della disposizione, la cui finalità di assicurare l'occupazione a dipendenti di imprese in crisi replica la medesima ratio che all'interno della legge n. 223/1991 consente agli accordi sindacali una modifica in pejus delle mansioni (97).

Sulla base delle stesse argomentazioni si è conseguentemente sostenuta la possibilità che il distacco collettivo comporti legittimamente uno spostamento dei dipendenti interessati oltre i 50 km, senza la ne-

cessità di indicare per ogni lavoratore le ragioni giustificatrici previste dalla seconda parte del 3° co., dell'art. 30. Queste però dovranno risultare dall'accordo che è la fonte legittimante il distacco (98), nei cui confronti, secondo l'opinione prevalente, l'interprete dovrà svolgere il controllo sulla relativa liceità (99).

(91) M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 186.

(92) VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 574.

(93) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 215, secondo cui la fattispecie legale allora rappresenterebbe una «tipizzazione legislativa di un'ipotesi di interesse, integrante gli estremi del distacco».

(94) M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 186; CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, DLRI, 1994, 287; BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, cit., 475; DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., 647; VERGARI, *Licenziamenti collettivi: le nuove norme*, DPL, 1993, 996, spec. 998; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 496, secondo cui, nell'intento di fronteggiare una crisi occupazionale, questa specifica fattispecie legale di distacco autorizza una «sorta di ampliamento del potere direttivo del datore di lavoro, disposto dalla legge in considerazione della situazione di crisi aziendale, ma condizionato al consenso delle organizzazioni sindacali, che funge così da "filtro" delle esigenze aziendali obbiettive e al tempo stesso da garanzia di equo temperamento fra queste e gli interessi dei lavoratori».

(95) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 215.

(96) Sul punto v. anche VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 574.

(97) TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, cit., 236.

(98) ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 348.

(99) Se lo scopo della norma è quello di consentire temporaneamente «l'alleggerimento del bilancio dell'impresa in situazione di crisi», si dovrebbe giudicare con minore rigore la possibilità che in questo caso il «prestito» di manodopera possa essere concepito a titolo oneroso, attraverso apposita pattuizione tra le due imprese. Così, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 496, ed anche DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., 647, che sottolinea la difficoltà di capire in che modo l'impresa distaccante, che già verte in una situazione di crisi aziendale, possa far fronte al mantenimento legale dell'obbligo retributivo, ex art. 30, 2° co., nei confronti dei lavoratori distaccati presso il terzo.

10. La disciplina del rapporto di lavoro distaccato. Malgrado la recentissima regolamentazione legale dell'istituto, dal testo legislativo provengono ben poche indicazioni per disciplinare in concreto il rapporto di lavoro nella fattispecie trilaterale del distacco. L'art. 30 del d.lg. n. 276/2003, infatti, si limita a precisare, nel 2° co., che «in caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo in favore del lavoratore».

La disposizione costituisce logica conseguenza dei principi che in generale governano il rapporto di lavoro subordinato, i quali non subiscono deroghe in relazione alla vicenda del distacco (100).

Così, mentre il riferimento al «trattamento normativo» va interpretato come trattamento spettante al dipendente sulla base di quanto previsto dalla con-

trattazione 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 (101). L'utilizzatore, infatti, non avrà alcun obbligo nei confronti del distaccato, ma esclusivamente nei confronti del distaccante, al quale corrisponderà il «costo» del distacco (102). Vanno qui richiamate le osservazioni svolte in passato sulla necessità che il rimborso non possa superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal distaccante. È evidente, infatti, che in tal caso scatterebbe la presunzione di onerosità del distacco, che lo proietterebbe di conseguenza nell'area della somministrazione irregolare (103).

Per tutti gli altri aspetti della disciplina del rapporto di lavoro coinvolto da un distacco, di fronte al silenzio del legislatore, è da escludersi il riferimento alla lunga elaborazione giurisprudenziale in materia, che rischia di trascurare gli effetti prodotti dalla regolamentazione legale dell'istituto, nonché quelli del più ampio intervento legislativo in cui essa è stata inserita (104). La dottrina suggerisce, allora, di assumere la somministrazione di lavoro, introdotta e regolata dallo stesso d.lg. n. 276/2003, a parametro legale di riferimento della dissociazione autorizzata tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione lavorativa; e di rinviare a tale disciplina per colmare le diverse lacune che l'intervento normativo in tema di distacco ha mantenuto scoperte (105). Sia pure con alcune attenuazioni.

Così, con riferimento al profilo critico relativo all'esercizio dei poteri direttivo e disciplinare, la dottrina ha proposto di ricorrere alla medesima ripartizione dei diritti e degli obblighi tra titolare del rapporto e beneficiario della prestazione effettuata dal legislatore in relazione alla somministrazione. Pertanto, nessun dubbio che, a causa della persistenza della relazione contrattuale tra distaccato e datore di lavoro distaccante, su quest'ultimo continui a gravare la titolarità del 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 (106). Egli, peraltro, sarà anche destinatario degli obblighi di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. e alle altre norme in materia (107).

Al distaccante rimane anche la titolarità del potere disciplinare il cui esercizio sarà condizionato dal-

l'impulso nonché dalla consultazione con il distaccatario (108).

Al distaccante viene altresì riservata la titolarità del potere di assumere tutti quegli atti di gestione formale del rapporto di lavoro, suscettibili di modificarsi in modo permanente l'assetto, tra i quali va sicuramente menzionato anche il potere di licenziare: invero, malgrado l'inserimento presso un'altra azienda, tra distaccante e distaccato persistono quei vincoli obbligatori e di potere-soggezione tipici della subordinazione (109).

Qualche osservazione critica proviene dalla dottrina circa il silenzio della disposizione sugli obblighi di forma del provvedimento di distacco. Si sottolinea infatti che la forma scritta appare utile non soltanto a giustificare la presenza del lavoratore distaccato presso altra struttura organizzativa, ma anche a fissare le condizioni e le modalità di svolgimento del rapporto e l'esecuzione della (pre) «determinata» attività lavorativa che oggi in virtù dell'art. 30 il distaccato è espressamente chiamato a svolgere (110).

(100) ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 342. Per gli aspetti sindacali si rinvia, invece, alla compiuta trattazione di LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., 204 ss.

(101) Quanto al trattamento contributivo, che l'art. 30, 2° co., fa ricadere interamente sul distaccante, v. la circolare n. 3 del 15-1-2004, sul cui contenuto, più diffusamente, VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 575.

(102) La disposizione codifica quindi la soluzione già applicata dalla giurisprudenza in virtù di un orientamento consolidato, secondo il quale il distaccatario sarebbe stato responsabile per eventuali trattamenti retributivi e normativi che avesse applicato al lavoratore nella fase del distacco, purché il relativo obbligo fosse stato assunto in base a «pattuzioni nuove», rispetto alle quali il distaccante sarebbe rimasto del tutto estraneo. In tal caso, precisava la giurisprudenza, si viene ad instaurare, accanto all'originario nonché unico rapporto di impiego, un ulteriore rapporto «collaterale» ad esso collegato, che trae origine dal distacco ma che coinvolge il distaccato ed il terzo, senza che il distaccante, salvo diverso ed espresso accordo, ne sia coinvolto. V. Cass., 1-2-1988, n. 877, *Impresa*, 1988, 1997.

(103) In giurisprudenza, sulla legittimità del rimborso, Cass., 13-4-1989, n. 1751, *DPL*, 1989, 1510, con nota di E. D'AVOSSA e, più recentemente, Cass., 10-6-1999, n. 5721, *RIDL*, 2000, II, 36, con nota di CARO.

(104) CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., 113.

(105) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 219. A conclusioni analoghe era giunta la dottrina già prima del d.lgs. n. 276/2003, con riferimento alle forme di distacco legale, art. 2139 c.c. e art. 8 della l. n. 236/1993, le quali presentando rilevantissime analogie strutturali rispetto al lavoro temporaneo tramite agenzia (l. n. 196/1997), riteneva ragionevole «per quanto opinabile» applicare in entrambi i casi in via analogica la disciplina dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti del rapporto trilatero disposta dalla legge del 1997. Così, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 496-497.

(106) In questo senso, già prima della novella, si era orientata la dottrina: CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 180, e DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., 281. Quanto all'individuazione del meccanismo giuridico

che determina l'acquisizione da parte del terzo della titolarità del potere direttivo, la dottrina anteriore alla novella aveva elaborato diverse soluzioni. Per la costituzione, a seguito del distacco, di due obbligazioni collaterali (quella che il lavoratore contrae con il datore di lavoro distaccante, ed un'altra parallela con il terzo, che presenta un contenuto più ridotto rispetto alla prima e nei cui confronti si pone in funzione strumentale) MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, cit., 64. Per l'applicazione al distacco dello schema del contratto a favore del terzo di cui all'art. 1411 c.c., ESPOSITO, *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, cit., 134 ss. Tale ultima ricostruzione è stata però respinta dalla dottrina dominante che ammette il ricorso a tale ultima figura codicistica solo in presenza di apposita clausola contrattuale: così, MAZZOTTA, *Rapporto di lavoro, società collegate e statuto dei lavoratori*, cit., 780; MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, cit., 48; nega invece radicalmente la possibilità di invocare il contratto a favore del terzo, GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., 232 ss.

(107) CAPURRO, *Il distacco*, cit., 264; MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 220.

(108) Così, VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 575 e MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 219.

(109) In giurisprudenza, Cass., 3-8-2001, n. 10771, *RFI*, 2001, «Lavoro (rapporto)», 930.

(110) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 220.

11. Le conseguenze del distacco illecito.

L'applicazione analogica della disciplina della somministrazione aveva trovato un ulteriore limite nella disciplina sanzionatoria predisposta dal d.lg. n. 276/2003, visto che nella originaria formulazione dell'art. 30 del d.lg. n. 276/2003 non vi era alcuna disposizione sugli effetti da collegare ad un distacco illegittimo. In proposito la dottrina aveva espresso posizioni diverse, sulla possibilità che, al di là della fraudolenta utilizzazione dell'istituto (111), si potesse estendere l'applicazione dell'art. 27, 1° co., del d.lg. n. 276/2003, al caso in cui il lavoratore distaccato avesse reso la sua prestazione in favore di un terzo, in assenza dei requisiti costitutivi della fattispecie legale ex art. 30, 1° co. (112).

L'opinione prevalente si è subito mostrata favorevole a questa prima tesi, a causa dell'assimilazione tra distacco privo di requisiti costitutivi e somministrazione irregolare (113), in linea, del resto, con la precedente soluzione giurisprudenziale della imputazione del rapporto di lavoro del distaccato in capo all'effettivo utilizzatore (114).

La questione è stata risolta per via legislativa, dopo che l'art. 7 del d.lg. n. 251/2004, ha aggiunto all'art. 30 del d.lg. n. 276/2003 un quarto comma bis, che prevede espressamente che «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» (115).

La disposizione ripropone, pressoché integralmente, quella dettata dall'art. 27, 1° co., del d.lg. n. 276/2003, in materia di somministrazione irregolare. L'intervento correttivo, pertanto, accoglie la tesi prospettata in dottrina della sostanziale simmetria tra distacco e somministrazione e, implicitamente, della sostanziale sopravvivenza, anche nell'attuale contesto normativo delineato dal d.lg. n. 276/2003, del divieto di somministrazione di manodopera, nonché, conseguentemente, del relativo quadro sanzionatorio. Anche nel nuovo assetto legale, allora, il distacco, sino a quando integrerà i requisiti costitutivi oggi previsti dalla definizione legislativa, costituisce, al pari della somministrazione, un'ipotesi lecita «di dissociazione tra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo», qualificata dall'interesse del distaccante. «La indicata disciplina, pur presentandosi come una innovazione — seppure rilevante per le implicazioni di carattere teorico sulla sistemazione dogmatica del rapporto lavorativo — si configura (...) come un'eccezione (...), sicché allorché si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore (...) si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro (...) che, giusta quanto sostenuto in dottrina, continuano ad essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera» (116), compresa l'imputazione del rapporto in capo all'effettivo utilizzatore (117).

Distinta dall'illegittimità derivante dalla mancanza dei requisiti costitutivi della fattispecie va tenuta quella dell'illegittimità del distacco conseguente alla violazione degli ulteriori limiti contenuti nel 3° co., dell'art. 30, d.lg. n. 276/2003, che il nuovo regime sanzionatorio della violazione della disciplina legale del distacco ha sostanzialmente ignorato (118). Qui, trattandosi di limiti legali posti a tutela del lavoratore in particolari fattispecie di distacco, la dottrina aveva già escluso che si ricadesse nel regime sanzionatorio ex art. 27, 1° co., d.lg. n. 276/2003 (119): in assenza di un'esplicita indicazione legislativa occorrerà dunque accertare se la mancanza del consenso nell'ipotesi di mutamento delle mansioni o l'insussistenza delle ragioni giustificatrici del trasferimento oltre i 50 km possano invalidare la modifica dell'oggetto o del luogo della prestazione. In caso affermativo, allora, il lavoratore potrà vedersi riconosciuto il diritto a continuare a svolgere la prestazione presso il proprio datore di lavoro (120), e ad ottenere, ove dovuto, il risarcimento del danno subito per effetto del distacco illegittimamente disposto (121).

MARINA NICOLOSI

(111) Nessun dubbio che nel caso in cui il distacco venisse posto in essere con l'intento fraudolento di violare norme inderogabili di legge o di contratto collettivo poste a tutela dei lavoratori, compresa la «disciplina di confine» sulla somministrazione

di lavoro, si potesse fare ricorso all'applicazione analogica dell'art. 28 del d.lg. n. 276/2003. La natura dell'apparato sanzionatorio disposto da tale articolo, infatti, è apparsa sin da subito perfettamente compatibile con la fattispecie del distacco, attesa la «integrale sussumibilità delle condotte del distaccante-somministrante e del distaccatario-utilizzatore nella fattispecie legislativamente tipizzata». Così anche VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 575; nonché, MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 222.

(112) Sul contratto di somministrazione irregolare e sul relativo apparato sanzionatorio, v., in generale, ICHINO, *Commento agli artt. 20-28*, in MONTUSCHI-LISO-PEDRAZZOLI (coordinatore)-ICHINO-MARESCA-ZOLI-DEL PUNTA-TULLINI-NOGLER-BELLOCCHI, *Il nuovo mercato del lavoro*, *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit., 317 ss.; M. T. CARINCI, *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, in F. CARINCI (a cura di), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit., II, 156 ss.; DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 195 ss.

(113) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 221 ss.; PERSIANI-PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2003, 94; TATARRELLI, *Il distacco del lavoratore*, cit., 239-240; ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 341; BIZZARRO-TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, cit., 367. *Contra* VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 574, secondo cui il distaccato che avesse reso la prestazione in favore del terzo, in assenza dei requisiti costitutivi della fattispecie legale ex art. 30, avrebbe avuto solo diritto al risarcimento del danno; e COSIO, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, cit., 1124-1125, secondo cui l'assenza dei requisiti richiesti dall'art. 30 del d.lg. n. 276/2003 avrebbe determinato la «nullità del contratto di distacco» ex art. 1418 c.c., con il conseguente «concentrarsi, in capo all'impresa distaccante, della titolarità del potere decisionale e della titolarità del rapporto di lavoro». Nello stesso senso LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., 180.

(114) T. Firenze 2-5-1985, cit.; Cass. 10-6-1999, n. 5721, cit.

(115) Sul nuovo regime sanzionatorio introdotto dal d.lg. n. 251/2004, v. MISCIONE, *Il «correttivo» 2004 del D. lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, *LG*, 2004, 621 ss. Per la stessa fattispecie, ossia nel caso di «distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30, comma 1», l'art. 4 del d.lg. n. 251/2004, aggiungendo un comma 5 bis nell'art. 18 del d.lg. n. 276/2003, ha previsto che «l'utilizzatore e il somministratore», che nel distacco assumono il ruolo di distaccatario e distaccante, «sono puniti con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo». Si tratta della medesima sanzione prescritta per la somministrazione di lavoro resa senza la necessaria autorizzazione (art. 18, 1° e 2° co., del d.lg. n. 276/2003, come sostituiti dall'art. 4 del d.lg. n. 251/2004).

(116) Così, testualmente, Cass. S.U., 26-10-2006, n. 22910, *MGL*, 2007, 240, con nota di DELLA CASA.

(117) F. CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., 110; MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 222; DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., 650; SCARPELLI, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, AA.VV., *Nuove tecnologie e rapporti di imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici*, Milano, 1990, 58-59. Sulla qualificazione della sanzione civilistica predisposta dall'art. 27 d.lg. n. 276/2003, secondo il modello dell'annullabilità su iniziativa esclusiva del lavoratore, v. ICHINO, *Commento agli artt. 20-28*, cit., 321; ma, sul punto, v. anche le osservazioni di DEL PUNTA, *Il «nuovo» divieto di appalto di manodopera*, cit., 1957. La tesi dell'annullabilità su iniziativa esclusiva del lavoratore è stata, quindi, proposta anche in ordine all'art. 30, 4° co. bis, da contrapporre pertanto alla soluzione della automatica costituzione

del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del distaccatario-utilizzatore, suggerita dalla prevalente giurisprudenza prima della disciplina legale. Così GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 233. Sulla necessità che la scelta in ordine all'opportunità o meno di convertire il distacco in un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del distaccatario, fosse rimessa all'iniziativa del solo lavoratore, e non di terzi, prima del correttivo, VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, cit., 575 e COSTO, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, cit., 1224-1225.

(118) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 223; *contra*, VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile*

lettura, cit., 575 che, pur escludendo l'applicazione analogica dell'art. 27 del d.lg. n. 276/2003, aveva trattato le due ipotesi unitariamente.

(119) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 223; DE CRISTOFARO, *Distacco e consenso del lavoratore*, cit., 424 ss., che qualifica il consenso di cui al 3° co. dell'art. 30 come condizione dell'efficacia del distacco, la cui assenza giustifica il rifiuto del lavoratore di eseguire il distacco.

(120) MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 223.

(121) GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., 236.