

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto del Lavoro

**IL DISTACCO DEL LAVORATORE
NEI CONTRATTI DI RETE**

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Roberto Pessi

CANDIDATA
Giulia Grassi
Matr.106923

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Raffaele Fabozzi

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

INDICE

INTRODUZIONE.....	pag.3
-------------------	-------

CAPITOLO 1

IL DISTACCO DEL LAVORATORE

1.1 L'interposizione nel rapporto di lavoro : dalla L. 1369 del 1960 alle modifiche del D.Lgs. 276 del 2003. Evoluzione dell'istituto.....	pag.8
1.2 La disciplina del distacco nel D.Lgs. 276 del 2003.....	pag.15
1.3 I requisiti di legittimità.....	pag.19
1.4 I limiti al potere direttivo del datore di lavoro in caso di distacco.....	pag.24
1.5 Il distacco <<collettivo >>.....	pag.29
1.6 Il distacco illegittimo e l'impianto sanzionatorio.....	pag.30
1.7 Il distacco infragruppo.....	pag.34

CAPITOLO 2

IL DISTACCO INTERNAZIONALE

2.1 Il distacco internazionale : le differenze tra il distacco verso Paesi UE e il distacco verso Paesi extra UE.....	pag.38
2.2 La disciplina del distacco internazionale : Direttiva 96/71/CE.....	pag.43
2.3 Il regime comunitario : nozione e ambito di applicazione dell'istituto.....	pag.46
2.4 I requisiti del rapporto di lavoro durante il periodo di distacco.....	pag.51
2.5 Il sistema di sicurezza sociale.....	pag.57

CAPITOLO 3
I CONTRATTI DI RETE

3.1	Nozione di contratto di rete : art. 3, comma 4-ter, L. 33 del 2009.....	pag.63
3.2	Gli elementi costitutivi del contratto di rete.....	pag.70
3.3	Il distacco nelle reti di impresa	pag.83

CAPITOLO 4
LA CODATORIALITÀ

4.1	Definizione e inquadramento dell'istituto.....	pag.92
4.2	Le “regole di ingaggio” nel caso di codatorialità.....	pag.98
4.3	La tutela prevista a favore del lavoratore	pag.103
4.4	Codatorialità e assunzione congiunta : istituti a confronto.....	pag.112

	CONCLUSIONI.....	pag.118
--	------------------	---------

	BIBLIOGRAFIA.....	pag.122
--	-------------------	---------

INTRODUZIONE

L'obiettivo principale di questo lavoro è quello di analizzare un particolare istituto del diritto del lavoro, ovvero l'istituto del distacco del lavoratore nei contratti di rete.

Si tratta di una figura che concentra al suo interno tanto la disciplina legale, per ciò che riguarda le regole del distacco, tanto quella economica, con riferimento ai contratti di rete.

Dunque, il lavoro inizierà con l'analisi generale del distacco e dei contratti di rete, per poi analizzare più nello specifico la figura del distacco nei contratti di rete.

Il primo capitolo affronta in modo abbastanza generico la figura del distacco.

Partendo da un excursus storico relativo al divieto di interposizione di manodopera nel rapporto di lavoro, analizzerò le varie modifiche che il nostro ordinamento ha affrontato per arrivare alla tipizzazione del distacco perché, come verrà spiegato nel lavoro, solo rivisitando il fenomeno della interposizione è stato possibile individuare le condizioni legittimanti il suo utilizzo e che hanno poi portato alla positivizzazione dell'istituto.

Il capitolo prosegue con l'analisi più dettagliata del distacco, richiamando il D.Lgs. n. 276 del 2003, in particolare l'art. 30, che ha definito e regolato per la prima volta la natura e le caratteristiche dell'istituto.

Requisiti cui è stato dedicato un apposito paragrafo per l'importanza che rivestono, in quanto è solo con l'analisi dei requisiti che è possibile distinguere le ipotesi lecite di distacco da quelle illecite o irregolari.

Dai requisiti passeremo all'analisi dei limiti che la normativa impone ai poteri direttivi del datore di lavoro, poiché, essendo il distacco un'espressione tipica del potere direttivo del datore di lavoro, è necessario

individuare i limiti per poter tutelare la posizione del lavoratore da eventuali ipotetici abusi.

Infine, gli ultimi paragrafi del primo capitolo tratteranno di due fattispecie particolari del distacco, ovvero il distacco collettivo e il distacco infragruppo.

Il secondo capitolo del lavoro è dedicato al distacco internazionale.

Si tratta di un argomento particolare perché analizza l'istituto sotto un profilo diverso, quello appunto internazionale, che lo differenzia di fatto dall'istituto analizzato dall'art. 30 del D.Lgs. n. 276 del 2003.

La prima questione affrontata dal secondo capitolo è l'analisi della differente regolamentazione da applicare a seconda che il distacco avvenga all'interno di Stati membri dell'Unione Europea – o ad essa assimilati – o che avvenga all'interno di Stati extra UE.

Successivamente viene analizzata una questione più specifica che riguarda la figura del distacco internazionale nell'ambito di una prestazione di servizi; ed in questa occasione si farà riferimento ad una Direttiva ben precisa del diritto comunitario, la Direttiva 96/71/CE che, oltre ad affrontare la questione, si occupa anche di risolvere le problematiche annesse.

Anche in questo caso seguirà un paragrafo dedicato ai requisiti dell'istituto, a cui sarà però prodromica l'analisi della nozione e dell'ambito di applicazione dello stesso.

Infine verrà richiamato ed analizzato il sistema di sicurezza sociale, in particolare gli standard generali di sicurezza che i vari ordinamenti interessati devono garantire ai lavoratori nelle ipotesi di distacco internazionale.

Il terzo capitolo fonde la disciplina legale dell'istituto con un aspetto più economico, infatti è dedicato alla figura del distacco nei contratti di rete.

Per poter analizzare la disciplina di questo particolare istituto – di recente istituzione – è stato necessario, preliminarmente, far riferimento ai contratti di rete.

Proprio per questo motivo, il capitolo si apre con l'analisi del contratto di rete, partendo dal dibattito sorto intorno alla natura dello stesso per poi arrivare alla determinazione della sua attuale configurazione, passando attraverso l'analisi delle svariate modifiche e novelle apportate nel corso del tempo.

Il secondo paragrafo si occupa, più nello specifico, della lettura e dell'analisi dell'art. 3, comma 4-*ter* della L. n. 33/2009 – normativa di riferimento – che ci permette di avere un quadro completo degli elementi costitutivi di questi contratti ovvero del suo scopo, della forma, della causa, dell'oggetto nonché del suo contenuto.

Il capitolo prosegue con l'analisi della governance del contratto di rete, ovvero il complesso delle norme relative al procedimento decisionale e alle modalità in cui avviene il riparto delle competenze all'interno del sistema contrattuale.

Più nello specifico viene distinta la fase attuativa dalla fase costitutiva del contratto, a cui segue la definizione dei compiti che spettano ai vari organi che sovrintendono alla realizzazione del programma di rete.

L'ultimo paragrafo di questo capitolo è quello in cui viene trattato l'argomento centrale di questo lavoro, ovvero la disciplina del distacco del lavoratore nel contratto di rete.

In *primis* vengono analizzate le riforme del 2013 (D.L. n. 76/2013 e la L. n. 99/2013), dal momento che con queste riforme la figura del distacco si è arricchita di una nuova ipotesi, quella appunto del distacco del lavoratore nel contratto di rete.

Ed è grazie all'introduzione del comma 4-*ter* all'art. 30 del decreto legislativo 276 del 2003, che è stato possibile studiare la disciplina di questo ulteriore istituto.

Il paragrafo prosegue poi, come per i capitoli precedenti, con l'analisi dei requisiti e delle caratteristiche della figura, con particolare riferimento al requisito dell'interesse, che è l'elemento che connota questa figura rispetto a quella generale del distacco *ex art. 30 del D.Lgs. 276/2003*.

L'ultimo capitolo concerne un aspetto delicato della disciplina del distacco nei contratti di rete : la codatorialità.

Ciò che viene analizzato nel primo paragrafo è la seconda parte del comma *4ter* dell'art. 30 – che ha introdotto l'istituto – nella parte in cui ammette la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso i contratti di rete.

Più specificatamente la possibilità di affiancare al datore di lavoro, formale ed originario, altri soggetti legittimati anch'essi ad esercitare il potere direttivo nei confronti dei lavoratori interessati dal distacco.

Prima però di affrontare la questione principale – la codatorialità – viene analizzata la figura del datore di lavoro, in particolare la nozione di datore di lavoro, per poter verificare la liceità della codatorialità, ovvero capire se sia effettivamente possibile la presenza di due o più datori di lavoro all'interno di uno stesso rapporto.

Il problema viene affrontato e risolto tramite un'analisi approfondita della nozione di datore di lavoro, che conferma la possibilità che coesistano più datori di lavoro contemporaneamente.

Nel primo paragrafo, una volta risolta positivamente la questione di cui sopra, viene risolta anche un'altra questione, quella relativa alla possibilità che la codatorialità venga applicata anche nei rapporti tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete.

Anche in questo caso – come è possibile riscontrare al termine dell'ultimo paragrafo – la questione verrà risolta positivamente, rimettendo proprio alle aziende la discrezionalità circa la decisione da prendere.

Successivamente è stato brevemente affrontato il tema dell'analogia tra gli istituti del distacco di rete e del distacco infragruppo, per poi passare ad analizzare le "regole di ingaggio".

Si tratta delle regole su cui si fonda il rapporto di lavoro e che sono contenute dai contratti di rete.

Si distingue tra le ordinarie e tipiche regole di ingaggio e le regole di ingaggio minime, ma a prescindere da ciò quello che più importa è che le regole devono essere necessariamente accettate, soprattutto perché non essendoci riferimenti normativi sono le uniche regole esistenti.

L'analisi prosegue con un altro argomento molto importante, legato al fatto che ormai l'ordinamento si sta muovendo nella direzione del superamento della tradizionale struttura binaria del rapporto di lavoro, e si tratta della tutela prevista a favore del lavoratore.

Infatti, la codatorialità fa riferimento ai rapporti di lavoro che si instaurano all'interno di gruppi di impresa, quindi in una situazione tale per cui il lavoratore è chiamato a svolgere la prestazione a vantaggio di più società – e quindi più datori di lavoro – e diventa necessario introdurre un più accentuato regime di tutela a favore dei lavoratori.

Infine il lavoro si concluderà con il confronto di due istituti : la codatorialità e l'assunzione congiunta.

L'assunzione congiunta consente alle imprese – a patto che svolgano prevalentemente attività agricola – di procedere congiuntamente alle assunzioni di lavoratori dipendenti per lo svolgimento di prestazioni lavorative presso le relative aziende. Inoltre, sempre ad alcune condizioni, è consentita anche ad imprese legate da un contratto di rete.

Per questo si rende necessaria una distinzione della disciplina e delle regole dei due istituti.

CAPITOLO 1

IL DISTACCO

1.1 L'interposizione nel rapporto di lavoro : dalla L. 1369 del 1960 alle modifiche del D.Lgs. 276 del 2003. Evoluzione dell'istituto.

Per lungo tempo l'ordinamento italiano ha considerato il divieto di interposizione di manodopera uno dei suoi cardini.

Il generale divieto, introdotto con la legge n. 1369 del 1960, rispondeva all'esigenza di evitare che il datore di lavoro potesse sottrarsi alle obbligazioni nascenti dalla effettiva utilizzazione della prestazione lavorativa, interponendo tra sé e il lavoratore un terzo soggetto che si limitasse ad assumere, dirigere e retribuire la manodopera¹. Tale idea è stata poi definitivamente confermata anche da una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione², che definisce il datore di lavoro come colui << *che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro datore apparente e prescindendo da ogni indagine sull'esistenza di accordi fraudolenti (tra interponente e interposto)* >>³.

Il divieto di interposizione aveva quindi una duplice finalità, da un lato evitare fenomeni di esternalizzazione che consentissero al datore di lavoro di sfuggire alle obbligazioni nascenti dal rapporto di lavoro, e dall'altro tutelare il lavoratore per il tramite del riconoscimento della coincidenza tra la titolarità formale del rapporto di lavoro e l'effettiva utilizzazione della prestazione lavorativa.

¹ PAGLIARINI M., *La somministrazione di lavoro*, in *Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione*. Consiglio superiore della Magistratura. Convegno del 2005, Roma.

² Sentenza n° 22910 del 2006.

³ MAZZOTTA O., *Il problema dell'interposizione nel rapporto di lavoro*; Rapporti interpositori e contratto di lavoro, Milano, 1979; pp 2-3.

È in questo contesto che si inserisce l'art. 1 della L. n. 1369 del 1960, il cui comma primo sancisce il divieto per l'imprenditore di << *affidare in appalto, subappalto o qualsiasi altra forma, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o intermediario* >>⁴.

Il divieto di interposizione di cui all'art. 1 della legge del '60, accompagnato da una presunzione di interposizione pressoché assoluta, poneva innanzitutto una regola generale di trasparenza che consentiva di scongiurare i rischi della dissociazione tra la titolarità del contratto di lavoro ed il suo svolgimento con l'effettiva utilizzazione della prestazione da parte di un soggetto terzo⁵.

Il generale divieto era accompagnato dalla presunzione di illiceità nelle più varie forme : dalla messa a disposizione del personale assunto dall'appaltatore o intermediario, all'attribuzione di commesse di lavoro a cottimo a dipendenti o terzi da eseguirsi con personale o ancora agli appalti di opere o servizi con impiego di capitali o macchine dell'impresa committente. L'ambito di applicazione risultava così ampio proprio per dare l'idea di come l'intento del legislatore fosse quello di colpire qualsiasi forma di interposizione nel lavoro, indipendentemente dallo strumento giuridico utilizzato a tal fine o dalla natura del servizio reso. Imponendo, poi, un pari trattamento retributivo e normativo ai dipendenti dell'appaltatore , per lavori inerenti o interni all'impresa utilizzatrice, il legislatore voleva rendere la legge non solo uno strumento di repressione ma anche un mezzo per tutelare i lavoratori. Infine per rendere operativo l'intero apparato di norme sostanziali, il legislatore si premurò di introdurre una serie di sanzioni in caso di violazione dei divieti e disposizioni

⁴ Legge 23 ottobre 1960, n. 1369, in materia di *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*.

⁵ MURATORIO A., *Gli appalti : dalla L. n. 1369/1960 al D.Lgs. n. 276/2003*; www.confindustria.ge.it; pp. 5.

amministrative per la vigilanza sull'applicazione della legge. Le sanzioni consistevano nella costituzione, in caso di interposizione, di un rapporto di lavoro subordinato tra il committente ed i lavoratori assunti dall'interposto, pseudo appaltatore, e la sanzione pecuniaria dell'ammenda proporzionata ad ogni lavoratore avviato illecitamente e per ogni giornata di occupazione illecita⁶.

Nonostante il divieto fosse formalmente assoluto, l'evolversi di fenomeni di esternalizzazione e decentramento hanno condotto con il tempo all'erosione del divieto stesso; tra questi fenomeni, quello che ci interessa trattare è il distacco.

La positivizzazione dell'istituto del distacco, operata dall'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003, si inserisce infatti nel più complesso intervento legislativo di rivisitazione e legittimazione dei fenomeni di acquisizione all'esterno di beni e servizi, nonché per l'utilizzo di lavoratori da altri dipendenti⁷, attraverso il metodo della sostituzione del divieto generalizzato di interposizione di manodopera con l'individuazione delle condizioni legittimanti il suo utilizzo⁸.

In questa prospettiva il legislatore opera una nuova definizione della disciplina, che legittima in positivo l'utilizzo di manodopera di altro datore di lavoro, realizzando un quadro unitario rispetto alla precedente frammentazione di discipline. Il riepilogo sistematico degli istituti utilizzabili – appalto lecito, distacco, somministrazione regolare – è realizzato anche laddove la precedente disciplina non è investita da modifiche o è interessata da variazioni non sostanziali come, appunto,

⁶ MURATORIO A., *Gli appalti : dalla L. n. 1369/1960 al D.Lgs. n. 276/2003*; www.confindustria.ge.it ; pp. 6 – 7.

⁷ DE LUCA TAMAJO R., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco nella riforma del diritto del lavoro*, in *Argomenti dir. Lavoro*, 2005, pp. 60.

⁸ DE LUCA TAMAJO R., *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pp. 167 ss.

nell'ipotesi del distacco, ove si tende a recepire in larga misura un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale più che decennale⁹.

Non erano mancate ricostruzioni dottrinarie che avevano cercato di inquadrare l'istituto all'interno delle categorie generali del diritto civile. Qualcuno lo aveva ricondotto entro l'ambito applicativo del contratto a favore del terzo¹⁰, altri avevano fatto riferimento all'art. 1188 c.c. leggendo il distacco come un mero trasferimento del diritto di credito di lavoro del distaccante ad un altro soggetto¹¹, altri ancora avevano sostenuto l'insorgenza di una relazione obbligatoria tra lavoratore distaccato e impresa utilizzatrice¹². Tali opzioni interpretative però non avevano trovato seguito nella giurisprudenza, che continuava a vedere il distacco come un istituto volto alla realizzazione di un interesse direttamente collegato alle esigenze produttive del datore di lavoro.

Oggetto, dunque, di mera elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, l'istituto del distacco ha trovato una sua compiuta disciplina legale nell'ambito dei rapporti di lavoro privatistici solo di recente¹³. Diversamente, nel pubblico impiego, l'istituto è esplicitamente regolamentato e viene identificato con l'esclusivo termine di comando. Al riguardo, dottrina e giurisprudenza, occupandosi dell'istituto hanno rilevato come quest'ultimo non comporti una novazione soggettiva, né un affievolimento del rapporto d'impiego, determinando solo una particolare modificazione del rapporto originario di servizio di tipo oggettivo¹⁴,

⁹ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1556.

¹⁰ ESPOSITO M., *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1996, pp. 119 ss.

¹¹ MAGNO M., *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1996, pp. 218.

¹² MAGRINI S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pp. 62.

¹³ BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 1.

¹⁴ << Fermo restando il rapporto organico, che continua ad intercorrere tra il dipendente e l'ente di appartenenza, si modifica il cd. Rapporto di servizio, atteso che il dipendente è inserito sia sotto il profilo organizzativo funzionale, sia sotto quello gerarchico e disciplinare, nell'amministrazione di destinazione, a favore della quale egli presta esclusivamente la sua opera >> : cfr. Cass. Civ., sez. lavoro, 8 settembre 1995, n. 17842, in *Dir. Relazioni ind.*, 2007, 1, p. 220.

laddove la prestazione viene resa nell'interesse di un'altra amministrazione che subentra a quella di appartenenza nell'esercizio del potere direttivo e disciplinare. Rimane, invece, inalterata la competenza dell'amministrazione di appartenenza per quanto attiene i provvedimenti riguardanti lo stato giuridico dell'impiegato, ivi compreso il riconoscimento formale delle mansioni superiori eventualmente svolte^{15 16}. È utile anche ricordare come l'istituto del comando venga concepito dallo stesso legislatore come ipotesi eccezionale – per esigenze di servizio o per una speciale competenza richiesta – in relazione al generale principio dell'inamovibilità del singolo impiegato o del cd. *diritto alla sede*¹⁷ (art. 56, 6° comma). Da qui la necessità, nel processo di contrattualizzazione del pubblico impiego – avviato dalla legge delega n. 421 del 1990 – di riformare significativamente la materia, processo che però non è riuscito a proporre una nuova regolamentazione dell'istituto. Infatti, l'istituto del comando ha subito un graduale declino che ha però coinciso con la contemporanea positivizzazione dell'istituto del distacco nell'impiego privato, e che ha portato la dottrina ad interrogarsi sulla possibilità dell'utilizzo dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 anche nel rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione¹⁸.

L'art. 30 del decreto legislativo appena richiamato, dunque, nel tipizzare la fattispecie per il settore privato, recepisce taluni orientamenti evolutivi emersi in una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale relativa al campo di applicazione e alla finalità della legge n. 1369/1960. Questo, è tra l'altro evidente già a partire dal profilo definitorio, là dove il decreto dispone che il distacco si realizza legittimamente allorché un datore di

¹⁵ Art. 57, 5° comma, t.u. : << alle promozioni di tutto il personale comandato, nonché agli aumenti periodici, provvede l'amministrazione cui l'impiegato appartiene organicamente >>.

¹⁶ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1559 – 1560.

¹⁷ MAINARDI S. e MISCIONE M., *La mobilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D. Lgs. 29/1993 alla Finanziaria 1995*, a cura di CARINCI F., Tomo I, Milano, 1995, pp. 576.

¹⁸ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1561 ss.

lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. L'istituto del distacco assume quindi una configurazione giuridica maggiormente definita e certa¹⁹. In effetti, un'attenta valutazione dell'elaborazione compiuta da dottrina e giurisprudenza, relativamente alla fattispecie del distacco, consente di evidenziare talune rilevanti incertezze interpretative sollevate dall'assenza di un sicuro dato normativo a fronte del drastico divieto di cui alla legge n. 1369/1960; incertezze tali da giustificare un intervento esplicito del legislatore²⁰.

Con riferimento all'istituto del distacco, il legislatore delegato sviluppa taluni orientamenti giurisprudenziali di carattere evolutivo rispetto al quadro normativo previgente, soprattutto con riferimento alla legge n. 1369/1960, confermando in primo luogo la legittimità del distacco. Infatti, come riconosciuto dalla giurisprudenza e confermato dalla dottrina, allorché il comando o distacco non è posto in essere al fine di eludere la normativa in materia di interposizione di manodopera, ma per far fronte ad un concreto interesse del datore di lavoro distaccante, esso esula dalla *ratio* della legge n. 1369/1960 e dal relativo campo di applicazione. In assenza di un'espressa previsione normativa, il problema della valutazione della legittimità del distacco era tuttavia complicato dalla natura oggettiva ed assoluta del precetto di cui all'art. 1 della legge del '60, e dalla conseguente irrilevanza, per consolidato orientamento giurisprudenziale²¹, dello scopo perseguito dal datore di lavoro interposto e dal soggetto utilizzatore della

¹⁹ BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffré Editore, Milano, 2004, pp. 2.

²⁰ EAD., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, *ibid.*, pp. 2 – 3.

²¹ Cfr. Cass. Civ., 7 settembre 1993, n. 9398, in *RIDL*, 1994, II, 92; Cass. Pen., Sez. III, 8 luglio 1992, n. 1427 in *MGL*, 1993, 341; Cass. Pen., Sez. III, 29 settembre 1980, n. 11895, in *MGL*, 1981, 204.

prestazione, tanto da rendere necessario un intervento espresso del legislatore²².

L'operatività dell'istituto viene ora a collocarsi in un contesto normativo che da un lato registra l'abrogazione espressa della legge del '60, ma che dall'altro non dispone il venir meno del divieto di interposizione nei rapporti di lavoro. Non solo il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro rimane confermato, ma viene anche sostenuto da un robusto apparato sanzionatorio della somministrazione irregolare e della somministrazione fraudolenta di lavoro altrui. Dunque, con specifico riferimento all'art. 30 del decreto, l'obiettivo dichiarato del legislatore delegato è quello di fornire maggiore certezza giuridica alle scelte imprenditoriali nel rispetto della tutela degli interessi di tutti i soggetti coinvolti nei processi di esternalizzazione. Quindi, in vigenza della legge n. 1369/1960, la dottrina aveva cercato di risolvere la questione della legittimità del distacco riconducendolo nella categoria del diritto civile; la giurisprudenza, invece, si è soffermata sul dato oggettivo della modificazione della modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, ritenendo che non sussiste un'ipotesi di interposizione illecita laddove, vi fosse in capo al distaccante, un interesse al distacco. In questa prospettiva è l'interesse che garantisce la persistenza del vincolo di sinallagmaticità tra la prestazione oggetto del contratto di lavoro tra distaccante e lavoratore distaccato, preservando la causa del contratto e l'unicità del rapporto in capo al datore di lavoro originario²³.

²² BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 3.

²³ BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 4 ss.

1.2 La disciplina del distacco nel D.lgs. 276 del 2003

Prima del d.lgs. n. 276/2003, in carenza di espresse indicazioni legislative, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ha riconosciuto la *<< legittimità del distacco che abbia carattere provvisorio e persegua comunque un concreto e persistente interesse del distaccante e che il lavoratore svolga la propria attività presso un altro soggetto >>*²⁴. Tale definizione è ora sostanzialmente accolta dal legislatore²⁵.

Il distacco, dunque, è stato definito e regolato per la prima volta, nel settore privato, all'art. 30 del d.lgs. 276 del 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 >>*²⁶.

Nell'ordinamento italiano, il distacco o comando - si può infatti parlare di comando solo nelle ipotesi in cui l'attività propria dell'impresa assuntrice sia la somministrazione di forza lavoro ovvero, quando l'attività stessa dell'impresa e di conseguenza del lavoratore richiedano l'invio del lavoratore presso imprese o amministrazioni diverse; si parla di distacco, invece, configurandolo come sostanziale novazione dell'assetto negoziale originario e quindi di spostamento del lavoratore presso e a favore del terzo, come evento modificativo del rapporto, nuovo rispetto a questo, non discendente direttamente, o necessariamente, né dalla natura dell'attività dell'impresa assuntrice, né da quella del lavoratore - ha sempre rappresentato una specie di figura "eretica", all'interno di una legislazione che, per molto tempo, non ha contemplato forme di scissione fra la titolarità del rapporto di lavoro e l'esercizio del potere direttivo. La sua presenza ha

²⁴ COVINO R., *Gestione del rapporto di lavoro: distacco del personale e regole di ingaggio nel contratto di rete*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 14/2014, pp. 837.

²⁵ GALANTINO L., *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 182.

²⁶ D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30" ; art 30, comma 1.

infranto il “dogma” dell’unicità del soggetto titolare del rapporto e del beneficiario della prestazione, così configurando una situazione di temporanea dissociazione tra datore di lavoro e fruitore della prestazione²⁷.

Contrariamente, nel settore pubblico, aveva già trovato una compiuta regolamentazione negli artt. 56 e 57 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3^{28 29}, il quale definiva “comando” la particolare posizione del dipendente statale destinato a prestare servizio presso un’amministrazione diversa da quella di appartenenza, mentre la prassi ha enucleato nel distacco il passaggio del lavoratore da un’amministrazione statale ad un ente pubblico diverso rispetto a quello dove il dipendente risultava stabilmente assunto, in attesa che venisse formalizzato il trasferimento definitivo³⁰. Regolamentazione in seguito ammessa anche nell’impiego privato dalla prassi giurisprudenziale, in quanto non rientrava nella fattispecie vietata dalla legge 1369 del ’60.

È possibile quindi dedurre che la generale affermazione nell’impiego privato dell’istituto del distacco è stato possibile grazie all’incessante opera della giurisprudenza che, nel tentativo di derogare al divieto generale di cui all’art. 1 della legge 1369 del ’60³¹, ha ripreso alcune suggestioni avanzate dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza nella ricostruzione dell’istituto, richiamandosi proprio alla disciplina degli artt. 56 e 57 del T.U.³².

Così, nel distacco, la dissociazione fra titolarità del rapporto e titolarità dei poteri datoriali è solo apparente³³; il fenomeno infatti non fa sorgere un nuovo rapporto di lavoro, ma costituisce solo la modifica di quello già esistente.

²⁷ MATTEI A., *il distacco del lavoro nella prospettiva dell’integrazione europea*; Tesi di dottorato, 2009/2010; www.eprist-phd.biblio.unitn.it ; pp. 143 – 144.

²⁸T.u. degli impiegati civili dello Stato, ora abrogato.

²⁹ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012; pp 1557.

³⁰ MATTEI A., *il distacco del lavoro nella prospettiva dell’integrazione europea*; Tesi di dottorato, 2009/2010; www.eprist-phd.biblio.unitn.it ; pp. 146.

³¹ SUPPIEJ G., *Il rapporto di lavoro*, Padova 1982, pp. 255.

³² PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012; pp 1567 ss.

³³ PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Numero 3, Milano, 2009, pp. 684.

Il distacco presenta un tratto caratterizzante, che la dottrina ha già avuto modo di segnalare, consistente nell'assenza di una disciplina giuridica organica volta a regolamentarlo, fino alla Riforma Biagi del 2003. Ma è stata soprattutto la giurisprudenza che negli anni si è resa protagonista nel determinare, in linea di massima, la morfologia dell'istituto. Nel corso degli anni, all'interno del settore privato, la giurisprudenza è intervenuta con riguardo alla materia del distacco con una pluralità di pronunce, assumendo il ruolo di attore principale nella delineazione della struttura del distacco, fissandone la definizione e i presupposti fondamentali, e facendo in modo che la situazione fosse sottratta al divieto di interposizione³⁴.

Il decreto legislativo n. 276 del 2003, all'art. 30 ha ora tipizzato il distacco. Nella definizione legale si tratta dell'ipotesi in cui il datore di lavoro per soddisfare un proprio interesse pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa, rimanendo responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore³⁵.

I dubbi che sono stati affacciati circa la possibile somiglianza tra il distacco e la somministrazione, così come era stata definita dalla legge del 1960, sono stati superati grazie alla specificazione che la giurisprudenza ha fatto circa la necessità

che il distacco, per essere lecito, debba avere determinati requisiti, ovvero : l'interesse del datore di lavoro interposto, interesse che viene soddisfatto con lo svolgimento della prestazione a favore del terzo³⁶ e con il

³⁴ MATTEI A., *il distacco del lavoro nella prospettiva dell'integrazione europea*; Tesi di dottorato, 2009/2010; www.eprist-phd.biblio.unitn.it ; pp. 147 ss.

³⁵ MURATORIO A., *Il distacco in ambito privato nella recente legislazione degli orientamenti giurisprudenziali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2009; pp. 254.

³⁶ Al contrario nella somministrazione di lavoro l'interesse è tipico di un contratto commerciale, cioè al corrispettivo per la fornitura di manodopera.

mantenimento del rapporto di lavoro, e la temporaneità dell'esecuzione della prestazione³⁷.

Dopo l'entrata in vigore del testo di cui all'art. 30 del decreto legislativo, ci sono stati una serie di interventi legislativi volti a semplificare l'interpretazione dello stesso.

Prima fra tutti la Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali n. 3 del 2004 che ha specificato e definito i requisiti di legittimità del distacco, senza i quali la disciplina sarebbe caduta nell'ipotesi di interposizione illecita. A questa circolare è seguito un ulteriore decreto legislativo, il d.lgs. n. 251 del 2004, che ha modificato l'impianto dell'art. 30 del d.lgs. 276 del 2003 introducendo l'art. VI-bis il quale prevede che quando il distacco avviene in violazione di quanto disposto dal comma 1³⁸, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tali ipotesi si applica il disposto dell'art. 27, comma 2³⁹, riguardante i casi di somministrazione irregolare di lavoro.

Infine è intervenuto il decreto legge n. 76 del 2013, convertito in legge n. 99 del 2013, che ha affrontato l'istituto del distacco in un ambito specifico ovvero : nel contratto di rete di impresa.

Nello specifico, il Decreto lavoro ha introdotto nell'art. 30 del d.lgs. 276 del 2003 il comma IV-ter che dispone che qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa che abbia validità ai sensi del decreto legge n. 5 del 2009, convertito con modificazioni in legge n. 33 del 2009, l'interesse della parte

³⁷ MURATORIO A., *Il distacco in ambito privato nella recente legificazione degli orientamenti giurisprudenziali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2009; pp. 256.

³⁸ Di fatto e nelle ipotesi in cui avvenga in mancanza dei requisiti di legittimità.

³⁹ COVINO R., *Il distacco del lavoratore: svolgimento della prestazione lavorativa in un luogo diverso dalla sede del distaccatario*, www.lalentedulfisco.it, Modena, 2011.

distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'articolo 2103 c.c..

Inoltre per le stesse imprese è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso ⁴⁰.

1.3 I requisiti di legittimità

La circolare del Ministero del Lavoro n. 3 del 2004 individua, dunque, quelli che sono i requisiti di legittimità del distacco richiamati dall'art. 30 del d.lgs. 276 del 2003, ovvero : l'interesse del distaccante e la temporaneità del distacco.

A questi due requisiti se ne aggiunge un terzo, ovvero lo svolgimento di una determinata attività lavorativa.

Anzitutto, per poter considerare il distacco legittimo, è richiesto un interesse datoriale che deve persistere per tutta la durata del distacco, a testimoniare la permanenza del nesso funzionale con l'organizzazione del distaccante⁴¹.

Il primo comma dell'art. 30, infatti sancisce nella prima parte che << *L'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse...>>⁴².*

Dunque l'interesse deve essere proprio, consentendo alla causa del contratto di lavoro di rimanere inalterata e realizzando in tal modo l'interesse giuridicamente lecito del distaccante, ossia uno specifico interesse imprenditoriale che consente di qualificare il distacco medesimo

⁴⁰ CAFASSO, *Il distacco nel contratto di rete d'impresa*, www.cafassoefigli.it, aprile 2014.

⁴¹ PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Numero 3, Milano, 2009, pp. 687.

⁴² Decreto legislativo 10 settembre 2003, n° 276, www.parlamentoitaliano.it

quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone e determinando una mera modifica della modalità di esecuzione della prestazione lavorativa⁴³.

È proprio l'interesse del distaccante che garantisce la persistenza del vincolo di sinallagmaticità tra le prestazioni oggetto del contratto di lavoro tra distaccante e lavoratore distaccato, preservandosi pertanto la causa del contratto e l'unicità del rapporto in capo al datore di lavoro ordinario, il quale continua ad esercitare il proprio potere direttivo, eventualmente delegandolo al terzo distaccatario, al fine di consentire l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione di questi, quale elemento tipico della fattispecie del distacco⁴⁴.

La formulazione normativa dell'art. 30 ha consentito un'interpretazione larga del requisito dell'interesse, tanto che il distacco risulta legittimato da qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida però con quello della mera somministrazione, ossia l'interesse al corrispettivo⁴⁵.

Infatti è proprio la diversa valenza dell'interesse che distingue il distacco dalla somministrazione; nella somministrazione viene perseguito il solo interesse produttivo a scopo di lucro, nel distacco invece l'interesse produttivo deve essere effettivamente esistente, lecito, rilevante e soprattutto distinto dalla finalità lucrativa. Inoltre una sentenza di merito del Tribunale di Roma ha stabilito che per la sussistenza di un interesse qualificato, il distaccante dovrà dimostrare che l'attività lavorativa è determinata nell'oggetto, nel luogo e nella durata⁴⁶.

⁴³ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1569.

⁴⁴ Circolare n°5/26183/70/VA- del Ministero del Lavoro, con nota 11.04.2001.

⁴⁵ MURATORIO A., *Il distacco in ambito privato nella recente legislazione degli orientamenti giurisprudenziali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2009, pp. 259.

⁴⁶ FEDERICI. F., *Il distacco del lavoratore tra imprese*; www.ildirittoamministrativo.it ; pp. 2.

Il secondo requisito necessario per la liceità del distacco è la temporaneità dello stesso.

La temporaneità non comporta necessariamente la predeterminazione del rapporto stesso, ma corrisponde alla non definitività del distacco. È l'interesse del distaccante a dover essere temporaneo, quindi non deve essere necessariamente predeterminato il periodo in cui il lavoratore resterà presso il terzo, ma è fondamentale che per tutto quel periodo il distaccante mantenga interesse a che il proprio dipendente presti la sua opera a favore di un altro⁴⁷.

Come sottolineato dalla dottrina, la temporaneità non è di per sé fondamentale a legittimare il distacco, essendo un fattore strettamente legato all'interesse organizzativo del distaccante e misurandone la persistenza, anche fino alla cessazione del rapporto di lavoro⁴⁸. Una mancanza, iniziale o sopravvenuta, di tale interesse determina così un'illegittima deriva rispetto al modello tipico, facendo rivivere il divieto di interposizione. A tal proposito, l'indagine caso per caso del giudice, beneficerà di un valido strumento attraverso cui verificare la legittimità del distacco, da un lato, essa dipenderà dalla presenza di un interesse, che dovrà permanere per tutta la durata del distacco, facendo sì che i due periodi – assegnazione e interesse – coincidano; dall'altro, una valutazione circa la temporaneità che contraddistingue l'assegnazione presso un terzo potrà essere utile per valutare le ragioni che l'hanno determinata, così da eliminare con maggiore certezza eventuali derive interpositive⁴⁹.

La durata limitata nel tempo costituisce, anche, da un lato, un presidio ad eventuali opere fraudolente, come ad esempio un'impresa che simulatamente distacchi un proprio lavoratore presso un'altra per non far superare a quest'ultima determinati limiti dimensionali, dall'altro con essa

⁴⁷ EAD, *Il distacco in ambito privato nella recente legislazione degli orientamenti giurisprudenziali*, *ibid.*, pp. 263 – 264.

⁴⁸ Cassazione, 8 febbraio 1985, n. 1013.

⁴⁹ MURATORIO A., *Il distacco in ambito privato nella recente legislazione degli orientamenti giurisprudenziali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2009, pp. 264.

si vuole evitare una prolungata estromissione del lavoratore dalla propria realtà e comunità lavorativa⁵⁰. La temporaneità deve dunque essere misurata sulla temporaneità dell'interesse del distaccante⁵¹. Non deve essere intesa, salvo la prova di intenti fraudolenti delle parti, come durata limitata nel tempo dell'assegnazione, ma piuttosto come non definitività di essa⁵².

Ai due requisiti principali che sono stati appena analizzati, se ne aggiunge un terzo, ovvero lo svolgimento di una determinata attività lavorativa. L'ultima parte del primo comma dell'art. 30 del d.lgs. 276 del 2003 infatti recita << ...per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa >>. Si tratta di un requisito che è stato oggetto di diverse interpretazioni; secondo alcuni si tratterebbe di un modo per sottolineare come il datore di lavoro distaccante nell'esercizio unilaterale del potere direttivo non possa arbitrariamente variare l'oggetto della prestazione lavorativa⁵³. In altri termini il distaccatario potrà impiegare la prestazione del distaccato limitatamente all'oggetto individuato, e legittimo sarà il rifiuto da parte del lavoratore, di una prestazione che esuli dalla determinata attività che è stato chiamato a compiere⁵⁴.

Altri autori farebbero discendere, invece, da questa espressa limitazione del potere direttivo del datore di lavoro distaccante, la necessità di un'intesa tra distaccante e distaccatario in relazione all'individuazione della determinata attività lavorativa⁵⁵.

Proprio questo riferimento fa pensare alla necessità che il distacco abbia una forma scritta, in quanto nonostante non ci sia alcuna previsione normativa a riguardo, sarebbe utile per poter sia giustificare la presenza del

⁵⁰ PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Numero 3, Milano, 2009, pp. 688.

⁵¹ Trib. Genova 5 dicembre 2006, in *D&L*, 2007, 250.

⁵² PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Numero 3, Milano, 2009, pp. 689.

⁵³ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1574.

⁵⁴ PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Numero 3, Milano, 2009, pp. 689 – 690.

⁵⁵ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1574.

distaccato in azienda, sia per determinare le modalità di svolgimento e le condizioni del rapporto per una perfetta esecuzione della prestazione lavorativa.

Benché la disciplina di cui all'art. 30 del d.lgs. 276/2003 non faccia menzione della fattispecie del distacco parziale, il problema dell'ammissibilità di quest'ultimo era già stato oggetto di riflessione da parte della prassi ministeriale. Infatti, prima del decreto 276/03, in assenza di un quadro normativo di riferimento e in presenza soltanto di pronunce giurisprudenziali, il Ministero del Lavoro, con una propria nota, la n. 5/25814/VA del 8 marzo 2001, descriveva le condizioni di legittimità del distacco⁵⁶. Fra queste troviamo anche l'ammissibilità del distacco parziale. La nota ministeriale afferma infatti che << *il comando o distacco disposto dal datore di lavoro presso altro soggetto destinatario delle prestazioni lavorative è compatibile con il carattere parziale della prestazione presso il destinatario* >>.

Da questa affermazione discende che, almeno a livello di prassi ministeriale, risulta lecito anche un distacco a tempo parziale, il quale permetta al distaccato di continuare a svolgere la prestazione lavorativa per il proprio datore di lavoro distaccante ed anche in momenti diversi, per il datore distaccatario, ovvero colui presso il quale è stato distaccato⁵⁷.

Anche la circolare ministeriale n. 3 del 2004 è intervenuta sul punto sancendo la possibilità, appunto, per il lavoratore di continuare a << *svolgere la sua prestazione anche solo parzialmente presso il distaccatario, continuando a svolgere presso il distaccante la restante parte della prestazione* >>⁵⁸.

⁵⁶ FEDERICI. F., *Il distacco del lavoratore tra imprese*; www.ildirittoamministrativo.it; pp.3.

⁵⁷ EAD., *Il distacco del lavoratore tra imprese*, ibid.; pp. 4.

⁵⁸ Circolare n°3/2004 Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, *Distacco. Art.30 d.lgs 276/2003*.

La fattispecie in questione è configurabile quando sussistono i requisiti dell'interesse del datore, della temporaneità e della persistenza, in capo al distaccante, sia del potere di determinare la cessazione del distacco, sia del potere direttivo, rimanendo estranea la volontà del lavoratore in quanto esegue la prestazione in osservanza del dovere di obbedienza.

È ammessa anche l'esecuzione di una prestazione lavorativa in distacco presso due diversi soggetti ogni giorno, oppure in giorni alterni ovvero ancora con una modalità "mista", anche nell'ambito di società collegate⁵⁹.

Infine è bene precisare che non si tratta in alcun modo di un contratto di lavoro a tempo parziale, ovvero part-time, bensì della parzialità del distacco, cioè dell'utilizzazione della prestazione di lavoro, da parte del distaccatario, in modo parziale e non pieno⁶⁰.

Ne consegue che il lavoratore continuerà a dover svolgere la prestazione lavorativa a tempo pieno, però presso due differenti datori di lavoro.

1.4 I limiti al potere direttivo del datore di lavoro in caso di distacco

Il distacco è dunque da considerarsi come una tipica espressione del potere direttivo del datore di lavoro e, in quanto tale, non sembrerebbe subordinato al consenso del lavoratore. Nonostante ciò, il terzo comma dell'art. 30 del d.lgs. 276 del 2003 prevede alcune tutele che derogano al principio generale dello *jus variandi* che, di norma, consente al datore di

⁵⁹ FADDA I., *La disciplina previdenziale ed assicurativa del distacco nazionale ed estero*. Club Previdenza, 2013.

⁶⁰ FEDERICI. F., *Il distacco del lavoratore tra imprese*; www.ildirittoamministrativo.it ; pp. 4.

lavoro di esercitare il proprio potere direttivo anche variando le mansioni di un dipendente o il luogo di svolgimento della prestazione lavorativa⁶¹.

Il terzo comma recita : << *il distacco che comporti un mutamento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato. Quando comporti un trasferimento a una 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* >>⁶².

Dal confronto tra il comma 1 e il comma 3 dell'articolo 30 si deduce che il consenso del lavoratore non è, in realtà, un elemento costitutivo della fattispecie in esame; infatti se il distacco si configura come legittimo esercizio, da parte del datore di lavoro, del proprio potere organizzativo⁶³, il consenso del lavoratore non è richiesto, stante il dovere di obbedienza ex art. 2104 c.c.⁶⁴. La disposizione di cui al terzo comma, non opera quindi in relazione a qualsiasi mutamento di mansioni, in quanto se così fosse si andrebbe contro il normale operare delle regole del rapporto di lavoro secondo cui l'ipotesi generale del mutamento delle mansioni rimarrebbe appunto affidata al potere direttivo del datore di lavoro⁶⁵, ma solamente nelle ipotesi in cui avvenga un mutamento sostanziale rispetto alle mansioni svolte in precedenza.

In questo contesto occorre leggere il comma 3 dell'articolo 30 del decreto legislativo n. 276 del 2003, così come sembra fare la circolare interpretativa del Ministero n. 3 del 2004, ovvero : << *il consenso del lavoratore vale a ratificare l'equivalenza delle mansioni laddove il mutamento di esse, pur non comportando un demansionamento, implichi*

⁶¹ LONGO M. e DI MAGGIO D., *Il distacco del lavoratore subordinato in Italia e gli adempimenti amministrativi connessi*, www.fla.it.

⁶² D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30", art. 30, comma 3.

⁶³ Entro i limiti disposti dall'art. 2103 del codice civile.

⁶⁴ BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 12.

⁶⁵ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012; pp. 1576.

una riduzione e/o specializzazione dell'attività effettivamente svolta, inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso >>>⁶⁶.

È bene sottolineare che si considerano equivalenti le mansioni che richiedono l'utilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal lavoratore, inteso come bagaglio di esperienze e competenze maturate nello svolgimento di mansioni fino ad allora svolte⁶⁷.

In questo senso la nozione di equivalenza comporta che possono essere attribuite al lavoratore mansioni coerenti con la capacità professionale dedotta nel contratto, con la conseguenza che il limite al mutamento di mansioni diviene più rigoroso con l'aumentare del livello di qualificazione e specializzazione⁶⁸. Ancora, è possibile per il lavoratore conseguire durante il distacco una qualifica superiore, mentre è assolutamente e inderogabilmente vietato, così come sancito dall'art 2013 c.c., demansionare il lavoratore; infatti la lettura dell'art. 30 non lascia dubbi circa l'impossibilità di mutare le mansioni del lavoratore in modo peggiorativo.

Ulteriori perplessità sono sorte in relazione alla seconda parte del terzo comma dell'art. 30. Quest'ultimo prevede che nell'ipotesi in cui il distacco comporti il trasferimento presso un'unità produttiva la cui distanza rispetto a quella cui il lavoratore sia normalmente adibito sia superiore a 50 km, il distacco potrà avvenire solo per comprovate ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive⁶⁹. Le perplessità sono sorte in ordine alla mancata richiesta, anche in questo caso, del consenso del lavoratore,

⁶⁶ BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.13.

⁶⁷ SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori : diritto sindacale e rapporti di lavoro*. Quarta edizione, Giappichelli, Torino, 2013; pp. 273.

⁶⁸ BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.13 – 14.

⁶⁹ COVINO R., *Il distacco del lavoratore: svolgimento della prestazione lavorativa in un luogo diverso dalla sede del distaccatario*, www.lalentedulfisco.it, Modena, 2011, pp. 4 – 5.

laddove è più importante anche rispetto alla precedente vicenda relativa al mutamento delle mansioni, e soprattutto sono sorte relativamente al richiamo alla disciplina del trasferimento, definendolo come definitivo mutamento del luogo, contrariamente al carattere temporaneo dello stesso.

Da qui, la necessità di una lettura del precetto coordinata con la disciplina dell'art. 2103 c.c. e, quindi, la richiesta, per la legittimità del distacco, di un giustificato motivo oggettivo del trasferimento, motivata dal rilevante sacrificio richiesto al lavoratore distaccato e imponendo, anche in questa ipotesi, una limitazione al potere unilaterale del datore di lavoro⁷⁰.

Non resta che ricordare in quest'ambito il comma secondo dell'art. 30 del d.lgs. 276 del 2003 relativo alle responsabilità economiche e normative del datore di lavoro. Il secondo comma sancisce che : << *in caso di distacco, il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore* >>⁷¹. Come si desume dalla disposizione, in generale, gli obblighi nei confronti del lavoratore rimangono in capo al distaccante, mentre al distaccatario competono alcune posizioni soggettive attive, manifestazioni del potere direttivo e, sulla base di accordi tra i due datori, l'obbligo di compensare le spese sostenute dal distaccante. La disposizione include anche il trattamento previdenziale ed esclude gli oneri di cui sia responsabile il distaccatario e che il distaccante abbia ignorato senza colpa⁷².

Più nello specifico, la circolare del Ministero del lavoro n. 3 del 2004 prevede che, quanto agli oneri relativi al trattamento economico e normativo del lavoratore in distacco, essi restano a carico del distaccante, che ne rimane esclusivamente responsabile nei confronti del lavoratore, ma già in passato era consolidata la prassi di un loro rimborso da parte del

⁷⁰ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012; pp. 1579.

⁷¹ D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30", art. 30, comma 2.

⁷² PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Numero 3, Milano, 2009, pp. 691.

distaccatario⁷³, rimborso che non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante.

Sul punto, si rammenta che la Cassazione a sezioni unite 13 aprile 1989, n. 1751, ha chiarito che il rimborso al distaccante della spesa del trattamento economico non ha alcuna rilevanza ai fini della qualificazione del distacco genuino⁷⁴.

Inoltre la circolare aggiunge che a fronte della titolarità in capo al distaccante del trattamento economico, rimane a suo carico anche il trattamento contributivo, che deve essere adempiuto in relazione all'inquadramento che il lavoratore aveva presso il datore di lavoro distaccante.

Per quanto riguarda, invece, l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali, la circolare prevede che il relativo premio rimane a carico del datore di lavoro distaccante, ma è calcolato sulla base dei premi e delle tariffe che sono applicati al distaccatario.

Il datore di lavoro distaccante, salvo un diverso accordo tra le parti relativamente al trattamento economico e normativo, rimane responsabile ex art. 10 D.P.R. 1124/65 in caso di azione di rivalsa in occasione di un infortunio sul lavoro, integrante ipotesi di reato, occorso al distaccato presso il distaccatario, quale soggetto incaricato della direzione e della sorveglianza del lavoro ex comma 3 del medesimo art. 10⁷⁵.

Infine, relativamente agli obblighi di sicurezza, questi saranno traslati sul distaccatario, vista l'inserzione del lavoratore all'interno di una struttura di sua pertinenza che è invece sottratta alla disponibilità del distaccante, e salva un' eventuale *culpa in eligendo*⁷⁶ del distaccante⁷⁷.

⁷³ COVINO R., *Gestione del rapporto di lavoro: distacco del personale e regole di ingaggio nel contratto di rete*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 14/2014, pp. 838.

⁷⁴ COVINO R., *Gestione del rapporto di lavoro: distacco del personale e regole di ingaggio nel contratto di rete*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 14/2014, pp. 838.

⁷⁵ COVINO R., *Gestione del rapporto di lavoro: distacco del personale e regole di ingaggio nel contratto di rete*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 14/2014, pp. 838.

⁷⁶ *Colpa nella scelta* : ipotesi di responsabilità del datore nel non aver curato con la dovuta accortezza la scelta dei propri collaboratori.

1.5 *Il distacco << collettivo >>*

Il 4° comma dell'art. 30 del d.lgs n. 276 del 2003 recita : << *Resta ferma la disciplina prevista dall'articolo 8, comma 3, del decreto- legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236 >>⁷⁸. Relativamente a questo comma, la nuova disciplina del distacco, porta oggi ad una rilettura dello stesso; infatti, la disciplina del distacco collettivo, che sino al 2003 rappresentava la prima norma in tema di distacco nel rapporto di lavoro subordinato privato, prevede che : << *gli accordi sindacali al fine di evitare le riduzioni di personale, possano regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dall'impresa ad un'altra per una durata temporanea >>⁷⁹. E così, è possibile individuare oggi nel nostro ordinamento due diverse ipotesi di distacco collettivo, una speciale e l'altra ordinaria. La specialità della disciplina del distacco collettivo – di cui alla legge n. 236 del 1993 – deriverebbe da rilevanti peculiarità nell'assetto degli interessi sottesi alla realizzazione di tale fattispecie, rispetto agli interessi rilevanti in quello che potremmo definire ordinario distacco legale collettivo. Nella prima fattispecie, infatti, l'interesse rilevante per l'ordinamento sarebbe identificabile nel mantenimento dei livelli occupazionali per i lavoratori coinvolti⁸⁰, perdendo dunque rilievo l'interesse del distaccante allo svolgimento della prestazione lavorativa presso il terzo, elemento tipico e caratterizzante del distacco *ex art. 30, d.lgs. n. 276/2003*⁸¹. Del resto, presupposto di legittimità nell'ipotesi c.d. << speciale >> di distacco collettivo, risulta essere l'accordo collettivo alla base della modificazione dell'originario assetto**

⁷⁷ PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Numero 3, Milano, 2009, pp. 692.

⁷⁸ D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30".

⁷⁹ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1581.

⁸⁰ EADEM, pp. 1582.

⁸¹ CARABELLI U., *I licenziamenti per riduzione del personale*, in *Dir. Relazioni ind.*, 1994, pp. 287.

negoziale concordato dalle parti, e non l'interesse del distaccante⁸². Si tratta dunque di un'ulteriore ipotesi di distacco che interviene soltanto in particolari condizioni, che potremmo definire appunto di specialità.

1.6 Il distacco illegittimo e l'impianto sanzionatorio

Per quanto attiene alla disciplina sanzionatoria del distacco, posto in essere in assenza dei requisiti di cui al primo comma dell'art. 30, d.lgs. n. 276 del 2003, l'originaria formulazione della norma, in realtà, ne era priva. In relazione a tale assenza, la dottrina prevalente riteneva applicabile al distacco, privo dei requisiti prescritti, la disciplina sanzionatoria dettata per la somministrazione irregolare, anche in ragione al passato consolidato giurisprudenziale secondo il quale, nella vigenza del divieto generale dell'art. 1 della legge n. 1369 del 1960, laddove il distacco dovesse qualificarsi come illegittimo ne sarebbe conseguita *ab origine* l'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'effettivo utilizzatore della prestazione⁸³. Una siffatta soluzione interpretativa è stata successivamente recepita dal legislatore che con l'articolo 7 del decreto legislativo n. 251 del 2004, ha apportato un'importante modifica all'art. 30 del decreto 276 del 2003 introducendo il comma IV-bis. Quest'ultimo disciplina l'ipotesi di distacco illegittimo sancendo che : << *Quando il distacco avvenga in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 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*

⁸² PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1582.

⁸³ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1583.

*dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'art. 27, comma 2 >>.*⁸⁴

Dunque, anche per l'ipotesi di distacco non genuino il legislatore ha introdotto, con il d.lgs. 251 del 2004, la regola originariamente prevista per la somministrazione irregolare⁸⁵.

Analizzando il comma introdotto dal decreto, risulta che in caso di distacco carente dei requisiti di legittimità (i.e. interesse del distaccante e temporaneità) può profilarsi il rischio che il lavoratore distaccato domandi, mediante ricorso giudiziale, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di colui che ha beneficiato della prestazione.

La formulazione ha suscitato forti perplessità in dottrina, perché prevede che la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore della prestazione avvenga solo ove il lavoratore proponga l'azione e non come conseguenza automatica del distacco illegittimo⁸⁶.

Il nuovo comma 4-*bis*, prevede poi che, nell'ipotesi di costituzione di un rapporto di lavoro subordinato in capo all'effettivo utilizzatore della prestazione, si applichi il secondo comma dell'art. 27 del d.lgs. 276 del 2003, che prevede che tutti i pagamenti effettuati dal distaccante irregolare, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto, che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione, dal debito corrispondente, fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Inoltre tutti gli atti compiuti dal distaccante irregolare per la costituzione o gestione del rapporto, per il periodo durante il quale il distacco ha avuto

⁸⁴ Decreto legislativo 6 ottobre 2004, n.251, in materia di *Disposizioni correttive del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in materia di occupazione e mercato del lavoro*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 239 del 11 ottobre 2004.

⁸⁵ SGROI A., *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, ADAPT, working paper n. 58/2008, www.fmb.unimore.it

⁸⁶ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1583 ss.

luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione⁸⁷.

L'onere della prova è quindi a carico del datore di lavoro, che deve dimostrare la carenza dei requisiti; invece nel momento in cui il giudice decide di accogliere la domanda, potrà decorrere il nuovo rapporto : o dal momento iniziale del distacco se quest'ultimo era viziato all'origine, o dal momento in cui i requisiti di legittimità sono venuti meno.

Dunque sul piano civilistico, la sanzione è quella introdotta proprio dal comma IV-bis appena analizzato.

Per quanto riguarda le sanzioni di natura penale, invece, bisogna far riferimento al comma V-bis dell'articolo 18 del d.lgs. 276 del 2003, in forza del quale, nei casi di "*distacco privo dei requisiti di cui all'art.30 comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione*"; pena che si inasprisce con l'arresto fino a 18 mesi e l'ammenda aumentata fino al sestuplo in caso di sfruttamento dei minori⁸⁸.

La configurazione del reato interpositorio viene a caratterizzarsi correttamente nella forma del distacco illecito, in quanto si pone al di fuori di quelli che sono gli schemi tipizzati della somministrazione di lavoro⁸⁹. Lo pseudo-distaccante e lo pseudo-distaccatario che hanno posto in essere, in esecuzione di un distacco fittizio, una mera fornitura o somministrazione di lavoratori, senza interesse e/o in maniera definitiva, sono entrambi soggetti alla pena⁹⁰ di cui sopra. La contravvenzione si connota dunque per essere caratterizzata da tre elementi tipici : il distacco illecito, ovvero

⁸⁷ FADDA I., *La disciplina previdenziale ed assicurativa del distacco nazionale ed estero*. Club Previdenza, 2013.

⁸⁸ LONGO M. e DI MAGGIO D., *Il distacco del lavoratore subordinato in Italia e gli adempimenti amministrativi connessi*, www.fla.it ; pp. 10.

⁸⁹ RAUSEI P., *Il sistema sanzionatorio delle esternalizzazioni*, ADAPT, workin paper n.21/2006, www.csmb.unimo.it; pp.12.

⁹⁰ RAUSEI P., *Il sistema sanzionatorio delle esternalizzazioni*, ADAPT, workin paper n.21/2006, www.csmb.unimo.it; pp.12 – 13.

l'ipotesi in cui mancano i requisiti legali che rendono lecito il distacco, la partecipazione psicologica dello pseudo-distaccante e dello pseudo-distaccatario alla fattispecie illecita, ovvero entrambi i soggetti datoriali si rendono corresponsabili, almeno per colpa, del reato, ed infine l'effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori distaccati, cioè l'utilizzo a effettivo e concreto dei lavoratori impiegati in attività lavorative alle immediate dipendenze dello pseudo-distaccatario, non bastando il mero incontro di volontà tra distaccante e distaccatario a realizzare il reato⁹¹.

L'ipotesi di distacco illecito può, talvolta, integrare anche l'ipotesi della somministrazione fraudolenta di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 276/2003. Tale ipotesi contravvenzionale si verifica nel caso in cui la somministrazione di lavoro, posta in essere attraverso l'istituto del distacco, ha la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore. In siffatta ipotesi, l'accordo negoziale fra committente e utilizzatore che hanno operato in frode alla legge è radicalmente nullo per illiceità della *causa negotii* – art. 1344 e 1418, comma 2 c.c. : elusione dell'applicazione di norma imperativa – con la naturale estensione della previsione contenuta nell'art. 21, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003, secondo cui quando il contratto di somministrazione è nullo << *i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore* >>, come altresì precisa il Ministero del lavoro con le circolari n. 7/2005 e n. 5/2011⁹².

Peraltro, nessuna sanzione è prevista dal legislatore nel caso di distacco privo delle condizioni dettate dal 3° comma dell'art. 30 del d.lgs.

⁹¹ EAD, *Il sistema sanzionatorio delle esternalizzazioni*; pp. 13.

⁹² COVINO R., *Gestione del rapporto di lavoro: distacco del personale e regole di ingaggio nel contratto di rete*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 14/2014, pp. 842.

n. 276/2003, e cioè in mancanza del consenso del lavoratore per l'eventuale mutamento di mansioni avvenuto con il distacco o nel caso di carenza delle comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive, laddove si sia verificato un trasferimento ad un'unità produttiva distante oltre 50 km dal luogo originario di effettuazione della prestazione. Sul punto la dottrina sembra concorde nel ritenere che, non potendosi applicare la sanzione di cui al comma 4-*bis* poiché non espressamente richiamata dal legislatore, il lavoratore avrà diritto a continuare a svolgere la prestazione lavorativa presso l'originario datore di lavoro⁹³, richiedendo il risarcimento del danno eventualmente subito a causa del provvedimento illegittimo di distacco⁹⁴.

1.7 Il distacco infragruppo

L'ipotesi di un distacco infragruppo, istituito in base al quale il lavoratore dipendente di una società di un gruppo, in risposta alle istanze di flessibilità, decentramento e articolazione dell'organizzazione produttiva di appartenenza, presta la propria opera per una consociata⁹⁵, non acquista un'autonoma rilevanza giuridica nel nostro ordinamento, in quanto i gruppi imprenditoriali stessi, nel nostro ordinamento, non hanno rilevanza giuridica.

Dunque l'istituto si differenzia dalle altre fattispecie di distacco, le quali sono disposte senza che vi sia alcun collegamento tra impresa distaccante e impresa distaccataria⁹⁶. Certo che nell'ipotesi di collegamento

⁹³ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1585.

⁹⁴ PROIA G., *Il distacco*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. SANTORO PASSARELLI, 2009, pp. 1346.

⁹⁵ CAGNIN V., *Il distacco intra-gruppo alla luce delle novità sul contratto di rete*; www.diprist.unimi.it; pp.2.

⁹⁶ BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004; pp. 10.

societario, l'interesse che il datore di lavoro mira a perseguire con il distacco sarà provato in maniera più agevole. In questa ipotesi, infatti, come sottolineato dalla circolare n. 3/2004, si dovrà ritenere sussistente l'interesse ove si ravvisi «una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrando, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo»⁹⁷. Analogamente in dottrina era stato sottolineato che l'esistenza del gruppo imprenditoriale non acquista altra rilevanza giuridica se non quella di integrare un mero «presupposto di fatto» da cui partire per la verifica della sussistenza del concreto interesse del distaccante ad inviare il proprio lavoratore presso un terzo⁹⁸.

Tutto ciò premesso, pertanto, l'interesse al distacco non è di per sé integrato dalla mera esistenza di un collegamento patrimoniale⁹⁹ tra le società facenti parte del gruppo, ma deve ritenersi sussistente, avuto riguardo al particolare rapporto economico tra distaccante e distaccatario, ove soddisfi anche solo un interesse di coordinamento e controllo della attività imprenditoriale condotta dalle due imprese¹⁰⁰.

E' facile, quindi, intuire che non esiste una disciplina *ad hoc* per questo istituto, ma quest'ultimo è disciplinato dal legislatore esclusivamente in modo generico.

In assenza di una normativa specifica, i requisiti tipici che integrano la fattispecie del distacco e che si evincono dalla lettura dell'art. 30, valgono anche per il distacco infragruppo. Si tratta nello specifico dell'interesse del datore di lavoro distaccante, della temporaneità del distacco¹⁰¹ e dello

⁹⁷ Circolare n°3/2004 Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, *Distacco. Art.30 d.lgs 276/2003*.

⁹⁸ BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 10.

⁹⁹ ICHINO P., *Il contratto di lavoro. Vol.1*, Giuffrè, 2000, pp. 501.

¹⁰⁰ EADEM.

¹⁰¹ Cass. 15 giugno 1992, n. 7328, in *MGC*, 1992, p. 915.

svolgimento da parte del lavoratore di una specifica attività lavorativa¹⁰².

Quindi, i semplici rapporti economici tra società collegate sono irrilevanti se invocati quale unica ragione giustificatrice del distacco; al contrario nulla può impedire, in presenza di un reale interesse del datore di lavoro, di ritenere lecito un distacco tra società appartenenti al medesimo gruppo o imprenditore¹⁰³.

Relativamente al concetto di interesse, nel caso particolare del distacco infragruppo, esistono diversi orientamenti in dottrina. Secondo la dottrina minoritaria, l'interesse del datore di lavoro può identificarsi con l'interesse del gruppo stesso¹⁰⁴; tuttavia la dottrina maggioritaria è d'accordo nel ritenere che l'interesse della società distaccante debba accertarsi in concreto e risultare effettivo e specifico, non potendosi ritenere insito *ex se* nell'appartenenza al gruppo dell'impresa distaccataria¹⁰⁵.

Dunque l'interesse datoriale deve corrispondere ad una *reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende del gruppo*¹⁰⁶.

Questo è quanto è stato sancito dalla Circolare ministeriale dell'11 aprile 2001 n. 5/26183, che ha dimostrato come l'interesse del datore possa essere provato in modo più semplice, proprio perché si fa riferimento ad una reale esigenza di imprenditorialità. Tutto ciò premesso, l'interesse al distacco non è di per sé integrato dalla mera esistenza di un collegamento

¹⁰² CAGNIN V., *Il distacco intra-gruppo alla luce delle novità sul contratto di rete*; www.diprist.unimi.it; pp.3 – 4.

¹⁰³ FADDA I., *La disciplina previdenziale ed assicurativa del distacco nazionale ed estero*. Club Previdenza, 2013.

¹⁰⁴ TOSI P., *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, LG, 2004, p. 236.

¹⁰⁵ DE SIMONE G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, op. cit., p. 304; PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori, Le trasformazioni del mercato del lavoro*, a cura di G. Ciocca, EUM, 2011, p. 195; ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, DL, 2003, p. 943; SCARPELLI F., *Commento sub. art. 30*, op. cit., pp. 444-445.

¹⁰⁶ NAPPA L., *Distacco art. 30 D.Lgs. 276 /2003*.

patrimoniale tra le società facenti parte del gruppo, ma deve ritenersi sussistente, avuto riguardo al particolare rapporto economico tra distaccante e distaccatario, ove soddisfatti anche solo un interesse di coordinamento e controllo della attività imprenditoriale condotta dalle due imprese¹⁰⁷.

La nozione di interesse di gruppo, è stata accolta nel nostro ordinamento all'art. 2497 del c.c.¹⁰⁸ e assume un rilievo autonomo rispetto all'interesse delle singole società dirette e coordinate. Esso non coincide né con l'interesse sociale del capogruppo, né con l'interesse sociale delle singole società, né con la somma di tutti questi interessi, rappresentando piuttosto la sintesi degli interessi imprenditoriali coinvolti e il disegno strategico complessivo del gruppo, condiviso dalla pluralità delle società¹⁰⁹. In tal modo sembrerebbe possibile riconoscere un interesse automatico del distaccante anche nella fattispecie del distacco infragruppo, grazie all'esistenza di un interesse proprio del gruppo; e tale previsione faciliterebbe il ricorso al distacco infragruppo¹¹⁰.

¹⁰⁷ BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004; pp. 10.

¹⁰⁸ Art. 2497, comma 1 c.c. : *Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui...*

¹⁰⁹ CAGNIN V., *Il distacco intra-gruppo alla luce delle novità sul contratto di rete*; www.diprist.unimi.it; pp.7.

¹¹⁰ EAD., *Il distacco intra-gruppo alla luce delle novità sul contratto di rete*; *ibid.*, pp. 7 – 8.

CAPITOLO 2

IL DISTACCO INTERNAZIONALE

2.1 Il distacco internazionale : le differenze tra il distacco verso Paesi UE e il distacco verso Paesi extra UE

Sul piano generale può sostenersi che il lavoratore dipendente può essere inviato all'estero con una delle seguenti forme di rapporto:

- trasferimento (art. 2103 c.c.), che comporta il mutamento tendenzialmente definitivo del luogo di lavoro con stipula di un contratto estero che regola l'intero rapporto;
- trasferta, che consiste nel mutamento temporaneo del luogo di lavoro con previsione certa di rientro nella sede di lavoro;
- distacco, che consiste nel mutamento del luogo di lavoro con sospensione temporanea delle norme contrattuali e di legge del contratto originario di assunzione e con la stipula di un contratto estero che regola il rapporto di distacco¹¹¹.

Prima di parlare del distacco internazionale e dei suoi requisiti, dobbiamo specificare che l'invio di personale dipendente all'estero è regolamentato da differenti discipline a seconda che avvenga in Stati membri dell'UE e Stati ad essi assimilati (es. spazio SEE; Svizzera) o Stati extra Ue, ovvero tutti gli altri Stati che non fanno parte dell'Unione.¹¹²

Per quanto riguarda il distacco in uno Stato comunitario, la disciplina interna prevede la vigenza – tra gli Stati membri – del principio di libera

¹¹¹ TORRIELLO S., *La tutela Inail del lavoratore italiano all'estero*, www.laprevidenza.it, pp. 2

¹¹² CNA, a cura di Area Internazionalizzazione Area Lavoro e contrattualistica; *Il distacco dei lavoratori all'estero*, Modena, 17 luglio 2013, www.cassioli.com; pp. 10.

circolazione dei lavoratori. Tale principio implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, sull'impiego, sulla retribuzione e sulle altre condizioni di lavoro (art. 45 TFUE). Ciò comporta, dunque, minori adempimenti in capo al datore di lavoro, ad esempio, non è richiesta alcuna autorizzazione per effettuare il distacco. Autorizzazione, quest'ultima, che è invece richiesta in caso di distacco in Paesi extracomunitari; si tratta di un'autorizzazione ministeriale necessaria per la protezione del lavoratore italiano, prevista indipendentemente dal fatto che siano stati stipulati accordi bilaterali di sicurezza sociale, e che si inserisce nell'ambito delle più ampie tutele disciplinate dal D.L. n. 317/87 (convertito in L. n. 398/87)¹¹³.

La procedura di autorizzazione deve essere utilizzata sia dalle aziende, italiane e straniere, per richiedere l'autorizzazione all'invio di lavoratori in Paesi extra UE, sia dai cittadini, italiani e comunitari residenti in Italia, che intendono lavorare all'estero¹¹⁴. Inoltre, per i casi di distacco in Paesi extracomunitari, è necessaria anche la stipula di un accordo preliminare tra il soggetto distaccante e quello distaccatario, la c.d. lettera di distacco, che deve identificare i motivi del distacco e rendere espliciti i requisiti dello stesso, così da poterlo considerare lecito.

Molto interessante è capire come funziona la normativa previdenziale nelle ipotesi del distacco di un lavoratore italiano all'estero, distinguendo le ipotesi in cui il distacco sia avvenuto in Paesi membri dell'Unione europea, Paesi extracomunitari convenzionati o Paesi extracomunitari non convenzionati.

¹¹³ LEGGE 3 ottobre 1987, n. 398; Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 luglio 1987, n. 317, recante norme in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extra-comunitari e di rivalutazione delle pensioni erogate dai fondi speciali gestiti dall'INPS; (*GU n.231 del 3-10-1987*).

¹¹⁴ CNA, a cura di Area Internazionalizzazione Area Lavoro e contrattualistica; *Il distacco dei lavoratori all'estero*, Modena, 17 luglio 2013, www.cassioli.com; pp. 29.

Nella prima ipotesi, i Regolamenti comunitari dettano i criteri in base ai quali deve essere individuata la legge previdenziale da applicare ai lavoratori operanti negli Stati membri, nonché, l'ente previdenziale competente e le regole che presiedono al sistema di calcolo e di versamento dei contributi previdenziali¹¹⁵. La regola generale è contenuta nell'articolo 13, comma 1, lett. a) del regolamento 1408/1971 che prevede che il lavoratore occupato nel territorio di uno Stato membro è soggetto alla legislazione di tale Stato anche se risiede nel territorio di un altro Stato membro o se l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende ha la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato membro¹¹⁶. Tuttavia, il successivo art. 14, comma 1, prevede una serie di deroghe a tale principio :

- a) la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro presso un'impresa dalla quale dipende normalmente ed è distaccata da questa impresa nel territorio di un altro Stato membro per svolgervi un lavoro per conto della medesima, rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro, a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i dodici mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona giunta al termine del suo periodo di distacco;
- b) se la durata del lavoro da effettuare si prolunga per circostanze imprevedibili oltre la durata prevista in un primo tempo e supera i dodici mesi, la legislazione del primo Stato membro rimane applicabile fino al compimento di tale lavoro, a condizione che l'autorità competente dello Stato membro nel cui territorio

¹¹⁵ TORRIELLO S., *La tutela Inail del lavoratore italiano all'estero*, www.laprevidenza.it, pp. 2.

¹¹⁶ Regolamento (CEE) n. 1408/71; del Consiglio del 14 giugno 1971 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità .

l'interessato è distaccato o l'organismo designato da tale autorità abbia dato il proprio accordo; tale accordo deve essere richiesto prima della fine del periodo iniziale di dodici mesi. Tuttavia, tale accordo non può essere dato per un periodo superiore a dodici mesi¹¹⁷.

Nella seconda ipotesi – quella relativa ai lavoratori italiani distaccati in un Paese extracomunitario convenzionato - la tutela previdenziale ed assicurativa dei lavoratori è regolata, appunto, dalle convenzioni bilaterali in materia di sicurezza sociale. Pertanto ai lavoratori italiani, così come a tutti i lavoratori dipendenti da aziende situate nell'Unione Europea, distaccati presso aziende in Paesi extracomunitari, si applicano le convenzioni bilaterali intervenute tra lo Stato distaccante e lo Stato ove il lavoratore è distaccato. Le convenzioni di cui trattasi prevedono i criteri idonei a stabilire, a seconda delle singole fattispecie, quale sia la legge previdenziale applicabile (e, di conseguenza, a stabilire se debbano essere versati i contributi in Italia, in caso di applicabilità della legge italiana, ovvero presso l'ente straniero, in caso di applicabilità della legge straniera). Il criterio generale più frequentemente adottato dalle singole convenzioni è quello secondo il quale il cittadino di uno dei due Stati contraenti che si trova a prestare attività nell'altro Stato contraente è soggetto alla legge previdenziale di quest'ultimo. Tale criterio generale viene spesso derogato per situazioni particolari di lavoro (es. lavoratori che, per le loro mansioni, sono soliti spostarsi da un Paese all'altro) e per il caso di spostamenti di breve durata da uno Stato all'altro. In quest'ultimo caso, ove si tratti di persone residenti in uno degli Stati contraenti e dipendenti da un'impresa che ha sede in tale Stato, le quali siano inviate a prestare attività nell'altro Stato per un periodo diversamente stabilito dalle singole

¹¹⁷ Regolamento (CEE) n. 1408/71; del Consiglio del 14 giugno 1971 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

convenzioni (c.d. “periodo di distacco”), è previsto che l'applicazione della legislazione dello Stato di provenienza prosegua anche durante la permanenza del lavoratore nello Stato presso il quale è stato distaccato¹¹⁸.

Infine, per quanto riguarda l'ultima ipotesi – distacco di un lavoratore italiano presso un Paese extracomunitario non convenzionato – a questi lavoratori viene garantita una serie di tutele. In particolare, l'art. 3, comma 3, l. 398/87 prevede che, per la malattia o l'infortunio o la malattia professionale venga corrisposta al lavoratore una prestazione da parte dell'ente straniero presso il quale è obbligatoriamente iscritto in forza della legge locale. E' previsto, inoltre, che la tabella delle malattie professionali vigente in Italia possa essere aggiornata con apposito Decreto del Ministro del Lavoro in relazione alle tecnopatie proprie delle aree geografiche dove i lavoratori svolgono la propria attività (art. 3, comma 1, lett. a), legge 398/1987). Infine, ai sensi dell'art. 3, comma 4, legge 398/1987, i datori di lavoro devono anticipare le prestazioni economiche di malattia e maternità (che sono poi conguagliate in conformità della legislazione nazionale dal datore di lavoro con i contributi dovuti), nonché le prestazioni economiche di indennità temporanea e assoluta dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali che sono rimborsate trimestralmente dall'INAIL)¹¹⁹.

¹¹⁸ TORRIELLO S., *La tutela Inail del lavoratore italiano all'estero*, www.laprevidenza.it, pp. 3 – 4.

¹¹⁹ EADEM.

2.2 *La disciplina del distacco internazionale : Direttiva 96/71/CE*

La figura del distacco internazionale dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi è stata disciplinata dalla Direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996, che si inserisce nel quadro delle norme dettate dal Trattato delle Comunità europee in materia di prestazione di servizi¹²⁰.

Le problematiche connesse alla temporanea utilizzazione della prestazione di un lavoratore formalmente dipendente da altro datore di lavoro, si sono, dunque, proposte anche in ambito comunitario. Qui, però, le preoccupazioni del legislatore si sono incentrate sulla predisposizione di regole atte ad evitare fenomeni di *dumping* sociale, derivanti dall'utilizzazione temporanea di lavoratori provenienti da paesi a bassa tutela delle condizioni di lavoro in paesi con elevate soglie protettive, al fine di garantire, nell'ambito di prestazioni di servizi transnazionali, la realizzazione del risultato produttivo a minor costo rispetto alle imprese << domestiche >>¹²¹.

In altri termini, si è tentato di evitare che un pieno dispiegamento delle libertà fondamentali garantite dal Trattato – art. 49, ora art. 56 TFUE – nella specie della libera prestazione di servizi, potesse determinare situazioni di concorrenza sleale, incentrate sulla diminuzione del costo del lavoro, che avrebbe favorito quelle legislazioni nazionali significativamente arretrate in relazione agli statuti protettivi del lavoro¹²².

La Direttiva 96/71, nello specifico, mira a disciplinare i casi di circolazione del lavoro sotto forma di prestazione di servizi in ambito transnazionale, ambendo ad instaurare fra le imprese un regime di leale concorrenza. In tal modo si potrebbe anche assicurare una tendenziale

¹²⁰ TORTINI S., *Il distacco del lavoratore nel diritto dell'unione europea italiano*, in www.amsdottorato.unibo.it, Bologna, 2008; pp. 52.

¹²¹ GALANTINO L., *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2009, pp. 134.

¹²² ROCCELLA M. e TREU T., *Diritto del lavoro della comunità europea*, IV edizione, Padova, 2009, pp. 156.

parità di trattamento tra le imprese che svolgono una prestazione di servizi transnazionale e quelle del paese ospitante. A tal proposito, la delineazione delle condizioni di lavoro, applicabili al soggetto distaccato, rappresenta il tentativo di addivenire ad un bilanciamento fra tutela del lavoro e libertà economiche, contemplando sia la necessità di scongiurare la sopravvenienza di pratiche di *dumping* sociale, sia il concetto di sovranità territoriale, sia il timore della non attuazione delle regole interne di diritto del lavoro¹²³.

Dunque con la Direttiva si è inteso perseguire un obiettivo che è diventato di assoluto rilievo per la tenuta del c.d. modello sociale europeo : garantire che la piena integrazione del mercato dei servizi non implichi dinamiche di *dumping* sociale tra gli Stati membri¹²⁴.

Ma la problematica di cui trattasi, era già stata affrontata dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, che aveva privilegiato, come metodo da utilizzare, la *legge scelta dalle parti* (ovvero...<< *in mancanza di una scelta operata dalle parti del contratto di lavoro, si applica la legge del paese in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria prestazione, ovvero la legge del paese dove si trova la sede dell'impresa qualora il lavoratore non compia abitualmente la propria prestazione in uno stesso paese...>>*¹²⁵).¹²⁶

Però il riconoscimento del diritto di scelta della legge applicabile non aveva risolto il problema, sul quale è intervenuta la direttiva 96/71.

L'intervento del legislatore comunitario ha, però, assolto solo una funzione integrativa della Convenzione, individuando quelle norme (c.d. di ordine pubblico) che devono essere necessariamente applicate nel luogo di

¹²³ EAD., *Il distacco del lavoratore nel diritto dell'unione europea italiano*, *ibid.*; pp. 53.

¹²⁴ ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2012.

¹²⁵ Art. 6, Convenzione di Roma, 19/06/1980.

¹²⁶ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012; pp. 1586.

esecuzione della prestazione lavorativa¹²⁷, ma che comunque non hanno fatto altro che incrementare, piuttosto che ridurre, il *dumping* sociale stesso.

Superate, infatti, le tensioni alimentate dal lungo processo di gestazione della direttiva 2006/123/CE¹²⁸ del Parlamento e del Consiglio – direttiva che se nella sua formulazione originaria (c.d. Proposta Bolkestein) sembrava sovrapporsi alla direttiva n. 96/71/CE, nel suo esito finale non incideva sull’assetto regolativo preesistente in materia di distacco transnazionale – è stata la Corte di Giustizia a riproporre le problematiche del *dumping* sociale, utilizzando proprio la *lex generalis* (la direttiva 2006/123/CE) per comprimere gli ambiti protettivi garantiti dalla *lex specialis* (la direttiva n. 96/71/CE)¹²⁹.

In questa prospettiva, se nei casi *Laval* e *Viking*¹³⁰, la Corte di Giustizia si è mossa nella logica del bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, la stessa è poi intervenuta in maniera assai drastica, in relazione allo statuto protettivo, nella successiva sentenza *Ruffert*¹³¹ e in un’altra pronuncia di poco posteriore¹³². Da un lato, nella prima, la Corte ha vietato allo Stato ospitante di richiedere all’impresa di servizi standards di tutela superiori ai minimi, concludendo che << *il diritto dei sindacati di uno Stato membro di adottare [...] un’azione collettiva (progettata per elevare la retribuzione e le condizioni dei lavoratori distaccati sopra ai minimi legali) è tale da rendere più difficile per le imprese la fornitura di servizi nel territorio dello stato membro ospitante e costituisce pertanto una*

¹²⁷ EAD., *Il comando e distacco*, *ibid.*; pp. 1587.

¹²⁸ Direttiva avente ad oggetto norme promozionali dell’esercizio della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi.

¹²⁹ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012; pp. 1587 – 1588.

¹³⁰ Corte Giustizia, CE, C-341/05, 18 dicembre 2007, *Laval*; Corte Giustizia, 11 dicembre 2007, *Viking*.

¹³¹ Corte Giust., CE, C-346/06, 3 aprile 2008, *Ruffert*.

¹³² Corte Giustizia, 19 giugno 2008, *Commissione v. Granducato di Lussemburgo*, in dottrina cfr. ORLANDINI G., *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2008, pp. 663 ss.

restrizione alla libera prestazione di servizi ai sensi dell'art. 49 CE >>¹³³, dall'altro lato, nella seconda, ha ribadito che le norme di ordine pubblico non possono essere altre che quelle che identificano il nucleo minimo di tutela¹³⁴.

In virtù di tali considerazioni, è possibile dire che la Direttiva << si muove lungo la via stretta della difficile conciliazione tra le esigenze della libertà di prestazione dei servizi e la necessità di garantire quantomeno il rispetto del nucleo dei principi fondamentali del diritto del lavoro del paese destinatario del medesimo >>¹³⁵. La giurisprudenza della Corte di giustizia, in virtù delle problematiche appena citate, ha aperto il dibattito circa l'opportunità di riformare la Direttiva sul distacco, anche alla luce delle reazioni degli Stati membri in fase di trasposizione¹³⁶.

Nonostante ciò, fino a quando la Corte di Giustizia non interverrà in modo definitivo, la disciplina che verrà applicata nel nostro paese sarà quella del decreto legislativo n. 72 del 2000; decreto con cui è stata trasposta la Direttiva 71 del '96 e dalla quale partiremo per analizzare la disciplina del distacco internazionale.

2.3 Il regime comunitario : nozione e ambito di applicazione dell'istituto

La definizione dell'istituto del distacco transnazionale è contenuta nella Direttiva europea 96/71/CE e nella normativa italiana di recepimento

¹³³ LILLIE N., WAGNER I., BERNTSEN L., *Distacco dei lavoratori, violazione delle norme e cambiamento istituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 141, 2014, 1; pp. 85.

¹³⁴ GIUBBONI S., *Norme interpretative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio delle libertà comunitarie*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2008, pp. 567.

¹³⁵ GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003; pp. 116 – 117.

¹³⁶ TORTINI S., *Il distacco del lavoratore nel diritto dell'unione europea italiano*, in www.amsdottorato.unibo.it, Bologna, 2008; pp. 54 – 55.

di cui al D.Lgs. n. 72/2000¹³⁷. Quest'ultimo disciplina le ipotesi nella quali imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea, nell'ambito di una prestazione di servizi transfrontaliera, utilizzino temporaneamente in Italia un lavoratore abitualmente occupato in un altro Stato membro, in virtù di un vero e proprio distacco infragruppo o nell'ambito di un contratto concluso con il destinatario della prestazione di servizi operante in Italia, ovvero ancora nell'ambito di un appalto di servizi interno o esterno all'impresa committente¹³⁸.

Dunque, il d.lgs. n. 72/2000, all'art. 1 comma 1 sancisce : << *Ai fini del presente decreto si intende per "lavoratore distaccato" il lavoratore abitualmente occupato in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro in territorio nazionale italiano* >>¹³⁹.

La definizione, specifica che il distacco deve avvenire per *un periodo limitato*, che è tale quando la durata dello stesso è << *sin dall'inizio predeterminata o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo* >>¹⁴⁰.

Si tratta di una precisazione assente dalla Direttiva del '96, ma che è necessaria per poter distinguere le nozioni di servizio e stabilimento, il primo temporaneo, il secondo definitivo.

Anche il Regolamento Roma I era intervenuto sull'argomento, e all'art. 8 par. 2 specificava che : << *il paese in cui il lavoro è abitualmente*

¹³⁷ *Vademecum* del Ministero del Lavoro, novembre 2010, *Il distacco dei lavoratori nell'Unione europea. Vademecum ad uso degli ispettori e delle imprese*, in *Giur. Lav.*, 2011, n. 3; pp. 13.

¹³⁸ *Vademecum* del Ministero del Lavoro, novembre 2010, *Il distacco dei lavoratori nell'Unione europea. Vademecum ad uso degli ispettori e delle imprese*, in *Giur. Lav.*, 2011, n. 3, pp. 39.

¹³⁹ Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 72; "Attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi"; pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 75 del 30 marzo 2000.

¹⁴⁰ Art. 2 comma 2, d.lgs. n. 72/2000.

svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo >>>¹⁴¹.

Dunque il riferimento all'abitudine dell'occupazione nel paese d'origine, contenuto nella definizione di distacco di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 72/2000, è molto importante, in quanto da esso si ricava che il lavoratore cessa di essere distaccato nel momento in cui il paese d'origine non può più considerarsi il luogo di abituale occupazione. Si può allora concludere che la nozione adottata dal decreto del 2000 presuppone che esso si svolga in maniera da non determinare il mutamento della legge applicabile, ovvero, che sia soddisfatto il requisito della temporaneità previsto dall'art. 8, par. 2 del Regolamento¹⁴².

Invece, l'art. 3, comma 1 del d.lgs. n. 72 del 2000, sancisce la parità di trattamento tra il lavoratore distaccato ed i lavoratori nazionali che svolgono analoghe prestazioni lavorative subordinate, richiamando a tal fine non solo la disciplina legale in materia di condizioni di lavoro, ma anche quanto previsto dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale¹⁴³.

Tale disposizione, secondo la prevalente dottrina, comporterebbe da un lato un contrasto con la disciplina comunitaria che richiede una selezione della normativa lavoristica da applicare, dall'altro, una disparità di trattamento nei confronti delle imprese straniere operanti sul territorio nazionale¹⁴⁴ stante le perduranti criticità connesse all'efficacia dei contratti di diritto comune¹⁴⁵.

¹⁴¹ ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2012; pp. 14 – 15.

¹⁴² EAD., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, ibid.; pp. 47 – 48.

¹⁴³ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1589 – 1590.

¹⁴⁴ NADALET S., *L'attuazione della direttiva 96/71 su distacco*, in *Lavoro e dir.*, 2008, n. 1, pp. 37.

¹⁴⁵ PROIA G., *Contrattazione collettiva e sostegno legale tra vincoli costituzionali e comunitari*, in *Argomenti dir. Lavoro*, 2008, n. 4 – 5, pp. 1110.

Del resto, le difficoltà di conformare la disciplina comunitaria, quella nazionale e quella di trasposizione della direttiva sul distacco transnazionale sono sempre più evidenti, e sono queste incertezze che spiegano il succedersi degli interventi comunitari.

Relativamente al campo di applicazione dell'istituto del distacco transnazionale, a norma dell'art. 1 del d.lgs. n. 72/2000 : << *Il presente decreto si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia, le quali, in occasione di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, in territorio nazionale italiano, nell'ambito di un contratto concluso con il destinatario della prestazione di servizi che opera in territorio italiano, ovvero distaccano un lavoratore in territorio nazionale italiano, presso un'unità produttiva della medesima impresa o presso altra impresa appartenente allo stesso gruppo, purché in entrambi i casi durante il periodo di distacco continui ad esistere un rapporto di lavoro tra il lavoratore distaccato e l'impresa distaccante* >>¹⁴⁶.

È necessario precisare che la Commissione amministrativa¹⁴⁷, già nella Decisione n. 181/2000 e, più precisamente, nella Decisione A2 del 2009, aveva individuato due tipiche ipotesi di distacco comunitario, fissando i criteri utili da seguire al fine di verificare e contrastare il fenomeno delle “*società fittizie*”. La prima fattispecie è costituita dal distacco del personale abituale, ossia quando il lavoratore inviato dall'impresa distaccante opera abitualmente nel Paese di provenienza come dipendente di quest'ultima, già prima del distacco. Gli elementi distintivi di un distacco regolare sono, in tal caso, il permanere del rapporto di dipendenza rispetto l'impresa distaccante e la circostanza che il lavoratore distaccato continui a svolgere

¹⁴⁶ Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 72; "Attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi"; pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 75 del 30 marzo 2000.

¹⁴⁷ Organo comunitario deputato ad indicare le linee interpretative e le modalità applicative della regolamentazione in materia di distacco comunitario.

la sua attività per conto della stessa. Però non figurano fattispecie di distacco comunitario, ma di mera fornitura di servizi. La seconda fattispecie si verifica quando il lavoratore viene assunto da un'impresa operante in uno Stato membro, allo scopo di essere immediatamente distaccato, per conto di detta impresa, sul territorio di un altro Stato membro¹⁴⁸.

Ritornando alle fattispecie elencate dall'art. 1 del d.lgs. n. 72/2000, nell'ordinamento nazionale, queste tre ipotesi corrispondono rispettivamente, all'appalto, al distacco nei gruppi d'impresa e alla somministrazione di lavoro¹⁴⁹.

Più nello specifico, la prima ipotesi si riferisce alla situazione in cui l'impresa distacca un dipendente, per conto proprio e sotto la propria direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia. La seconda ipotesi si riferisce alla situazione in cui l'impresa distacca un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia. L'ipotesi rinvia al distacco quale materialmente si realizza fra imprese tra loro consociate o facenti capo ad una holding multinazionale¹⁵⁰. Infine la terza ipotesi fa riferimento all'impresa di lavoro temporaneo o che svolga attività di cessione temporanea di lavoratori, la quale distacchi un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto

¹⁴⁸ Commissione Europea, *Il distacco dei lavoratori nell'Unione Europea. VADEMECUM*; pp. 14 – 15.

¹⁴⁹ TORTINI S., *Il distacco del lavoratore nel diritto dell'unione europea italiano*, in www.amsdottorato.unibo.it, Bologna, 2008; pp. 57.

¹⁵⁰ MAGNANI M., *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *QDLRI*, 1998, p. 89.

di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente¹⁵¹.

Sul piano del diritto interno si precisa che le ipotesi definitive della fattispecie del distacco comunitario si riferiscono a diverse ipotesi contrattuali disciplinate dal nostro ordinamento. Infatti, possono rientrare nella definizione normativa del distacco comunitario fattispecie riconducibili al contratto di appalto d'opera o di servizi, alla somministrazione, al contratto di trasporto, al distacco, e ad altre tipologie contrattuali commerciali aventi ad oggetto lo scambio di servizi tra imprese stabilite in diversi Paesi comunitari, che prevedono l'utilizzo temporaneo di personale dell'impresa distaccante nel Paese di esecuzione della prestazione. In questo senso, dunque, non deve essere confuso il distacco comunitario ai sensi della Direttiva 96/71/CE, nonché del d.lgs. n. 72/2000, con l'istituto di diritto interno del distacco di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003¹⁵².

2.4 I requisiti del rapporto di lavoro durante il periodo di distacco

I requisiti che legittimano il distacco transnazionale, e che fanno in modo che il lavoratore distaccato rimanga soggetto alla legislazione dello “Stato di invio”, sono :

- una durata limitata del distacco, ovvero una durata non superiore a 24 mesi;

¹⁵¹ TORTINI S., *Il distacco del lavoratore nel diritto dell'unione europea italiano*, in www.amsdottorato.unibo.it, Bologna, 2008; pp. 57.

¹⁵² *Vademecum* del Ministero del Lavoro, novembre 2010, *Il distacco dei lavoratori nell'Unione europea. Vademecum ad uso degli ispettori e delle imprese*, in *Giur. Lav.*, 2011, n. 3; pp. 16 – 17.

- il distacco non deve essere effettuato per sostituire un lavoratore con un altro.

Le misure relative al distacco hanno lo scopo di facilitare le cose per i datori di lavoro (e i lavoratori) quando è necessario inviare persone a lavorare temporaneamente in un altro paese. Il distacco non deve essere quindi utilizzato per coprire posti di lavoro permanenti, o eseguire contratti a durata indeterminata mediante successivi distacchi di diversi lavoratori, per gli stessi posti e per gli stessi scopi¹⁵³.

Oltre a questi due requisiti principali, è necessario tener conto anche di altri aspetti altrettanto rilevanti.

In primo luogo il datore di lavoro deve normalmente esercitare le sue attività nello Stato d'invio; inoltre, affinché si possa considerare che un lavoratore svolge un lavoro per conto del datore di lavoro, deve esistere un legame organico per tutto il periodo del distacco tra questo datore di lavoro e il lavoratore distaccato¹⁵⁴.

Il riferimento allo svolgimento normale o abituale dell'attività nello Stato d'invio, indica che l'attività generalmente svolta, deve essere un'attività sostanziale e dunque non una mera attività di amministrazione interna del territorio. L'esistenza di questo requisito può essere provata prendendo in considerazione alcuni fattori oggettivi che, però, cambiano da impresa ad impresa in quanto devono tener conto delle caratteristiche specifiche di ognuna delle imprese e della natura reale delle attività esercitate. È inoltre necessario che le istituzioni verifichino che il datore di lavoro che richiede il distacco sia realmente il datore di lavoro dei lavoratori interessati da detto distacco.

Relativamente al legame organico, invece, si tratta del rapporto di dipendenza che lega l'impresa distaccante (o il datore di lavoro distaccante)

¹⁵³ Guida Pratica : *la legislazione applicabile ai lavoratori nell'Unione Europea (UE), nello Spazio economico europeo (SEE) e in Svizzera*. Commissione europea; pp. 6.

¹⁵⁴ EADEM.

e il lavoratore distaccato. Il tal senso dunque, per poter considerare reale questo legame, è necessario che discenda e permanga tra le stesse persone che hanno stipulato il contratto di lavoro.

Una delle caratteristiche più importanti del distacco transnazionale, che consente di garantire standard analoghi sull'intero territorio nazionale, è quella prevista dall'art. 3 del d.lgs. 72/2000.

L'articolo prevede che nell'ambito delle prestazioni di servizi transnazionali, anche nei confronti delle ditte stabilite in Paesi stranieri non appartenenti alla Comunità Europea, per i rapporti di lavoro tra imprese estere e lavoratori distaccati in Italia si applicano, << durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco >> (articolo 3, comma 1, decreto legislativo n. 72/2000). Con riferimento dunque agli ambiti previsti dalla norma, sia a livello di fonti del diritto, sia a livello di disposizioni amministrative, sia infine a livello di contrattazione collettiva, trova applicazione la legge italiana nei confronti delle aziende stabilite in Paesi della Comunità Europea o in Paesi extra-CEE che distacchino lavoratori in Italia in esecuzione di contratti di prestazioni di servizi transnazionali¹⁵⁵.

Dunque, nello specifico, se l'attività lavorativa è svolta in Italia, si applicano durante il periodo del distacco, le norme italiane che disciplinano le seguenti materie :

¹⁵⁵ VENTURI D., *Gli obblighi in materia di lavoro e contribuzione delle aziende comunitarie operanti in Italia. In particolare il distacco comunitario*, Working Paper n. 49/2008; www.bollettinoadapt.it ; pp. 5

- periodi massimi di lavoro e periodi minimi di lavoro;
- durata minima delle ferie annuali retribuite;
- tariffe minime salariali;
- condizioni di cessione temporanea dei lavoratori;
- sicurezza, salute e igiene sul lavoro;
- parità di trattamento fra uomo e donna¹⁵⁶.

Nei confronti delle aziende comunitarie che distaccano lavoratori in Italia, trovano applicazione, in materia di periodi massimi e minimi di lavoro, le disposizioni sostanziali e il regime sanzionatorio previsti dal d.lgs. n. 66/2003, concernente la materia dell'orario di lavoro. Relativamente alle tariffe minime salariali, l'art. 3 della Direttiva 96/71/CE stabilisce che la nozione di tariffa minima salariale "*è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato*". Pur non esistendo in Italia un trattamento minimo salariale legalmente definito, la fissazione dello stesso è contenuta nei contratti collettivi di lavoro stipulati nei diversi settori produttivi dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, nel rispetto del principio di proporzionalità della retribuzione ex art. 36 Cost.

Con riguardo alla sicurezza, la salute e l'igiene, trovano applicazione le disposizioni sostanziali e l'apparato sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 81/2008, ovvero il Testo Unico Sicurezza; infine per assicurare la parità di trattamento tra uomo e donna, si applica il diritto italiano in materia di

¹⁵⁶ *Vademecum* del Ministero del Lavoro, novembre 2010, *Il distacco dei lavoratori nell'Unione europea. Vademecum ad uso degli ispettori e delle imprese*, in *Giur. Lav.*, 2011, n. 3; pp. 20 – 21.

divieto di discriminazione, anche di genere, il Codice delle pari opportunità : d.lgs. n. 198/2006 e successive modifiche¹⁵⁷.

L'invio all'estero del lavoratore presuppone l'esercizio dal parte del datore di lavoro del potere di modificare il luogo di esecuzione della prestazione. Si pone quindi il problema di chiarire se l'art. 2103 c.c. sia invocabile o meno. La giurisprudenza di legittimità ha sempre subordinato l'esercizio del potere datoriale all'acquisizione del consenso del lavoratore, indipendentemente dalla natura definitiva o provvisoria della permanenza nel paese di destinazione. In dottrina si è giustificato questo orientamenti considerando che l'invio all'estero incide in maniera sostanziale sugli equilibri contrattuali, tanto da comportare un cambiamento nelle condizioni di vita personale, familiare e sociale del lavoratore. Dunque secondo un primo orientamento, l'assenso del lavoratore si configurerebbe come requisito essenziale della fattispecie¹⁵⁸.

Questa conclusione è contraddetta da quanti negano che lo svolgimento del lavoro all'estero possa condizionare l'applicabilità dell'art. 2103 c.c., considerando che a tale circostanza non è attribuito dal disposto in questione alcuna rilevanza. Ne conseguirebbe dunque l'irrelevanza del consenso del lavoratore, salvo diversa pattuizione in merito, e la necessità di procedere all'accertamento delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive richieste dalla norma codicistica. Questa seconda soluzione non si traduce in minori garanzie per lavoratore, dal momento che sancendo l'irrelevanza dell'assenso del lavoratore al trasferimento si nega la configurabilità di una deroga pattizia ai vincoli dettati dall'art. 2103 c.c.. Proprio la considerazione dell'inderogabilità della norma, induce a

¹⁵⁷ *Vademecum* del Ministero del Lavoro, novembre 2010, *Il distacco dei lavoratori nell'Unione europea. Vademecum ad uso degli ispettori e delle imprese*, in *Giur. Lav.*, 2011, n. 3; pp. 20 – 25.

¹⁵⁸ ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre of the study of European Labour Law “MASSIMO D'ANTONA”, 2012; pp. 65 – 66.

suggerire una terza soluzione; infatti la peculiarità della fattispecie porta a non considerare sufficiente la sussistenza delle ragioni oggettive giustificatrici del trasferimento all'estero e a richiedere anche l'acquisizione del consenso del lavoratore¹⁵⁹.

Per concludere è necessario richiamare altri due profili della fattispecie in questione, ovvero il profilo retributivo e quello contributivo.

Per quanto riguarda gli obblighi retributivi, la retribuzione dovuta ai lavoratori comunitari operanti in Italia è quella prevista dai contratti collettivi applicabili in Italia. Questo principio, stabilito in via generale dall'articolo 57, legge n. 218/1994, in combinato disposto con l'articolo 6 della Convenzione di Roma del 1980, non subisce eccezioni neppure in caso di distacco, come esplicitamente previsto dall'articolo 3, comma 1, decreto legislativo n. 72/2000, per le retribuzioni dei lavoratori distaccati. Al riguardo, il recentissimo documento della Commissione Europea COM(2007)304 def. stabilisce che «<< gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire che le retribuzioni minime, ove pertinenti, siano applicate ai datori di lavoro che forniscono servizi all'interno del proprio territorio, indipendentemente dal Paese di stabilimento del datore di lavoro, e la legislazione comunitaria non proibisce agli Stati membri di applicare tali norme utilizzando gli strumenti appropriati >>». Si segnala però che, nell'ambito del distacco transnazionale intracomunitario, vige il regime di responsabilità solidale tra impresa distaccante ed impresa distaccataria previsto dall'articolo 3, comma 3, decreto legislativo n. 72/2000¹⁶⁰.

Relativamente, invece, agli obblighi contributivi, la regola generale è quella dell'applicazione del regime contributivo del luogo in cui si svolge

¹⁵⁹ ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2012; pp. 66 – 67.

¹⁶⁰ VENTURI D., *Gli obblighi in materia di lavoro e contribuzione delle aziende comunitarie operanti in Italia. In particolare il distacco comunitario*, Working Paper n. 49/2008; www.bollettinoadapt.it; pp. 11

l'attività lavorativa, la c.d. *lex loci laboris*, vale a dire la legge italiana. La fonte normativa di tale obbligo è da rinvenire nel diritto comunitario, ed in particolare all'articolo 13, regolamento CEE n. 1408/1971¹⁶¹.

Naturalmente, trattandosi di un regolamento, la norma è direttamente applicabile nel nostro Paese, senza necessità di recepimento. Tuttavia, nel caso di "*distacco*", l'articolo 14 del regolamento CEE n. 1408/1971 prevede in materia previdenziale l'opposto regime dell'applicazione del principio di personalità, vale a dire l'applicazione della legislazione del Paese di residenza del lavoratore, qualora eserciti parte della sua attività in tale Paese, ovvero il regime del Paese di residenza dell'azienda, qualora il lavoratore sia residente in un Paese in cui non svolge ordinariamente la propria attività lavorativa¹⁶².

2.5 Il sistema di sicurezza sociale

Le ipotesi correlate all'esecuzione delle prestazioni lavorative all'estero, possono essere ricondotte alla seguente casistica:

- impresa italiana che assume lavoratori italiani che svolgano la propria prestazione all'estero;
- impresa italiana che assume lavoratori stranieri da impiegare nel Paese di provenienza di questi ultimi;

¹⁶¹ Art. 13, par. 2, lett. a) : << la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato anche se risiede nel territorio di un altro Stato membro o se l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende ha la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato membro >>.

¹⁶² VENTURI D., *Gli obblighi in materia di lavoro e contribuzione delle aziende comunitarie operanti in Italia. In particolare il distacco comunitario*, Working Paper n. 49/2008; www.bollettinoadapt.it; pp. 11 – 12.

- impresa italiana che assume lavoratori stranieri da impiegare in un Paese terzo¹⁶³.

Va precisato che sia la nazionalità dei lavoratori stranieri, sia il Paese di esecuzione del lavoro possono appartenere all'Unione europea, ovvero all'area extracomunitaria.

Tali variabili complicano inevitabilmente l'individuazione della normativa prevenzionistica applicabile al rapporto di lavoro, che deve comunque essere valutata alla luce dei generali principi di diritto internazionale privato. Questi ultimi - superando la precedente impostazione definita dagli artt. 25 e 31 disp. prel. cod. civ., che imponeva, di fatto, l'applicazione della legge italiana tutte le volte che fosse risultata più favorevole per il lavoratore - valorizzano, in primo luogo, due criteri: la scelta delle parti e la legislazione del luogo di svolgimento della prestazione. Più precisamente, si pone la seguente alternativa:

- le parti individuano la legge applicabile al rapporto; in questo caso occorrerà verificare se la legislazione prevenzionistica applicabile non pregiudichi norme imperative del Paese di svolgimento del lavoro o del Paese con cui il rapporto presenti un collegamento più stretto;
- le parti non operano alcuna scelta; troverà allora applicazione la legge del Paese estero di esecuzione dell'attività lavorativa, ovvero del Paese con cui il rapporto presenta il collegamento più stretto.

È evidente che tali principi potrebbero determinare l'applicazione di standard di sicurezza inferiori a quelli garantiti dalla legislazione italiana,

¹⁶³ LANOTTE M.; *Rapporto di lavoro transnazionale e obbligo di sicurezza*; www.sanpaoloimprese.com; pp. 4.

qualora il Paese estero fosse meno avanzato nella definizione del sistema prevenzionistico.

Sotto tale profilo operano le clausole di salvaguardia di cui agli artt. 7 e 16 della Convenzione di Roma, che impongono comunque di rispettare i principi di ordine pubblico internazionale, mediante l'individuazione di una serie di norme di applicazione necessaria. Ed è indubbio che la tutela della salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro debba costituire un principio comune a tutte le legislazioni del lavoro, anche alla luce della protezione e della primaria importanza riconosciuta dalle fonti internazionali ai valori fondamentali della persona. Ne deriva, pertanto, che a prescindere della legge applicabile al rapporto di lavoro, devono essere garantite le forme di tutela indispensabili affinché la prestazione lavorativa sia resa in condizioni di sicurezza¹⁶⁴.

Lo Stato membro nel cui territorio vengono temporaneamente distaccati dei lavoratori, deve garantire ai predetti lavoratori, << qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro >> un nucleo essenziale di norme protettive, tra cui rientrano le condizioni riguardanti i periodi di lavoro e di riposo, le tariffe salariali minime ed altri aspetti del rapporto d'impiego¹⁶⁵. Di fatto, dunque, la direttiva del 1996 ha posto a carico degli Stati membri l'obbligo di conferire unilateralmente carattere di imperatività ad alcune delle proprie norme, così che le stesse possano applicarsi – a seguito della trasposizione della direttiva medesima – quale che sia la *lex contractus*. La direttiva si propone di “correggere” i possibili inconvenienti che possono dar luogo, nel mercato interno, a distorsioni dell'equilibrio concorrenziale. Dunque, realizza gli interessi del mercato interno, producendo mediamente un innalzamento della tutela del lavoratore distaccato. Ma non solo, la direttiva accetta che gli ordinamenti

¹⁶⁴ LANOTTE M.; *Rapporto di lavoro transnazionale e obbligo di sicurezza*; www.sanpaoloimprese.com; pp. 4.

¹⁶⁵ Art. 3, par. 1, direttiva 96/71/CE: “*Condizioni di lavoro e di occupazione*”.

giuridici dei singoli Stati membri continuino ad accordare al lavoratore garanzie solo in parte uniformi; essa infatti non pretende di cancellare tali divergenze, ma solo di coordinarle sincronizzando le pertinenti regole nazionali¹⁶⁶.

Una fattispecie che dà luogo ad un particolare regime di sicurezza sociale è quello relativo al distacco del lavoratore italiano in un paese extra UE. Sulle condizioni di lavoro di questi ultimi incide la legge n. 398 del 1987, che tutela, appunto, i lavoratori italiani che operano in paesi terzi, ovvero paesi non membri dell'Unione Europea¹⁶⁷.

La legge in primis si occupa di assicurare ai lavoratori italiani un regime assicurativo, infatti all'art. 1 la legge n. 398 sancisce *l'obbligatorietà delle assicurazioni sociali per i lavoratori italiani operanti all'estero*¹⁶⁸. Il riferimento è necessario, in quanto si tratta di paesi con cui l'Italia non ha concluso accordi di sicurezza sociale, ma deve in qualche modo tutelare i propri lavoratori.

L'art. 3 e l'art. 4 della legge si occupa invece rispettivamente della modalità di applicazione dei regimi assicurativi e dei criteri per la contribuzione¹⁶⁹.

L'invio in paesi terzi è condizionato al rispetto di uno speciale regime di collocamento (art. 1, comma 4, l. 398/1987) e al rilascio di un'autorizzazione da parte del Ministero del lavoro a fronte di specifici

¹⁶⁶ FRANZINA P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e Diritto*, a. XXII, n. 1, 2008, pp. 109 ss.

¹⁶⁷ ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2012; pp. 58.

¹⁶⁸ Art. 1 legge 3 ottobre 1987, n. 398; Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 luglio 1987, n. 317, recante norme in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extra-comunitari e di rivalutazione delle pensioni erogate dai fondi speciali gestiti dall'INPS; (*GU n.231 del 3-10-1987*).

¹⁶⁹ Art. 3 e art. 4 legge 3 ottobre 1987, n. 398; Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 luglio 1987, n. 317, recante norme in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extra-comunitari e di rivalutazione delle pensioni erogate dai fondi speciali gestiti dall'INPS; (*GU n.231 del 3-10-1987*).

impegni assunti dal datore di lavoro nel contratto di lavoro¹⁷⁰, tra cui principalmente l'obbligo di garantire un << *trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di lavoro vigenti in Italia per la categoria di appartenenza del lavoratore*¹⁷¹>>.

Lo speciale regime di collocamento prevede un obbligo di iscrizione in apposite liste gestite dall'Ufficio regionale del lavoro del luogo di residenza (oggi

Direzione regionale del lavoro) per i lavoratori italiani disponibili a svolgere attività all'estero, al fine di ottenere il rilascio del nulla osta all'assunzione. La norma è però stata abrogata dal successivo d.lgs. 181/2000¹⁷², che ha soppresso tutte le liste di collocamento ordinarie e speciali, con eccezioni che però non comprendono quella in questione. La procedura di autorizzazione riguarda sia i lavoratori assunti sul territorio nazionale per lavorare all'estero sia quelli che vi siano trasferiti successivamente per l'esecuzione di opere, commesse o attività lavorative¹⁷³.

Il Ministero del lavoro e il Ministero degli affari esteri si occupano della procedura relativa al rilascio dell'autorizzazione all'espatrio per il lavoratore che deve prestare il proprio servizio all'estero. Il Ministero del lavoro autorizza l'assunzione o il distacco all'estero, mentre il Ministero

¹⁷⁰ ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2012; pp. 59.

¹⁷¹ Art. 2, comma 4, lett. b) legge 3 ottobre 1987, n. 398; Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 luglio 1987, n. 317, recante norme in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extra-comunitari e di rivalutazione delle pensioni erogate dai fondi speciali gestiti dall'INPS; (GU n.231 del 3-10-1987).

¹⁷² Art. 1-bis, comma 3 ; d.lgs. **21 aprile 2000, n. 181 (Testo coordinato con il d. lgs. 19 dicembre 2002, n. 297) "Disposizioni per agevolare l'incontro fra domanda ed offerta di lavoro, in attuazione dell'articolo 45, comma 1, lettera a), della legge 17 maggio 1999, n. 144"; pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 154 del 4 luglio 2000 : << Sono sopresse le liste di collocamento ordinarie e speciali, ad eccezione... >>.**

¹⁷³ ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2012; pp. 60.

degli affari esteri si occupa di trasmettere al Ministero del lavoro il proprio parere in merito alle generali condizioni del Paese di destinazione, che devono essere tali da offrire idonee garanzie di sicurezza per il lavoratore. L'intero iter procedurale può durare 75 giorni (90 se il datore è all'estero), termine per il cosiddetto silenzio accoglimento. Una proroga di ulteriori trenta giorni è possibile in caso sia necessario integrare la documentazione da parte del datore; successivamente sulla base di questa documentazione, il Ministero potrà accertare la sussistenza delle condizioni di legge¹⁷⁴.

¹⁷⁴ ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2012; pp. 61 – 62.

CAPITOLO 3

I CONTRATTI DI RETE

3.1 Nozione di contratto di rete : art. 3, comma 4-ter, L. 33 del 2009

Il concetto di rete di impresa è stato introdotto per la prima volta dall'art. 6-bis della legge n. 133/2008¹⁷⁵ che rinviava ad un decreto del Ministro per lo Sviluppo economico la definizione delle caratteristiche delle reti. Il decreto non entrò mai in vigore, quindi solo con la legge n. 33 del 2009 si è avuta la disciplina della rete di imprese con la determina del suo contratto¹⁷⁶.

Nella sua originaria formulazione l'art 3, co. 4-ter, l. n. 33/09 prevedeva che *“con il contratto di rete due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato”*¹⁷⁷.

Sulla natura del contratto di rete non esiste una dottrina unitaria, ma ci sono diversi orientamenti:

¹⁷⁵ Art. 6-bis della legge n. 133/2008; *Distretti produttivi e reti di imprese* : << Al fine di promuovere lo sviluppo del sistema delle imprese attraverso azioni di rete che ne rafforzino le misure organizzative, l'integrazione per filiera, lo scambio e la diffusione delle migliori tecnologie, lo sviluppo di servizi di sostegno e forme di collaborazione tra realtà produttive anche appartenenti a regioni diverse, con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono definite le caratteristiche e le modalità di individuazione delle reti delle imprese e delle catene di fornitura >>.

¹⁷⁶ LOPORCHIO M., *Le reti di impresa: cosa sono e quali vantaggi offrono*, in www.marcellaloporchio.it, 2013; pp. 1.

¹⁷⁷ GUZZARDI G., *Il contratto di rete*, Dottorato di ricerca in diritto privato; www.archivia.unict.it; pp. 55.

- Cafaggi : “La normativa non introduce un nuovo tipo contrattuale, ma costituisce lo schema di un contratto transtipico destinato ad essere impiegato per funzioni diverse, singole o combinate”;

- Maltoni : “Il contratto di rete è uno schema organizzativo residuale capace di accogliere qualsiasi ipotesi di coordinamento che due o più imprese intendono creare fra loro, non volendo ricorrere ad altre forme di organizzazione già regolate dal nostro ordinamento”;

- Camardi : “Non si tratta di un tipo contrattuale vero e proprio, ma di una disciplina elettivamente destinata ad integrarsi con quella di altri tipi, il che spiegherebbe il carattere ibrido delle relative previsioni, tra contratto e organizzazione”;

- Briganti : considera il contratto di rete una forma di rapporto associativo intermedia tra un contratto di collaborazione e un’organizzazione complessa come quella societaria¹⁷⁸.

La configurazione attuale del contratto di rete definisce con maggiore chiarezza l’appartenenza della figura all’area contrattuale ed in particolare a quella del contratto plurilaterale¹⁷⁹.

¹⁷⁸ TAROCCO F., *I contratti di rete*, Relazione del 24 settembre 2012; www.senaf.it; pp. 1.

¹⁷⁹ CAFAGGI F. *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*. Pubblicato in *Contratti* n. 5 2011; pp. 3 – 4.

Più nello specifico, un contratto plurilaterale con comunione di scopo¹⁸⁰.

Infatti, l'art. 3, comma 4-ter della legge 33 del 2009, dopo la novella apportata dall'art. 42 della legge n. 122/2010 prevede che : << *con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa* >>.

Si fa riferimento al contratto plurilaterale in quanto, nell'ambito di una cooperazione reticolare, essendo imposto *ex lege* l'obbligo di accrescere, non solo individualmente, ma anche collettivamente la propria capacità innovativa e la propria competitività, il risultato perseguito da ciascun aderente è dato dallo svolgimento di un'attività comune¹⁸¹. Dunque, alla luce di ciò, la definizione di contratto plurilaterale sembra quella che più di ogni altra risponde alla *voluntas legis* istitutiva del contratto di rete.

L'introduzione di tale strumento giuridico-economico si presta ad essere un valido veicolo sia per le piccole e medie imprese (PMI) che, attraverso la cooperazione ed integrazione di ricchezza, hanno la possibilità di raggiungere obiettivi di sviluppo superiori a quelli che riuscirebbero a

¹⁸⁰ VILLA G., *Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in *Reti di imprese e contratti di rete* (a cura di P. Iamiceli), Giappichelli, Torino, 2009, pp. 110 ss;

MOSCO G.D., *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. Comm.*, I, 2010, 862, secondo il quale il contratto di rete è <<un contratto tipico rientrante nella categoria dei contratti plurilaterali con scopo comune >>.

¹⁸¹ GUZZARDI G., *Il contratto di rete*, Dottorato di ricerca in diritto privato; www.archivia.unict.it; pp. 61.

perseguire agendo *uti singuli*, che per le grandi imprese, poiché l'aggregazione consente a imprese specializzate in campi diversi di avvalersi della sinergia della rete per rafforzare il proprio business o per svilupparne uno nuovo, nonché per gestire e superare momenti di crisi, servendosi dell'esperienza delle altre imprese partecipanti¹⁸².

Quindi, il presupposto da cui è partito il legislatore è stato la constatazione che vi sono attività produttive che le piccole e medie imprese non riescono a perseguire da sole, vuoi per ragioni dimensionali, vuoi per ragioni tecniche, e il ricorso al contratto di rete consentirebbe, invece, di far apparire grandi i piccoli, senza dover ricorrere a forme più impegnative al limite dell'integrazione strutturale – la fusione – o ad un livello inferiore di integrazione come nel gruppo¹⁸³.

Le reti non hanno né personalità giuridica né soggettività tributaria. Con la sottoscrizione di un contratto di rete non si crea, quindi, un nuovo soggetto giuridico né una nuova e distinta attività d'impresa rispetto a quella dei soggetti aderenti, poiché esso risulta un contratto tra più soggetti, i quali rimangono distinti e indipendenti, ma che si coordinano esclusivamente per il raggiungimento dello scopo comune prefissato dal contratto di rete¹⁸⁴.

In realtà, relativamente alla possibilità per la rete di costituire un soggetto giuridico distinto dalle imprese partecipanti, era sorto uno dei principali problemi giuridici. La questione è stata oggetto di attenzione soprattutto negli ultimi tempi. La disciplina civilistica del contratto di rete, infatti, ha subito recentemente alcune rilevanti modifiche che hanno

¹⁸² CONSORZIO PER L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA; *Reti di impresa*; www.vt.camcom.it; pp. 3.

¹⁸³ GRANIERI M., *Il contratto di rete : una soluzione in cerca del problema?*, in *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito*, 2009, pp. 935.

¹⁸⁴ CONSORZIO PER L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA; *Reti di impresa*; www.vt.camcom.it; pp.14.

contribuito a cambiare sensibilmente la fisionomia della fattispecie contrattuale. Si tratta, in particolare, delle novità introdotte prima dall'articolo 45 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 (cosiddetto *decreto crescita*), convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, e poi dall'articolo 36 del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (cosiddetto *decreto crescita-bis*), convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

Le imprese della rete, infatti, mediante l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede della "rete", possono dare vita ad un nuovo soggetto di diritto, giuridicamente autonomo rispetto alle singole imprese aderenti al contratto¹⁸⁵.

Dunque, la rete nasce come strumento meramente contrattuale, ma se le parti contraenti vogliono creare con la rete un autonomo soggetto giuridico, altro e diverso rispetto alle imprese contraenti, possono far acquisire soggettività giuridica alla rete, definita "rete soggetto" per distinguerla dalla rete meramente contrattuale detta "rete contratto"¹⁸⁶.

Più nello specifico, il legislatore ha dapprima - con la legge 7 agosto 2012 n. 134 - previsto in generale per le reti di impresa dotate di fondo comune la possibilità di iscriversi nella sezione del registro delle imprese del luogo ove la rete ha sede, stabilendo che da tale iscrizione discendesse *ipso iure* l'acquisto della soggettività giuridica¹⁸⁷. Subito dopo con il d.l. n. 179 del 2012 la materia è stata completamente rivista nel senso che il contratto di rete << *che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salvo la facoltà di acquisto della*

¹⁸⁵ Circolare n. 20/E; Agenzia delle entrate; Roma, 18 giugno 2013; pp. 3.

¹⁸⁶ Camere di Commercio; Guida sintetica per utenti esperti sugli adempimenti societari : la rete "soggetto"; www.registroimprese.it; pp. 4

¹⁸⁷ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014, pp. 384.

*stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte >>>*¹⁸⁸. In sostanza la rete, seppure dotata di fondo patrimoniale e organo comune, ha la facoltà – non più l’onere – di acquisire la soggettività mediante l’iscrizione presso la sezione ordinaria del registro delle imprese¹⁸⁹.

Ad esito di questo continuo affinamento della disciplina normativa, oggi esistono almeno tre modelli contrattuali da utilizzare per individuare lo schema di collaborazione tra imprese più consono alle esigenze delle imprese coinvolte nella rete.

Un primo tipo di contratto è privo di fondo comune; in questo caso le imprese retiste collaborano per perseguire obiettivi comuni e gli aderenti sono impegnati individualmente senza benefici di limitazione della responsabilità. Un secondo tipo di contratto è quello che vede la costituzione di un fondo patrimoniale e dell’organo comune ed è destinato a svolgere attività anche commerciale con i terzi. Questo modello, ancora senza soggettività, è caratterizzato da un regime di responsabilità limitata al solo fondo comune in relazione al programma di rete¹⁹⁰. Il terzo è un modello con soggettività giuridica, in cui la rete diventa essa stessa un nuovo operatore economico distinto dai singoli aderenti¹⁹¹. Nell’esperienza di questi anni l’avvicinamento delle imprese la contratto di rete è stato in una prima fase lento ed oculato, per poi intensificarsi nelle fasi successive. Da un’analisi dei primi contratti stipulati risulta che pochissime sono le imprese che hanno scelto il modello di rete con soggettività giuridica, probabilmente perché nella prassi le reti nascono come reti di fatto, non solo prive di soggettività giuridica ma neanche regolate da un contratto¹⁹².

¹⁸⁸ DECRETO-LEGGE 18 ottobre 2012, n. 179 ; *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*, art. 36, comma 4, lett. a).

¹⁸⁹ MILELLA M., *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, in *I contratti*, 2013, pp. 403.

¹⁹⁰ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014, pp. 385.

¹⁹¹ CAFAGGI F., IAMICELI P., MOSCO G.D., *Il contratto di rete e le prime pratiche : linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *I contratti*, 2013, pp. 802.

¹⁹² GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014, pp. 385.

Nella formazione di una rete di impresa la formale contrattualizzazione avviene solo in un secondo momento, quando, cioè, la preesistente rete di fatto ha dimostrato di essere in grado di traghettare le singole imprese aderenti verso l'auspicato aumento di competitività e concorrenzialità, vale a dire, in concreto, quando la rete ha fatto ottenere una percentuale di fatturato superiore rispetto alla somma dei fatturati delle singole imprese¹⁹³.

È comunque alle reti di imprese prive di soggettività giuridica, che fa riferimento il legislatore del 2013 nella disciplina del distacco e della codatorialità, perché i due istituti presuppongono la presenza di soggetti giuridici distinti. Una rete soggetto giuridico, infatti, sarebbe essa stessa titolare dei rapporti di lavoro e i lavoratori coinvolti svolgerebbero la propria prestazione direttamente per la rete, senza bisogno di ricorrere alla codatorialità e al distacco¹⁹⁴.

Prima di analizzare nello specifico gli elementi costitutivi del contratto di rete, possiamo in generale affermare che la rete rappresenta una struttura "aperta" sotto diversi punti di vista. Dal punto di vista soggettivo non ci sono vincoli per quanto riguarda forma giuridica, numero dei partecipanti, localizzazione e settore produttivo dei soggetti aderenti. La rete potrebbe essere costituita da organizzazioni con forma giuridica diversa tra loro (c.d. reti miste); non è previsto un numero minimo di aderenti, potendo sottoscrivere il contratto di rete anche solo due imprenditori. Dal punto di vista della tempistica, una volta costituita la rete, questa dovrà essere aggiornata con i nominativi dei nuovi aderenti, nonché con i nominativi delle imprese che lasceranno la rete; inoltre la rete non ha vincoli temporali per la realizzazione degli obiettivi, se non quelli stabiliti dal contratto stesso. In termini merceologici la rete può essere sottoscritta da

¹⁹³ MILELLA M., *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, in *I contratti*, 2013, pp. 404.

¹⁹⁴ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014, pp. 385 ss.

organizzazioni che operano in settori diversi, purché abbiano individuato e formalizzato uno scopo comune “per fare rete”. Infine in termini territoriali, la legge non impone vincoli di appartenenza geografica tra gli imprenditori aderenti alla rete, anzi possono costituire una rete anche le filiali di società estere, con stabile organizzazione in Italia; inoltre nulla vieta che un’organizzazione possa partecipare a più reti che si prefiggano obiettivi diversi ma tutti connessi o inerenti all’attività svolta dall’organizzazione stessa, a meno che non sia espressamente vietato nel singolo contratto di rete¹⁹⁵.

3.2 Gli elementi costitutivi del contratto di rete

L’art. 3, comma 4-ter della legge 33 del 2009, così come novellato dall’art. 42 della legge n. 122/2010 prevede che : << *Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di...>> .*

Dunque, con il riferimento agli imprenditori, il legislatore ha voluto limitare l’utilizzo di tale contratto solo alle imprese. Quindi si deve ritenere esclusa la possibilità che siano parti del contratto di rete anche soggetti che non rivestono la qualifica di imprenditori ai sensi dell’art. 2082 c.c.^{196 197}.

I contraenti devono dunque essere imprenditori indipendentemente dalla loro rispettiva natura¹⁹⁸; le aziende partecipanti possono avere diverse forme giuridiche, che possono andare dalla ditta individuale alla società di capitali, passando per la società di persone. Né possono quindi far parte anche artigiani, come commercianti, in quanto si tratta di tipologie di

¹⁹⁵ CONSRIZIO PER L’INNOVAZIONE TECNOLOGICA; *Reti di impresa*; www.vt.camcom.it; pp. 5 – 6.

¹⁹⁶ ESPOSITO M., *Contratto di rete*. AltalexPedia; 2013.

¹⁹⁷ Art. 2082; Imprenditore : È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

¹⁹⁸ Guida pratica al *Contratto di rete d’impresa*; Novembre 2011; www.retimpresa.it ; pp. 8.

attività imprenditoriali che sono oggetto di iscrizione nel registro delle imprese¹⁹⁹. Il requisito soggettivo dell'essere impresa è elemento essenziale; deve ritenersi pertanto nulla la partecipazione del soggetto privo di tale requisito²⁰⁰.

Tutto ciò è confermato anche dalla Circolare 15/E del 2011 dell'Agenzia delle entrate, la quale fa rientrate tra le imprese interessate quelle che << *hanno originariamente sottoscritto un contratto di rete, sia le imprese che hanno aderito a un contratto di rete già esistente, indipendentemente dalla forma giuridica, dalle dimensioni aziendali, dalla tipologia di attività svolta o dal settore economico di riferimento, nonché dalla localizzazione territoriale* >>²⁰¹.

Per questo motivo sono esclusi dal contratto di rete i soggetti che non sono imprenditori, come i liberi professionisti, le associazioni di categoria o le pubbliche amministrazioni. Nel caso in cui, erroneamente, dovessero risultare partecipanti, il contratto sarebbe inefficace; a meno che tra il soggetto che non può aderire e il soggetto esecutore non venga stipulato un accordo con il quale si definiscono le modalità di partecipazione del soggetto esterno alle iniziative della rete²⁰².

Il contratto di rete può prevedere nuove adesioni, in questi casi la modifica del contratto dovrà risultare da atto pubblico o scrittura privata autenticata e la versione aggiornata dovrà essere nuovamente depositata presso il registro delle imprese²⁰³. Infatti, in caso di modifica del contratto, per inserirvi le nuove imprese ed eventualmente eliminare quelle uscite, la

¹⁹⁹ Unioncamere; *Le reti di imprese : istruzioni per l'uso*; Marzo 2013; www.unioncamere.it ; pp. 29.

²⁰⁰ CAFAGGI F., in F. Cafaggi (a cura di), *Il contratto di rete – Commentario*, Il Mulino, 2009, pag. 34.

²⁰¹ Circolare n. 15/E; Agenzia delle entrate; Roma, 14 aprile 2011.

²⁰² Unioncamere; *Le reti di imprese : istruzioni per l'uso*; Marzo 2013; www.unioncamere.it ; pp. 30.

²⁰³ Consorzio per l'innovazione tecnologica, Dintec; *Reti di imprese : FAQ*; www.vt.camcom.it ; pp. 12.

legge (comma 4-*quater*, art. 3, legge 33/2009²⁰⁴) prevede che il nuovo contratto venga iscritto nel registro delle imprese da parte di una sola impresa, quella c.d. di riferimento; registro presso cui quest'ultima è iscritta. Spetterà poi a tale ufficio dare comunicazione dell'avvenuta iscrizione ai registri presso cui sono iscritte le altre imprese partecipanti alla rete²⁰⁵.

È da precisare che il contratto di rete ha solitamente una struttura aperta, però ciò non toglie che possono anche essere stipulati dei contratti di rete "chiusi", ovvero contratti che non prevedano l'adesione di nuove organizzazioni successivamente al suo deposito²⁰⁶.

Relativamente alla **causa** del contratto di rete, prima dell'ultima modifica, l'art. 4-ter presentava una formulazione estremamente discutibile. Vi si leggeva, infatti, che le parti del contratto di rete avevano lo "*scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato*" e che il contratto medesimo doveva contenere "*l'indicazione degli obiettivi strategici ... che dimostrino il miglioramento della capacità innovativa e della competitività sul mercato*". Con il D.L. n. 78/10, il Legislatore ha integralmente riformulato le disposizioni in parola²⁰⁷, infatti, l'art. 3, comma 4-ter, ora sancisce : <<...*più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato...*>>²⁰⁸. La successiva lettera b), invece, prevede che il contratto contenga : << *l'indicazione degli*

²⁰⁴ Comma 4-*quater*: << *Il contratto di rete è soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascuna parte e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni pre-scritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari* >>.

²⁰⁵ Unioncamere; *Le reti di imprese : istruzioni per l'uso*; Marzo 2013; www.unioncamere.it ; pp. 31.

²⁰⁶ Consorzio per l'innovazione tecnologica, Dintec; *Reti di imprese : FAQ*; www.vt.camcom.it ; pp. 12.

²⁰⁷ ESPOSITO M., *Esperto in modelli normativi di governance dei rapporti tra imprese indipendenti, fra distretti e "reti"*, Tesi di Dottorato, 2010-2011, www.dspace.unive.it ; pp. 221 ss.

²⁰⁸ Legge 30 luglio 2010, n. 122 "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010 n. 78*"; art. 42. Reti di imprese.

obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi >>. In primo luogo, la capacità innovativa non è più “reciproca” ma diventa “propria” delle imprese, con la precisazione il suo accrescimento può riguardare tutte le imprese collettivamente oppure solo alcune di esse individualmente. In secondo luogo, rimane l'onere di indicare gli obiettivi, ma questi non devono più dimostrare lo scopo. Gli obiettivi ora devono essere intesi come risultati, concreti e percepibili, raggiunti nel percorso verso lo scopo finale dell'accrescimento della capacità innovativa e della competitività. Molto più correttamente, non si chiede più che gli obiettivi dimostrino lo scopo, ma si richiede che siano stabilite le modalità per stimare in che misura essi vengano raggiunti²⁰⁹. La causa del contratto è, quindi, l'accrescimento della capacità innovativa e della competitività delle imprese²¹⁰ che partecipano al contratto. Il beneficio deve essere al contempo individuale e collettivo e deve quindi riguardare tutte le imprese; potrebbero esserci delle differenze a livello qualitativo o quantitativo, ma mai tali da escludere una delle imprese o concentrarsi solo su una di esse.

Passando ad analizzare la **forma** del contratto, la norma di riferimento è sempre l'art. 3 della l. n. 33/2009, così come modificata dall'art. 42 della l. 122 del 2010, il cui comma 4-ter sancisce : << *Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata o per atto firmato digitalmente²¹¹ e deve indicare...>>²¹².*

²⁰⁹ ESPOSITO M., *Esperto in modelli normativi di governance dei rapporti tra imprese indipendenti, fra distretti e “reti”*, Tesi di Dottorato, 2010-2011, www.dspace.unive.it ; pp. 222 ss.

²¹⁰ ESPOSITO M., *Contratto di rete*. AltalexPedia; 2013.

²¹¹ Documento munito di firma digitale ai sensi del d.lgs. n. 82/2005, c.d. “Codice dell'amministrazione digitale”. La firma digitale è disciplinata agli artt. 24 e 25 di tale decreto; l'art. 24 prevede al primo comma che :” *La firma digitale deve riferirsi in maniera univoca ad un solo soggetto ed al documento o all'insieme di documenti cui e' apposta o associata*”.

²¹² Legge 30 luglio 2010, n. 122 “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-*

Dunque la forma scritta è richiesta in funzione della pubblicità, la quale viene assicurata mediante l'iscrizione al Registro delle imprese. L'efficacia del contratto, così come prevede la norma, inizia a decorrere nel momento in cui viene eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di coloro che ne sono stati sottoscrittori originari. La natura ha dunque natura costitutiva, poiché senza di essa il contratto non ha alcuna efficacia, sia nei confronti dei terzi ma soprattutto nei rapporti interni tra gli stessi contraenti. L'onere di procedere con scrittura privata autenticata o con atto pubblico, nonché l'onere dell'iscrizione è previsto anche nei casi di modifiche del testo contrattuale originario, di modifiche relative all'identità dell'organo comune o nel caso di nuove adesioni al contratto, necessari ai fini dell'adempimento degli obblighi pubblicitari²¹³.

Inizialmente la pubblicità del contratto di rete nel registro delle imprese era stata pensata dal legislatore come un onere soggettivo del singolo soggetto; successivamente è intervenuto modificando il disposto con la Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico n. 3649/C del 18 gennaio 2012. Quest'ultima prevede delle modifiche a livello tecnico, in particolare che *<< al fine di evitare duplicazioni di adempimenti in capo a tutte le imprese partecipanti al contratto di rete, si richiede di identificare un'unica "impresa di riferimento" per ogni contratto per semplificare la predisposizione e presentazione delle pratiche al Registro Imprese. L' "impresa di riferimento" non deve necessariamente coincidere con l'eventuale impresa mandataria o capogruppo: è esclusivamente una identificazione al fine della presentazione dei dati da iscrivere. La dichiarazione completa di tutti i dati richiesti e delle indicazioni di tutte le imprese partecipanti va presentata esclusivamente dall'impresa di riferimento (la prima volta e ad ogni variazione successiva, ad esempio per imprese nuove aderenti o che recedano dal contratto). Le altre imprese*

legge 31 maggio 2010 n. 78"; art. 42. Reti di imprese.

²¹³ Guida pratica al Contratto di rete d'impresa; Novembre 2011; www.retimpresa.it; pp. 9.

sono tenute esclusivamente ad iscrivere, ciascuna sulla propria posizione, il contratto e le sue successive modifiche >>²¹⁴. Il legislatore ha poi apportato un'ulteriore modifica con il decreto legge n. 83 del 2012, il cui art. 45 prevede da un lato che : << Se il contratto prevede l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune [...] la pubblicità di cui al comma 4-quater si intende adempiuta mediante l'iscrizione del contratto nel registro delle imprese del luogo dove ha sede la rete²¹⁵ >> e dall'altro che : << Le modifiche al contratto di rete, sono redatte e depositate per l'iscrizione, a cura dell'impresa indicata nell'atto modificativo, presso la sezione del registro delle imprese presso cui è iscritta la stessa impresa. L'ufficio del registro delle imprese provvede alla comunicazione della avvenuta iscrizione delle modifiche al contratto di rete, a tutti gli altri uffici del registro delle imprese presso cui sono iscritte le altre partecipanti, che provvederanno alle relative annotazioni d'ufficio della modifica >>²¹⁶.

Avendo precedentemente parlato della possibilità delle imprese non solo di aderire al contratto, successivamente al suo deposito, ma anche di poter uscire dallo stesso, facendo venir meno l'adesione, pare opportuno precisare che anche la modifica in tal senso deve essere sottoposta agli obblighi pubblicitari, così da poter garantire a chi intrattiene rapporti con la rete di essere a conoscenza dei suoi partecipanti.

L'**oggetto** del contratto di rete deve essere individuato esaminando congiuntamente le due parti che compongono il comma 4-ter: la prima alinea, che contiene una sorta di definizione generale della rete, e la seconda parte, che elenca per punti il contenuto obbligatorio del testo contrattuale. Anche su questo punto la norma, a seguito dell'ultima modifica, risulta profondamente diversa da com'era stata concepita originariamente.

²¹⁴ Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico n. 3649/C; 18 gennaio 2012.

²¹⁵ DECRETO LEGGE 22 giugno 2012 , n. 83; *Misure urgenti per la crescita del Paese*.

²¹⁶ EADEM.

Nella precedente versione si ricavava che l'oggetto del contratto era, sostanzialmente, l'obbligo ad esercitare "in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali" delle imprese stipulanti²¹⁷.

Ora l'art. 3, comma 4-ter, della L. n. 33/2009, modificato dalla L. n. 122/2010, prevede espressamente, con riferimento all'oggetto del contratto, che : << *più imprenditori, allo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato [...] si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese, ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica, ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa* >>²¹⁸.

Le parti, quindi, devono prima predisporre un programma di rete, ovvero un piano generico d'azione; e poi devono dare esecuzione alle attività ivi previste, che possono essere di tre diversi tipi :

- collaborare in forme ed in ambiti predeterminati;
- scambiarsi informazioni o prestazioni di qualsiasi natura;
- esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto delle rispettive imprese²¹⁹.

Le tre ipotesi di attività possono costituire, anche singolarmente, l'oggetto del contratto di rete. La forma più intensa di rete è quella *collaborativa*, in quanto accentua oltre modo la diversità dell'equilibrio tra

²¹⁷ ESPOSITO M., *Esperto in modelli normativi di governance dei rapporti tra imprese indipendenti, fra distretti e "reti"*, Tesi di Dottorato, 2010-2011, www.dspace.unive.it, pp. 224.

²¹⁸ Legge 30 luglio 2010, n. 122 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010 n. 78"; art. 42. Reti di imprese.

²¹⁹ ESPOSITO M., *Contratto di rete*. AltalexPedia; 2013.

gli interessi dei singoli partecipanti alla rete e l'interesse comune. La dottrina più attenta ai fenomeni reticolari, all'esito di un esame empirico dei primi contratti di rete stipulati nella prassi, riconosce che: *“Lo scambio di informazioni risulta spesso inquadrato nell'ambito di attività di collaborazione o di esercizio in comune di attività ... Lo scambio di prestazioni è più sotteso al testo contrattuale che esplicitamente menzionato ... La collaborazione sembra essere un ingrediente costante del programma di rete”*²²⁰.

Il secondo modello è quello relativo allo scambio di informazioni o di prestazioni, che meglio si adatta al perseguimento dello scopo di accrescere la capacità innovativa e la competitività delle imprese sul mercato; infine la terza tipologia è in realtà la prima ad essere stata individuata dal legislatore nella legge del 2009 e riguarda l'esercizio in comune di una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. La norma è stata, come sappiamo, oggetto di molte modifiche, l'ultima delle quali ha però fugato in maniera definitiva ogni dubbio sulla totale diversità tra il tipo contrattuale cui la rete appartiene e quello societario, dal quale si distacca per mancanza di personalità giuridica²²¹.

Dopo aver indicato la triplice configurazione che questo può assumere, la Legge richiede che il testo contrattuale indichi espressamente un programma di rete, il quale contenga *“l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante”* e *“le modalità di realizzazione dello scopo comune”* (comma 4-ter, lett. c). Emerge quindi che il contratto di rete ha una struttura bifasica. La prima fase, statica e programmatica, consiste nella dichiarazione degli obiettivi della rete nonché dei diritti e degli obblighi che le parti assumono per perseguire tali obiettivi. La seconda fase, dinamica ed esecutiva, consiste nello svolgimento concreto

²²⁰ CAFAGGI F., *Il contratto di rete nella prassi*, *I Contratti*, n. 5/2010, pp. 509.

²²¹ Guida pratica al *Contratto di rete d'impresa*; Novembre 2011; www.retimpresa.it ; pp. 12 – 13.

del programma di rete, ossia nell'individuazione e nell'attuazione delle operazioni specifiche attraverso le quali si intende realizzare lo scopo comune. Non si tratta della mera esecuzione di prestazioni già previste nel contratto, ma della concreta specificazione ed esecuzione di quanto ivi previsto solo in via programmatica. Il Legislatore rimette completamente all'autonomia negoziale delle parti la determinazione delle modalità di svolgimento dell'attività della rete, limitandosi a fornire due strumenti facoltativi che esse possono, ma non necessariamente devono, utilizzare: l'organo comune e il fondo patrimoniale comune²²².

L'art. 3, comma 4-ter, della l. n. 33/2009, e successive modifiche, non ha tralasciato di disciplinare anche il **contenuto** del contratto di rete. Dalla lettura della norma è possibile distinguere due tipologie di contenuti: un contenuto obbligatorio, in cui rientra la maggior parte degli elementi che abbiamo già analizzato, e un contenuto facoltativo.

I contenuti obbligatori sono quelli la cui mancanza comporta la nullità del contratto²²³. Tra questi rientrano :

- a) il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva²²⁴;
- b) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi²²⁵;

²²² ESPOSITO M., *Esperto in modelli normativi di governance dei rapporti tra imprese indipendenti, fra distretti e "reti"*, Tesi di Dottorato, 2010-2011, www.dspace.unive.it, pp. 228 ss.

²²³ Guida pratica al *Contratto di rete d'impresa*; Novembre 2011; www.retimpresa.it; pp. 15.

²²⁴ Legge 30 luglio 2010, n. 122 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010 n. 78"; art. 42. Reti di imprese; comma 4-ter, lett. a).

²²⁵ Legge 30 luglio 2010, n. 122 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010 n. 78"; art. 42. Reti di imprese; comma 4-ter, lett. b).

- c) la definizione di un programma di rete, che deve contenere l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti dai partecipanti, le modalità di realizzazione dello scopo comune²²⁶. Questo programma deve essere anche accompagnato da un bilancio preventivo che quantifichi i costi delle attività previste, consentendo alle imprese aderenti di essere a conoscenza dei costi di tali attività, e in modo tale che in sede decisionale l'approvazione di tale programma sia frutto di una scelta consapevole, anche in termini di fattibilità²²⁷.
- d) La durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto²²⁸. Più specificatamente, il contratto non può essere stipulato a tempo indeterminato, essendo obbligatorio prevederne una specifica durata; ciò però non impedisce alle parti di procedere alla sua rinnovazione, anche prevedendo un rinnovo tacito in assenza di comunicazione di disdetta da parte di chi non intende mantenere il vincolo contrattuale; ove la disdetta, invece, venga comunicata da una o più parti, il contratto rinnovato continuerà a produrre i suoi effetti per le parti che abbiano aderito al rinnovo tacito²²⁹.
- e) Se il contratto prevede l'istituzione di un organo comune, questi agisce in rappresentanza degli imprenditori che partecipano al contratto²³⁰.
- f) Le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune (qualora non sia stato istituito

²²⁶ Legge 30 luglio 2010, n. 122 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010 n. 78”; art. 42. Reti di imprese; comma 4-ter, lett. c).

²²⁷ Unioncamere; *Le reti di imprese : istruzioni per l'uso*; Marzo 2013; www.unioncamere.it ; pp. 48.

²²⁸ Legge 30 luglio 2010, n. 122 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010 n. 78”; art. 42. Reti di imprese; comma 4-ter, lett. d).

²²⁹ Guida pratica al *Contratto di rete d'impresa*; Novembre 2011; www.retimpresa.it ; pp. 16.

²³⁰ Legge 30 luglio 2010, n. 122 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010 n. 78”; art. 42. Reti di imprese; comma 4-ter, lett. e).

l'organo comune di cui alla lett. e))²³¹.

I contenuti facoltativi sono quelli che le parti possono decidere di inserire o meno nel contratto; quindi, in primo luogo il fondo patrimoniale e l'organo comune, in secondo luogo il diritto di recesso anticipato e la modifica a maggioranza del programma di rete.

La legge, dunque, mette a disposizione delle imprese due strumenti per l'esecuzione del programma di rete, prevedendoli come elementi accidentali del contratto. Si tratta dell'organo comune, inteso come figura incaricata dell'esecuzione dell'attività della rete, e del fondo patrimoniale comune, inteso come dotazione patrimoniale destinata allo svolgimento del programma di rete. Sul punto la novella dell'anno 2010 ha radicalmente modificato la norma. Infatti, nella versione precedente l'organo comune e il fondo patrimoniale erano previsti come elementi essenziali del contratto, con la conseguenza che non poteva essere costituita una rete senza organo comune o senza fondo patrimoniale. Il comma 4-ter, nell'elencare il contenuto obbligatorio del contratto, imponeva di indicare *“le modalità di realizzazione dello scopo comune da perseguirsi attraverso l'istituzione di un fondo patrimoniale comune”* (lett. c) e *“l'organo comune incaricato di eseguire il contratto di rete, i suoi poteri anche di rappresentanza e le modalità di partecipazione di ogni impresa alla attività dell'organo”* (lett. e). Tali previsioni erano quelle che maggiormente avevano alimentato i primi dibattiti in dottrina a causa della incompletezza e della scarsità della disciplina dettata sia per l'organo comune che per il fondo patrimoniale. Il quesito di fondo sotteso a tali diverse ricostruzioni era, evidentemente, se la rete potesse essere considerata come una soggettività giuridica nuova distinta dalle parti che l'avevano costituita, e quindi capace di essere titolare di un patrimonio e di agire attraverso un organo, oppure se dovesse invece

²³¹ Legge 30 luglio 2010, n. 122 *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010 n. 78”*; art. 42. Reti di imprese; comma 4-ter, lett. f).

essere considerata semplicemente come rapporto contrattuale tra una pluralità di parti che mettono a disposizione dei propri beni ed agiscono attraverso un mandatario collettivo per il perseguimento dello scopo comune. Oggi la prima parte del comma 4-ter stabilisce che *“Il contratto può anche prevedere l’istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l’esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso”*. È stata, quindi, eliminata l’essenzialità sia dell’organo comune che del fondo patrimoniale, che ora sono elementi accidentali, sicché sta all’autonomia negoziale delle parti decidere se inserirli o meno nel contratto²³².

Il fondo patrimoniale è inteso come una sorta di dotazione patrimoniale destinata all’esecuzione del programma di rete²³³. Qualora tale elemento accidentale non sia previsto, la rete dovrà considerarsi *“un’impresa collettiva priva di autonomia patrimoniale (c.d. comunione d’impresa), simile all’ipotesi dei coniugi i quali, ancorché in regime di comunione legale, esercitano in comune un’attività economica senza aver concluso un esplicito contratto di società”*²³⁴. È costituito da un insieme di conferimenti messi a disposizione dagli aderenti alla rete per il raggiungimento degli scopi prestabiliti. Nel contratto dovranno essere indicate la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali del fondo e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare, nonché le regole di gestione del fondo patrimoniale, inclusa la ripartizione dei costi e dei ricavi. Il legislatore ha inoltre stabilito che in mancanza di un fondo patrimoniale, le imprese che intendano aggregarsi in rete potranno predisporre un budget annuale di spesa,

²³² ESPOSITO M., *Esperto in modelli normativi di governance dei rapporti tra imprese indipendenti, fra distretti e “reti”*, Tesi di Dottorato, 2010-2011, www.dspace.unive.it, pp. 233 ss.

²³³ ESPOSITO M., *Contratto di rete*. AltalexPedia; 2013.

²³⁴ SANTAGATA R., *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, Rivista di Diritto Civile n. 3/2011, pag. 332.

regolamentandone dettagliatamente le modalità di rendicontazione²³⁵, però la rete, in questo caso, non godrà delle garanzie previste dal comma 4-ter, ovvero una propria sede, una propria denominazione e così via.

L'organo comune è, invece, il soggetto *“incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso”*²³⁶. Dunque, quando previsto, l'organo comune ha la funzione di dare esecuzione al contratto e di rappresentare la rete unitariamente intesa e le organizzazioni aderenti alla rete. Anche per l'organo la regolamentazione è demandata alle imprese della rete che, laddove scelgano di istituirlo, dovranno indicare all'interno del contratto il nome, la ditta, la ragione sociale del soggetto prescelto per svolgere tale ruolo ma anche i poteri di gestione e di rappresentanza da conferirgli e le regole relative alla sua eventuale sostituzione. L'organo può anche essere un soggetto esterno diverso dai partecipanti alla rete, però risponderà comunque del proprio operato nei confronti delle imprese secondo le regole del mandato. Mandato che può essere conferito senza rappresentanza; quindi obbligando l'organo a trasferire gli effetti degli atti da lui compiuti nella sfera giuridica dei mandati per conto dei quali ha agito; o con rappresentanza, permettendogli, in tal caso, di agire in nome e per conto delle imprese aderenti alla rete, con imputazione diretta, a queste ultime, degli effetti negoziali posti in essere²³⁷.

Il terzo elemento facoltativo è il recesso anticipato. Affinché l'uscita non comporti rilevanti problemi per la rete, occorre che vengano dettagliatamente individuate e chiarite nel contratto anche le possibili circostanze che rendano il recesso anticipato un evento previsto, circoscritto

²³⁵ Consorzio per l'innovazione tecnologica, Dintec; *Reti di imprese : FAQ*; www.vt.camcom.it; pp. 7.

²³⁶ ESPOSITO M., *Contratto di rete*. AltalexPedia; 2013.

²³⁷ Consorzio per l'innovazione tecnologica, Dintec; *Reti di imprese : FAQ*; www.vt.camcom.it; pp. 8.

e regolato²³⁸.

3.3 La governance del contratto di rete

Il coordinamento delle attività compiute dalla rete di imprese può richiedere l'adozione di sistemi di *governance* particolarmente complessi, che comportano una procedimentalizzazione delle decisioni e un organizzato riparto delle conseguenze²³⁹.

Il dettato normativo di cui all'art. 3, comma 4, l. n. 33/09 prevede una separazione tra la fase costitutiva e la fase attuativa del contratto, quest'ultima volta a realizzare il risultato contrattuale in quanto se, da un lato, è con la stipulazione del contratto che vengono individuati gli obiettivi, il programma, la durata e gli altri elementi insiti nel contratto, dall'altro è l'organo comune che ha il compito di dare esecuzione allo stesso.

L'organo comune ha, *in primis*, il compito di dirimere i possibili conflitti di interesse che possono sorgere tra gli aderenti o gestirne la composizione, in quanto la divergenza di interessi tra gli aderenti non è incompatibile con gli obiettivi di collaborazione inter-aziendale²⁴⁰. Infatti, nei contratti plurilaterali con comunione di scopo, la funzione dirimente dell'organo comune risulta essere assai rilevante proprio in virtù del fatto che l'interesse collettivo deve conciliarsi con quello individuale²⁴¹.

L'attività esecutiva deve svolgersi in modo da privilegiare l'interesse collettivo della rete rispetto a quello dei singoli partecipanti, i quali hanno il

²³⁸ EAD., *Reti di imprese : FAQ*; pp. 9.

²³⁹ CAFAGGI F. e IAMICELI P., *La governance del contratto di rete*, in *Il contratto di rete. Commentario*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 45.

²⁴⁰ GUZZARDI G., *Il contratto di rete*, Dottorato di ricerca in diritto privato; www.archivia.unict.it, pp. 70 ss.

²⁴¹ AULETTA G., *Consorzi commerciali*, in *Nuov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1938, 960.

dovere di lealtà verso la collettività; dovere che dal punto di vista procedurale, comporta l'adozione di procedure decisionali adeguatamente rappresentative degli interessi di tutti gli aderenti, mentre dal punto di vista sostanziale, la decisione da adottare dovrà contemperare i particolari interessi delle parti con quello della rete²⁴².

Nell'esecuzione del suo mandato, l'organo comune risponderà direttamente nei confronti degli aderenti in caso di inadempimento, così come imposto *ex art.* 1710 cod. civ.²⁴³.

Se il danno ha una natura collettiva, saranno tutti gli aderenti, collettivamente, a decidere se far valere o meno la responsabilità; al contrario se il danno è stato recato ad un diritto individuale, la legittimazione spetterà alla singola impresa danneggiata.

In ogni caso nei contratti di rete devono essere indicati gli appositi "indicatori di *performance*", che consentono di misurare l'avanzamento degli obiettivi che la rete si è prefissa. In molti contratti questo compito viene affidato ad un apposito organo tecnico; però, il comma 4-*ter*, oltre a non imporre la costituzione di un organo comune, lascia assolutamente libere le parti circa l'individuazione della struttura, della composizione e regolamentazione da assumere per la tutela delle imprese aderenti, onde evitare possibili abusi. Le parti, pertanto, sono libere di istituire organi comuni ampiamente rappresentativi, di affidare la gestione a pochi aderenti o delegare la gestione a soggetti esterni alla rete²⁴⁴.

L'organo comune potrebbe risultare anche soltanto il mero esecutore

²⁴² GUZZARDI G., *Il contratto di rete*, Dottorato di ricerca in diritto privato; www.archivia.unict.it, pp. 71.

²⁴³ Art. 1710 cod. civ., *Diligenza del mandatario: << Il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia; ma se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore.*

Il mandatario è tenuto a rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato >>.

²⁴⁴ GUZZARDI G., *Il contratto di rete*, Dottorato di ricerca in diritto privato; www.archivia.unict.it, pp. 73 – 74.

della volontà espressa dalle parti, infatti a tal proposito è bene chiarire quelle che sono le modalità di *produzione dell'azione*²⁴⁵ della rete di imprese. L'azione, infatti, potrebbe scaturire da una decisione delle parti e una successiva fase attuativa da parte dell'organo, con conseguente esclusione della responsabilità di quest'ultimo che è semplicemente incaricato di eseguire la decisione. A conferma di ciò, la l. n. 33/09, non parla di alcun organo comune, tranne che nella lett. f) del comma 4-ter. Dunque è possibile che tale organo rivesta semplicemente una funzione meramente esecutiva.

Laddove l'organo fosse chiamato a prendere delle decisioni, le sue decisioni devono essere necessariamente finalizzate ad accrescere, individualmente e collettivamente, la capacità innovativa e la competitività delle imprese aderenti.

In ogni caso, ferma restando la funzione principale dell'organo comune, è possibile affiancare a quest'ultimo uno o più mandati speciali a favore di soggetti diversi, anche esterni alla rete, per il compimento di specifici compiti. A tal proposito, l'ultima novella di cui alla l. n. 134/12 ha modificato la previsione di cui alla lett. e), art. 3, comma 4-ter, consentendo – in conseguenza della possibilità concessa alle reti di impresa di poter acquistare un'autonoma soggettività giuridica – all'organo comune di agire non più soltanto in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, ma anche in rappresentanza della rete. Pertanto l'organo comune potrà stipulare contratti con i terzi agendo direttamente in nome e per conto della rete²⁴⁶.

²⁴⁵ FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 245 ss.

²⁴⁶ GUZZARDI G., *Il contratto di rete*, Dottorato di ricerca in diritto privato; www.archivia.unict.it, pp. 78 ss.

3.4 *Il distacco nelle reti di impresa*

Il particolare istituto del distacco nei contratti di rete è stata introdotto recentemente, infatti, in forza della Legge n. 99 del 9 agosto 2013, legge di conversione con modifiche del D.L. n. 76/2013, sono state apportate significative modifiche all'istituto del distacco del lavoratore, disciplinando lo stesso con riferimento ai contratti di rete tra imprese e al principio di codatorialità²⁴⁷. Nello specifico il Decreto Lavoro ha introdotto nell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 il comma 4-ter che dispone : << *Qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa che abbia validità ai sensi del decreto legge 10 febbraio 2009 n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009 n. 33, l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'art. 2103 c.c. >>²⁴⁸. La norma non solo prefigura una disciplina speciale del distacco per le imprese in rete, ma introduce anche l'istituto della codatorialità, una novità nel panorama della legislazione del lavoro²⁴⁹.*

Come precedentemente analizzato, il distacco è l'istituto disciplinato dall'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, in virtù del quale un datore di lavoro, al fine di soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto, per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa²⁵⁰.

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociale, con la circolare n. 3 del 2004 , ha quindi riconosciuto che i requisiti di legittimità del distacco

²⁴⁷ POLIDORO M. F., *La rete d'impresa - istruzioni per l'uso* in www.unimercatorum.it, Roma, 2014; pp. 61.

²⁴⁸ CAFASSO, *Il distacco nel contratto di rete d'impresa*, www.cafassoefigli.it , aprile 2014.

²⁴⁹ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014, pp. 380.

²⁵⁰ POLIDORO M. F., *La rete d'impresa - istruzioni per l'uso* in www.unimercatorum.it, Roma, 2014; pp. 61.

sono da rinvenire nell'esistenza di uno specifico interesse del datore di lavoro, nella temporaneità del distacco e nello svolgimento da parte del soggetto distaccato di una specifica attività lavorativa²⁵¹.

Con le riforme del 2013, l'istituto del distacco di personale si arricchisce di una nuova ipotesi la quale non può prescindere dal contratto di rete²⁵², come sancito dallo stesso comma 4-ter nella parte in cui prevede "...il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa...". Da ciò si coglie come il contratto di rete tra imprese rappresenti un innovativo strumento giuridico, teso a sostenere ed incentivare i processi di aggregazione di imprese, favorendo l'instaurazione tra le stesse di forme di collaborazione organizzata e duratura, seppur mantenendo ciascuna la propria autonomia e la propria individualità²⁵³.

Ma il contratto di rete è solo uno dei mezzi attraverso cui si realizza la cooperazione tra imprese, il collegamento infatti può realizzarsi nella forma del consorzio e delle società consortili, oppure attraverso la creazione di *joint venture*, o anche nella forma di gruppo di società, piramidale o paritetico²⁵⁴. La rete quasi sempre costituisce una risposta ad un'esigenza di cooperazione in assenza di un'integrazione proprietaria, quindi, rappresenta unno strumento complementare al gruppo di imprese caratterizzato dal controllo proprietario²⁵⁵. Il gruppo può essere considerato come una specifica forma di rete²⁵⁶ nella quale le relazioni tra le imprese giuridicamente distinte si configurano come relazioni di proprietà e di controllo.

²⁵¹ Circolare n.3/2004 Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, *Distacco. Art.30 d.lgs 276/2003*.

²⁵² MASSI E., *Il distacco temporaneo del personale dopo le novità del contratto di rete e della codatorialità*; www.dplmodena.it; pp. 6.

²⁵³ POLIDORO M. F., *La rete d'impresa - istruzioni per l'uso* in www.unimercatorum.it, Roma, 2014; pp. 62.

²⁵⁴ TRIPPUTI E.M., *Il contratto di rete*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2011, pp. 57.

²⁵⁵ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014, pp. 381.

²⁵⁶ IACOBUCCI D., *Il gruppo di impresa come strumento di creazione di reti imprenditoriali*, in ZAZZARO A. (a cura di), *Reti di impresa e territorio*, Bologna, 2010, pp. 174.

In tale contesto dunque, le novità introdotte dalla l. n. 99/2013 prevedono che in presenza di un contratto di rete, gli elementi tipici del distacco quali l'interesse, la temporaneità e lo svolgimento di una specifica attività lavorativa, vengono solo presunti; facilitando senza dubbio la collaborazione reciproca tra imprese. Infatti la ratio di tale norma può essere riscontrata solo con la necessità di rendere tale passaggio più semplice e quindi facilitare la collaborazione.

Relativamente quindi a questo interesse automatico, la norma sancisce *“l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete”*, si evince come la disposizione normativa incida specificatamente sui profili concernenti la sussistenza di un interesse in capo al distaccante. Il D.L. n. 76/2013 individua in maniera automatica, una presunzione assoluta circa l'interesse in capo al datore di lavoro aderente al contratto di rete, di distaccare un proprio dipendente presso un'altra azienda che, a sua volta, ha sottoscritto lo stesso contratto di rete. Secondo il dettato normativo, l'interesse del datore opera in maniera automatica per il solo fatto di trovarsi all'interno della rete²⁵⁷.

Il Ministero del Lavoro ha poi fornito dei chiarimenti con la circolare n. 35/2013, specificando che ai fini della verifica dei presupposti di legittimità del distacco, il personale ispettivo si limiterà a verificare l'esistenza di un contratto di rete tra distaccante e distaccatario²⁵⁸.

In realtà, anche se l'interesse è presunto, occorrono comunque alcune verifiche. In primo luogo vanno verificate l'esistenza e la legittimità di un contratto di rete che abbia i requisiti previsti dalla legge del 2009. Inoltre, occorre sempre accertare che il distacco avvenga per lo svolgimento di quelle specifiche attività che le imprese hanno deciso di svolgere in comune

²⁵⁷ CAFASSO, *Il distacco nel contratto di rete d'impresa*, www.cafassoefigli.it, aprile 2014.

²⁵⁸ Circolare n° 35/2013 Ministero del Lavoro e delle politiche sociali.

e hanno indicato nel contratto di rete. Di conseguenza, anche fra imprese collegate in rete, se il distacco avviene per lo svolgimento di attività diverse da quelle previste nel contratto direte, si applicano le regole generali dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 e, quindi, deve dimostrarsi l'interesse al distacco²⁵⁹.

Infatti, salvo che non si opti per il modello della rete soggetto, la dottrina civilistica ritiene che le imprese mantengano una propria autonomia non solo giuridica ma anche economica oltre la rete. Sicché la rete rappresenta solo una parte, sebbene rilevante, delle attività svolte dalle imprese²⁶⁰ e la finalità della nuova disposizione sul distacco è proprio quella di rendere più agevole la mobilità della manodopera all'interno della rete, per il raggiungimento degli obiettivi che con la stipulazione del contratto di rete le imprese si sono prefissati²⁶¹.

La differenza di disciplina del distacco nei gruppi di impresa e nelle reti è notevole. Il legislatore ha, infatti, inteso ritenere presunto l'interesse solo per quelle imprese che abbiano sottoscritto un contratto di rete, non anche per le imprese di gruppo. La differenza si giustifica in quelle ipotesi in cui la rete nasce proprio con la finalità di mettere in comune una parte di attività e per aumentare la competitività sul mercato delle imprese stesse, cosa che non avviene sempre nei gruppi, che possono avere configurazioni diverse o consistere solo in una coincidenza degli assetti proprietari senza alcun segmento di attività in comune. Di certo, però, la previsione di una disciplina del distacco particolarmente favorevole per le imprese che abbiano sottoscritto un contratto di rete risponde alla logica di incentivare il ricorso a tale strumento, che era già alla base dell'intervento normativo del

²⁵⁹ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014, pp. 389 ss.

²⁶⁰ CAFAGGI F., *Il nuovo contratto di rete: "Learning by doing"*, in *Contratti*, 2010, pp. 1147.

²⁶¹ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014, pp. 390.

2009²⁶².

La presunzione assoluta dell'interesse del datore di lavoro al distacco attribuisce maggiore rilievo agli altri requisiti previsti per un uso legittimo dell'istituto, la temporaneità e lo svolgimento di un'attività determinata. Infatti, essendo l'interesse presunto *ex lege*, resta solo il carattere temporaneo del distacco a fare da spartiacque tra un distacco lecito e una somministrazione irregolare. Quindi, il requisito della temporaneità assume maggiore rilevanza nel distacco all'interno di reti di impresa, e non può più avere quel ruolo sostanzialmente "ancillare" attribuitogli dalla giurisprudenza²⁶³, che nelle ipotesi ordinarie di distacco, lo valuta con minore approfondimento, ancorandolo alla persistenza dell'interesse del distaccante²⁶⁴.

Inoltre, la legge di riforme non ha modificato per le reti di impresa quella parte della vecchia disciplina che espressamente prevede, tra i requisiti di legittimità, che il distacco debba avere ad oggetto il compimento di un'attività determinata, e quindi, di durata limitata nel tempo. D'altra parte, una diversa interpretazione del requisito della temporaneità, comporterebbe nelle reti di impresa la possibilità di utilizzare l'istituto del distacco senza alcuna limitazione temporale e per tutta la durata del rapporto, eventualità che deve ritenersi non ricompresa nella nuova disciplina. Ne è riprova il fatto che la stessa norma espressamente fa salve le norme di mobilità previste dall'art. 2103 c.c., ossia quelle che riguardano le mansioni attribuibili al lavoratore distaccato e quelle relative al

²⁶² EADEM.

²⁶³ Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, in *Or. Giur. Lav.*, 1998, pp. 584; Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in *Or. Giur. Lav.*, 2000, pp. 968; Cass. 25 novembre 2010, n. 23933 secondo cui il distacco è configurabile quando sussista << *oltre all'interesse del datore di lavoro a che il lavoratore presti la propria opera presso il soggetto distaccatario, anche la temporaneità del distacco, che non richiede una predeterminazione della durata, più o meno lunga, ma solo la coincidenza della durata stessa con l'interesse del datore di lavoro allo svolgimento da parte del proprio dipendente della sua opera a favore di un terzo* >>.

²⁶⁴ PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, pp. 1573.

trasferimento, dimostrando che anche nelle reti di impresa il distacco è cosa diversa rispetto al trasferimento, in quanto presuppone una limitazione temporale che l'altro istituto non ha²⁶⁵.

Lo scambio di personale a fronte di una flessione dell'attività non è comunque inedita nel nostro ordinamento. Già nella Circolare n. 28/05, il ministro del lavoro aveva chiarito come in caso di una contrazione solo temporanea del volume d'attività dell'impresa distaccante, [...] il distacco risponda al legittimo interesse di preservare il patrimonio professionale dell'impresa attraverso le opportunità di scambio tra i lavoratori delle imprese appartenenti al medesimo gruppo²⁶⁶.

Nel caso del contratto di rete, la sussistenza dell'interesse del distaccante è automatico in forza dell'operare della rete.

Un'ultima precisazione si rende necessaria circa l'ultimo periodo del comma 4-ter : << [...] *fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'art. 2103 c.c.* >>. Il legislatore, al fine di evitare utilizzi distorti del distacco nell'ambito del contratto di rete, ha altresì disposto che fossero fatte salve le disposizioni dell'art. 2103 del codice civile, in base al quale il dipendente distaccato “*non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non in presenza di comprovate esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva*”²⁶⁷.

²⁶⁵ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014, pp. 391.

²⁶⁶ PERUZZI M., *Il distacco del personale tra imprese che hanno sottoscritto un contratto di rete. Nozione di codatorialità e questioni aperte*; www.diprist.unimi.it; pp. 11 – 12.

²⁶⁷ POLIDORO M. F., *La rete d'impresa - istruzioni per l'uso* in www.unimercatorum.it, Roma, 2014; pp. 63.

CAPITOLO 4

LA CODATORIALITÀ

4.1 Definizione e inquadramento dell'istituto

La seconda parte del comma 4-ter dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003 sancisce : << [...] per le stesse imprese è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso >>²⁶⁸. Si tratta, dunque, di una situazione per la quale, oltre al datore di lavoro formale ed originario, vi sarebbero altri soggetti legittimati ad esercitare, insieme a quest'ultimo, il potere direttivo e di conformazione sul personale "condiviso"; in altre parole è l'esercizio condiviso del potere direttivo e di conformazione da parte di ciascun imprenditore che partecipa al contratto di rete²⁶⁹.

Per poter arrivare a parlare di codatorialità, bisogna partire dalla nozione di datore di lavoro. In realtà, il codice civile del 1942, mentre si era assicurato di offrire una nozione dettagliata della figura del prestatore di lavoro, non si è "preoccupato" di quella del datore di lavoro²⁷⁰, sottolineando come non fosse allora avvertita l'esigenza di individuare i criteri con cui identificare una parte che poteva riconoscersi per effetto della titolarità del contratto di lavoro e del contemporaneo esercizio del potere direttivo²⁷¹ sul lavoratore. Né il legislatore ha per lungo tempo consentito deroghe alla sostanziale biunivocità del rapporto tra tali soggetti,

²⁶⁸ D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30".

²⁶⁹ BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2014; pp. 19 – 20.

²⁷⁰ PEDREAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985, pp. 374.

²⁷¹ DE LUCA TAMAJO R., *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, pp. 467 ss.

rapporto la cui natura è stata successivamente cristallizzata nel divieto di interposizione di manodopera introdotto dal fondamentale art. 1 della l. n. 1369/1960, allora paradigma non solo della biunivocità²⁷² ma soprattutto della trasparenza nel rapporto tra impresa e lavoratore²⁷³, oltre che principio “immanente” al nostro sistema²⁷⁴.

Tant'è che, anche a seguito dell'abrogazione di questa disposizione ad opera del d.lgs. n. 276/2003, larga parte della dottrina ha sostenuto che l'idea per cui l'utilizzazione della prestazione lavorativa porti con sé l'assunzione delle responsabilità proprie della posizione del datore di lavoro sia insita nella struttura stessa dell'art. 2094 c.c.²⁷⁵, a prescindere dal suo formale riconoscimento²⁷⁶.

In ciò si radicherebbe anche la regola generale giuslavoristica secondo la quale, come si legge nella nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 22910/2006, << *in relazione a identiche prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro* >>²⁷⁷. Nonostante ciò, però, anche queste regole del diritto del lavoro si sono trovate a dover fare i conti con i fenomeni della terza rivoluzione industriale, e in particolare con il fenomeno della c.d. frammentazione del ciclo produttivo, ossia con la trasformazione del metodo di produzione, da un modello accentrato verso nuovi schemi reticolari, basati sull'aggregazione e sull'interazione tra soggetti giuridicamente distinti tra loro e connessi mediante vincoli proprietari o

²⁷² DEL PUNT R., *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 2, pp. 293.

²⁷³ DE SIMONE G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995, pp. 11 ss.

²⁷⁴ DE LUCA TAMAJO R., *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pp. 183.

²⁷⁵ Art. 2094 c.c. - Prestatore di lavoro subordinato : “È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”.

²⁷⁶ BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law “MASSIMO D'ANTONA”, 2014; pp. 3- 4.

²⁷⁷ Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pp. 1011 ss.

contrattuali²⁷⁸. Ed è proprio da qui che nasce l'attuale interrogativo sulla figura del datore di lavoro e sulla sua flessibilizzazione²⁷⁹.

Così l'ordinamento ha dovuto identificare nuove regole, per poter stare al passo con i cambiamenti produttivi e sociali: regole che hanno riguardato l'utilizzazione del lavoro altrui, l'espresso riconoscimento della liceità del distacco, l'introduzione della figura del lavoro interinale (poi somministrato). Ulteriore ripensamento sulla figura del datore di lavoro parrebbe oggi essere stimolato proprio dalla disciplina dettata per la gestione del personale operante all'interno delle reti di impresa.

Abbiamo accennato prima all'art. 2094 del codice civile, ma relativamente a tale articolo la cosa più importante è capire se il suo contenuto precluda la possibile configurazione di più datori di lavoro nei confronti del medesimo lavoratore. La norma costituisce ancora il fondamento dell'intera disciplina del lavoro subordinato, però la struttura del rapporto che viene delineata non esclude che una medesima attività lavorativa possa soddisfare contemporaneamente gli interessi di due o più datori di lavoro. L'art. 2094 c.c. non esclude quindi, in linea di principio, una possibile codatorialità.

Questa interpretazione trova conferma anche nella sentenza delle Sezioni Unite sopra richiamata, secondo la quale il datore di lavoro coincide con :

- colui su cui in concreto fa carico il rischio di impresa
- chi dispone di un'organizzazione produttiva al cui interno il lavoratore si inserisce con carattere di subordinazione
- soggetto titolare dell'interesse giuridico soddisfatto dalle prestazioni
- colui che utilizza il lavoro.

²⁷⁸ BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2014; pp. 5 ss.

²⁷⁹ VARDARO G., *Prima e dopo la persona giuridica : sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, 1, pp. 213.

È ben possibile che tali condizioni siano rinvenibili in due entità, ciascuna delle quali, possedendo tutti i requisiti richiesti sia in rapporto ai profili organizzativi che per quanto attiene al carattere subordinato del lavoro, può essere considerata datore di lavoro. Non è corretto, quindi, affermare che la struttura del rapporto di lavoro subordinato è bilaterale e non plurilaterale, o meglio, la bilateralità è sicuramente caratteristica fisiologica ed ordinaria del contratto di lavoro subordinato, tuttavia la disposizione di cui all'art 2094 c.c. non esclude la possibilità di porre in essere un unico contratto con diversi datori²⁸⁰.

Dunque, dopo aver confermato la possibilità che coesistano due datori di lavoro in uno stesso rapporto – dunque la codatorialità - la legge n. 99/2013 prevede la possibilità che quest'ultima venga applicata anche nei rapporti di lavoro tra le aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete.

Per la prima volta il legislatore affronta un tema spinoso che da tempo pone in risalto la difficoltà del diritto del lavoro a individuare un datore di lavoro responsabile di fronte ad un processo produttivo frazionato e distribuito tra una pluralità di imprese tra loro integrate, al di là della formalizzazione giuridica che impone di considerarle come realtà autonome²⁸¹.

In realtà, la scarsa disposizione, che non contiene alcuna descrizione delle caratteristiche della codatorialità, è poco utile e di conseguenza non ha potuto risolvere il contrasto che divide la dottrina tra coloro che assumono che il fenomeno del collegamento tra imprese, nella forma del gruppo, del contratto di rete o dell'accordo consortile, resti esterno al rapporto di lavoro, in virtù del fatto che il principio dell'unicità del datore di lavoro è

²⁸⁰ SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010; pp. 33 ss.

²⁸¹ PERULLI A., *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità. Una prospettiva comparativa*, in *RGL*, 2013, 1, pp. 85.

regola generale nell'ordinamento giuslavoristico²⁸², e quanti sostengono che la qualità del datore di lavoro debba attribuirsi in relazione alla concreta modalità di impiego della prestazione e della distribuzione del potere direttivo, potendosi ravvisare un'ipotesi di codatorialità nella gestione del rapporto²⁸³.

Tuttavia è possibile trarre comunque alcune considerazioni dalla norma.

Prima di tutto, è innegabile che in questo caso il legislatore non è rimasto ancorato alla tradizionale nozione di subordinazione in termini rigorosamente bilaterali e ha superato il principio dell'unicità del datore di lavoro come regola generale dell'ordinamento. La dinamica del sistema produttivo e delle relazioni di imprese nonché di lavoro, ha consigliato l'introduzione nell'ordinamento della nozione di codatorialità, seppur in ambito circoscritto. Ciò significa che esiste un limite ben preciso al suo utilizzo, limite che si può rinvenire nella prima parte della norma - << *per le stesse imprese* >> - e che non consente l'estensione *tout court* della nozione, ma la limita alle sole imprese che abbiano sottoscritto un contratto di rete. L'obiettivo principale della legge n. 99 del 2013 è quello di sostenere il collegamento realizzato nella forma del contratto di rete, attraverso il quale le imprese, sfruttando la complementarità fra i loro interessi, possono condividere segmenti di attività, competenze, progettualità e rischio di impresa. Quindi, poiché all'interno di una rete il perseguimento degli obiettivi comuni può richiedere uno scambio ricorrente o continuo di personale tra le varie aziende, il legislatore ha inteso, da un lato, facilitare il ricorso al distacco, con la presunzione dell'esistenza dell'interesse del distaccante, e dall'altro, ha previsto l'ipotesi della codatorialità, rimessa però alla volontà delle imprese e con una disciplina

²⁸² GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014; pp. 392.

²⁸³ SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, pp. 53 ss.

lasciata alla discrezionalità delle stesse, però, << con regole stabilite attraverso il contratto di rete >>²⁸⁴.

L'analogia ipotizzata tra gli istituti del distacco nella rete e del distacco infragruppo, con riferimento alla sussistenza del requisito dell'interesse, potrebbe essere la base per un'ulteriore riflessione, ovvero estendere le regole della codatorialità anche all'ipotesi del distacco infragruppo. La codatorialità per le imprese della rete costituisce la circostanza in base alla quale alla tradizionale bilateralità del rapporto di lavoro, si sostituisca dal lato del creditore una pluralità di soggetti²⁸⁵.

L'idea di estendere l'istituto potrebbe trovare conforto nell'interpretazione secondo cui il legislatore tenterebbe di andare oltre la sfera del datore formale – chi concretamente ha instaurato il rapporto di lavoro – fino a ricomprendere tutti i c.d. datori di lavoro sostanziali, quindi, tutti coloro che abbiano un interesse, diretto o indiretto, all'esecuzione della singola prestazione di lavoro o che da essa traggono un qualsiasi beneficio di natura economica²⁸⁶.

Adottare, quindi, un regime di codatorialità all'interno del gruppo potrebbe andare a vantaggio di una maggiore tutela del lavoratore, in quanto potrebbe garantire la connessione con una pluralità di imprese e ridistribuire quindi su una pluralità di soggetti il rischio del corretto adempimento degli obblighi²⁸⁷ che derivano dal rapporto stesso.

La novità di questo istituto non è stata però accolta all'unanimità in ambito giurisprudenziale. Infatti la giurisprudenza, investita della questione relativa all'utilizzo alternativo o cumulativo del personale da parte di

²⁸⁴ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014; pp. 394.

²⁸⁵ CAGNIN V., *Il distacco intra-gruppo alla luce delle novità sul contratto di rete*; www.diprist.unimi.it; pp. 8 ss.

²⁸⁶ PINTO V., *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, in *RGL*, 2013, p. 55 ss.

²⁸⁷ RAZZOLINI O., *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*, in *RGL*, 2013, p. 50.

diverse imprese afferenti al medesimo gruppo²⁸⁸ – il che avviene quando della prestazioni lavorative beneficiano successivamente le diverse imprese del gruppo e quando più società del gruppo si avvalgono contemporaneamente dello stesso lavoratore²⁸⁹ - ha negato che, in tali ipotesi, potesse ravvisarsi nel gruppo l'unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro, a prescindere dal tipo di collegamento e del grado di integrazione intercorrente fra le diverse società²⁹⁰. Dunque, allo stato della vigente legislazione non può parlarsi di personalità giuridica del gruppo e neppure di soggettività o centro di imputazione²⁹¹, questo perché ogni rapporto di lavoro è riferibile al datore di lavoro.

Anche la dottrina si è divisa sul punto tra chi ribadisce la possibilità giuridica di imputare l'intero contratto di lavoro ad una pluralità di datori²⁹², e chi sostiene l'unicità datoriale²⁹³.

4.2 Le “regole di ingaggio” in caso di codatorialità

La codatorialità costituisce una facoltà per i partecipanti alla rete, ma chi decide di partecipare non è esente dal seguire delle regole particolare, le c.d. *regole di ingaggio* contenute nel contratto di rete su cui si fonda il rapporto di lavoro.

²⁸⁸ BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law “MASSIMO D'ANTONA”, 2014, pp. 9.

²⁸⁹ VALLEBONA A., *Lavoro nelle società collegate*, in *EGT*, 1993, XXXIII, pp. 1.

²⁹⁰ Cass. 10 marzo 1981, n. 1363, in *Mass. Giur. Lav.*, 1981, pp. 589 : << la disciplina legislativa inerente all'attività di società tra loro collegate non consente di attribuire all'attività del gruppo, di per sé, un valore giuridicamente unificante >>.

²⁹¹ Cass. 3 aprile 1990, n. 2831.

²⁹² PINTO V., *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, in *RGL*, 2013, pp. 27.

²⁹³ MAZZOTTA O., *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *RGL*, 2013, pp. 19 ss.

Ciò discende dal fatto che il contratto di rete è chiamato a determinare le regole di impiego condiviso – in questo senso di *ingaggio* – di un soggetto, il lavoratore, terzo rispetto a tale negozio²⁹⁴.

Le regole di ingaggio servono per definire le azioni collegate al contratto di rete e dunque :

- quando un lavoro deve essere effettuato;
- dove un lavoro deve essere effettuato;
- verso chi deve essere compiuta l'opera;
- come le unità operative coinvolte devono essere utilizzate al fine di ottenere lo scopo desiderato e con quale divisione dei tempi di lavoro.

Le regole devono avere la ferma scritta, anche se non è espressamente previsto dalla legge, devono adattarsi ad una molteplicità di imprenditori che, impegnati magari in settore diversi, applicano diversi contratti collettivi di lavoro, se non addirittura contrattazioni di secondo livello o di prossimità. Inoltre, le determinazioni dei codatori possono fungere da proposta contrattuale, soggetta all'accettazione dei lavoratori "ingaggiati" per la realizzazione del programma di rete²⁹⁵.

Le regole di ingaggio sono utili anche per definire le azioni possibili di fonte collettiva che ogni datore di lavoro può effettuare senza consultarsi con un altro datore di lavoro, a meno che non sia esplicitamente chiarito un ruolo predominante di una delle imprese partecipanti che non ammette una operatività delle altre sul personale dipendente (chiamato anche "comando per negazione"); e le azioni che possono essere effettuate solo se esplicitamente ordinate da un componente che assume una posizione

²⁹⁴ BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2014; pp. 32.

²⁹⁵ FONTANELLA L. e CORNAGLIA S., *Reti di imprese : elementi giuslavoristici*; www.adac.torino.it, Novembre 2014; pp. 12 – 13.

datoriale superiore (chiamato anche "comando positivo") ma che si riverberano nell'ambito dell'operatività di contratti collettivi degli altri componenti che, magari, prevedono delle limitazioni²⁹⁶.

Esistono anche delle regole di ingaggio minime :

- 1) le imprese aderenti alla rete devono essere considerate unitariamente per l'applicazione di istituti che presuppongono un numero minimo di dipendenti e per l'eventuale mobilità interna la rete si considera come un'unica impresa;
- 2) le attività svolte a favore dei diversi soggetti imprenditoriali sono considerate in modo unitario anche in relazione all'anzianità di servizio;
- 3) il trattamento economico e normativo è quello previsto per i dipendenti dell'impresa principale (quanto a dimensioni) ed in ogni caso, non inferiore a quello minimo garantito dalla contrattazione collettiva posta in essere dai sindacati effettivamente rappresentativi a livello nazionale;
- 4) si attua la responsabilità solidale di tutti i codatori in relazione agli obblighi di carattere economico ed a quelli connessi alla sicurezza sui luoghi di lavoro;
- 5) la legittimità degli atti organizzativi che influenzano il rapporto di lavoro (es. mutamento di mansioni, trasferimento, licenziamenti individuali e collettivi, sospensioni unilaterali della prestazione) sono valutate in rapporto alle esigenze e alle caratteristiche dei codatori. Gli obblighi procedurali previsti dalle varie normative sono estesi a tutti i contitolari dei contratti di lavoro;
- 6) la illegittimità dell'esercizio dei poteri imprenditoriali è imputata ai codatori sotto il profilo economico, mentre tutti gli effetti "restitutivi" della

²⁹⁶ FONTANELLA L. e CORNAGLIA S., *Reti di imprese : elementi giuslavoristici*; www.adac.torino.it, Novembre 2014; pp. 15.

posizione originaria, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo per quanto attiene a licenziamenti, a trasferimenti e demansionamenti, sono a carico di chi formalmente ha stipulato il contratto di lavoro o assume, di fatto, la veste di datore di lavoro;

7) tutti i poteri imprenditoriali, anche in caso di delega espressa ad uno dei partecipanti della rete, sono inscindibilmente eseguiti nei confronti di un unitario centro di imputazione di rapporti giuridici;

8) per quanto non espressamente previsto (nelle regole d'ingaggio) si rinvia alla legge italiana regolatrice del rapporto di lavoro nell'ambito della rete di impresa ed alla normativa vigente in materia di lavoro, previdenza e sicurezza sociale con specifico riferimento agli aspetti connessi ai profili collettivi, in relazione alla formazione delle rappresentanze, all'esercizio dei diritti sindacali, alla eventuale costituzione di delegazioni di negoziazione per la contrattazione decentrata, alla introduzione di norme promozionali per una contrattazione collettiva di prossimità a livello di impresa unitaria ed alla creazione di organismi congiunti²⁹⁷.

Si tratta di regole che devono essere necessariamente accettate; stante anche la carenza di riferimenti normativi. Dunque, nella codatorialità, le regole da seguire sono quelle previste dal contratto di rete. Infatti, è per effetto della stipulazione del contratto di rete che i codatori si trovano ad esercitare contestualmente il potere direttivo²⁹⁸.

Il problema correlato alla presenza di più datori di lavoro all'interno dello stesso rapporto, pone, naturalmente, questioni delicate : c'è un solo soggetto debitore di lavoro e creditore di retribuzione – nonché di altre situazioni strettamente correlate – e ci sono due o più datori di lavoro

²⁹⁷ FONTANELLA L. e CORNAGLIA S., *Reti di imprese : elementi giuslavoristici*; www.adac.torino.it, Novembre 2014; pp. 20 ss.

²⁹⁸ BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2014; pp. 24.

obbligati. Anche la gestione del rapporto di lavoro diventa più complicata, soprattutto per quel che concerne l'esercizio autonomo o congiunto dei poteri, in quanto manca al momento un'interpretazione convincente a causa proprio della mancanza di un indirizzo uniforme regolamentato dal contratto di rete. Parte della problematica è stata, però, affrontata dal Ministero del Lavoro con la circolare n. 35/2013, rivolta al personale ispettivo che esercita l'attività di vigilanza²⁹⁹: << *Ne consegue che, ai fini della verifica dei presupposti di legittimità del distacco, il personale ispettivo si limiterà a verificare l'esistenza di un contratto di rete tra distaccante e distaccatario* >>³⁰⁰.

Più nello specifico è stato affermato che :

- la verifica dei presupposti di legittimità del contratto si devono limitare all'accertamento dell'esistenza di un contratto di rete che coinvolge l'impresa distaccante e quella distaccataria;
- la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete sta a significare che in relazione a questo personale il potere direttivo potrà essere esercitato da ogni imprenditore che partecipa al contratto di rete;
- per quel che riguarda la sanzionabilità scaturente dalla rilevazione degli illeciti penali, civili e amministrativi, sarà necessario rifarsi al contratto di rete, senza una configurazione automatica di solidarietà tra tutti i partecipanti al contratto³⁰¹.

Su quest'ultimo punto, dunque, le responsabilità derivanti dal rapporto codatoriale non si estrinsecano necessariamente in una solidarietà ex-lege

²⁹⁹ MASSI E., *Il distacco temporaneo del personale dopo le novità del contratto di rete e della codatorialità*; www.dplmodena.it; pp. 8 – 9.

³⁰⁰ Circolare n° 35/2013 Ministero del Lavoro e delle politiche sociali.

³⁰¹ MASSI E., *Il distacco temporaneo del personale dopo le novità del contratto di rete e della codatorialità*; www.dplmodena.it; pp. 9.

tra gli aderenti al contratto di rete³⁰²; ma sarà necessario rifarsi a quest'ultimo per determinare la tipologia di responsabilità che ne scaturisce.

4.3 La tutela prevista a favore del lavoratore

Come abbiamo visto nei capitoli precedenti, nel nostro ordinamento, ci sono diversi segnali che muovono nella direzione del superamento della tradizionale struttura binaria del rapporto di lavoro, infatti, nonostante la bilateralità costituisca sicuramente la regola nel contratto di lavoro subordinato, tuttavia è possibile ravvisare una nuova struttura del rapporto di lavoro che contempla la coesistenza di più soggetti co-datori di lavoro³⁰³.

Infatti, la codatorialità fa ingresso nel nostro ordinamento ad opera della giurisprudenza con riferimento al rapporto di lavoro all'interno di gruppi di impresa. La Cassazione, dopo un'iniziale approccio al problema delle tutele dei lavoratori che operano all'interno di gruppi finalizzati alla ricerca del vero datore di lavoro in ipotesi di fraudolenta scomposizione dell'attività di impresa, giunge a considerare la codatorialità come una forma di tutela per i lavoratori chiamati a svolgere la prestazione di lavoro a vantaggio di più società facenti parte dello stesso gruppo. Presupposto per il riconoscimento della qualifica di datore di lavoro ad un soggetto diverso dal titolare formale del rapporto, è che lo stesso abbia esercitato nei confronti dei lavoratori i poteri tipici del datore di lavoro³⁰⁴.

In questo contesto, appare decisiva l'indagine sulle forme di utilizzazione del personale dipendente, potendo l'ingerenza della società

³⁰² FONTANELLA L. e CORNAGLIA S., *Reti di imprese : elementi giuslavoristici*; www.adac.torino.it, Novembre 2014; pp. 28.

³⁰³ CAMASTA O., *Codatorialità e sicurezza : nuove responsabilità per nuovi rischi*; Dottorato di ricerca in relazioni di lavoro; www.fondazioneantonina.it; pp. 58.

³⁰⁴ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014; pp. 395 ss.

dominante nel rapporto di lavoro, spingersi fino al punto di determinare un'utilizzazione del tutto indistinta e promiscua della forza lavoro all'interno del gruppo³⁰⁵.

Anche se la giurisprudenza sulla codatorialità è tutt'altro che univoca, è possibile affermare che in quasi tutte le decisioni, l'individuazione della stessa è finalizzata a introdurre un più accentuato regime di tutela per i lavoratori che operano a favore di più società fra loro collegate nei casi in cui ci sia stato un uso promiscuo delle prestazioni di lavoro, e non un'interposizione di manodopera³⁰⁶.

Dal momento che, però, non c'è stata alcuna ricostruzione teorica dell'istituto e non sono state indicate le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro nelle ipotesi di codatorialità, è toccato alla dottrina delineare l'inquadramento dell'istituto. Partendo da un'interpretazione letterale dell'istituto è necessario *in primis* distinguerlo dalla contitolarità del rapporto di lavoro. Secondo alcuni³⁰⁷ la contitolarità esprimerebbe l'acquisizione congiunta della qualità di datore di lavoro sulla base del contratto di lavoro, mentre la codatorialità farebbe riferimento all'esercizio congiunto del potere direttivo e della gestione della prestazione lavorativa. Questa tesi, però, trascura il fatto che nel diritto del lavoro vige il principio che l'esercizio di fatto dei poteri direttivi e di gestione della prestazione, fa acquisire lo *status* di datore di lavoro e quindi di titolare del rapporto, indipendentemente dall'esistenza o meno di un regolamento contrattuale. Quindi è preferibile un approccio che tenga conto, da un lato, delle finalità del legislatore, che ha inteso favorire la circolazione della forza lavoro fra le imprese stipulanti il contratto di rete, fornendo uno strumento che consente un uso in comune dei lavoratori al di là delle ipotesi di distacco, e dall'altro, delle esigenze di tutela del lavoratore subordinato sottoposto ai

³⁰⁵ Cass. 29 novembre 2011, n. 25270.

³⁰⁶ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014; pp. 396.

³⁰⁷ BASENGHI F., *Contratti di rete e rapporti di lavoro : legge n. 99 del 09-08-2013*, relazione al convegno "I contratti di rete : novità legislative, regime tributario e contabile, aspetti giuslavoristici", Modena, 8 novembre 2013.

poteri di duo o più datori. La codatorialità realizza dunque un'obbligazione soggettivamente complessa in base alla quale ad un unico lavoratore e ad un'unica obbligazione di lavoro, corrisponde una pluralità di datori di lavoro³⁰⁸.

Dall'acquisizione della qualità di datore di lavoro, quindi, discende automaticamente l'assunzione di precisi obblighi nonché il dovere di rispettare il regime di tutela che il legislatore accorda al lavoratore con norme inderogabili, come le norme di sicurezza o di tutela della salute. Inoltre dalla codatorialità discende automaticamente anche la responsabilità solidale dei datori di lavoro nei confronti del prestatore. Relativamente poi ai poteri del datore di lavoro in regime di codatorialità, in assenza di precise indicazioni del legislatore, sarà lo stesso contratto di rete a dover indicare quale tra i vari imprenditori coinvolti sarà titolare del potere direttivo e, in mancanza, sarà individuato sulla base delle concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro. È nei confronti di quest'ultimo che il lavoratore dovrà adempiere ai suoi doveri di diligenza e obbedienza nell'espletamento della prestazione; ed è solo l'imprenditore che esercita di fatto il potere direttivo che ha il potere disciplinare e che deve attenersi ai limiti imposti dalla legge circa l'esigibilità delle mansioni e nell'ipotesi di trasferimento da un'unità produttiva all'altra (art. 2103 c.c.). Nel caso, invece, in cui il contratto di rete preveda l'esercizio congiunto dei poteri tipici del datore di lavoro, sarà lo stesso contratto di rete a dover specificare le concrete modalità di esercizio dei suddetti poteri in modo tale che ciò non comporti un aggravio per i lavoratori coinvolti³⁰⁹.

Un profilo importante della tutela del lavoratore è quello relativo alle ipotesi di licenziamento illegittimo. La questione della titolarità del rapporto di lavoro nell'ambito di un gruppo d'impresa assume particolare

³⁰⁸ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014; pp. 397 ss.

³⁰⁹ EAD., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, *ibid.*, pp. 398 ss.

rilevanza con riferimento alla disciplina dei licenziamenti individuali, e ciò sotto molteplici aspetti. Innanzitutto, con specifico riferimento ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo³¹⁰, la Cassazione ha chiarito, in riferimento alle ragioni giustificative del provvedimento, che attengono all'attività produttiva del datore di lavoro³¹¹, che << il controllo giurisdizionale del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, consistente in un riassetto organizzativo che comporti la soppressione del posto di lavoro, è limitato alla verifica della reale sussistenza del motivo asserito dall'imprenditore, al quale, nell'esercizio della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., è riservata la scelta sulle modalità attuative del riassetto, senza che su ciò possa influire l'appartenenza dell'impresa ad un gruppo economico o societario, non potendo il lavoratore vantare diritti nei riguardi delle imprese del gruppo o con riferimento ai loro assetti produttivi >>³¹².

Pertanto, << nel caso di cessazione dell'attività produttiva, il potere del datore di lavoro, con riguardo al conseguente licenziamento dei dipendenti, non trova limite in considerazione dell'espletamento da parte dello stesso datore di lavoro di un'attività imprenditoriale di gruppo mediante compartecipazione azionaria in altre società, atteso che tale attività, non assurgendo a valore giuridicamente unificante, non comporta che le relative imprese ancorché facenti parte del gruppo, possano essere considerate come un'entità unica alla quale sia consentito collegare diritti e obblighi in ordine alla costituzione ed al mantenimento dei rapporti di lavoro, stante il rilievo prettamente economicistico sia della disciplina del codice civile in tema di società controllate e collegate sia della legislazione

³¹⁰ L'articolo 3 della legge n.604 del 15/07/1996 definisce oggettivo il licenziamento determinato "da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

³¹¹ ITALIA S., *Rapporto di lavoro e gruppo di imprese*, Working Paper ADAPT, 19 giugno 2013, n. 132, www.bollettinoadapt.it; pp. 8 ss.

³¹² Cass. 1° febbraio 2003, n. 1527, in *Giust.civ. Mass.*, 2003, 252.

speciale >>³¹³. Peraltro, il licenziamento deve costituire un rimedio estremo, anche nel caso di effettive comprovate ragioni inerenti all'attività produttiva dell'impresa, per cui è onere del datore di lavoro provare in giudizio l'impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni analoghe a quelle svolte prima che la sua posizione lavorativa fosse soppressa (il c.d. obbligo di *repechage*)³¹⁴. Tale circostanza impone all'imprenditore l'obbligo primario di ricercare ogni possibilità di riutilizzazione dei dipendenti i cui posti di lavoro siano venuti meno.³¹⁵ Però il materiale reinserimento del lavoratore dovrà essere effettuato nell'impresa del fornitore, l'art. 18 infatti parla di reintegrazione nel << posto di lavoro >>, con evidente riferimento al luogo fisico dove materialmente si svolgeva la prestazione prima del recesso. Solo qualora il "posto" non sia più reperibile, l'obbligo solidale di reintegrazione e la struttura unitaria delle organizzazioni datoriali imporrà di verificare se in tutto il contesto imprenditoriale sia esistente una posizione lavorativa analoga o equivalente a cui adibire il lavoratore licenziato³¹⁶- in tal modo l'obbligo di *repechage* assume una connotazione più ampia, in quanto la valutazione deve essere effettuata con riguardo a tutte le imprese del gruppo³¹⁷- sempre tenendo conto della professionalità specifica maturata dal lavoratore, per evitare di operare un demansionamento, adibendo cioè lo stesso a mansioni inferiori che potrebbero ledere la sua professionalità.

Tra le materie più importanti che hanno recepito il concetto di codatorialità c'è anche quella relativa alla sicurezza – sopra citata in relazione alle norme inderogabili relative alla tutela dei lavoratori -,

³¹³ Cass. 5 aprile 1990 n. 2831, in *Not.Giur.Lav.* 1990, 188.

³¹⁴ ITALIA S., *Rapporto di lavoro e gruppo di imprese*, Working Paper ADAPT, 19 giugno 2013, n. 132, www.bollettinoadapt.it; pp. 8 ss.

³¹⁵ Santulli T., *Unica società in forma di gruppo: una lucida analisi del giudice di merito*, in *Riv.Giur.Lav.* 2002, II, 313.

³¹⁶ SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010; pp. 84 ss.

³¹⁷ PERULLI A., *Profili di tutela del reddito dei lavoratori nell'ambito dei gruppi di imprese*, www.adalbertoperulli.it; pp. 159.

probabilmente per l'importanza che riveste nel tutelare i lavoratori e i loro interessi. Una decisa apertura al principio della codatorialità si è avuta, in particolare, con l'ultimo importante intervento legislativo in materia, ovvero il Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro, il d.lgs. n. 81/2008, che tra i principali obiettivi ha proprio quello di garantire una maggior livello di effettività delle tutele in materia di sicurezza³¹⁸.

Il diritto del lavoro, d'altronde, ha lo scopo di tutelare la persona del lavoratore, per impedire che la sua "gestione" quale fattore della produzione si traduca nella lesione di diritti fondamentali, oltre che per limitare e razionalizzare poteri finalizzati a soddisfare le esigenze organizzative delle imprese. Dal punto di vista degli interessi organizzativi, infatti, deve esserci l'identità delle posizioni giuridiche dei lavoratori che rispecchia le medesime esigenze di protezione. E rispetto a questa problematica, la codatorialità potrebbe presentarsi come soluzione efficace per superare il fenomeno del c.d. spiazzamento delle tutele lavoristiche³¹⁹.

Con la recente emanazione del nuovo Testo Unico sono stati, tra l'altro, ridefiniti molti dei concetti e degli istituti preesistenti in materia, a partire dalla nozione di datore di lavoro, che non coincide più – come abbiamo già visto – con la semplice figura del titolare del contratto di lavoro subordinato, ma è individuato ormai a prescindere dalla natura subordinata del contratto di lavoro e, la sua responsabilità in tema di sicurezza è connessa, piuttosto, al rapporto organizzativo che lo lega a tutti quei lavoratori che operano in collegamento funzionale con la sua struttura produttiva d'impresa³²⁰.

L'art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 81/2008, offre quella che è la

³¹⁸ CAMASTA O., *Codatorialità e sicurezza : nuove responsabilità per nuovi rischi*; Dottorato di ricerca in relazioni di lavoro; www.fondazionedantona.it ; pp. 58 – 59.

³¹⁹ SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010; pp. 52 ss.

³²⁰ CAMASTA O., *Codatorialità e sicurezza : nuove responsabilità per nuovi rischi*; Dottorato di ricerca in relazioni di lavoro; www.fondazionedantona.it; pp. 59.

rinnovata definizione di datore di lavoro definendolo come : << *il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa* >>³²¹.

La definizione adottata è molto ampia ed evidenzia la nozione di datore di lavoro sia in senso formale, quale titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore, che in senso sostanziale, quale soggetto responsabile dell'organizzazione o dell'unità produttiva e che esercita i poteri decisionali e di spesa. Dalla nuova definizione emerge tutta la portata innovativa della concezione sostanziale della figura del datore di lavoro, non più semplicemente responsabile dell'impresa, ma responsabile dell'organizzazione o dell'unità produttiva. Allo stato di fatto, quindi, il titolare o responsabile dell'organizzazione – il datore di lavoro – deve farsi carico e rispondere anche di tutti i rischi alla salute e alla sicurezza di coloro che si trovano ad operare nello specifico ambiente di lavoro riferibile al suo contesto organizzativo. In definitiva, sulla base del nuovo quadro normativo, è possibile ravvisare la coesistenza di un datore di lavoro in senso giuslavoristico, titolare formale del rapporto di lavoro, e uno o più datori di lavoro in senso prevenzionistico, titolari della responsabilità dell'organizzazione o dell'unità produttiva in quanto esercenti i poteri decisionali e di spesa³²².

Dunque, nella materia della sicurezza, il datore è individuato a prescindere dalla natura, subordinata o meno, del contratto di lavoro; la sua responsabilità è invece connessa al rapporto organizzativo che ha con

³²¹ Decreto Legislativo 9 aprile 2008, n. 81; *Attuazione dell'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*; Testo coordinato con il Decreto Legislativo 3 agosto 2009, n. 106.

³²² CAMASTA O., *Codatorialità e sicurezza : nuove responsabilità per nuovi rischi*; Dottorato di ricerca in relazioni di lavoro; www.fondazioneantonita.it; pp. 60 ss.

coloro che operano in collegamento funzionale con la struttura produttiva³²³.

La riqualificazione della figura del datore di lavoro in senso sostanziale, è assolutamente coerente con le esigenze di ancorare tutte le figure ed i soggetti destinatari degli obblighi di sicurezza ad uno stretto criterio di effettività; l'individuazione dell'obbligo di sicurezza deve infatti basarsi non già sulla qualifica rivestita, bensì sulle funzioni in concreto esercitate³²⁴. Pertanto, il soggetto che riveste sostanzialmente la posizione di datore di lavoro, in quanto ne esercita, ancorché in modo non continuativo bensì in via temporanea od occasionale³²⁵, i poteri direttivi, organizzativi e gestionali di spesa, sarà da considerare il destinatario di fatto di tutte le responsabilità e di tutti gli obblighi relativi previsti dalla legge³²⁶.

Anche sul versante dei lavoratori e dei soggetti comunque impegnati in un'attività lavorativa eseguita nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro, il T.U. ha accolto le istanze provenienti da dottrina e giurisprudenza sulla necessità di estendere il sistema protezionistico in materia di salute e sicurezza sul lavoro ad un gruppo di destinatari più ampio, proprio per una maggiore effettività delle tutele in un mercato del lavoro sempre più dinamico. Difatti, una delle maggiori novità del Testo Unico è stata proprio quella di aver allargato il campo di applicazione della normativa, indipendentemente dalla specifica qualificazione del rapporto di lavoro, ma collegando piuttosto la necessità di tutelare le posizioni al ruolo effettivamente assunto nell'ambito dell'organizzazione del lavoro. Novità in quanto il d.lgs. n. 626/1994³²⁷ individuava quali beneficiari della

³²³ SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2010; pp. 54.

³²⁴ Cass. Pen., 20 febbraio 2002, in *RCDL*, 2002, PP. 461.

³²⁵ Cass. Pen., sex. IV, 1 giugno 2007, n. 21585, in GUARINELLO R., *Il T:U: sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Milano, 2009, pp. 699.

³²⁶ CAMASTA O., *Codatorialità e sicurezza : nuove responsabilità per nuovi rischi*; Dottorato di ricerca in relazioni di lavoro; www.fondazioneantonita.it; pp. 62 ss.

³²⁷ DECRETO LEGISLATIVO 19 settembre 1994, n. 626; *Attuazione delle direttive*

normativa in tema di sicurezza e salute quei lavoratori che fossero parte di un rapporto di lavoro subordinato; ad oggi una soluzione del genere sarebbe assolutamente inadeguata a tutelare gran parte dei lavoratori, utilizzati secondo una serie di tipologie contrattuali diverse dal lavoro subordinato. Per questi motivi il legislatore è intervenuto ampliando la normativa di garanzia a tutti quei soggetti che prestano la loro attività in un luogo di lavoro o comunque nell'ambito di un'organizzazione del quale il datore di lavoro abbia il controllo e la responsabilità, a prescindere dal tipo di rapporto contrattuale esistente³²⁸.

A tal proposito, l'art. 2, comma 1, lett. a) del Testo Unico fornisce la nuova e più ampia definizione di lavoratore : << *persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari* >>³²⁹.

Mentre l'art. 3, al primo comma definisce l'ambito di applicazione, che risulta molto più ampio : << *Il presente decreto legislativo si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio* >>³³⁰.

Il campo di applicazione che si desume dagli articoli sopra richiamati risulta effettivamente ampliato, tanto da includere anche i lavoratori assunti

89/391/CEE, 89/654/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE, 90/679/CEE, 93/88/CEE, 95/63/CE, 97/42/CE, 98/24/CE, 99/38/CE, 99/92/CE, 2001/45/CE, 2003/10/CE, 2003/18/CE e 2004/40/CE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

³²⁸ CAMASTA O., *Codatorialità e sicurezza : nuove responsabilità per nuovi rischi*, ibid.; pp. 64 – 65.

³²⁹ Decreto Legislativo 9 aprile 2008, n. 81; *Attuazione dell'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*; Testo coordinato con il Decreto Legislativo 3 agosto 2009, n. 106.

³³⁰ EADEM.

secondo le nuove tipologie contrattuali previste dal D.lgs. n. 276/2003³³¹.

Un ulteriore elemento di conferma del nuovo impulso in senso codatoriale lo si ricava indirettamente dall'analisi del campo di applicazione oggettivo del principio della valutazione dei rischi che, anche nel modello delineato dal d.lgs. n. 81/2008, conserva un peso e una rilevanza centrale quale generale presupposto dell'intero sistema prevenzionistico. Ai sensi dell'art. 28 del T.U, la valutazione dei rischi deve riguardare : << *tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi [...] nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro* >>. In altre parole, la valutazione deve interessare l'intero ambito di lavoro e quindi tutte le persone coinvolte nell'organizzazione aziendale, compresi quelli impiegati tramite il ricorso a tipologie contrattuali diverse da quelle del tipico contratto di lavoro subordinato³³².

4.4 Codatorialità e assunzione congiunta : istituti a confronto

Nell'ambito del medesimo intervento con cui è stata per la prima volta ammessa la codatorialità, il legislatore ha anche consentito alle imprese di rete, a patto che la maggioranza di queste svolga attività agricola, di procedere congiuntamente all'assunzione di lavoratori dipendenti per lo svolgimento di prestazioni lavorative presso le relative aziende, secondo le

³³¹ CAMASTA O., *Codatorialità e sicurezza : nuove responsabilità per nuovi rischi*; Dottorato di ricerca in relazioni di lavoro; www.fondazioneantonina.it; pp. 66 – 67.

³³² CAMASTA O., *Codatorialità e sicurezza : nuove responsabilità per nuovi rischi*; Dottorato di ricerca in relazioni di lavoro; www.fondazioneantonina.it; pp. 67 – 68.

modalità previste dal decreto del 2003³³³.

In particolare parliamo dell'art. 31, comma 3-*bis* e 3-*ter*, del D.lgs. n. 276 del 2003, a norma del quale :

<< 3-bis. Le imprese agricole, ivi comprese quelle costituite in forma cooperativa, appartenenti allo stesso gruppo di cui al comma 1, ovvero riconducibili allo stesso proprietario o a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità entro il terzo grado, possono procedere congiuntamente all'assunzione di lavoratori dipendenti per lo svolgimento di prestazioni lavorative presso le relative aziende.

*3-ter. L'assunzione congiunta di cui al precedente comma 3-bis può essere effettuata anche da imprese legate da un contratto di rete, quando almeno il 50 per cento di esse sono imprese agricole >>*³³⁴.

Gli artt. 30 e 31 del decreto hanno un tenore letterale molto diverso, tale da poter affermare che si tratta di ipotesi differenti.

Mentre le ipotesi di codatorialità possono darsi ogni volta che si è in presenza di un contratto di rete, le assunzioni congiunte si possono effettuare esclusivamente nelle ipotesi stabilite dall'art. 31, commi 3-*bis* ss. La differenza si comprende se si pone attenzione alla *ratio* delle due previsioni. Nel caso dei dipendenti ingaggiati dalle imprese retiste, la prestazione richiesta al lavoratore è funzionale alla realizzazione del programma della rete; nel caso delle assunzioni congiunte in agricoltura non è necessariamente così. L'assunzione congiunta può essere diretta a consentire alle imprese agricole, facenti parte di un gruppo, di utilizzare un dipendente assunto congiuntamente, anche al di fuori della realizzazione di

³³³ BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2014; pp. 28.

³³⁴ D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30".

un programma di rete, cioè per lo svolgimento di prestazioni nell'interesse delle singole imprese del gruppo. Se la realizzazione è invece destinata a realizzare un programma di rete, l'assunzione congiunta è ammessa solo se le imprese agricole rappresentano almeno il 50% dei retisti, in questo caso si ha sia codatorialità che assunzione congiunta – art. 31, comma 3-ter³³⁵.

Dunque, una delle principali differenze tra gli istituti della codatorialità e dell'assunzione congiunta risiede nel fatto che, mentre la novella dell'art. 31 risponde sia ad una logica di semplificazione e incontra le esigenze delle imprese agricole che vogliono cogliere nuove opportunità di sviluppo che ad una nuova logica di garanzia di maggiore stabilità del lavoratore nonché di lotta ai fenomeni di elusione ed evasione degli obblighi contributivi; la codatorialità non si può intendere quale strumento finalizzato a prevedere delle forme di tutela per i lavoratori coinvolti³³⁶, quanto invece quale strumento per consentire un utilizzo più flessibile del personale nel contratto di rete. Ciò risulterebbe confermato dal fatto che il riferimento alla codatorialità segue quello sull'automatica configurazione dell'interesse al distacco nella rete posto a favore dell'esigenza imprenditoriale di agevolare il distacco³³⁷.

Ancor più rilevante è il disposto di cui al comma 3-*quinquies*, laddove è previsto che : << *I datori di lavoro rispondono in solido delle obbligazioni contrattuali, previdenziali e di legge che scaturiscono dal rapporto di lavoro instaurato con le modalità disciplinate dai commi 3-bis e 3-ter* >>³³⁸. A differenza che per la codatorialità, per l'assunzione congiunta viene espressamente prevista la responsabilità solidale automatica ed ineludibile dei datori di lavoro per le obbligazioni

³³⁵ ALESSI C., *Il sistema delle fonti nella destrutturazione e ricomposizione dell'impresa e del datore di lavoro*. I sessione: 26 Giugno. Giugno 2014; pp. 4 ss.

³³⁶ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2014, p. 397.

³³⁷ PERUZZI M., *Il distacco del personale tra imprese che hanno sottoscritto un contratto di rete. Nozione di codatorialità e questioni aperte*; www.diprist.unimi.it; pp. 5 ss.

³³⁸ D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30".

contrattuali, previdenziali e di legge che scaturiscono dal rapporto di lavoro instaurato con le modalità indicate da commi precedenti³³⁹.

L'espressa previsione della responsabilità solidale è opportuna proprio perché non è affatto detto che tra i *joint employers* vi sia un'integrazione tale per cui la prestazione lavorativa soddisfi contemporaneamente l'interesse organizzativo di tutti, dal momento che il lavoratore viene assunto dalle imprese agricole, sia pure legate da vincoli familiari o di gruppo, per lo svolgimento di attività presso le relative aziende³⁴⁰.

Una ulteriore differenza tra i due istituti è quella relativa al consenso del lavoratore; mentre nel caso della codatorialità sarebbe necessaria una manifestazione di volontà per l'accettazione, da parte del lavoratore, delle regole di ingaggio stabilite dal contratto di rete³⁴¹, per quanto attiene le assunzioni congiunte, non si porrebbero problematiche al riguardo, posto che si presuppone che l'assunzione congiunta, definita contestuale dalla Circolare n. 35/2013, avvenga *ab origine*, dunque si tratta di un elemento che può sopravvenire e che non vede precluse *ex lege* eventuali limitazioni di responsabilità da parte dei codatori³⁴².

L'art. 31 al comma 3-*quater* del d.lgs. n. 276/2003³⁴³, prevede anche un'altra ipotesi, ovvero l'ipotesi in cui oltre alla codatorialità è consentita l'assunzione congiunta. Ciò si verifica quando le imprese sono legate da un contratto di rete e tra i retisti vi siano almeno il 50% di aziende agricole. Si può ritenere insomma che l'assunzione congiunta sia uno strumento che

³³⁹ BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2014; pp. 28.

³⁴⁰ ALESSI C., *Il sistema delle fonti nella destrutturazione e ricomposizione dell'impresa e del datore di lavoro*. I sessione: 26 Giugno. Giugno 2014; pp. 6.

³⁴¹ EAD., *Il sistema delle fonti nella destrutturazione e ricomposizione dell'impresa e del datore di lavoro*, *ibid.*; pp. 5.

³⁴² BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2014; pp. 29.

³⁴³ 3-*quater* : << Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali sono definite le modalità con le quali si procede alle assunzioni congiunte di cui al comma 3-bis >> .

attiene agli adempimenti connessi all'assunzione e alla gestione del rapporto di lavoro e che consente di condividere la titolarità di un contratto di lavoro tra più soggetti anche al di fuori dell'attuazione di un programma comune, come nel caso della rete. I vantaggi per i datori di lavoro sono relativi alla possibilità di utilizzare una prestazione di lavoro senza accollarsi integralmente gli oneri connessi agli adempimenti burocratico-amministrativi e senza rischiare di incorrere nella violazione del divieto di interposizione; per il lavoratore, che ha un unico contratto di lavoro invece che una pluralità di contratti e la possibilità di rivolgersi, per il soddisfacimento integrale dei propri crediti, a tutti i datori di lavoro indifferentemente, essendo per l'appunto tutti solidalmente obbligati per gli obblighi contrattuali, previdenziali e di legge³⁴⁴.

In data 14 gennaio 2014 è stato pubblicato il D.M. previsto dal nuovo comma 3-*quater* dell'art. 31 del D.Lgs. n. 276/2003, con il quale sono state definite le modalità con le quali si procede alle assunzioni congiunte³⁴⁵.

Il D.M. è composto di due soli articoli : l'art. 1 definisce, nello specifico, i soggetti che possono beneficiare delle assunzioni congiunte di lavoratori dipendenti; l'art 2 i soggetti che sono tenuti, per conto del gruppo, agli adempimenti in materia lavoro.

Quanto ai soggetti, l'art. 1 limita il campo di applicazione a :

- gruppi di impresa, individuati ai sensi dell'art. 2359 c.c. e del d.lgs. 2 aprile 2002, n. 74³⁴⁶;

³⁴⁴ ALESSI C., *Il sistema delle fonti nella destrutturazione e ricomposizione dell'impresa e del datore di lavoro*. I sessione: 26 Giugno. Giugno 2014; pp. 6.

³⁴⁵ COVINO R., *Gestione del rapporto di lavoro: distacco del personale e regole di ingaggio nel contratto di rete*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 14/2014, pp. 842.

³⁴⁶ 2359. *Società controllate e società collegate*.

Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

- le imprese riconducibili allo stesso proprietario;
- le imprese riconducibili a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità entro il terzo grado;
- le imprese collegate da un contratto di rete, quando almeno il 50 % di esse sono imprese agricole.

L'art. 2 del D.M. 14 gennaio 2014, individua i soggetti che sono tenuti ad effettuare le comunicazioni previste per legge in riferimento all'assunzione congiunta. Le comunicazioni di assunzione, trasformazione, proroga e cessazione concernenti i lavoratori assunti congiuntamente devono essere svolte dai seguenti soggetti :

- per i gruppi di impresa e per le imprese collegate da un contratto di rete, le comunicazioni sono effettuate dall'impresa capogruppo con le modalità previste dal decreto del Ministero del lavoro 30 ottobre 2007;
- per le imprese riconducibili a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità entro il terzo grado, le comunicazioni sono effettuate per il tramite di un soggetto individuato da uno specifico accordo che lo designa quale incaricato tenuto alle comunicazioni di legge. In tal caso, l'accordo è depositato presso le associazioni di categoria con modalità che ne garantiscono la data certa di sottoscrizione³⁴⁷.

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

³⁴⁷ COVINO R., *Gestione del rapporto di lavoro: distacco del personale e regole di ingaggio nel contratto di rete*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 14/2014, pp. 842 – 843.

CONCLUSIONI

Volendo tratte alcune conclusioni dal lavoro svolto – e dando per acquisita l’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sull’istituto del distacco, la cui traduzione normativa risale ormai a oltre un decennio – sembra utile richiamare ed evidenziare i tratti salienti della parte centrale del lavoro.

In particolare, con riferimento ai contatti di rete, dalla loro analisi si coglie come questi rappresentino un innovativo strumento giuridico, teso a sostenere ed incentivare i processi di aggregazione tra imprese, favorendo l’instaurazione tra le stesse di forme di collaborazione organizzata e duratura, seppur mantenendo ciascuna la propria autonomia e la propria individualità.

Il contratto di rete rappresenta quindi uno strumento attraverso il quale le imprese si pongono l’obiettivo di crescere, incrementando la loro competitività sul mercato. Con particolare riferimento profilo lavoristico della trattazione, il contratto diventa uno strumento volto a valorizzare le risorse umane, infatti uno dei suoi obiettivi è proprio quello di ottimizzare l’impiego delle risorse umane.

Dunque l’istituto del distacco, per il tramite dei contratti di rete, si connota di un nuovo profilo e diventa lo strumento necessario per la realizzazione di forme di collaborazione protette tra imprese aggregate.

Il profilo, per così dire, più problematico di questo lavoro attiene all’istituto della codatorialità, permangono infatti alcuni profili di criticità che il legislatore non ha ancora chiarito.

Il primo riguarda la compatibilità della codatorialità con le c.d. “reti soggetto” (reti dotate di soggettività giuridica), ovvero nelle ipotesi in cui la rete venga costituita come rete dotata di soggettività giuridica. La dottrina ha elaborato due differenti interpretazioni : un primo orientamento considera che, nell’idea del legislatore, la codatorialità fosse lo strumento

per rendere possibile alle “retiste” un utilizzo in qualche modo più disinvolto dei rispettivi dipendenti all’interno della rete, attraverso le modalità individuate nel regolamento di rete, e che il rapporto del singolo rimanesse pertanto quello, tradizionalmente bilaterale, con il proprio datore di lavoro originario³⁴⁸.

L’interpretazione opposta assimila invece la codatorialità alla c.d. assunzione congiunta, definizione elaborata con riferimento alle imprese agricole al fine di individuare una nuova fattispecie per cui ciascun dipendente sarebbe titolare di una pluralità di rapporti di lavoro con ciascuna delle imprese per le quali presta la propria attività lavorativa³⁴⁹.

Sulla base della prima interpretazione la codatorialità, intesa solo quale strumento e modalità per la gestione cumulativa dei dipendenti – senza ripercussione nell’ambito della titolarità del rapporto di lavoro, sarebbe compatibile anche con le reti soggetto. Al contrario, alla luce della seconda interpretazione, il concetto perderebbe la sua identità e non potrebbe essere rintracciata nella rete soggetto, posto che è proprio la rete ad essere l’unica datrice di lavoro, responsabile in via esclusiva nei confronti dei propri dipendenti.

Altri profili di criticità permangono con riferimento al trattamento delle obbligazioni nei confronti dei dipendenti delle singole imprese in rete, stante l’applicazione del principio della responsabilità solidale. tutte le imprese che utilizzano promiscuamente le prestazioni del dipendente all’interno della rete sono solidalmente responsabili rispetto agli obblighi connessi alle prestazioni lavorative. Però ciò non avviene nelle reti soggetto, in cui la codatorialità in qualche modo perde la propria ragion d’essere, posto che l’utilizzo promiscuo è insito nel fatto che il lavoratore sia dipendente della rete nel suo complesso.

³⁴⁸ GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2014, pp.2.

³⁴⁹ PERULLI A., *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura*, in PERULLI A., FIORILLO L., *La riforma del mercato del lavoro*, IV Vol., Il nuovo diritto del lavoro, Torino, 2014, pp. 463.

Inoltre , al di là del caso specifico in cui la rete soggetto assume personalmente i dipendenti, persistono diversi dubbi – in assenza di indicazioni da parte del legislatore o del Ministero – in merito alle conseguenze sul rapporto di lavoro dei dipendenti delle singole imprese retiste a seguito della costituzione della rete soggetto³⁵⁰.

Naturalmente le imprese sono attratte dalla possibilità di concedere alla rete una specifica identità e autonomia per poter meglio competere nel mercato, però corrono pur sempre il rischio di adottare soluzioni imprenditoriali di cui non si conoscono le conseguenze. ciò a causa della mancanza, tutt’oggi, di leggi, atti interpretativi o di indirizzo che possano definitivamente fare chiarezza al riguardo.

Le imprese stanno velocemente imparando a comprendere ed a credere nelle potenzialità della rete e per molte piccole e medie imprese rappresenta lo strumento per mantenere alti livelli di competitività nel mercato, nonché acquisire risorse umane sufficienti per il raggiungimento di obiettivi che sarebbero, altrimenti, fuori dalla loro portata³⁵¹.

Sotto un altro aspetto, la rete di imprese e quindi anche lo strumento del distacco nei contratti di rete – ad esso collegato – sta dimostrando una significativa utilità nel rendere più facile la gestione del personale e dei mezzi di produzione.

Quella del distacco nei contratti di rete è una figura la cui tipizzazione era necessaria perché permette alle aziende, che decidono di partecipare, di unire le forze per attuare attività comuni che non sarebbero in grado di svolgere singolarmente. Inoltre offre un ulteriore vantaggio, quello della maggiore flessibilità potendo tale strumento adattarsi a tutte le circostanze e se necessario essere modificato da un accordo tra le parti.

³⁵⁰ MORICONI A., *Rete-soggetto e codatorialità : dove finiscono le imprese?*, www.bollettinoadapt.it, 2015, pp. 3.

³⁵¹ MORICONI A., *Rete-soggetto e codatorialità : dove finiscono le imprese?*, www.bollettinoadapt.it, 2015, pp. 3 – 4.

Anche l'utilizzo del personale diventa più flessibile tramite questo strumento, soprattutto grazie alla possibilità, riconosciuta dalla legge, di prevedere forme di codatorialità.

Grazie a questi strumenti – il distacco e la codatorialità – è quindi possibile realizzare una sorta di flessibilità positiva che garantisce sia una maggiore mobilità dell'utilizzo delle risorse umane, sia una maggiore stabilità occupazionale per i lavoratori.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI C., *Il sistema delle fonti nella destrutturazione e ricomposizione dell'impresa e del datore di lavoro*. I sessione: 26 Giugno. Giugno 2014.

AULETTA G., *ConSORZI commerciali*, in *Nuov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1938

BASENGHI F., *Contratti di rete e rapporti di lavoro : legge n. 99 del 09-08-2013*, relazione al convegno “*I contratti di rete : novità legislative, regime tributario e contabile, aspetti giuslavoristici*”, Modena, 8 novembre 2013

BIASI M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità : le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, Centre of the study of European Labour Law “MASSIMO D'ANTONA”, 2014.

BIZZARRO C. e TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto delle relazioni industriali*, numero 2/XIV; Giuffrè Editore, Milano, 2004.

CAFAGGI F. *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni* .Pubblicato in *Contratti* n. 5 2011

CAFAGGI F., *Il contratto di rete nella prassi, I Contratti*, n. 5/2010

CAFAGGI F. e IAMICELI P., *La governance del contratto di rete*, in *Il contratto di rete. Commentario*, Il Mulino, Bologna, 2009

CAFAGGI F., IAMICELI P., MOSCO G.D., *Il contratto di rete e le prime pratiche : linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *I contratti*, 2013

CAFAGGI F., *Il nuovo contratto di rete: "Learning by doing"*, in *Contratti*, 2010

CAFASSO, *Il distacco nel contratto di rete d'impresa*, www.cafassoefigli.it, aprile 2014.

CAGNIN V., *Il distacco intra-gruppo alla luce delle novità sul contratto di rete*; www.diprist.unimi.it.

CAMASTA O., *Codatorialità e sicurezza : nuove responsabilità per nuovi rischi*; Dottorato di ricerca in relazioni di lavoro; www.fondazioneantonina.it

CONSORZIO PER L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA; *Reti di impresa*; www.vt.camcom.it

COVINO R., *Il distacco del lavoratore: svolgimento della prestazione lavorativa in un luogo diverso dalla sede del distaccatario*, www.lalentedulfisco.it, Modena, 2011.

COVINO R., *Gestione del rapporto di lavoro: distacco del personale e regole di ingaggio nel contratto di rete*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 14/2014

DE LUCA TAMAJO R., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco nella riforma del diritto del lavoro*, in *Argomenti dir. Lavoro*, 2005

DE LUCA TAMAJO R., *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003

DE LUCA TAMAJO R., *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I

DE PACE M., *La rete di imprese. Istruzioni per l'uso*. UnionCamere, 2013.

DE SIMONE G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, op. cit., p. 304; PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori, Le trasformazioni del mercato del lavoro*, a cura di CIOCCA G., EUM, 2011, p. 195; ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, DL, 2003, p. 943; SCARPELLI F., *Commento sub. art. 30*, op. cit., pp. 444-445.

DE SIMONE G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995,

DEL PUNTA R., *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in arg. *Dir. Lav.*, 2002,, 2

ESPOSITO M., *Esperto in modelli normativi di governance dei rapporti tra imprese indipendenti, fra distretti e "reti"*, Tesi di Dottorato, 2010-2011, www.dspace.unive.it

ESPOSITO M., *Contratto di rete*. AltalexPedia; 2013.

ESPOSITO M., *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1996

FADDA I., *La disciplina previdenziale ed assicurativa del distacco nazionale ed estero*. Club Previdenza, 2013.

FEDERICI. F., *Il distacco del lavoratore tra imprese*; www.ildirittoamministrativo.it

FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 2001

FONTANELLA L. e CORNAGLIA S., *Reti di imprese : elementi giuslavoristici*; www.adac.torino.it, Novembre 2014.

FRANZINA P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e Diritto*, a. XXII, n. 1, 2008

GALANTINO L., *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2003

GALANTINO L., *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2009

GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003

GIUBBONI S., *Norme interpretative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio delle libertà comunitarie*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2008

GRANIERI M., *Il contratto di rete : una soluzione in cerca del problema?*, in *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito*, 2009

GRECO M.G., *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *ADL*, 2/2014

GUARINELLO R., *Il T:U: sicurezza sul Lavoro commentato con la giurisprudenza*, Milano, 2009

GUZZARDI G., *Il contratto di rete*, Dottorato di ricerca in diritto privato; www.archivia.unict.it

IACOBUCCI D., *Il gruppo di impresa come strumento di creazione di reti imprenditoriali*, in ZAZZARO A. (a cura di), *Reti di impresa e territorio*, Bologna, 2010,

ICHINO P., *Il contratto di lavoro. Vol.1*, Giuffrè, 2000.

ITALIA S., *Rapporto di lavoro e gruppo di imprese*, Working Paper ADAPT, 19 giugno 2013, n. 132, www.bollettinoadapt.it

LANOTTE M.; *Rapporto di lavoro transnazionale e obbligo di sicurezza*; www.sanpaoloimprese.com ;

LILLIE N., WAGNER I., BERNTSEN L., *Distacco dei lavoratori, violazione delle norme e cambiamento istituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 141, 2014, 1

LONGO M. e DI MAGGIO D., *Il distacco del lavoratore subordinato in Italia e gli adempimenti amministrativi connessi*, www.fla.it .

LOPORCHIO M., *Le reti di impresa: cosa sono e quali vantaggi offrono*, in www.marcellaloporchio.it, 2013.

MAGNANI M., *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *QDLRI*, 1998

MAGNO M., *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1996

MAGRINI S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980

MASSI E., *Il distacco temporaneo del personale dopo le novità del contratto di rete e della codatorialità*; www.dplmodena.it

MATTEI A., *il distacco del lavoro nella prospettiva dell'integrazione europea*; Tesi di dottorato, 2009/2010; www.eprist-phd.biblio.unitn.it

MAZZOTTA O., *Il problema dell'interposizione nel rapporto di lavoro; Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.

MAZZOTTA O., *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *RGL*, 2013.

MILELLA M., *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, in *I contratti*, 2013

MOSCO G.D., *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. Comm.*, I, 2010, 862

MURATORIO A., *Gli appalti : dalla L. n. 1369/1960 al D.Lgs. n. 276/2003*; www.confindustria.ge.it

MURATORIO A., *Il distacco in ambito privato nella recente legislazione degli orientamenti giurisprudenziali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2009.

NADALET S., *L'attuazione della direttiva 96/71 su distacco*, in *Lavoro e dir.*, 2008, n. 1

NAPPA L., *Distacco art. 30 D.Lgs. 276 /2003*.

ORLANDINI G., *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2008,

ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre of the study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", 2012.

PAGLIARINI M., *La somministrazione di lavoro*, in *Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione*. Consiglio superiore della Magistratura. Convegno del 2005, Roma.

PEDREAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985

PERULLI A., *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità. Una prospettiva comparativa*, in *RGL*, 2013, 1

PERULLI A., *Profili di tutela del reddito dei lavoratori nell'ambito dei gruppi di imprese*, www.adalbertoperulli.it

PERUZZI M., *Il distacco del personale tra imprese che hanno sottoscritto un contratto di rete. Nozione di codatorialità e questioni aperte*; www.diprist.unimi.it;

PESSI A., *Il comando e distacco*, in *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012.

PINTO V., *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, in *RGL*, 2013

POLIDORO M. F., *La rete d'impresa - istruzioni per l'uso* in www.unimerccatorum.it, Roma, 2014.

PROIA G., *Il distacco*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. SANTORO PASSARELLI, 2009

PROIA G., *Contrattazione collettiva e sostegno legale tra vincoli costituzionali e comunitari*, in *Argomenti dir. Lavoro*, 2008, n. 4 – 5

PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Numero 3, Milano, 2009.

RAUSEI P., *Il sistema sanzionatorio delle esternalizzazioni*, ADAPT, workin paper n.21/2006, www.csmb.unimo.it.

RAZZOLINI O., *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*, in *RGL*, 2013

ROCCELLA M. e TREU T., *Diritto del lavoro della comunità europea*, IV edizione, Padova, 2009

SACCONI M., BIAGI M., *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia: proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Roma, 2001.

SANTAGATA R., Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società' (consortile), *Rivista di Diritto Civile* n. 3/2011, pag. 332.

SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori : diritto sindacale e rapporti di lavoro*. Quarta edizione, Giappichelli, Torino, 2013.

SANTULLI T., *Unica società in forma di gruppo: una lucida analisi del giudice di merito*, in *Riv.Giur.Lav.* 2002, II, 313

SGROI A., *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, ADAPT, working paper n. 58/2008, www.fmb.unimore.it

SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010.

SPEZIALE V., *XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro. La figura del datore di lavoro. Articolazione e trasformazioni*. Catania, 2009.

SUPPIEJ G., *Il rapporto di lavoro*, Padova 1982

TAROCCO F., *I contratti di rete*, Relazione del 24 settembre 2012; www.senaf.it;

TORRIELLO S., *La tutela Inail del lavoratore italiano all'estero*, www.laprevidenza.it

TORTINI S., *Il distacco del lavoratore nel diritto dell'unione europea italiana*, in www.amsdottorato.unibo.it, Bologna, 2008.

TOSI P., *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, LG, 2004, p. 236.

TRIPPUTI E.M., *Il contratto di rete*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2011

VALLEBONA A., *Lavoro nelle società collegate*, in *EGT*, 1993, XXXIII

VARDARO G., *Prima e dopo la persona giuridica : sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, 1

VENTURI D., *Gli obblighi in materia di lavoro e contribuzione delle aziende comunitarie operanti in Italia. In particolare il distacco comunitario*, Working Paper n. 49/2008; www.bollettinoadapt.it .

VILLA G., *Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in *Reti di imprese e contratti di rete* (a cura di P. Iamiceli), Giappichelli, Torino, 2009

ZOLI C., *Sub. art. 30. Distacco*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 2004