



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

TESI DI DOTTORATO

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi internazionali

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE
E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
INDIRIZZO: LAVORO
CICLO XXV

IL DISTACCO TRANSNAZIONALE DEI LAVORATORI

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Marco Tremolada

Supervisore: Ch.ma Prof.ssa Roberta Nunin

Dottorando: Marco Galletti

*a Onorino De Marchi,
instancabile lavoratore transnazionale.
Maestro che dal cielo ancora insegna.*

ABSTRACT

La direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996¹ nasce con il chiaro intento di definire un preciso quadro di regole da osservarsi qualora le imprese, nell'ambito "di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori [...] nel territorio di uno Stato membro"².

Essa, infatti, fa obbligo agli Stati membri di provvedere affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro a norma delle regole di diritto internazionale privato, siano garantite ai lavoratori distaccati nei propri territori le stesse condizioni imposte, per quelli nazionali, da "disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale"³.

Parole così lapidarie indurrebbero a pensare che dall'emanazione della stessa in poi non si possano essere più verificati fenomeni di *dumping sociale*.

La realtà, come ai più è noto, è stata invece tutt'altra.

Per usare le parole di un noto studioso⁴ le sentenze del cosiddetto *quartetto Laval* hanno evidenziato "le tensioni cui è soggetto l'attuale quadro normativo relativo al distacco dei lavoratori in un contesto di condizioni di lavoro e sociali divergenti fra Stati membri e la particolare sensibilità ai rischi di *dumping sociale e concorrenza sleale percepiti*"⁵, e dimostrato che "il campo di applicazione del diritto dell'UE si estende al contenzioso collettivo di lavoro"⁶.

Sulla base di queste premesse la Commissione europea ha presentato, nel marzo del 2012, ben due proposte legislative tese, da un lato, a migliorare l'applicazione

¹ Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 *relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi* in *Gazzetta* L 018 del 21 gennaio 1997 pp. 1 ss., chiamata nel presente elaborato anche, più semplicemente, *direttiva distacco*.

² Cfr. art. 1.1.

³ Cfr. art. 3.1.

⁴ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico, al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010.

⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁶ *Ivi*.

della direttiva 96/71⁷ e, dall'altro, a chiarire quali siano i diritti collettivi azionabili “*nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi*”⁸.

Il presente elaborato ha ripercorso le tappe che hanno portato *in primis* all'emanazione della *direttiva distacco*, ed *in secundis* alla presentazione delle suindicate proposte, e ciò non prima di aver chiarito il quadro giuridico in cui si inserisce tutta la legislazione concernente il rapporto di lavoro transnazionale.

Lo scopo è stato evidenziare a chiare lettere tutte le problematiche che si sono palesate in oltre vent'anni⁹ per poi cercare di capire se davvero le proposte formulate dalla Commissione possano essere in grado di risolverle.

⁷ *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi* COM (2012) 131 final, Bruxelles 21 marzo 2012.

⁸ *Proposta di Regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi*, COM (2012) 130 final, Bruxelles 21 marzo 2012.

⁹ *L'affaire Rush Portuguesa*, vero e proprio *leading case* in materia di distacco transnazionale, giunse a sentenza quasi ventitré anni fa, precisamente il 23 marzo 1990.

ABSTRACT

The Directive 96/71/EC of 16 December 1996¹ was created with the clear intent to define a precise set of rules to be observed by the undertaking within “*the framework of the transnational provision of services, posted workers [...], to the territory of a Member State*”²

In fact, it requires the Member States to ensure “*by law, regulation or administrative provision, and/or by collective agreements or arbitration awards which have been declared universally applicable*”³. Whatever is the law applicable to the employment relationship under the rules of private international law, it guarantees to posted workers the same conditions of the domestic workers, within the territories of a Member State.

Such lapidary words would lead to the conclusions that the enactment of the directive has put an end to the phenomenon of the social dumping, but reality is far from this picture.

Quoting an eminent scholar⁴, the Court of Justice’s sentences- also known as the Laval Quartet- hold in evidence that “*the strains to which the current regulatory framework for posting of workers is subject, in a context of divergent social and employment conditions among Member States and acute sensitivity about the perceived risks of social dumping and unfair competition*”⁵ and secondly that “*that the reach of the EU law extends to collective labour disputes*”⁶

Based on the assumptions that, the EC has presented at least two bills aiming at improving the enforcement of the Directive 96/71⁷ and, also at clarifying the

¹ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, in *Official Journal L 018*, 21/01/1997, pp. 1-6.

² *Ibidem*, art. 1.1.

³ *Ibidem*, art. 3.1.

⁴ M. MONTI, *A new strategy for the single market at the service of Europe’s economy and society. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, Bruxelles, 9 May 2010.

⁵ *Ibidem*, p. 69

⁶ *Ivi*.

⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, COM (2012) 131 final, Bruxelles, 21 March 2012

operated collective rights “*within the context of the freedom of establishment and the freedom to provide services*”⁸

The present study has historically followed the path which led, firstly, to the enactment of the law, and, secondly, to the presentation of the eligible proposals. Moreover, an important section of this work intends to analyze the juridical framework concerning the rules about the transnational provision of services.

Primarily, the paper focuses on the basic issues which emerged in over twenty years from the judgment known as *Rush Portuguesa*⁹, and then it examined the divergent EC’s proposals in order to verify their capability to face the manifested problems.

⁸ *Proposal for a Council Regulation on the exercise of the right to take collective action within the context of the freedom of establishment and the freedom to provide services*, COM (2012) 130 final, Bruxelles, 21 March 2012.

⁹ The so-called *affaire Rush Portuguesa* (first leading case concerning the transnational posting of workers) ended with a judgment, almost 23 years ago, more precisely on the 23th may 1990.

INDICE

Capitolo Primo

IL CONTESTO NORMATIVO DI RIFERIMENTO DELLA DIRETTIVA 96/71/CE. LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI, IL DIRITTO DI STABILIMENTO E LA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI.

1. LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI SUBORDINATI

1.1 Le Fonti primarie	pag.	1
1.2 I provvedimenti di diritto derivato.....	pag.	5
1.3 Il campo di applicazione delle norme in materia di libera circolazione dei lavoratori: la nozione comunitaria di lavoratore subordinato	pag.	9
1.4 Il divieto di discriminazioni dirette e indirette	pag.	13
1.4.1 <i>Il divieto di discriminazioni nel campo dell'accesso al lavoro: la tutela del migrante in cerca di occupazione</i>	pag.	13
1.4.2 <i>Il divieto di discriminazioni in materia di condizioni di lavoro</i>	pag.	17
1.4.3 <i>Parità di trattamento in materia di vantaggi sociali</i>	pag.	19
1.4.4 <i>In particolare: il trattamento riservato alla famiglia del lavoratore migrante</i>	pag.	21
1.4.5 <i>In particolare: le discriminazioni indirette</i>	pag.	26
1.5 Le eccezioni al principio di libera circolazione dei lavoratori	pag.	28
1.5.1 <i>I limiti concernenti gli impieghi nella pubblica amministrazione</i>	pag.	40
1.5.2 <i>Il lavoro sportivo</i>	pag.	48
1.5.3 <i>Sull'accesso degli extracomunitari agli impieghi pubblici</i>	pag.	51
1.5.4 <i>Compatibilità del monopolio statale sul collocamento</i>	pag.	56
1.6 La circolazione dei lavoratori extracomunitari.....	pag.	59

2. IL DIRITTO DI STABILIMENTO E LA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI

2.1 Il diritto di stabilimento	pag.	63
2.1.1 <i>la libertà di stabilimento a titolo principale</i>	pag.	68
2.1.2 <i>la libertà di stabilimento a titolo secondario</i>	pag.	70
2.2 La libera prestazione di servizi.....	pag.	71

Capitolo Secondo

CENNI IN TEMA DI LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO DI LAVORO E DI COORDINAMENTO DEI SISTEMI DI SICUREZZA SOCIALE

1. LA LEGGE APPLICABILE AI CONTRATTI DI LAVORO

1.1 La Convenzione di Roma	pag.	74
1.2 L'iter di formazione del regolamento Roma I. In particolare: il libro verde del 14.01.2003 e la Proposta di regolamento del 15.12.2005 ...	pag.	80
1.3 Il reg. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.....	pag.	84
2. IL REGIME DI SICUREZZA SOCIALE APPLICABILE AI LAVORATORI MIGRANTI	pag.	89
2.1 Il regolamento 883/2004 e successive modifiche ed integrazioni, il suo ambito di applicazione e la relativa normativa di attuazione	pag.	91
2.2 La legge applicabile ai sensi del Regolamento 883/2004: il principio di territorialità (<i>lex loci laboris</i>), le sue eccezioni e l'estensione del periodo rilevante ai fini del distacco.....	pag.	98
2.3 I principi generali più rilevanti nel Regolamento 883/2004: la parità di trattamento, il principio dell'esportabilità delle prestazioni, la totalizzazione dei periodi contributivi e il relativo divieto di cumulo.....	pag.	102

Capitolo Terzo

LA DIRETTIVA 96/71/CE E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA. ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE

1. Premessa	pag.	108
2. La giurisprudenza comunitaria antecedente alla direttiva 96/71/CE	pag.	112
3. La direttiva n. 96/71/CE.	pag.	121
3.1. I principali problemi interpretativi suscitati dalla direttiva-distacco.....	pag.	126
3.1.1. <i>Sul requisito della temporaneità</i>	pag.	126
3.1.2. <i>Sulla differenza tra la nozione di distacco e quella di trasferta</i>	pag.	129
3.1.3. <i>Sulla nozione di prestazione transnazionale di servizi</i>	pag.	130
3.1.4. <i>Sul difficile coordinamento della nozione di distacco di cui alla direttiva n. 96/71 e sull'assenza di una definizione di lavoratore distaccato</i>	pag.	132
3.2. Il rapporto tra la direttiva 96/71/CE e il regolamento "Roma I" (già "Convenzione di Roma")	pag.	133
3.3. Evoluzione e interpretazione della direttiva. Dalla Proposta del 1993 alle sentenze della Corte di Giustizia.....	pag.	137

3.3.1 <i>I casi Laval e Viking Line.</i>	
<i>Alcune considerazioni sulle soluzioni adottate della Corte</i>	pag. 141
3.3.2. <i>Segue. I casi Rüffert e Granducato di Lussemburgo</i>	pag. 165

Capitolo Quarto

L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA IN ITALIA E NEI VARI PAESI UE: PROBLEMATICHE E OPPORTUNITA' DI RIFORMA.

1. Premessa	pag. 180
2. Il d.lgs. 72/2000 e le discordanze con la Direttiva	pag. 182
3. L'attuazione in Europa: una breve analisi comparata	pag. 195
3.1. <i>Premessa</i>	pag. 195
3.2. <i>L'attuazione della direttiva nei vari paesi dell'Unione Europea</i>	pag. 195
3.2.1. <i>In particolare: l'attuazione della direttiva in Belgio e il caso Arblade</i> ..	pag. 200
3.2.2. <i>In particolare: l'attuazione della direttiva in Danimarca e Svezia</i>	pag. 207
3.2.2. <i>Altri Paesi</i>	pag. 211
3.3. <i>Conclusioni</i>	pag. 214

In particolare:

Capitolo Quinto

OLTRE LA DIRETTIVA 96/71/CE. LE PROPOSTE DI MODIFICA

1. Premessa	pag. 219
2. Il contesto delle proposte	pag. 221
3. Gli studi antecedenti le proposte del marzo 2012	pag. 236
3.1. <i>Possibilità di cambiamento</i> <i>e relativi effetti sul piano legale economico e sociale</i>	pag. 249
4. La Proposta di regolamento	pag. 260
5. La Proposta di direttiva.....	pag. 263

<i>Considerazioni conclusive</i>	pag. 276
--	----------

Riferimenti bibliografici	pag. 281
--	----------

CAPITOLO I

**IL CONTESTO NORMATIVO DI RIFERIMENTO DELLA
DIRETTIVA 96/71/CE.**

**LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI, IL
DIRITTO DI STABILIMENTO E LA LIBERA PRESTAZIONE
DI SERVIZI.**

1. LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI SUBORDINATI.

1.1. Le Fonti Primarie.

La libera circolazione dei lavoratori fu concepita, sin dal Trattato di Roma¹, come una delle quattro libertà poste a fondamento del mercato unico².

Ai sensi, infatti, dell'ex art. 48 del T.C.E.E. (poi art. 39 del T.C.E.³ ed ora art. 45 del T.F.U.E.⁴) la “libera circolazione dei lavoratori” era “assicurata” (comma 1)

¹ Con il termine “*Trattato di Roma*” si vuole qui identificare il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea firmato, giustappunto, a Roma il 25 marzo 1957 dai rappresentanti di Belgio, Paesi Bassi, Francia, Germania, Italia e Lussemburgo. Il testo del Trattato si può agevolmente reperire sul sito <http://eur-lex.europa.eu>.

² Esse erano enucleate nella parte II del Trattato (“*Fondamenti della Comunità*”) ed erano la libera circolazione delle merci (Titolo I) e (Titolo III) la libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali. Peraltro, come anche sottolineato, anche da S. GIUBBONI G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione Europea*, Bologna, 2007, p.11, l’espressione “*non deve trarre in inganno*” poiché con essa, in realtà, si identificano tutti i soggetti economicamente attivi, ossia coloro che si muovono per svolgere attività produttrici di reddito.

³ Per “*T.C.E.*” si intende il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE) così come modificato dal Trattato di Amsterdam firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999 in *Gazzetta ufficiale n. C 340 del 10 novembre 1997* peraltro a seguito dell’introduzione del Trattato istitutivo dell’Unione Europea (T.U.E.) firmato a Maastricht (Paesi Bassi) il 7 febbraio 1992 (in *Gazzetta ufficiale n. C 191 del 29 luglio 1992*) dai rappresentanti di Belgio, Danimarca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Gran Bretagna. Tale trattato disegna un Unione Europea che non è una nuova organizzazione internazionale che si aggiunge alle comunità europee (CEE, CECA ED EURATOM) né tanto meno le sostituisce, ma che la delinea fondandola sulle dette Comunità Europee di cui conserva interamente l’*acquis*. Il Trattato è poi noto per aver modificato significativamente il Trattato CEE facendo perdere alla “Comunità Economica Europea” la connotazione economica così trasformandola in “Comunità Europea” in un’ottica di avvicinamento sempre maggiore

ed essa implicava (comma 2) “l’abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità tra i lavoratori degli stati membri” nell’ambito di tre campi:

- impiego;
- retribuzione;
- condizioni di lavoro.

Concretamente la libertà di circolazione all’interno dell’UE importava il diritto:

- a) di rispondere ad offerte di lavoro effettive;
- b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli stati membri;

dell’Europa al cittadino e della maggiore integrazione tra popoli. In tal guisa va certamente ricordata l’istituzione della cittadinanza europea riconosciuta a tutti i cittadini degli stati membri e all’introduzione di nuovi settori di competenza dell’Unione quali ad esempio – per quanto attiene allo specifico ambito di questa ricerca – i capitoli dedicati alla politica sociale. Sul punto, per ampia trattazione si veda G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2003, pp. 8 ss.

⁴ “T.F.U.E.” è l’abbreviazione di “TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL’UNIONE EUROPEA”. Esso corrisponde al vecchio Trattato C.E. così come modificato a seguito dell’introduzione del Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato ufficialmente in vigore il 1° dicembre 2009 a seguito della ratifica operata da tutti i ventisette Paesi membri (in *Gazzetta ufficiale n. C 83 del 30.3.2010*) che lo ha, giustappunto, così denominato. Diversamente da quanto si proponeva il Trattato che voleva istituire una Costituzione per l’Europa, il Trattato di Lisbona non sostituisce i vecchi trattati nella forma di un unico atto di codificazione, ma si limita a modificarli. Per quanto attiene le principali novità del T.u.e. si segnalano, in particolare: - nel titolo I, l’introduzione di una chiara ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri, di un definitivo richiamo ai diritti fondamentali dell’uomo, nonché di un esplicito riferimento alla Carta dei diritti dell’Unione Europea, a cui viene riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati; - l’inserimento di un nuovo titolo II, contenente disposizioni relative ai principi democratici ripresi dal titolo del Trattato costituzionale dedicato alla “vita democratica” dell’Unione (tra cui ad esempio, i principi di uguaglianza giuridica dei cittadini, di democrazia rappresentativa, di democrazia partecipativa e il diritto di iniziativa dei cittadini);- nel titolo III, la previsione di modifiche istituzionali al sistema prevalente, tra cui l’attribuzione di uno specifico ruolo istituzionale al Consiglio europeo. Circa il T.F.U.E. si segnalano invece: - la previsione di nuovi obiettivi per l’Unione (quali ad esempio, la pace, la piena occupazione e lo sviluppo sostenibile); - l’elevazione della procedura di codecisione con voto a maggioranza qualificata in Consiglio come procedura legislativa ordinaria per l’adozione degli atti dell’Unione; - la chiara distinzione tra atti legislativi europei e atti non legislativi;- l’introduzione della possibilità per gli Stati membri di recedere dall’Unione.

Per approfondimenti sul Trattato di Lisbona si vedano P. BILANCIA M. D’AMICO, *La Nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. XI ss.; A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, 2009; V. M. SBRESCIA, *Le competenze dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, Napoli, 2008; F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee: commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010; F. POCAR, *Diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2010, pp. 65 ss.

- c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali;
- d) di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego.

Il successivo art. 49 (poi art. 40 del T.C.E. ed ora art. 46 del T.F.U.E.) stabiliva quali fossero le misure necessarie per attuare operativamente il principio stabilito nell'articolo precedente.

In particolare, per il fine suindicato, il già citato ex art. 49 del T.C.E.E. prevedeva che il Consiglio della Comunità Economica Europea legiferasse attraverso l'adozione di “*direttive o regolamenti*” così da:

- assicurare una stretta collaborazione tra le amministrazioni nazionali del lavoro;
- eliminare quelle procedure e pratiche amministrative il cui mantenimento fosse stato d'ostacolo alla liberalizzazione dei movimenti dei lavoratori;
- abolire tutti i termini e le altre restrizioni previste dalle legislazioni interne che avessero imposto ai lavoratori degli altri Stati membri, in ordine alla libera scelta di un lavoro, condizioni diverse da quelle stabilite per i lavoratori nazionali;
- istituire meccanismi idonei a mettere in contatto le offerte e le domande di lavoro e a facilitarne l'equilibrio a condizioni che evitino di compromettere gravemente il tenore di vita e il livello dell'occupazione nelle diverse regioni e industrie.

Infine, con l'art. 51 (poi art. 42 del T.C.E. ed ora art. 48 T.F.U.E.), al fine di rendere ancor più effettiva la possibilità per i lavoratori europei di circolare liberamente all'interno del territorio della Comunità Economica Europea, i firmatari del Trattato prevedero un sistema che consentisse ai lavoratori migranti e “*ai loro aventi diritto*”:

a) il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni sia per il calcolo di queste;

b) il pagamento delle prestazioni alle persone residenti nei territori degli Stati membri⁵.

Da una lettura congiunta delle disposizioni sopra elencate si può agevolmente evincere che la libera circolazione dei lavoratori subordinati viene assicurata dal Trattato per il tramite di tre garanzie fondamentali ossia il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità per quanto concerne l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro (odierno art. 45 par. 2 T.F.U.E.), il diritto di soggiornare sul territorio dello Stato membro al fine di svolgere un lavoro ed anche dopo aver occupato un impiego conformemente alle disposizioni che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali (odierno art. 45 par. 3 lett. *b*, *c* e *d* T.F.U.E.), il diritto di godere di un sistema di sicurezza sociale che consenta da un lato il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, dall'altro il pagamento delle prestazioni nel luogo di residenza dei lavoratori indipendentemente dal luogo in cui sono stati versati i contributi (odierno art. 51 T.F.U.E.).

Le tutele succitate (che sono fra loro strettamente collegate) muovono da una premessa radicata in maniera granitica all'interno delle menti dei soggetti firmatari, ossia dalla convinzione che un mercato interno comune potesse svilupparsi solamente se fosse stato consentito ai fattori produttivi⁶ (e i lavoratori

⁵ Peraltro la necessità di un intervento di coordinamento a livello europeo sui diversi sistemi nazionali di sicurezza sociale fu avvertita già dal trattato C.E.C.A. (*“Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio”*, Trattato firmato a Parigi il 18 aprile 1951 dai rappresentanti di Belgio, Francia, Repubblica Federale Tedesca, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi ed entrato in vigore il 24 luglio 1952 in <http://eur-lex.europa.eu>) il quale, nel disciplinare la libera circolazione dei lavoratori specializzati occupati nel settore del carbone e dell'acciaio, affidava agli Stati membri il compito di ricercare *“tra loro ogni accomodamento [...] necessario affinché le disposizioni concernenti le assicurazioni sociali non siano d'ostacolo agli spostamenti della mano d'opera”* (così l'art. 69.4 del Trattato).

⁶ Così V. SKOURIS, *Fundamental rights and fundamental freedom: The challenge of Striking a Delicate Balance*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 225

certamente lo sono) di circolare all'interno dello spazio della Comunità Economica Europea senza quelle indebite restrizioni che potevano generarsi dalla pedissequa applicazione di norme o prassi nazionali⁷.

1.2. I provvedimenti di diritto derivato.

Se si esclude il Regolamento n. 3 del 1958 inerente il regime di sicurezza sociale di cui si parlerà *infra*⁸ la prima disciplina a tutela della libera circolazione dei lavoratori fu varata dal Consiglio nel 1961⁹, anche se la stessa risultò, per il vero, incentrata attorno al mantenimento del principio della priorità del mercato nazionale del lavoro.

Il criterio ispiratore di fondo emerge già con tutta chiarezza dalla norma di apertura del regolamento n. 15, secondo la quale *“ogni cittadino di uno Stato membro è autorizzato ad occupare un impiego subordinato sul territorio di un altro Stato membro, qualora per il posto vacante non sia disponibile nessun lavoratore idoneo tra la manodopera appartenente al mercato regolare del lavoro dell'altro Stato membro”*.

A tale criterio, peraltro, si accompagnarono alcuni significativi temperamenti, il più importante dei quali, di carattere temporale, implicava il riferimento a un termine breve (tre settimane), a partire dal momento della registrazione presso la pubblica autorità competente della vacanza del posto, per il reperimento di manodopera nazionale (art. 12).

⁷ Per questo vi è chi ha evidenziato il *“carattere irrimediabilmente economico”* dell'ordinamento comunitario. Sul punto si vedano S. GIUBBONI G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., p.11 e F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Rivista di diritto europeo*, secondo il quale *“un mercato che si voglia davvero comune non è concepibile se alla domanda e all'offerta di lavoro non è dato incrociarsi in ogni suo punto”*.

⁸ Si veda il capitolo II, parr. 2 e 2.1 del presente elaborato

⁹ Si tratta del regolamento n. 15 del 16 agosto 1961 *“relativo ai primi provvedimenti per l'attuazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità”* e della direttiva 16 agosto 1961 in materia di procedure e pratiche amministrative all'ingresso, all'occupazione e al soggiorno dei lavoratori di uno Stato membro, nonché delle loro famiglie, negli altri Stati membri della Comunità (in *Gazzetta* del 13 dicembre 1961).

Il regolamento (art. 6) e la direttiva adottata in pari data (art. 4) mantennero altresì ferma l'esigenza del rilascio al lavoratore migrante comunitario di un permesso di lavoro. La direttiva, comunque, contribuì notevolmente a facilitare la mobilità da un Paese all'altro della Comunità, abolendo l'obbligo del visto d'entrata sia per il lavoratore migrante, sia per i suoi familiari, e consentendo di subordinare l'ingresso all'interno di ciascun stato membro alla sola presentazione di una carta d'identità valida, o di un passaporto, rilasciati dallo Stato d'origine (art. 3).

La seconda fase del processo di progressiva attuazione della libera circolazione dei lavoratori prende corpo con l'approvazione del regolamento n. 38/64¹⁰, a seguito del quale il principio fissato dal Trattato comincia ad acquistare contorni più nitidi.

Il regolamento del 1964, innanzi tutto, estende l'ambito soggettivo dei beneficiari del diritto, includendovi anche alcune categorie di lavoratori in precedenza escluse (stagionali, frontalieri) e, soprattutto, affermando l'applicabilità delle proprie disposizioni ai lavoratori che si spostano da un Paese all'altro della Comunità in connessione con l'esercizio di libera prestazione di servizi. (art. 1.2.)¹¹.

In secondo luogo il regolamento sostituisce al criterio di priorità del mercato nazionale del lavoro l'opposto criterio di priorità del mercato comunitario. La nuova regola si traduce nel diritto di ogni cittadino di uno Stato membro "*di occupare un impiego subordinato sul territorio di un altro Stato membro [...] quando il posto vacante sia stato segnalato al competente ufficio del lavoro*",

¹⁰ Regolamento n. 38/1964 del 25 marzo 1964 "*relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità*" (in *Gazzetta* del 17 aprile 1964). In pari data venne adottata, in sostituzione della direttiva 16 agosto 1961, una direttiva del Consiglio "*relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità*" (in *Gazzetta* del 17 aprile 1964).

¹¹ Il riferimento all'esercizio del diritto di libera circolazione nel quadro della libera prestazione di servizi è stato poi ripreso nel quarto considerando del preambolo del successivo regolamento n. 1612/1968. All'epoca dell'adozione del regolamento del 1964 la questione aveva assunto particolare rilievo, a fronte della progressiva liberalizzazione dei servizi attuata negli anni precedenti. Cfr. F. POCAR – I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, pp. 90 ss.

nonché di “rispondere a qualsiasi nuova offerta di lavoro in qualsiasi regione o professione” (art.1.1).

La priorità attribuita al mercato comunitario del lavoro è sicuramente l'elemento più innovativo del regolamento del 1964, anche se il mantenimento di una *clausola di salvaguardia* - in forza della quale a ciascun stato membro si riconosceva la facoltà di sospendere l'applicazione del principio base fissato dal regolamento, qualora si fosse verificata un'eccedenza di manodopera in una data regione o professione (art. 2) - non permette ancora di parlare di piena attuazione del diritto di libera circolazione dei lavoratori.

A queste disposizioni hanno poi fatto seguito, nell'ottobre 1968, il regolamento 1612 e la direttiva n. 360¹², che, per molti anni, sono risultate essere le principali fonti normative in materia di parità nell'accesso all'impiego e nelle condizioni di lavoro¹³.

Recentemente (30 aprile 2006) gli articoli 10 e 11 del Regolamento 1612 e l'intera direttiva 360 sono stati abrogati per l'effetto dell'introduzione della direttiva 2004/38/CE¹⁴ adottata anche con finalità di riordino della materia e i cui contenuti appaiono fortemente ispirati alla pluridecennale elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia che già aveva ripetutamente affermato la *diretta applicabilità*, negli ordinamenti degli stati membri, delle disposizioni

¹² Regolamento 15 ottobre 1968, n. 1612 “ relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità “ (in GUCE del 19 ottobre 1969, L. 257), direttiva 15 ottobre 1968, n. 360 “ relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità “ (in GUCE del 19 ottobre 1968, L. 257).

¹³ Secondo S. NAPPI, in F. CARINCI – A. PIZZOFRERATO (a cura di) *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, 2010, p. 256 il regolamento e la direttiva del 1968 sono tuttora le principali fonti normative in materia di parità ed accesso al lavoro. Tuttavia va sottolineato che gli articoli 10 e 11 del regolamento 1612 e l'intera direttiva 360 sono stati abrogati, con effetto dal 30 aprile 2006, dalla direttiva 2004/38/CE.

¹⁴ Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in *Gazzetta ufficiale* L 158 del 30 aprile 2004 recepita in Italia con il Decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30 in *Gazzetta Ufficiale* 27 marzo 2007, n.72

dell'art. 39 (già art. 48) del Trattato C.E.¹⁵ e cercato di attribuire il significato più ampio possibile al principio di libera circolazione, da ultimo anche attraverso la valorizzazione delle disposizioni sulla cittadinanza dell'Unione introdotte dal Trattato di Maastricht¹⁶.

La direttiva, facendo tesoro di quanto indicato dai giudici del Lussemburgo, riconosce alla cittadinanza dell'Unione il rango di diritto fondamentale¹⁷ che si estrinseca nella garanzia del diritto alla libera circolazione e soggiorno anche ai familiari dei lavoratori a prescindere dalla cittadinanza di questi ultimi (ossia, in altri termini, le dette garanzie sono previste anche per i “*familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro*”¹⁸). In sintesi essa elenca e descrive i diritti in cui si realizza il principio della libera circolazione tra gli Stati membri: accesso al lavoratore in ogni Stato; diritto a prendervi dimora in funzione dello svolgimento di un'attività lavorativa; diritto a spostarsi liberamente tra i paesi e al loro interno; diritto a soggiornarvi anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro.

Scendendo poi a un esame più attento della citata direttiva si può osservare che essa, pur applicandosi a tutti i cittadini dell'Unione indipendentemente da loro “*status economico*”¹⁹, recepisce il principio della “*modulazione dei diritti del migrante*”²⁰ i quali variano al variare del grado di integrazione del cittadino, ossia in proporzione alla durata della permanenza nello Stato ospitante. Ciò si traduce

¹⁵ Si veda Corte di Giustizia 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn v. Home Office*, in *Racc.*, 1974, p. 1337. Nello stesso senso cfr. Corte di Giustizia 8 aprile 1976, causa 48775, *Royer*, in *Racc.*, 1976, p. 497; Corte di Giustizia 7 luglio 1976, causa 118/75, *Watson e Belmann*, *ivi*, pp. 1185 ss.; Corte di giustizia 4 luglio 1976, causa 13/76, *Donà v. Mantero*, *ivi*, pp. 1333 ss.

¹⁶ V. ad es. Corte di giustizia 23 marzo 2004, causa C-139/02, *Collins v. Secretary of State for Work and Pensions*, in *Racc.*, 2004, p. 2703 (in particolare punti 60-64 della motivazione). Sulla detta sentenza si vedano M. BORZAGA, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2004, II, p. 683 ss.; S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., pp. 59ss, 238 ss.

¹⁷ Si vedano, in particolare, i considerando 1 e 3 della direttiva 2004/38/CE.

¹⁸ Si veda il considerando 5 che statuisce che “*il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza*”.

¹⁹ Così S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., p. 36

²⁰ *Ivi*

nel riconoscimento di tre diverse tipologie di diritti di soggiorno: quello sino a tre mesi (art. 6), quello per chi risiede da tre mesi a cinque anni (art. 7 parr. 1 e 2) ed infine quello previsto per i residenti ultraquinquennali (diritto di soggiorno permanente ex art. 16 Dir. 2004/38/CE che viene meno solo per assenze dallo Stato ospitante della durata superiore ai due anni).

Per acquisire il diritto a soggiornare ex art. 6 è sufficiente il mero possesso di un valido documento d'identità, successivamente il suo rapporto con lo Stato ospitante cambia a seconda della sua condizione professionale, delle sue relazioni familiari o, più in generale, del suo rapporto con il mercato del lavoro dello stato ospitante²¹.

1.3. Il campo di applicazione delle norme in materia di libera circolazione del lavoratore: la nozione comunitaria di lavoratore subordinato.

Sebbene già il titolo del presente paragrafo lo precisi è opportuno sottolineare come le norme in materia di libera circolazione dei lavoratori si riferiscano esclusivamente e senza ombra di dubbio ai soli lavoratori subordinati²². È vero che esse trovano collocazione nel capo I del Titolo IV dell'odierno trattato intitolato genericamente “*i lavoratori*” e che lo stesso odierno art. 45 utilizza il termine lavoratori senza ulteriore connotazione. Tuttavia la non applicabilità della disciplina oggetto del presente capitolo al lavoro autonomo emerge chiaramente

²¹ Il lavoratore ha, infatti, diritto di soggiornare ex art. 7 par. 1 a condizione “*di essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante*” oppure “*di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante*” od ancora “*di essere iscritto presso un istituto pubblico o privato, riconosciuto o finanziato dallo Stato membro ospitante in base alla sua legislazione o prassi amministrativa, per seguirvi a titolo principale un corso di studi inclusa una formazione professionale*” o “*di essere un familiare che accompagna o raggiunge un cittadino dell'Unione*” rispondente alle condizioni appena elencate. Il paragrafo 2 dello stesso articolo precisa che tali diritti sono estesi anche ai familiari non aventi la cittadinanza di uno stato membro.

²² Che, come ricordato nel precedente paragrafo, per quanto attiene al diritto di soggiorno, possono accedere al mercato del lavoro di uno stato membro diverso da quello d'origine anche in assenza di una qualsivoglia occupazione ma a condizione che essi ne trovino una entro i tre mesi successivi dall'ingresso.

da una lettura sistematica delle norme di diritto derivato che risultano essere dedicate alla circolazione dei soli lavoratori subordinati.

A conferma di un tanto basta osservare che l'art. 1 del regolamento n. 1612/1968 sancisce il diritto per ogni cittadino di uno Stato membro “*di accedere a un attività subordinata e di esercitarla sul territorio di ogni stato membro*”.

Numerosi sono tuttavia i problemi che si sono posti nella pratica attorno alla nozione di lavoratore subordinato. Si è a lungo discusso, infatti, se esistesse una nozione *europea* di lavoratore subordinato oppure se si dovesse, per una tal categorizzazione, rimandare alla norme nazionali dei singoli Paesi membri, e ciò per effetto dell'assenza di disposizioni comunitarie che dessero una risposta in tal senso.

Fin dal 1964 la Corte di Giustizia, investita del problema, affermò che la nozione di lavoratore subordinato dovesse essere data attraverso l'interpretazione della norme di diritto comunitario evidenziando che, altrimenti, ciascuno Stato avrebbe potuto modificare “*la portata della nozione di lavoratore migrante ed escludere a suo piacimento determinate categorie di persone dalle garanzie offerte dal Trattato*”²³.

Così si specificò che, al fine di determinare la nozione di lavoratore subordinato, fosse invero necessario “*avvalersi dei principi interpretativi generalmente ammessi, assumendo come base il senso che correntemente si attribuisce a queste espressioni [...] alla luce delle finalità del Trattato*”²⁴.

Prendendo coscienza però dell'evidente genericità dei principi enunciati nelle due sentenze appena citate la Corte, nel 1986, isolò, finalmente, tre criteri idonei a identificare in tutti gli Stati membri il lavoro dipendente: svolgimento di una prestazione lavorativa, in condizione di eterodirezione, dietro pagamento di una retribuzione²⁵.

²³ Così Corte di giustizia, 19 marzo 1964, causa C- 75/63, *Unger*, in *Raccolta*, 1964 pp. 364 ss.

²⁴ Corte di giustizia, 23 marzo 1982, causa C- 53/81, *Levin v. Segretario di Stato della giustizia*, in *Raccolta*, 1982 pp. 1048 ss.

²⁵ Corte di giustizia, 3 luglio 1986, causa C- 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Raccolta*, 1986 pp. 2144 ss.

Sulla scorta di quanto sopra riportato la Corte ha potuto accertare la sussistenza della subordinazione indipendentemente dalla natura pubblica o privata del rapporto di lavoro e in modo tale da farvi rientrare anche le varie tipologie dei lavori atipici, come ad esempio i “*part-timers*” anche quando essi percepiscano una retribuzione inferiore al “*minimum wage*” mensile²⁶ e indipendentemente dal fatto che il reddito sia integrato da un “*aiuto pecuniario finanziato con pubblico denaro*”²⁷, o i lavoratori a termine anche quando il rapporto sia stipulato per una durata molto breve²⁸.

Come è stato giustamente notato, sebbene tali criteri possano risultare semplicistici, essi muovono dal nobile intento della Corte di ricomprendere determinati soggetti all’interno dell’alveo delle regole (e dunque delle tutele) della libera circolazione, con la sola esclusione di quei soggetti che esercitino attività “*talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie*”²⁹ o tali da rappresentare solo uno strumento per la rieducazione o il reinserimento degli interessati³⁰.

Va inoltre precisato che l'applicabilità delle regole sulla libera circolazione non esige che chi se ne avvale sia qualificabile come lavoratore subordinato nel Paese di provenienza, potendo al contrario ben trattarsi di un disoccupato o anche di un lavoratore autonomo. Essenziale è che lo spostamento da un Paese all’altro della Comunità sia effettuato per “*accedere ad un’attività subordinata*” (art. 1 regolamento n. 1612).

Peraltro sia la formulazione di cui sopra che quella dell’odierno art.45 del Trattato – laddove si afferma che la libera circolazione importa il diritto di rispondere sì ad offerte di lavoro, ma effettive, e di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio

²⁶ Corte di giustizia, 23 marzo 1982, causa C- 53/81, *Levin v. Segretario di Stato della giustizia*, cit.

²⁷ Corte di giustizia, 3 giugno 1986, causa C- 139/85, *Kempf*, in *Raccolta*, 1986 pp. 1741 ss.

²⁸ Corte di giustizia, 6 novembre 2003, causa C- 413/01, *Ninni – Orasche* in *Raccolta*, 2003, pp. 13187 ss.

²⁹ Corte di giustizia, 23 marzo 1982, causa C- 53/81, *Levin v. Segretario di Stato della giustizia*, cit.

³⁰ Corte di giustizia, 31 maggio 1989, causa C- 344/87 *Bettray* in *Raccolta*, 1989, pp. 1621 ss.

degli stati membri - hanno dato adito a un dubbio cruciale, ossia se fosse consentito muoversi per la ricerca di un impiego o se fosse consentito lo spostamento intraeuropeo solo in presenza di un rapporto di lavoro già instaurato.

Sulla questione – evidentemente essenziale – per anni la Corte di Giustizia ha evitato di pronunciarsi in modo netto restando “*divisa fra la lettera del Trattato che lega la circolazione del lavoro e una dinamica di estensione*”³¹, ma, come ovvio, è alla fine prevalsa, con sufficiente chiarezza, l’opzione più ampia, peraltro poi recepita dalla direttiva 2004/38/CE³².

Infine si precisano tre ulteriori elementi.

Il primo è che la libertà di circolazione può essere riconosciuta solo a chi sia cittadino di uno dei Paesi dell’Unione³³.

Il secondo è che le norme inerenti la libertà di cui sopra trovano applicazione solamente quando un cittadino dell’Unione si sposti da un Paese all’altro della stessa così non riguardando situazioni puramente interne agli stati membri³⁴.

Il terzo è che, nel campo di applicazione della detta libertà, rientrano anche i componenti della famiglia del lavoratore (Sul punto si veda *infra*, par. 1.4.4).

³¹ Così A. LYON CAEN, *La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne*, in *Droit Social*, 1989, p. 528.

³² La direttiva 2004/38/CE in *Gazzetta Ufficiale* L 158 del 30 aprile 2004 afferma, all’art. 14.4 lett. b), che un provvedimento di allontanamento non può essere adottato nei confronti di cittadini dell’Unione o dei loro familiari qualora questi ultimi siano entrati nel territorio dello Stato membro ospitante per cercare un posto di lavoro.

³³ Si veda il testuale riferimento alla cittadinanza di cui all’art. 1 del reg. 1612/1968.

³⁴ Sul punto M. ROCCELLA E T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., p. 83 osservano che, ad esempio, la libertà di circolazione di cui all’odierno art. 45 T.F.U.E. non potrebbe essere invocata per contrastare una misura degli stati membri di carattere penale che limiti la detta libertà all’interno degli stessi. In giurisprudenza si vedano Corte di Giustizia 28 marzo 1979, causa 175/78, *Regina v. Saun den*, in *Raccolta.*, 1979, p. 1129; Corte di Giustizia 28 giugno 1984, causa 180/83, *Moser v. Land Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 1984, p. 2539; Corte di Giustizia 23 gennaio 1986, causa 298/84, *Iorio v. Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato*, in *Raccolta*, 1986, p. 247; Corte di Giustizia 28 gennaio 1992, causa C-332/90, *Volker Steen v. Deutsche Bundespost*, in *Raccolta*, 1992, p. 341.

1.4. Il divieto di discriminazioni dirette e indirette.

Come già accennato nel primo paragrafo del presente capitolo l'odierno articolo 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea³⁵ contiene un'importante disposizione. Secondo il comma 2 dello stesso infatti la libera circolazione dei lavoratori implica *“l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri”* per quanto riguarda tre aspetti, ossia *“l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro”*.

1.4.1. Il divieto di discriminazioni nel campo dell'accesso al lavoro. La tutela del lavoratore migrante in cerca di occupazione.

Il divieto di discriminazioni nel campo di accesso all'impiego costituisce una specificazione atta a rendere operante il principio generale stabilito dall'attuale art. 18 T.F.U.E³⁶ del Trattato secondo il quale è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.

La parificazione tra cittadini dei Paesi comunitari emerge chiaramente dal Regolamento n. 1612 del 1968 che, dopo aver stabilito il diritto, per il cittadino di un altro stato membro, di *“accedere ad un'attività subordinata e di esercitarla sul territorio di un altro Stato membro conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali di detto Stato”* aggiunge che *“egli gode in particolare, sul territorio di un altro Stato membro, della stessa precedenza riservata ai cittadini di detto Stato per l'accesso agli impieghi disponibili”*.

In altri termini il regolamento n. 1612/1968 ha dato ampio svolgimento alle disposizioni del Trattato fissando in maniera definitiva la regola della priorità del mercato del lavoro comunitario³⁷, tant'è che dopo l'entrata in vigore del citato

³⁵ Che corrisponde all'ex art. 39 del T.C.E. e all'ex art. 48 T.C.E.E.

³⁶ Che corrisponde all'ex art. 12 T.C.E. (a sua volta ex art. 6 T.C.E.E.). In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia nei casi *Walrave* (Corte di Giustizia 12 dicembre 1974 in *Raccolta* 1974 pp. 1405 ss.) e *Collins* (Corte di Giustizia 23 marzo 2004 - Causa C 138-02 – in *Raccolta* 2004, I, pp. 2703 ss. - si vedano in particolare i punti 55 e 63 della motivazione).

³⁷ Così M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2007, pp. 86 ss.

regolamento è venuta meno per ciascuno stato la possibilità di ricorso alle clausole di salvaguardia previste dal regolamento n. 38 del 1964, come pure la necessità per i lavoratori migranti di munirsi di un permesso di lavoro rilasciato dalle autorità del Paese di immigrazione.

Per dare sostanza alla garanzia della parità di trattamento l'art. 3 del regolamento sancisce l'inapplicabilità delle disposizioni legislative regolamentari o amministrative, nonché delle pratiche amministrative di ciascuno Stato membro di carattere direttamente o indirettamente discriminatorio ed accompagna tale prescrizione con un elenco non tassativo di tali disposizioni o pratiche.

La garanzia di parità di trattamento in materia d'accesso all'impiego trova completamento, infine, nell'impossibilità di subordinare l'assunzione di un cittadino di uno Stato membro a criteri medici, professionali o di altra natura di carattere discriminatorio in ragione della nazionalità.

Anche in questo campo la Corte di Giustizia ha avuto il merito di puntualizzare e concretizzare le regole dettate dalle disposizioni del Trattato e del regolamento n. 1612/1968. Così, ad esempio, facendo puntuale applicazione dell'art. 4 del detto regolamento, ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto comunitario di una norma del "*Code du travail marine*" della Repubblica Francese³⁸ secondo la quale le navi battenti bandiera nazionale dovevano avere una determinata percentuale dell'equipaggio di cittadinanza francese.

Sempre poi partendo dalla medesima disposizione (art. 4 del reg. 1612/1968) la Corte ha dichiarato illegittime quelle disposizioni che imponevano alle società calcistiche l'impiego di un numero minimo di professionisti aventi la cittadinanza del medesimo Paese cui si riferivano. Nel celebre caso *Bosman*³⁹ la Corte ha,

³⁸ Corte di giustizia 4 aprile 1974, causa C-167/73, *Commissione v. Repubblica Francese*, in *Raccolta*, 1974, p. 360

³⁹ Corte di giustizia, 15 dicembre 1995, *Bosman*, causa C-415/93 in *Raccolta*, 1995, I, pp. 4921 ss. che segna non soltanto l'equiparazione dello sportivo professionista al lavoratore subordinato ma rappresenta una tappa fondamentale nel processo di c.d. "comunitarizzazione" dello sport. Sul punto si veda G. MERONE, *Lo sport nel diritto dell'Unione Europea*, in C.G. IZZO, A. MERONE, M. TORTORA, *Il diritto dello sport*, Torino, 2007, pp. 359 ss. Per un'analisi della sentenza si veda M.

infatti, consolidato la propria giurisprudenza affermando che il diritto comunitario osta “*a che le norme dei regolamenti delle associazioni sportive limitino il diritto dei cittadini di altri stati membri di partecipare, come professionisti, ad incontri di calcio*”.

Al fine, poi, di rendere effettivo il principio della parità nel campo dell'accesso al lavoro il Regolamento n. 1612/1968 ha previsto l'istituzione dell'Ufficio europeo di coordinamento al quale gli Stati membri, attraverso i loro organi competenti, hanno l'onere di trasmettere periodicamente gli elenchi, divisi per professione e regione, delle offerte d'impiego inevase, nonché l'elenco di coloro che sono disponibili a lavorare in stati membri dell'Unione diversi da quello di appartenenza.

I sopra descritti obblighi hanno contribuito alla nascita (nel 1972) del SEDOC (Sistema europeo di diffusione delle domande di lavoro registrate in Compensazione internazionale) e, più tardi, dell'EURES (*European Employment Service*).

Infine, sempre al fine di rendere effettivo il principio di parità sopra enunciato, e sulla scorta di quanto previsto dall'art 45 del Reg. 1612/1968⁴⁰, nel 1988 è stata adottata una direttiva istitutiva di un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore⁴¹. Base dalla quale sono poi partite tutte le direttive settoriali⁴² e, in ultimo, la direttiva 2005/36/CE del 7 settembre 2005 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali⁴³.

CLARICH, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Rivista Diritto Sportivo*, 1996, pp. 393 ss.

⁴⁰ Esso prevedeva la progressiva rimozione delle restrizioni relative l'accesso all'impiego ogni volta in cui l'ostacolo derivasse dal mancato riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli nazionali.

⁴¹ Direttiva 89/48/CEE in *Gazzetta ufficiale* n. L 019 del 24 gennaio 1989, pp. 16 ss. le cui disposizioni sono applicabili (art. 2) “*a qualunque cittadino di uno Stato membro che intenda esercitare, come lavoratore autonomo o subordinato una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante*”. Essa è stata poi integrata, pochi anni dopo, dalla direttiva 92/51/CEE del 18 giugno 1992, in *Gazzetta Ufficiale* L 209 del 24 luglio 1992, pp. 25 ss. relativa ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale.

⁴² Ad esempio la Direttiva 93/16/CEE del 5 aprile 1993 in *Gazzetta* L 165 del 7 luglio 1993, pp. 1 ss. intesa ad agevolare la libera circolazione dei medici e il reciproco riconoscimento dei loro

Per quanto attiene specificamente il diritto di soggiorno va comunque ricordato che tutte le precisazioni sopra enunciate non sono comunque valse a modificare la disposizione secondo la quale, per risiedere per oltre tre mesi in uno Stato membro da quello di origine, si deve dimostrare o di svolgere un'attività lavorativa o di avere le risorse sufficienti a non gravare sul sistema di sicurezza sociale del detto Stato.

Se è vero che tale regola pare essere affrancata da qualche autore come il principale ostacolo al riconoscimento di una piena libertà di circolazione all'interno dell'Unione Europea⁴⁴ è altrettanto vero che essa trova la sua logica *ratio* nel voler evitare fenomeni di turismo sociale al punto che “alla regola dei tre mesi” sarebbero astrattamente ammesse deroghe qualora il migrante fosse

diplomi, certificati ed altri titoli e la Direttiva 98/5/CE del 16 febbraio 1998 in Gazzetta ufficiale n. L 077 del 14 marzo 1998 pp. 36 ss. volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica. Si deve tuttavia segnalare che, per quanto concerne altre professioni, erano state emanate direttive di coordinamento anche prima della direttiva generale del 1989: Direttiva 78/686/CEE del Consiglio del 25 luglio 1978 concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di dentista e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi; Direttiva 78/1026/CEE del Consiglio del 18 dicembre 1978 concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di veterinario e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi; Direttiva 85/433/CEE del Consiglio del 16 settembre 1985 concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli in farmacia e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento per talune attività nel settore farmaceutico; Direttiva 77/452/CEE del Consiglio del 27 giugno 1977 concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di infermiere responsabile dell'assistenza generale e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi; Direttiva 80/154/CEE del 21 gennaio 1980 concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di ostetrica e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi; Direttiva 85/384/CEE del 10 giugno 1985 concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

⁴³ Direttiva 2005/36/CE del 7 settembre 2005 in *Gazzetta Ufficiale* L 255 del 30 settembre 2005, pp. 22 ss.

⁴⁴ Così S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit. p. 57.

diventato un “*onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello stato ospitante*”⁴⁵.

Nei fatti, però, la Corte di Giustizia ha precisato che agli Stati membri è esclusa la possibilità di espellere dal proprio territorio cittadini comunitari in cerca di lavoro qualora, pur scaduto il termine previsto per il soggiorno, residuino concrete possibilità di trovarlo⁴⁶.

1.4.2. Il divieto di discriminazioni in materia di condizioni di lavoro.

Come osservano Massimo Roccella e Tiziano Treu il principio di non discriminazione con riguardo all’accesso all’impiego sarebbe verosimilmente destinato a restare una pura enunciazione verbale qualora non fosse accompagnato da una più ampia garanzia di parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro e retribuzione⁴⁷.

Anche in questo caso la previsione del Trattato di cui all’odierno articolo 45 comma 2 T.F.U.E. è stata ripresa ed articolata nel regolamento n. 1612 del 1968 che, all’art. 7.1 statuisce “*Il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro*”. L’art 7.3 sancisce, poi, la nullità di diritto di “*tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive concernenti l’accesso all’impiego, l’impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di licenziamento [...] nella misura in*

⁴⁵ Così il sesto considerando della direttiva 93/96/CE relativa al diritto di soggiorno degli studenti in *Gazzetta* del 18 dicembre 1993 n. L 317/59.

⁴⁶ Si veda Corte di Giustizia, 26 febbraio 1991, *Antonissen*, causa C-292/89, in *Raccolta*, 1991, p. 745; Corte di Giustizia, 20 febbraio 1997, *Commissione c. Belgio*, causa C-344/95, in *Raccolta*, 1997, p. 1035. Al contempo però si deve sottolineare che nella fase della ricerca di un impiego non si ha diritto ad accedere al sistema di sicurezza sociale dello Stato ospitante. Sul punto Corte di Giustizia 23 marzo 2004, *Collins*, causa C-138/02 in *Raccolta*, 2004, I, p. 2703; Corte di Giustizia 12 settembre 1996, *Commissione c. Belgio*, causa C-278/94, in *Raccolta*, 1996, pp. 4328 ss.; Corte di Giustizia 18 giugno 1987, *Lebon*, causa C-316/85 in *Raccolta* 1987 pp. 2811 ss.

⁴⁷ M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., p. 94

*cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri*⁴⁸.

Quanto all'interpretazione delle “*condizioni di lavoro*” la Corte ha avuto modo di precisare che in esse rientrano gli elementi accessori della retribuzione (come le indennità), le regole in materia di computo dell'anzianità aziendale di servizio e che il principio di parità deve trovare applicazione in relazione a qualsiasi disciplina in materia di licenziamento⁴⁹.

Le condizioni di lavoro rispetto alle quali deve essere vietata ogni discriminazione nei confronti del lavoratore migrante non sono esclusivamente quelle inerenti alla relazione fra quest'ultimo e il proprio datore di lavoro. Il principio di parità ha, infatti, implicazioni più ampie e riguarda non soltanto il piano del rapporto di lavoro, ma anche la sfera dei diritti collettivi. Infatti l'art. 8 del Regolamento espressamente garantisce al lavoratore migrante la “*parità di trattamento per quanto riguarda l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'esercizio dei diritti sindacali*”.

Infine il principio di parità incide anche su quegli aspetti che “gravitano” attorno al rapporto di lavoro.

Così vi sarà l'obbligo, per il Paese di accoglienza, di riservare ai lavoratori migranti la stessa assistenza di cui godono quelli nazionali nella ricerca di un impiego, nonché di riservare le stesse condizioni nel campo dell'insegnamento delle scuole professionali, dei centri di riadattamento ed infine “*di tutti i diritti e*

⁴⁸ Sulla scorta di tali disposizioni S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit. p. 38 osservano che all'instaurarsi del rapporto di lavoro il migrante acquisisce la “*piena parità di trattamento*”.

⁴⁹ Anche a quelle che istituiscano una tutela speciale, per motivi di carattere sociale, in favore di determinate categorie di lavoratori. In tal senso Corte di Giustizia, 13 dicembre 1972, causa C-44/72, *Marsman v. Roskamp*, in *Raccolta*, 1972, pp. 1243 ss. Tale principio è stato affermato in relazione a una legge tedesca che prevedeva particolari norme di tutela contro il licenziamento dei grandi invalidi. Il *thema decidendum* verteva attorno alla possibilità di applicare tale legge a un lavoratore olandese occupato presso un'impresa tedesca e colpito, nel territorio della Repubblica Federale, da un infortunio che ne aveva diminuito la capacità lavorativa di oltre il 50%.

*vantaggi accordati ai lavoratori nazionali per quanto riguarda l'alloggio, ivi compreso l'accesso alla proprietà dell'alloggio di cui necessita*⁵⁰.

1.4.3. Parità di trattamento in materia di vantaggi sociali.

Ai sensi dell'art. 7.2 il lavoratore migrante “*gode degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali*”.

Se, come è stato giustamente osservato⁵¹, la formula estremamente vaga, avrebbe potuto prestarsi ad essere svuotata nei contenuti ad applicazione pratica, la Corte di Giustizia, viceversa, si è servita proprio della genericità dell'enunciato normativo per perseguire una politica di parità di trattamento ad ampio raggio, ossia funzionale al principio della libera circolazione dei lavoratori.

In tale prospettiva, vantaggi sociali ai sensi del regolamento sono stati considerati tutti quelli “*la cui estensione ai lavoratori cittadini di altri Stati membri risulta atta a facilitare la loro mobilità nell'ambito della Comunità*”, ossia, in altri termini, tutti quelli che “*connessi o no ad un contratto di lavoro sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali in ragione principalmente del loro status obiettivo di lavoratori o del semplice fatto della residenza nel territorio nazionale*”⁵²

Sulla scorta di quanto sopra enunciato la Corte ha potuto applicare l'art. 7.2 del Regolamento alle circostanze più svariate. Così, il carattere di vantaggio sociale è stato riconosciuto, ad esempio: ai mutui senza interessi concessi da un istituto di credito di diritto pubblico, in base a direttive e con l'aiuto finanziario dello Stato, alle famiglie a basso reddito, con lo scopo di incoraggiare la natalità; al

⁵⁰ Osservano M. ROCCELLA - T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., p. 98 che la previsione relativa all'alloggio può considerarsi una specificazione del più ampio diritto alla parità di trattamento in materia di vantaggi sociali e fiscali di cui all'art. 7.2 del Regolamento n. 1612 del 1968 che rimandano per l'applicazione di tale principio a Corte di Giustizia 30 maggio 1989, causa C – 305/87, *Commissione v. Repubblica Ellenica*, in *Raccolta*, 1989, pp. 1461 ss., specificando però che previsione di tal fatta può anche risultare priva di risvolti pratici nella misura in cui non esiste, per il lavoratore nazionale, nessun libero accesso all'alloggio. Sul punto si veda anche G. E A. LYON – CAEN, *Droit social international et européen*, Parigi, 1993, p. 217.

⁵¹ M. ROCCELLA - T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., p. 99

⁵² Corte di Giustizia 31 maggio 1979, causa C- 207/78, *Pubblico ministero v. Even e Office national de pensions pour travailleurs salariés*, in *Raccolta*, 1979, pp. 2020 ss.

riconoscimento di un reddito minimo a chi, avendo lavorato nello Stato ospitante, si trovava in una situazione di bisogno a causa dello stato di disoccupazione⁵³; all'uso in un procedimento penale di una lingua diversa da quella processuale utilizzata di regola dinanzi al giudice investito dalla causa, nel caso in cui ai lavoratori sia, nelle stesse condizioni, riconosciuto il medesimo diritto.

Alla luce della guida interpretativa fornita dalla Corte di Giustizia la disposizione di cui all'art. 7.2 del reg. 1612/1968 è stata considerata come uno degli esempi più palesi di come norme, originariamente concepite come funzionali alla sola integrazione economica, siano poi state in grado di dimostrare una funzione di integrazione sociale e politica⁵⁴.

Va inoltre sottolineato che la Corte, attraverso la combinazione di quanto disposto dagli odierni articoli 18 e 21 del T.F.U.E., e al di là dei limiti posti dall'attuale art. 45 T.F.U.E., ha sancito la possibilità di estendere i vantaggi sociali ex art. 7.2 del regolamento 1612 del 1968 anche ai soggetti non economicamente attivi, e ciò muovendo dalla premessa che il cittadino di uno Stato membro economicamente non attivo ha comunque diritto di soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione ex art. 21 T.F.U.E. che, conseguentemente, assicura la non discriminazione sulla base della nazionalità ex art. 18 T.F.U.E.

⁵³ Corte di Giustizia, 27 marzo 1985, *Hoeckx*, Causa C-249/83, in *Raccolta*, 1985, pp. 973 ss. che riconosce tale diritto sul presupposto dello stretto rapporto tra indennità e la precedente condizione di lavoratore. Sulla stessa scorta di un tal ragionamento i giudici del Lussemburgo hanno negato, ad esempio, il diritto ad un assegno di maternità alla titolare di una pensione di invalidità acquisita in forza di un precedente rapporto di lavoro in ragione del fatto che la parità di trattamento non si estende a nuovi diritti privi di una relazione con l'attività lavorativa svolta (Corte di giustizia, 31 maggio 2001, causa C-43/99, *Ledere*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4265, dove si legge che “*la persona che si trova in una simile situazione è protetta dall'art. 48 del Trattato e dal regolamento n. 1612/1968 contro ogni discriminazione che pregiudichi i diritti acquisiti in occasione del passato rapporto di lavoro, ma, non essendo in realtà attualmente impegnata in un rapporto di lavoro, non può a tale titolo pretendere di acquisire nuovi diritti privi di legami con la sua attività professionale passata*”). In attuazione degli stessi principi, nella sentenza *Lair* (Corte di giustizia 21 giugno 1988, causa C-39/86, *Lair*, in *Raccolta* 1988, pp. 3161 ss. par. 37) si è riconosciuto il diritto ad una borsa per il mantenimento agli studi universitari ad una ex lavoratrice trovata in stato di disoccupazione involontaria, mentre nella successiva sentenza *Raulin* (Corte di giustizia, 27 febbraio 1992, causa C-357/89, *Raulin*, in *Raccolta* 1992, pp. 1027 ss.) si è negato che tale diritto sorga in caso di disoccupazione volontaria, a meno che non si dimostri l'esistenza di una relazione tra il tipo di studi che s'intende intraprendere e la precedente attività.

⁵⁴ P. CRAIG E G. DE BÛRCA, *Eu Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003, p. 736.

Nel caso *Martinez Sala*⁵⁵ si è dato molto peso al principio della proporzionalità, stabilendo che le limitazioni comunque consentite dall'art. 21 T.F.U.E. devono essere, giustappunto, proporzionali rispetto al fine che intendono perseguire con la conseguenza che, in caso contrario, si traducono in un'indebita discriminazione basata sulla nazionalità.

Sebbene una simile evoluzione giurisprudenziale appaia assolutamente in linea con un'idea di una cittadinanza europea che importi naturali conseguenze di solidarietà tra diversi Stati, appare innegabile che i rischi connessi a simili processi di arricchimento possano indurre “al contrattacco” singoli Stati membri che potrebbero essere indotti ad un più rigoroso controllo sul diritto di soggiorno adottando misure di allontanamento non appena ne vengano meno le condizioni così da evitare eventuali rivendicazioni assistenziali⁵⁶.

Sul punto la sentenza *Trojani*⁵⁷ appare esemplare. Con essa la Corte, da un lato ha riconosciuto agli Stati membri la possibilità di adottare misure di allontanamento ai sensi dell'art. 21 T.F.U.E., dall'altro ha negato che prestazioni di assistenza sociale possano essere – ai sensi dell'art. 12 - negate a chi risiede, anche temporaneamente, sul territorio di Stati membri diversi da quello di origine. La conseguenza di un'impostazione di tal guisa è facilmente intuibile: il migrante si troverà di fronte al dilemma di rivendicare o meno il diritto all'assistenza posto che una tal rivendicazione potrebbe comportare il rischio dell'espulsione⁵⁸.

⁵⁵ Corte di giustizia, 12 maggio 1998, *Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, Causa C-85/96, in *Raccolta*, 1996, pp. 2691 ss. Per un commento alla sentenza si veda M. PROTTO, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern e la cittadinanza europea*, in *Diritto Pubblico*, 2000, pp. 877 - 888

⁵⁶ Per l'analisi di tali rischi si vedano J.D. MATHER, *The Court of justice and the Union citizen*, in *European Law journal*, 2005, p. 742; S. O'LEARY, *Putting flesh on the bones of European citizenship*, in *European Law Review*, p. 78. Gli stessi autori sono citati anche da S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., p. 71 che paiono essere della loro stessa opinione.

⁵⁷ Corte di Giustizia, 7 settembre 2004, *Trojani*, causa C-456/02 in *Raccolta*, 2004, pp. 7573 ss.

⁵⁸ Infatti lo Stato potrebbe trovare troppo oneroso il migrante. Sul punto si veda M. DOUGAN – E. SPAVENTA, *Educating ruly and (non -) English patient: A double bill on residency under article 18 EC*, in *European Law Review*, p. 697 e S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., p. 71 che evidenziano come, su questo piano, siano di tutta evidenza i limiti di una nozione di cittadinanza costruita “per via giudiziaria”.

1.4.4. In particolare: il trattamento riservato alla famiglia del lavoratore migrante.

Originariamente la tutela relativa ai familiari del lavoratore migrante era disciplinata dal regolamento n. 1612/1968 agli articoli 10, 11 e 12 per poi essere parzialmente abrogata dalla direttiva 2004/38/CE che ha sostituito gli articoli 10 e 11, lasciando in vigore invece l'articolo 12 del detto regolamento il quale assicura, anche ai figli dei lavoratori migranti, l'accesso, a parità di condizioni rispetto ai cittadini dello Stato d'accoglienza, ai “*corsi d'insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale*”.

La tutela accordata dal regolamento 1612 alla famiglia del lavoratore migrante appariva alquanto circoscritta, costringendo la Corte di giustizia ad una continua elaborazione estensiva della normativa previgente soprattutto in materia di vantaggi fiscali e sociali, giungendo così a concludere che “*il vantaggio di cui è suscettibile di beneficiare il membro della famiglia si riflette in un vantaggio sociale per il lavoratore stesso*”⁵⁹.

Dunque, da una concezione di ristretta tutela della famiglia del lavoratore migrante contenuta nel regolamento 1612, si è passati ad una più solida base normativa disciplinata nella direttiva 2004/38/CE, articolo 24.1, in forza del quale ai familiari del lavoratore migrante risulta direttamente attribuito, in termini ampi, il diritto alla parità di trattamento, estendendosi la sfera d'operatività anche a quelli che non abbiano la cittadinanza di uno Stato membro.

Lo Statuto dei familiari del migrante “comunitario”, così come dettato oggi dalla direttiva 2004/38/CE, all'interno della quale risultano recepiti i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ci fornisce all'art 2.2 la definizione di “*familiare*”, come quel nucleo composto non solo dal coniuge, discendenti minori di 21 anni a carico e ascendenti a carico⁶⁰, ma a cui si deve aggiungere anche,

⁵⁹ G.VACHET, *Le Egalité de traitement entre travailleurs comunitaires*, in *Droit Social* 1989, pp. 537 ss.

⁶⁰ La Corte di Giustizia ha precisato che la “dipendenza” è uno stato di fatto non condizionato dalle ragioni che lo possono determinare né dalla possibilità del familiare dipendente di mantenersi

sulla scia della sentenza *Reed*⁶¹, il partner legato al lavoratore da un'unione registrata nel caso in cui questa sia equiparata al matrimonio dalla legislazione dello Stato ospitante (art. 2.2, lett. *b*). Proprio questi familiari quindi, godranno del diritto di ingresso (art.6.2) e del diritto di soggiorno superiore a tre mesi (art. 7.1, lett. *d*), e ciò, alle stesse condizioni previste per il lavoratore (art.8).

La portata innovativa della succitata sentenza *Reed*, pronunciata ancora in vigore del regolamento 1612, consiste nell'aver tutelato le famiglie di fatto: infatti secondo la Corte di giustizia, se la possibilità di convivere “*more uxorio*” è riconosciuta da uno Stato membro ai propri cittadini, la stessa possibilità deve essere parimenti riconosciuta ai lavoratori cittadini di un altro Stato membro, così da evitare di incorrere in discriminazioni basate sulla cittadinanza. L'intento della Corte, in questa sentenza, appare evidentemente teso al raggiungimento della libera circolazione dei lavoratori.

Non appaiono allo stesso modo tutelati i conviventi e i familiari non rientrati nella categoria dell'art. 2.2 della direttiva 2004/38/CE. A costoro è infatti riservato un trattamento pari a quello riservato al partner legato al lavoratore da una relazione stabile “debitamente attestata”, potendo essi solamente beneficiare delle agevolazioni all'ingresso ed al soggiorno che lo Stato è tenuto ad attuare ai sensi dell'art. 3.2 della direttiva, che si traducono nell'onere procedurale di valutare la situazione personale del richiedente e di motivare l'eventuale rifiuto all'ingresso.

Ulteriore distinzione deve essere fatta a seconda che i familiari, diretti a raggiungere il lavoratore “migrante”, siano cittadini comunitari oppure extracomunitari.

Per ciò che concerne i familiari cittadini comunitari, l'art. 8.5 della direttiva 2004/38/CE, enuncia che in caso di soggiorno superiore a tre mesi, i suddetti

lavorando (Corte di giustizia, 18 giugno 1987, in causa C-316/85, *Lebon*, in *Raccolta*, 1987, p.2811, par.22).

⁶¹ Corte di Giustizia, 17 aprile 1986, causa C-59/85, *Reed*, in *Raccolta*, 1986, pp. 1283 ss., par.10, con la quale alla convivente di un cittadino inglese è stato riconosciuto il diritto di seguirlo in Olanda, in ragione del fatto che la normativa olandese attribuisce il diritto di residenza a chi è legato ad un cittadino nazionale da una relazione stabile.

cittadini comunitari, devono essere in possesso dei documenti attestanti la qualità di familiare ai fini dell'eventuale iscrizione presso l'autorità amministrativa competente. I cittadini comunitari del lavoratore deceduto o partito dal territorio dell'Unione, ovvero soggetti a provvedimenti di divorzio, annullamento o scioglimento del matrimonio, conservano il diritto di soggiorno subordinatamente al possesso delle condizioni previste per il diritto di soggiorno superiore a tre mesi per tutti i cittadini (artt. 12 e 15).

Altro discorso deve invece essere fatto per i familiari cittadini extracomunitari: questi ultimi, infatti, sono soggetti ad una disciplina più gravosa e a formalità che ne condizionano l'ingresso nello Stato ospitante, dovendo essi necessariamente ottenere il rilascio della carta di soggiorno, nel caso in cui esso superi i tre mesi (artt. 9, 10 e 11)⁶².

Un'ipotesi non regolamentata dalla normativa comunitaria, ma che necessita di analisi, si sostanzia nel caso in cui il familiare cittadino extracomunitario voglia entrare nel territorio comunitario senza essere in possesso dei requisiti suddetti. Sul punto risulta fondamentale citare il caso affrontato dalla Corte di Giustizia il 25 luglio 2002 e conosciuto come *Mrax*⁶³. Tale pronuncia, infatti, si concentra sul riconoscimento di garanzie procedurali nei confronti dei cittadini extracomunitari coniugati con un cittadino comunitario. Nell'esplicazione dei concetti contenuti nella sentenza *Mrax*, la Corte non poteva escludere le considerazioni in precedenza svolte nel celebre caso *Carpenter*⁶⁴, fattispecie nella quale, infatti, si

⁶² Nel caso, invece, in cui accompagnino o raggiungano semplicemente il cittadino dell'Unione (art. 6.2), questi devono essere in possesso di un passaporto in corso di validità e del visto d'ingresso (art. 5.1).

⁶³ Corte di Giustizia, sentenza 25 luglio 2002, causa C-459/99, *Mrax*, in *Raccolta*, 2002, pp. 6591 ss.

⁶⁴ Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2002, in causa C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, pp. 6305 ss.; si veda anche Corte di Giustizia 31 gennaio 2006, causa C-503/03, in *Guida al diritto*, 2006, fasc. 9, pp. 114 ss., secondo cui, ai fini dell'espulsione, occorre che la presenza del familiare costituisca una minaccia effettiva, attuale e sufficientemente grave per l'interesse fondamentale della collettività.

era ribadito il necessario equilibrio tra il rispetto della vita familiare e la salvaguardia dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza⁶⁵.

Dunque, più precisamente nella succitata sentenza *Mrax*, si è affermato che uno Stato membro non può respingere alla frontiera il cittadino extracomunitario coniugato con un cittadino di un Paese membro, che tenti di entrare nel territorio comunitario senza essere in possesso di una carta d'identità, del visto o di un passaporto validi, e tale espulsione non potrà avvenire quando il soggetto coniuge possa provare la sua identità e il legame coniugale e laddove non esistano elementi tali per stabilire che egli rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica. In tale pronuncia si evidenzia in maniera chiara l'intento della Corte e l'indirizzo del suo ragionamento teso al rispetto del principio di proporzionalità che, nel caso *de quo*, consiste nel bilanciare lo scopo perseguito dallo Stato membro ed il diritto al rispetto della vita familiare, proprio come succitato nella sentenza *Carpenter*.

Bisogna ora soffermarsi sulla condizione del figlio del lavoratore nell'ambiente sociale del Paese di immigrazione: in tal senso la Corte ha interpretato il dettato dell'art. 12 del regolamento. La sensibilità in questa materia della Corte di giustizia si è espressa nel senso in cui la tutela della filiazione del lavoratore migrante non deve essere intesa solo sotto il profilo più strettamente scolastico, ovvero per ciò che concerne le condizioni di ammissione all'istruzione che ovviamente devono essere garantite, ma, più largamente, alla rimozione degli ostacoli che si oppongono alla mobilità dei lavoratori, specie per quanto riguarda il diritto del lavoratore di farsi raggiungere dalla famiglia e le condizioni di integrazione della stessa famiglia nello Stato ospitante. Quindi al figlio del lavoratore migrante dovrà essere garantita anche la possibilità di accesso ai sussidi scolastici e borse di studio⁶⁶ e questo anche in relazione agli studi universitari. Si

⁶⁵ Sui casi *Marx* e *Carpenter* si veda, per ampia trattazione, R. NUNIN, *Libera circolazione dei lavoratori comunitari e diritti del coniuge extracomunitario*, in *Famiglia e Diritto*, 2002, pp. 577 ss.

⁶⁶ Corte di giustizia, sentenza 3 luglio 1974, in causa 9/74, *Casagrande v. Landeshauptstaf Munchen*, in *Raccolta.*, 1974, pp. 773 ss.

sottolinea inoltre che tali criteri andranno applicati anche quando gli interessati hanno già compiuto il ventunesimo anno di età o più ed hanno cessato di essere a carico dei genitori⁶⁷.

Si deve infine sottolineare che, recentemente, la Corte ha interpretato il regolamento 1612 considerando l'art. 8 della CEDU⁶⁸, così traendone la conseguenza che nel momento in cui si riconosce al figlio del lavoratore migrante la possibilità di continuare o iniziare gli studi nel paese ospitante, ciò importa anche il diritto del figlio ad essere accompagnato dalla persona che ne sia effettivamente affidataria, alla quale è poi d'uopo riconoscere il diritto di soggiorno per la durata degli stessi studi, e ciò anche quando quest'ultima non abbia la cittadinanza di uno Stato membro⁶⁹.

1.4.5. In particolare: le discriminazioni indirette.

Per quanto concerne infine le discriminazioni indirette va detto che la Corte di Giustizia ne ha progressivamente ampliato la nozione finendo per sancire l'illegittimità rispetto al Trattato di tutti quei trattamenti formalmente uguali per lavoratori nazionali e stranieri, ma di fatto tesi a svantaggiare questi ultimi.

⁶⁷ Corte di Giustizia, sentenza 4 maggio 1995, in causa C-7/94, *Lubor Gaal*, in *Raccolta.*, 1995, pp. 1048 ss.

⁶⁸ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la cui prima versione è stata sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 da dodici stati (Germania, Francia, Italia, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Islanda, Norvegia, Turchia). Ad essa sono poi stati aggiunti ben quattordici protocolli aggiuntivi che ne hanno integrato ed ampliato il contenuto. Sull'argomento si vedano, tra i molti, B. NASCIBENE - F. ABRUZZO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002; G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009. Con riferimento al tema dei rapporti tra la CEDU e il diritto comunitario si veda F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Milano 2008, in particolare pp. 377 ss. Il testo ufficiale della CEDU può agevolmente reperirsi in italiano al sito internet www.osservatoriocedu.eu.

⁶⁹ Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-413/99, *Baumbast*, in *Raccolta.*, 2002, pp. 7091 ss., ai sensi della quale “*la partenza del cittadino dell'Unione da uno Stato membro ospitante o il suo decesso non comporta la perdita del diritto di soggiorno dei figli o del genitore che ne ha l'effettivo affidamento, indipendentemente dalla sua cittadinanza, se essi risiedono nello Stato membro ospitante e sono iscritti in un istituto scolastico per seguirvi gli studi, finché non terminano gli studi stessi*”.

Se nelle sentenze più risalenti viene usata la nozione di “discriminazione dissimulata”, in quelle più recenti, come nel caso *O’Flynn*, si finisce per fornire un quadro esaustivo delle condizioni da giudicarsi identificando le stesse in quelle che “*seppur indistintamente applicabili [...] possono essere soddisfatte più agevolmente dai lavoratori nazionali che dai lavoratori migranti o che rischiano di essere sfavorevoli in modo particolare ai lavoratori migranti*”⁷⁰. Misure statali aventi simili effetti possono giustificarsi solo in presenza di “*ragioni oggettive*” indipendenti dalla nazionalità ed adeguatamente commisurate allo scopo perseguito in ossequio al consolidato principio di proporzionalità⁷¹.

Il giudizio circa l’esistenza della discriminazione indiretta si articola in tre distinti momenti:

- il primo nel quale si accerta l’assenza di una discriminazione diretta;
- il secondo nel quale si prendono in esame gli effetti della disposizione apparentemente neutra verificandone lo svantaggio percentualmente maggiore per i lavoratori migranti;
- il terzo nel quale si valuta la fondatezza di eventuali giustificazioni addotte⁷².

Dunque, analogamente a ciò che avviene nel caso delle discriminazioni di genere, la Corte di Giustizia dà rilevanza alla prova statistica per effettuare la cosiddetta valutazione ma tale valutazione non è vincolata da canoni di giudizio rigidi e prestabiliti⁷³.

⁷⁰ Così Corte di Giustizia, 23 maggio 1996, causa C-237/94, *O’Flynn*, in *Raccolta* 1996, I, pp. 2617 ss. par. 18

⁷¹ Si veda par. 19 della sentenza *O’Flynn*, cit.

⁷² Sul punto si vedano M.V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazioni fondate sulla cittadinanza*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1994, p. 509 e S. BORELLI, *Libera circolazione dei lavoratori*, in *Digesto. Discipline privatistiche, sezione commerciale, aggiornamento*, vol. II, Torino, 2003, p. 640.

⁷³ Sul punto M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1994, p. 71. S. Giubboni e G. Orlandini, cit., p. 19 prendendo ad esame sottolineano pertanto che la nozione di discriminazione fornita dalla Corte risulta essere sufficientemente elastica.

Va inoltre precisato che, al momento del giudizio della Corte, non è necessario che la norma oggetto di valutazione abbia già prodotto effetti discriminatori essendo bastevole per la declaratoria di illegittimità anche la sola potenzialità discriminatoria⁷⁴, ma tuttavia, a differenza di quanto accade in tema di discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici, su questa tema la Corte di Giustizia sembra non essersi mai spinta fino al punto di legittimare forme di azioni positive nei confronti dei lavoratori migranti⁷⁵.

Fra le sentenze più celebri in tema di discriminazioni indirette va certamente ricordata la vicenda, tutta italiana, dei c.d. “lettori universitari” nella quale la Corte di Giustizia⁷⁶ ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario la norma di cui all’art. 28 comma 3 del D.p.r. 11 luglio 1980 n. 382⁷⁷ nella parte in cui stabiliva che i contratti tra università e lettori di lingua straniera non potessero protrarsi per oltre un anno poiché, essendo di fatto i lettori per il 75% stranieri quel limite si traduceva in una loro discriminazione (indiretta) rispetto agli altri docenti universitari⁷⁸.

⁷⁴ Si veda la già citata sentenza *O’Flynn* ed anche Corte di Giustizia, 12 settembre 1996, causa C-278-94, *Commissione/Belgio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4307 par. 20 Sul punto si segnala inoltre G. DAVIES, *Nationality Discrimination in The European Internal Market*, L’Aia – Londra – New York, 2003, p. 32 che precisa che la Corte chiamata a valutare la norma non è tenuta ad operare un accertamento a posteriori ma può bastare la sua decisione su una valutazione a priori in merito agli effetti che essa è in grado di produrre. Tale assunto, secondo S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione europea*, cit., p. 19 rende evidentemente il giudizio più agevole e più probabile l’attrazione di un tal caso nell’area dell’odierno art. 45 T.F.U.E.

⁷⁵ Si veda M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto del lavoro dell’unione Europea*, cit., p. 105.

⁷⁶ Corte di Giustizia 30 maggio 1989, causa C- 33/88, *Pilar*, in *Raccolta*, pp. 1591 ss. e Corte di Giustizia 2 agosto 1993, cause C- 259/91; C-331/91 e C-332/91 (procedimenti riuniti), *Pilar Alluè e Carmel Mary Coonan*, in *Raccolta*, pp. 4309 ss.

⁷⁷ D.p.r. 11 luglio 1980 n. 382 in *Gazzetta Ufficiale* 31 luglio 1980, n.209.

⁷⁸La vicenda dei lettori universitari è tornata nuovamente alla ribalta, con un ulteriore intervento della Corte di Giustizia (Sent. 26 giugno 2001, causa C-212/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2001, I, pp. 4923 ss.) la quale ha censurato il nostro Paese per non aver “assicurato il riconoscimento dell’anzianità maturata agli ex lettori di lingua straniera, divenuti collaboratori linguistici, riconoscimento invece garantito alla generalità dei lavoratori nazionali”. La pronuncia conclude un procedimento di infrazione avviato dalla Commissione nei confronti del nostro Paese a causa di una prassi — diffusa presso alcune Università italiane — in base alla quale non è stata riconosciuta ai collaboratori linguistici, in termini di trattamento economico e previdenziale, l’anzianità di servizio che essi avevano maturato, come lettori di lingua straniera, prima dell’entrata in vigore della l. n. 236/1995, riguardante specificamente l’insegnamento universitario

1.5. Le eccezioni al principio di libera circolazione dei lavoratori.

Da quanto illustrato nei paragrafi precedenti è emerso un dato incontestabile, ossia che la libera circolazione dei lavoratori costituisce uno dei diritti fondamentali sanciti dal T.C.E., anche (e soprattutto) a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona.

Nonostante il carattere fondamentale di tale principio, esso va incontro ad un doppio ordine di limitazioni⁷⁹, limitazioni prefigurate già nell'art. 39 (ora art. 45 T.F.U.E) del Trattato e la cui disciplina è retta dai criteri operativi e dalle garanzie procedurali fissate negli artt. 27 ss. della Direttiva 2004/38/CE⁸⁰. Sotto tale aspetto si ritiene che soltanto una minaccia reale, attuale e di gravità tale da pregiudicare un interesse fondamentale per la società di accoglienza possa consentire l'effetto interdittivo di una libertà fondamentale dell'Unione⁸¹.

Scendendo maggiormente nel dettaglio, da un lato, vengono in rilievo i limiti relativi al tipo di occupazione, che vanno, pertanto, ad intaccare il principio di parità in materia di accesso all'impiego, essendo esclusi dall'applicazione di tale principio gli impieghi alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Dall'altro si rinvencono gli ostacoli derivanti dall'esistenza di motivi di ordine pubblico⁸², pubblica sicurezza e sanità pubblica.

delle lingue straniere. Sul punto si veda R. FOGLIA – R. COSIO (a cura di), *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Milano 2011, p. 171.

⁷⁹ M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Padova, 2007, p. 119; R. Foglia, *La libera circolazione dei lavoratori*, in R. Foglia- R. Cosio, *Il diritto del lavoro nella Ue*, Milano, 2011, p. 171; L. GALATINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2008, p. 110; G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Milano, 1998, p. 257; S. NAPPI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in F. CARINCI- A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010.

⁸⁰ Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 “relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE” in *Gazzetta L* 229/35 del 29 giugno 2004.

⁸¹ Corte di giustizia, 27.4.2006, C-441/02, *Commissione delle Comunità europee – Repubblica Federale di Germania*, in *Raccolta.*, 2006, I, pp. 3449 ss.

⁸² Tale eccezione compare nell'art. 27 della direttiva 2004/38/CE e nell'art. 45 (già art. 39 TCE e art. 48 TCEE) del T.F.U.E. Proprio sulla base di tale articolo (e sulla base dell'allora art. 56 TCEE

Partendo da questo secondo tipo di limitazioni, va precisato che il loro oggetto riguarda il riconoscimento della possibilità degli Stati membri di “*limitare la libertà di circolazione di un cittadino dell’Unione o di un suo familiare [...] per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica*” (art. 27.1): ciò conferma che i limiti in esame attengono, in senso proprio, ai diritti di mobilità territoriale dei lavoratori migranti⁸³.

Più nello specifico, le limitazioni connesse a ragioni di sanità pubblica erano determinate in maniera molto precisa dalla Direttiva 64/221/CEE⁸⁴, attraverso l’indicazione di un elenco allegato alla stessa delle sole malattie o infermità rilevanti ai fini dell’adozione di provvedimenti restrittivi. Tale elenco risulta soppresso, limitandosi la nuova direttiva 29 aprile 2004 n. 38 a stabilire che “*le sole malattie che possono giustificare misure restrittive della libertà di circolazione sono quelle con potenziale epidemico*”, secondo le indicazioni dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), nonché “*altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini dello Stato membro ospitante*” (art. 29.1). Anche nei confronti di misure restrittive motivate da ragioni di sanità pubblica, dunque, s’impone il rispetto del principio di non discriminazione.

che affermava che le libertà di circolazione e di stabilimento lasciavano impregiudicate per gli Stati membri la possibilità di applicare “*disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi d’ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*”) il Consiglio adottò una direttiva in materia di coordinamento dei provvedimenti nazionali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico o di sanità pubblica le cui disposizioni risultavano, peraltro, inequivocabilmente applicabili non soltanto a lavoratori autonomi e destinatari di servizi, ma anche di quelli subordinati. Le disposizioni della direttiva n. 64/221/CEE (in *Gazzetta* L 56 del 4 aprile 1964), ad ogni modo, oggi sono state anch’esse abrogate e il relativo contenuto trasfuso in quelle racchiuse nel capo VI (artt. 27-33) della direttiva 2004/38. Le nuove regole, comunque, anche in questo caso risentono dell’elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia sviluppatasi attorno a quelle previgenti.

⁸³ Si ricordi che le limitazioni alla libertà di circolazione di cui al capo VI della direttiva 2004/38/CE riguardano non soltanto i lavoratori subordinati, ma tutti i soggetti rientranti nella sfera applicativa della direttiva 2004/38/CE.

⁸⁴ Direttiva 64/221/CEE del 25 febbraio 1964, in *Gazzetta* L 56 del 4 aprile 1964.

Si aggiunga che l'allontanamento dal territorio dello Stato ospitante non può essere legittimamente disposto qualora la malattia insorga una volta trascorso un periodo di tre mesi dall'arrivo dell'interessato (art. 29.2).

La Corte di giustizia ha affermato che la facoltà degli Stati membri di limitare la circolazione delle persone per motivi di sanità pubblica consente di rifiutare l'accesso o il soggiorno sul proprio territorio esclusivamente a persone che potrebbero costituire in sé pericolo alla salute pubblica; ritiene, invece, ingiustificati i limiti ove volti essenzialmente allo scopo di mettere il settore della sanità pubblica, in quanto settore economico, al riparo dai principi della libera circolazione. In altre parole, la deroga al principio della libera circolazione riguarda la tutela di un valore, quale la salute pubblica, non la protezione di un'attività economica⁸⁵.

La limitazione fondata su ragioni sanitarie, in definitiva, è concepita essenzialmente in funzione protettiva della salute degli abitanti dei singoli Stati membri; di conseguenza, ad essa può farsi ricorso soltanto se sia proprio la circolazione a costituire la fonte di pericolo per la pubblica incolumità per essere gli stessi affetti da particolari patologie⁸⁶. Conseguentemente, il ricorso alle ragioni sanitarie non può essere giustificato qualora vi si ricorra in via preventiva e per ragioni anche economiche.

La possibilità di impedire l'accesso ovvero di disporre l'allontanamento dallo Stato è in ogni caso condizionata alla circostanza che la malattia insorga o sia conosciuta prima che si sia consolidato in capo al lavoratore quel diritto al soggiorno che ne impedisce l'espulsione.

Nel rispetto del criterio di proporzionalità stabilito dall'art. 27 della direttiva 2004/38, poi, la limitazione alla libertà di circolazione può riguardare anche solo una porzione del territorio dello Stato⁸⁷.

⁸⁵ Corte di giustizia, 7 maggio 1986, causa C-131/85, *Guel*, in *Raccolta*, 1986, pp. 1573.

⁸⁶ Corte di Giustizia, 7 maggio 1986, causa C-131/85, *Guel* cit.

⁸⁷ Corte di Giustizia, 26 novembre 2002, C-100/01, *Olazabal*, in *Raccolta*, 2002, I, pp. 10981 ss.

Nessun richiamo esplicito è fatto invece all'ipotesi più controversa, ovvero alla sindrome da HIV/AIDS, più volta posta dagli Stati membri a giustificazione del diniego di ingresso⁸⁸.

In merito non si può non considerare come la Commissione abbia espressamente richiamato il doveroso rispetto del principio di non discriminazione e di inclusione sociale nei confronti di chi affetto da HIV e che il Tribunale di prima istanza abbia riconosciuto il diritto del lavoratore sieropositivo alla piena parità di trattamento⁸⁹.

Rispetto al limite in parola non vi sono significative pronunce della Corte di Giustizia⁹⁰, che, viceversa, sono numerose in relazione a quello dell'ordine pubblico.

Quest'ultimo costituisce un limite di grande delicatezza, esposto a variazioni di contenuto a seconda delle circostanze storiche e dei contesti politici, sociali e culturali di riferimento. Conseguentemente il diritto comunitario qui si è limitato ad indicare criteri uniformi, lasciando agli Stati membri discrezione nella loro traduzione. La Corte, pur riconoscendo come il contenuto della nozione di ordine pubblico possa variare non solo nel tempo, ma anche tra le Nazioni, ha allo stesso tempo ricordato come gli Stati, nel momento in cui utilizzino la stessa per limitare una libertà fondamentale del Trattato, non possano sottrarsi all'obbligo di rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento europeo, in base ai quali le deroghe alle norme del Trattato devono essere interpretate restrittivamente e vagliate alla luce del principio di proporzionalità. Anche in questo ambito ne esce,

⁸⁸ W. VAN OVERBEEK, *AIDS/HIV infection and the free movement of person within the Community*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 792.

⁸⁹ Comunicazione della Commissione, 1999, 372 e le conclusioni del Consiglio del 15 maggio 1987, in *Gazzetta*, 1987, 178. Tribunale di prima istanza 14 aprile 1994, T-10/93, in *Raccolta*, 1994, II, p. 179.

⁹⁰ La Corte, 7 maggio 1986, causa C-131/85, *Guel*, cit., aveva comunque avuto modo di ribadire che la facoltà di limitare la libera circolazione delle persone per motivi di sanità pubblica riguarda i diritti di ingresso e soggiorno e “*non ha lo scopo di mettere il settore della pubblica sanità, in quanto settore economico e dal punto di vista dell'accesso al lavoro, al riparo dall'applicazione dei principi della libera circolazione*”.

dunque, limitata la sovranità statale, che non può considerarsi assoluta, cioè sottratta al controllo delle istituzioni comunitarie.

Quanto previsto in via generale dall'odierno T.F.U.E. ha trovato attuazione nella disciplina di dettaglio contenuta nel capo IV della direttiva 2004/38, che ha sostituito la precedente direttiva 64/221, tenendo conto sia dell'interpretazione che della stessa ha dato la Corte di Giustizia nel corso di quattro decenni, sia delle indicazioni fornite dalla Commissione nella Comunicazione del 1999.

Viene così chiarito, innanzitutto, che il concetto di ordine pubblico rilevante non è tanto vasto da ricomprendere l'ordine pubblico economico: provvedimenti restrittivi dei diritti di mobilità territoriale non potrebbero essere ispirati da fini economici.

Secondariamente si afferma che tali provvedimenti non possono ritenersi automaticamente giustificati in virtù dell'esistenza di condanne penali, né, quanto all'allontanamento dal territorio, esso può essere giustificato sulla base della mera scadenza del documento d'identità che ha permesso *“l'ingresso nel Paese ospitante e il rilascio dell'attestato d'iscrizione”*⁹¹.

Accanto a questi criteri di segno negativo, la direttiva contiene anche un'indicazione di segno positivo di particolare rilevanza, ossia l'obbligo di adottare i provvedimenti in materia di ordine pubblico esclusivamente in relazione al comportamento personale del soggetto nei riguardi del quale essi sono applicati.

In argomento, la Corte di Giustizia ha dato un significativo apporto nel delimitare, *in primis*, la portata della riserva contenuta nell'art. 45.3, spiegando che essa deve essere intesa *“non già come un presupposto per l'acquisto del diritto d'ingresso e di dimora, ma come facoltà di restringere, in casi singoli e per giustificati motivi, l'esercizio di un diritto derivante direttamente dal Trattato”*⁹².

⁹¹ Già contenuta nell'art. 3.3 della direttiva 64/221/CEE, tale previsione si rintraccia adesso nell'art. 15.2 della direttiva 2004/38/CE. In giurisprudenza Corte di Giustizia, 26 novembre 2002, causa C-100/01, in *Raccolta.*, 2002, p. 10981.

⁹² Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, causa C-48/75, *Royer*, in *Raccolta*, 1976 pp. 497 ss.; negli stessi termini anche Corte di Giustizia, 3 luglio 1980, *Regina v. Pieck*.

Al riguardo si può affermare che i principi elaborati dalla Corte di Giustizia abbiano rilievo costituzionale, seppure non costituzionalizzati: in quanto tali, essi, pertanto, si impongono allo stesso legislatore comunitario che li voglia specificare ed attuare attraverso la normativa derivata⁹³. Questo è quanto accaduto, come accennato, con il regolamento n. 1612/1968 e con la direttiva 2004/38, che concorrono assieme ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia a definire lo statuto giuridico del lavoratore migrante. Questa dinamica di reciproca influenza ha caratterizzato la materia della libertà di circolazione dei lavoratori sia per quanto attiene al suo contenuto, sia per quanto attiene al suo ambito soggettivo di applicazione. Invero, la Corte ha provveduto ad estendere la portata dell'art. 43 TCE (odierno art. 49 T.F.U.E.), sfruttando al massimo le potenzialità insite in tale disposizione e in quelle del regolamento 1612/68, non solo interpretando estensivamente il principio di parità di trattamento, ma anche ampliando il novero dei soggetti capaci di beneficiarne: la logica economica sottesa a tali disposizioni non è stata smentita, ma piegata al perseguimento di finalità più ispirate alla tutela dei diritti della persona che al buon funzionamento del mercato interno.

Più nello specifico, in merito alla nozione di ordine pubblico, la Corte ha espressamente riconosciuto l'opportunità di lasciare alle competenti autorità nazionali una certa discrezionalità in materia, stante la variabilità del concetto da circostanze storiche e ambientali⁹⁴. Nonostante tale presa d'atto, sulla base della constatazione che comunque la riserva di ordine pubblico autorizza una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei lavoratori, la Corte si è subito preoccupata di precisare che la relativa nozione in ambito comunitario deve essere intesa *“in senso stretto, col risultato d'escludere qualsiasi valutazione unilaterale*

⁹³ S. GIUBBONI - G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, cit., p. 33.

⁹⁴ Si veda Corte di giustizia, 4 dicembre 1974, C- 41/74, in *Raccolta.*, 1974, p. 1337, la quale testualmente afferma che *“la nozione di ordine pubblico nel contesto comunitario [...] va intesa in senso stretto, con il risultato d'escludere qualsiasi valutazione unilaterale da parte dei singoli Stati membri senza il controllo delle istituzioni comunitarie. Non si può tuttavia negare che la nozione di ordine pubblico varia da un paese all'altro e da un'epoca all'altra. È però necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato”*.

*da parte dei singoli Stati membri senza il controllo delle istituzioni comunitarie*⁹⁵.

Con riguardo agli strumenti atti ad esercitare questo controllo, essenziale è stato l'approfondimento del riferimento al "*comportamento personale*" contenuto nell'art. 3.1 della direttiva 64/221/CEE ed ora ripreso dall'art. 27.2 della direttiva 2004/38/CE. Per la Corte tale riferimento rende inammissibile l'adozione di provvedimenti d'espulsione motivati non dalla condotta del soggetto che si vuole colpire, ma da considerazioni di "*prevenzione generale*"⁹⁶.

Secondariamente, il comportamento personale, per poter essere preso in considerazione ai fini dell'adozione di un provvedimento restrittivo, deve consistere non nel generico turbamento dell'ordine sociale insito in qualsiasi infrazione di legge, ma in "*una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività*"⁹⁷.

Si è affermato, in relazione alla non automaticità delle conseguenze derivanti da una sentenza penale, che le circostanze che hanno portato a tale condanna possono assumere rilievo solo in quanto provino un comportamento personale che costituisca una minaccia attuale per l'ordine pubblico. I descritti approdi giurisprudenziali sono stati poi consolidati nella direttiva 2004/38/CE, che all'art. 27.2 stabilisce espressamente che "*il comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non sono prese in considerazione*".

⁹⁵ Corte di Giustizia, 28 ottobre 1975, causa C-36/75, *Rutili v. Ministre de l'Interieur*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219.

⁹⁶ Corte di Giustizia, 26 febbraio 1975, C-67/74, *Bonsignore v. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, in *Raccolta*, 1975, p. 297, e, più di recente, 27 aprile 2006, causa C-441/02, *Commissione v. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 2006, p. 3449.

⁹⁷ In tal senso, plurime sentenze della Corte di Giustizia: 27 ottobre 1977, causa C-30/77, *Regina v. Bouchereau*, in *Raccolta*, 1977, p. 2000; 19 gennaio 1999, causa 348/96, *Calfa*, in *Raccolta*, 1999, p. 11.

In tale prospettiva, ad esempio, le norme di diritto interno che impongono al giudice nazionale di ordinare l'espulsione a vita dei cittadini di altri Stati membri riconosciuti colpevoli di acquisto e detenzione di stupefacenti, per uso strettamente personale, sono state ritenute in contrasto con gli odierni artt. 45, 49 e 56 T.F.U.E. e con l'art. 3 della direttiva 64/221/CEE⁹⁸.

E' stata sempre la Corte di Giustizia ad escludere che una minaccia rilevante all'ordine pubblico possa essere riscontrata nello svolgimento di attività sindacali da parte del soggetto colpito da un provvedimento limitativo del diritto di soggiorno; ciò in base al rilievo che un provvedimento di tal fatta urterebbe contro la garanzia di parità di trattamento che il regolamento n. 1612/68 assicura ai lavoratori migranti anche in materia di esercizio dei diritti sindacali. Tale assunto è stato altresì corroborato dalla considerazione che il principio *de quo* costituisce nient'altro che una specificazione di un principio più generale, sancito dagli artt. 8, 9, 10 e 11 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dai quali si desume che provvedimenti restrittivi basati su esigenze di ordine pubblico non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica.

Da ultimo, si è negato che un comportamento personale possa considerarsi abbastanza grave da giustificare restrizioni dell'accesso o del soggiorno nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un altro Stato membro, nel caso in cui lo Stato in questione “*non adotti misure repressive o altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a reprimerlo, ove lo stesso comportamento sia posto in essere dai propri cittadini*”⁹⁹.

⁹⁸ Corte Giustizia, 19 gennaio 1999, C-348/96, in *Raccolta.*, 1999, p. 11.

⁹⁹ Corte di Giustizia, 18 maggio 1982, cause riunite 115 e 116/81, *Adoui e Cornuaille v. Stato belga*, in *Raccolta*, 1982, p. 1666. coniugando la riserva di ordine pubblico e il principio di non discriminazione, la parabola della giurisprudenza comunitaria può ritenersi compiuta con il superamento delle incertezze iniziali. Nel caso *Van Duyn* in effetti si era finito col ritenere legittimo il provvedimento con il quale era stato negato l'ingresso nel Regno Unito ad una cittadina olandese, che vi si voleva recare per lavorare come segretaria presso la Chiesa scientista, nonostante l'attività di questa organizzazione, per quanto giudicata antisociale dal governo di quel Paese, non fosse vietata a norma di legge, né fosse prevista restrizione alcuna per i cittadini britannici operanti all'interno della medesima. In *Adoui e Cornuaille*, al contrario, la Corte,

La nuova direttiva, ancora una volta nel solco della giurisprudenza della Corte, ha espressamente sancito (art. 27.2) che i “*provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza rispettano il principio di proporzionalità*”, mostrando notevole diffidenza nei confronti delle misure di espulsione. L’art. 28 della direttiva 2004/38, infatti, dà corpo all’idea che “*quanto è più forte l’integrazione dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari nello Stato membro ospitante, tanto più elevata dovrebbe essere la protezione contro l’allontanamento*”: ne consegue che un provvedimento del genere non può essere assunto da uno Stato membro senza aver prima tenuto conto, in particolare, di elementi quali “*la durata del soggiorno dell’interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare ed economica, la sua integrazione sociale e culturale...*”¹⁰⁰. In base alla stessa *ratio*, si prevede uno statuto rafforzato per chi ha soggiornato a lungo nello Stato ospitante, in modo da rendere il provvedimento di espulsione l’*extrema ratio* a disposizione delle autorità statali, con conseguente compressione dei loro poteri discrezionali in materia. È questo l’aspetto più innovativo della disciplina dei limiti alla libertà di circolazione introdotta dalla direttiva del 2004, rispetto alla normativa precedente. Il titolare del diritto di soggiorno permanente può essere allontanato solo per “*gravi*” motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza (art. 28.2): spetta anche qui alla Corte chiarire in che modo ciò incida sul test di proporzionalità, rendendone più stringente l’applicazione al caso di specie. La tutela del migrante è ulteriormente rafforzata in caso di minore età dello stesso o di previo soggiorno superiore ai dieci anni, essendo in tali ipotesi subordinata l’ammissibilità

interpretando la riserva di ordine pubblico alla luce del principio generale di non discriminazione, ha contestato il rifiuto di consentire il soggiorno in territorio belga di due cittadine francesi, che vi svolgevano l’attività di cameriere in un bar equivoco sotto l’aspetto del buon costume, non essendo la prostituzione in quanto tale in Belgio oggetto di divieto.

¹⁰⁰ Lo stesso art. 28 prevede una tutela ulteriormente rafforzata in favore dei titolari del diritto di soggiorno permanente, che possono essere colpiti da provvedimenti di espulsione solo per gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza; mentre soltanto motivi imperativi di pubblica sicurezza, previamente indicati da ciascuno Stato membro, possono consentire l’allontanamento del cittadino dell’Unione che abbia soggiornato nello Stato ospitante nei precedenti dieci anni o sia minorenni. Sul limite dell’ordine pubblico, si veda L. TRIFONE, *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell’ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 2005, p. 29.

dell'allontanamento alla presenza di “*motivi imperativi di pubblica sicurezza*” definiti dallo Stato membro (art. 28.3). Un inciso che, oltre a vincolare lo Stato ad una tassativa indicazione con legge dei motivi imperativi, chiama anche in siffatta ipotesi il ruolo creativo della Corte di Giustizia, che deve chiarire la distinzione tra le nozioni di ordine pubblico e pubblica sicurezza¹⁰¹.

Il provvedimento di allontanamento ed il divieto di ingresso sono i più gravi atti capaci di incidere sulla libertà di circolazione, ma non sono gli unici, con riguardo alle restrizioni di minore gravità valgono i soli principi generali sanciti dall'art. 27 e non le regole di maggior garanzia stabilite dall'art. 28. E' il caso dei provvedimenti che limitano la libertà di circolazione all'interno dello Stato membro, che sono adottabili nei confronti del cittadino straniero solo se applicabile anche ai cittadini nazionali, o, come precisato dalla Corte di Giustizia, se è giustificabile alla luce del criterio di proporzionalità in relazione alla gravità della condotta, che deve comunque comportare misure punitive qualora sia posta in essere dai cittadini dello Stato membro¹⁰².

Le garanzie procedurali nei confronti di un provvedimento restrittivo della libertà di circolazione motivato da ragioni d'ordine pubblico risultano adesso dalla disciplina, alquanto più attenta alla tutela dei diritti dei migranti, di cui agli artt. 30 e 31 della direttiva 2004/38/CE.

Al proposito, va innanzitutto sottolineato che qualsiasi provvedimento restrittivo della libertà di circolazione dev'essere notificato per iscritto all'interessato con modalità tali da consentirgli di comprenderne contenuto e conseguenze. All'obbligo di notifica, d'altra parte, si accompagna quello di comunicare i motivi

¹⁰¹ Sino ad oggi la Corte non ha mai avuto modo di confrontarsi con la nozione di pubblica sicurezza, la cui importanza è accresciuta nel quadro internazionale venutosi a creare dopo l'11 settembre 2001. Anche la dottrina si è raramente confrontata con tale concetto: tra i pochi R. C. A. WHITE, *Workers, Establishment and services in the European Union*, Oxford, 2004, per il quale la “*pubblica sicurezza attiene alla protezione dello Stato dal terrorismo, da gravi atti criminali, dallo spionaggio e da attività tese a destabilizzare lo Stato*”.

¹⁰² Corte di giustizia, sentenza 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Olazabal*, cit., par. 41-45, riguardante una misura restrittiva adottata nei confronti di un membro dell'organizzazione terroristica ETA.

di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica all'origine del provvedimento (art. 30).

Anche tali previsioni vanno interpretate alla luce della giurisprudenza sviluppatasi sul punto, la quale richiede la comunicazione della motivazione del provvedimento contestuale alla sua notifica, la sua stesura particolarmente particolareggiata e precisa, la necessità che la notifica contenga l'indicazione dell'organo dinanzi al quale presentare il ricorso e il relativo termine.

La disposizione di cui all'art. 31 riconosce a chi sia stato colpito da un provvedimento restrittivo non soltanto la possibilità di impugnarlo in sede giurisdizionale o amministrativa, ma anche di chiedere la provvisoria sospensione dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento, con la conseguenza che ad esso non si potrà dare corso finché non intervenga una decisione sull'istanza dell'interessato¹⁰³.

I mezzi d'impugnazione devono consentire l'esame tanto del merito che della legittimità del provvedimento adottato. Agli Stati membri è riconosciuta la possibilità di vietare la presenza dell'interessato nel loro territorio per tutta la durata della procedura di ricorso, ma non di impedirgli di presentare di persona la sua difesa (art. 31.4). A tal proposito va detto che, a differenza della normativa previgente, espressamente si sancisce che la difesa deve essere sempre resa praticabile: per questo, un provvedimento d'espulsione non può diventare esecutivo prima che chi ne è colpito sia stato posto in grado di proporre i mezzi di ricorsi previsti, mentre può essere eseguito dopo la proposizione del ricorso, ma soltanto a condizione che il ricorrente possa comunque fruire di un processo equo e sia in grado di far valere tutti i propri mezzi di difesa¹⁰⁴.

L'art. 32 della direttiva n. 2004/38/CE, recependo un orientamento della Corte di Giustizia, afferma poi che un cittadino di uno Stato membro colpito in passato da un provvedimento di divieto di ingresso nel territorio di un altro Stato membro per

¹⁰³ Salvo i casi particolari di cui all'art. 31.2, fra i quali spicca quello dell'adozione del provvedimento per motivi imperativi di pubblica sicurezza.

¹⁰⁴ Corte di Giustizia, 5 marzo 1980, causa 98/79, *Pecastaing v. Stato belga*, in *Racc.*, 1980, p. 692; Corte di Giustizia, 2 giugno 2005, causa 136/03, *Dorr e Unal*, in *Racc.*, 2005, p. 4759.

motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, può comunque presentare una nuova domanda di ingresso o di permesso di soggiorno dopo un congruo periodo di tempo dal provvedimento precedente, e comunque dopo tre anni dal provvedimento, per ottenerne uno nuovo.

A chiusura del sistema, l'art. 35 della direttiva sanziona gli eventuali abusi del diritto alla libera circolazione, stabilendo che gli Stati membri, in caso di frode, possono adottare misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare qualunque diritto conferito dalla direttiva. Le vicende più frequenti sono quelle dei c.d. matrimoni fittizi, a fronte dei quali è ritenuta legittima la revoca di qualsiasi beneficio accordato¹⁰⁵.

1.5.1. I limiti concernenti gli impieghi nella pubblica amministrazione.

Il secondo limite generale posto alla libertà di circolazione dal Trattato riguarda, come detto, gli impieghi nella Pubblica amministrazione: invero, in base a quanto disposto dall'art. 45.4 del T.F.U.E., le disposizioni in materia di libera circolazione non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione. Pure tale norma è posta a garanzia della sovranità nazionale e trova la sua giustificazione nel particolare rapporto di cui sono titolari i lavoratori nel settore pubblico, caratterizzato da un insieme di diritti e di doveri che costituiscono i fondamenti del vincolo della cittadinanza.

Anche in questo caso è spettato alla Corte di Giustizia, in assenza di fonti secondarie che regolassero la materia, erodere l'ambito di discrezionalità statale nell'esercizio della propria sovranità e aprire varchi di accesso dello straniero negli impieghi pubblici nello Stato ospitante.

La disposizione sembrerebbe legittimare, a prima vista, un'ampia eccezione al principio della libertà di circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, escludendone l'intero settore del pubblico impiego, ma trattasi di interpretazione letterale che non trova da tempo credito. Trattandosi di una deroga ad una delle

¹⁰⁵ Corte di Giustizia, 23 settembre 2003, *Akrich*, causa C- 109/01, in *Raccolta*, 2003, pp. 9607 ss. Sull'argomento si veda anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*, in *Corriere giuridico*, 2008, pp. 1375 ss.

libertà fondamentali sancite dal Trattato, anche in questo caso la Corte di Giustizia ha sostenuto la necessità di un'esegesi restrittiva, atta a permetterne un'applicazione uniforme all'interno dell'Unione e coerente con i fini per cui è stata prevista: è evidente come, a fronte della dilatazione degli interventi delle pubbliche amministrazioni nei più svariati campi, la portata della deroga avrebbe rischiato di essere ampliata a dismisura qualora i criteri per l'applicazione della stessa fossero stati lasciati alla discrezionalità degli Stati¹⁰⁶.

È prevalsa quindi l'interpretazione di tipo comunitario e funzionale¹⁰⁷, la quale non è giunta a negare che nell'impiego pubblico possano esistere mansioni che presuppongono, in capo a chi le assolve, l'esistenza di un particolare rapporto di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità di diritti e doveri che costituiscono il fondamento del vincolo della cittadinanza, ma è servita a ridimensionare l'incidenza del requisito della cittadinanza, che potrà essere richiesto solo riguardo a quel “*complesso di posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche*”¹⁰⁸. Ciò che effettivamente conta, al di là della terminologia o della classificazione adottata dalla normativa nazionale, è che i rapporti in questione esprimano una effettiva partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio delle pubbliche funzioni o dei pubblici poteri, attraverso lo

¹⁰⁶ Corte di Giustizia, 17 dicembre 1980, causa C-149/79, *Commissione v. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1980, pp. 3901 ss.

¹⁰⁷ Così M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., p. 109; P. PASCUCI, *Accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni*, in A. BAYLOS, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, p. 387.

¹⁰⁸ Corte di Giustizia, 17 dicembre 1980, causa C-149/79, *Commissione v. Regno del Belgio*, cit., p. 3900. Affermata per la prima volta riguardo ad impieghi alle dipendenze di ferrovie ed enti locali belgi, l'interpretazione restrittiva è stata successivamente ribadita per i posti di infermiere negli ospedali pubblici, di insegnante, di ricercatore del CNR. Al proposito si veda Corte di Giustizia, 3 giugno 1986, causa 307/84, *Commissione v. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1986, p. 1725; Corte di Giustizia, 27 novembre 1991, causa 4/91, *Bleis v. Ministero de l'Education nationale*, in *Raccolta*, 1991, p. 5627.

svolgimento di mansioni aventi ad oggetto la tutela di interessi generali dello Stato o di altre collettività pubbliche¹⁰⁹.

Per rientrare nell'eccezione dell'art. 45 n. 4 T.C.E. l'impiego in questione deve quindi: a) comportare l'esercizio, sia pure indiretto, di pubblici poteri; b) riguardare l'interesse generale dello Stato e delle comunità pubbliche territoriali.

I criteri indicati dalla Corte hanno dato vita ad un'ampia discussione.

Nel dettaglio, è stato contestato il riferimento all'esercizio di poteri pubblici. Tale parametro, infatti, che non risulta dal testo stesso dell'art. 45 n. 4 T.F.U.E., è invece espressamente richiamato dall'art. 51 T.F.U.E., norma che esclude dall'applicazione delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento "*le attività che partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*". L'interpretazione della Corte perviene perciò a considerare implicito nell'art. 45 n. 4 quello che, invece, i redattori del Trattato hanno ritenuto esplicito nell'art. 51.

Nonostante tale sforzo esegetico, non è mancato chi ha sottolineato come la Corte, in realtà, non abbia chiarito in cosa debba consistere "*l'esercizio di pubblici poteri*", ossia se si debba trattare di poteri coercitivi o se sia sufficiente che l'impiego in questione comporti il potere di adottare provvedimenti che modificano la situazione giuridica di soggetti privati¹¹⁰. Il riferimento all'esercizio anche soltanto indiretto di pubblici poteri rende l'interpretazione della nozione estremamente problematica, soprattutto nel caso di impieghi per i quali tale

¹⁰⁹ In dottrina, si veda M. LUGATO, *Partecipazione di cittadini comunitari a concorsi universitari e condizioni di reciprocità*, in *Riv. dir. intern.*, 1993, p. 385; A. SCIORTINO., *Qualche osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 389; D.M. TRAINA, *Libertà di circolazione nella Comunità europea e pubblico impiego in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 329.

¹¹⁰ Sulla problematica, si vedano le contrapposte opinioni dell'Avvocato generale Mancini nelle conclusioni presentate nella causa C- 307/84, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1986, p. 1730 e di M. JAEGER; *La notion d'emploi dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4 du traité CEE a travers la jurisprudence de la Cour*, in *Riv. dir. europeo*, 1990, p. 800.

esercizio rappresenti solo una parte marginale delle funzioni complessive spettanti al titolare¹¹¹.

Anche i rapporti tra i suddetti criteri sollevano diversi dubbi. In particolare, non è chiaro se, per rientrare nell'art. 45, n. 4, un impiego deve rispondere ad entrambi i criteri o se la presenza di uno solo sia sufficiente. Molti li considerano cumulativi, sebbene almeno in un'occasione la Corte abbia utilizzato la disgiuntiva "o"¹¹².

L'inconveniente maggiore dei parametri elaborati dalla Corte è legato, tuttavia, al fatto che la loro applicazione fa sorgere, come la stessa ha riconosciuto, problemi di valutazione e di delimitazione nel caso concreto. Ogni impiego deve, infatti, essere valutato in funzione dei compiti che sono attribuiti al titolare e la Corte ha bisogno di essere informata in merito per poter decidere se si tratti o meno di un impiego nella pubblica amministrazione in base all'art. 45, n. 4; in mancanza di informazioni sufficienti la Corte non ha altra scelta che pronunciare una sentenza interlocutoria, invitando le parti a sottoporle dati più precisi.

Più di recente, la Corte europea ha avuto modo di precisare altresì che la deroga di cui all'art. 45.4 T.F.U.E. può applicarsi anche nel settore di lavoro privato, allorché le funzioni svolte implicino una *“partecipazione all'esercizio dei poteri di imperio ai fini dell'interesse generale dello Stato di bandiera, a condizione che tali poteri vengano effettivamente esercitati in modo abituale dai titolari e non rappresentino una parte molto ridotta delle loro attività”*¹¹³.

Il principio di proporzionalità esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 45.4 T.F.U.E. i rapporti di lavoro nei quali l'attività comportante esercizio di pubblici poteri rappresenti una parte ridotta o puramente occasionale della complessiva attività lavorativa, così come non permette di giustificare il divieto di impiego nella scuola pubblica di docenti stranieri in base all'esigenza di *“preservare e*

¹¹¹ Sul tema J. HANDOLL, *Article 48 EEC and Non-National Access to Public Employment*, in *European Law Review*, 1988, p. 231.

¹¹² Corte di giustizia, 16 giugno 1987, causa C-225/85, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1987, p. 2599.

¹¹³ Corte di Giustizia, 30 settembre 2003, causa C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola v. Administracion del Estado*, in *Raccolta*, 2003, p. 10391, relativamente alle funzioni di capitano e comandante in seconda di navi mercantili.

trasmettere i valori e la cultura nazionale”, dal momento che questa può essere perseguita con mezzi che non discriminano i cittadini di altri Stati membri¹¹⁴.

La Corte ha anche chiarito che all’esegesi in esame non si può nemmeno opporre l’esistenza di norme di rango costituzionale che prevedano il requisito della cittadinanza per l’accesso al pubblico impiego, dal momento che le stesse dovrebbero essere disapplicate in virtù del principio del primato del diritto europeo. Né si potrebbe obiettare che, una volta assunto nella Pubblica Amministrazione, il lavoratore proveniente da un’altra Nazione potrebbe finire col ricoprire, a seguito di promozioni, funzioni che la stessa Corte riconosce possano essere riservate ai cittadini: l’art. 45.4 T.F.U.E., infatti, se non legittima discriminazioni generalizzate quanto all’accesso al pubblico impiego, consente ai singoli Stati di prevedere percorsi di carriera differenziati per i lavoratori cittadini degli altri Stati membri.

Questo approccio caso per caso è risultato particolarmente lento e ad esso si è aggiunta una posizione di attesa degli Stati membri, che hanno lasciato alla Commissione l’onere di dimostrare, sempre nel singolo caso, l’insussistenza dei parametri delineati dalla Corte. Al fine di superare il limite di un’applicazione casistica dei criteri descritti, la Commissione indirizzò nel 1988 una comunicazione¹¹⁵ ai vari Stati, in cui si annunciava che essa avrebbe condotto un’azione sistematica, in materia di libera circolazione dei lavoratori, in quattro settori: a) enti incaricati di gestire un servizio commerciale; b) servizi operativi nel settore della sanità pubblica; c) istruzione nelle scuole pubbliche; d) ricerca a fini civili condotta presso istituti pubblici.

L’impegno della Commissione si è poi tradotto, oltre che in interventi diretti a fornire indicazioni agli Stati sulla corretta attuazione della disposizione dell’ex Trattato CE¹¹⁶, nell’attivazione di alcune procedure di infrazione nei confronti

¹¹⁴ Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2003, causa C- 47/02, *Anker*, in *Raccolta.*, 2003, I, p. 10447.

¹¹⁵ Comunicazione 88/C 72/02, in *Gazzetta C 72/2* del 18 marzo 1988.

¹¹⁶ *Libertà di circolazione dei lavoratori e accesso all’impiego nel servizio pubblico degli Stati membri – Azione della Commissione in applicazione dell’art. 48, par. 4, del Trattato CEE*, in

degli Stati, tutte culminate in altrettante sentenze di condanna della Corte di Giustizia, che ha chiarito che i criteri elaborati nella sua giurisprudenza possono ben applicarsi ad interi settori, ferma restando la possibilità che i singoli posti, all'interno di tali settori, rientrino nella deroga di cui all'odierno art. 45.4 T.F.U.E.¹¹⁷.

Ispirata dall'intento di ridurre la tendenza degli Stati a riservare i posti pubblici ai propri cittadini, l'organo UE ha finito per adottare un approccio istituzionale al contrario, cioè fondato sui settori delle pubbliche amministrazioni e dei servizi pubblici che di norma non giustificano preclusioni per i cittadini stranieri. Dall'elenco delle attività da aprire alla libera circolazione dei lavoratori comunitari, resta fuori un numero di settori nevralgici, espressione di ciò che resta della sovranità statale sottratta alle dinamiche dell'integrazione europea: forze armate, magistratura, autorità diplomatiche e amministrazione fiscale.

L'orientamento interpretativo di Commissione e Corte di Giustizia è stato recepito nel nostro ordinamento dall'art. 38 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165¹¹⁸, in cui è confluito l'art. 37 del d.lgs. 29/93¹¹⁹, per il quale “*i cittadini degli Stati membri della Comunità europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto ed indiretto di pubblici poteri ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale*”.

Gazzetta, 18 marzo 1988, C- 72/2 e *Libera circolazione dei lavoratori: realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*, Com, 2002, p. 694.

¹¹⁷ Corte di Giustizia, 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione v. Lussemburgo*, in *Raccolta*, 1996, p. 3207. In argomento, L. DANIELE, *I limiti alla libera circolazione: gli impieghi nella pubblica amministrazione e l'ordine pubblico*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., p. 72. Quanto al nostro ordinamento, si segnala che è stato emanato il decreto del Presidente del Consiglio 7 febbraio 1994, n. 174, contenente il “*regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche*”. In tema A. CARNAROLI, *La libera circolazione dei dipendenti pubblici in Italia e in Francia*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2006, pp. 259 ss.; D.M. TRAINA, nota alla sentenza del Tar Lombardia 14 ottobre 1991, n. 629, che ha disapplicato la normativa nazionale che impediva l'accesso di una cittadina britannica all'insegnamento in una scuola pubblica, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1992, pp. 192 ss.

¹¹⁸ D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 in *Gazzetta Ufficiale*, 9 maggio 2001, n. 106.

¹¹⁹ D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, in *Gazzetta Ufficiale* 06 febbraio 1993, n.30.

La stessa norma precisa poi che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri vengano individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione.

Si tratta del d.p.c.m. 7 febbraio 1994, n. 174¹²⁰ che contiene un regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso pubbliche amministrazioni. Esso afferma che i posti delle amministrazioni pubbliche per l'accesso ai quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana sono i seguenti: i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni pubbliche nonché quelli dei corrispondenti livelli delle altre pubbliche amministrazioni; i posti con funzione di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, degli enti pubblici non economici e degli enti territoriali; i posti dei magistrati, degli avvocati e dei procuratori dello Stato; i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri e di alcuni ministeri.

Le tipologie di funzioni delle amministrazioni pubbliche, per il cui esercizio si richiede il requisito della cittadinanza italiana sono quelle che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi ovvero funzioni di legittimità e di merito.

Ai fini dell'accesso ai posti della pubblica amministrazione, i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea devono godere dei diritti civili e politici anche negli Stati di provenienza, essere in possesso di tutti gli altri requisiti previsti per i cittadini della Repubblica ed avere adeguata conoscenza della lingua italiana.

L'applicazione anche ai pubblici dipendenti, nei limiti sopra esposti, del principio della libera circolazione dei lavoratori implica che il lavoratore cittadino di uno Stato membro non possa ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a causa della propria cittadinanza, un trattamento legale o contrattuale diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto riguarda le condizioni di impiego e di lavoro.

¹²⁰ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174, in *Gazzetta Ufficiale*, 15 marzo 1994, n.61.

A prescindere dal requisito della cittadinanza, limiti all'accesso nelle pubbliche amministrazioni sono stati individuati considerando la circostanza che determinate mansioni richiedono il possesso di specifiche qualifiche professionali o la conoscenza di una certa lingua.

La Corte di Giustizia ha confermato l'ammissibilità di entrambi i limiti¹²¹, preoccupandosi però di precisare che la limitazione di cui all'art. 45.4 T.F.U.E. riguarda esclusivamente l'accesso al pubblico impiego: una volta immesso nei ranghi della pubblica amministrazione, il lavoratore cittadino di un altro Stato membro deve godere del principio di non discriminazione in relazione alle condizioni di lavoro¹²². Tuttavia, l'interpretazione funzionale della nozione di pubblico impiego comporta una parziale mitigazione di tale principio, dal momento che consente siano posti limiti alla progressione di carriera del lavoratore straniero, il quale, una volta assunto in una pubblica amministrazione, può vedersi preclusa la capacità di accedere a posti comportanti lo svolgimento di attività riservate ai lavoratori nazionali¹²³.

Nei fatti l'approccio funzionale si traduce in una riserva per i lavoratori nazionali delle qualifiche più elevate, in quanto implicanti più facilmente l'esercizio di pubblici poteri. Così, se da una parte si è ammesso l'accesso a rapporti di lavoro pubblico per qualifiche di infermiere, impiegato comunale, ricercatore del CNR, insegnante, marinaio, dall'altra si è riconosciuta la legittima applicazione dell'art. 45.4 T.F.U.E. per la qualifica di dirigente di ufficio tecnico, di capitano e di comandante in seconda di una nave mercantile.

¹²¹ Corte di Giustizia, 28 novembre 1989, causa C-379/87, *Groener v. Minister for Education and the city of Dublin Vocational Education Committee*, in *Raccolta*, 1989, p. 3967. In argomento, J. JACQMAIN, *Nationality and language requirements for public posts in Belgium*, in *Industrial Law Journal*, 1991, p. 83.

¹²² La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto è stata oggetto di numerose analisi; tra le tante si veda A. DE FELICE, *Mobilità territoriale e impiego pubblico nella Cee*, in *Dir.lav.rel.ind.* 1991, p. 331.

¹²³ In argomento, L. DANIELE, *I limiti della libera circolazione: gli impieghi nella pubblica amministrazione e l'ordine pubblico*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, 1998, p. 68.

L'accesso ai posti nelle pubbliche amministrazioni non può comunque essere soggetta a condizioni di reciprocità¹²⁴.

In applicazione di tali principi, la Corte di Giustizia ha ritenuto illegittimo l'operato dello Stato membro che, ai fini di un concorso, decida di attribuire un punteggio al periodo di attività lavorativa svolto presso una pubblica amministrazione, qualora operi una distinzione a seconda che le dette attività siano state esercitate presso la pubblica amministrazione dello Stato in questione o presso quella di altro Stato membro¹²⁵; allo stesso modo la Corte ha ritenuto contrastante con il diritto comunitario la norma nazionale che, ai fini della concessione dell'integrazione di anzianità, escluda che si tenga conto dei periodi di lavoro svolti presso un'amministrazione pubblica di altro Stato membro¹²⁶.

1.5.2. Il lavoro sportivo.

Il lavoro sportivo viene recuperato nell'alveo applicativo dell'art. 45 T.F.U.E., essenzialmente in ragione dell'accertata rilevanza in seno alla relativa struttura contrattuale dei profili economici della prestazione, dovendosi essenzialmente verificare se gli stessi consentano o meno di ricondurre il singolo contratto a quella nozione di subordinazione, intesa come capacità del rapporto instaurato dal lavoratore di consentirgli di partecipare in senso economico all'Unione, su cui poggia l'intera ossatura del diritto comunitario¹²⁷. Difatti, il “cavallo di Troia” che

¹²⁴ Corte di Giustizia, sentenza 16 maggio 2002, C-142/01, *Commissione v. Italia*, in *Raccolta*, I, 4541.

¹²⁵ Corte di Giustizia, 23 febbraio 1994, C- 419/92, *Scholz*, in *Raccolta*, I, 505.

¹²⁶ Corte di Giustizia, 12 marzo 1998, C- 187/96, *Commissione v. Grecia*, in *Dir. lav.*, 1999, II, p. 162. Negli stessi termini anche Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, C-15/96, in *Guida dir.*, 1998, n. 7, p. 113.

¹²⁷ S. NAPPI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in F. CARINCI - A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 275. Sulle tematiche relative al variopinto tema del lavoro sportivo comunitario si rinvia, tra i vari, a: F. BIANCHI D'URSO, *Una sentenza “annunciata” in tema di libera circolazione dei calciatori nell'Unione europea*, in *Il Diritto del Lavoro*, 1996; M. COLUCCI, *Il rapporto di lavoro nel mondo dello sport*, in M. COLUCCI (a cura di), *Lo sport e il diritto*, Napoli, 2004; M. COLUCCI, *Gli atleti italiani: liberi di formarsi, liberi di giocare? Il vincolo sportivo e le indennità di formazione alla luce delle sentenze Bernard e Pacilli*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 1/2011, pp. 13 ss.; M. COLUCCI - R. FAVELLA, *La stabilità contrattuale nei regolamenti FIFA e nella giurisprudenza rilevante*, in

ha consentito di scardinare i sordi paletti sino a quel punto eretti dall'ordinamento sportivo è stato proprio quello interpretativo a mezzo del quale il Giudice Comunitario ha registrato la propria competenza a giudicare anche in riferimento ad ipotesi di prestazioni sportive in senso stretto, alla condizione espressa che le stesse fossero rilevanti economicamente ai sensi dell'art. 2 del TCE.

Con il grimaldello dell'art. 2 la Corte ha potuto estendere il campo delle tutele di libero mercato anche al settore del sport. In tal senso, la prima occasione per il Giudice Comunitario di pronunciarsi a tal fine risale al dicembre 1974, quanto lo stesso ha sostanzialmente affermato la riconducibilità alla disciplina della libera circolazione dell'attività svolta da allenatori di ciclisti mezzofondisti, purché caratterizzata dal vincolo della subordinazione¹²⁸.

Poco tempo dopo tale principio è stato compiutamente esplicitato con riferimento all'attività dei calciatori: *“è incompatibile con gli artt. 7 e, a seconda dei casi, 48-51 o 59-66 del Trattato, una disciplina o prassi nazionale, anche emanate da un'organizzazione sportiva, che riservi ai soli cittadini dello Stato membro in cui tale disciplina o prassi vige, il diritto di partecipare, come professionisti o semi professionisti, ad incontri di calcio, salvo detta disciplina o prassi non precluda ai giocatori stranieri la partecipazione a taluni incontri per motivi non economici, ma inerenti al carattere ed alla fisionomia specifica di detti incontri”*¹²⁹.

In sostanza, l'unica limitazione tollerata dal principio della libertà di circolazione resta quella della partecipazione di giocatori stranieri alle selezioni nazionali di Paesi membri diversi da quelli di appartenenza.

La Corte ha, poi, colto l'occasione per precisare una questione dirimente, statuendo che rientra tra i suoi compiti quello di esercitare il controllo anche sugli statuti di federazioni sportive private, ribadendo che l'eventuale esclusione dal campo di applicazione del diritto comunitario di organismi e associazioni dotate

Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, 1/2011, pp. 39 ss.; AA.VV., *Contractual stability in football*, European Sports Law and Policy Bulletin, Sports Law and Policy Centre, Roma, 2011.

¹²⁸ Corte Giustizia, 12 dicembre 1974, causa C-36/74, in *Raccolta.*, 1974, p. 1405.

¹²⁹ Corte Giustizia, 14 luglio 1976, causa C-13/76, *Gaetano Donà-Mario Mantero*, in *Raccolta* 1976, pp. 1333 ss.

di questa peculiare natura giuridica finirebbe per rappresentare un significativo *vulnus* alla libertà di circolazione delle persone.

La definitiva stabilizzazione delle regole di circolazione dei lavoratori sportivi nell'Unione e l'affermazione dell'illegittimità di ogni meccanismo, anche *extra ordinem*, che, seppure indirettamente, possa incidere sulla libertà dell'individuo di esercitare concretamente il proprio diritto di circolazione è stata sancita nella nota pronuncia sul caso *Bosman*, in cui la Corte¹³⁰ ha affermato come anche i sistemi di pagamento d'indennità di trasferimento di fatto possono rappresentare un'illegittima forma di limitazione all'esercizio della libertà di circolazione: “*Le norme che disciplinano i rapporti economici tra i datori di lavoro in un determinato settore di attività rientrano nella sfera di applicazione delle disposizioni comunitarie relative alla libera circolazione dei lavoratori se influiscono sulle condizioni di assunzione dei lavoratori. Ciò vale per le norme riguardanti il trasferimento di calciatori da una società calcistica all'altra, le quali, anche se disciplinano i rapporti economici tra società calcistiche, anziché i rapporti di lavoro tra società e calciatori, influiscono, attraverso l'obbligo delle società datrici di lavoro di versare indennità, quando ingaggiano calciatori provenienti da altre società, sulle possibilità degli interessati di trovare un ingaggio nonché sulle condizioni alle quali l'ingaggio è offerto*”.

Sul solco della sentenza *Bosman* si segnalano poi le pronunce sui casi *Deliège*¹³¹, *Lehtonen*¹³² e, di recente, *Bernard*¹³³, senza tralasciare poi la copiosa giurisprudenza - parallela rispetto a quella testé richiamata - sul tema del lavoro sportivo professionistico svolto da atleti extracomunitari ma legittimamente residenti in uno Stato membro, nonché il vivace perimetro (giurisprudenziale e

¹³⁰ Corte Giustizia, 15.12.1995, causa C- 415/93, *Bosman-Union Royale Belge sociétés football association Asbl*, in *Foro it.*, IV, pp. 1 ss., con note di S. BASTIANON E G. VIDIRI; *Giustizia Civile*, 1996, I, pp. 601 ss., con nota di M. ORLANDI; in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, II, pp. 209 ss., con nota di M. DI FILIPPO.

¹³¹ Corte di Giustizia, sentenza 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, in *Raccolta*, 2000, pp. 2549 ss.

¹³² Corte di Giustizia, sentenza 13 aprile 2000, causa C-176/96, in *Raccolta*, 2000, pp. 2714 ss.

¹³³ Corte di Giustizia, sentenza 16 marzo 2010, causa C-325/08, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2010, pp. 141 ss.

dottrinale) fornito dall'applicazione dell'art. 17 del FIFA *Regulations on the Status and Transfer of Players* (ex pl., *De Sanctis*¹³⁴, *Matuzalem*¹³⁵ e *Webster*¹³⁶).

Tutte queste pronunce hanno contribuito a mutare l'insostenibile *status quo* antecedente alle medesime, ben descritto dall'illustre professor Roger Blanpain, a detta del quale l'intervento del Giudice Comunitario ha determinato l'epilogo dell'epoca "*in which sportsmen, especially soccer players, were treated like cattle which can be sold and bought*"¹³⁷.

1.5.3. Sull'accesso degli extracomunitari agli impieghi pubblici.

In una recente sentenza la Corte di Cassazione ha ritenuto del tutto legittimo il rifiuto opposto da un'amministrazione provinciale ad un cittadino albanese, legalmente residente in Italia, di procedere alla sua iscrizione nelle liste di riservate ai disabili per l'accesso al lavoro pubblico, ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68¹³⁸.

A questo approdo la Suprema Corte è pervenuta affermando, per un verso, la vigenza delle norme regolamentari (D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487¹³⁹) che prescrivono il requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al pubblico impiego; per altro verso, il fondamento nell'art. 51 Cost. di tale requisito.

¹³⁴ CAS, lodo del 28 febbraio 2011, CAS 2010/A/2145/2146/2147, *Sevilla FC SAD/Morgan De Sanctis/Udinese S.p.A.*, consultabile on line all'indirizzo web www.tas-cas.org (maggio 2011).

¹³⁵ CAS, lodo del 19 maggio 2009, CAS 2008/A/1519/1520, *FC Shakhtar Donetsk/Matuzalem Francelino da Silva/Real Zaragoza SAD & FIFA*, consultabile on line all'indirizzo web www.tas-cas.org (maggio 2011).

¹³⁶ CAS, lodo del 30 gennaio 2008, CAS 2007/A/1298/1299/1300, *Wigan Athletic FC/Hearth of Midlothian/Webster*, consultabile on line all'indirizzo web www.tas-cas.org (maggio 2011).

¹³⁷ R. BLANPAIN, *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, p. 310.

¹³⁸ Cass., 13 novembre 2006, n. 24170, in *Dir. Giust.*, 2006, p. 21, con nota critica di F. DI PIETRO. Sulla medesima sentenza anche M. AGOSTINI, *Il cittadino straniero extracomunitario non può accedere all'impiego pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 302; M. GRASSO, *Gli ostacoli all'accesso degli stranieri al lavoro pubblico*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 218; S. RUSSI, *Un brusco stop della Cassazione all'accesso dell'extracomunitario al pubblico impiego*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 1100.

¹³⁹ Decreto del Presidente della Repubblica, 9 maggio 1994, n. 487, in *Gazzetta Ufficiale*, 9 agosto 1994, n.113.

Di più, si è sostenuto che la materia ha trovato compiuta disciplina nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286¹⁴⁰ (T.U. immigrati), il cui art. 23 comma 3 fa salve le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività. In altre parole, partecipando il diritto del lavoro al novero dei diritti fondamentali, esso deve essere goduto in ugual misura dal cittadino italiano, comunitario e straniero, ma allo stesso tempo può essere precisato e rimodulato dal legislatore ordinario purché in modo non arbitrario e rispettoso dei valori costituzionali.

Tale decisione ad ogni modo è stata criticata dalla prevalente giurisprudenza di merito, la quale ha opposto molteplici motivi¹⁴¹.

In primo luogo, si è osservato come le norme regolamentari che prevedevano il requisito della cittadinanza italiana o comunitaria per la partecipazione ai pubblici concorsi siano state successivamente implicitamente abrogate.

In secondo luogo, si è richiamato l'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001, il quale esclude l'assunzione in posti che implicino l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri: seppur riferito ai soli cittadini comunitari, si ritiene estensibile l'approccio anche a quelli extracomunitari, osservando come non vi sia un divieto generale di accesso degli stranieri alle pubbliche amministrazioni, ma solo funzioni, da individuare in via normativa, per le quali il requisito della cittadinanza italiana sia indispensabile.

Infine, si è citato a sostegno l'art. 14 della Convenzione OIL n. 143/75¹⁴² che dispone che *“ogni Stato membro può respingere nell'interesse dello stesso,*

¹⁴⁰ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in *Gazzetta Ufficiale*, 18 agosto 1998, n.191.

¹⁴¹ A titolo esemplificativo si veda, Corte d'appello di Firenze, 2 luglio 2002, con nota di G. MAMMONE, *L'accesso al lavoro pubblico dei cittadini stranieri fra divieti di discriminazione e restrizioni all'accesso degli extracomunitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 272; Tar Liguria, 13 aprile 2001, in *Dir. lav.*, 2002, II, p. 80. con nota di V. NOTARI, *L'accesso del cittadino extracomunitario all'impiego pubblico*. In senso contrario, Tar Toscana, 24 gennaio 2005, n. 4689, in *Foro amm.*, 2005, p. 3147.

¹⁴² *Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti*, ratificata in Italia con Legge 10 aprile 1981, n. 158 in *Suppl. Ord. alla Gazzetta Ufficiale*, 29 aprile 1981, n. 116.

l'accesso degli stranieri al pubblico impiego, ma solo con riferimento a determinate categorie di occupazioni e di funzioni?".

In questa direzione la giurisprudenza di merito appare corroborata da alcuni interventi della Corte Costituzionale che, a più riprese, ha riconosciuto agli extracomunitari regolarmente residenti in Italia una parità di trattamento rispetto ai cittadini su aspetti significativi, come il diritto di accedere al collocamento obbligatorio anche in relazione al datore di lavoro pubblico e il diritto ad ottenere l'indennità di accompagnamento per inabilità senza che rilevi il requisito del reddito stabilito per il permesso di soggiorno¹⁴³. A giustificazione dell'assunto si ribadisce che, una volta che il lavoratore straniero sia autorizzato al lavoro subordinato stabile in Italia, godendo di un permesso di soggiorno stabile a tale scopo o di altro titolo analogo, esso è posto in condizione di parità con i cittadini, sia quanto a diritti che ad obblighi. In maniera più evidente ciò si comprende in relazione al diritto all'indennità, dove una diversa soluzione andrebbe irragionevolmente ad incidere sul fondamentale diritto alla salute di cui agli artt. 2, 3, 32 e 38 Cost.

Secondo la Corte di legittimità, dunque, è senz'altro consentito al legislatore dettare norme, non irragionevoli, che regolino l'ingresso e la permanenza in Italia di extracomunitari, ma una volta che il diritto a soggiornare non sia in discussione, non li si possono discriminare, stabilendo verso di essi particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona.

Invero, occorre all'uopo rilevare che lo straniero è anche titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce alla persona in quanto tale. Tra di essi, quello al lavoro (art. 4 Cost.) ha trovato espressa sottolineatura nella sentenza della Corte n. 432/2005¹⁴⁴ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una

¹⁴³ Corte Costituzionale, 30 dicembre 1998, n. 454, in *Dir. lav.*, 1999, II, p. 178, nonché in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 277, con nota di A. GUARISO, *Sul principio di parità di trattamento tra lavoratori italiani ed extracomunitari*. Corte Costituzionale, 30 luglio 2008, n. 306, in *Giur. Cost.*, 2008, pp. 3324 ss. con nota di: A.M. BATTISTI.

¹⁴⁴ Corte Costituzionale, 2 dicembre 2005, n. 432 in *Diritto e Giustizia*, 2006, fasc. 4, pp. 92 ss. con nota di T. GROPPi; in *Giur. cost.*, 2005, pp. 4657 ss. con note di F. RIMOLI e M. GNES.

legge della regione Lombardia che riservava il trasporto gratuito ai soli disabili italiani.

La Corte ha ribadito anche qui che *“la regolamentazione dell’ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica in tema di immigrazione e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un’ampia discrezionalità, limitata dal vincolo costituzionale che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli”*. Di più, tale conclusione non cambia ove si consideri il collocamento obbligatorio *“una forma di protezione speciale di categorie svantaggiate di cittadini”*, da ricondurre, quindi, al diritto che gli inabili e i minorati hanno, ai sensi dell’art. 38, co. 3, Cost., all’avviamento professionale, e che non può non spettare anche a quelli stranieri aventi titolo ad accedere al lavoro subordinato nel territorio dello Stato.

Non priva di significato in proposito è la circolare del Ministero del lavoro del 2 febbraio 1999, n. 11¹⁴⁵ la quale ha invitato gli uffici periferici ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Costituzionale, accogliendo le istanze degli extracomunitari dirette all’iscrizione nelle liste di collocamento¹⁴⁶.

L’indirizzo delineato dalla Corte Costituzionale ha ulteriormente sensibilizzato la giurisprudenza di merito sulla convinzione che il principio di parità di trattamento di cui all’art. 2 d.lgs. n. 286/98¹⁴⁷ comporti il riconoscimento della natura discriminatoria dell’esclusione da un concorso per mancanza della cittadinanza italiana dello straniero in possesso di regolare permesso di soggiorno¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Il cui testo è reperibile sul sito internet www.handylex.org.

¹⁴⁶ Si rinvia a www.minlavoro.it. Ad ogni modo, il fatto che ormai si proceda verso la totale equiparazione è confermato dall’eliminazione, ad opera del d.lgs. 286/98, delle apposite liste di collocamento destinate agli extracomunitari regolari.

¹⁴⁷ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in *Gazzetta Ufficiale*, 18 agosto 1998, n.191.

¹⁴⁸ Tribunale Perugia, 29 settembre 2006, in *Arg. Dir. lav.*, 2007, pp. 207 ss., con nota di A. MONATANARI, nonché in *Lav. giur.*, 2007, pp. 656 ss., con nota di E. SIGNORINI.

Una soluzione del genere, del resto, è in linea con la logica della privatizzazione del lavoro pubblico rispetto alla quale l'esclusione dei lavoratori extracomunitari dall'impiego pubblico costituisce l'eccezione alla regola della piena equiparazione e come tale risulta legittima soltanto per la copertura di posti che, per espressa previsione, sono riservati in via esclusiva ai cittadini italiani.

Ne discende, dunque, una tendenziale equiparazione tra lavoratore extracomunitario regolare e quello cittadino di uno Stato membro, entrambi accomunati dall'impossibilità di accedere a quelle posizioni che, implicando l'esercizio di particolari poteri dello Stato, esigono un particolare collegamento col requisito della cittadinanza. Il che, non esclude discipline differenziate tra le due categorie di lavoratori, sia in presenza di esigenze di flussi o di carenze di mercato del lavoro riferite a particolari professionalità, sia per corrispondere al criterio di *priorità comunitaria*¹⁴⁹ che ispira il regolamento CEE del 15 ottobre 1968, n. 1612 e successive modificazioni, che potrebbe giustificare tutele preferenziali a favore dei cittadini comunitari.

Quindi la regola che tende a configurare la cittadinanza quale condizione preclusiva soltanto se espressamente formulata, non solo costituisce diretta conseguenza della parità di trattamento e della piena uguaglianza di diritti riconosciuti ai lavoratori stranieri rispetto ai lavoratori italiani, proclamata dalla citata Convenzione OIL, ma risente anche del principio di libera circolazione dei lavoratori enunciato dall'odierno art. 45 T.F.U.E. come diritto fondamentale dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, rispetto al quale l'eccezione degli impieghi nella pubblica amministrazione va intesa in senso affatto restrittivo, comprensivo solo delle attività che implicano la partecipazione ai pubblici poteri.

Anche l'argomento enunciato dalla sentenza n. 24170 del 2006 della Cassazione¹⁵⁰ sulla base dell'art. 51 Cost., non sembra decisivo a sostegno della decisione adottata. La tesi secondo cui la presenza dei soli cittadini all'interno del

¹⁴⁹ Corsivo dello scrivente.

¹⁵⁰ Cass., 13 novembre 2006, n. 24170, cit.

pubblico impiego consente un miglior perseguimento dei fini pubblici contrasta con la sua *ratio* e con la sua esperienza applicativa, oltre ad essere datata, si pone in controtendenza rispetto al processo di privatizzazione del relativo regime contrattuale dei pubblici impiegati, per i quali la qualità di cittadino non costituisce garanzia di fedeltà e professionalità maggiore di quella assicurata dal rispetto dei doveri incombenti su qualsiasi dipendente privato in base al codice civile.

In conclusione, è senz'altro vero che l'abolizione del generale divieto di accesso del pubblico impiego per i cittadini comunitari ed il contestuale mantenimento della preclusione per determinate funzioni, trovano origine nell'esigenza di armonizzare pari opportunità di impiego nei diversi Paesi dell'Unione; infatti, a fronte delle diverse tradizioni di ciascun Stato membro in materia di intervento statale nella prestazione dei servizi e più in generale dell'economia, è stato necessario distinguere tra funzioni ontologicamente statali ed attività che, invece, possono essere svolte da privati su un piano di parità e di concorrenza con i privati.

Ne consegue che, in assenza di espresse previsioni limitative, non dovrebbe avere fondamento una distinzione tra comunitari e cittadini di Paesi terzi sotto il profilo dell'accesso al pubblico impiego, atteso che la garanzia di pari trattamento ed opportunità nell'accesso dell'occupazione è definita in modo identico per entrambi, con l'unico limite dell'esercizio di funzioni irrinunciabilmente statali.

1.5.4. Compatibilità del Monopolio statale sul collocamento.

Un altro limite alla libertà di circolazione potrebbe derivare dalla disciplina nazionale che regola il collocamento, ove tale disciplina, o il suo funzionamento in concreto, possa determinare intralcio all'instaurazione di rapporti di lavoro¹⁵¹.

Il problema fu sollevato dal Tribunale di Milano¹⁵², il quale, chiese alla Corte di Giustizia di sapere se le norme italiane sul collocamento, atteso il loro carattere

¹⁵¹ R. FOGLIA- R. COSIO, *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Milano, 2011, p. 173.

¹⁵² Trib. Milano, ordinanza 31 marzo 1994 che trae origine da un ricorso in materia di omologazione dell'atto costitutivo di una società cooperativa; omologazione non concessa in

pubblicistico, fossero riconducibili all'esercizio di pubblici poteri e se le norme comunitarie in materia di libera circolazione dei lavoratori fossero di diretta applicazione, cioè tali da consentire ad ogni soggetto di svolgere, al di fuori di ogni controllo o autorizzazione, attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro, nel caso in cui lo Stato membro non fosse in grado di provvedervi col suo apparato amministrativo.

Sulla questione la Corte aveva avuto già occasione di pronunciarsi, con sentenza del 23 aprile 1991¹⁵³, che, con riferimento ad una società tedesca specializzata nella ricerca e selezione personale direttivo di aziende, aveva negato la possibilità per uno Stato membro di invocare il monopolio del collocamento quando esso non sia in grado di gestire efficacemente uno specifico settore del mercato del lavoro. Da tale affermazione si è tratto l'avviso che la Corte di Giustizia tratta il collocamento alla stregua di una normale attività economica, modificandone, così, radicalmente la natura giuridica. In sostanza, secondo tale pronuncia, nessuno Stato membro avrebbe potuto più considerare in futuro il collocamento di un compito riservato a strutture pubbliche, sicché la strada verso forme di intermediazione gestite da privati era non solo ormai aperta, ma addirittura garantita dagli artt. 82 e 86 del Trattato CE¹⁵⁴.

La Corte di Giustizia, per ragioni prettamente processuali, non ritenne di assecondare le richieste del Tribunale di Milano, ma la tematica mise comunque in moto un ampio dibattito sul tema del collocamento come funzione pubblica e, più in particolare, sulla compatibilità del monopolio statale del collocamento

quanto l'attività della società, avendo ad oggetto anche l'esercizio della mediazione tra domanda e offerta di lavoro e fornitura temporanea a terzi di prestazioni di lavoro, incorreva nei divieti di cui agli artt. 11 e 1, rispettivamente, delle l. n. 264/1949 e 1369/1960. Per un commento all'ordinanza, A. D'HARMANT-FRANCOIS, in *Dir. lav.*, 1994, II, pp. 109 ss.; la stessa sentenza si trova anche in *Foro it.* 1994, I, p. 2886, con nota di G. MELADÒ. Si veda altresì P. ICHINO, *Collocamento e lavoro interinale, la legge italiana al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, III, p. 113; F. CAPELLI, *Il monopolio statale dei servizi di collocamento alla luce del diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, pp. 23 ss.

¹⁵³ Corte di giustizia, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Eiser v. Macroton*, in *Riv. dir. eu.*, 1992, pp. 67ss., con nota di A. D'HARMANT-FRANCOIS e in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pp. 1329 ss., con nota di A.R. TASSONE.

¹⁵⁴ Oggi artt. 102 e 106 del T.F.U.E.

rispetto al diritto comunitario¹⁵⁵, che, negli ultimi anni è stato oggetto di una progressiva liberalizzazione, anche sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento internazionale del lavoro¹⁵⁶.

Successivamente, la Corte di Giustizia è tornata sull'argomento nella causa *Job Centre*¹⁵⁷, nella quale l'assimilazione degli uffici di collocamento alle imprese costituisce certamente la più vistosa affermazione, fatta non tanto in considerazione della natura economica dell'attività in questione, bensì del contesto di concorrenza comunitaria in cui si inserisce, anche laddove in essa sia assente qualsiasi fine di lucro¹⁵⁸.

In sostanza la Corte di Giustizia ha preferito una valutazione quantitativa piuttosto che qualitativa della funzione di collocamento, soffermando la sua attenzione sulle difficoltà nascenti dall'inefficienza di fatto del monopolio pubblico del collocamento. Ma nel fare ciò, la Corte sembra avere espresso un giudizio di incompatibilità della normativa in questione, rispetto ai principi comunitari, condizionata all'inefficienza, da verificare in concreto, del sistema pubblico di collocamento, il che apre le porte al delicato problema circa i limiti e le modalità con cui il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la norma interna basata appunto sulla legittimità di quel sistema¹⁵⁹.

Può sorprendere, invero, che nella decisione in esame non venga toccato il problema della libertà di circolazione dei lavoratori, che pure costituiva uno dei

¹⁵⁵ M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, pp. 110 ss.

¹⁵⁶ Per esempio, il IV Rapporto predisposto dal *Bureau International du Travail* propone una revisione delle Convenzioni OIL nn. 88 e 96 (concernenti i servizi all'impiego e gli uffici di collocamento a pagamento) ed è stato oggetto di esame nel corso della Conferenza Internazionale del lavoro del giugno 1994. Esso è stato pubblicato in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, III, p. 183.

¹⁵⁷ Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 1997, causa C- 55/96, pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, pp. 22 ss., con nota di P. ICHINO, nonché in *Arg. Dir. lav.*, 1998, pp. 626 ss. e in *Dir. lav.*, 1998, II, pp. 93 ss., con nota di E. ALES.

¹⁵⁸ L. SCUDIERO, *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1994, IV, pp. 113ss., il quale lamenta come la Corte abbia dato una interpretazione estensiva di impresa, senza considerarne le implicazioni conseguenti. In argomento anche V. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. com.*, 1993, I, p. 294.

¹⁵⁹ In questi termini, E. ALES, *Macroton II: la Corte di Giustizia abroga il monopolio pubblico del collocamento?*, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 107.

profili denunciati nelle ordinanze dei giudici rimettenti. La Corte ha liquidato la questione con una motivazione sbrigativa, ossia negando nel caso in esame il rilievo dell'art. 45 T.F.U.E., essendo in discussione non la posizione di un gruppo di lavoratori subordinati di cui sia resa difficile la circolazione nel territorio, ma semplicemente il diritto di una società cooperativa di svolgere l'attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro, per nulla incidendo, fra l'altro la presenza di lavoratori nel novero dei soci fondatori. Ma nulla ha detto la Corte in ordine alla funzione sociale che un'attività centralizzata o, comunque, controllata, di collocamento può assolvere al fine di un equilibrato governo del mercato del lavoro.

1.6. La circolazione dei lavoratori extracomunitari.

Al fine di poter usufruire della libertà di circolazione è necessario avere il possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri dell'Unione. Essa si acquista mediante i diversi principi fissati da ciascun paese, vista l'assenza di un sistema armonico europeo che stabilisca un'unica modalità di determinazione della cittadinanza¹⁶⁰.

Ne deriva che i cittadini extracomunitari non sono ritenuti titolari di un diritto di soggiorno, ma la circolazione di questi ultimi sarebbe loro garantita dalla previsione di alcuni accordi di associazione che regolano, dettando norme più favorevoli di quelle previste negli ordinamenti degli Stati membri per la generalità di stranieri, il trattamento e le condizioni di soggiorno dei cittadini dei paesi associati. Tale condizione trae origine dal fatto che il Trattato istitutivo della Comunità economica europea non stabiliva una previsione normativa in tema di circolazione dei cittadini di Stati terzi.

Nel febbraio 1986, con l'Atto unico europeo¹⁶¹, si sono cominciate ad estendere le

¹⁶⁰ Corte di Giustizia 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Kunquian Zhu e Man Lavette Chen-Secretary of State for the Home Department*, in *Raccolta*, 2004, pp. 9951 ss.

¹⁶¹ Atto Unico Europeo, firmato in Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e all' Aia (Paesi Bassi) il 28 febbraio dello stesso anno, in *Gazzetta*, L. 169/1 del 29 giugno 1987.

maglie interpretative del principio della libera circolazione delle persone in favore di tutti gli individui presenti nel territorio dell'Unione, e ciò quindi, indipendentemente dalla nazionalità¹⁶².

Il Consiglio e la Commissione europea, alla luce dell'estensione dei principi che si stavano affermando e sulla base dell'art. 94 (ora art. 115 T.F.U.E.), hanno dato vita ad un'azione rivolta allo studio del trattamento dei lavoratori provenienti da paesi terzi¹⁶³.

Nello specifico al Consiglio è stato attribuito il potere di stabilire quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri¹⁶⁴. La politica comunitaria in tale materia, se da un lato era rivolta alla creazione di uno spazio senza frontiere all'interno del territorio europeo, dall'altro lato, però, si trovava dinnanzi alle preoccupazioni degli Stati membri che si vedevano costretti, al fine di poter garantire l'esecuzione di questo progetto, a cedere quote di sovranità.

L'Accordo di Schengen, definito anche “Fortezza di Schengen”, sicuramente è servito a consentire la libera circolazione delle persone senza turbamenti, e ciò mediante l'eliminazione dei controlli alle frontiere esterne e attraverso l'elaborazione di una disciplina unitaria in materia di visti d'ingresso, ma, nonostante questo, bisogna sottolineare che tali innovazioni sono rimaste ben distanti dall'introduzione di una disciplina comunitaria in materia di circolazione dei lavoratori extracomunitari.

¹⁶² Decisione 8.7.1985, n. 381/85/CEE. Sul punto si veda S. NAPPI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in F. CARINCI – A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., p. 280.

¹⁶³ Corte di giustizia, sentenza 9 luglio 1987, cause C-281/85, C-283/85, C-285/85 e C-287/85 in *Raccolta*, 1987, pp. 3245 ss.

¹⁶⁴ Art. 100 Trattato istitutivo. Il Consiglio con regolamento 25 settembre 1995 n. 2317 (in *Gazzetta*, 3 ottobre 1995 n. L. 234) ha provveduto a determinare l'elenco dei paesi terzi i cui i cittadini devono munirsi del visto d'ingresso; tale regolamento è stato però annullato dalla Corte di giustizia con sentenza 10 giugno 1997, resa nella causa C-392/95, *Parlamento c. Consiglio*, perché' il Consiglio, avendo introdotto delle modifiche rilevanti alla proposta dell'atto, non aveva provveduto a riconsultare il Parlamento europeo. La Corte ha stabilito che gli effetti del regolamento restino operanti fino a quando il Consiglio non abbia adottato una nuova normativa (di tale normativa però non è stata neppure presentata la proposta).

Si può quindi affermare che solo con il Trattato di Maastricht, e più precisamente con l'introduzione del Titolo VI denominato “*Disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni*”, gli Stati membri hanno introdotto il modello della c.d. cooperazione intergovernativa delle politiche migratorie nell’assetto istituzionale della disciplina comunitaria¹⁶⁵.

Innovazioni significative sono poi intervenute con il Trattato di Amsterdam: infatti, con esso, veniva adottato il nuovo Titolo IV del Trattato CE denominato “*Visti asilo immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone*”. Detto titolo consentiva di adottare misure, in tema di immigrazione da paesi terzi, direttamente funzionali e collegate alla realizzazione della libera circolazione¹⁶⁶, ma anche politiche più specificatamente rivolte all'immigrazione e aventi ad oggetto le condizioni di ingresso e di soggiorno, le procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare¹⁶⁷.

Il Trattato di Amsterdam è stato modificato, per quanto concerne le questioni in tema di asilo e di immigrazione, nel 2001 dal Trattato di Nizza, il quale ha esteso gli ambiti di applicazione della procedura di codecisione, così consentendo l’adozione di provvedimenti a maggioranza qualificata (ex art. 251 TCE, ora art. 294 T.F.U.E.) anche in materia di asilo, di circolazione dei cittadini dei paesi terzi, immigrazione e soggiorno irregolare. I frutti di tale impostazione giuridica si sono potuti ravvisare nel lavoro di proposta da parte della Commissione di una serie di interventi lungo le linee prospettiche indicate nel Consiglio di Tampere¹⁶⁸ di cui può essere sufficiente ricordare le due direttive relative rispettivamente

¹⁶⁵ Sul punto si veda M. MISSORICI, C. ROMANO, *Libertà di circolazione e soggiorno: i cittadini degli Stati terzi tra cittadinanza europea e politica delle migrazioni*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, pp. 71 e ss.

¹⁶⁶ Art. 73i, lett. A (art. 61 nel testo consolidato dal Trattato istitutivo).

¹⁶⁷ Si veda in proposito quanto precedentemente esposto al paragrafo 1.4.4. del presente capitolo. Per completezza è necessario ricordare che un Protocollo allegato al Trattato, precisava che le disposizioni contenute nel Titolo III bis non vincolavano Regno Unito, Irlanda e Danimarca.

¹⁶⁸ Consiglio Europeo di Tampere (*Tammerfors* in svedese) del 15 e 16 ottobre 1999 “*sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione europea*” Cfr. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm.

all'affermazione del principio di parità di trattamento delle persone indipendentemente dalla razza e origine etnica (dir. 2000/43/CE¹⁶⁹) e alla predisposizione di un quadro generale per la parità di trattamento dell'impegno e dell'occupazione¹⁷⁰.

Tuttavia se nel campo di cui si è appena detto gli interventi possono dirsi più che soddisfacenti, altrettanto non si può affermare in relazione alla più circostanziata materia inerente le condizioni di ammissione e soggiorno dei cittadini dei paesi terzi¹⁷¹.

Recentemente l'*acquis* di Schengen è stato modificato a seguito dell'adozione del c.d. *Codice Frontiere Schengen* di cui al regolamento 562/2006¹⁷². Pertanto i requisiti per l'attraversamento delle frontiere, sono ora i seguenti (art. 5.1): a) *essere in possesso di uno o più documenti di viaggio validi che consentano di attraversare la frontiera*; b) *essere in possesso di un visto valido*¹⁷³, *se richiesto a norma del regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio, del 15 marzo 2001, che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, salvo che si sia in possesso di un permesso di soggiorno valido*; c) *giustificare lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto e disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno nel paese di origine o per il transito verso un paese*

¹⁶⁹ Direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in *Gazzetta*, L 180/22 del 19 giugno 2000, pp. 22 ss.

¹⁷⁰ Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro in *Gazzetta*, L 303 del 2 febbraio 2000 pp. 16 ss.

¹⁷¹ Sul punto infatti si è registrata solamente una Proposta di direttiva che tuttavia non ha avuto seguito. Secondo S. TOZZOLI, *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Torino, 2005, p. 94 le considerazioni svolte nella detta proposta sono oramai da considerarsi "lettera morta".

¹⁷² Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (*codice frontiere Schengen*) in *Gazzetta*, L 105 del 13 aprile 2006, pp. 1 ss.

¹⁷³ Ma un tanto solamente se richiesto a norma del regolamento CE n. 539/2001 del 15 marzo 2001 che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, in *Gazzetta*, L. 81/1 del 21 marzo 2001.

terzo nel quale l'ammissione è garantita, ovvero essere in grado di ottenere legalmente detti mezzi; d) non essere segnalato nel SIS¹⁷⁴ ai fini della non ammissione; e) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri, in particolare non essere oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione nelle banche dati nazionali degli Stati membri per gli stessi motivi¹⁷⁵.

Il Trattato di Lisbona, firmato il 3 dicembre 2007 ed entrato in vigore nel 2009, in materia di immigrazione, ha infine sottolineato il dovere di garantire l'assenza di controlli sulle persone all'atto di attraversamento dei confini interni, a prescindere dalla nazionalità, così ribadendo i concetti in materia di sviluppo di una politica comune per quanto riguarda il diritto di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea.

Bisogna tuttavia precisare che la realizzazione di questi principi non è stata ancora attuata e che gli Stati membri rimangono titolari della possibilità di adottare misure temporanee e restrittive, previa autorizzazione da parte del Consiglio, al fine di fronteggiare situazione di emergenza dovute ad un improvviso afflusso di cittadini di paesi terzi (art. 78, n. 3, T.F.U.E) e della libertà di determinare il volume degli ingressi per motivi di lavoro (art. 79, n. 6, T.F.U.E.).

2. IL DIRITTO DI STABILIMENTO E LA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI.

2.1. Il diritto di stabilimento.

Il diritto di stabilirsi in uno stato diverso da quello di origine è sancito dagli articoli 43-48 e 294 CE (in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona divenuti artt. 49-55 TFUE).

¹⁷⁴ SIS, *Sistema d'Informazione Schengen*, è la più grande banca dati dell'Unione Europea in materia di mantenimento della sicurezza pubblica, di sostegno alla cooperazione giudiziaria e di polizia e di gestione dei controlli alle frontiere esterne (Cfr. <http://www.consilium.europa.eu>).

¹⁷⁵ L'allegato I al *Codice Frontiere Schengen* comprende un elenco non esauriente dei giustificativi che le guardie di frontiera possono chiedere ai cittadini di paesi terzi al fine di verificare il rispetto delle condizioni previste dall'art. 5.1. Sono poi previste delle deroghe a quanto statuito dall'art. 5.1 ad esempio per ingressi dovuti a "motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali" (art. 5.4 lett. c).

Elemento di differenziazione del diritto di stabilimento dalle libertà di circolazione dei lavoratori e dalla libertà di prestare servizi è anzitutto il titolare della posizione giuridica attiva, che nella libertà di stabilimento è qualunque soggetto esercitante un'attività di lavoro non subordinata con carattere stabile e continuativo. Emerge così chiara la differenza con la libera circolazione dei lavoratori, diritto proprio dei soli lavoratori subordinati, e con la libera prestazione di servizi, con la quale il diritto di stabilimento condivide soltanto l'autonomia della prestazione lavorativa, divergendo invece per il carattere della stabilità¹⁷⁶.

L'insieme di queste caratteristiche si riflette nel vocabolo scelto dal legislatore comunitario, il quale, per evitare ogni possibile fraintendimento, anche in fase di traduzione, del vocabolo “persona”, che soltanto tramite adeguata specificazione avrebbe potuto ricomprendere sia le persone fisiche che quelle giuridiche, ha adottato la soluzione etimologicamente più appropriata di utilizzare l'espressione “soggetto”.

Nonostante la scelta, dal punto di vista giuridico-formale, possa essere considerata apprezzabile, di primo acchito sembrerebbe necessitare di alcune precisazioni: non è infatti chiaro se la scelta sia, come appena spiegato, un diretto portato delle esigenze di sintesi linguistica necessarie per garantire l'uniformità di interpretazione in tutti i paesi aderenti al Trattato, o se la libertà di stabilimento delle persone giuridiche sia possibile in quanto necessaria conseguenza della libertà di stabilimento delle persone fisiche¹⁷⁷.

¹⁷⁶ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 531

¹⁷⁷ Opinione iniziale in dottrina specificava che il diritto di stabilimento è un principio comunitario che assume valenza autonoma tanto e in quanto possa essere coniugato con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, la cui logica conseguenza è il principio di pari trattamento tra i soggetti nazionali e gli stabiliti cittadini di un altro Stato. Questa opinione va disattesa. È ben vero che i due principi si compenetrano l'un l'altro, ma il diritto di costituire più centri di attività sul territorio dell'Unione prevale sulla parità di trattamento nei casi in cui la normativa nazionale prescriva l'unicità della sede. Se così non fosse, vi sarebbe uno sbilanciamento degli effetti restrittivi, perché lo Stato potrebbe imporre ai propri cittadini di dover rinunciare alla propria professione qualora essi manifestassero l'intenzione di stabilirsi in un altro Stato ponente eguali limitazioni. Per approfondire il problema vedasi G. ARRIGO *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 1998, vol. I, pp. 272 ss.

Prescindendo dal risolvere problemi filosofici probabilmente ultranei, nei quali l'aspetto teorico non può prevalere sulle esigenze socio-economiche, specialmente se si considera che la disciplina «non investe la persona in quanto tale, ma in quanto soggetto che esercita un'attività economicamente rilevante»¹⁷⁸, è possibile procedere alla sommaria analisi della libertà di stabilimento, precisando in un secondo momento i caratteri distintivi delle due espressioni nelle quali muta l'unica figura.

Sempre sotto un profilo generale, quanto allo stabilimento personale, la nozione di “stabilimento” è intesa in senso più ristretto rispetto all'accezione tradizionale, comprendendo l'esclusivo stabilimento professionale qualificato.

Dell'opportunità di esercitare attività non salariate all'interno di paesi europei diversi da quello di residenza, beneficiano le persone fisiche aventi la nazionalità di uno Stato membro¹⁷⁹. La regola è conosciuta col nome di “trattamento nazionale”¹⁸⁰. Gli scopi del diritto di stabilimento e del trattamento nazionale

¹⁷⁸ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 531.

¹⁷⁹ I criteri di attribuzione della nazionalità di uno Stato membro sono rimessi alla libera scelta dello Stato stesso; ciò per il motivo che, altrimenti, la cittadinanza legittimamente attribuita da uno Stato potrebbe essere esclusa da un atto d'imperio di un diverso Stato, adottante dei criteri o delle condizioni maggiormente restrittive, così facendo venir meno il principio supremo secondo il quale posizioni giuridiche soggettive tutelate dall'Unione europea e dei singoli Stati membri vanno egualmente tutelate in ogni Stato membro. In sintesi, elemento fondamentale oggetto di tutela e di uniforme applicazione non è tanto la procedura di attribuzione di un diritto, quanto l'esistenza del diritto stesso. Altro problema, è quello delle c.d. «discriminazioni a rovescio». Trattasi di situazioni nelle quali un cittadino di uno Stato membro, dopo aver conseguito un titolo in uno Stato estero avvalendosi del diritto di stabilimento, lo utilizzi nel proprio paese d'origine.

¹⁸⁰ La regola del trattamento nazionale è la regola attorno alla quale ruota tutta la disciplina del diritto allo stabilimento. Il recepimento del principio nell'art.49 e la sua successiva enucleazione si pongono come ostacolo alle discriminazioni in senso oggettivo, così garantendo equità nel trattamento a riservato a tutti i cittadini e alle società degli Stati membri. Per quanto di larga portata e di notevole spessore, il principio in esame avrebbe rischiato di restare mero flatus vocis se il Trattato CE non avesse espressamente previsto l'adozione di direttive volte a coordinare le disposizioni nazionali relative all'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio (art.47 n.2 CE) e la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento esistenti all'interno della Comunità, sulla corretta applicazione delle quali avrebbero dovuto vigilare le autorità nazionali. In definitiva, qualunque misura che colpisca uno straniero in quanto tale, finalizzata ad ostacolare la realizzazione del principio di libertà di stabilimento, anche in mancanza di direttive dettagliate, deve essere considerata illegittima e di conseguenza eliminata. Il principio appena espresso è stato esteso a tal punto da portare a dubitare, taluni, che fosse superata pure la regola del trattamento

devono essere perseguiti in ciascuno Stato membro, non potendo questi giustificarsi lamentando la mancata adozione di direttive comunitarie *ad hoc*¹⁸¹. La normativa comunitaria, infatti, ha l'esclusivo scopo di facilitare l'esercizio effettivo della libertà di stabilimento, mentre l'eliminazione degli ostacoli restano un obbligo degli Stati membri non bisognoso di alcuna specifica normativa¹⁸².

Per le società, anche per l'ampiezza della nozione, ai sensi dell'art.54 comma 2 TFUE «le società di diritto civile e diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico e privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro», la questione è lievemente più complessa¹⁸³.

Dell'opportunità di costituire e gestire un'impresa o intraprendere una qualsiasi attività economica in un paese della Comunità Europea, tramite l'apertura di agenzie, filiali e succursali, beneficiano le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.

Vengono dunque elencati tre criteri:

- la società dev'essere costituita conformemente alla legislazione di uno stato membro. La conformità dipende dalla modalità di identificazione

nazionale: si è voluto evitare «che una misura nazionale, pur non prefigurando un trattamento diverso per i cittadini o le società degli altri Stati membri, crei comunque per essi una situazione di fatto sfavorevole». *Pfeiffer Grosshandel*, C-255/97, sent. 11 maggio 1999, in *Raccolta*, p. I-2835, punto 19.

¹⁸¹ Sul punto, G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, cit., pp. 275 ss.

¹⁸² *Ibidem*, p. 277.

¹⁸³ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 532.

della società secondo il criterio della sede legale¹⁸⁴ o il criterio dell'incorporazione¹⁸⁵;

- La società deve avere sede sociale, amministrazione centrale o centro di attività principale all'interno della CE;
- la società deve essere a scopo di lucro.

Quanto alle limitazioni espressamente previste dell'applicazione della libertà di stabilimento, si sottolineano due eccezioni, la prima delle quali è analoga a quanto già detto in materia di libera circolazione dei lavoratori: anche in materia di stabilimento sono possibili delle deroghe, espressamente sancite dall'art. 52 TFUE, in base alle quali gli Stati membri sono autorizzati ad applicare le disposizioni nazionali che fissano un regime particolare per gli stranieri, purché siano giustificate da motivi di ordine pubblico, sicurezza e sanità pubblica. La seconda, invece, è propria e riguarda le attività che, nello Stato ospite, partecipino, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri (art. 51 TFUE)¹⁸⁶.

Come già accennato, il divieto di discriminare un imprenditore in base alla nazionalità si scinde nelle due figure della libertà di stabilimento a titolo primario (o "principale") e a titolo secondario.

¹⁸⁴ Nei paesi che applicano il criterio della sede legale, come l'Italia, la Germania, la Francia o l'Austria, la società viene identificata in base al luogo in cui ha la propria sede amministrativa o la sede principale dell'attività svolta. Queste società non possono beneficiare della libertà di stabilimento primaria, perché se spostassero la loro sede, non sarebbero più validamente costituite per il paese d'origine e quindi mancherebbe uno dei presupposti dati dall'art 48.

¹⁸⁵ Nei paesi che applicano il criterio dell'incorporazione, come la Gran Bretagna, l'Irlanda, l'Italia, i Paesi Bassi e la Danimarca, la società viene identificata in base al luogo in cui è iscritta nel registro delle imprese. Queste società possono, ai sensi dell'art. 48 TCE, spostare la propria sede legale o amministrativa in un altro paese della CE.

¹⁸⁶ L'esempio più eclatante è certamente l'esercizio della professione di avvocato, sul cui carattere pubblico si è a lungo discusso. Un'altra figura dai connotati pubblicistici assai dubbi, è stata quella degli insegnanti. Per fare chiarezza sulle problematiche emerse in ambedue i casi, negli anni settanta e ottanta del secolo scorso, è intervenuta la Corte, tra le cui sentenze si segnalano: *Reyners*, 2/74, sentenza 21 giugno 1974, in *Raccolta*, 1974, p. 631, punti 43-45 e *Commissione c. Grecia*, 147/86, sent. 15 marzo 1988, in *Raccolta*, 1988, p.1637. Sul problema, per una disamina maggiormente dettagliata, inoltre, vedasi G. TESAURO, *op. ult. cit.*, 534.

2.1.1. La libertà di stabilimento a titolo principale.

La prima (art. 49 comma 2 TFUE) riguarda l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e società e si concretizza nell'esercitare un'attività economicamente rilevante in uno Stato membro diverso da quello di origine. La seconda (art. 49 comma 1 TFUE) riguarda l'apertura di agenzie, succursali, filiali da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro, interessando pertanto l'apertura di centri di attività in uno Stato membro diverso da quello di origine aventi rilievo secondario.

Tanto lo stabilimento a titolo principale quanto quello secondario riguardano sia le persone fisiche che quelle giuridiche. Quanto alla libertà di stabilimento a titolo principale per le persone fisiche, non vengono sollevati problemi diversi da quelli poc'anzi accennati: qualunque soggetto esercitante un'attività economica può creare o trasferire un centro di attività stabile in qualunque altro Paese dell'Unione. La situazione si va complicando quando si tratta delle persone giuridiche. Come è stato appena detto per le persone fisiche, anche le persone giuridiche possono creare o trasferire una società in un Paese diverso. In questi casi il problema è dato dalla disomogeneità delle discipline dei vari ordinamenti quanto alla definizione delle varie strutture societarie. Già da questo appunto si può ben comprendere come ben pochi problemi suscitati la prima ipotesi: la nuova costituzione. Basterà infatti adottare la struttura societaria della neonata azienda stabilita dalle norme dell'ordinamento in cui verrà aperta la sede principale.

Di ben diversa portata è, invece, il problema riguardante il trasferimento della sede sociale¹⁸⁷. Il problema è ancora irrisolto, non potendo l'Unione ingerirsi in

¹⁸⁷ Come viene esaustivamente spiegato dalla migliore letteratura giuridica, «negli Stati membri in cui è proprio il criterio della sede sociale effettiva a determinare la nazionalità della società, il trasferimento di detta sede in un altro Stato membro può risultare incompatibile con il mantenimento della personalità giuridica di cui gode la società ai sensi dell'ordinamento giuridico dello Stato membro di costituzione. Un siffatto trattamento può richiedere, infatti, il previo scioglimento della società, con tutte le conseguenze che ne derivano sotto il profilo del diritto societario. In questo caso è evidente che l'esercizio della libertà di stabilimento a titolo principale finisce per essere puramente teorico». G. TESAURO, *op. ult. cit.*, 536. Sull'argomento, si

modo così profondo negli ordinamenti degli Stati membri, che dovrebbero dunque adoperarsi autonomamente per adottare le adeguate iniziative necessarie a risolvere lo stagnante problema¹⁸⁸. Come sostiene la letteratura giuridica italiana più autorevole diffusa, «*allo stato attuale del diritto dell'Unione europea, un Paese membro dispone della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento riconosciuto dal Trattato, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in questione, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora*

segnala inoltre: R. TORINO, *Diritto di stabilimento delle società e trasferimento transnazionale della sede*, in *Aspetti d'interesse notarile nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2012, pp. 154 ss.

¹⁸⁸ La Commissione, prendendo atto dell'impossibilità di giungere a una soluzione delegando prese d'iniziativa agli Stati membri, ha recentemente adottato un piano d'azione volto a modernizzare il diritto comunitario in materia societaria e di "corporate governance", delineando le iniziative che saranno poste in essere nei prossimi mesi. Tra queste figure l'istituzione di un codice unico comunitario, che includerà le principali direttive in materia di diritto societario e altri elementi ritenuti essenziali per facilitare l'accesso al diritto societario comunitario: a) incrementare il livello di trasparenza tra le imprese e i loro azionisti, al fine di migliorare la gestione societaria (migliorando la trasparenza delle politiche interne di gestione del rischio; fornendo una migliore identificazione degli azionisti da parte degli emittenti; rafforzando le regole di trasparenza per gli investitori istituzionali, con particolare riguardo alle relative politiche di voto). b) promuovere iniziative finalizzate a incoraggiare e facilitare un'assunzione di impegni a lungo termine da parte degli azionisti, attraverso: una maggiore trasparenza sulle politiche retributive degli amministratori; un maggior controllo da parte degli azionisti sulle operazioni con le parti correlate; la creazione di regole operative per l'attribuzione di incarichi consulenziali, con particolare attenzione alla gestione dei conflitti di interesse; un maggior coinvolgimento dei soci sui temi di "governance"; valutazioni sull'opportunità di incoraggiare la diffusione azionaria tra i dipendenti. c) proporre iniziative nell'ambito del diritto societario a sostegno delle imprese europee, nella direzione di favorirne la crescita e la competitività. Tra queste, ciò che interessa in questa sede: l'attivazione di ulteriori indagini sulla disciplina dei trasferimenti di sede transfrontalieri; la semplificazione delle procedure di fusione transfrontaliera; lo sviluppo di una normativa comunitaria in materia di scissioni transfrontaliere; l'attivazione di una campagna informativa sulla società europea e per la diffusione dello statuto della società cooperativa europea; ulteriori misure in materia di gruppi societari. Quest'ultima serie di iniziative assume particolare importanza se si pensa che allo stato attuale, come verrà specificato nelle note seguenti, la normativa comunitaria non prevede un diritto generale al trasferimento transfrontaliero, con le conseguenze che verranno successivamente esposte. Inoltre, va segnalato che il piano d'azione prevede l'adozione di un unico codice comunitario riunente tutte le principali direttive sul diritto societario. Soluzione che dovrebbe far fronte all'accennato problema della frammentazione di atti normativi che disciplinano la materia, con le logiche conseguenze applicative.

intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la propria sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il criterio di collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione»¹⁸⁹.

Altro problema di analoga matrice, ma attinente all'ipotesi inversa, cioè al caso in cui uno Stato imponga a una società che intende trasferire la propria sede in un altro Stato membro lo scioglimento e la liquidazione. Ciò, impedirebbe di fatto il trasferimento, consentendo soltanto la nuova costituzione di una società in un Paese diverso da quello precedente, con la logica conseguenza che un tale ostacolo costituirebbe inevitabilmente una restrizione alla libertà di stabilimento, restrizione che potrebbe essere giustificata esclusivamente dalle, già viste, ragioni imperative e di ordine pubblico¹⁹⁰.

2.1.2. La libertà di stabilimento a titolo secondario.

Analizzata la disciplina dello stabilimento a titolo principale e le problematiche ad essa connesse, si è potuto intuire come la libertà di stabilimento sia realizzata nella sua effettività non con il trasferimento della sede principale, ma soprattutto con la creazione di agenzie, succursali e filiali¹⁹¹. L'agenzia è un ente non dotato di personalità giuridica e privo d'autonomia che, pertanto, nello svolgimento delle

¹⁸⁹ G. TESAURO, *op. cit.*, p. 538.

¹⁹⁰ G. TESAURO, *op. cit.*, p. 539.

¹⁹¹ Come per la libertà di stabilimento a titolo principale, anche lo stabilimento secondario riguarda tanto le persone fisiche quanto le persone giuridiche e si concretizza nella possibilità di spostare in un altro Stato membro non già la sede principale, ma solo una parte secondaria dell'attività. Questo assunto a prima vista mal si concilia con il dettato normativo nel caso in cui l'attività economica venga svolta in prevalenza (o in esclusiva) nella sede secondaria. Il problema non ha ragioni di porsi se si considera che l'oggetto della tutela è la libertà di creare una sede secondaria in un altro Stato indipendentemente dalle motivazioni sottese a una tale scelta. Motivazioni che ben potrebbero essere scovate, per esempio, nell'intenzione di sottrarsi a una più severa normativa nazionale ai fini della costituzione della società. Ciò non è importante: è essenziale che «*la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale [abbiano sede] in un Paese dell'Unione europea [...], rappresentando quegli elementi di collegamento con l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, al pari della cittadinanza per le persone fisiche*». G. TESAURO, *op. cit.*, p. 540. La lista (agenzie, succursali, filiali) non è esaustiva, ben potendo lo stabilimento secondario assumere forme diverse da quelle elencate. Un esempio chiaro è "l'ufficio", tipologia di stabilimento secondario riconosciuta dapprima dalla giurisprudenza e la cui definizione «*ente che rappresenta la società e fornisce informazioni sui prodotti ma, in linea di principio, non svolge un'attività commerciale*» è diffusa dalla stessa Comunità.

sue funzioni è soggetto agli indirizzi e al controllo di un ente centrale: questa formula organizzativa è finalizzata a separare le funzioni d'indirizzo e controllo, che rimangono alla sede centrale, da quelle operative, che restano in capo all'agenzia, che opera con caratteristiche organizzative e operative meno rigide, svolgendo funzione di mera rappresentanza. Le succursali¹⁹² sono entità dotate di maggiore autonomia rispetto alle agenzie, per quanto questa autonomia sia limitata, che svolgono attività in proprio, ma sempre per conto dell'impresa cui fanno capo. Agenzie e succursali¹⁹³ hanno in comune la limitatissima autonomia rispetto alla sede centrale, alla quale devono necessariamente far capo. La filiale, invece, è un'entità dotata di personalità giuridica, costituita in un paese ospitante in una delle forme previste dal diritto societario di quest'ultimo, il cui capitale è interamente di proprietà dell'impresa madre (una società con un socio unico, una forma sociale riconosciuta in tutti i paesi dell'UE) o controllato da un'altra società insieme a soci di minoranza locali (una filiale comune).

2.2. La libera prestazione di servizi.

Si è già avuto modo di evidenziare che la libera prestazione di servizi (artt. 56-62 TFUE) interessa i soggetti che effettuano un'attività professionale non salariata in modo temporaneo o occasionale¹⁹⁴ in uno Stato membro della Comunità diverso da quello in cui sono stabiliti in via principale o secondaria¹⁹⁵. Nella nozione

¹⁹² L'etimologia della parola "succursale" deriva dal latino "succursus" e in epoca risalente era utilizzata per individuare attributi di enti maggiori creati per supplire alle insufficienze della sede principale, da cui dipendevano, e a cui prestavano o da cui ricevevano soccorso.

¹⁹³ In tutti i paesi dell'UE le succursali devono: iscriversi nel registro delle imprese e adempiere alle necessarie formalità in materia di imposte, IVA e previdenza sociale; pubblicare informazioni sulla società cui fanno capo e sulle sue attività. Le filiali devono inoltre seguire tutte le procedure prescritte per la costituzione di una società nel paese ospitante.

¹⁹⁴ I requisiti della "temporaneità" e dell'"occasionalità" sono essenziali per definire gli obblighi spettanti ai destinatari della libera prestazione di servizi, ben diversi da quelli spettanti ai soggetti destinatari della libertà di stabilimento, i quali, proprio per il carattere stabile e continuativo della loro attività non salariata nel Paese ospitante, risultano titolari di obblighi ben più gravosi. Non conservando il loro legame naturale con lo Stato di origine, come invece accade nel caso dei soggetti beneficianti la libertà di prestazione dei servizi, infatti, gli stabiliti si integrano nel nuovo ordinamento (quello dello Stato ospitante) soggiacendo dunque in maniera più intensa alle sue norme.

¹⁹⁵ P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 319.

rientrano tutte le attività economiche che «rivestano il carattere di una prestazione di servizi [transfrontaliera] retribuita»¹⁹⁶. Come già spiegato nel paragrafo precedente, elemento distintivo dalla libertà di stabilimento è il carattere temporaneo della prestazione lavorativa. Assume così rilievo l'elemento temporale, che va altresì rapportato alla frequenza, alla durata e alla periodicità della prestazione¹⁹⁷, che in casi limite può essere avvicinata, nei suoi tratti caratteristici, alla libertà di stabilimento¹⁹⁸. Il principio su cui viene fondata la libertà di prestazione dei servizi altro non è che il “principio di non discriminazione basato sulla nazionalità”, già visto a proposito della libertà di stabilimento, con la quale conseguentemente condivide i medesimi problemi¹⁹⁹. In

¹⁹⁶ G. TESAURO, *op. cit.*, 581. Le attività escluse (art. 58), tuttavia, costituiscono un elenco quantitativamente non trascurabile. Tra di esse rientrano, infatti, le attività relative al settore trasportistico (comma 1), regolate dalle corrispondenti disposizioni (artt. 90-100) e (parzialmente, comma 2) quelle relative ai servizi bancari, assicurativi e finanziari, strettamente connessi alla materia del trasferimento di capitali. Altre attività escluse, sempre espressamente richiamate (art. 62), sono quelle già viste a proposito della libertà di stabilimento e concernenti ragioni di pubblica sicurezza, ordine pubblico e sanità pubblica.

¹⁹⁷ G. ARRIGO, *op. cit.*, pp. 281 ss.

¹⁹⁸ Il solo elemento distintivo temporale fa sì che, soprattutto, in passato, venissero rilevate delle zone grigie, approfittando delle quali i prestatori di servizi invocavano questa libertà per sottrarsi alla disciplina applicabile in caso di stabilimento. A questo proposito è stato rilevato che la libera prestazione di servizi è sussidiaria della libertà di stabilimento, con la conseguenza che deve essere applicata soltanto ove non sia possibile invocare la tutela di quest'ultima. I criteri da adottare per determinare se si è in presenza dell'una o dell'altra, oltre al già citato (e poco significativo, dal punto di vista pratico) criterio temporale, sono la frequenza delle prestazioni, il numero di clienti, il giro d'affari realizzato nello Stato in cui viene erogato il servizio. Così G. ARRIGO, *op. cit.*, 282.

¹⁹⁹ Come si è già avuto modo di accennare, nel paragrafo precedente, uno dei temi caldi è stato, anche in questo caso, il problema concernente la possibilità per gli avvocati di prestare assistenza nei Paesi diversi da quelli nei quali erano stabiliti. Se però, nel caso della libertà di stabilimento, la questione concerneva in particolare il riconoscimento automatico del titolo, *condicio sine qua non* per vedersi riconosciuta la facoltà di stabilirsi in un Paese diverso da quello di origine, nel caso della libera prestazione di servizi, difettando il carattere stabile della professione, ridotta a una mera assistenza occasionale, la portata della norma è stata lievemente ridotta dai tentativi di alcuni Paesi a imporre l'obbligo di residenza per tutti i prestatori di servizi contemplati dalla norma comunitaria. Benché queste norme non costituissero violazione principio del trattamento nazionale, essendo indistintamente applicabili tanti ai cittadini “originari” quanto agli “stabiliti”, i tentativi vennero stroncati sul nascere dalla Corte di giustizia (tra le pronunce più risalenti, non va dimenticata, sempre a proposito della professione forense, la sentenza *Van Bisbergen* 33/74, in *Racc.* 1229, *Casi e mat.* 662), la quale considerò che soprassedere su comportamenti simili operati dagli Stati avrebbe significato la libertà di prestazione di servizi annullando la sua distinzione rispetto alla libertà di stabilimento.

verità, «la regola del trattamento nazionale costituisce soltanto il parametro minimo della legittimità delle restrizioni, ma non sempre sufficiente a renderle compatibili con quanto richiesto dal diritto comunitario; altrimenti, un'applicazione automatica della regola del trattamento nazionale potrebbe legittimare restrizioni e limiti eccessivi alla prestazione di servizi fino a equipararne, in modo arbitrario, il regime a quello proprio del diritto di stabilimento»²⁰⁰. La disciplina è piuttosto sintetica e si limita a individuare i prestatori beneficiari, tanto in senso positivo quanto per esclusione, a definire la nozione di servizio individuandone le caratteristiche peculiari, e a enunciare i contenuti della libertà stessa.

Quanto ai soggetti beneficiari, anche nel caso della libera prestazione dei servizi sono sia le persone fisiche che le persone giuridiche. Le prime, devono avere la cittadinanza di uno Stato membro ed essere stabilite in un Paese dell'Unione (art. 56)²⁰¹. Per le seconde, invece, l'art. 62 opera un espresso richiamo agli artt. 51-54, così indicando le persone giuridiche costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione.

Venendo alla definizione, l'attività prestata deve essere “retribuita”: emerge il rapporto sinallagmatico della prestazione, alla quale segue²⁰² il pagamento del corrispettivo. L'attività, inoltre, deve essere a fini di lucro: si è escluso che nella nozione potessero rientrare attività retribuite svolte per fini sociali. Ancora, l'attività deve consistere in una vera e propria “prestazione” e deve avere carattere

²⁰⁰ G. ARRIGO, *op. cit.*, p. 287.

²⁰¹ I due rigidi requisiti di cui al capoverso dell'art. 56 sono mitigati dalla previsione, sinora mai concretamente realizzata, contenuta nel comma 2 dello stesso articolo: «*Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un Paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione*».

²⁰² La parola è utilizzata nel linguaggio colloquiale per indicare la corrispondenza tra l'esecuzione della prestazione e il riconoscimento della retribuzione, non marcando il mero dato temporale. Se infatti, da un lato, normalmente la retribuzione è successiva all'erogazione del servizio, non mancano casi nei quali lo anticipa, senza per ciò far venire meno la sinallagmaticità del rapporto.

“transfrontaliero”, cioè il prestatore deve risiedere in uno Stato diverso da quello in cui esegue il servizio²⁰³.

²⁰³ Le ipotesi sono essenzialmente quattro: a) il prestatore del servizio si sposta in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito; b) il destinatario del servizio si sposta nello Stato in cui è stabilito il prestatore; c) i servizi vengono prestati in Stati diversi da quelli in cui sono stabiliti prestatore e destinatario; d) il destinatario della prestazione e il prestatore del servizio sono stabiliti nello stesso Stato membro e si spostano entrambi per raggiungere il luogo d'esecuzione della prestazione. G. TESAURO, *op. cit.*, pp. 587 ss.

CAPITOLO II

CENNI IN TEMA DI LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO DI LAVORO E DI COORDINAMENTO DEI SISTEMI DI SICUREZZA SOCIALE.

Premessa.

Esaurita l'esposizione delle tre libertà¹ nell'ambito di applicazione delle quali si inserisce la legislazione inerente il distacco transnazionale dei lavoratori, sembra particolarmente opportuno a questo punto svolgere anche un, seppur sintetico, approfondimento del contesto normativo comunitario relativo da un lato, alle regole in tema di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (e dunque anche ai contratti di lavoro)², e dall'altro alla disciplina e al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale applicabili ai lavoratori migranti nell'ambito dell'Unione³.

Sebbene si debba immediatamente precisare come entrambe le normative succitate non disciplinino specificamente le ipotesi di distacco transnazionale, una loro disamina appare comunque più che opportuna nella misura in cui, come si vedrà meglio *infra*, numerosi sono i casi di interazione tra le dette normative e la direttiva 96/71.

1. LA LEGGE APPLICABILE AI CONTRATTI DI LAVORO.

1.1. La Convenzione di Roma.

La Convenzione di Roma venne sottoscritta il 19 giugno 1980 dai rappresentanti di nove stati all'epoca membri della CEE per rispondere alla problematica relativa alla regolamentazione dei rapporti contrattuali nelle situazioni di conflitto di leggi,

¹ Libertà di circolazione, libertà di stabilimento e di prestazione di servizi. Si veda in proposito il capitolo I del presente lavoro.

² Ci si riferisce al regolamento n. 593/2008 (c.d. "Roma I") del 17 giugno 2008 in *Gazzetta* L 177/6 del 4 luglio 2008 che ha sostituito la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 per i paesi appartenenti all'Unione europea.

³ Regolamento n. 883/2004 del 29 aprile 2004 *relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, in *Gazzetta* L 166 del 30 aprile 2004 che ha recentemente sostituito il previgente regolamento 1408/71 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*, in *Gazzetta* L 149 del 5 luglio 1971, pp. 2 ss.

ad esclusione di alcune specifiche materie⁴. L'art. 2 ne sancisce il carattere universale affermando che *“la legge designata dalla presente convenzione si applica anche se la legge di uno Stato non contraente”*⁵. Detta Convenzione, entrata in vigore il 1° aprile 1991⁶, rappresenta il coronamento di un lavoro iniziato nel 1967 e sfociato in un primo tempo nella formulazione di un *avanprogetto di convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non contrattuali* nel 1972⁷.

Il perno centrale della normativa contenuta nella Convenzione in commento è rappresentato dal riconoscimento della libertà di scelta dei contraenti in ordine alla legge regolatrice del contratto, come stabilisce il relativo art. 3 affermando che *“Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti”*. L'esigenza di certezza in ordine alla *optio iuris* emerge dalla necessaria espressione di una scelta che, tuttavia, può *“risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze”*. È inoltre facoltà delle parti designare una legge che regoli l'intero contratto ovvero una parte di esso. È altresì prevista la possibilità, per comune accordo dei contraenti, di modificare la scelta di legge precedentemente effettuata. L'ammissione esplicita di tale facoltà altro non è se non l'espressione del principio di autonomia contrattuale, sancito anche nell'ordinamento italiano dall'art. 1322 c.c. L'art. 5 delinea infine la disciplina applicabile in caso di mancata scelta da parte dei contraenti secondo il criterio centrale del collegamento.

⁴ Questioni di stato e di capacità delle persone fisiche; obbligazioni contrattuali relative a testamenti e successioni, regimi matrimoniali ed altri rapporti familiari; obbligazioni relative a strumenti negoziabili; convenzioni d'arbitrato e d'elezione del foro competente; questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche; questione di stabilire se l'atto compiuto da un intermediario valga ad obbligare di fronte ai terzi la persona per conto della quale egli ha affermato di agire; questioni relative alla costituzione ed organizzazione di trusts; questioni relative alla prova ed alla procedura; contratti d'assicurazione per la copertura di rischi localizzati nei territori degli Stati membri.

⁵ Sotto il profilo pratico, pertanto, il giudice di uno Stato contraente, ai fini della determinazione della legge da applicare, dovrà prescindere dall'eventuale adesione o meno dello Stato la cui legge, in base alla convenzione, va applicata.

⁶ A seguito del raggiungimento del numero minimo di sette ratifiche così come richiesto dall'art. 29.1 della stessa.

⁷ Sul punto si veda G. SACERDOTI, *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in G. SACERDOTI – M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1993, p. 1.

La Convenzione, oltre prevedere la disciplina generale sulla scelta di legge che si è appena richiamata per sommi capi, declina una serie di ipotesi in relazione alle quali è prevista una peculiare disciplina per l'individuazione della legge applicabile.

Rileva in particolare, anche ai fini dell'analisi svolta nel presente lavoro, l'art. 6 della Convenzione, che deroga alla disciplina di base prevista dalla Convenzione di Roma al precipuo fine di tutelare la parte debole del rapporto di lavoro, ossia il lavoratore. L'art. 6 della Convenzione dispone dunque testualmente: *“In deroga all'art. 3, nei contratti di lavoro, la scelta della legge applicabile ad opera delle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto, in mancanza di scelta, a norma del paragrafo 2”*. Esso si applica ai soli contratti individuali di lavoro subordinato, ma non a quelli collettivi, di lavoro autonomo, a titolo gratuito o conclusi nel contesto di rapporti familiari⁸.

Va rilevato come la nozione di contratto individuale di lavoro subordinato sia caratterizzata dalla *“circostanza che una persona fornisca prestazioni, per un dato periodo, ad un'altra persona e sotto la direzione della stessa, ricevendo come contropartita un retribuzione”*⁹. Pertanto, vanno ricompresi nella categoria anche i contratti di lavoro c.d. parasubordinato e quelli del personale marittimo ed aereo.

La norma appena richiamata è stata da più parti criticata in quanto non sarebbe idonea a garantire una tutela incondizionata del contraente debole nella misura in cui la normativa nazionale applicabile in assenza di una scelta delle parti ben potrebbe essere contraria all'interesse del lavoratore, ovvero non presentare i requisiti minimi per una valida tutela del lavoratore stesso.

⁸ P. VENTURI, *Alcune osservazioni sui contratti individuali di lavoro nella proposta di regolamento “Roma I”*, in P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I»*, Padova, pp. 62-63. Si veda anche F. JAULT-SESEKE, *La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales*, in *Le droit international privé, esprit et méthodes Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz., 2004, p. 455.

⁹ Così Corte di Giustizia CE, 31 maggio 2001, causa C-43/99, *Leclere*, in *Raccolta*, 2001, pp. 4265ss.

È necessario pertanto analizzare le “*norme imperative*” cui si riferisce il disposto dell’art 6, paragrafo 1, che rappresentano il limite minimo di tutela del lavoratore comunitario. Il primo problema che si pone a questo proposito è quello di chiarire quali siano le norme imperative la cui applicazione non può essere pregiudicata dalla scelta delle parti, con particolare riferimento alle previsioni dell’art. 3, paragrafo 3, e dell’art. 7 della Convenzione stessa. L’opinione prevalente in dottrina¹⁰ discerne tra le norme imperative che limitano l’applicazione della legge scelta dalle parti nei contratti di lavoro e quelle di cui all’art. 7, le quali, in quanto norme di applicazione necessaria, escludono a priori il richiamo ad ordinamenti stranieri. Le norme imperative cui si riferisce l’art. 6 non sono infatti norme di applicazione necessaria, ma intervengono solo nel caso in cui, dal raffronto con la legge scelta dalle parti, assicurino al lavoratore una protezione maggiore di quella derivante dalla prima legge.

La giurisprudenza comunitaria individua - quali norme che garantiscono l’applicazione di *standard* minimi di tutela del lavoratore - le disposizioni che siano afferenti alle condizioni di sicurezza e di igiene, all’indennità di fine rapporto, ai minimi salariali, alla tredicesima mensilità, alle ferie, al lavoro notturno e alle cause di cessazione del rapporto di lavoro. Va rilevato inoltre come l’inderogabilità delle norme imperative opera solo *in peius*, ed è quindi possibile per il lavoratore ottenere, a seguito di una trattativa individuale, condizioni contrattuali migliori.

Il paragrafo 2 dell’art 6, come richiamato, stabilisce che: “*In deroga all’art. 4 ed in mancanza di scelta a norma dell’art 3, il contratto di lavoro è regolato:*

- a) *dalla legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente, in un altro paese, oppure*
- b) *dalla legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore, qualora questi non compia abitualmente il suo lavoro in uno*

¹⁰ Sul punto, U. VILLANI, *I contratti di lavoro*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una legge comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 269.

stesso paese, a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese. In questo caso si applica la legge di quest'altro paese".

I criteri delineati per l'individuazione della legge applicabile in assenza di scelta delle parti sono dunque, *in primis*, il luogo in cui viene svolta l'attività lavorativa e, secondariamente, il luogo della sede di assunzione. Si noti come il secondo criterio d'individuazione diviene applicabile solo allorquando il criterio della *lex loci laboris* non possa essere utilizzato: il rapporto intercorrente tra i due criteri identificativi è stato definito come rapporto di "concorso successivo"¹¹ in ragione della sussidiarietà tra i due criteri.

Il criterio di base, pertanto, resterà quello riferito alla diffusa situazione in cui il lavoratore svolge le proprie mansioni in un unico Paese, in attuazione del principio cardine della Convenzione rappresentato dal "collegamento più stretto". Dall'altra parte, pare scontato affermare che la *lex loci laboris* sarà nella maggior parte dei casi la legge più familiare al lavoratore.

La determinazione dei criteri di collegamento contenuta nell'art. 6, paragrafo 2, si conclude con la previsione di una eccezione che svolge una "funzione correttiva"¹² della soluzione di conflitto indicata dai criteri di collegamento sopra esposti, e che si applica allorquando "risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese. In questo caso si applica la legge di quest'altro paese".

Tale ultimo criterio attribuisce un ruolo centrale all'interprete nell'accertamento in concreto del Paese con il quale il contratto presenta un collegamento più stretto: ad esempio potrà essere applicata la legge del luogo di conclusione del contratto, oppure quella del Paese di nazionalità comune delle parti. Va precisato come tale

¹¹ U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000, p. 167.

¹² Espressione di R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale dei contratti*, Milano, 1991, p. 227.

meccanismo sia comunque destinato ad operare in via residuale ed unicamente in casi eccezionali¹³.

Da ultimo, si può rilevare come i criteri di collegamento previsti dall'art. 6 che si è commentato incidano sull'art. 25 delle Disposizioni preliminari del codice civile italiano relativamente alla regolazione del contratto di lavoro. Sul punto si evidenziano due orientamenti in dottrina: parte degli Autori che hanno affrontato il tema nutre forti dubbi sulla (o contesta integralmente la) concreta applicabilità dell'art. 25 disp. prel. cod. civ., evidenziando come nel rapporto di lavoro il lato formalmente contrattuale non risulta che di valore secondario rispetto alle obbligazioni determinate direttamente dalla legge, cosicché il citato art. 25 dovrebbe considerarsi assorbito dalla disciplina di diritto internazionale privato¹⁴. Altra parte della dottrina¹⁵, sostenuta dalla prevalente giurisprudenza, è invece favorevole, almen in linea di principio, all'applicazione dell'art. 25 disp. prel. cod. civ., purché tale applicazione sia limitata alla parte più strettamente privatistica del rapporto e che la relativa applicazione sia coordinata con l'istituto dell'ordine pubblico internazionale, considerato quale limite eccezionale al richiamo del diritto straniero. La Corte di Cassazione¹⁶ ha interpretato il detto art. 25 primo comma come "*elemento contribuente alla determinazione di una disciplina complessa risultante da singole proposizioni normative che si connotino come più favorevoli alla protezione del lavoratore*" nel raffronto tra *lex fori* e quella legge che sarebbe applicabile in virtù del puro e semplice richiamo stabilito dall'art. 25.

Fino alla sottoscrizione del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, che ha modificato il Trattato istitutivo della Comunità europea, le regole di conflitto elaborate in ambito comunitario erano oggetto di specifiche convenzioni tra gli

¹³ Così R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale dei contratti*, cit., p. 241

¹⁴ Così G. VENTURINI, *Diritto internazionale privato. Diritti reali e obbligazioni* in *Trattato di diritto internazionale* diretto da G. BALLADORE PALLIERI – G. MORELLI – R. QUADRI, vol. II, 1956, pp. 228 ss.

¹⁵ Così G. CANSACCHI, *La legge regolatrice del rapporto di lavoro svoltosi all'estero*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 12.

¹⁶ Cass. 6 settembre 1980, n. 5156, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, pp. 43 ss. con nota di F. POCAR, *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*.

stati membri, essendo prive le istituzioni comunitarie di alcuna competenza in materia di diritto internazionale privato.

L'art. 65 del Trattato CE¹⁷, come modificato a seguito del Trattato di Amsterdam, disponeva che: *“Le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere, da adottare a norma dell'art. 67 e per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno includono:*

a) il miglioramento e la semplificazione: del sistema transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali;

b) la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale”.

La Comunità può, pertanto, legiferare nelle materie sopra menzionate mediante uno dei cinque tipi di atto contemplati dall'odierno art. 288 del T.F.U.E. (ex art. 249 T.C.E.). Nello specifico, il legislatore comunitario è intervenuto sul punto con l'adozione del Regolamento 593 del 2008 c.d. Roma I, con il fine di sostituire la Convenzione di Roma del 1980 disciplinante la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

1.2. L'iter di formazione del regolamento Roma I. In particolare: il Libro verde del 14 gennaio 2003 e la Proposta di regolamento del 15 dicembre 2005.

Il regolamento Roma I è l'ultimo di una serie di interventi normativi relativi alla giurisdizione “comunitaria”, quali il Regolamento n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento delle sentenze e l'esecuzione delle decisioni civili in materia commerciale (c.d. Bruxelles I) ed il regolamento n. 864/2007.

L'adozione di tale regolamento è frutto della volontà di un intervento normativo che trova le sue origini nelle proposte di modifica alla Convenzione di Roma

¹⁷ Ora art. 81 T.F.U.E.

risalenti all'aprile 2002, quando fu costituita una apposita commissione di esperti al precipuo fine di valutare l'opportunità di trasporre la Convenzione di Roma in uno strumento comunitario, come si evince dalla domanda numero 2 nella prefazione del Libro Verde del 14 gennaio 2003¹⁸, di cui si riporta il testo: *“Ritenete opportuno trasformare la convenzione di Roma del 1980 in strumento comunitario? A vostro giudizio, quali argomenti depongono a favore o contro una scelta del genere?”*. Il tenore dell'interlocutoria sottolineava l'esigenza alla base dell'intervento normativo, ossia l'adozione di uno strumento comunitario di regolamento delle norme di conflitto tra le leggi applicabili.

In relazione alla disciplina dei contratti individuali del lavoro, il Libro verde poneva, quali questioni pregnanti, la definizione delle “disposizioni imperative” e quella di “distacco temporaneo”, rispettivamente alla domanda numero 13 (*“È opportuno precisare il senso rispettivo delle “disposizioni imperative” di cui agli articoli 3,5,6 e 9, da un lato, ed all'art. 7, dall'altro?”*) e alla domanda numero 14 (*“È opportuno introdurre nell'articolo 6 precisazioni circa la definizione del concetto di “distacco temporaneo”? In caso affermativo, di che tipo?”*).

In relazione al primo dei quesiti sopra riportati, il Libro verde individuava - quale strumento di superamento dell'*impasse* dovuta all'utilizzo dell'espressione “disposizioni imperative” sia negli artt. 3.3, 5.2 e 6.1 (dove venivano indicate norme di diritto) sia nell'art. 7 (dove venivano indicate quali norme di applicazione necessaria) - la possibilità di precisare, nello strumento normativo di futura emanazione, il diverso ambito di applicazione dei due articoli, precisando che l'art. 5 si riferisce ad una norma applicabile in linea generale di cui, tuttavia, è necessario valutarne in concreto il rispetto delle norme imperative di diritto interno, mentre l'art. 7 si riferisce a norme imperative di diritto internazionale.

In relazione al secondo dei quesiti sopra riportati, il problema atteneva alle diverse interpretazioni fornite dalla giurisprudenza degli Stati membri circa il concetto di “distacco temporaneo”. Invero, l'art 6, come formulato, determinava un'ampia

¹⁸ *Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*, COM (2002) 654 def., Bruxelles, 14 gennaio 2003.

discrezionalità in capo al giudice circa il periodo di tempo oltre il quale il distacco non può più essere considerato temporaneo. La soluzione prospettata dal Libro Verde consisteva nel fornire una duplice modalità di valutazione del concetto di “distacco temporaneo”. In primo luogo, una valutazione affidata *ex ante* alla volontà delle parti. Secondariamente, la valutazione affidata *ex post* al giudice, sulla base della durata effettiva del distacco.

La Commissione, forte del giudizio positivo del comitato economico e sociale e del Parlamento europeo, adottò una proposta di regolamento a riguardo¹⁹. Lo strumento regolamentare fu preferito a quello della direttiva in quanto non necessitante di alcuna norma di recepimento nei diversi ordinamenti nazionali.

La proposta di regolamento del 2005 conferma il principio dell'autonomia privata in materia di scelta del foro, innovando invece in taluni altri punti la disciplina. Le novità più rilevanti risiedevano nella disciplina sulla legge applicabile in mancanza di scelta delle parti, come risulta dalla lettera dell'art. 4: *“La norma della convenzione, vale a dire l'applicazione della legge del luogo in cui risiede abitualmente la parte che fornisce la prestazione caratteristica, è mantenuta, ma le modifiche proposte rafforzano la certezza del diritto trasformando quelle che erano semplici presunzioni in norme fisse e sopprimendo la clausola di eccezione. Infatti, poiché la chiave di volta dello strumento è la libertà di scelta, è opportuno che le norme applicabili in mancanza di scelta siano quanto più precise e prevedibili possibile, in modo che le parti siano in grado di decidere se esercitare o meno questa libertà”*.

L'art. 4 introduceva dunque un importante elemento di novità, modificando il criterio di collegamento primario individuato dalla Convenzione di Roma (il collegamento più stretto) e sostituendolo con quello della residenza abituale del prestatore caratteristico, che cedeva il passo al criterio di prossimità solo qualora si fosse rilevato che il contratto ha un collegamento più stretto con un paese diverso.

¹⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, COM (2005) 650 def., Bruxelles, 15 dicembre 2005.

Passando all'analisi della disciplina dei contratti di lavoro, si evidenzia come la normativa contenuta nell'art 6 sopra riportato non introduceva elementi di assoluta novità. Infatti, si può osservare come il legislatore abbia voluto mantenere l'impianto normativo previgente, apportando i necessari correttivi, in un'ottica di continuità.

La lettera a) dell'art. 6 individuava quale legge applicabile in mancanza di scelta *“la legge del paese nel quale o a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro”*. La locuzione *“a partire dal quale”* determinava la possibilità di applicare tale norma anche ai contratti di lavoro del personale marittimo ed aereo: ove la base di partenza del lavoratore fosse stata stabile, tale modifica avrebbe dunque determinato la certezza della disciplina applicabile a tali contratti di lavoro.

In ordine alla problematica relativa all'interpretazione del concetto di *“distacco temporaneo”* la proposta di regolamento disponeva che *“il luogo di compimento abituale del lavoro non è ritenuto cambiato quando il lavoratore compie il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo. Il compimento del lavoro in un altro paese è considerato temporaneo quando il lavoratore deve riprendere il suo lavoro nel paese d'origine dopo l'esecuzione del suo compito all'estero. La conclusione di un nuovo contratto di lavoro con il datore di lavoro originario o con un datore di lavoro appartenente allo stesso gruppo di società del datore di lavoro originario non esclude che il lavoratore compia il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo”*.

Pertanto, la soluzione scelta alla luce di quelle prospettate nel Libro Verde consisteva in una valutazione *ex ante* della temporaneità del distacco. Inoltre, si tutelava il lavoratore, in quanto contraente debole, da possibili manovre elusive tra società appartenenti allo stesso gruppo di società.

Il secondo criterio di collegamento era quello riportato alla lettera b) del medesimo articolo 6 che disponeva: *“dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha assunto il lavoratore, qualora questi non compia abitualmente il suo lavoro in o a partire da uno stesso paese o qualora compia abitualmente il suo*

lavoro in uno spazio non sottoposto ad una sovranità nazionale". Dalla lettera della norma, emerge chiaramente la volontà di fornire una disciplina che offra maggior tutela a coloro che si trovino a prestare la propria opera su piattaforme galleggianti in mare aperto ovvero al personale marittimo ed aereo non diretto da base stabile, al più considerando, che tale norma trovava applicazione indipendentemente da dove fosse stato sottoscritto il contratto. Infine, permaneva la clausola di salvaguardia del "collegamento più stretto" con un altro Paese, la disciplina del quale avrebbe potuto comunque trovare applicazione.

1.3. Il regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

Il regolamento 593/2008 è stato adottato il 17 giugno 2008 e si applica, nella sua totalità, dal 17 dicembre 2009²⁰. Tale regolamento rappresenta il risultato di un percorso normativo²¹ che trova la sua origine nella Convenzione di Roma del 1980 e le sue fonti di disciplina nel Libro Verde del 2003 e nella proposta di regolamento del 2005. Invero, pur mantenendo l'impianto normativo inalterato, la più recente disciplina si è discostata dai provvedimenti previgenti e da cui ha tratto origine, da un lato, innovandone in parte la disciplina e, dall'altro, determinando un ritorno al passato.

La centralità del criterio della *electio iuris* resta invariata nell'impianto normativo e, in continuità con la Convenzione di Roma, è riconosciuta anche la possibilità di operare una scelta tacita della legge, che dovrà risultare in maniera certa dal contratto²² e altresì quella di sottoporre diverse parti del contratto a leggi diverse (c.d. *dépeçage* volontario). Anche in questo caso la scelta di legge operata inizialmente potrà essere rivista e modificata in qualsiasi momento con l'accordo

²⁰ Si veda art. 29.2 del reg. 593/2008.

²¹ Sulle ragioni del processo di trasformazione della Convenzione di Roma in uno strumento comunitario si veda, F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008, pp. 134 ss.

²² Vedi F. POCAR, *Obbligazioni: dal dicembre 2009 al via le regole comuni sui contratti*, in *Guida al diritto*, supplemento *Diritto comunitario ed internazionale* n. 5, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008, p. 12.

della relative parti. Rispetto alla proposta di regolamento del 2005, la designazione del foro competente non costituisce dunque un parametro normativo di una scelta tacita della legge del foro selezionato²³.

Con riferimento alla disciplina applicabile in mancanza di una scelta delle parti, il nuovo Regolamento conserva la prevalenza del criterio della residenza abituale del prestatore caratteristico; tuttavia, mentre la Convenzione - all'articolo 4.2 - considera tale riferimento qual presunzione di collegamento più stretto, il Regolamento dispone che la residenza abituale del prestatore configuri "*il criterio di collegamento più stretto utilizzato dalla norma di conflitto*"²⁴. Inoltre, il Regolamento Roma I introduce, al relativo articolo 19, una precisa definizione di "residenza abituale", e precisamente la seguente: "*Ai fini del presente regolamento, per residenza abituale di società, associazioni e persone giuridiche si intende il luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale. Per residenza abituale di una persona fisica che agisce nell'esercizio della sua attività professionale si intende la sua sede di attività principale. Quando il contratto è concluso nel quadro dell'esercizio dell'attività di una filiale, di un'agenzia o di una qualunque altra sede di attività, il luogo in cui è ubicata la filiale, l'agenzia o altra sede di attività è considerato residenza abituale*".

L'introduzione di tale definizione è senza dubbio diretta al superamento delle incertezze interpretative circa la definizione del concetto di "residenza abituale", al fine di garantire un più elevato grado di certezza del diritto.

Quanto alla materia di contratti individuali di lavoro, dal combinato disposto degli artt. 8 e 3 del Regolamento Roma I emerge che, in tal caso, troverà applicazione la legge designata dalle parti, ciò in linea con quanto già prescritto dal già citato art. 6 della Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali. Tale soluzione normativa è stata criticata, sotto vari profili, dalla dottrina internazionalprivatistica e comunitaria.

²³ Sul punto si veda U. VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina*, in AA. VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento "Roma I"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007

²⁴ *Ivi*.

In primo luogo, alcuni Autori hanno rilevato come si sia perso di vista l'obiettivo primario dei rapporti di lavoro subordinato, ossia quello della tutela effettiva del prestatore di lavoro in quanto parte debole del rapporto. Infatti, il criterio della legge designata dalle parti appare sicuramente più idoneo per tutti i rapporti contrattuali di carattere paritetico, ma non altrettanto può dirsi nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato, caratterizzati da una certa asimmetria in termini di forza contrattuale tra il datore di lavoro – contraente tipicamente forte - e il lavoratore.

Più precisamente, il prestatore di lavoro, a differenza del datore di lavoro, oltre ad essere economicamente più debole, appare anche il soggetto che meno è in grado di formulare una scelta completamente libera e consapevole in merito alla legge applicabile all'instaurando rapporto lavorativo.

In secondo luogo, l'art. 8 del Regolamento Roma I non pone alcun limite all'operatività del criterio generale di cui all'art. 3 della libera scelta delle parti, specie con riferimento alla volontà implicita delle stesse, con la conseguenza che anche in mancanza di una espressa scelta contrattuale circa la legge applicabile, sarà comunque possibile indagare la volontà implicita delle parti a riguardo, senza preliminarmente considerare le esigenze di tutela del lavoratore quale limite alla cieca ed ostinata indagine sulla volontà delle parti.

In terzo luogo, il richiamo incondizionato alla libertà di scelta appare in forte distonia con quanto sancito dal Regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (comunemente noto come Bruxelles I). Infatti, nell'impianto del Regolamento Bruxelles I, il rapporto di lavoro subordinato costituisce un microcosmo normativo concepito nel senso di limitare fortemente la libertà di scelta delle parti della *lex fori*. A tal proposito, basti evidenziare che l'art. 21 dello stesso Regolamento Bruxelles I fa salva la possibilità per il lavoratore, previa apposita convenzione, di adire un Giudice diverso da quelli previsti nella relativa sezione.

Entrando nel dettaglio della disciplina di cui all'art. 8, si può rilevare in primo luogo come esso faccia comunque salva, in linea con quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione di Roma del 1980, l'applicazione di criteri sussidiari alla scelta della volontà delle parti. L'art. 8 citato dispone infatti nei termini che seguono: *“Tuttavia la scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicurataagli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 del presente articolo”*.

Con la dizione *“disposizioni alle quali non è permesso regolare convenzionalmente”*, ci si riferisce alle due particolari categorie di disposizioni che tipicamente – nel sistema di diritto internazionale privato - limitano il ricorso alle norme di conflitto, ossia quelle di applicazione necessaria e quelle di ordine pubblico interno.

Tuttavia, dato che il Regolamento Roma I non precisa quali siano queste disposizioni alle quali non è consentito derogare, è chiaro che spetterà alla Corte di Giustizia individuarle ed eventualmente elevarle a principi generali di diritto dell'Unione europea, come tali gerarchicamente subordinati alle fonti di diritto derivato, tra le quali è certamente da annoverarsi il Regolamento Roma I. Di contro, non potranno trovare applicazione tutte le norme di applicazione necessaria e di ordine pubblico di un determinato Stato membro, qualora siano contrarie al principio del *favor laboratoris*.

Quanto ai criteri sussidiari alternativi alla scelta delle parti, l'art. 8, par. 2 del Regolamento Roma I dispone quanto segue: *“Nella misura in cui la legge applicabile al contratto individuale di lavoro non sia stata scelta dalle parti, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro. Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo”*.

La disposizione in oggetto codifica il criterio sussidiario del luogo di prestazione abituale dell'attività lavorativa. Il metodo della localizzazione spaziale, tuttavia,

non considera in alcun modo il (fondato, ad opinione di chi scrive) rischio che la legge del luogo della prestazione abituale possa violare il *favor laboratoris* ed essere quindi svantaggiosa per il lavoratore rispetto, ad esempio, alla legge del Paese di distacco.

A tal proposito, non appare uno strumento di tutela sufficiente la disposizione del Considerando n. 34 del Regolamento Roma I, il quale recita testualmente: *“La norma sul contratto individuale di lavoro non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese di distacco, prevista dalla direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi”*.

Proseguendo nell'analisi degli altri criteri sussidiari, l'art. 8, par. 3 del Regolamento Roma I individua, quale ulteriore criterio sussidiario a quello della prestazione abituale, il luogo della sede di assunzione e dispone testualmente: *“Qualora la legge applicabile non possa essere determinata a norma del paragrafo 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore”*.

Tale criterio, oltre che ai rilievi critici già formulati in merito alla non considerazione di esigenze materiali di tutela della parte debole del rapporto di lavoro, presta il fianco all'ulteriore critica che sottolinea il rischio di individuare, quale legge applicabile, quella di uno Stato in cui il rapporto di lavoro non si sia mai svolto.

In assoluta continuità con quanto previsto dalla Convenzione di Roma del 1980, si pone infine l'art. 8, par. 4, del Regolamento Roma I, il quale dispone che: *“Se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato nei paragrafi 2 e 3, si applica la legge di tale diverso paese”*.

Tale norma si pone in rapporto di concorso alternativo e facoltativo con i criteri di collegamento previsti dai paragrafi 2 e 3 e mira alla tutela effettiva del lavoratore.

La sua concreta portata risulta tuttavia limitata stante il mancato richiamo del paragrafo 1, indice di una presunzione assoluta secondo cui la scelta effettuata dalle parti sia comunque la più idonea ad individuare il collegamento più stretto del rapporto con lo Stato designato.

2. IL REGIME DI SICUREZZA SOCIALE APPLICABILE AI LAVORATORI MIGRANTI.

Fino al maggio 2010, nel momento in cui entrò in vigore il nuovo regolamento 883/2004, il quadro normativo in tema di sicurezza sociale dei lavoratori migranti era incentrato sul regolamento 1408/1971, che per primo ha tentato un coordinamento delle legislazioni nazionali sul tema ed è stato modificato ben trentanove volte nel corso dei decenni (l'ultima con il regolamento 592/2008)²⁵. Nell'illustrazione delle norme previste dal regolamento 883/2004 che sarà svolta nei paragrafi seguenti si terrà conto anche della previgente normativa illustrando, ove sembrerà opportuno, le differenze tra le due discipline.

Come si dirà anche *infra*, la disciplina comunitaria della sicurezza sociale è tradizionalmente legata alla tematica della garanzia della libera circolazione delle persone e dei lavoratori²⁶: anche nel Trattato di Roma del 1957, infatti, l'unica norma rilevante in materia di sicurezza sociale (l'originario art. 51, che costituì la base giuridica della normativa comunitaria della disciplina in materia) era inserita proprio nel Titolo III sulla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei

²⁵ La modifica più rilevante è però forse quella intervenuta con i Regolamenti 1390/1981 e 3795/1981, entrati in vigore l'1 luglio 1982 e che hanno provveduto all'estensione dell'applicazione delle norme sulla sicurezza sociale anche ai lavoratori non subordinati e ai loro familiari. Per una sintesi dei principali atti normativi che hanno modificato tale disciplina a partire dagli anni Settanta, si veda G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Milano, 1998, pp. 304 ss.

²⁶ Su questo aspetto, in particolare, E. LIMARDO, *La sicurezza sociale comunitaria tra riforme istituzionali e allargamento dell'Unione Europea*, in *Il diritto del lavoro*, 2004, pp. 102 s. ove si rileva, peraltro, come una ulteriore indicazione di politica del diritto possa essere considerata anche quella di promuovere un sempre maggiore coordinamento delle legislazioni nazionali dei diversi Paesi membri (ma non, come sottolinea G. ARRIGO, *op cit.*, p. 300, una vera armonizzazione delle stesse: l'obiettivo, in altre parole, era quello di garantire ai lavoratori migranti i diritti acquisiti in forza delle leggi che erano loro già state applicate, non già quello di creare un sistema di sicurezza sociale comune all'interno della Comunità europea; su questo particolare aspetto si veda anche S. GIUBBONI - G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Bologna, 2007, pp. 146 ss.

capitali²⁷. La sicurezza sociale non è dunque un diritto autonomo, quanto uno strumento per la realizzazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità²⁸. La norma citata (recepita con modifiche nell'art. 42, con il Trattato di Amsterdam del 1997²⁹) ha riconosciuto al Consiglio la facoltà di emanare “*in materia di sicurezza sociale le misure necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori*”³⁰. La prima di tali misure fu il regolamento 3/1958 sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti, il quale stabilì alcuni principi che si sarebbero imposti quali costanti anche nella normativa emanata successivamente, come il cumulo dei periodi assicurativi e il principio della *lex loci laboris* sul quale ci si soffermerà *infra*³¹, che fu più volte modificato per estenderne l'ambito applicativo anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Seguirono il regolamento 1408/1971 e il relativo regolamento 574/1972 di attuazione, emanati soprattutto avuto riguardo ai più evidenti limiti del previgente

²⁷ Si rinvia a M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Padova, 2007, pp. 131 ss. ove si sottolinea come l'iniziale “*concezione limitata della sicurezza sociale [...] escludeva in via di principio non solo i lavoratori non subordinati ma, più in generale, le persone che si spostavano da uno Stato all'altro per motivi diversi dalla ricerca di un posto di lavoro*”. Si vedrà nel prosieguo come tale impostazione sarebbe andata incontro ad un radicale mutamento con l'emanazione del Regolamento 883/2004. Diffusamente sul punto anche G. ARRIGO, *op cit.*, pp. 297 ss.

²⁸ *Ibidem*, p. 297. S. GIUBBONI - G. ORLANDINI, *op cit.*, p. 139, rilevano come “*la disciplina comunitaria di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale costituisce una sorta di naturale «cerniera» tra le diverse forme di esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori subordinati ed autonomi all'interno dell'Unione europea*”.

²⁹ Odierno art. 48 T.F.U.E.

³⁰ Si veda, in argomento, E. LIMARDO, *op. cit.*, p. 101, ove si rileva, tra l'altro, come l'originario dettato dell'art. 51 citato prevedeva la regola dell'unanimità per le deliberazioni concernenti l'assunzione di atti relativi alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti e come tale regola abbia reso più gravosa l'adozione dei relativi provvedimenti, facendo di conseguenza risaltare, in un primo momento, il ruolo della Corte di giustizia. Il recepimento della norma in commento nel “nuovo” art. 42 del Trattato portò ad una modifica della stessa nel senso di prevedere, per l'adozione di provvedimenti in materia di sicurezza sociale, non più l'unanimità ma la procedura legislativa ordinaria, con la precisazione che un membro del Consiglio può obiettare all'adozione di un atto qualora ritenga che questo possa ledere aspetti importanti del sistema sulla sicurezza sociale del proprio Stato membro. Su questo aspetto, F. MARONGIU BUONAIUTI, *La legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel Regolamento Ce n. 883/2004*, in *RDSS*, 2010, p. 536 e nota 5 in particolare.

³¹ Sulla disciplina previgente rispetto al Regolamento 1408/1971 si veda, ad esempio, G. CARDONI, *Libera circolazione dei lavoratori e sicurezza sociale nella Comunità europea*, in R. PESSI (a cura di), *Il sistema previdenziale europeo*, Padova, 1993. È appena il caso di accennare al fatto che nel regolamento n. 3/1958 confluirono le disposizioni previste dalla Convenzione europea sulla sicurezza sociale, sottoscritta a Roma il 9 dicembre 1957: sul punto G. ARRIGO, *op. cit.*, p. 298.

regolamento 3/1958 - tra i quali il fatto che non era disciplinata la previdenza sociale in senso ampio, bensì solamente l'aspetto previdenziale applicabile ai lavoratori migranti da uno Stato membro ad un altro - nonché agli orientamenti della Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale comunitaria³². In sintesi, i principi fondamentali fissati da tale regolamento 1408/1971 erano: il principio di territorialità e quello di unicità della legislazione applicabile, quello della non discriminazione, quello di esportabilità delle prestazioni e quelli di totalizzazione dei periodi contributivi e liquidazione *pro rata* delle prestazioni³³. Per alcuni cenni più dettagliati a tali principi si rimanda ai successivi paragrafi, ove sarà operato, ove opportuno, anche un confronto tra di essi, come risultanti dal regolamento 1408/1971, e quelli attualmente in vigore ai sensi dei regolamenti 883/2004 e 987/2009.

2.1. Il Regolamento 883/2004 e successive modifiche e integrazioni, il suo ambito di applicazione e la relativa normativa di attuazione.

Dall'1 maggio 2010 sono in vigore le nuove norme del Regolamento 883/2004³⁴ e del relativo regolamento 987/2009 di attuazione. Anche la nuova disciplina mira a realizzare, da un lato, una maggiore armonizzazione delle norme dei diversi Stati

³² Tra i quali, soprattutto, i filoni giurisprudenziali che suggerivano un'interpretazione estensiva dei concetti di "lavoratore" e di "sicurezza sociale". Sul punto si veda G. ARRIGO, *op. cit.*, p. 299, il quale sottolinea tuttavia come i limiti cui si è fatto riferimento nel testo caratterizzarono, in qualche misura, anche il successivo Regolamento 1408/1971.

³³ Per una sintetica esposizione dei principi fondamentali del previgente regolamento 1408/1971 si rimanda, ad esempio, a L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2008, pp. 118 ss. nonché a M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, pp. 133 ss.

³⁴ L'entrata in vigore e l'effettiva applicazione del Regolamento 883/2004 erano subordinate all'emanazione della relativa normativa di attuazione, circostanza verificatasi, come rilevato nel testo, con l'approvazione del successivo Regolamento 987/2009. È questo il motivo dell'intervallo di tempo non indifferente trascorso dall'emanazione del Regolamento 883/2004 alla sua effettiva entrata in vigore: sulla "lunga attesa" per l'emanazione della nuova normativa, S. GIUBBONI, *Cittadinanza e mercato nella disciplina comunitaria di sicurezza sociale. Spunti per un dibattito sul Regolamento n. 883 del 2004*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2005, pp. 223 ss. e in particolare nota 1 per ulteriori riferimenti ai primi commenti sull'emanazione del Regolamento 883/2004; su questo aspetto, si rimanda anche a S. GIUBBONI - G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 142 ss. Si noti come il nuovo regolamento 883/2004 era stato già modificato per la prima volta dal regolamento 988/2009, e dunque ancora prima della sua stessa entrata in vigore. Per una panoramica sintetica delle novità di maggior rilievo introdotte dalla nuova normativa, A. CASOTTI, - M. R. GHEIDO, *Distacco all'estero garantito per il lavoratore*, in *Il Sole 24Ore*, 10 maggio 2010.

membri e, dall'altro, una sempre maggiore tutela con riferimento alle condizioni di lavoro: tutto ciò al fine di garantire, in via riflessa, una migliore realizzazione di quello che è considerato uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea, vale a dire la libera circolazione dei cittadini³⁵. La (pressoché) integrale sostituzione dei previgenti Regolamenti si era resa necessaria al fine di conciliare la necessità di rispettare, ove possibile, le caratteristiche proprie dei diversi ordinamenti nazionali sulla tematiche della sicurezza sociale con quella di garantire, all'interno dell'Unione, la parità di trattamento rispetto alle diverse legislazioni³⁶, promuovendo altresì la mobilità dei lavoratori in ambito comunitario e facilitando la ricerca di un'occupazione nei diversi Stati membri³⁷. A questo proposito, nella parte in Considerando del Regolamento si afferma che le norme incluse nello stesso *“devono garantire alle persone che si spostano all'interno della Comunità [...] il mantenimento dei diritti e dei vantaggi acquisiti o in corso d'acquisizione”*³⁸.

L'emanazione del regolamento 883/2004 è stata definita *“una delle più incisive innovazioni sostanziali del diritto sopranazionale della sicurezza sociale”*³⁹. Si

³⁵ Sulla libera circolazione delle persone si rinvia, in generale, a M. CONDINAZZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003 e, con specifico riferimento alla Direttiva 38/2004 e all'affermazione del principio di cittadinanza, anche in rapporto con il Regolamento 883/2004, S. GIUBBONI, cit., pp. 225 ss. ove si rileva come le innovazioni in tema di coordinamento della normativa in materia di sicurezza sociale si siano inserite in un contesto già in evoluzione con riferimento, oltre che alla libera circolazione, anche ad altri aspetti quali, ad esempio, la libera prestazione di servizi. Si rileva come la stessa Direttiva 883/2004 si riferisca, al punto (1) dei Considerando, alla libera circolazione dei cittadini. Sul punto, si veda anche S. BORELLI, *Il campo di applicazione soggettivo della normativa comunitaria di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2005, p. 524 in particolare, ove l'Autore si sofferma sul rapporto tra la direttiva 38/2004 e l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo operato dal regolamento 883/2004.

³⁶ Il principio affermato dall'art. 4 del Regolamento. Si veda in argomento anche E. LIMARDO, cit., p. 100, ove si rilevava come *“la continua evoluzione degli ordinamenti dei singoli Stati membri che [...] riconoscono esplicitamente nuovi rischi e contestualmente nuove prestazioni da erogare ed una rinnovata mobilità dei cittadini comunitari [...] fanno riflettere sull'opportunità di una revisione”* del regolamento 1408/1971, il quale *“fatica sempre più a garantire una efficace copertura dai rischi a coloro che si spostano all'interno dell'Unione Europea”*: si veda in particolare la nota 4 per ulteriori riferimenti sulle proposte inizialmente avanzate dalla dottrina in relazione a possibili modifiche del citato regolamento 1408/1971.

³⁷ Si vedano i Considerando (4), (5) e (32) del regolamento 883/2004.

³⁸ Considerando (13) del regolamento 883/2004.

³⁹ S. GIUBBONI, cit., pp. 224 e 237 ss., con specifico riferimento all'estensione della disciplina di coordinamento anche a lavoratori che siano cittadini di Paesi extraeuropei ma residenti e impiegati in uno dei Paesi dell'Unione europea. Lo stesso Autore ha altresì rilevato come il Regolamento del

deve subito rilevare come l'entrata in vigore dei Regolamenti 883/2004 e 987/2009 non abbia comportato l'integrale abrogazione dei precedenti regolamenti 1408/1971 e 574/1972. Come precisato dall'art. 90, par. 1 del regolamento 883/2004, infatti, il regolamento 1408/1971 "*rimane in vigore e i relativi effetti giuridici sono mantenuti*" per quanto riguarda, tra l'altro, i rapporti fra Stati membri della Comunità e quelli dell'Area economica europea che non siano membri della Comunità stessa, nonché la sicurezza sociale dei cittadini di Stati extracomunitari che circolino in ambito comunitario⁴⁰. Anche l'INPS ha individuato alcune limitazioni all'applicazione dei nuovi Regolamenti (Paesi che hanno aderito all'Accordo SEE, vale a dire Finlandia, Liechtenstein e Norvegia, nonché Svizzera, Groenlandia e i Paesi terzi alle condizioni previste dal regolamento 859/2003, il quale individua le condizioni di estensione ai Paesi extracomunitari del regolamento 1408/1971)⁴¹.

In particolare, il legislatore europeo, nell'emanare il regolamento 883/2004, sembra aver tenuto conto di due distinte dinamiche evolutive dell'ordinamento comunitario con riferimento alle tematiche della sicurezza sociale: il principio di cittadinanza europea e quello di tutela delle libertà economiche nel mercato comune⁴². Quanto al primo aspetto (principio di cittadinanza europea) si rimanda a quanto si dirà tra breve con riferimento all'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo del regolamento, rilevando fin d'ora come l'ampliamento in senso universalistico operato dal regolamento stesso (che è applicabile ai

2004 ha raggiunto più un obiettivo di semplificazione che di vera modernizzazione: si veda S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 141 s., in particolare nota 5. Sull'estensione dell'ambito applicativo del regolamento 883/2004 anche a taluni cittadini extracomunitari, S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 182 ss.

⁴⁰ Sull'argomento, R. COSIO, R. FOGLIA, *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Milano, 2010, pp. 199 ss.

⁴¹ Circolare INPS 82/2010. Si veda, in argomento, anche la comunicazione del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali del 13 aprile 2010, che ha illustrato le novità della nuova disciplina e fornito taluni chiarimenti interpretativi in merito.

⁴² Si veda a questo proposito le dettagliate considerazioni di S. GIUBBONI, *cit.*, pp. 227 ss., ove anche altri riferimenti dottrinali; in particolare, si veda p. 228, ove si parla di "*logica compromissoria*" seguita dal legislatore europeo.

cittadini degli Stati membri e non più solo ai lavoratori) costituisce indubbiamente un elemento di modernizzazione e semplificazione della normativa⁴³.

Quanto invece al secondo aspetto (tutela delle libertà economiche e logica del mercato) è stato rilevato in dottrina come l'esigenza di dare piena attuazione ad un mercato comunitario senza frontiere interne non è stata sufficientemente sentita e non ha esercitato, per così dire, una sufficiente spinta innovativa, anche se sembra avere, in ogni caso, influenzato positivamente il generale sviluppo del sistema di coordinamento della sicurezza sociale⁴⁴, in parte già consolidato nella giurisprudenza comunitaria⁴⁵.

Venendo all'ambito applicativo, il regolamento 883/2004 distingue tra ambito di applicazione soggettivo o *ratione personae* e oggettivo o *ratione materiae*, disciplinando tali aspetti rispettivamente agli artt. 2 e 3. Quanto al primo ambito, l'art. 2 del Regolamento 883/2004 dispone che lo stesso troverà applicazione nei confronti di (i) cittadini di uno Stato membro, apolidi o soggetti ai quali sia stato attribuito lo *status* di rifugiato e che siano residenti in uno di tali Stati, i quali

⁴³ In questo senso, in dottrina, S. GIUBBONI, *op. cit.*, pp. 229 ss. e 241. L'Autore rileva, in particolare, come tale innovazione sia stata "*capace di imprimere al sistema di coordinamento una [...] dinamica di espansione, tendenzialmente [...] protesa oltre i confini del lavoro, autonomo e subordinato, per rivolgersi a tutti i soggetti inclusi nel sistema di protezione sociale*". Lo spostamento dell'accento dal concetto di *lavoratore* a quello di *cittadino* porta ad una evidente estensione dell'ambito applicativo *ratione personae* della disciplina. Nella previgente normativa la giurisprudenza della Corte di giustizia aveva precisato come la nozione di *lavoratore* dovesse ricavarsi non tanto dalle diverse legislazioni nazionali quanto dal diritto comunitario e intendersi in senso ampio: si vedano in questo senso, ad esempio, le risalenti pronunce della Corte di Giustizia, 19 marzo 1964, causa C-75/63, in *Raccolta*, 1964, p. 351 e 11 marzo 1965, causa C-31/64, in *Raccolta*, 1965, p. 108. Su questa pronuncia S. BORELLI, *op. cit.*, pp. 509 ss. (e pp. 527 ss. per alcune considerazioni sul principio di cittadinanza europea, anche in relazione alle tematiche della sicurezza sociale e con particolare riferimento al rilevante ruolo ricoperto dalla Corte di Giustizia).

⁴⁴ In questo senso S. GIUBBONI, *op. cit.*, pp. 235 ss. e 241.

⁴⁵ Ci si riferisce al filone giurisprudenziale inaugurato dalle Sentenze della Corte di giustizia (causa C-120/95, in *Raccolta*, 1998, p. 1831 e causa C-158/96, in *Raccolta*, 1998, p. 1935) con riferimento all'accesso transfrontaliero alle prestazioni sanitarie e di cura. Si veda a questo proposito M. FUCHS, *Il diritto di cura all'estero nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea: la prospettiva tedesca*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, pp. 623 ss. e S. GIUBBONI, *cit.*, pp. 235 ss. e in particolare nota 37 per ulteriori riferimenti dottrinali. Merita di essere richiamato, a questo proposito, il disposto dell'art. 20, par. 2 del Regolamento 883/2004, il quale subordina la concessione dell'autorizzazione alla prestazione di cure all'estero al fatto che tali cure "*figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui risiede l'interessato e se le cure non possono essergli praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della malattia*".

siano soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri, nonché ai loro familiari o superstiti, nonché (ii) superstiti di soggetti ai quali sia stata applicata la legislazione di uno o più Stati membri, indipendentemente dalla nazionalità di tali soggetti, qualora tali superstiti siano cittadini di uno Stato membro, apolidi o rifugiati residenti in uno di tali Stati⁴⁶.

L'ambito applicativo soggettivo del regolamento 883/2004 è dunque più esteso rispetto al previgente 1408/71, in quanto applicabile non solo ai lavoratori attivi e agli studenti, ma anche ai soggetti inattivi (per esempio, ai disoccupati non titolari di diritti ad un indennizzo), a condizione che siano stati soggetti alla legislazione di sicurezza sociale di uno Stato membro⁴⁷.

Come già rilevato poco sopra, l'ulteriore estensione dell'ambito applicativo soggettivo operata dal Regolamento rispetto alla previgente disciplina ha costituito un'innovazione di indubbia importanza⁴⁸ e tale *trend* espansivo - rispetto al quale la giurisprudenza della Corte di giustizia ha giocato certamente un ruolo di grande rilevanza - può essere definito uno dei tratti caratterizzanti della normativa comunitaria di tempo in tempo succedutasi con riferimento al tema della sicurezza sociale comunitaria.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo del regolamento 883/2004, il successivo art. 3 dello stesso, al par. 1, chiarisce che esso si estende a tutte le

⁴⁶ Si rileva a questo proposito che l'art. 8 del Regolamento, pur affermando che esso sostituisce ogni altra convenzione di sicurezza sociale applicabile tra Stati membri, fa salva l'applicazione di quelle convenzioni stipulate anteriormente all'1 maggio 2010 "*nella misura in cui siano più favorevoli ai beneficiari o discendano da circostanze storiche specifiche e i loro effetti siano limitati nel tempo*": si veda R. COSIO, R. FOGLIA, *op. cit.*, p. 200. Per un raffronto tra la disciplina del 1971 e quella in vigore a partire dal maggio 2010 di rimanda anche a S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 174 ss.

⁴⁷ Si veda a questo proposito la già citata già citata Circolare INPS 82/2010 (punto 5a in particolare).

⁴⁸ Diffusamente sull'ambito di applicazione soggettivo della normativa di coordinamento sulla sicurezza sociale prima dell'emanazione del Regolamento 883/2004, si vedano: G. ARRIGO, *op. cit.*, pp. 305 ss. e S. BORELLI, *op. cit.*, p. 510, ove si rileva, in particolare, come la nozione di lavoratore dovesse intendersi comunque in modo estensivo, comprensiva, ad esempio, anche dei soggetti che, dopo aver lasciato un impiego, fossero in condizione di occuparne un altro. In argomento anche L. GALANTINO, *op. cit.*, pp. 115 ss., ove anche i relativi riferimenti giurisprudenziali, nonché M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, pp. 138 ss. e E. LIMARDO, *op. cit.*, pp. 107 ss. e in particolare § 6.1 in relazione alla nozione di "lavoratore" rilevante ai fini dell'applicazione del regolamento 1408/1971.

legislazioni relative alla sicurezza sociale riguardanti i seguenti ambiti: prestazioni di malattia, di maternità e paternità assimilate, di invalidità, di vecchiaia, per i superstiti, per infortunio sul lavoro e malattie professionali⁴⁹, assegni in caso di morte, prestazioni di disoccupazione, di pensionamento anticipato e quelle familiari⁵⁰. La mancata estensione dell'ambito applicativo *ratione materiae* ad altri rilevanti ambiti, come ad esempio i regimi di previdenza complementare di fonte contrattuale collettiva, ovvero i sistemi di assistenza sociale e medica, non ha mancato di sollevare voci critiche in dottrina, che hanno parlato di “*progressi assai modesti e oggettivamente deludenti*” sotto tale aspetto⁵¹.

Quanto alla nozione di “*legislazioni relative alla sicurezza sociale*” di cui all'art. 3, par. 1 del regolamento 883/2004 (e, prima, all'art. 4, par. 1 del regolamento 1408/1971) appare opportuno riferirsi alla definizione dell'art. 1 lett. l) del medesimo regolamento 883/2004, per il quale tale definizione comprende “*in relazione a ciascuno Stato membro, le leggi, i regolamenti, le altre disposizioni*

⁴⁹ Sullo specifico tema delle prestazioni in caso di infortuni sul lavoro o malattie professionali, disciplinato dal Titolo III, Capitolo 1 del regolamento 883/2004, si rimanda all'analisi di G. CORSALINI, *Le prestazioni per infortuni sul lavoro e malattie professionali nel nuovo diritto comunitario (breve commento agli artt. 36-41, Reg. n. 883/2004)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, pp. 1912-1925, in particolare pp. 1915 ss.

⁵⁰ Per alcune osservazioni dell'ambito applicativo *ratione materiae* della normativa previgente, si veda S. BORELLI, *op. cit.*, pp. 513 ss. nonché (anche con riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia) L. GALANTINO, *op. cit.*, pp. 120 ss., M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, pp. 140 s. e E. LIMARDO, *op. cit.*, pp. 111 ss., ove si rileva come il Regolamento 1408/1971 non avesse tentato di definire cosa si dovesse intendere per “*prestazione di sicurezza sociale*” e come, in ogni caso, la giurisprudenza della Corte di giustizia avesse incoraggiato, nelle proprie pronunce, un'interpretazione estensiva di tale nozione, anche al fine di realizzare in modo compiuto la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione; si veda in particolare p. 113, note 52-57, per alcuni esempi di tale interpretazione estensiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Diffusamente sui rischi tutelati e sui settori esclusi dall'ambito di applicazione del regolamento 1408/1971, si rimanda anche a G. ARRIGO, *op. cit.*, pp. 310 ss., e in particolare p. 312 per alcune osservazioni di tenore critico rispetto all'originaria esclusione dei regimi complementari, giustificata avuto riguardo all'estrema eterogeneità degli ordinamenti dei diversi Stati membri, ma che avrebbe costituito, secondo l'Autore, un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.

⁵¹ In questo senso S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 230: l'Autore (p. 231) rileva, in particolare, come la mancata estensione dell'ambito di applicazione oggettivo del regolamento 883/2004 anche all'assistenza sociale sia stata probabilmente dovuta anche al timore del cosiddetto “*turismo sociale*”. In argomento si veda anche S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 187-191. Per alcune considerazioni maggiormente approfondite con riguardo all'ambito di applicazione oggettivo del previgente Regolamento 1408/1971 si rimanda, invece, a M. LA TERZA, *La pensione dei lavoratori migranti nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di Cassazione*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2008, pp. 432 ss. in particolare, ove anche i relativi riferimenti alla giurisprudenza comunitaria con riferimento a tale normativa.

*legali e ogni altra misura di attuazione riguardanti i settori di sicurezza sociale*⁵². Tale nozione è, evidentemente, assai ampia, essendo idonea a comprendere ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo adottato da uno Stato membro (sia da autorità nazionali sia da quelle di enti locali) ma non, per converso, *“le disposizioni contrattuali diverse da quelle che servono ad attuare un obbligo di assicurazione derivante dalle leggi e dai regolamenti”*⁵³.

Si rileva, inoltre, che per l'applicazione dei regolamenti 3/1958 sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti, 1408/1971 e 883/2004 è stata istituita una Commissione amministrativa con il compito di trattare ogni questione amministrativa e interpretativa derivante dall'applicazione di tali Regolamenti, senza però che i pareri di tale Commissione, la quale non può adottare atti di carattere normativo, possano pregiudicare il diritto delle persone a ciò legittimate ad adire le competenti autorità giudiziarie secondo gli ordinamenti dei diversi Stati membri⁵⁴.

Infine, si rileva come il regolamento 987/2009 reca, come si è già anticipato, le norme attuative del regolamento 883/2004: le disposizioni di tale Regolamento attuativo saranno di volta in volta richiamate, ove rilevanti, nei paragrafi successivi.

⁵² Per ulteriori osservazioni sulla nozione di “legislazione relativa alla sicurezza sociale” - seppure con riferimento alla definizione di cui all’art. 1 lett. j) del previgente regolamento 1408/1971 (ove si faceva riferimento a *“le leggi, i regolamenti, le disposizioni statutarie e ogni altra misura di applicazione, esistenti o future, concernenti i settori e i regimi di sicurezza sociale”*) - si rimanda a G. ARRIGO, *op. cit.*, pp. 315 ss., ove anche taluni riferimenti giurisprudenziali in materia.

⁵³ Per completezza, si segnala che ai sensi dell’art. 9 del regolamento 883/2004, gli Stati membri devono notificare per iscritto alla Commissione europea le “legislazioni” di cui all’art. 3 del Regolamento stesso, il che consente di ovviare, almeno in parte, alle difficoltà nella determinazione degli atti legislativi o regolamentare che rientrino nella stessa definizione di “legislazione”. Le dichiarazioni degli Stati membri erano d’obbligo anche ai sensi della previgente normativa (art. 5 del regolamento 1408/1971) e la dottrina (G. ARRIGO, *op. cit.*, p. 316) ne aveva constatato la natura meramente dichiarativa, con la conseguenza che la mancata notifica di un provvedimento non poteva - di per se stessa - comportare l’esclusione dello stesso dalla nozione di “legislazione” di uno Stato membro ai sensi del diritto comunitario.

⁵⁴ Sul punto R. COSIO, R. FOGLIA, *op. cit.*, pp. 200 ss.

2.2. La legge applicabile ai sensi del Regolamento 883/2004: il principio di territorialità (*lex loci laboris*), le sue eccezioni e l'estensione del periodo rilevante ai fini del distacco.

Gli artt. da 11 a 16 del regolamento 883/2004 contengono le disposizioni relative alla determinazione della legge applicabile alle fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento stesso. Il principio generale affermato dall'art. 11, par. 1 (e presente anche nel previgente art. 13, par. 1 del regolamento 1408/1971⁵⁵) prevede il principio secondo cui le persone alle quali si applica il Regolamento devono essere soggette alla legge di un solo Stato membro: si vuole così evitare la contemporanea applicabilità di più leggi nazionali in relazione ad un unico rapporto di lavoro. La lett. a) del par. 3 del medesimo art. dispone che la legge applicabile ad un lavoratore subordinato o autonomo è, salve le eccezioni di cui si dirà nel prosieguo, quella del luogo di esercizio della relativa attività (*lex loci laboris*)⁵⁶. Il principio di unicità della legge applicabile e quello di territorialità erano peraltro, come si è accennato in precedenza, già tra i capisaldi del previgente regolamento 1408/1971⁵⁷ e tali sono rimasti anche nella nuova disciplina in vigore dal maggio del 2010⁵⁸.

Passando all'illustrazione delle norme particolari che riguardano il distacco di lavoratori, è opportuno premettere, come rilevato anche in dottrina con riferimento al previgente regolamento 1408/1971, che non rientrano nella nozione di distacco, poiché regolate dall'art. 13 del regolamento 883/2004, le ipotesi di attività lavorativa prestata in due o più Stati membri, alle quali si accennerà sinteticamente nel prosieguo⁵⁹.

⁵⁵ Per alcune annotazioni sul principio di unicità della legge applicabile come riconosciuto dal Regolamento 1408/1971, si veda E. LIMARDO, cit., pp. 106 ss.

⁵⁶ Si veda, in relazione alle corrispondenti norme del regolamento 1408/1971, R. COSIO, R. FOGLIA, *op. cit.*, pp. 202 s. e nota 17 in particolare.

⁵⁷ Si veda, in argomento, G. ARRIGO, *op. cit.*, pp. 324 ss.

⁵⁸ Diffusamente sull'art. 11 del regolamento 883/2004, e anche per un raffronto con i criteri di determinazione della legge applicabile al rapporto di lavoro contenuti nell'art. 8 del Regolamento 593/2008 (c.d. Roma I), si veda F. MARONGIU BUONAIUTI, *op. cit.*, pp. 538 ss.

⁵⁹ R. COSIO, R. FOGLIA, *op. cit.*, pp. 203 e 212 ss., ove si pone l'accento anche sulla differenza tra la disciplina del distacco rilevante ai fini del diritto del lavoro e quella applicabile per il diritto della previdenza sociale.

Tanto premesso, e precisato che non si intende in questa sede procedere ad un'esposizione sistematica di tutte le regole particolari per la determinazione della legge applicabile e le eccezioni al principio della *lex loci laboris*⁶⁰ - contenute negli artt. da 11 a 16 del Regolamento - si ritiene necessario richiamare e sinteticamente illustrare qui di seguito le norme speciali relative al distacco di lavoratori subordinati o autonomi, contenute nell'art. 12, par. 1 e 2 del Regolamento, che introducono talune innovazioni rispetto alla previgente disciplina. Il par. 1 dell'art. 12 citato, sostituito dall'art. 1 del recente regolamento 465/2012, prevede che al lavoratore subordinato distaccato in un Paese diverso da quello di provenienza (ove il datore di lavoro esercita abitualmente la propria attività) si applichi la legge dello stesso Paese di provenienza qualora la durata prevedibile del distacco non superi i ventiquattro mesi e che l'attività non sia svolta in sostituzione di altro lavoratore distaccato⁶¹. È questa l'eccezione forse di maggior rilevanza al principio della *lex loci laboris* stabilito dall'art. 11 dello stesso Regolamento.

Anche il successivo par. 2 dell'art. 12 in esame prevede, anche con riferimento ai fenomeni di distacco di lavoratori autonomi ed innovando rispetto alla previgente disciplina, che la legge applicabile sia quella del Paese di provenienza nel caso in cui la durata prevedibile del distacco non superi i ventiquattro mesi, purché il lavoratore autonomo si rechi all'estero per svolgere un'attività affine a quella esercitata nello stesso Stato di provenienza.

Tali regole speciali possono, a loro volta, subire due eccezioni. La prima è prevista dall'art. 14, par. 1 del Regolamento, il quale prevede un'eccezione

⁶⁰ Si veda, per una panoramica sia della disciplina previgente sia di quella prevista dal Regolamento 883/2004, S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 151 ss.

⁶¹ L'art. 14 del Regolamento attuativo 987/2009, ai par. 1 e 2, precisa (i) che la nozione di lavoratore distaccato include anche “una persona assunta nella prospettiva di tale distacco in un altro Stato membro, purché, immediatamente prima dell'inizio del rapporto di lavoro in questione, la persona interessata fosse già soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro è stabilito”, (ii) che per datore di lavoro che esercita abitualmente un'attività in uno Stato membro “si intende un datore di lavoro che svolge normalmente attività sostanziali, diverse dalle mere attività di gestione interna, nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito, tenendo conto di tutti i criteri che caratterizzano le attività dell'impresa in questione” e (iii) che “i criteri applicati devono essere adatti alle caratteristiche specifiche di ciascun datore di lavoro e alla effettiva natura delle attività svolte”.

all'eccezione (e, dunque, l'applicazione della *lex loci laboris*) in materia di assicurazione volontaria e facoltativa continuata, salvi i casi nei quali nello Stato membro di provenienza del lavoratore non esista soltanto un regime di assicurazione volontaria. La seconda eccezione è prevista dall'art. 16, par. 1 del Regolamento, a norma del quale due o più Stati membri - tramite le relative autorità competenti o organismi designati - possono prevedere eccezioni alle regole degli artt. da 11 a 15 del Regolamento stesso, ma solo limitatamente ad alcune persone o categorie di persone⁶². A tale proposito, è rilevante la Comunicazione del 13 maggio 2010 del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, la quale dispone che, come già previsto con riferimento all'art. 17 del regolamento 1408/1971 (di contenuto analogo all'art. 16 in commento), la competenza in materia rimane attribuita alle Direzioni Regionali INPS. Anche il periodo del distacco potrà dunque essere prorogato, alle condizioni appena illustrate, oltre i ventiquattro mesi, senza che peraltro sia indicato il periodo massimo di esenzione contributiva⁶³.

Le norme di cui all'art. 12 del regolamento 883/2004 contengono dunque un'innovazione di grande rilievo, nella misura in cui estendono il periodo rilevante ai fini del distacco dal punto di vista della sicurezza sociale da dodici⁶⁴ a ventiquattro mesi: il mantenimento del regime contributivo del Paese di provenienza, con eccezione al principio di territorialità che impone l'applicazione

⁶² In argomento si veda, con riferimento all'analogia deroga prevista dall'art. 17 del previgente regolamento 1408/1971, R. COSIO, R. FOGLIA, cit., p. 212. Gli Autori - richiamata una decisione della Corte di giustizia (sentenza 17 maggio 1984, causa C-101/83, *Raad Van Arbeid c. P.B. Brusse*, in *Raccolta*, 1983, pp. 2223 ss. in particolare parr. 17, 20 e 21) che riconosce la possibilità di deroga nelle ipotesi in cui le autorità competenti ritengano che particolari situazioni vadano risolte con criteri diversi da quelli normalmente applicabili e qualora tali deroghe siano previste nell'interesse di alcuni lavoratori - sottolineano come nulla sembri ostare al fatto che tali deroghe possano avere efficacia non solo in relazione a situazioni future, ma anche *ex tunc*, stante la natura derogatoria della norma in questione la quale potrebbe, come tale, avere non solo una funzione preventiva, ma anche l'obiettivo di sanare una situazione pregiudizievole già verificatasi.

⁶³ Si rimanda alla Comunicazione del 13 maggio 2010 del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali per taluni riferimenti alla nuova modulistica da utilizzare nelle ipotesi di distacco.

⁶⁴ Il previgente regolamento 1408/1971 all'art. 14, par. 1, lett. a), ii) prevedeva altresì che il periodo di base di dodici mesi di distacco durante il quale al lavoratore continuava ad essere applicata alla legislazione dello stato membro di invio potesse essere esteso ove la prestazione da effettuare da parte del lavoratore distaccato avesse ecceduto tale termine per motivi imprevedibili, purché vi fosse il consenso dell'autorità competente o dell'organismo a ciò designato nello Stato membro del distacco.

della *lex loci laboris*, implica anche l'esonero, per tale periodo, dal versamento dei contributi all'estero, nel Paese ove il distacco è effettuato. Resta invece fermo, rispetto alla normativa previgente, l'obbligo di comunicazione, da espletarsi “*se possibile preventivamente*” alle competenti istituzioni dello Stato membro la cui legislazione risulta applicabile: tale obbligo è ora previsto dall'art. 15 del regolamento 987/2009.

Tra le norme particolari per la determinazione della legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale che derogano in parte al principio della *lex loci laboris*, appare infine opportuno richiamare, seppure per sommi capi (in quanto, come detto precedentemente, tale ipotesi non rientra nella fattispecie di distacco), il dettato dell'art. 13 del regolamento 883/2004, come modificato dal regolamento 465/2012, che disciplina i casi di esercizio abituale di attività subordinata o autonoma in due o più Stati membri⁶⁵. Tale norma individua la legislazione applicabile in quella dello Stato di residenza del lavoratore autonomo o subordinato, qualora una parte sostanziale dell'attività sia svolta in tale Stato membro. Alternativamente, per i lavoratori subordinati o autonomi che non esercitino la parte sostanziale dell'attività nello Stato di residenza, sono previsti, in via subordinata, tre ulteriori criteri di individuazione della legge applicabile per i lavoratori subordinati⁶⁶ e un ulteriore criterio per i lavoratori autonomi⁶⁷. In entrambi i casi è particolarmente rilevante la nozione di “parte sostanziale di un'attività subordinata o autonoma” che è definita dall'art. 14, par. 8 del

⁶⁵ Si veda R. COSIO, R. FOGLIA, *op. cit.*, pp. 214 s.

⁶⁶ In particolare, è prevista l'applicazione della legge (i) dello Stato membro nel quale hanno la propria sede legale o il domicilio l'impresa (o le imprese) o il datore (o i datori) di lavoro di cui il lavoratore è alle dipendenze, se essi (se due o più) hanno tale sede legale o domicilio nello stesso Stato membro, ovvero (ii) dello Stato membro - diverso da quello di residenza del lavoratore - nel quale hanno la propria sede legale o il domicilio l'impresa o il datore di lavoro dei quali il lavoratore è alle dipendenze, qualora tali imprese o datori di lavoro abbiano sede legale o domicilio in Stati membri diversi, di cui uno sia quello di residenza del lavoratore, ovvero, in via subordinata, (iii) dello Stato membro di residenza del lavoratore, qualora questi sia alle dipendenze di due o più imprese o datori di lavoro, almeno due dei quali abbiano la propria sede legale o domicilio in Stati membri diversi da quello di residenza del lavoratore stesso.

⁶⁷ Tale criterio alternativo consiste nell'applicazione della legge dello Stato membro nel quale si trova il centro di interessi dell'attività del lavoratore autonomo, qualora questi non risieda in uno degli Stati membri nel quale esercita la parte sostanziale della propria attività. Per ulteriori considerazioni sull'art. 13 del regolamento 883/2004 si veda, ad esempio, F. MARONGIU BUONAIUTI, *op. cit.*, pp. 555 ss.

regolamento attuativo 987/2009 come la “*parte quantitativamente sostanziale dell’insieme delle attività del lavoratore subordinato o autonomo, senza che si tratti necessariamente della parte principale di tali attività*”. La stessa norma individua i criteri in base ai quali una parte sostanziale dell’attività può considerarsi svolta in un determinato Stato membro, precisando che “*nel quadro di una valutazione globale, una quota inferiore al 25% di detti criteri è un indicatore del fatto che una parte sostanziale delle attività non è svolta nello Stato membro in questione*”⁶⁸.

2.3. I principi generali più rilevanti nel Regolamento 883/2004: la parità di trattamento, il principio dell’esportabilità delle prestazioni, la totalizzazione dei periodi contributivi e il relativo divieto di cumulo.

Dopo aver illustrato le coordinate fondamentali del nuovo regolamento 883/2004, il relativo ambito di applicazione e il principio di territorialità (e le relative eccezioni rilevanti, soprattutto in relazione alle fattispecie di distacco), appare ora opportuno soffermarsi sugli altri principi generali dello stesso regolamento.

Il primo principio che viene in rilievo costituisce uno dei capisaldi anche del previgente regolamento 1408/1971: si tratta del principio della parità di trattamento, o di non discriminazione. Tale principio, già sancito dall’art. 12 del Trattato di Roma, dall’art. 21 della Carta di Nizza e dall’art. 3 del regolamento 1408/1971⁶⁹, trova ora riconoscimento, in relazione alle tematiche della sicurezza sociale, nell’art. 4 del regolamento 883/2004, il quale afferma che “*salvo quanto previsto dal presente Regolamento, le persone alle quali si applica il presente Regolamento godono delle stesse prestazioni e sono soggette agli stessi obblighi di cui alla legislazione di ciascuno Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato*”. Tale principio comporta, come è evidente, una equiparazione assoluta tra il lavoratore residente in uno Stato membro e quello

⁶⁸ Tali criteri sono l’orario di lavoro e la retribuzione per i lavoratori subordinati e il fatturato, l’orario di lavoro, il numero di servizi prestati e il reddito per i lavoratori autonomi.

⁶⁹ Per alcune considerazioni più approfondite sul principio di parità di trattamento nel previgente regolamento 1408/1971 si veda, *inter alia*, E. LIMARDO, *op. cit.*, pp. 103 s.

che provenga da un diverso Stato membro. La parità di trattamento, salvo eccezioni previste dallo stesso regolamento 1408/1971, copre dunque tutti gli eventi rilevanti ai fini della sicurezza sociale, in modo che ogni *cittadino* (si badi bene, non più solo ogni *lavoratore*, come nel previgente regolamento del 1971) di un altro Paese membro potrà beneficiare della normativa e delle tutele previste da altro Stato membro nel quale si rechi a svolgere un'attività lavorativa.

La portata del principio di non discriminazione è assai ampia (ancor più considerando l'estensione dell'ambito applicativo soggettivo operata dal regolamento del 2004 che si sta commentando), tanto da includere anche il divieto delle discriminazioni cosiddette indirette⁷⁰. Un ruolo rilevante in questo senso è stato certamente ricoperto dalla giurisprudenza comunitaria, che ha, ad esempio, ritenuto illegittime, rispettivamente, una norma nazionale che imponeva l'utilizzo esclusivo della lingua ufficiale dello Stato membro in questione per la redazione di una domanda di assunzione⁷¹ e una disposizione che poneva in capo ai cittadini stranieri (ma non a quelli nazionali) un obbligo di residenza nello Stato stesso quale condizione per l'erogazione di una determinata prestazione non contributiva⁷².

Può essere forse considerato un corollario del principio non discriminazione appena descritto quello di cui all'art. 7 del regolamento 883/2004, che prevede l'esportabilità delle prestazioni tramite l'abolizione delle clausole di residenza e dispone - anche in questo caso salvo eccezioni - che *“le prestazioni in denaro*

⁷⁰ La Corte di Giustizia, con sentenza 6 dicembre 1977, causa C-55/77, in *Raccolta*, 1977, p. 2327 ha rilevato, in generale e non solo con riferimento alla sicurezza sociale, come la forza vincolante del diritto comunitario non possa subire variazioni sulla base della legislazione interna di uno Stato membro senza che la stessa efficacia dello stesso diritto comunitario sia messa a repentaglio.

⁷¹ Si fa riferimento alla già citata sentenza della Corte di giustizia, 6 dicembre 1977, causa 55/77, in *Raccolta*, 1977, p. 2327, che ha affermato perentoriamente come *“le autorità degli Stati membri [debbano] accettare, nonostante qualsiasi disposizione eventualmente divergente o contraria della loro legislazione nazionale, ogni richiesta ed ogni altro documento [che si riferiscano all'applicazione del Regolamento 1408/1971] redatti in una lingua ufficiale di un altro Stato membro, senza alcuna facoltà di stabilire in proposito distinzioni in ragione della cittadinanza o della residenza delle persone interessate”*.

⁷² In questo senso la sentenza della Corte di Giustizia 27 marzo 1985, causa 249/83, in *Raccolta*, 1985, p. 973, secondo la quale una prestazione che garantisca un livello minimo di mezzi di sussistenza costituisce un vantaggio sociale che come tale *“non può essere subordinata alla condizione di aver risieduto effettivamente nel territorio di uno Stato membro durante un periodo determinato, qualora lo stesso obbligo non sia imposto ai cittadini di tale Stato membro”*.

dovute a titolo della legislazione di uno o più Stati membri o del presente Regolamento non sono soggette ad alcuna riduzione, modifica, sospensione, soppressione o confisca per il fatto che il beneficiario o i familiari risiedono in uno Stato membro diverso da quello in cui si trova l'istituzione debitrice". Anche questa norma era presente nel previgente regolamento 1408/1971⁷³, ma anche in questo caso la disposizione oggi in vigore ha una portata più ampia, in quanto l'art. 10 del citato regolamento del 1971 prevedeva che analogo divieto valesse solo per "le prestazioni in denaro per invalidità, vecchiaia o ai superstiti, le rendite per infortunio sul lavoro o per malattia professionale e gli assegni in caso di morte" e non, come l'art. 7 citato, per ogni prestazione in denaro⁷⁴.

L'abolizione delle clausole di residenza, che dovevano e debbono tuttora considerarsi come non apposte, ha come effetto la possibile trasferibilità delle prestazioni economiche di sicurezza sociale, da erogarsi con le stesse modalità indipendentemente dallo Stato membro di residenza del soggetto interessato (ovviamente tali clausole non troveranno applicazione nel caso in cui il soggetto interessato stabilisca la propria residenza in un Paese extracomunitario).

Il vigente regolamento 883/2004 prevede inoltre, all'art. 70, par. 3, la non applicazione dell'art. 7 alle prestazioni di carattere non contributivo⁷⁵, con la precisazione - desumibile anche dal Considerando (37) del medesimo Regolamento del 2004 - secondo cui tale deroga è da interpretarsi in modo restrittivo ed è applicabile solo alle ipotesi previste dal citato art. 70, par. 2⁷⁶.

⁷³ Sulla trasferibilità delle prestazioni (e sul principio di revoca delle clausole di residenza) nella disciplina del regolamento 1408/1971, si veda G. ARRIGO, *op. cit.*, pp. 334 ss. Sul principio della parità di trattamento nelle discipline del 1971 e del 2004 si rimanda anche a S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 149 s.

⁷⁴ Si veda anche, in argomento, S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 166 ss.

⁷⁵ Il previgente regolamento 1408/1971 prevedeva all'art. 10-bis (introdotto dal regolamento 124/1992) una rilevante deroga al principio esposto nel testo, nella misura in cui disponeva che le prestazioni a carattere non contributivo fossero soggette al principio di totalizzazione solo se il relativo godimento risultasse condizionato alla residenza del soggetto interessato nel Paese membro che ne riconoscesse il diritto. Sul punto si veda anche M. LA TERZA, *op. cit.*, pp. 444 s.

⁷⁶ Tale norma definisce le prestazioni di carattere non contributivo come quelle:

“a) intese a fornire:

i) copertura in via complementare, suppletiva o accessoria dei rischi corrispondenti ai settori di sicurezza sociale di cui all'articolo 3, paragrafo 1, e a garantire, alle persone interessate, un

Una, seppur sintetica, menzione merita il disposto dell'art. 64 del regolamento 883/2004 in relazione all'esportabilità delle prestazioni previdenziali nei casi di disoccupazione e alle limitazioni in relazione al periodo di tempo per il quale il beneficiario può percepire la relativa indennità. In maniera simile a quanto disponeva l'art. 69 del regolamento 1408/1971, infatti, il citato art. 64 prevede che il soggetto che si rechi in un Paese membro diverso da quello di residenza e che si trovi in stato di disoccupazione completa potrà beneficiare delle relative prestazioni economiche se si rechi nello Stato membro estero alla ricerca di una nuova occupazione, purché siano soddisfatti taluni requisiti⁷⁷. Tale soggetto avrà diritto alle relative prestazioni per un periodo che, in ogni caso, non potrà superare la durata di tre mesi *“a decorrere dalla data in cui il disoccupato ha cessato di essere a disposizione degli uffici del lavoro dello Stato membro che ha lasciato, purché la durata totale dell'erogazione delle prestazioni non superi la durata complessiva del periodo in cui ha diritto alle prestazioni a norma della legislazione di tale Stato membro”*.

reddito minimo di sussistenza in relazione al contesto economico e sociale dello Stato membro interessato;

oppure

ii) unicamente la protezione specifica dei portatori di handicap, strettamente collegate al contesto sociale del predetto soggetto nello Stato membro interessato; e

b) relativamente alle quali il finanziamento deriva esclusivamente dalla tassazione obbligatoria intesa a coprire la spesa pubblica generale e le condizioni per la concessione e per il calcolo della prestazione, non dipendono da alcun contributo da parte del beneficiario. Tuttavia, le prestazioni concesse ad integrazione della prestazione contributiva non sono da considerare prestazioni contributive per questo solo motivo; e

c) sono elencate nell'allegato X”.

L'allegato X al regolamento 883/2004, a propria volta, precisa quali prestazioni vadano considerate a carattere non contributivo negli ordinamenti dei diversi Stati membri. Relativamente all'ordinamento italiano, sono dunque incluse nell'elenco le seguenti prestazioni: pensioni sociali per persone sprovviste di reddito (legge 153 del 30 aprile 1969); pensioni, assegni e indennità per i mutilati e gli invalidi civili (leggi 118 del 30 marzo 1971, 18 dell'11 febbraio 1980 e 508 del 23 novembre 1988); pensioni e indennità per i sordomuti (leggi 381 del 26 maggio 1970 e 508 del 23 novembre 1988); pensioni e indennità per i ciechi civili (leggi 382 del 27 maggio 1970 e 508 del 23 novembre 1988); integrazione delle pensioni al trattamento minimo (leggi 218 del 4 aprile 1952, 638 dell'11 novembre 1983 e 407 del 29 dicembre 1990); integrazione dell'assegno di invalidità (legge 222 del 12 giugno 1984); assegno sociale (legge 335 dell'8 agosto 1995) e maggiorazione sociale (art. 1, commi 1 e 12 della legge 544 del 29 dicembre 1988 e successive modifiche e integrazioni).

⁷⁷ Il lavoratore deve essere stato iscritto, prima della partenza, ai competenti uffici del lavoro quale soggetto richiedente un'occupazione per almeno quattro settimane dopo l'inizio della disoccupazione (tali uffici possono comunque autorizzare la partenza anche prima che sia decorso tale periodo di tempo) ed effettuare un'analogha iscrizione (e sottoporsi ai relativi controlli) presso gli uffici del lavoro dello Stato membro in cui si reca.

L'ultimo (non però in ordine di importanza, dato che è considerato una diretta emanazione dell'art. 42 del Trattato CE) principio che sembra utile menzionare e illustrare nell'ambito di questa, seppur sintetica, panoramica sul regolamento 883/2004 è quello della totalizzazione dei periodi contributivi. Anche questo principio costituiva già una delle colonne portanti del previgente regolamento 1408/1971 (al relativo art. 18⁷⁸) ed è attualmente recepito dall'art. 6 del regolamento 883/2004. Il principio di totalizzazione dei periodi consiste nel fatto che l'istituzione di uno Stato membro che subordina l'acquisizione, il mantenimento, la durata o il recupero del diritto alle prestazioni, l'ammissione al beneficio di una legislazione o l'accesso alle assicurazioni obbligatorie, facoltative continuate o volontarie o l'esercizio di tali assicurazioni alla maturazione di determinati periodi assicurativi, occupazionali o di residenza, deve tenere conto anche di eventuali, analoghi periodi già maturati dal lavoratore interessato ai sensi della legislazione di ogni altro Stato membro *“come se si trattasse di periodi maturati sotto la legislazione che essa applica”*⁷⁹.

Analogamente a quanto avveniva con il regolamento 574/1972 (al relativo art. 15) di applicazione del regolamento 1408/1971⁸⁰, anche l'art. 12 del regolamento 97/2009 prevede che *“i rispettivi periodi di assicurazione, di attività subordinata, di attività autonoma o di residenza maturati sotto la legislazione di uno Stato membro si aggiungono a quelli maturati sotto la legislazione di qualsiasi altro Stato membro, nella misura necessaria ai fini dell'applicazione dell'articolo 6 del Regolamento di base, a condizione che tali periodi non si sovrappongano”* (divieto di cumulo dei periodi).

⁷⁸ Si veda in argomento E. LIMARDO, *op. cit.*, pp. 105 s. Per un raffronto tra la disciplina di cui al regolamento 1408/1971 e del regolamento 883/2004, si veda anche S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 160 ss.

⁷⁹ Si noti che il principio di totalizzazione dei periodi ai fini della sicurezza sociale deriva direttamente dall'art. 42 del Trattato CE, il quale disponeva che il Consiglio dovesse adottare *“in materia di sicurezza sociale le misure necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori, attuando in particolare un sistema che consenta di assicurare ai lavoratori migranti e ai loro aventi diritto: a) il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni, sia per il calcolo di queste, b) il pagamento delle prestazioni alle persone residenti nei territori degli Stati membri”*.

⁸⁰ Sul divieto di cumulo nella disciplina previgente (regolamento 1408/1971) G. ARRIGO, *op. cit.*, pp. 330 ss. e, anche con i relativi riferimenti giurisprudenziali, M. LA TERZA, *op. cit.*, pp. 436 s.

Il soggetto interessato, una volta ottenuta la totalizzazione dei periodi con i criteri che si sono sinteticamente illustrati, sarà legittimato a ricevere le prestazioni previdenziali cui ha diritto da parte dei diversi Stati membri coinvolti, i quali saranno tenuti a tali pagamenti proporzionalmente e secondo un criterio parametrato alla durata dei periodi maturati dall'avente diritto nei diversi Paesi membri (regola della prorataizzazione). Tale sistema di prorataizzazione non fa venire meno l'unicità della prestazione cui l'interessato ha diritto, con la conseguenza pratica che quest'ultimo potrà richiedere le prestazioni dovute alle competenti autorità dello Stato membro la cui legislazione è applicabile, essendo onere di dette autorità rivalersi successivamente sulle omologhe istituzioni degli altri Paesi membri coinvolti⁸¹.

⁸¹ I principi in materia sono disciplinati dall'art. 52 del regolamento 883/2004. Per ulteriori riferimenti al meccanismo di calcolo *pro rata* delle pensioni di vecchiaia e di anzianità ai sensi del previgente regolamento 1408/1971, si rimanda a M. LA TERZA, *op. cit.*, pp. 434 ss.

CAPITOLO III

LA DIRETTIVA 96/71/CE E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA. ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE.

1. Premessa.

La direttiva 96/71/CE del parlamento europeo e del consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (di seguito detta anche “*direttiva-distacco*”) si propone di disciplinare il distacco temporaneo dei lavoratori in uno Stato membro, da parte di imprese con sede in un altro Stato membro.

Essa costituisce la concretizzazione di quanto affermato dalla Commissione Europea nel “Programma d'azione relativo all'attuazione della carta dei diritti sociali fondamentali del 1989” nel quale era stata preannunciata una “*proposta di strumento comunitario sulle condizioni di lavoro applicabile lavoratori di fatto di accoglienza svolgono lavori nell'ambito delle prestazioni di servizi, in particolare per conto dell'impresa subappalto*”¹.

L'esigenza di un tal tipo di disciplina era ben nota al legislatore comunitario il quale, sin dall'adozione dei primi atti legislativi disciplinanti la libera circolazione dei lavoratori, si era premurato di sottolineare che quest'ultima dovesse essere considerata un diritto fondamentale² da riconoscersi “*indistintamente ai lavoratori «permanenti», stagionali e frontalieri o a quelli che esercitano la loro attività in occasione di una prestazione di servizi*”³.

Sulla scorta di ciò, la direttiva n. 68/360/CEE “*relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati Membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità*” aveva previsto che anche al

¹ Cfr. Programma d'azione, parte II, sez. 4B.

² Secondo il III considerando del Reg. 1612/1968 “*la libera circolazione costituisce per i lavoratori e per le loro famiglie un diritto fondamentale*”.

³ Così il IV considerando del Reg. 1612/1968.

lavoratore che fosse alle dipendenze “*di un prestatore di servizi*” dovesse essere riconosciuto il diritto all’ottenimento della carta di soggiorno⁴ e che ai lavoratori che avessero esercitato un’attività di durata prevista non superiore a tre mesi (e dunque, in concreto, ai lavoratori distaccati o stagionali) dovesse essere assicurato il diritto al soggiorno sul territorio senza nemmeno che fosse necessario il rilascio della carta di soggiorno⁵.

Preciso era stato l’intervento anche nel campo della sicurezza sociale: il reg. n. 1408/71 “*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*” aveva fin da subito previsto una regola *ad hoc* per i lavoratori distaccati⁶, i quali potevano rimanere soggetti alla legislazione del Paese di appartenenza a condizione che la durata prevedibile del distacco non avesse superato i dodici mesi e che non fossero stati inviati “*in sostituzione di un’altra persona giunta al termine del suo periodo di distacco*”⁷.

Sebbene il tema del distacco fosse stato previsto – prima dell’entrata in vigore della direttiva – in tutta una serie di norme inerenti la libera circolazione dei lavoratori, lo stesso strumento comunitario appena citato trae però il proprio

⁴ Si veda art. 6.3 della direttiva n. 68/360/CEE. I requisiti per l’ottenimento della carta di soggiorno sono descritti all’art. 4.3. della stessa.

⁵ Si veda l’art. 8 della direttiva n. 68/360/CEE.

⁶ Quella generale, sancita dall’art. 13.2 lett. a) del Reg. 1408/71 prevedeva che “*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*”.

⁷ Si veda art. 14.1 lett. a) del Reg. 1408/71 che, peraltro seguiva a specificare alla lett. b) che “*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 l’interessato è distaccato o l’organismo designato da tale autorità abbia dato il proprio accordo*” ulteriormente poi precisando che “*tale accordo deve essere richiesto prima della fine del periodo iniziale di dodici mesi*” e che, in ogni caso “*tale accordo non può essere dato per un periodo superiore a dodici mesi*”.

fondamento giuridico nelle norme dell'odierno Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che regolano la libera prestazione di servizi⁸.

In conseguenza del proprio fondamento giuridico appare evidente che la direttiva costruisca - pur muovendo dall'intento di “*definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nel paese ospite il datore di lavoro che distacca dipendenti a svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro dove vengono prestati i servizi*” e di creare, a prescindere dalla durata del distacco “*un «nocciolo duro» di norme protettive chiaramente definite*” – più uno strumento di natura economica e della concorrenza che uno strumento sociale.

Sebbene la scelta della base giuridica sia sembrata ai più paradossale⁹, essa, a parere di chi scrive, ha due spiegazioni. La prima, di carattere metodologico, muove dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, nei primi anni novanta, si era sviluppata a causa del mancato raccordo di alcune normative lavoristiche

⁸ Tuttavia va notato che il considerando n. 1 della direttiva prende in esame anche la libera circolazione delle presone. Ad ogni buon conto, il fatto che tale Direttiva non costituisca affatto uno strumento di armonizzazione delle normative di tutela del lavoro, bensì un mezzo per la determinazione della disciplina applicabile ai distacchi transnazionali di lavoratori, in funzione della rimozione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi, è stato evidenziato da molti autori. Si vedano M. BIAGI, *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, n. 3, p. 6; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2002, p. 123; P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro. 2-L'ordinamento europeo*, Roma-Bari, 2005, p. 180; G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”*, Catania, 2006, n. 45, p. 28; M.A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union Européenne*, in *Journal du droit international*, 1996, p. 890 che ha definito la direttiva 96/71/CE una “*Directive est plus [...] une directive économique q'une directive sociale*”

⁹ Si veda M.A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union Européenne*, cit., p. 891; P. DAVIES, *Posted workers: single market or protection of national labour law system?* in *Common Market Law Review*, 1997 pp. 573 ss. che, riferendosi a una direttiva che si prefigge lo scopo di aumentare la tutela delle condizioni dei lavoratori attuata mediante lo strumento della libera circolazione dei servizi, parla di un *puzzle*; G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi di tutela della concorrenza: incoerente e contraddizioni della direttiva n. 71 del 1996*, in *Argomenti di diritto del lavoro* 1999, pp. 467 – 468.

nazionali non tanto con i principi della libera circolazione dei lavoratori, quanto, giustappunto, con quelli della libera circolazione dei servizi. La seconda, di carattere estremamente pratico, muove dalla constatazione che se la direttiva avesse dovuto essere adottata sulla base di quelle norme di politica sociale che erano allora contenute nell'apposito Protocollo allegato al trattato di Maastricht¹⁰, essa non solo avrebbe necessitato dell'unanimità¹¹ (e non della maggioranza qualificata) ma non sarebbe potuta applicarsi (almeno fino al Trattato di Amsterdam¹²) al Regno Unito¹³.

¹⁰ Come è noto durante i lavori preparatori al Trattato di Maastricht si decise di ampliare in maniera significativa le competenze dell'Unione nel campo della politica sociale. Tuttavia il detto ampliamento incontrò la netta opposizione della Gran Bretagna (allora governata dal Partito conservatore), Paese formalmente deciso a contrastare qualsiasi intervento comunitario in questa materia. Le norme previste furono pertanto inserite in un Protocollo che venne allegato al Trattato di Maastricht e che venne sottoscritto da tutti i Paesi membri ad eccezione della Gran Bretagna. Il protocollo "*desiderando proseguire sulla via tracciata dalla Carta sociale del 1989*" impegnava la Comunità a completare "*l'azione degli Stati membri nei seguenti settori: - miglioramento in particolare dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori; - condizioni di lavoro; - informazione e consultazione dei lavoratori; - parità tra uomini e donne per quanto riguarda le loro opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro; - integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 127 del trattato che istituisce la Comunità europea*" (così art. 2.1 del Protocollo in *Gazzetta ufficiale* n. C 191 del 29 luglio 1992).

¹¹ Si veda l'art. 2.3 del Protocollo.

¹² Nel 1997 la Gran Bretagna - anche a seguito dell'ascesa al governo del partito laburista - aderì alle disposizioni contenute nel Protocollo sulla politica sociale. Le disposizioni ivi contenute vennero trasfuse dunque nei nuovi articoli 136 - 145 T.C.E. (così come rinumerati proprio dal Trattato di Amsterdam ed oggi corrispondenti agli articoli 151 - 161 T.F.U.E.). Il Trattato di Amsterdam (firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999 in *Gazzetta*, C 340 del 10 novembre 1997) è, giustappunto, noto per aver operato una rinumerazione degli articoli dei Trattati nel contesto di un'opera di razionalizzazione e semplificazione degli stessi. Per approfondimenti sul Trattato di Amsterdam si vedano, tra i molti, U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea, parte istituzionale- Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, Milano, 2009, pp. 25 ss.; A. MORRONE, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2007, pp. 64 ss.; A. CONVERTI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Matelica (Macerata), 2005, pp. 157 ss.

¹³ In questo senso G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi di tutela della concorrenza: incoerente e contraddizioni della direttiva n. 71 del 1996*, cit., p. 467 afferma che il "*fondamento giuridico prescelto ha avuto l'indubbio merito di consentire l'approvazione a maggioranza qualificata*".

2. La giurisprudenza comunitaria antecedente alla direttiva 96/71/CE.

Prima di esaminare le sentenze che hanno, più di altri fattori, determinato l'inquadramento della direttiva 96/71/CE nell'ambito della libera circolazione dei servizi è opportuno premettere che la Corte di Giustizia, già a partire dagli anni settanta del secolo scorso, ha inaugurato un lungo cammino giurisprudenziale principalmente teso a ricercare un equilibrio tra le fondamentali libertà economiche garantite dal Trattato e la necessità di tutela di alcune normative nazionali.

Le due sentenze più risalenti di questo filone si collocano nell'ambito della libera circolazione dei beni.

Queste sentenze sono quelle relative ai casi *Dassonville*¹⁴ e *Cassis de Dijon*¹⁵ dove la Corte è giunta a riconoscere che, al di là delle cause giustificative esplicitamente riconosciute dal Trattato¹⁶, ci sono ulteriori ragioni o esigenze imperative¹⁷ che possono giustificare interventi nazionali, corrispondenti ad un

¹⁴ Corte di Giustizia, 11 luglio 1974, causa C-8/74, in *Raccolta*, 1974 pp. 837 ss.

¹⁵ Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, causa C-120/78, in *Raccolta*, 1979, pp. 649 ss.

¹⁶ In particolare ci si riferisce all'art. 36 (ex art. 30 TCE) secondo cui "*Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*"; all'art. 46 par. 3 (ex art. 39 TCE) dove, parlando di libera circolazione dei lavoratori, vengono fatte salve ragioni di "*ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità Pubblica*"; all'art. 52 par. 1 (ex art. 46 TCE) secondo cui "*Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*" e, infine, all'art. 65 par.1 lett. b) (ex art. 58 TCE) dove, in relazione alla libera circolazione dei capitali, si dice che non è pregiudicato il diritto degli Stati membri "*di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza*".

¹⁷ Quali ad esempio esigenze di carattere fiscale o riguardanti la protezione della salute pubblica, la lealtà dei negozi commerciali e la difesa dei consumatori (si veda il punto 8 della sentenza *Cassis de Dijon*) ovvero scelte politico-economiche che rispondono a peculiarità socio-culturali,

criterio di “ragionevolezza”, pur se gli stessi creino ostacolo alla libera circolazione delle merci.

Questi principi si sono consolidati negli anni e sono stati riconfermati, più di recente, nel caso *Schmidberger*¹⁸; la Corte, infatti, nel punto 78 della sentenza ha affermato che *“la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'articolo 36 del trattato stesso oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, Rewe-Zentral, detta “Cassis de Dijon”.*

Quanto finora esposto riguarda, come anticipato, la libera circolazione delle merci; tuttavia, a partire dagli anni novanta, questa linea adottata è stata trasposta ed estesa anche con riguardo a tutte le altre libertà economiche garantite dal Trattato.

La Corte, infatti, con la sentenza *Gebhard*¹⁹ ha previsto, in linea generale, quattro condizioni che i provvedimenti nazionali devono soddisfare per essere in linea col Trattato: *“essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”*; questa affermazione è stata poi ripresa - con riferimento a singole libertà economiche - in tutta una serie di sentenze quali, ad

nazionali o regionali, la cui valutazione spetta agli Stati membri (si veda il punto 14 della sentenza *Torfaen*, Corte di Giustizia, sentenza 23 novembre 1989, causa C-145/88 in *Raccolta*, 1989, pp. 3885 ss.).

¹⁸ Corte di Giustizia, sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, in *Raccolta*, 2003, pp. 5694 ss.

¹⁹ Corte di Giustizia, sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, in *Raccolta*, 1995, pp. 4186 ss.

esempio, quelle relative ai casi *Centros*²⁰, *Mac Queen*²¹ e *Payroll Data Services*²².

L'anno successivo la Corte ha poi effettuato un'ulteriore precisazione con la sentenza *Reisebüro Brode*²³ stabilendo che “la libera prestazione di servizi può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito”²⁴.

Riassumendo brevemente le posizioni assunte dalla Corte - alla luce di quanto appena esposto - si può affermare che, di fronte a normative nazionali che appongano limiti di vario tipo ad una delle libertà economiche previste dal Trattato, bisogna effettuare un duplice *test*: di compatibilità, relativamente alle eccezioni ritenute legittime dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in aggiunta a quelle già ricomprese nel testo del Trattato; nonché di proporzionalità, verificando che l'applicazione del provvedimento nazionale sia effettivamente idonea a garantire il raggiungimento dello scopo che esso persegue e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso²⁵.

Fatte queste premesse valedoli per le libertà economiche in generale, si può ora passare alla disamina di quanto attiene più specificamente all'oggetto di questa trattazione: la libera prestazione dei servizi in ambito europeo.

²⁰ Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Raccolta*, 2001, pp. 1484 ss. Si veda, in particolare, il Punto 34.

²¹ Corte di Giustizia, sentenza 1 febbraio 2001, causa C-108/96, in *Raccolta*, 2001, pp. 837 ss. Si veda, in particolare, il Punto 26.

²² Corte di Giustizia, sentenza 17 ottobre 2002, causa C-79/01, in *Raccolta*, 2002, pp. 8939 ss. Si veda, in particolare, il Punto 28.

²³ Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 1996, causa C-3/95, *Reisebüro Brode*, in *Raccolta*, 1996 pp. 6529 ss.

²⁴ *Ibidem*, Punto 28.

²⁵ Si veda G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, cit., p. 7 e U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*”, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”*, Catania, 2006, n. 49. pp. 26 ss.

Anche in questo settore, come negli altri, si ripropone il problema della compatibilità col Trattato delle varie normative nazionali, nella specie delle normative nazionali di tutela del lavoro, accusate di limitare illegittimamente la libera prestazione dei servizi.

A tal proposito, le prime sentenze che vengono in rilievo sono quelle relative ai casi *Webb* e *Seco*.

Il caso *Webb*²⁶ riguarda una fattispecie che, astrattamente, sarebbe compatibile con quella di cui alla lett. c) art. 1 par. 3 della direttiva 96/71: si tratta del caso in cui un'impresa svolgente attività di cessione temporanea di lavoratori distacca dei lavoratori presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro.

Qui la Corte ha stabilito che l'attività di un'impresa consistente nel mettere a disposizione, contro corrispettivo, manodopera che rimane dipendente dell'impresa stessa senza che venga stipulato alcun contratto di lavoro con l'utilizzatore costituisce un'attività professionale avente le caratteristiche indicate dall'art. 60, comma 1, del trattato CEE (oggi art. 60 TFUE). Essa va pertanto considerata come un servizio ai sensi di detta disposizione²⁷.

Fatte queste premesse la Corte ha proseguito dicendo che *“l'art. 60, 3° comma, ha anzitutto lo scopo di rendere possibile al prestatore di servizi l'esercizio della propria attività nello stato membro destinatario della prestazione, senza alcuna discriminazione nei confronti dei cittadini di tale stato. Esso non implica tuttavia che qualsiasi disciplina nazionale che si applichi ai cittadini di tale stato e si riferisca normalmente ad un'attività permanente delle imprese stabilite in tale stato possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo esercitate da imprese aventi sede in altri stati membri”*²⁸.

²⁶ Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1981, Causa C-279/80, *Webb*, in *Raccolta*, 1981, pp. 3305 ss.

²⁷ Punto 9.

²⁸ Punto 16.

Si è poi precisato che, “*tenuto conto delle speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi, non si possono considerare incompatibili col trattato talune condizioni specifiche, eventualmente imposte al prestatore di servizi, che siano giustificate dall'applicazione di norme relative a questo tipo di attività. Tuttavia, la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal trattato , può venire limitata solamente da norme giustificate dal pubblico interesse e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività sul territorio di tale stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello stato membro in cui è stabilito*”²⁹.

* *

Il *leading case* che portò la direttiva distacco all'attuale assetto giunse a sentenza il 23 marzo 1990³⁰.

Nell'ambito di un cantiere ove si stava costruendo, nell'ovest della Francia, una linea ferroviaria, la *Rush Portuguesa* – impresa edile operante prevalentemente nel campo dei lavori pubblici con sede in Portogallo - aveva stipulato con un'impresa francese un contratto di subappalto per una serie di lavori che erano da eseguirsi nel detto cantiere. A tale scopo la *Rush Portuguesa* aveva distaccato in Francia i propri lavoratori portoghesi, ma tale operazione era stata contestata dall'*Office national du immigration* francese che le aveva chiesto il versamento di un “*contributo speciale*”³¹.

Tale ammenda si giustificava, secondo la tesi dell'ufficio che aveva proceduto all'accertamento, come conseguenza della violazione dell'art. L.341.9 del *Code du travail* che consentita al solo *Office national du immigration* l'assunzione in Francia di cittadini di paesi terzi³².

²⁹ Punto 17.

³⁰ Corte di Giustizia, 23 marzo 1990, *Rush Portuguesa* Ldac. *Office national d' immigration*, causa C-113/89 in *Raccolta*, 1990, pp. 1417 ss.

³¹ Cfr. punto 3 della motivazione della sentenza.

³² Cfr. punto 2 della motivazione della sentenza. Va precisato inoltre che, all'epoca dei fatti, il Portogallo aveva da poco aderito alla Comunità Europea ed i lavoratori portoghesi non godevano

La *Rush Portuguesa* ricorreva avverso tali provvedimenti dinanzi al *Tribunal administratif di Versailles* e in quella sede assumeva che le disposizioni relative alla libera circolazione dei servizi ostavano all'applicazione di una normativa nazionale che aveva l'effetto di vietarle l'impiego del proprio personale in Francia. Per contro l'*Office national du immigration* sosteneva invece che, nel caso *de quo*, non dovessero trovare applicazione le suindicate norme comunitarie, ma quelle sulla libera circolazione dei lavoratori, al tempo pacificamente non applicabili al Portogallo a causa delle limitazioni poste alla detta libertà dal Trattato di adesione alla Comunità europea del medesimo paese.

I giudici del Lussemburgo – sebbene pienamente consci del fatto che le norme limitative della libera circolazione dei lavoratori previste nell'atto di adesione mirassero ad evitare il prodursi di “*perturbazioni sul mercato del lavoro tanto in Portogallo quanto negli altri Stati membri a causa di movimenti immediati e rilevanti dei lavoratori*”³³ – accolsero totalmente le tesi della società ricorrente stabilendo che “*per una fattispecie come quella di cui alla causa principale*”³⁴ si versasse nel campo di applicazione della libera circolazione di servizi, e ciò sulla scorta della considerazione che, trattandosi di un trasferimento temporaneo in base al quale i lavoratori portoghesi sarebbero poi tornati “*nel loro paese d'origine dopo aver svolto il loro compito*”, questi ultimi non avrebbero mai avuto accesso al mercato del lavoro dello stato ospitante.

La Corte di Giustizia concluse pertanto che “*gli artt. 59 e 60 del trattato CEE e gli artt. 215 e 216 dell' Atto di adesione della Repubblica portoghese devono essere interpretati nel senso che un'impresa stabilita in Portogallo, che fornisca prestazioni di servizi nel settore edile e dei lavori pubblici in un altro Stato membro, può trasferirsi con il proprio personale fatto venire dal Portogallo per la durata dei lavori di cui trattasi*” con la conseguenza che in un tal caso “*le*

ancora del diritto alla libera circolazione a causa di talune disposizioni transitorie previste nell'atto di adesione del Portogallo alla Comunità, con la conseguenza che gli stessi erano ancora sottoposti al regime nazionale previsto per i lavoratori extracomunitari.

³³ Cfr. punto 13 della motivazione.

³⁴ Cfr. punto 15 della motivazione.

autorità dello Stato membro nel cui territorio i lavori devono essere effettuati non possono imporre al prestatore di servizi condizioni che riguardino l'assunzione di manodopera in loco o l'ottenimento di un permesso di lavoro per il personale portoghese”, premurandosi tuttavia di precisare che, in un ipotesi di tal fatta, le dette autorità potevano “tuttavia accertare che, con il pretesto di una prestazione di servizi, l'impresa non eluda in realtà l'art. 216 dell'Atto di adesione”³⁵.

La legittimità comunitaria delle norme di cui all'art. L.341 del *Code du travail* francese venne contestata anche nel successivo caso *Vander Elst*³⁶.

Questi era il titolare di un'impresa avente sede in Belgio che stava eseguendo dei lavori di demolizioni in un cantiere di Reims con l'apporto dei propri lavoratori di nazionalità marocchina, legalmente residenti in Belgio ed ivi muniti di un regolare permesso di lavoro, che erano stati inviati per l'espletamento di tale commessa in Francia in regime di distacco.

Come nella vicenda *Rush Portuguesa*, l'*Office national du immigration* contestò – sul presupposto che i lavoratori utilizzati erano cittadini marocchini – al titolare dell'impresa di essersi avvalso, sul territorio francese, delle prestazioni di lavoratori di paesi terzi in assenza dei relativi permessi di lavoro (e dunque in aperta violazione degli artt. L.341-6 e L.341-9) e, per tal guisa, gli notificò un'ammenda dell'importo di oltre centomila franchi.

³⁵ Ed infatti va anche sottolineato che la Corte ha comunque stabilito – al punto 18 della sentenza richiamando, peraltro, quanto già affermato in precedenza nel caso *Seco e Desquenne* (sent. 3 febbraio 1982 - in *Raccolta* 1982, pp. 223 ss.) - che “il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con i mezzi adeguati”. Tuttavia la Corte, nel successivo caso *Säger* (sent. 25 luglio 1991 in *Raccolta*, 1991, pp. 4221 ss.) ha subito chiarito che l'odierno art. 56 del T.F.U.E. (ex art. 49 T.C.E.) implica la censurabilità di qualsiasi norma che ostacoli l'accesso al mercato del lavoro di uno stato membro, con la conseguenza che, ogni eccezione a tale regola, deve essere valutata nella sua ragionevolezza, facendo ricorso al principio di proporzionalità.

³⁶ Corte di Giustizia, 9 agosto 1994, *Raymond VanderElst c. Office des migrations internationales*, causa C-43/93, in *Raccolta*, 1994, pp. 3803 ss.

Analogamente al caso dell'impresa iberica, il signor *Vander Elst* adì il *tribunal administratif* per ottenere l'annullamento di tale ammenda sul presupposto che fossero state violate le norme comunitarie in materia di libera circolazione dei servizi: era ben vero, si assumeva, che i lavoratori impiegati erano cittadini di Paesi terzi, ma era altrettanto vero che gli stessi erano legalmente residenti e legalmente impiegati in un altro Paese membro dell'Unione (tant'è che il rispetto della legge belga, anche in materia previdenziale, non era neppure stata messa in discussione dall' *Office national du immigration* francese).

Ebbene la Corte statui – così come nel celebre precedente – che i permessi speciali di lavoro per cittadini extracomunitari non dovevano essere preventivamente richiesti, e ciò non certo perché gli stessi fossero *sic et simpliciter* illegittimi, ma in quanto - in ipotesi di tal fatta - non se ne ravvisava il necessario presupposto, ossia la disciplina dell'accesso di lavoratori di Paesi terzi al mercato del lavoro interno di uno degli stati membri³⁷ così concludendo che “*gli artt. 59 e 60 del Trattato devono essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro imponga alle imprese stabilite in un altro Stato membro, che si rechino sul territorio del primo Stato per effettuarvi una prestazione di servizi e che abbiano alle loro dipendenze, in maniera regolare e stabile, cittadini di Stati terzi, l'obbligo di ottenere, per tali lavoratori, un permesso di lavoro rilasciato da un ente nazionale per l'immigrazione, nonché quello di pagare le relative spese, comminando, in caso contrario, un'ammenda amministrativa*” sulla scorta della considerazione che “*gli obblighi di un siffatto sistema colpiscono più pesantemente le imprese stabilite in un altro Stato membro rispetto ai prestatori stabiliti nel territorio nazionale ed eccedono quanto può essere richiesto come condizione necessaria per effettuare prestazioni di servizi*”³⁸.

³⁷ Il punto 21 della motivazione della sentenza *VanderElst* riprende proprio un passaggio della sentenza *Rush Portuguesa* affermando che “*i lavoratori alle dipendenze di un'impresa stabilita in uno Stato membro e che vengono temporaneamente inviati in un altro Stato membro per effettuarvi una prestazione di servizi non intendono in alcun modo accedere al mercato del lavoro di quest'ultimo Stato, poiché essi tornano nel loro paese d'origine o di residenza dopo aver svolto il loro compito*”.

³⁸ Così la massima della sentenza *VanderElst*.

L'ultimo importante caso giurisprudenziale *pre-direttiva* distacco giunse a sentenza pochi mesi prima dell'entrata in vigore della stessa³⁹.

La Corte di giustizia era stata adita nell'ambito di un procedimento penale promosso nei confronti del signor *Guiot* accusato – in quanto amministratore della società di diritto lussemburghese “*Climatec*” - di aver omesso di pagare, nel periodo marzo 1992 - marzo 1993, i contributi per le “marche-fedeltà” e le “marche-intemperie” imposti dalla normativa belga in ragione dell'occupazione di quattro lavoratori alle dipendenze della predetta *Climatec* in un cantiere sito in *Arlon* (Belgio).

Nell'ordinanza di rimessione ai giudici del Lussemburgo, il Tribunale Belga aveva osservato che il versamento di contributi datoriali a titolo di "marche di fedeltà" e di "marche intemperie" costituiva “*un doppione dell'obbligo di contribuzione nel Paese di origine di queste imprese, dove tali contributi coprono gli stessi rischi e hanno in pratica una finalità simile, se non identica*”⁴⁰ e pertanto domandava “*se gli artt. 7, 7A, 59 e 60 del Trattato sull'Unione europea*” consentissero a che uno Stato membro, attraverso un contratto collettivo avente efficacia *erga omnes*⁴¹, potesse imporre tali obblighi contributivi anche a “*tutte le imprese che lavorano o che intendono lavorare sul territorio*”⁴² in forza del loro diritto alla libera prestazione di servizi”⁴³.

³⁹ Corte di giustizia, 28 marzo 1996, *Guiot*, causa C-272/94 in *Raccolta*, 1996, I, pp. 1905 ss.

⁴⁰ Si veda punto 8 della sentenza *Guiot*.

⁴¹ Era il contratto collettivo di lavoro belga del 28 aprile 1988, concluso in seno alla commissione paritaria del settore edile e reso obbligatorio con il regio decreto 15 giugno 1988 che imponeva il regime delle “marche-fedeltà” e delle “marche-intemperie”.

⁴² Ossia, nel caso in esame, sul territorio belga.

⁴³ Si veda punto 8 della sentenza. Peraltro E. TRAVERSA, *Libera prestazione di servizi e distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI – A. PIZZO FERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, 2010, p. 298 sottolinea che, a prima vista, può apparire strano che la Corte sia stata chiamata a pronunciare sulla legittimità di certi contributi nazionali sulla base di quello che è l'odierno art. 49 T.F.U.E. (ex art. 56 T.C.E.) quando la materia previdenziale era già disciplinata anche all'epoca dal Reg. 1408/71 (ora sostituito dal ponderoso Reg. 883/2004). Tuttavia la spiegazione di tale apparente anomalia risiede nella circostanza che le prestazioni per i relativi contributi obbligatori oggetto della controversia costituivano prestazioni assicurative relative a rischi specifici di imprese e quindi non rientranti, proprio a causa di tale peculiarità, nel campo di applicazione *ratione materiae*, del suddetto regolamento generale avente ad oggetto il coordinamento dei principali e i

La Corte precisò che, nel caso concreto ad essa sottoposto, certamente si ravvisava una violazione delle norme disciplinanti la libera circolazione dei servizi poiché quella che - di fatto - si era estrinsecata come una doppia obbligazione contributiva, aveva la conseguenza di ostacolare maggiormente le attività del prestatore di servizi stabilito in un altro stato membro; tuttavia, si preoccupò di puntualizzare che tale violazione si era ravvisata unicamente per le identità dei requisiti fissati dalle normative previdenziali di Belgio e Lussemburgo ammettendo che “*l'interesse generale inerente alla tutela previdenziale*” potesse costituire “*un motivo imperativo che legittima tale restrizione alla libera prestazione di servizi*”⁴⁴.

3. La direttiva n. 96/71/CE.

Nella premessa al presente capitolo si è accennato che, il 16 dicembre 1996, il Parlamento ed il Consiglio dell'Unione europea sono giunti all'adozione della direttiva n. 71, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, la quale si proponeva di definire un quadro chiaro di regole cui gli Stati membri avrebbero dovuto attenersi nella definizione delle “*condizioni di lavoro e di occupazione*” dei lavoratori distaccati temporaneamente sul loro territorio da imprese stabilite nel territorio di un altro Stato membro⁴⁵, così da assicurare, al contempo, una tendenziale parità di trattamento tra le imprese⁴⁶ che svolgono le

più diffusi regimi di sicurezza sociale degli Stati membri (malattia, invalidità, vecchiaia, disoccupazione e altri regimi di applicazione generale).

⁴⁴ Punto 16 della sentenza.

⁴⁵ Ad oggi, infatti, è sempre più frequente il fenomeno della fornitura da parte di imprese di somministrazione con sede in uno Stato membro di lavoratori interinali a imprese insediate in altri paesi dell'Unione; nonché il fenomeno del distacco, da parte di un'impresa di un paese membro, di propri lavoratori presso imprese appartenenti al proprio stesso gruppo insediate in altri paesi membri. Entrambi i fenomeni sono oggetto di disciplina nella Direttiva viste le delicate implicazioni di questi producono sul rapporto tra tutela del lavoro e libera prestazione dei servizi.

⁴⁶ Si sottolinea: tra imprese. Infatti, per quel che riguarda la parità tra lavoratori distaccati e lavoratori del luogo di esecuzione, invece, essa passa in secondo piano dal momento che, da un lato, riguarda solo determinate materie e, dall'altro, ai lavoratori distaccati e comunque garantita la conservazione dei trattamenti di miglior favore.

proprie opere con personale in regime di distacco transnazionale e quelle del paese ospitante.

In premessa si è altresì anticipato come la base giuridica della direttiva vada individuata nelle disposizioni del Capo Terzo del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, relative alla libertà di circolazione dei servizi⁴⁷; conseguentemente, il suo oggetto consiste, com'è stato giustamente rilevato, nell'individuazione *“delle discipline del lavoro applicabili ai distacchi transnazionali di lavoratori, in funzione della riduzione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi”*⁴⁸. In altre parole, l'atto normativo di cui si discute *“mira soprattutto a fornire un quadro «bilanciato» di riferimento normativo per la circolazione dei prestatori di servizi negli stati membri della Comunità, con specifico riferimento al trattamento economico e normativo dei lavoratori dipendenti da essi occupati”*⁴⁹.

Sulla scorta di tali premesse, bisogna ritenere che la funzione della direttiva consista non tanto nel fondare un generale principio di parità tra lavoratori locali e lavoratori distaccati - come da taluno sostenuto⁵⁰ - quanto nell'assicurare una parità di trattamento tra le imprese che svolgono un'attività di prestazione di servizi transnazionale e quelle che eseguono la medesima attività entro i confini nazionali del Paese ospitante⁵¹; parità di trattamento rispetto alla quale, quella tra i lavoratori distaccati e i lavoratori locali assume carattere strumentale e meramente eventuale⁵².

⁴⁷ Precisamente, l'atto richiama espressamente gli artt. 57, paragrafo 2 e 66 del Trattato CE nella loro numerazione originaria, entrambi relativi alla disciplina della libertà di prestazione dei servizi.

⁴⁸ Così U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, p. 36.

⁴⁹ *Sic id.*, op. ult. cit., *ivi*.

⁵⁰ Si veda, per tutti, G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pp. 118 e 124.

⁵¹ In tal senso depone lo stesso tenore testuale della direttiva in numerosi suoi punti, come, a titolo esemplificativo, l'art. 1, par. 4 e l'art. 3, par. 8, commi 3 e 4. Cfr., altresì, U. CARABELLI, *op. ult. cit.*, p. 37.

⁵² A favore della suddetta ricostruzione militano essenzialmente tre argomenti: in primo luogo l'estensione delle tutele del lavoro (di cui si darà conto a breve nel prosieguo della trattazione) dei

L'ambito di applicazione della direttiva n. 96/71 è individuato dall'art. 1, il quale dispone che la medesima si applica *“alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori [...] nel territorio di uno Stato membro”*⁵³, qualora esse pongano in essere una delle seguenti misure transnazionali, stabilite dal terzo paragrafo dello stesso art.1:

“a) distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro 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 membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia; o

*b) distacchino 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*⁵⁴; o

c) distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, 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 di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente”.

In ognuna delle ipotesi appena elencate, si noti, è sempre espressamente richiesta la conservazione del rapporto giuridico tra il lavoratore distaccato e l'impresa di appartenenza per tutta la durata del distacco. Inoltre, come si può da subito notare,

lavoratori autoctoni a quelli distaccati è espressamente prevista dalla direttiva soltanto per un numero limitato di materie, restando, per le altre, subordinata alla ricorrenza delle condizioni stabilite nella direttiva medesima e alla volontà degli Stati membri; in secondo luogo la menzionata estensione si riferisce soltanto a distacchi di breve durata o a lavori di scarsa entità (come si desume dall'art. 3, par. 2, 3, 4 e 5); in terzo luogo, ai lavoratori distaccati è assicurata l'applicazione della (non certo paritaria) disciplina del loro stato di origine, qualora risulti più favorevole rispetto a quella dello Stato di accoglienza.

⁵³ Così recita l'art. 1, paragrafo 1, della direttiva 96/71.

⁵⁴ Art. 1 par. 3 lett. b).

le tre ipotesi appena menzionate sono del tutto differenti l'una dall'altra: mentre nella prima l'attività produttiva è svolta direttamente all'estero dal soggetto distaccante - in esecuzione di un contratto per la prestazione di servizi transnazionale - nelle altre due la prestazione di servizi è costituita dal distacco del lavoratore in sé.

Passando alla disamina della disciplina dettata dalla direttiva, essa è contenuta all'art. 3. Quest'ultimo, al paragrafo 1, prevede che gli Stati membri provvedano affinché le imprese rientranti nel campo di applicazione della direttiva garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio, *“qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro”*, le condizioni di lavoro e di occupazione fissate da disposizioni legislative, regolamentari, amministrative – ovvero, nel solo settore edilizio e unicamente per le attività menzionate nell'allegato alla direttiva, anche da contratti collettivi e arbitrati dichiarati di applicazione generale, secondo quanto previsto dal paragrafo 8 dello stesso articolo - con riferimento alle seguenti materie:

- a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
- b) durata minima delle ferie annuali retribuite;
- c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria;
- d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo;
- e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro;
- f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;

g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione⁵⁵.

Inoltre, ai sensi del paragrafo 10 del medesimo articolo, gli Stati membri possono imporre *“alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura:*

- condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico;

- condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del paragrafo 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato”.

Ancora, ai sensi del paragrafo 9, nel caso specifico di somministrazione transnazionale di lavoratori, lo Stato membro di accoglienza può garantire a questi ultimi le *“condizioni che sono applicabili ai lavoratori temporanei nello Stato membro in cui è eseguito il lavoro”.*

Infine, a chiusura della disciplina sull'estensione e come clausola generale di tutela per questi ultimi, l'art. 3, paragrafo 7, dispone che l'obbligo di estensione delle condizioni di lavoro e di occupazione da parte dello Stato membro ospitante la prestazione di servizi non osta *“all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori”* distaccati⁵⁶: quelle, cioè, del loro Stato membro di provenienza.

3.1. I principali problemi interpretativi suscitati dalla direttiva-distacco.

Il testo della direttiva 96/71/CE crea non pochi problemi interpretativi, rendendo difficile una chiara individuazione sia dell'ambito di applicazione della direttiva medesima, sia del contenuto delle tutele giuslavoristiche nazionali applicabili ai

⁵⁵ È opportuno rilevare che il considerando n. 13 della direttiva definisce le materie appena elencate come *“nucleo di materie vincolanti”* e che il considerando n. 14 parla, in proposito, di *“nocciolo duro di norme protettive”*.

⁵⁶ Nello stesso senso dispone il considerando n. 17, ai sensi del quale: *“le norme imperative di protezione minima in vigore nel paese ospite non devono ostacolare l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori”*.

lavoratori distaccati. Tali problemi sono stati da subito posti al centro del dibattito dottrinale sviluppatosi in seguito all'adozione dell'atto normativo europeo di cui si discute. In questa sede si darà conto delle questioni che assumono maggiore rilevanza ai fini del presente lavoro, rinviando per il resto all'apparato bibliografico riportato in nota⁵⁷.

3.1.1. Sul requisito della temporaneità.

Uno dei primi nodi interpretativi da sciogliere consiste nello stabilire se il requisito della temporaneità vada riferito al distacco del lavoratore, alla prestazione di servizi oppure ad entrambi gli istituti.

È pacifico che esso riguardi il distacco del lavoratore. Una conferma in tal senso si ricava dal testo dell'art. 2, paragrafo 1, il quale stabilisce che *“ai fini della presente direttiva, per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente”*⁵⁸.

Inoltre, sia il paragrafo 1, sia il paragrafo 3 dell'art. 1 - i quali definiscono le ipotesi di distacco transnazionale rilevanti ai fini della direttiva - contemplano espressamente il carattere temporaneo del distacco del lavoratore; lo stesso deve dirsi per i numerosi considerando⁵⁹. Viceversa, non è dato rilevare, né negli

⁵⁷ Si vedano, in particolare, U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., pp. 40 ss.; G. ORLANDINI, *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2009, pp. 573 ss.; S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Bologna, 2007, pp. 108 ss.

⁵⁸ Grassetto dello scrivente.

⁵⁹ Si vedano, a mero titolo esemplificativo, il considerando n. 3: *“considerando che la realizzazione del mercato interno offre un quadro dinamico per la prestazione di servizi transnazionali inducendo un numero di imprese a distaccare temporaneamente all'estero i loro dipendenti per eseguire lavori nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato in cui essi sono abitualmente occupati”*; il considerando n. 4: *“considerando che la prestazione di servizi può assumere la forma di esecuzione di lavori da parte di un'impresa, per conto proprio e sotto la sua direzione, nell'ambito di un contratto concluso da tale impresa con il destinatario della prestazione di servizi, oppure di cessione temporanea di lavoratori ad un'impresa utilizzatrice nel quadro di un appalto pubblico o privato”*; il considerando n. 8: *“considerando che l'articolo 3 di*

articoli della direttiva, né nei relativi considerando, alcun riferimento alla temporaneità della prestazione di servizi.

La questione assume rilevanza per la corretta individuazione dell'ambito di applicazione della direttiva con riferimento almeno a due delle ipotesi di distacco transnazionale contemplate dall'art. 1: ci si riferisce a quelle *sub* lett. a) e c). Infatti, la lett. a) nulla dice relativamente alla natura e alla durata del vincolo giuridico esistente tra l'impresa (distaccante) fornitrice della prestazione di servizi e quella destinataria della suddetta prestazione; la lett. c), analogamente, non specifica il rapporto intercorrente tra l'impresa di lavoro temporaneo e l'utilizzatore.

La questione sembrerebbe non porsi, invece, con riferimento all'ipotesi *sub* b), in quanto, com'è stato correttamente rilevato, *“parrebbe addirittura dubbia l'esistenza di un contratto tra le due imprese come base giuridica del distacco”*⁶⁰. Per tale ipotesi, in definitiva, ai fini dell'individuazione dell'ambito di

*detta convenzione prevede, come regola generale, la libera scelta della legislazione ad opera delle parti; che, in assenza di scelta, il contratto è disciplinato, a norma dell'articolo 6, paragrafo 2, dalla legge del paese in cui il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro in esecuzione del contratto, anche nel caso in cui sia **temporaneamente occupato in un altro paese**, ovvero, qualora il lavoratore non svolga abitualmente il suo lavoro nello stesso paese, dalla legge del paese in cui si trova il centro di attività che lo ha assunto, a meno che dall'insieme delle circostanze risulti che il contratto sia più strettamente legato ad un altro paese, nel qual caso il contratto sarà disciplinato dalla legislazione di questo paese”; il considerando n. 12: “considerando che il diritto comunitario non osta all'estensione del campo di applicazione, da parte degli Stati membri, della loro legislazione o all'estensione dei contratti collettivi sottoscritti dalle parti sociali alle **persone che sono occupate, anche temporaneamente**, sul loro territorio, anche se il loro datore di lavoro risiede in un altro Stato membro; che il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di garantire con mezzi adeguati l'osservanza di queste norme”; il considerando n. 13: “considerando che le legislazioni degli Stati membri devono essere coordinate per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nel paese ospite il datore di lavoro che **distacca dipendenti a svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro** dove vengono prestati i servizi; che tale coordinamento può essere effettuato soltanto attraverso il diritto comunitario”; infine il considerando n. 14: “considerando che il prestatore di servizi deve osservare, a prescindere dalla **durata del distacco dei lavoratori**, un «nocciolo duro» di norme protettive chiaramente definite” (grassetto dello scrivente).*

⁶⁰ U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., p. 42.

applicazione della direttiva rileva soltanto il carattere temporaneo del distacco del lavoratore presso l'impresa del gruppo situata in un diverso Stato membro.

La risposta al suddetto interrogativo va ricercata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il relativo Capo III, dedicato alla disciplina della libera circolazione dei servizi, dispone, all'art. 57, paragrafo 3, (ex art. 50.3 Trattato CE) che il prestatore di servizi, senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, *“può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai suoi cittadini”*⁶¹.

Se ne deduce che la prestazione transnazionale di servizi (nel cui modello rientrano anche quelle previste dalle lett. a) e c) della direttiva), riconosciuta e garantita dal Trattato, debba avere carattere temporaneo, in ciò distinguendosi dal diritto di stabilimento, anch'esso riconosciuto e garantito dal Trattato, ma con differenti regole e condizioni. In questo senso, è stato correttamente affermato che *“la presenza di un vincolo giuridico di durata indeterminata, e dunque non temporaneo, a effettuare una prestazione di servizi in un altro Stato membro, [...] sembrerebbe imporre – secondo il diritto comunitario – il trasferimento della concreta fattispecie nell'ambito di una differente libertà economica, soggetta, evidentemente, a differenti regole e garanzie”*⁶².

Per le ragioni sopra esposte, bisogna concludere nel senso che il requisito della temporaneità debba ricorrere, affinché possa essere integrato l'ambito di applicazione della direttiva 96/71, con riferimento sia alla prestazione di servizi⁶³,

⁶¹ Grassetto dello scrivente.

⁶² U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., p. 42.

⁶³ Per una approfondita disamina dei criteri, di matrice giurisprudenziale, alla luce dei quali condurre una valutazione sul carattere temporaneo, o meno, delle attività di prestazione dei servizi, cfr. U. CARABELLI, *op. ult. cit.*, pp. 42 ss. In questa sede ci si limita a citare una pronuncia, nella quale la Corte di Giustizia, seppur investita solo in via mediata della questione relativa al criterio per stabilire il limite temporale massimo affinché la prestazione possa considerarsi temporanea, ha fissato alcuni importanti principi. Si tratta del caso *Schnitzer* (C-215/01, dell' 11 dicembre 2003): in tale occasione, la Corte ha infatti affermato che *“nella nozione di servizio ai sensi del Trattato*

sia al distacco del lavoratore, per quanto riguarda le ipotesi previste dalle lett. a) e c) dell'art. 1, paragrafo 3, della direttiva suddetta; con riferimento soltanto al distacco del lavoratore, per quanto riguarda il caso di cui all'art. 1 paragrafo 3, lett. b) della direttiva medesima

3.1.2. Sulla differenza tra la nozione di distacco e quella di trasferta.

Il requisito della temporaneità del distacco rende necessaria qualche ulteriore considerazione con specifico riferimento all'ipotesi *sub* art. 1, paragrafo 3, lett. a). Tale ipotesi - la cui unica specificità consiste, come è stato rilevato, “*nel (solo) fatto che la prestazione in adempimento dell'obbligazione lavorativa viene effettuata nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui è insediato giuridicamente il datore di lavoro, ma pur sempre in suo favore e sotto il suo controllo*”⁶⁴ - non deve essere ricondotta nell'ambito della trasferta, nel senso di modificazione temporanea del luogo in cui il lavoratore effettua la sua prestazione per il tramite dell'esercizio del potere direttivo. Infatti, vi potrebbero essere casi in cui il lavoratore sia stato assunto a tempo determinato proprio in funzione della temporaneità della prestazione di servizi che l'impresa datrice deve effettuare sul territorio dell'altro paese membro. Conseguentemente, ciò che viene definito dalla

possono rientrare servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni, come quando, ad esempio, avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio [...]” (punto 30) e che “ il carattere temporaneo dell'attività del prestatore nello Stato membro ospitante deve essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa [...] e non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio) se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi” (punto 28). La Corte conclude poi affermando che non è possibile rinvenire in nessuna disposizione del Trattato un criterio “ per determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può essere più considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato” (punto 31) di modo che “ il solo fatto che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisca servizi identici o simili in modo più o meno frequente o regolare in un altro Stato membro senza che disponga ivi di un'infrastruttura che gli consenta di esercitarvi in maniera stabile e continuativa un'attività professionale e di offrire a partire dalla detta infrastruttura i suoi servizi, tra l'altro, ai cittadini di quest'altro Stato membro, non è sufficiente a considerarlo stabilito in tale Stato membro” (punto 32). L'intero testo è reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

⁴⁵ Così U. CARABELLI, *op. ult. cit.*, p. 48.

direttiva come “distacco” in realtà altro non è se non l'invio presso il luogo “unico” in cui il lavoratore dovrà assolvere la sua obbligazione lavorativa per tutta la durata del rapporto a termine⁶⁵. A onor del vero va notato che l'art. 2, par. 1, della direttiva stabilisce che “*per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente*”; tuttavia non sembra che tale definizione possa essere interpretata in senso restrittivo: il prezzo di un'interpretazione letterale sarebbe, infatti, non certo l'impossibilità di inviare all'estero i lavoratori di cui *supra*, ma la loro sottrazione al sistema di tutele fissate dalla Direttiva⁶⁶.

3.1.3. Sulla nozione di prestazione transnazionale di servizi.

Un'altra spinosa questione su cui si è dovuta interrogare la dottrina riguarda il significato da attribuire al disposto dell'art. 1, paragrafo 1, il quale, nel disciplinare – come si è visto - l'ambito di applicazione della direttiva, prevede che il distacco del lavoratore si realizzi “*nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale*”.

Aderendo ad un'interpretazione letterale, sembrerebbe che la prestazione di servizi rilevante per il legislatore europeo consista nell'attività economica effettuata dal concreto utilizzatore dei lavoratori distaccati (anche) per il tramite degli stessi. Essa tuttavia comporterebbe l'incompatibilità rispetto al requisito in esame di due dei casi di distacco previste dal successivo paragrafo 3: infatti, com'è stato osservato, “*mentre [...] nell'ipotesi di cui alla lett. a) l'attività di prestazione di servizi presa in considerazione è l'attività produttiva svolta direttamente all'estero dal soggetto distaccante (cioè dal datore di lavoro del lavoratore distaccato) nell'esecuzione di un contratto per la prestazione di servizi transnazionale, nelle altre due ipotesi la prestazione di servizi transnazionale è in realtà costituita dal distacco del lavoratore in sé considerato*”⁶⁷. Ne

⁶⁵ In tal senso U. CARABELLI, *op. ult. cit.*, p. 48.

⁶⁶ *Ivi.*

⁶⁷ *Ibidem*, p. 45.

discenderebbe che le lett. b) e c) potrebbero operare nei soli casi in cui “l'utilizzatore dei lavoratori distaccati fosse a sua volta impegnato in una prestazione di servizi transnazionale”⁶⁸, subendo, di tal guisa, una drastica riduzione dell'ambito di applicazione.

La soluzione del problema non è pacifica. Al proposito è stata avanzata⁶⁹ un'interpretazione sistematica del sintagma “nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale”, ponendolo in relazione con il disposto del considerando n. 4 della direttiva di cui si discute, ai sensi del quale “la prestazione di servizi può assumere la forma di esecuzione di lavori da parte di un'impresa, per conto proprio e sotto la sua direzione, nell'ambito di un contratto concluso da tale impresa con il destinatario della prestazione di servizi, oppure di cessione temporanea di lavoratori ad un'impresa utilizzatrice nel quadro di un appalto pubblico o privato”.

Secondo la suddetta interpretazione, pertanto, sembra possibile attribuire un significato più ampio all'istituto della prestazione transnazionale di servizi rispetto a quello ricavabile dalla sua interpretazione rigorosamente letterale, attribuendo rilevanza transnazionale anche alle ipotesi di distacco di lavoratori in sé considerato – quali il trasferimento di personale da un'impresa ad altra impresa appartenente al medesimo gruppo ed avente sede nel territorio di un diverso Stato membro, ex lett. b), ovvero la cessione temporanea di lavoratori effettuata da un'impresa interinale ad un'impresa con sede in diverso Stato membro, ex lett. c) - e rendendo irrilevante l'impiego che di essi viene fatto dal concreto utilizzatore⁷⁰.

3.1.4. Sul difficile coordinamento della nozione di distacco di cui alla direttiva n. 96/71 e sull'assenza di una definizione di lavoratore distaccato.

Una chiara individuazione dell'ambito di applicazione della direttiva è resa assai ardua, altresì, dal coordinamento della nozione europea di distacco del lavoratore, quale emergente dall'art. 1, paragrafo 3 della direttiva 96/71 con quella fatta

⁴⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁹ *Ivi*.

⁷⁰ In questo senso, si veda anche M.A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union Européenne*, cit., p. 894.

propria dal diritto interno italiano, oggi contenuta nell'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003, di riforma del mercato del lavoro, in base al quale *“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”*⁷¹, nonché con quella contenuta nella c.d. Convenzione Roma I, ai sensi della quale l'elemento discriminante è quello della durata (la prestazione lavorativa effettuata non deve presentare il carattere dell'abitudine⁷²).

Innanzitutto, deve essere osservato come la direttiva non introduca una definizione generale di tale istituto, ma si limita a prevedere un elenco dal carattere tassativo di ipotesi che lo integrano. Orbene, le ipotesi di cui all'art. 1, paragrafo 3, non solo si riferiscono a fenomeni di distacco sottesi ad esigenze diverse (si pensi al distacco c.d. intragruppo ed il distacco operato in occasione di appalti o somministrazioni transnazionali) e suscitano problemi diversi⁷³, tali da rendere opportuna una autonoma trattazione normativa per garantire una più efficiente tutela del lavoratore⁷⁴, ma non contemplano i casi di distacco che avvengono al di fuori di un gruppo di imprese, lasciandoli inspiegabilmente sprovvisti di una disciplina a livello comunitario.

In secondo luogo, la direttiva non fornisce una risposta nemmeno al più rilevante problema circa la necessità di una definizione univoca di lavoratore distaccato.

⁷¹ In questa sede è appena il caso di rilevare come la definizione di distacco secondo il nostro diritto nazionale non coincida assolutamente con le ipotesi descritte dalla direttiva 96/71: a tal riguardo, com'è stato giustamente notato, *“un'eventuale sovrapposizione potrebbe aversi solo in relazione all'ipotesi definita dalla lett. b) della disposizione comunitaria”*, così U. CARABELLI, *op. ult. cit.*, p. 50.

⁷² Su tale argomento si rimanda *infra* al prossimo paragrafo.

⁷³ Volendo fare un solo esempio, si consideri che il distacco all'interno di un gruppo difficilmente solleva i problemi di *dumping* sociale connessi con le altre ipotesi contemplate dalla direttiva, perché risponde ad esigenze dell'impresa capogruppo non legate ai differenziali di costo del lavoro tra gli Stati membri. Cfr., in tal senso, S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *op. ult. cit.*, p. 109.

⁷⁴ Si pensi che in Italia l'art. 30 del d.lgs. 276/2003, nel disciplinare il distacco, dimostra di tenere in considerazione la differenza tra quest'ultimo e la somministrazione o gli appalti di servizi, in quanto nel primo caso, essendoci un interesse dell'impresa distaccante ad operare il distacco, esclude la possibilità di invocare la pretesa di parità di trattamento con i lavoratori dell'impresa ove è operato il distacco.

Dispone, infatti, l'art. 2, paragrafo 2 che *“ai fini della presente direttiva, la nozione di lavoratore è quella applicata in base al diritto dello Stato membro nel cui territorio è distaccato il lavoratore”*. La mancanza di una nozione europea di lavoratore impedisce, com'è stato giustamente osservato, *“di scongiurare prospettive di difformità di regolazione di identiche fattispecie, conseguenza della qualificazione del rapporto nei termini di lavoro subordinato o autonomo”*⁷⁵. Di tal guisa, un lavoratore subordinato può essere ritenuto “autonomo” in seguito all'integrazione della direttiva con il diritto interno vigente nello Stato ospitante, perdendo, conseguentemente, tutte le tutele in essa previste.

3.2. Il rapporto tra la direttiva 96/71/CE e il regolamento “Roma I” (già “Convenzione di Roma”).

Il rapporto tra la direttiva e le norme di diritto internazionale privato era fissato dall'articolo 20 della Convenzione di Roma che riconosceva il primato del diritto comunitario⁷⁶, facendo salve le norme di selezione della legge applicabile contenute nelle fonti comunitarie.

Ora, come si è già in precedenza illustrato, la Convenzione di Roma è stata sostituita, nei paesi membri dell'Unione europea, dal Regolamento Roma I⁷⁷ il quale ha sostanzialmente riprodotto nell'art. 23 il contenuto dell'art. 20 della Convenzione statuendo che *“fatto salvo l'articolo 7, il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a settori specifici, disciplinano i conflitti di legge in materia di obbligazioni contrattuali”*.

I termini nei quali si configura il coordinamento tra il detto regolamento e la direttiva sono delineati già nel preambolo della stessa. Muovendo dalla premessa (considerando n. 6) che *“la transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro solleva*

⁷⁵ Così S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *op. ult. cit.*, p. 111.

⁷⁶ Primato richiamato anche nel considerando n. 11 della direttiva n. 96/71/CE.

⁷⁷ Per approfondimenti sulla Convenzione di Roma e sul Regolamento c.d. Roma I ci si permette di rimandare al capitolo precedente del presente elaborato.

problemi in ordine alla legislazione applicabile al rapporto di lavoro e che nell'interesse delle parti occorre definire le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro considerato", e che (considerando 9) *"la scelta della legislazione ad opera delle parti non deve avere come risultato quello di privare il lavoratore della protezione offertagli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto in mancanza di scelta"* a norma dei parr. 2, 3 e 4 dell'odierno Regolamento Roma I, la direttiva impone agli stati ciò che prima la Convenzione di Roma e poi l'odierno regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali contemplano come una possibilità⁷⁸.

Infatti, a ben vedere, la direttiva non incide in alcun modo sui criteri di scelta della legge applicabile al rapporto di lavoro indicati dall'art. 8 dell'odierno Regolamento Roma I, ma si inserisce nell'ambito del successivo art. 9 (ex art. 7 della Convenzione di Roma⁷⁹) imponendo, in buona sostanza, agli stati di considerare le materie elencate nell'art. 3, par. 1, della direttiva necessariamente come norme di applicazione necessaria⁸⁰.

In questo senso si è sostenuto che l'art. 3 della direttiva svolge la funzione di concretizzare l'odierno art. 9 del regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, indicando le materie di diritto del lavoro alle quali appartengono le disposizioni di applicazione necessaria del paese destinatario dei servizi, dando così un prezioso contributo sul piano della sicurezza giuridica⁸¹.

⁷⁸ Cfr. S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., p. 122.

⁷⁹ Che, infatti, è richiamato nel considerando n. 10 della direttiva 96/71/CE.

⁸⁰ Si noti infatti che, a norma dell'art. 9.1 del reg. 593/2008, *"le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese"* (ossia da uno stato membro). In questo caso è l'Unione europea (per mezzo della direttiva) a considerare norme di applicazione necessaria le materie elencate nell'art. 3.1. con la conseguenza che gli stati vengono - con riferimento alle dette materie - privati del potere di scegliere (loro normalmente concesso dall'art. 9.1 del regolamento) se considerarle o meno di applicazione necessaria.

⁸¹ Così M.A. MOREAU, *Les détachement de travailleur effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, in *Clunet*, 1996, pp. 899 ss. Nello stesso senso, con riferimento alla proposta di direttiva si veda E. JAYME, CH. KOHLER, *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome*, in *Revue critique de droit international privé*, 1995, pp. 33 ss.

È stato inoltre sottolineato⁸² che problemi di coordinamento tra la Convenzione di Roma e la direttiva avrebbero potuto sollevarsi a causa dell'assenza di una comune definizione di distacco. Infatti, in base alla detta Convenzione, per valutare l'esistenza di un distacco assume esclusiva rilevanza la sua durata, poiché se questa è solamente temporanea la legge applicabile sarà comunque quella del (diverso) paese ove egli svolge “*abitualmente il suo lavoro*” come prescritto dall'art. 6, par. 2, lett. a).

La direttiva, a differenza della Convenzione, se da un lato continua a dare rilevanza al requisito della temporaneità del distacco, dall'altro aggiunge che, durante un periodo di tal fatta, deve permanere la titolarità del rapporto in capo al datore di lavoro dello stato d'origine⁸³.

Alla luce di quanto sopra è evidente che, ai sensi della Convenzione del 1980, può esservi distacco anche in presenza di un nuovo contratto di lavoro con l'impresa dello stato ospitante - se la sua durata è temporanea e tale da non incidere sul luogo abituale di lavoro - mentre un tanto non è possibile ai sensi della direttiva.

Sebbene i timori sopra descritti non sembrano essere stati confermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che di rado ha giudicato su conflitti inerenti la legge applicabile al contratto di lavoro⁸⁴, secondo un recente studio⁸⁵

⁸² Si veda S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., p. 124

⁸³ Ai sensi infatti dell'art. 3 lett. a) la direttiva si applica alle imprese che distacchino un lavoratore “*purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia*”

⁸⁴ Uno dei casi è rappresentato dalla sentenza *Koelzsch* (C-29/10), la quale riguarda il caso di un autotrasportatore dipendente di un'impresa con sede in Lussemburgo che si occupava di autotrasporti internazionali prevalentemente verso la Germania, stato ove gli automezzi stazionavano ma ove la detta società non aveva né sedi né uffici. Il lavoratore, operando in Germania, una volta licenziato dalla ditta, aveva adito il Tribunale del lavoro di Osnabrück che si era dichiarato incompetente *ratione loci* (sentenza confermata anche dalla Corte d'appello della stessa città). Il ricorso contro il licenziamento veniva così instaurato presso il Tribunale del lavoro lussemburghese che, però, lo dichiarava infondato in quanto il signor *Koelzsch* pretendeva che venisse applicata la legge tedesca in luogo di quella lussemburghese (sentenza poi confermata dalla Corte d'appello e dalla Cassazione). A questo punto il lavoratore citava davanti al Tribunale lo stesso Granducato del Lussemburgo per ivi sentir condannare lo stato al risarcimento dei danni derivanti dall'errata applicazione della Convenzione di Roma. Chiamata a giudicare in secondo grado, la Corte d'appello del Granducato del Lussemburgo sospendeva il giudizio e decideva di

non si deve sottovalutare il rapporto tra la direttiva 96/71/CE e le norme sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, anche perché detto rapporto non risulterebbe essere chiaro nemmeno dopo l'introduzione del già ampiamente citato Regolamento Roma I.

Proprio partendo da tali incertezze, il detto studio conclude raccomandando alla Commissione Europea il chiarimento del concetto di distacco (*posting*)⁸⁶.

In ogni caso, secondo autorevole dottrina⁸⁷, segnali di coordinamento tra quanto statuito nel regolamento e quanto previsto nella direttiva possono ravvisarsi nel caso *Pugliese*⁸⁸ ove la Corte di Giustizia ha implicitamente riconosciuto la sussistenza di un ipotesi di distacco in un caso di assunzione temporanea di un

sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale «*Se la norma di diritto internazionale privato definita (...) all'art. 6, n. 2, lett. a), [della Convenzione di Roma], che enuncia che il contratto di lavoro è disciplinato dalla legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro, debba essere interpretata nel senso che, nell'ipotesi in cui il lavoratore esegua la prestazione lavorativa in diversi paesi, ma ritorni sistematicamente in uno di essi, questo paese deve essere considerato come quello in cui il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro*». A tale questione la Corte ha risposto affermando che, nel caso di specie, si doveva applicare proprio il diritto tedesco, e ciò in quanto «*L'art. 6, n. 2, lett. a), della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, deve essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui il lavoratore svolga le sue attività in più di uno Stato contraente, il paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, ai sensi di tale disposizione, è quello in cui o a partire dal quale, tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano detta attività, il lavoratore adempie la parte sostanziale delle sue obbligazioni nei confronti del suo datore di lavoro*» (l'intero testo è reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu) Sul tema si vedano A. MATTEI, *Il caso Koelzsch: come difendersi dal diritto straniero?* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2012, pp. 57 ss.; A. ZANOBETTI, *Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European court of justice*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, N° 2, pp. 338 ss.

⁸⁵ Si tratta di uno studio coordinato da AUKJE VAN HOEK e MIJKEHOUWERZIJL dal titolo «*Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*» il cui testo è reperibile sul web all'indirizzo <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471&langId=en>

⁸⁶ Questo, in particolare, potrebbe essere attuato, secondo gli autori, attraverso una specificazione dell'art. 2.1 della direttiva 96/71/CE su modello di quanto operato dall' articolo 14 del Regolamento n. 987 del 2009 in riferimento all'art. 12 del Regolamento «Roma I».

⁸⁷ S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., p. 109.

⁸⁸ Corte di Giustizia 10 aprile 2003, *Pugliese*, causa C-437/00 in *Raccolta*, 2003, pp. 3593 ss. Sul caso *Pugliese* si veda C. BONADUCE, *L'interpretazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 alla luce del regolamento n. 44/2001 nelle pronunce della Corte di giustizia in Rivista di diritto internazionale*, 2003, pp. 746 ss.

lavoratore dipendente di un'impresa italiana da parte di un'impresa tedesca legata alla prima da stretti rapporti di collaborazione.

3.3. Evoluzione ed interpretazione della direttiva. Dalla Proposta del 1993 alle sentenze della Corte di Giustizia.

Esaurita la descrizione in ordine al contenuto, si deve precisare che la Direttiva in commento non costituisce un'assoluta novità: il testo definitivo rappresenta, infatti, una rielaborazione della precedente proposta del 1993⁸⁹ che – a sua volta – emendava quella del 1991⁹⁰. Tra quest'ultima, e il testo attuale, tuttavia, numerose sono le difformità: in primo luogo, nella proposta l'ipotesi del distacco di un lavoratore presso altra impresa non era limitata al solo caso in cui quest'ultima avesse condiviso con l'impresa distaccante l'appartenenza al medesimo gruppo imprenditoriale ma aveva portata più generale⁹¹; in secondo luogo, il riferimento all'estensione obbligatoria delle condizioni di lavoro contenute nei contratti collettivi applicabili *erga omnes* aveva portata generale, e non riguardava il solo settore delle costruzioni⁹²; in terzo e ultimo luogo, non era prevista la possibilità

⁸⁹ COM (93) 225 final – SYN 346.

⁹⁰ COM (91) 230 final – SYN 346.

⁹¹ Ad oggi, invece, l'ipotesi del distacco presso un'impresa di un altro Stato membro che non appartenga al medesimo gruppo rimane al di fuori del campo di applicazione della Direttiva.

⁹² Le ragioni di questa originaria previsione emergono, anzitutto, dalla lettura dell'*Explanatory Memorandum* allegato alla proposta del 1991 dove si evidenzia, da un lato, l'esigenza “*to increase legal certainty, to ascertain in advance the working conditions applicable and to eradicate practices which may be both detrimental to a fair competition between undertakings and prejudicial to the interests of workers concerned*” (punto 3) e, dall'altro, la preoccupazione di estendere ai lavoratori distaccati in via temporanea in altro Stato membro, nell'ambito di una prestazione di servizi, non le medesime condizioni di lavoro e di occupazione che quest'ultimo impone agli operatori economici in esso stabilmente insediati, bensì soltanto la disciplina relativa ad una serie di materie considerate determinanti ai fini del costo del lavoro (punti 14 e 19).

La Direttiva intendeva dunque assicurare ai lavoratori distaccati maggiori garanzie di quelle assicurate loro dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; per le parole della Commissione, se è vero che la Convenzione “*lays down general criteria to determining the law applicable and [...] enables the judge to make the contract subject to mandatory rules sometimes referred to as 'directly applicable rules' applying at the place where the work carried out (art. 7)*”, per contro essa non individua quali siano “*such immediately applicable rules*”. La proposta di Direttiva mirava appunto “*to clarify this point by*

per gli Stati membri - ora risultante all'art. 3, par. 9 - di prevedere che l'impresa distaccante “*garantisca ai lavoratori a norma dell'art. 1, par. 3, lett. c) il beneficio delle condizioni che sono applicabili ai lavoratori temporanei nello Stato membro in cui è eseguito il lavoro*” né, tanto meno, quella – ex par. 10, prima parte, dello stesso articolo - di estendere “*condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico*”⁹³.

È proprio su quest'ultima divergenza che risulta doveroso soffermarsi - seppur brevemente - in quanto permette di collegarsi ad un altro aspetto che verrà di seguito analizzato, ovvero i problemi interpretativi sollevati dall'art. 3, par. 10 della Direttiva.

Cominciando dall'art. 3 par. 9, questo contempla l'ipotesi di distacco effettuato da imprese dedite alla somministrazione di lavoratori interinali o alla cessione temporanea di lavoratori: in tal caso, fermo restando l'obbligo per gli Stati membri di assicurare l'estensione ai lavoratori distaccati delle tutele del lavoro di cui all'art. 3, par. 1, è stata introdotta – rispetto alle proposte del 1991 e del 1993 – la possibilità per gli Stati membri di assicurare addirittura la piena uniformità di trattamento di questi lavoratori rispetto a quelli direttamente assoggettati alle discipline interne.

Da questo punto di vista può dirsi che la disposizione dell'art. 3, par. 9 assegna all'ipotesi del distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. c) un trattamento di miglior favore rispetto alle altre due, assicurando agli Stati membri la possibilità, attraverso l'estensione totale delle tutele interne senza il limite dell'ordine pubblico⁹⁴, di adottare un misura di effettiva portata *anti-dumping* nei confronti di

stipulating the body of rules covered by article 7 of the Convention, i.e. the 'public order rules' which constitute a hard core of minimum protection for workers on secondment” (punto 17).

⁹³ Il testo di entrambe le proposte è reperibile sul sito www.europarl.europa.eu.

⁹⁴ Previsto invece con riferimento alla possibilità ex par. 10, di cui si tratterà a breve.

imprese che svolgono un'attività così delicata come quella di somministrazione o cessione di lavoratori⁹⁵.

Passando quindi all'analisi dell'art. 3, par. 10, a prima vista, potrebbe sembrare che l'introduzione nel testo definitivo della Direttiva della previsione in esso contenuta abbia comportato un accrescimento - rispetto alla proposta del 1993 - del potere per gli Stati membri in materia di tutele del lavoro, soddisfacendo in qualche misura l'esigenza di estendere ai lavoratori distaccati anche le disposizioni riguardanti materie ulteriori rispetto a quelle dell'art. 3, par. 1, con l'unico limite dell'ordine pubblico; limite che, in questa prospettiva, costituirebbe una sorta di prezzo pagato nella definizione di un compromesso tra libertà di prestazione dei servizi, tutela del lavoro e dell'occupazione dei lavoratori distaccati, tutela della libertà economica e di concorrenza delle imprese nazionali nonché tutela del lavoro e dell'occupazione dei lavoratori da queste ultime dipendenti⁹⁶.

Tuttavia, le cose stanno in modo diverso: all'atto della presentazione della proposta del 1993, la Commissione era ben consapevole della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutele del lavoro e libertà di prestazione sancita dal Trattato, formatasi nelle tre sentenze *Webb*, *Seco* e *Rush Portuguesa*, e dunque non poteva non essere altresì consapevole che obbligare gli Stati membri a rendere applicabile ai lavoratori distaccati sul proprio territorio la normativa relativa ad un nucleo duro di materie, non escludeva certo – proprio nel silenzio della normativa proposta – la facoltà dei medesimi Stati di rendere applicabili a quei lavoratori, in forza di quella giurisprudenza, anche ulteriori disposizioni di tutela del lavoro. Se ciò è vero, ne risulta che l'esplicita previsione dell'art. 3, par. 10 si traduce, in realtà, in una restrizione rispetto alla possibilità, direttamente garantita dal Trattato, di applicare ai lavoratori distaccati l'insieme delle tutele lavoristiche con i soli limiti di derivazione giurisprudenziale appena ricordati⁹⁷.

⁹⁵ In tal senso U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., p. 62.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁹⁷ *Ivi*.

Ma c'è di più: il testo della disposizione – già limitativa *in re ipsa*, come appena visto – contiene un'ulteriore limite che si sostanzia nel concetto di “ordine pubblico”; ed allora risulta ineludibile la disquisizione in ordine al significato di questo concetto, dal momento che la Direttiva non si cura di definirlo.

A tal proposito risultano di estrema utilità, nel chiarire il significato di questa espressione, le parole utilizzate dalla Commissione nella comunicazione del 25 luglio 2003 ⁹⁸: si precisa infatti che il concetto di “ordine pubblico” va interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale “*sebbene non contenga una definizione precisa della nozione di ordine pubblico, contenuta in particolare negli artt. 46 e 56 del Trattato CE, riconosce che la nozione può variare in base al paese e all'epoca (CGCE C-30/77 del 25.10.1977) lasciando alle autorità competenti un certo margine discrezionale entro i limiti imposti dal trattato*”. E tuttavia, prosegue la Commissione, detta giurisprudenza indica da un lato “*che il concetto di ordine pubblico deve essere interpretato in modo restrittivo (CGCE C-260/89, del 18 giugno 1991) e che non può essere determinato unilateralmente da ciascuno Stato membro*”, e dall'altro che “*la necessità di invocare l'ordine pubblico deve essere giustificata da gravi ragioni di interesse generale (CGCE C-484/93, del 14.11.1995), presupporre l'esistenza di una minaccia effettiva e abbastanza grave a uno degli interessi fondamentali della collettività (CGCE C-30/77, del 27.10.1977), ed essere conforme ai principi generali del diritto, in particolare ai diritti fondamentali e al principio generale della libertà di espressione*”.

Detto ciò, un ultimo profilo da evidenziare è che, negli anni più recenti, la dottrina ha più volte sottolineato come il fatto che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71, uno Stato membro sia obbligato a stabilire l'applicazione, nei confronti dei lavoratori distaccati, delle condizioni di lavoro e occupazione previste, nelle materie di cui all'elenco ivi contenuto, da leggi, regolamenti e norme amministrative, nonché nel settore delle costruzioni, dai contratti collettivi ed arbitrati, non fa certo venir meno la necessità che le discipline dei singoli

⁹⁸ COM (2003) 458. Il testo è reperibile su www.eur-lex.europa.eu.

istituti da estendere siano compatibili con la libera circolazione dei servizi sancita dal Trattato⁹⁹ (dove siffatta compatibilità si fonda sul *test* di proporzionalità, di cui si è ampiamente parlato in precedenza¹⁰⁰).

Questa posizione è stata accolta e concretamente praticata dalla Corte di Giustizia in una serie di recenti sentenze nelle quali, la stessa, è stata chiamata a valutare se talune normative nazionali di tutela dei lavoratori, applicate da uno Stato membro alle imprese di servizi di altri Stati membri in relazione ai lavoratori distaccati nel suo territorio, contrastassero o meno con la libertà di prestazione dei servizi sancita nel Trattato. Ci si riferisce in particolare alle sentenze *Laval*, *Viking Line* e *Rüffert* che verranno di seguito analizzate.

3.3.1. I casi Laval e Viking Line. Alcune considerazioni sulle soluzioni adottate della Corte.

Come preannunciato, la Corte di Giustizia è stata chiamata a decidere - da un giudice svedese, per il caso *Laval*, e da un giudice inglese, per il caso *Viking* - se in base al diritto comunitario possano avere libero corso nella comunità pratiche di *dumping* sociale e, conseguentemente, se i lavoratori che ne siano colpiti possano opporvisi con i mezzi di lotta sindacale previsti dal proprio ordinamento nazionale.

Nella sostanza, la questione sollevata il 15 settembre 2005 dal Tribunale del Lavoro svedese e, il 23 novembre 2005, dalla Corte d'Appello di Inghilterra e Galles è, in primo luogo, se la normativa comunitaria garantisca la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nei Paesi della CE sino al punto di rendere irrilevante che il loro esercizio realizzi obiettivamente effetti di *dumping* sociale¹⁰¹ e, in secondo luogo - posto che la risposta a questa domanda sia positiva - se sia illegittimo che le organizzazioni sindacali del Paese ospitante si avvalgano

⁹⁹Tra i tanti, risulta emblematico il pensiero di P. DAVIES, *The posted workers directive and the EC Treaty* in *Industrial Law Journal*, 2002, p. 300, secondo cui “it is difficult to see a good legal reason why the Court’s view on the issue of compatibility should be different simply because, and to the extent that, the domestic laws are necessary to implement the directive”.

¹⁰⁰ Si veda il par. 2.

¹⁰¹ Ovvero di accrescimento della competitività delle imprese mediante un peggioramento del trattamento dei lavoratori.

dei mezzi loro assegnati dalla normativa nazionale per opporsi al prodursi di questi effetti¹⁰².

Prima di analizzare le soluzioni che a questi quesiti sono state date, *in primis* dagli Avvocati Generali presso la Corte di Giustizia e, *in secundis*, da quest'ultima, si prospetta tuttavia necessaria una breve esposizione di quelli che costituiscono i fatti delle cause *de quo*.

Cominciando dal caso *Laval*¹⁰³, una società lettone, la Laval un Pareri Ltd.¹⁰⁴, appunto, aveva distaccato dalla Lettonia in Svezia dei propri dipendenti per eseguire degli appalti edili in cooperazione con una società di costruzioni svedese, l'L&P Baltic AB¹⁰⁵ – costituita e controllata dalla stessa Laval – tra cui la costruzione di una scuola nella città svedese di Vaxholm.

I sindacati svedesi del settore delle costruzioni avevano richiesto alla Laval dapprima di stipulare un accordo collettivo per definire il trattamento economico da assicurare a questi lavoratori - prendendo a riferimento una cifra corrispondente (secondo il sindacato stesso) alla media del salario orario praticato in Svezia – e, in un momento più avanzato della trattativa, di sottoscrivere il contratto di settore nonché di aprire una trattativa sul profilo salariale¹⁰⁶.

La società lettone rifiutò, stipulando, per converso, un accordo con i sindacati lettoni delle costruzioni. I sindacati svedesi del settore delle costruzioni proclamarono allora uno sciopero - *legittimo secondo la normativa svedese*¹⁰⁷ -

¹⁰² Trattandosi di questioni sostanzialmente identiche e molto ravvicinate nel tempo, i commenti alle soluzioni delle stesse e l'esposizione delle relative criticità verranno trattate congiuntamente per comodità espositiva.

¹⁰³ Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, *Laval*, Causa C-341/05, in *Raccolta*, pp. 11767 ss.

¹⁰⁴ D'ora in poi semplicemente *Laval*.

¹⁰⁵ D'ora in poi semplicemente *Baltic*.

¹⁰⁶ Si tenga conto, in particolare, che in Svezia non esiste una normativa sul salario minimo, che i trattamenti retributivi sono definiti attraverso accordi collettivi liberamente conclusi tra le parti sociali, ed inoltre che la Svezia, nel trasporre la Direttiva n. 96/71 non ha previsto, ai sensi dell'art. 3, par. 10, nonché par. 8, l'estensione della normativa dei contratti collettivi ai lavoratori distaccati. Si veda K. AHLBERG, N. BRUUN, J. MALBERG, *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe, Transfer*, 2006, n. 2, p.158.

¹⁰⁷ Corsivo dello scrivente.

per costringere la Laval all'accordo, e a quest'azione conflittuale aderì - *altrettanto legittimamente secondo la legge svedese*¹⁰⁸ - il sindacato svedese degli elettricisti.

La Baltic fu costretta a rinunciare all'appalto e fallì; la Laval agì pertanto in giudizio contro i due sindacati svedesi sostenendo che lo sciopero era lesivo della sua libertà di prestazione dei servizi.

Il giudice svedese sollevò dunque una questione preliminare articolata e complessa dinanzi alla Corte di giustizia; chiese, in particolare, se fosse *“compatibile con le norme del Trattato CE sulla libera prestazione dei servizi [...], nonché con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CEE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, il fatto che le organizzazioni sindacali tentino, mediante un'azione collettiva esercitata sotto forma di un blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato di occupazione relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come quello descritto nella precitata decisione dell'Arbetsdomstolen*¹⁰⁹, *se la situazione nello Stato di occupazione è tale che la legislazione volta a recepire detta direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione nei contratti collettivi”*¹¹⁰.

Pressoché analogo¹¹¹ è l'ulteriore caso, conosciuto come *Viking Line*¹¹²: la Viking è un'impresa di navigazione finlandese che con la propria nave Rosella, battente bandiera finlandese e con equipaggio prevalentemente finlandese, trasportava persone e merci tra Helsinki e Tallin.

¹⁰⁸ Corsivo dello scrivente.

¹⁰⁹ Tribunale del Lavoro svedese.

¹¹⁰ Per una ricostruzione dettagliata dei fatti si veda il promemoria 5/12/2005 dello Studio Legale Lindhs DLA Nordic KB, pubblicato nella traduzione italiana dalla Confederazione Europea dei Sindacati (CES) sul sito www.etuc.org.

¹¹¹ I quesiti proposti alla Corte di Giustizia hanno una loro specificità rispetto al caso *Laval*, in quanto riguardano soprattutto la libertà di stabilimento, e solo in seconda battuta quella di prestazione dei servizi. Almeno per quanto attiene a quest'ultima, peraltro, le considerazioni che seguiranno nel corso del presente paragrafo sono integralmente richiamabili.

¹¹² Corte di giustizia, sentenza 11 dicembre 2007, causa C-438/05, in *Raccolta.*, 2007, pp. 10779 ss.

Verso la fine del 2003 la Viking comunicò al Sindacato dei Marittimi finlandese la propria intenzione di trasferire la Rosella del registro navale estone. Il fine dell'operazione era proprio quello di poter competere con le imprese di navigazione estoni operanti sulla medesima tratta; la stessa Viking lo dichiarò evidenziando come questo sarebbe potuto avvenire solo nel momento in cui il trattamento economico dei membri dell'equipaggio - divenuto prevalentemente estone - sarebbe corrisposto a quello previsto dalle tariffe contrattuali vigenti in Estonia (di oltre due volte inferiori a quelle vigenti in Finlandia).

Il Sindacato, di fronte a questa comunicazione, non si oppose a che la nave battesse bandiera estone; pretese tuttavia di continuare ad essere riconosciuto dalla Viking quale unico agente contrattuale autorizzato a trattare le condizioni di lavoro a bordo della Rosella¹¹³.

Nel frattempo si stava approssimando la scadenza, fissata per il 18 novembre 2003, del contratto collettivo di lavoro applicato sulla nave *de qua*. Fallite le trattative tra la Viking ed il Sindacato dei Marittimi finlandese per il suo rinnovo, la prima chiese al Tribunale del Lavoro finlandese di decretarne la proroga; il Sindacato, da parte sua, rispose all'iniziativa giudiziaria preannunciando che a partire dal 2 dicembre del 2003 sarebbero state intraprese azioni di lotta sindacale.

Per di più, il 25 novembre, la Viking ricorse ancora una volta ai giudici - questa volta ordinari - per ottenere un provvedimento d'urgenza che vietasse le lotte preannunciate dal Sindacato e che sottoponesse quest'ultimo ad una sanzione pecuniaria.

Tuttavia, proprio il 2 dicembre, ambedue le vertenze giudiziarie si estinsero in *Finlandia*¹¹⁴: la Viking, pur di evitare i danni che avrebbe potuto subire in

¹¹³ Il Patto sulle Bandiere di Comodo varato sotto l'egida della Federazione Internazionale dei Trasporti, infatti, riserva al sindacato del Paese nel quale è effettivamente stabilita l'impresa proprietaria della nave il diritto di negoziare il trattamento economico e normativo del suo equipaggio. In attuazione del medesimo patto - ed a sostegno del sindacato finlandese - la Federazione diramò, il 6 novembre 2003, una circolare con la quale invitò tutti i sindacati nazionali dei lavoratori del mare ad astenersi dall'intavolare trattative con la Viking. Si veda il sito www.itfglobal.org.

¹¹⁴ Corsivo dello scrivente.

conseguenza delle lotte sindacali, stipulò un nuovo contratto collettivo di lavoro per la nave Rosella.

Ad ogni modo, le ostilità sindacali e giudiziarie chiusesi in patria si riaprirono ben presto - nell'agosto 2004 - in un altro Paese: la Gran Bretagna. Quest'ultima non aveva nulla a che spartire con il merito della vertenza, tuttavia la sua giurisdizione fu invocabile grazie al fatto che una delle parti convenute, la Federazione Internazionale dei Trasporti, aveva - ed ha - qui la sua sede ufficiale¹¹⁵.

Tralasciando questi rilievi e continuando con la narrazione dei fatti, il giudice inglese di prima istanza accolse tutte le richieste della Viking ingiungendo alle parti convenute di non ostacolarne l'attività. Questa sentenza venne appellata ed il giudice di seconda istanza revocò l'ingiunzione, pur tuttavia soddisfacendo ancor più gli interessi della Viking: quest'ultima, infatti, in luogo di un provvedimento giudiziario destinato ad avere ben scarsa utilità pratica - se non addirittura controproducente, specialmente in Finlandia e nei confronti del sindacato dei marittimi finlandese - ottenne un rinvio della questione alla Corte di Giustizia capace, invece, di emettere una pronuncia dotata di efficacia transazionale, nell'immediato, e del valore di precedente, nel futuro¹¹⁶.

Terminata qui la descrizione dei fatti è possibile ora procedere, con maggiore cognizione di causa, alla disamina delle principali problematiche – comuni ad entrambi i casi - che si pongono sia in relazione allo *status* delle aziende, con particolare riguardo alla libertà di prestazione dei servizi ed al possibile abuso della stessa; sia in relazione allo *status* delle organizzazioni sindacali

¹¹⁵ La ricusazione di fatto, da parte dell'attore, e il giudice naturale della vertenza, è un passaggio di grande interesse e poco limpido degli avvenimenti narrati ma, comunque, è indubbio che la Viking abbia individuato esattamente nel foro britannico quello più conveniente al soddisfacimento delle proprie attese: la Corte Commerciale di Inghilterra e Galles - giudice di prima istanza - accolse infatti la richiesta della Viking di ingiungere al Sindacato dei Marittimi svedese di astenersi dall'ostacolare il cambiamento di bandiera della nave Rosella e, alla Federazione Internazionale dei Trasporti, di revocare l'invito ai Sindacati dei Marittimi affiliati, di tutte le nazionalità, di rifiutare ogni trattativa con la Viking. Si veda N. CONSIGLIO, *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della Corte di Giustizia CE in materia sindacale*, in *Lav. Giur.*, 2007, p. 974.

¹¹⁶ *Ivi*. Per la ricostruzione dei fatti, si veda la Briefing Note riportata sul sito www.etuc.org.

soffermandosi, in particolare, sul diritto di sciopero e (prima ancora) sulla competenza della Corte di Giustizia in materia sindacale.

La trattazione delle suddette problematiche verrà affrontata in chiave critica rispetto alle soluzioni apportate ai casi dagli Avvocati Generali presso la Corte di Giustizia e dalla Corte stessa; seguirà pertanto un'esposizione sintetica di queste per poi procedere ai commenti di alcuni singoli punti, ritenuti dallo scrivente particolarmente emblematici.

* *

Il 23 maggio 2007 furono presentate le conclusioni degli Avvocati Generali presso la Corte di Giustizia per il caso *Laval* e per il caso *Viking*.

Cominciando dal primo, l'A.G. Paolo Mengozzi ha ritenuto di rispondere in questo modo ai quesiti posti all'inizio di questo paragrafo¹¹⁷: nel caso in cui uno Stato membro non possieda un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi, la direttiva n. 71 del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, e l'articolo 49 del Trattato (oggi art. 56 TFUE) devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che talune organizzazioni sindacali tentino, con azioni collettive sotto forma di blocco e di azioni di solidarietà, di indurre un prestatore di servizi di un altro Stato membro a sottoscrivere le condizioni relative al livello salariale, determinato in conformità ad un contratto collettivo - applicabile di fatto alle imprese nazionali del medesimo settore di attività che si trovino in una situazione simile - concluso nello Stato membro nel cui territorio siano temporaneamente distaccati alcuni lavoratori dell'altro Stato membro. Questo purché le azioni collettive siano motivate da obiettivi di interesse generale, come la tutela dei lavoratori e la lotta

¹¹⁷ In primo luogo, se la normativa comunitaria garantisca la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nei Paesi della CE sino al punto di rendere irrilevante che il loro esercizio realizzi obiettivamente effetti di *dumping* sociale e, in secondo luogo - posto che la risposta a questa domanda sia positiva - se sia illegittimo che le organizzazioni sindacali del Paese ospitante si avvalgano dei mezzi loro riconosciuti dalla normativa nazionale per opporsi al prodursi di questi effetti.

contro il *dumping* sociale, e non si svolgano in modo sproporzionato rispetto alla realizzazione di tali obiettivi.

Nell'ambito della valutazione della proporzionalità delle azioni collettive, prosegue Mengozzi, il giudice del rinvio dovrà in particolare verificare se le condizioni di lavoro e di occupazione previste dal contratto collettivo in esame nella causa principale - alle quali le organizzazioni sindacali subordinavano l'applicazione del menzionato livello salariale - sono conformi all'art. 3, par. 10, della direttiva 96/71 e se le altre condizioni comportino un beneficio reale in grado di contribuire in modo significativo alla tutela sociale dei lavoratori distaccati e non costituiscano la duplicazione di un'eventuale protezione uguale o essenzialmente comparabile già offerta a tali lavoratori dalla normativa e/o dalla contrattazione collettiva applicabile al prestatore di servizi nello Stato membro di stabilimento.

Proseguendo quindi con il caso *Viking*, l'A.G. Miguel Poiares Maduro ha risposto in questo senso: le azioni collettive intraprese da un sindacato o da un'associazione dei sindacati finalizzate a promuovere gli obiettivi della politica sociale comunitaria non sono, per questo solo motivo, sottratte all'applicazione dell'articolo 43 del Trattato (oggi art.49 TFUE) nonché del regolamento 4055/86 che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi. Queste norme, infatti, spiegano effetti orizzontali in un giudizio nazionale che vede contrapposti un'impresa e un sindacato o un'associazione di sindacati in una situazione come quella in esame nella causa principale.

L'articolo 43 non vieta che un sindacato o un'associazione di sindacati intraprendano azioni collettive che abbiano l'effetto di limitare il diritto di stabilimento di un'impresa che intenda trasferirsi in un altro Stato membro, al fine di tutelare i lavoratori di tale impresa: spetta al giudice nazionale determinare se tali azioni siano legittime sulla base delle norme nazionali applicabili all'esercizio del diritto alle azioni collettive, purché i casi di trasferimento di sede all'interno

della Comunità non siano trattati in modo meno favorevole di quelli di trasferimento di sede all'interno dei confini nazionali.

Infine, conclude Poiares Maduro, l'articolo 43 osta ad una politica coordinata di azioni collettive di un sindacato e di un'associazione di sindacati che, limitando il diritto alla libertà di stabilimento, abbia l'effetto di compartimentare il mercato del lavoro e impedisca l'assunzione di lavoratori di taluni Stati membri al fine di tutelare i posti di lavoro dei lavoratori di altri Stati membri¹¹⁸.

Passando ora alle soluzioni adottate dalla Corte di Giustizia, per il caso *Laval* si è stabilito che: pur se il diritto di intraprendere un'azione collettiva debba essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali.

Certamente la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica - in linea di principio - una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, l'esercizio di tali diritti fondamentali, tuttavia, non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato e deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità. Ne consegue che il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da sottrarre un'azione del genere, avviata nei confronti di un'impresa stabilita in un altro Stato membro, che distacca lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, all'ambito di applicazione del diritto comunitario¹¹⁹.

¹¹⁸ Il testo integrale delle conclusioni è rinvenibile sul sito www.curia.europa.eu.

¹¹⁹ Si vedano i punti 91, 93, 94 e 95 della motivazione. Il testo di quest'ultima è reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu; lo stesso vale per la motivazione della sentenza *Viking Line*.

Gli artt. 49 del Trattato e 3 della direttiva 96/71, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi – prosegue la Corte - devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della stessa direttiva sono contenute in disposizioni legislative, ad eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri, tentare di costringere un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune delle materie suddette, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art. 3 della medesima direttiva.

Infatti, il diritto delle organizzazioni sindacali di uno Stato membro di intraprendere simili azioni collettive è in grado di scoraggiare o rendere più difficile, per le imprese, la prestazione di servizi nel territorio dello Stato membro ospitante e costituisce, pertanto, una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE.

Un ostacolo siffatto non può essere giustificato dalla finalità di tutela dei lavoratori - nella quale rientra, in linea di principio, un blocco intrapreso da un'organizzazione sindacale dello Stato membro ospitante per garantire ai lavoratori distaccati condizioni di lavoro e di occupazione di un certo livello - posto che il datore di lavoro di questi ultimi è tenuto, grazie al coordinamento realizzato dalla direttiva 96/71, a rispettare un nucleo di norme imperative di protezione minima nello Stato membro ospitante. Del pari, un obiettivo siffatto non può giustificare una trattativa salariale imposta dalle organizzazioni sindacali alle imprese distaccanti, qualora tale negoziato si inserisca in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni sufficientemente precise e accessibili, tali da rendere praticamente impossibile - o eccessivamente difficile -

la determinazione, da parte di un'impresa siffatta, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali¹²⁰.

Con riferimento al caso *Viking Line*, la Corte ha sentenziato che l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa privata, al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento¹²¹.

Conseguentemente, azioni collettive finalizzate a indurre un'impresa privata stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro costituiscono restrizioni ai sensi del summenzionato articolo 43. Infatti, un'azione collettiva siffatta ha l'effetto di scoraggiare, se non addirittura di vanificare, l'esercizio da parte di un'impresa della sua libertà di stabilimento, poiché essa impedisce a quest'ultima di beneficiare, nello Stato membro ospitante, del medesimo trattamento degli altri operatori economici stabiliti in tale Stato. Del pari, un'azione collettiva di tale natura, mirante a impedire agli armatori di immatricolare le loro navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi di tali navi, deve essere considerata quantomeno in grado di limitare l'esercizio, da parte di un'impresa, della sua libertà di stabilimento.

Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate solamente da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo¹²².

¹²⁰ Si vedano i punti 99, 107, 108, 109, 110 e 111 della motivazione.

¹²¹ Si veda il punto 37 della motivazione.

¹²² Si vedano i punti 72, 73, 74 e 90 della motivazione.

Queste sono dunque le soluzioni - forse un po' deludenti per chi si aspettava esiti diversi¹²³ – adottate dalla Corte di Giustizia, rispettivamente il 18 e l'11 dicembre 2007.

In prima analisi non pare dubbio che, nella misura in cui la Corte ha deciso di bilanciare i diritti sociali collettivi, ha posto in essere un'operazione di relativizzazione. Se si considerano il diritto di sciopero e l'autonomia collettiva principi relativi e non valori assoluti, tale operazione non può essere contestata in sé, altrimenti si dovrebbe propendere per l'esistenza di una gerarchia dei valori; il problema, invece, nascerebbe dal fatto che la Corte ha operato il bilanciamento ponderando i diritti fondamentali collettivi non con un diritto della persona riconosciuto equivalente – come, ad esempio, avviene in Italia mediante l'articolo 1 della l. 146/90 - bensì con le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento che sono due tipiche libertà economiche e di impresa¹²⁴.

Si parla al condizionale perché, in realtà, le libertà economiche fondamentali e i diritti sociali non possono collocarsi in relazione di indifferenza: è ineccepibile che il bene “azione collettiva” a difesa di interessi dei lavoratori contro il *dumping* sociale e il bene “libertà economica di circolazione” vadano bilanciati;

¹²³ Tra i tanti si vedano U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, pp. 147 ss.; L. PATURNO, *La caduta del «principio lavorista». Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, pp. 524 ss.; B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *WorkingPapers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona”*, Catania, 2008, n. 61; N. CONSIGLIO, *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della Corte di Giustizia CE in materia sindacale*, cit.

¹²⁴ Un'operazione di limitazione del diritto fondamentale, quindi, che avrebbe dato luogo, secondo i critici, ad una comparazione - prima ancora che ad una gerarchia assiologica - ritenuta improponibile e non accettabile nell'approccio ortodosso ai diritti sociali fondamentali.

La dottrina giuslavoristica italiana fino agli anni '80, al contrario della giurisprudenza, ha promosso una concezione del diritto di sciopero come diritto pubblico di libertà, tendenzialmente non limitabile nei fini e nelle modalità. La teoria dei limiti esterni, con riferimento soprattutto alle modalità di esercizio - ma non alla finalità dell'azione di autotutela considerata, invece, libera - è attecchita, definitivamente, alla fine degli anni '80 a ridosso dell'emanazione della legge limitativa dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (n. 141 del '90). Si veda G. FERRARO, *Gli anni '80: la dottrina lavoristica della marcia dei quarantamila a Maastricht*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'età repubblicana*, Napoli, 2008, p. 202.

l'operazione di bilanciamento, oltretutto, è l'unica che consente la loro integrazione e non l'opposizione tra le stesse, anche con riferimento alla dimensione nazionale dei diritti sociali che si proietta, attraverso il rispetto dinamico delle tradizioni costituzionali nazionali (art. 53 della Carta di Nizza), sullo spazio sociale sovranazionale.

Negare ogni operazione di bilanciamento equivarrebbe quindi a negare ogni possibilità di integrazione tra diritti sociali e libertà economiche ed assumere, invece, come insolubile il contrasto tra dinamica economica sovranazionale e tutela sociale nello spazio europeo.

Il vero problema, allora, non è affatto il bilanciamento, ma come è stato operato il bilanciamento – in concreto – nei casi *Laval* e *Viking*, nonché la tecnica argomentativa utilizzata ed, infine, la soluzione dei casi.

Anzitutto qui si parte dal presupposto – forse sbagliato – che il c.d. *test* di idoneità vada effettuato solo con riferimento all'esercizio dell'attività sindacale e non anche al modo di esercizio della libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento: infatti, la verifica che una misura limitativa di un diritto fondamentale sia effettivamente atta a realizzare determinati obiettivi legittimi di interesse pubblico, o la tutela di ulteriori diritti fondamentali, è stata effettuata dalla Corte esclusivamente sull'azione collettiva dei sindacati¹²⁵, trascurando – peraltro – di verificare se i comportamenti assunti dalla *Laval*, ed ancor più dalla

¹²⁵ Entrambe le sentenze, in tal senso, si esprimono in termini abbastanza simili: si vedano i punti 75-77 in *Viking* e i punti 90- 93 in *Laval* ove si dice: “il diritto di intraprendere un'azione collettiva, che ha come scopo la tutela dei lavoratori, costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato . Sulla base di tali considerazioni [...] l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola. Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo”.

Viking, rientrassero effettivamente nella libera prestazione dei servizi o costituissero, viceversa, un abuso di questo diritto.

La Corte, nella sostanza, ha dato per scontato che i comportamenti posti in essere dalle due imprese fossero del tutto legittimi, preoccupandosi solamente di verificare se gli ostacoli frapposti dalle organizzazioni sindacali alle stesse fossero compatibili col Trattato e con la Direttiva 96/71. Le circostanze di fatto, tuttavia, suscitano per lo meno qualche dubbio in proposito.

Cominciando dal caso *Laval*, appare anzitutto opportuno mettere in luce che il rapporto giuridico da cui è nata la controversia ha avuto quali parti esclusivamente soggetti di nazionalità svedese: la città di Vaxholm, da un lato, e la società di costruzioni Baltic, dall'altro¹²⁶. L'unico elemento di estraneità rispetto a quest'ultima che potrebbe ravvisarsi nel contratto è rappresentato dalla menzione, in esso, di una seconda società di costruzioni, la Laval, che non è svedese bensì lettone.

Per espressa disposizione del contratto, tuttavia, il rappresentante legale della svedese Baltic è altresì il rappresentante legale della lettone Laval, sicché parrebbe che le parti contraenti abbiano ritenuto che la presenza della Laval non avrebbe alterato - in quanto ditta di nazionalità non svedese - i termini dell'accordo.

A questo punto c'è da porsi un quesito: c'erano delle ragioni sulla base delle quali le parti svedesi del contratto d'appalto potessero confidare sul fatto che la Laval

¹²⁶ Il contratto d'appalto stipulato dalle parti per la costruzione di una scuola in Svezia nasce, dunque, necessariamente sottoposto alla normativa svedese di recepimento della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici ma anche senza che alcuno degli elementi essenziali del contratto (nazionalità delle parti contraenti e luogo di adempimento degli obblighi assunti) prefigurino, secondo i principi del diritto internazionale privato dei contratti, un conflitto con la normativa svedese. Certamente il rilievo non avrebbe impedito al giudice svedese di chiedere ugualmente l'intervento della Corte di Giustizia stante la ben nota supremazia del diritto comunitario sulla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 - ratificata dalla Svezia - ma sarebbe stato comunque opportuno che il medesimo giudice non l'avesse trascurato (se non altro al fine di chiarire a se medesimo il senso di alcune disposizioni contenute nella direttiva 96/71 che hanno la loro ragion d'essere proprio nella preesistenza della Convenzione di Roma e della sua vincolatività per gli Stati membri della Comunità Europea). Sul punto si rinvia a N. CONSIGLIO, *Il diritto internazionale privato europeo del lavoro*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2005, pp. 1886 ss.

non avrebbe utilizzato la propria nazionalità lettone per opporsi all'applicazione delle norme e delle prassi sindacali vigenti in Svezia? Orbene, dal punto di vista del diritto comunitario la ragione sembra risiedere nella circostanza che, dai fatti di causa, risulta chiaramente come la vera posizione giuridica della Laval, al momento della conclusione del contratto, non rientrava certo nell'alveo della libertà di prestazione dei servizi, bensì in quello della libertà di stabilimento; se la Corte di Giustizia non avesse trascurato il punto, la Laval non avrebbe avuto certo diritto di appellarsi all'articolo 49 del Trattato (oggi art. 56 TFUE) per opporsi alle richieste dei sindacati svedesi¹²⁷.

Ma c'è di più: essendo la Svezia l'unica - tra i "vecchi" Stati membri della Comunità - a non aver stabilito controlli o limitazioni di sorta all'ingresso nel proprio mercato del lavoro di lavoratori provenienti dai "nuovi" Stati membri, non sarebbero mancati argomenti per sostenere - anche in forza degli ambigui rapporti esistenti tra la Laval e la Baltic - che i lavoratori lettoni all'opera nel cantiere di Vaxholm si trovavano nell'esercizio della libera circolazione garantita ai lavoratori dall'articolo 39 del Trattato (oggi art. 45 TFUE), con il conseguente diritto di essere trattati alla stregua dei lavoratori svedesi¹²⁸.

¹²⁷ Si veda N. CONSIGLIO, *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della Corte di Giustizia CE in materia sindacale*, cit., pp. 972 ss.

¹²⁸ Viene allora da chiedersi per quale ragione - a mezzo secolo dall'adozione della norma sulla libera circolazione dei lavoratori - cortei di lavoratori comunitari sono stati costretti a sfilare dietro lo slogan "*Swedish laws in Sweden*". Probabilmente dal 1957 ad oggi qualcosa è successo: si tratta di una progressiva attrazione delle vicende in esame entro una diversa disposizione dei trattati simile a quella contenuta nell'articolo 39 (oggi art. 45 TFUE) - quanto ad elementi costitutivi della fattispecie - ma piuttosto differente quanto ad effetti. Si tratta dell'articolo 49 del Trattato (oggi art. 56 TFUE) che, disciplinando la libera prestazione dei servizi *cross-border* incrocia - e per certi versi si sovrappone - alla libera circolazione dei lavoratori senza però sancire la piena parità di trattamento prevista dall'art. 39. Questo perché la linea di confine tra "prestazioni di lavoro" rese da dipendenti e "prestazioni di servizio" è alquanto sfuggente: se è vero che spesso il "servizio" si identifica con i lavoratori che lo prestano, diventa inevitabilmente difficile distinguere tra "mobilità transnazionale dei lavoratori" e "prestazione di servizio *cross-border*" (la distinzione, poi, si annulla totalmente in quella particolare prestazione di servizi nella quale il servizio offerto consiste in una fornitura di manodopera che si sposta da un paese all'altro dell'Unione). Approfittando quindi di questa parziale sovrapposizione si è prodotta quell'operazione di sottrazione della mobilità temporanea dei lavoratori all'articolo 39, per ricondurla all'articolo 49; ciò è avvenuto, per la prima volta, con la sentenza *Rush Portuguesa*. Si veda A. LO FARO, *Diritti*

Il risultato della soluzione offerta dalla Corte – come auspicato evidentemente dalla Svezia¹²⁹ - è quello, in definitiva, di aver rimediato ai “danni” che potevano derivare alle imprese da un esercizio della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi condizionato dalla libertà di circolazione dei lavoratori ed ai diritti connessi al suo esercizio¹³⁰.

Ancora più emblematico, e per nulla dissimulato, il caso *Viking* dove l’impresa di navigazione finlandese non ha affatto esitato a dichiarare che il trasferimento della nave Rosella nel registro navale estone aveva come scopo quello di poter competere con le imprese di navigazione estoni, operanti sulla medesima tratta: secondo la *Viking*, infatti, questo sarebbe potuto avvenire solo nel momento in cui il trattamento economico dei membri dell’equipaggio sarebbe stato corrispondente a quello previsto dalle tariffe contrattuali vigenti in Estonia (di oltre due volte inferiori a quelle finlandesi).

Dunque si può concludere che, differentemente dal caso *Laval*, nel caso *Viking* l’impresa non si è neppure curata di aggirare la linea di confine tra uso e abuso del diritto comunitario, ma l’ha semplicemente ignorata dichiarando candidamente che l’impiego di una bandiera di comodo aveva come unico scopo quello di abbattere drasticamente l’importo delle retribuzioni corrisposte all’equipaggio, permettendole, così, di poter competere con le imprese estoni. Ciò che stupisce di più, tuttavia, è l’atteggiamento accomodante della Corte¹³¹ la quale – in entrambi i

sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking” in *Lavoro e Diritto*, 2008, n. 1, pp. 69 ss.

¹²⁹ Non a caso le spese legali sono state sostenute dall’Associazione degli Industriali svedese.

¹³⁰ In data 8 febbraio 2006 la Commissione Europea, con il *Report on the Functioning of the Transitional Arrangements set out in the 2003 Accession Treaty (period 1 May – 30 April 2006)* ha chiarito, anzitutto che le restrizioni alle libertà dei lavoratori “can only apply to obtaining access to the labour market, and can only limit eligibility for employment in a particular Member State” e, in secondo luogo che “once a worker has obtained access to the labour market of a particular Member State, Community law on equal treatment as regards remuneration, other employment related matters, and as regards access to social and tax advantages applies”. Il testo è reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

¹³¹ Si veda B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, cit., p. 36.

casi – ha considerato l’azione collettiva una misura limitativa della libertà fondamentale di circolazione e non, invece, gli strumenti utilizzati per l’affermazione della libertà di circolazione¹³² quali mezzi di limitazione dell’efficacia dell’azione collettiva per fini di tutela¹³³.

L’azione collettiva, nell’argomentazione della Corte, degrada, pertanto, da diritto fondamentale in sé a mezzo strumentale alla realizzazione di un altro diritto: la tutela delle condizioni di lavoro e la lotta al *dumping* sociale (nel caso *Viking*); le condizioni di trattamento minimo per i lavoratori distaccati, per come previste dall’art. 3 par. 1 della direttiva 96/71 (nel caso *Laval*)¹³⁴.

Ciò si porrebbe in contraddizione logica qualora il richiamo, da parte delle due sentenze, ai diritti collettivi e all’art. 28 della Carta di Nizza¹³⁵ fosse intesa quale affermazione di quei diritti (e non solo come mero riconoscimento); ma, evidentemente, i diritti sociali collettivi sono stati semplicemente *riconosciuti*¹³⁶ dalla Corte nell’attuale contesto normativo *e non affermati*¹³⁷, mentre esattamente il contrario è avvenuto per le libertà economiche.

Il fatto è che, tanto l’inclusione del diritto di sciopero tra i diritti fondamentali riconosciuti dall’ordinamento comunitario, quanto l’asserzione che la tutela del

¹³² Ci si riferisce, in particolare, alla scelta di cambiare bandiera al proprio vascello da parte della società Viking e al rifiuto di aderire al contratto collettivo svedese da parte della Laval.

¹³³ La Corte ha sostanzialmente smentito le rassicurazioni che potevano derivare dalla giurisprudenza della stessa nel caso *Albany* (Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-67/96, in *Raccolta*, 1999, pp. 5751 ss.). Si vedano in particolare i punti 59 e 60 della motivazione in cui la Corte afferma che se è vero “*che taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori*” è altrettanto vero che “*gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all’art. 85, n. 1, del Trattato nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro*”(59). “*Da un’interpretazione utile e coerente dell’insieme delle disposizioni del Trattato risulta quindi che gli accordi conclusi nell’ambito di trattative collettive tra parti sociali al fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 85, n. 1, del Trattato*” (60).

¹³⁴ L’azione collettiva è quindi considerata, in entrambe le sentenze, strumento o misura finalizzata a realizzare un diritto, la tutela del lavoro, ma potenzialmente idoneo a violarne un altro, le libertà economiche.

¹³⁵ Punto 91 della sentenza *Laval* e punto 44 della sentenza *Viking*.

¹³⁶ Corsivo dello scrivente.

¹³⁷ Corsivo dello scrivente.

lavoro può giustificare restrizioni alle libertà economiche, costituiscono il presupposto logico di un'operazione interpretativa della Corte volta alla definizione di importanti limiti all'esercizio del diritto di sciopero¹³⁸.

Procedendo per ordine, si è appena detto che la Corte ha incluso il diritto di sciopero quale diritto fondamentale nell'ambito dell'ordinamento comunitario; inclusione, peraltro, largamente auspicata ma certamente superata - ad oggi - dal Trattato di Lisbona.

Fatta questa premessa, si può dire che il processo interpretativo seguito dalla Corte è stato lo stesso già intrapreso con la sentenza *Schimdbberger*: in essa si legge che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui è garantita l'osservanza; conseguentemente la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, *in linea di principio*¹³⁹, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Questo non vuol dire, tuttavia, che il diritto di sciopero – pur se rientrante nel novero dei diritti fondamentali – non debba essere bilanciato con le libertà economiche garantite dal Trattato.

E fin qui *nulla quaestio*. Il problema nasce nel momento in cui tale affermazione è stata ripresa dalla Corte nei casi *Laval* e *Viking*, nonostante la questione giuridica fosse diversa: qui il bilanciamento doveva essere operato tra una libertà economica e il diritto di sciopero; diritto, questo, peculiare rispetto al *genus* dei diritti fondamentali. L'articolo 137 n. 5 (oggi art. 153 TFUE) del Trattato, infatti, stabilisce che “*le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di*

¹³⁸ Sul punto U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, cit., p. 149.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 152. Dove l'inciso “*in linea di principio*” è servito alla Corte per aprire il fronte della necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal trattato, ovvero un bilanciamento tra gli interessi sottesi agli uni ed alle altre. Ricordando le parole di Piero Calamandrei “*dal momento in cui lo sciopero ha accettato di diventare un diritto, esso si è adattato necessariamente a sentirsi prefiggere condizioni e restrizioni di esercizio*”.

serrata”, sottraendo la disciplina di tale materia alla competenza regolativa del diritto comunitario.

La contraddizione, tra l'altro, diventa ancora più evidente con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il quale, mediante l'articolo 6, rinvia alla Carta di Nizza rendendo giuridicamente vincolanti le sue disposizioni; tra queste si trova, all'art. 28, il diritto di negoziazione e di azioni collettive. Secondo tale articolo “*i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero*”.

Il diritto di sciopero, dunque, diviene parte integrante del sistema dei diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario ma, al tempo stesso, il medesimo ordinamento - ai sensi dell'articolo 137 n. 5 del Trattato - rinuncia a disciplinarlo, lasciando evidentemente agli Stati membri il compito di fissarne i limiti di esercizio¹⁴⁰

Nonostante ciò, la Corte ha comunque ritenuto sussistente la propria giurisdizione e, del resto, era improbabile¹⁴¹ il contrario: da mezzo secolo la giurisprudenza della Corte testimonia, infatti, come quest'ultima non abbia spesso cercato - quando ritenuto necessario per il valore di principio delle questioni rimesse a suo giudizio - di occupare, nel sistema delle fonti del diritto comunitario, una funzione assai prossima a quella affidata dai Trattati di agli organi legislativi della Comunità Europea. Dunque, non sarebbe così immediato che la Corte riscoprisse improvvisamente i limiti dei propri poteri, soprattutto con riferimento al caso *Laval* dove - in primo luogo - si è scatenato un conflitto di intensità senza

¹⁴⁰ *Ibidem*. Da questo punto di vista, l'espressione “*conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali*”, contenuto nell'articolo 28, può essere letto proprio quale conferma di questa interpretazione, contrariamente a quanto sembra ritenere la Corte nel punto 44 della sentenza *Viking* (si veda *supra*).

¹⁴¹ Così N. CONSIGLIO, *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della Corte di Giustizia CE in materia sindacale*, cit., p. 974.

precedenti¹⁴² e - in secondo luogo - sono lampanti i sottintesi economici e politici, per la costituzione materiale della Comunità Europea, di quanti hanno preso parte al conflitto.

Se questo è vero, è altrettanto vero che una tale costruzione manca di una premessa logico-giuridica fondamentale: probabilmente è ammissibile che - alla luce del sistema delle fonti da tempo stabilito nel diritto vivente - la competenza giurisdizionale della Corte di Giustizia travalichi i propri confini ed invada, di fatto, quelli entro i quali opera il Legislatore comunitario; tuttavia non è mai ammissibile che la Corte si arroghi la competenza di giudicare su materie rispetto alle quali lo stesso Legislatore si è dichiarato incompetente. Come è vero rientra nelle competenze giurisdizionali della Corte la materia delle libertà di stabilimento di prestazione di servizi nello spazio comunitario, è altrettanto vero che non vi rientra la materia del diritto di sciopero; la lettera dell'articolo 137, in proposito, non lascia alcun dubbio¹⁴³.

Ad onor del vero bisogna riconoscere che l'ostacolo è stato superato in modo apparentemente corretto mediante un argomento offerto dall'Avvocato Generale Mengozzi¹⁴⁴: si è detto che, *“anche accettando un'interpretazione dell'articolo 137 n. 5 CE secondo la quale quest'ultimo comprenderebbe una riserva di competenza esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la disciplina del diritto di ricorrere all'azione collettiva, tale disposizione non comporterebbe che, nell'ambito dell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri non debbano*

¹⁴² Vi hanno partecipato infatti soggetti pubblici e soggetti privati, di dimensione nazionale e di dimensione comunitaria.

¹⁴³ Sul punto si veda S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in *Quaderni Dir. Lav. Rel. Ind.*, Torino, 2004, n. 27, pp. 9 ss. nonché l'opera di G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Torino, 2003.

¹⁴⁴ Delle stessa opinione S. SCIARRA, *Viking e Laval: sciopero, contratto collettivo e libertà fondamentali nel mercato europeo*, in www.europeanrights.eu, p. 11.

garantire il rispetto sul loro territorio delle libertà fondamentali di circolazione previste dal Trattato”¹⁴⁵.

Quest'argomento è stato accolto dalla Corte tanto nel caso *Laval*¹⁴⁶, quanto nel caso di *Viking*¹⁴⁷: “*se è vero che, nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, gli Stati membri restano in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario (v., per analogia, nell'ambito della previdenza sociale, sentenze 28 aprile 1998, causa C-120/95, Decker, Racc. pag. I-1831, punti 22 e 23, nonché causa C-158/96, Kohll, Racc. pag. I-1931, punti 18 e 19; per quanto riguarda la fiscalità diretta, sentenze 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2229, punto 21, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, Racc. pag. I-10837, punto 29)*”.

Siffatta lettura, tuttavia è contestabile almeno sotto due profili: sulla base del dato normativo, *in primis*, e con riguardo alla *ratio* dell'art. 137 n. 5, *in secundis*¹⁴⁸.

Cominciando dal primo aspetto, ove si esaminino le sentenze richiamate dalla Corte “*per analogia*” ci si rende conto come, in quei casi, si fosse in presenza di materie che non rientravano nella competenza comunitaria in applicazione del generale principio secondo cui “*la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato*”¹⁴⁹; dunque la competenza comunitaria mancava per il semplice fatto che non vi era espressa devoluzione di competenze alla Comunità. In relazione al diritto di sciopero, invece, la situazione è molto diversa dato che, in questo caso, l'esclusione della

¹⁴⁵ Punto 59. Meno esplicite le conclusioni dell'Avvocato Generale Poireres Maduro il quale, comunque, sembra dare per scontato questo passaggio. Si vedano in proposito i punti n. 55, 60 e 65.

¹⁴⁶ Punto n. 87.

¹⁴⁷ Punto n. 40.

¹⁴⁸ Sul punto si veda U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, cit., pp. 154-155.

¹⁴⁹ Art. 5 c. 1 TCE.

competenza non deriva dal silenzio del Trattato, bensì da un'esplicita previsione dello stesso che la esclude: si tratta, come visto più volte, dell'articolo 137 n. 5 (oggi art. 153 TFUE). Alla luce di ciò, pare criticabile la pretesa di assimilare per analogia le due situazioni¹⁵⁰.

Proseguendo col secondo aspetto (ovvero la *ratio* dell'art. 137 n. 5), si deve tener conto di come - nell'esperienza storica di ciascuno degli Stati membri - il diritto di sciopero abbia avuto un valore fondativo per la nascita di un sistema di relazioni industriali e equilibrato e di come esso, da sempre, si collochi ontologicamente in contrapposizione alla libertà di iniziativa economica. Anche per queste ragioni, dunque, non pare corretto che la Corte si sia arrogata il potere di decidere sul bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà economiche¹⁵¹.

Quanto osservato in precedenza permette, dunque, di risolvere un ulteriore problema, ovvero se sia ammissibile (o meno) che la libertà di associazione sindacale e di contrattazione collettiva possano sottostare ad un controllo della Corte, relativamente ai contenuti dell'azione rivendicativa: alla luce di quanto detto in relazione agli artt. 137 n. 5 TCE e 28 della Carta di Nizza si può affermare con

¹⁵⁰ Alcuni autori hanno sostenuto che, anche in questo caso, la Corte è partita dal presupposto secondo cui laddove vi è conflitto tra le libertà economiche fondamentali del Trattato e altri diritti soggettivi pure riconosciuti dal Trattato, non può che esservi sempre competenza della Corte la quale è chiamata a misurare l'adeguatezza del bilanciamento tra gli interessi sottesi, evidentemente con riferimento agli interventi regolativi dei singoli Stati. Si veda A. SUPIOT, *L'Europe gagnée par «l'économie communiste de marché»*, in www.europeanrights.eu. Contra U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, cit., p. 155, secondo cui, se si considera il fatto che l'ordinamento comunitario è il prodotto dell'accordo, da parte degli Stati membri, di conferire all'Unione competenze e poteri regolativi in una pluralità di materie, esso non è un ordinamento giuridico originario, bensì derivato dalla volontà degli Stati membri. Partendo da queste considerazioni, nulla osta a ritenere che, poiché in materia di sciopero gli Stati membri hanno escluso esplicitamente la competenza regolativa della Comunità, ciò vada letto altresì come un'esclusione di conferimento di poteri pure alla Corte, in relazione alla valutazione del bilanciamento tra le libertà economiche del Trattato e il diritto di sciopero attuato dalle normative nazionali.

¹⁵¹ *Ibidem*. Questa obiezione non è superabile nemmeno adducendo che la stessa vanificherebbe la funzione di garanzia che la Corte è chiamata a svolgere in relazione al diritto di sciopero, una volta che quest'ultimo sia diventato parte integrante dell'ordinamento comunitario; tale funzione resta infatti inalterata con riferimento esclusivo all'esistenza e contenuto di quel diritto, come definiti dalle normative nazionali, dovendo la Corte assicurare che queste ultime non rendano vano il riconoscimento di quel diritto.

una certa sicurezza che, se la Corte risulta priva di giurisdizione con riferimento all'*an*, *a fortiori* questo deve valere con riferimento al *quomodo*.

Se già la decisione della Corte - alla luce di quanto argomentato - pare sufficientemente criticabile, l'argomento più discutibile in assoluto riguarda il novero dei destinatari degli artt. 43 (oggi art. 49 TFUE) e 49 (oggi art. 56 TFUE) del Trattato.

Non potendo sostenere che i sindacati possano rientrare in una nozione allargata di Stato, si è affermato che l'autonomia collettiva dei privati deve essere esercitata in modo da non ostacolare la libera circolazione dei servizi, facendo leva su una giurisprudenza pregressa¹⁵² la quale le "*ha più volte riconosciuto che il rispetto del divieto di discriminazione previste dall'articolo 49 CE si impone non solo alle autorità pubbliche, ma anche alle discipline non pubbliche*¹⁵³ finalizzate a regolamentare, in modo collettivo, il lavoro indipendente e le prestazioni di servizi"¹⁵⁴.

Di qui la Corte ha tratto ispirazione per affermare che anche l'attività di contrattazione collettiva svolta dalle associazioni private - quale possibile fonte di regole limitative delle libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi - possa essere assoggettata a valutazione in relazione ai suoi stessi contenuti e dunque sottoposte al test di proporzionalità; in caso contrario "*l'abolizione fra gli Stati*

¹⁵² Esaustivo il punto 33 della sentenza *Viking* in cui la Corte dopo aver affermato che "*secondo una costante giurisprudenza, gli artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi*", rinvia alle sentenze "*12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, Racc. pag. 1405, punto 17; 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, Racc. pag. 1333, punto 17; Bosman, cit., punto 82; 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, Deliège, Racc. pag. I-2549, punto 47; 6 giugno 2000, causa C-281/98, Angonese, Racc. pag. I-4139, punto 31, e 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., Racc. pag. I-1577, punto 120*".

¹⁵³ Il riferimento è a quelle norme collettive poste in essere da un soggetto o organismo privato che non ha alcuna relazione con i poteri statali ma che esercita un proprio potere regolativo. Si veda G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, cit., p. 9.

¹⁵⁴ Punto 156 della Conclusione dell'A.G. Mengozzi.

membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa”¹⁵⁵.

Tuttavia, l’assunto che questi principi possano essere applicati anche alle manifestazioni di autonomia privata di cui ai casi *Laval* e *Viking* è contestabile sotto due profili, funzionale e strutturale¹⁵⁶: in primo luogo, gran parte della giurisprudenza richiamata interveniva a censurare misure private apertamente discriminatorie, il cui fine era quello di escludere i cittadini di altri Stati membri dal godimento dei diritti che si intendevano riservare ai propri cittadini¹⁵⁷; in secondo luogo, bisogna riconoscere che esiste una sostanziale differenza tra una “regola” ed un “atto o comportamento”, cioè tra una “norma”, anche di natura privata, ed un “fatto” (mentre la prima ha una portata generale e si applica ad una generalità di casi e di soggetti - tutti quelli che cadono nella sua sfera d’applicazione - il secondo produce effetti limitati al momento in cui è posto in essere). C’è insomma una differenza qualitativa, sul piano degli effetti sul mercato interno, tra i due casi difficilmente contestabile¹⁵⁸; del resto lo stesso A.G. Mengozzi¹⁵⁹ ha riconosciuto come vi sia un salto logico nel parificare la regola privata all’azione dei privati: le cause *Laval* e *Viking*, infatti, si differenziano “rispetto alle situazioni in esame nelle sentenze in cui la Corte ha finora affermato l’applicabilità dell’articolo 49 CE agli atti di soggetti privati. In tali cause, infatti, ad essere oggetto di valutazione era la legittimità delle discipline o di altre norme fissate dagli enti in questione”; per contro, nelle suddette cause “è in discussione l’esercizio da parte delle organizzazioni sindacali del loro diritto di avviare un’azione collettiva”.

¹⁵⁵ Si veda il punto 57 sentenza *Viking* e punto 98 sentenza *Laval*, dove si rinvia alle “sentenze *Walrave e Koch*, punto 18; *Bosman*, punto 83; *Deliège*, punto 47; *Angonese*, punto 32, e *Wouters e a.*, punto 120”.

¹⁵⁶ Sul punto si veda A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, cit., p. 80.

¹⁵⁷ Nei casi in oggetto, invece, la misura privata - ovvero lo sciopero - costituisce essa stessa esercizio di un diritto da parte dei cittadini di uno Stato membro non interferisce in alcun modo con l’esercizio di quello stesso diritto da parte di cittadini stranieri.

¹⁵⁸ Così G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, cit., p. 10.

¹⁵⁹ Si veda il punto 158 delle Conclusioni sul caso *Laval*.

A nulla valgono, peraltro, le risposte date da ambedue gli Avvocati Generali all'auto-obiezione appena vista: in entrambe le conclusioni, infatti, la differenza strutturale tra “norma” e “atto collettivo” viene annullata con il ricorso all'ambiguo canone dell'effettività¹⁶⁰.

L'argomentazione non appare convincente per due motivi: anzitutto, in quanto trasferisce la valutazione giudiziale della misura restrittiva dal piano qualitativo (pubblica o privata, regola o azione) a quello meramente quantitativo (quanto incide sul mercato); secondariamente poiché sposta sul piano delle condizioni di applicabilità della norma quello che è invece un elemento costitutivo della relativa fattispecie.

A ciò si aggiunga che il *considerando* n. 22 della direttiva 96/71¹⁶¹ dichiara che la normativa comunitaria “*lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria*”; se è vero che -come afferma l'A.G. Mengozzi – “*un provvedimento incompatibile con la direttiva 96/71 sarà a maggior ragione contrario all'articolo 49 CE*”¹⁶², è altrettanto vero che il fatto di muoversi su un terreno privo di certezze assolute avrebbe forse consigliato - o anche solo consentito - una qualche esternazione sul tema¹⁶³.

Traendo qualche breve conclusione da questa disquisizione sulle sentenze *Laval* e *Viking*, si può affermare che la Corte – sulla scia di quanto concluso dagli Avvocati Generali - abbia ritenuto di non dover mutare un quadro ormai consolidato nell'interpretazione dell'articolo 49 (oggi art. 56 TFUE) sulla libera

¹⁶⁰ Ne parla esplicitamente l'A.G. Poiares Maduro nel punto 43 delle sue conclusioni: “*A consequência é que as normas relativas à livre circulação são aplicáveis directamente a qualquer acção de particulares que se jactapaz de restringir efectivamente o exercício do direito à livre circulação de outros*”. Dunque le norme sulla libera circolazione si applicano direttamente ad ogni azione di soggetti privati che sia in grado di impedire *effettivamente* [corsivo dello scrivente] ad altri l'esercizio del loro diritto alla libera circolazione. Nel testo italiano, a dire il vero, si usa il termine “*efficacemente*” ma, a ben vedere, si tratta di un vizio di traduzione dall'inglese “*effectively*”.

¹⁶¹ Con particolare riferimento al solo caso *Laval*.

¹⁶² Punto 149 delle Conclusioni sul caso *Laval*.

¹⁶³ A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, cit., p. 83.

circolazione dei servizi. Tuttavia, ciò che interessa evidenziare, è che le vicende in esame si caratterizzano per un passaggio ulteriore che, forse, avrebbe potuto giustificare l'accoglimento di un approccio diverso: a differenza di tutti i casi finora giunti all'esame della Corte, infatti, qui non si tratta di valutare fino a che punto sia lecito estendere *ai lavoratori stranieri* distaccati il diritto del lavoro dello Stato ospite, quanto piuttosto di verificare fino a che punto quello Stato possa pretendere di applicare il proprio diritto del lavoro di *ai propri cittadini*¹⁶⁴. Lo slogan "*Swedish laws in Sweden*" - dietro al quale sfilavano i manifestanti, nell'autunno del 2004, per il caso *Laval* - era dunque uno slogan incompleto: mancavano le parole "*for swedish workers*"; nella fattispecie concreta, infatti, *non era la retribuzione dei lettoni* ad essere messa in discussione, *bensì lo sciopero degli svedesi*¹⁶⁵.

Insomma, se è vero che tutta la ricostruzione giurisprudenziale in materia di articolo 49 TCE e di direttiva 96/71 presuppone, *in primis*, che si discuta di norme nazionali che si pretende di estendere ai lavoratori stranieri distaccati e, *in secundis*, che la legittimità di tale pretesa vada misurata con riferimento alla tutela dei lavoratori distaccati; è altrettanto vero che tale ricostruzione non si confà interamente ai casi *Laval* e *Viking*¹⁶⁶.

3.3.2. Segue. I casi *Rüffert* e *Granducato di Lussemburgo*.

Il 3 Aprile 2008, con la sentenza *Rüffert*¹⁶⁷, la Corte di Giustizia ha nuovamente confermato quel filone giurisprudenziale inaugurato, nel dicembre dell'anno precedente, con le sentenze *Viking* e *Laval* appena commentate.

Con questa sentenza, sostanzialmente, si aggiunge l'ultimo tassello ad una giurisprudenza comunitaria volta a *ridefinire*¹⁶⁸ l'insieme dei diritti dei lavoratori (tutelati come pretese giuridiche fondamentali dalle costituzioni nazionali europee del secondo dopoguerra): il diritto di sciopero, di azioni collettive, di

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 76.

¹⁶⁵ Corsivi aggiunti dallo scrivente.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 77.

¹⁶⁷ Corte di Giustizia, sentenza 3 aprile 2008, causa C-346/06, in *Raccolta*, 2008, pp. 1989 ss.

¹⁶⁸ Corsivo dello scrivente.

contrattazione collettiva; il diritto ad una giusta retribuzione, ad un'esistenza dignitosa, alle ferie retribuite stanno tornando ad essere considerati, cioè, quali meri auto-limiti del potere comunitario. Su di essi, infatti, prevale il *diritto incondizionato*¹⁶⁹ delle imprese di sfruttare a proprio favore - nell'esercizio della libertà di prestare servizi o di scelta dello Stato d'elezione ove stabilire il centro dei propri affari - i differenziali di costo del lavoro attualmente presenti nel mercato interno, in particolare dopo l'allargamento a est dell'Unione Europea¹⁷⁰.

Detto questo, bisogna tuttavia evidenziare come i giudici di Lussemburgo, con quest'ultima pronuncia, abbiano aggiunto dei nuovi elementi¹⁷¹ al dibattito già sviluppatosi in tutta Europa in ambito scientifico, sindacale e politico: infatti, nonostante il caso qui in esame venga usualmente collegato ai precedenti della Corte nei casi *Viking* e *Laval*, nella sentenza *Rüffert* sono presenti ulteriori profili che è opportuno distinguere e analizzare separatamente. Ed allora, per intraprendere questa operazione, risulta necessario – ancora una volta – delineare il quadro generale della fattispecie in commento.

Il caso *Rüffert* trae la sua origine dalla legge del *Land* della Bassa Sassonia sull'aggiudicazione degli appalti pubblici e da alcune sue disposizioni idonee ad incidere sensibilmente sulla libera prestazione dei servizi delle imprese aggiudicatrici. Tale legge, infatti, stabilisce che è consentito assegnare gli appalti solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegnino per iscritto a versare ai loro dipendenti almeno le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo di lavoro del luogo di esecuzione della prestazione. La stessa legge dispone poi che l'appaltatore principale è tenuto ad imporre anche al subappaltatore gli stessi obblighi che esso stesso è tenuto a rispettare ed a controllarne il rispetto.

¹⁶⁹ Corsivo dello scrivente.

¹⁷⁰ L. PATURNO, *Il caso Rüffert: la Corte di Giustizia CE fa un altro passo avanti nella 'via giudiziaria' al dumping sociale*, in www.costituzionalismo.it, 2008, n. 2.

¹⁷¹ Il caso *Rüffert*, avendo ad oggetto la normativa del *Land* tedesco della Bassa Sassonia sugli appalti pubblici - che impone alle imprese appaltatrici l'applicazione della tariffa salariale prevista dai contratti collettivi del luogo di esecuzione del contratto di appalto - ripropone il tema dell'efficacia dei contratti collettivi nel mercato interno dei servizi, arricchendolo di ulteriori questioni.

Infine è previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa eseguire dei controlli per verificare il rispetto delle condizioni di esecuzione della prestazione pattuita nonché esigere, in ipotesi di mancato rispetto dei suddetti obblighi, il pagamento di una penale convenzionale o, in caso di violazioni particolarmente gravi, la risoluzione immediata del contratto di appalto da parte dell'ente pubblico aggiudicatore.

In conformità a tale legge, una società tedesca, di cui il signor *Rüffert* fu il curatore fallimentare, si aggiudicò nell'autunno 2003 una gara pubblica d'appalto relativa alla costruzione di un istituto penitenziario di una città nel *Land* della Bassa Sassonia.

Successivamente, la società tedesca affidò in subappalto i lavori ad una società edile con sede a Tarnow in Polonia, ma presente in Germania con una succursale a Wedemark¹⁷².

Nell'estate del 2004, a seguito di un controllo, emerse che la società polacca non rispettava le condizioni di lavoro prescritte dal contratto vigente *in loco*, dal momento che versava ai suoi dipendenti solamente il 46,57% del salario prescritto. Tale scoperta causò l'immediata risoluzione del contratto di appalto, un decreto penale nei confronti dei principali responsabili della società polacca e l'irrogazione della penale contrattuale alla società tedesca accusata di essere a conoscenza delle violazioni commesse dall'impresa subappaltatrice. Al pagamento di tale indennizzo si oppose il curatore fallimentare *Rüffert*, sul presupposto che la clausola relativa al rispetto delle retribuzioni vigenti nel luogo di esecuzione

¹⁷² Questa circostanza, peraltro, non è stata presa in considerazione dai giudici della Corte trascurando, quindi, che l'impresa polacca - esercitando evidentemente il diritto di stabilimento ex art. 43 (oggi art. 49 TFUE) - ha aperto una succursale tedesca come tale soggetta all'ordinamento giuridico tedesco. Nella sentenza in esame, infatti, non vi è alcuna traccia dell'indagine necessaria per chiarire se la fattispecie controversa rientrasse nell'ambito della libertà di cui all'articolo 43 TCE ovvero in quella di cui all'articolo 49 TCE (oggi articolo 56 TFUE), seppur l'Avvocato Generale Y. Bot - al punto 36 delle sue Conclusioni - avesse ricordato che la società subappaltatrice aveva una succursale in Germania e dunque poteva presumersi l'esercizio della libertà di stabilimento in virtù del test elaborato nella sentenza *Gebhard* (C-55 del 30 novembre 2005) e recepito dalla direttiva 2006/123. Sul punto si veda S. BORELLI, *La Corte di giustizia, l'edile polacco e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*", in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2008, p. 882.

dell'appalto realizzasse un ostacolo alla libera prestazione di servizi e, pertanto, adì il tribunale tedesco di primo grado che parzialmente accolse tale domanda riducendo l'entità dell'indennizzo.

Entrambe le parti in causa hanno successivamente impugnato la decisione di primo grado davanti al tribunale d'appello che, con ordinanza del 18 luglio 2006, ha adito la Corte di Giustizia ponendo il seguente quesito: *“se un'autorità pubblica aggiudicatrice è obbligata per legge ad assegnare appalti per lavori edili solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegnano per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti impegnati nel servizio in oggetto una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo in cui il servizio viene effettuato, ci troviamo di fronte a una restrizione ingiustificata della libertà di fornire servizi garantita dal Trattato delle Comunità Europee?”*.

Nella sua ordinanza, il giudice rimettente ha posto in risalto il vantaggio competitivo che deriverebbe alle imprese tedesche dalla perdita, per le imprese straniere, del vantaggio costituito dal minor costo del lavoro, rammentando ai giudici di Lussemburgo che i salari minimi indicati nei contratti collettivi del luogo di esecuzione dell'appalto sono di gran lunga superiori a quelli applicabili in forza della legge federale tedesca sul distacco dei lavoratori: in Germania, infatti, la direttiva 96/71 sui distacchi transnazionali è stata recepita con l'*Arbeitnehmer-Entsendegesetz* il quale prevede specificamente l'applicazione dei contratti collettivi dell'industria edilizia dichiarati di applicazione generale, aventi ad oggetto la retribuzione minima, anche rapporti di lavoro tra i datori di lavoro all'estero ed i propri dipendenti che svolgono attività lavorativa nella sfera di applicazione territoriale di tali contratti collettivi. L'accordo collettivo sulle retribuzioni minime del settore edilizio - *TV Mindestlohn* - è stato dichiarato di applicazione generale dal regolamento relativo alle condizioni di lavoro vincolanti per tale settore e fissa la retribuzione minima federale in quella oraria prevista dal rispettivo contratto collettivo e dal premio concesso ai lavoratori del settore

edilizio, che insieme costituiscono la retribuzione oraria complessiva convenzionale.

La legge federale prevede altresì che la disposizione relativa alle retribuzioni orarie complessive convenzionali delle categorie 1 e 2 non pregiudica il diritto a percepire retribuzioni più elevate in virtù di altri contratti collettivi e di accordi specifici¹⁷³.

Questa circostanza ha permesso alla Corte di tornare sull'interpretazione della direttiva 96/71 – nonostante il quesito pregiudiziale riguardasse solo l'art 49 del Trattato (oggi art. 56 TFUE) - confermando una lettura restrittiva della stessa e, conseguentemente, dichiarando l'illegittimità delle c.d. clausole sociali inserite nei capitolati d'appalto.

In particolare si è detto che l'art. 3, n. 7 della direttiva 96/71 secondo cui “*i paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori*” non può essere interpretato nel senso di consentire allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di tutela minima. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di tutela di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul territorio di detto Stato membro ospitante. Di conseguenza - e fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere *volontariamente*¹⁷⁴ nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole - il livello di tutela che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello

¹⁷³ Per una ricostruzione più completa dei fatti di causa si rinvia al *Briefing note* su *Rüffert* in www.etuc.org.

¹⁷⁴ Corsivo dello scrivente.

previsto dall'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione¹⁷⁵.

L'interpretazione della direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori torna quindi ad essere al centro della discussione tra i giudici della Corte i quali, ancora una volta, hanno abbracciato una soluzione del quesito pregiudiziale opinabile sotto vari punti di vista.

Se, infatti, nel caso *Laval* il passaggio interpretativo maggiormente criticato¹⁷⁶ fu l'applicazione dei limiti contenutistici imposti dalla direttiva agli Stati membri anche a soggetti privati (i sindacati) - realizzando quindi un'operazione ermeneutica per cui nell'ipotesi in cui nello Stato ospitante non esista una contrattazione collettiva ad efficacia generalizzata *ex lege*, né sia adottato un meccanismo di estensione, comunque i vincoli della direttiva si impongono anche alle azioni collettive finalizzate a produrre accordi di mera efficacia tra le parti stipulanti - nel caso *Rüffert* la Corte, confermando l'interpretazione estremamente formalistica della direttiva 96/71, ha escluso la conformità al principio di libera prestazione dei servizi della possibilità di far applicare i contratti collettivi attraverso tecniche legislative differenti da quelle previste dall'articolo 3, paragrafi 1 e 8¹⁷⁷. Ciò equivale a mortificare, nella sostanza, la funzione che le c.d. clausole

¹⁷⁵ Si vedano, in particolare, i punti 33 e 34 della motivazione.

¹⁷⁶ Tra i tanti, si vedano G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, Catania, 2008, n. 66, pp. 28 ss. ; B. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, n. 2, pp. 302 ss. e A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, cit., pp. 80 ss.

¹⁷⁷ Come è noto la direttiva 96/71 impone l'obbligo, a carico degli Stati membri, di applicare alle imprese estere distaccanti lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, per le materie tassativamente indicate tra cui le tariffe minime salariali, le regole previste da disposizioni di legge, regolamentari o amministrative e, nel settore delle costruzioni, da contratti collettivi dichiarati di applicazione generale (art. 3, par.1). Inoltre, è previsto che in mancanza di un sistema di applicazione generalizzata dei contratti collettivi, lo Stato membro possa applicare alle imprese straniere i contratti collettivi in genere riferibili a tutte le imprese simili nello stesso ambito

sociali svolgono all'interno dei vari sistemi nazionali nonché la funzione della contrattazione decentrata in sistemi, come quello tedesco, caratterizzati dal pluralismo e dal principio di sussidiarietà¹⁷⁸.

La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, insomma, veicolerebbe una nuova tendenza centralista capace di incidere sui dibattiti nazionali sulla struttura della contrattazione collettiva poiché, allo stato attuale, un forte livello nazionale si configura quale unica difesa legittima contro pratiche di *dumping* sociale: se in *Laval* sembrerebbe essere stato istituito un rapporto tra legge e contrattazione collettiva basato sul principio dell'inderogabilità della prima da parte della seconda se sprovvista di efficacia *erga omnes*; in *Rüffert* parrebbe statuita anche l'inderogabilità della contrattazione collettiva nazionale, ad efficacia generalizzata, ad opera della contrattazione decentrata di diritto comune incidendo, perciò, anche sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello e natura. Il tutto, si noti, in totale spregio dell'art. 137 del Trattato (oggi art. 153 TFUE)¹⁷⁹ e con conseguenze di non poco conto.

In quest'ambito, infatti, tre sono i principi rilevanti: il divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza tra lavoratori, la parità di trattamento tra imprese nazionali e comunitarie e, infine, il divieto di ostacoli indistintamente applicabili alla libera prestazione dei servizi. La Corte di Giustizia ha qui trascurato le prime

territoriale e alla stessa categoria professionale, o conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e applicati in tutto il territorio nazionale (art. 3, par.8).

¹⁷⁸ Il divieto posto alla contrattazione collettiva di secondo livello di fissare una tariffa salariale più alta -consentendo di fatto solo una contrattazione collettiva generale e federale relativa al mero minimo retributivo - finisce per stravolgere il sistema di relazioni industriali tedesco: la decisione della Corte, infatti, sembrerebbe essere la conseguenza di un grave fraintendimento del sistema di contrattazione collettiva tedesco che, in materia di retribuzioni, prevede la fissazione di un minimo tariffario federale dichiarato di applicazione generale, ma derogabile a livello decentrato da altri contratti collettivi o accordi specifici. Le profonde diversità tra le differenti regioni della Repubblica Federale tedesca, infatti, hanno portato ad elaborare un sistema contrattuale dove i contratti stipulati a livello centrale a cui hanno efficacia *erga omnes* e si limitano a stabilire le condizioni di lavoro minime mentre i contratti decentrati fissano i trattamenti di maggior favore. Sul punto si veda T. BLANKE, *Die Entscheidung des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rüffert – Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen*, in www.etui-rehs.org, 2008, pp. 13 ss.

¹⁷⁹ Sulla competenza della Comunità in materia sindacale e sulla giurisdizione della Corte di Giustizia si veda *supra*.

due prospettive fornendo una lettura monofocale¹⁸⁰ della direttiva 96/71, tutta concentrata sull'esigenza di eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi¹⁸¹. Il che non deve sorprendere: va detto, al riguardo, che la direttiva relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, come il suo stesso *nomen* tradisce, è stata pensata non come strumento di garanzia dei *posted workers*, bensì come attuazione e specificazione dell'articolo 49 del trattato¹⁸² (oggi art. 56 TFUE) e, pertanto, l'applicazione della normativa lavoristica dello Stato ospitante - eventualmente caratterizzata da maggiori tutele a vantaggio dei lavoratori temporaneamente migranti - può essere ammessa *solo in via eccezionale*¹⁸³ essendo, di per sé, capace di ostacolare la prestazione di servizi¹⁸⁴.

La lettura liberista della Direttiva, confermata anche nella sentenza *Commissione v. Lussemburgo*¹⁸⁵, supera così il ragionevole bilanciamento tra parità di

¹⁸⁰ S. BORELLI, *La Corte di giustizia, l'edile polacco e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 880

¹⁸¹ Si vedano in particolare i punti 35 e 36 della motivazione ove si afferma che “*uno Stato membro non ha il diritto di imporre, sulla base della direttiva 96/71, alle imprese stabilite in altri Stati membri, con un provvedimento come quello oggetto della causa principale, una tariffa salariale del genere di quella prevista dal contratto collettivo «Settore edilizio»*” (35) e che “*Siffatta interpretazione della direttiva 96/71 è confermata da una lettura della stessa alla luce dell'art. 49 CE, in quanto la direttiva in parola è diretta, segnatamente, a realizzare la libera prestazione dei servizi, che rientra nel novero delle libertà fondamentali garantite dal Trattato*” (36).

¹⁸² Come noto, la base giuridica prescelta per l'intervento comunitario individua la finalità cui deve essere ricondotta l'interpretazione delle disposizioni di diritto derivato; è dunque corretto leggere la direttiva sul distacco alla luce dell'articolo 49 TCE. Tuttavia bisogna considerare che lo “*sviluppo della prestazione transnazionale di servizi esige un clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori*” (Considerando n. 5 della direttiva 96/71); peraltro, le disposizioni di diritto comunitario devono essere interpretate “*nel modo più conforme possibile ai pertinenti diritti fondamentali*” (conclusioni dell'Avvocato Generale del 18 marzo 2004 in causa C-36/02, punto 57) e, tra i diritti fondamentali annoverati dalla Carta di Nizza - divenuta vincolante con il Trattato di Lisbona - la figura e il diritto di ogni lavoratore “*a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose*” (art. 31). Tale diritto si traduce nella direttiva 96/71 nell'individuazione di “*un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nel paese ospite il datore di lavoro che distacca dipendenti a svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro*” (Considerando n. 13).

¹⁸³ Corsivo dello scrivente.

¹⁸⁴ L. PATRUNO, *Il caso Rüffert: la Corte di Giustizia CE fa un altro passo avanti nella 'via giudiziaria' al dumping sociale*, in *Rivista telematica Costituzionalismo.it*, 2008, pp. 1 ss.

¹⁸⁵ Si veda *infra*.

trattamento tra le imprese e principio di non discriminazione tra i lavoratori garantita dall'interpretazione della Direttiva fornita nella sentenza *Wolf & Muller*¹⁸⁶ in cui la Corte di Giustizia aveva chiarito come le eguali condizioni di lavoro che le imprese, nazionali e degli altri Stati membri, sono tenute a rispettare in base alla Direttiva, risponde in primo luogo all'esigenza di lottare contro le forme di concorrenza sleale tra le imprese europee.

In realtà l'Avvocato Generale Y. Bot aveva suggerito alla Corte un'interpretazione bivalente dell'articolo 3, paragrafo 7 della Direttiva in modo da salvaguardare sia la tutela della libera prestazione dei servizi, sia la protezione dei lavoratori distaccati attraverso la possibilità di applicare loro ulteriori normative lavoristiche dello Stato ospite¹⁸⁷: l'applicazione di queste ultime, infatti, sarebbe stata possibile sull'assunto che la Direttiva individua solamente una base minima di norme da garantire ai lavoratori alle dipendenze di un'impresa estera non precludendo, pertanto, l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori. Tuttavia la Corte ha preferito rimaner ancorata ad un'interpretazione restrittiva della Direttiva che travolge anche l'indicazione del

¹⁸⁶ C- 60/03 del 12 ottobre 2004. In particolare si vedano i punti 41 e 45 in base ai quali lo scopo perseguito dal legislatore nazionale consistente nel prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese che retribuiscono i loro dipendenti ad un livello inferiore rispetto a quello corrispondente al salario minimo “può essere preso in considerazione quale esigenza imperativa atta a giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi [...]” (41), pertanto “l'art. 5 della direttiva 96/71, interpretato alla luce dell'art. 49 CE, non osta, in una controversia come quella che è oggetto della causa principale, a una normativa nazionale secondo la quale un'impresa edile che affida ad un'altra impresa l'esecuzione di lavori di costruzione risponde, in qualità di garante che ha rinunciato al beneficio d'escussione, per gli obblighi di tale impresa o di un subappaltatore relativi al pagamento del salario minimo ad un lavoratore o al pagamento di contributi ad un ente comune alle parti di un contratto collettivo, quando il salario minimo consiste nell'importo che deve essere pagato al lavoratore previa deduzione delle imposte e dei contributi previdenziali e di sostegno del lavoro o dei corrispondenti oneri di sicurezza sociale (salario netto), qualora la suddetta normativa non abbia quale scopo primario la tutela del salario del lavoratore o tale tutela costituisca solo uno scopo secondario di quest'ultima” (45).

¹⁸⁷ Si vedano in particolare i punti 82 e 83 delle Conclusioni secondo i quali è possibile applicare ai lavoratori distaccati le “norme in vigore nello Stato membro in cui è stabilito il prestatore, nei limiti in cui queste ultime prevedano condizioni di lavoro e di impiego più favorevoli nei confronti dei lavoratori distaccati” (82) ed è altresì possibile per lo “Stato membro in cui viene eseguita la prestazione [...] di migliorare, nelle materie indicate all'art. 3, n.1, di tale direttiva, il livello di protezione sociale che essi intendono garantire ai lavoratori occupati sul loro territorio, che pertanto potranno applicare ai lavoratori ivi distaccati” (83).

paragrafo 7: infatti, la disposizione suddetta è stata interpretata unicamente in chiave di tutela del mercato interno anzitutto ritenendo che l'art. 3, n.1, 1° comma, lett. a)-g) fissi “*il livello di protezione [massima] di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte dell'impresa stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio*” e, secondariamente, precisando che l'altra lettura “*finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame*”¹⁸⁸.

Questo rigore interpretativo della Direttiva è stato riconfermato, come anticipato, in occasione del giudizio¹⁸⁹ sulla legge lussemburghese di recepimento della stessa, tacciata dalla Commissione europea di non essere conforme al diritto comunitario.

La controversia, in particolare, aveva ad oggetto la legge 20 dicembre 2002, recante norme per la trasposizione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi; la causa giunta dinanzi alla Corte di Giustizia, in seguito a un procedimento precontenzioso attivato dalla Commissione europea contro le autorità lussemburghesi, concerneva alcune parti della suddetta legge considerate, appunto, non conformi al diritto comunitario.

Tra le diverse censure si segnalò, nello specifico, l'adozione da parte del Granducato di Lussemburgo di un'ampia nozione di ordine pubblico nazionale giustificante l'imposizione agli operatori esteri di diverse normative interne di diritto del lavoro.

Anche in questo caso, la Corte - aderendo alla posizione della Commissione europea - ha tenuto a precisare che l'eccezione attinente all'ordine pubblico costituisce una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei

¹⁸⁸ Si veda il punto 34 della motivazione.

¹⁸⁹ Sentenza *Commissione v. Lussemburgo* del 19 Giugno 2008, in causa C-319/06.

servizi “*da intendersi in modo restrittivo*” e la cui portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri¹⁹⁰.

Ancora una volta, dunque, l’ago della bilancia viene spostato completamente verso la tutela della libera prestazione dei servizi, quale unico vero obiettivo della direttiva 96/71.

A ben vedere, però, la Direttiva, nell’individuare le condizioni di lavoro e di occupazione che lo Stato ospite deve garantire ai lavoratori distaccati nel loro territorio, chiarisce semplicemente le materie ma non le disposizioni applicabili: stabilire quali tra le disposizioni, che rientrano nell’ambito di tali materie, siano legittimamente applicabili al prestatore di servizi transnazionali rientra quindi nell’attività interpretativa del giudice il quale, nell’espletamento di tale attività, dovrebbe considerare non solo la finalità di eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi ma altresì l’esigenza di realizzare l’eguaglianza tra i lavoratori, la quale aveva ispirato i primi interventi sul distacco¹⁹¹ e che tuttora ispira la disciplina sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale¹⁹².

La Corte, così facendo, ha invece accentuato le differenze che, sicuramente, non consentono né “*il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro*”, né “*la parificazione nel progresso*” tra i cittadini-lavoratori dei diversi Stati membri, ai sensi dell’art. 151 del Trattato (ex. art. 136 TCE). Certamente si potrà obiettare che queste disposizioni sono soprattutto programmatiche, tuttavia la stessa Corte ne ha riconosciuto dei veri e propri effetti giuridici sottolineando che gli obiettivi della politica sociale “*costituiscono un aiuto importante, in particolare per l’interpretazione di altre disposizioni del Trattato e delle legislazione comunitaria secondaria in materia sociale*”¹⁹³.

¹⁹⁰ Si veda il punto 30 della motivazione. Per una ricostruzione del giudizio più dettagliata si rinvia al *Summary of the judgement*, consultabile sul sito www.etuc.org.

¹⁹¹ Si veda il Considerando n. 14 del regolamento 1612/68.

¹⁹² Si vedano gli artt. 14 reg. 1408/71 e 12 reg. 883/04.

¹⁹³ Sentenza *Zaera* del 29 settembre 1987 in causa C-126/86. La Corte all’epoca si riferiva alle disposizioni di cui all’art. 117 TCEE, trasposte nell’art. 136 TCE ed infine nell’art. 151 TFUE. Si veda N. BRUUN, A. JACOBS, M. SCHMIDT “*La convenzione 94 dell’ILO alla luce del caso*”

Sempre con riferimento alla parità di trattamento, tornando al caso *Rüffert*, un altro passaggio argomentativo della Corte non particolarmente limpido è costituito dall'asserita differenza di trattamento della normativa del *Land* tedesco creerebbe tra le imprese appaltatrici di lavori pubblici e le imprese di appalti privati. Infatti, nella motivazione¹⁹⁴, la circostanza per cui il meccanismo di tutela del salario minimo contrattuale per i lavoratori dipendenti delle imprese subappaltatrici imposto dalla legge della Bassa Sassonia opererebbe soltanto nel settore degli appalti pubblici, è ritenuta contraria al principio di uguaglianza anziché misura di promozione e di protezione sociale ignorando, peraltro, la *ratio* sottesa alla diversa regolamentazione appalti pubblici e appalti privati esistente non solo a livello nazionale ma anche comunitario: si tratta della prerogativa appartenente all'appaltante - in qualità di pubblica amministrazione - di perseguire gli interessi generali, tra cui la tutela dei lavoratori e la promozione di una concorrenza tra imprenditori che garantisca l'applicazione di standard minimi di trattamento dei lavoratori¹⁹⁵.

Nella sostanza, la Corte ha evidentemente trascurato che la fattispecie in esame configura un appalto pubblico e, in quanto tale, è sottoposto non alla direttiva sulla libera prestazione dei servizi, bensì a quella relativa alle procedure di

Rüffert”, [traduzione di a cura di Carlo Gnetti], in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2009, pp. 649 ss.

¹⁹⁴ Punti 29 e 30. Si dice che “*In un contesto come quello della controversia principale, infatti, l’effetto vincolante di un contratto collettivo del genere di quello oggetto della causa principale si estende solamente ad una parte del settore edilizio rientrante nell’ambito di applicazione territoriale del contratto collettivo medesimo, poiché, da un lato, la legislazione che ad esso attribuisce tale effetto si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall’altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale*” (29). “*Da quanto precede risulta che un provvedimento come quello di cui alla causa principale non fissa una tariffa salariale secondo una delle modalità previste all’art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, e 8, secondo comma, della direttiva 96/71*” (30).

¹⁹⁵ Sul punto si vedano G. MICHELINI, V. PICCONE, *Giurisprudenza europea e diritti sociali, un rapporto da ripensare*, in www.europeanrights.eu e V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in www.cgil.it.

aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi: si tratta della direttiva n. 18 del 31 marzo 2004¹⁹⁶.

La conseguenza ultima di quanto detto sinora è che il principio statuito nella sentenza *Rüffert* diventa discriminatorio per le imprese nazionali che restano soggette alla legislazione sugli appalti e, dunque, all'onere di rispettare i minimi retributivi previsti dai contratti collettivi locali; il che, si noti, pone fortemente a rischio l'istituto delle clausole sociali poiché le imprese nazionali, rivendicando appunto questa possibile discriminazione, potrebbero esigere il riconoscimento dell'illegittimità delle suddette clausole anche nei loro confronti.

Insomma, ancora una volta, la Corte ha dato il via libera per un utilizzo improprio dell'art. 49 (oggi art. 56 TFUE) quale strumento atto ad eludere le tutele sociali: in un momento storico – quale quello odierno – caratterizzato dalla delocalizzazione delle imprese verso i paesi “poveri”, si sta sviluppando, così, un flusso inverso di lavoratori distaccati nei paesi “ricchi” i cui standard sociali sono progressivamente erosi da una lettura *troppo*¹⁹⁷ liberista delle norme dei Trattati¹⁹⁸; una situazione

¹⁹⁶ Si veda S. BORELLI, *La Corte di giustizia, l'edile polacco e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 882. In realtà, la lettura delle direttive non rivela un conflitto interpretativo tra le due fonti di diritto derivato in ordine alle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori delle imprese aggiudicatarie. Infatti, la stessa direttiva sugli appalti pubblici coordina il suo ambito di applicazione con la direttiva 96/71, specificandone la funzione con l'individuazione dei minimi normativi e retributivi applicabili ai lavoratori distaccati in ambito transfrontaliero (Considerando n. 34) e prevedendo, all'articolo 26 della direttiva 2004/18, l'inserimento delle clausole sociali nei capitolati d'appalto purché compatibili con il diritto comunitario. La giurisprudenza comunitaria, tuttavia, insegna che l'espressione “diritto comunitario” - previsto quale limite imposto alle normative di carattere sociale - si riferisce, generalmente, al cuore pulsante dell'intera Unione Europea: il mercato unico. Infatti, è proprio il convincimento del primato del mercato interno che ha generato dapprima le sentenze *Viking* e *Laval* e, successivamente, la sentenza *Rüffert* le quali, in ossequio alla supremazia delle libertà economiche, hanno sacrificato la tutela delle condizioni di lavoro. Così A. DE SALVIA, *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Rüffert*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2008, pp. 1415 ss.

¹⁹⁷ Corsivo dello scrivente.

¹⁹⁸ S. BORELLI, *La Corte di giustizia, l'edile polacco e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 883.

che, trasposta nel nostro ordinamento, ha portato taluni¹⁹⁹ a parlare di “*caduta del principio lavorista*”.

Tale principio è stato considerato una delle pietre angolari - assieme ai principi democratico, personalista, pluralista - nella costruzione della forma di Stato costituzionale in Europa; si tratta di una di quelle idee capaci di raccogliere intorno a loro, in armonica e coerente unità, tutta la successiva azione dei pubblici poteri²⁰⁰. Tuttavia, come anticipato, per il tramite del diritto comunitario (e della sua interpretazione) questo principio sta subendo una vera e propria caduta.

Anzitutto, già a livello di diritto positivo, sia l'articolo 151 del Trattato (ex art. 136 TCE)²⁰¹, sia l'articolo 15 della Carta di Nizza²⁰² – divenuta vincolante, come noto, col Trattato di Lisbona - ne hanno ridimensionato la portata costringendolo nei limiti di una mera libertà di lavorare e prefigurando una tutela dei lavoratori che dipende dal funzionamento del mercato comune; secondariamente, ad

¹⁹⁹ Si veda, in particolare, L. PATURNO, *La caduta del «principio lavorista». Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, pp. 524 ss.

²⁰⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, p. 152.

²⁰¹ Tale articolo, ai paragrafi 2 e 3, statuisce che per la tutela dei lavoratori “*l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione. Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative*”.

²⁰² Tale articolo prevede che “*1. Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. 2. Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro. 3. I cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione*”. A tal proposito F. SALMONI, *Diritti sociali e Unione Europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, vol. III, pp. 555-556, sottolinea come l'art. 15 pone esclusivamente un indefinito e generico diritto di lavorare che nella sua vaghezza può essere considerato semplicemente come la pretesa che ciascun individuo può vantare nei confronti dei pubblici poteri e della collettività a che non vi siano interferenze nella sua sfera di libertà. Siamo dunque nel campo delle libertà negative e non in quello delle libertà positive, nel campo delle libertà *dallo* Stato e non *nello* Stato, in altri termini nel campo dell'*agere licere* basato sulla premessa individualistica e atomistica propria dello Stato liberale e non sul principio di uguaglianza sul quale trova fondamento lo Stato sociale democratico.

aggravare la situazione si è aggiunto il diritto vivente, quale prodotto del filone giurisprudenziale qui in commento.

Le sentenze *Laval* e *Viking*, *in primis*, la sentenza *Rüffert*, *in secundis* e, da ultimo, la sentenza *Commissione v. Lussemburgo* non hanno fatto altro che sviluppare questa nuova idea del lavoro quale semplice libertà – al pari di quelle economiche - e non quale diritto fondamentale della persona.

Il collegamento logico-deduttivo operato dalla Corte in tutte le sentenze assume una forma elementare: la libertà di stabilimento e la libertà di prestare servizi sono l'*alfa* e l'*omega* dei Trattati, cosicché le restrizioni sono da considerarsi eccezioni compatibili alla sola condizione che siano il meno incisive possibile.

Risulta allora evidente la tensione tra i principi dell'ordinamento comunitario ed i principi costituzionali nazionali e, il fatto che tale tensione riguardi non solo gli Stati coinvolti nelle varie vicende ma anche altri Stati (tra cui quello italiano), induce a ritenere che il problema abbia una valenza generale e che, mentre una nuova cultura del lavoro avanza, un'altra retrocede determinando la chiusura di un'epoca²⁰³.

Se non ci si avvede di questo dato, lo stesso patrimonio costituzionale acquisito finora nella lotta per il diritto *al lavoro*²⁰⁴ e ad un'esistenza dignitosa rischia di trasformarsi, utilizzando un'espressione marxiana²⁰⁵, in una mera “*illusione pratica*”.

²⁰³ L. PATURNO, *La caduta del «principio lavorista». Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008 pp. 528-529.

²⁰⁴ E non, di lavorare. Corsivo aggiunto dallo scrivente.

²⁰⁵ K. MARX, *Kritik des Hegels hen Staatsrechts*, (tradotto da G. DELLA VOLPE, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, Roma, 1950, p. 70), affermava infatti che “*la costituzione appena cessa di essere l'espressione reale della volontà popolare diventa un'illusione pratica*”.

CAPITOLO IV

L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA IN ITALIA E NEI VARI PAESI UE: PROBLEMATICHE E OPPORTUNITA' DI RIFORMA.

1. Premessa. L'equilibrio precario della Direttiva nella giurisprudenza CE: la difficile conciliazione tra libertà economiche e diritti dei lavoratori.

Dalla Comunicazione della Commissione del 2003 circa l'applicazione della direttiva 96/71 si evince come lo scopo della stessa fosse quello di superare le incertezze e gli impedimenti *“che possono compromettere l'applicazione della libera prestazione di servizi, aumentando la sicurezza giuridica e consentendo di individuare le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori che a titolo temporaneo eseguono lavori in uno Stato membro diverso dallo Stato la cui legislazione disciplina il rapporto di lavoro”*¹.

L'intento, cioè, era quello di dare maggiore chiarezza e certezza al rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali dei lavoratori dopo una lunga evoluzione giurisprudenziale in materia, cominciata a partire dalla sentenza *Gebhard*².

Che Parlamento e Consiglio siano riusciti in questo intento chiarificatore è tutt'altro che pacifico: forse, l'obiettivo di addivenire ad un bilanciamento fra esigenze competitive delle imprese, limitazione delle pratiche di *dumping* sociale ed intangibilità della sovranità territoriale dei singoli Stati membri, era davvero troppo ambizioso.

Nella stragrande maggioranza dei casi, infatti, tutelare una di queste esigenze significa, inevitabilmente, calpestarne un'altra; e la Corte di Giustizia, dal canto

¹ *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni relativa all'applicazione della direttiva 96/71/CE negli stati membri*, COM (2003) 458, Bruxelles, 25 luglio 2003 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0458:EN:NOT>.

² Si veda *supra*, cap. III.

suo, non ha esitato a spostare l'ago della bilancia tutto verso le libertà economiche, quale unico e vero "pilastro"³ dell'Unione Europea.

Nelle sentenze antecedenti, come in quelle susseguenti alla Direttiva, la giurisprudenza ha costantemente affermato che se la tutela dei lavoratori può costituire un motivo di interesse generale in grado di restringere la libera prestazione di servizi, la disciplina che realizza tale interesse deve rispettare il principio di proporzionalità, ossia non deve andare oltre quanto necessario per garantire l'obiettivo perseguito e non deve sottoporre il prestatore di servizi a obblighi già adempiuti nel proprio paese⁴.

La conseguenza di queste affermazioni risulta evidente: la vera questione circa le varie discipline nazionali di attuazione non è tanto la conformità delle stesse alla Direttiva, quanto la loro compatibilità col Trattato, ed in particolare con l'articolo 49 (oggi art. 56 T.F.U.E.)⁵; né si trova indiretta conferma nelle parole della Commissione Europea⁶ la quale ha specificato che gli Stati membri, nell'estendere ai lavoratori distaccati il loro diritto del lavoro, devono – appunto - rispettare l'odierno articolo 56 del Trattato.

Così ha fatto il Tar di Bolzano, secondo il quale il nostro decreto n. 72 del 2000⁷ *“si pone in contrasto con il principio comunitario di libera circolazione dei servizi di cui all'art. 49 del Trattato, nel punto in cui afferma che ai lavoratori distaccati si applicano le stesse «condizioni di lavoro» previste dalle leggi italiane e dai contratti collettivi, di fatto rendendo applicabile, ai lavoratori distaccati, l'intero diritto del lavoro italiano”*⁸.

Si tratta di un'affermazione perentoria dovuta, tuttavia, non ad una disattenzione del legislatore italiano nel tradurre le richieste dell'ordinamento comunitario, bensì

³ Non ci si riferisce, in questo caso, ai tre pilastri in cui si suddivideva l'Unione Europea prima che intervenisse il Trattato di Lisbona.

⁴ Per l'analisi giurisprudenziale si rinvia a quanto detto nel capitolo precedente.

⁵ In tal senso J.P. LHERNOULD, *La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs - Le plombier polonais est-il mort ?*, in *Droit Social*, 2005, pp. 1191 ss.

⁶ COM (2003) 458 def. Bruxelles, 25 luglio 2003, p. 5.

⁷ Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72, in *Gazz. Uff.*, 30 marzo, 2005, n. 75, di attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

⁸ T.a.r. di Bolzano, sentenza del 19 aprile 2005, n. 140, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, pp. 658 ss.

– come sopra accennato - dal precario equilibrio che connota la disciplina comunitaria sul distacco transazionale di manodopera.

L'equilibrio, infatti, è stato individuato nel “nocciolo duro”⁹ delle materie nelle quali le discipline lavoristiche del paese di distacco possono applicarsi ai lavoratori distaccati da un'impresa stabilita in un altro Stato membro; il problema è che questo equilibrio poggia su un elemento di tensione sempre presente: definire quali discipline rimangono applicabili significa delineare zone immuni dal *dumping* sociale e zone residuali, invece, in cui esso rimane possibile. La situazione, inoltre, viene aggravata da due ulteriori elementi: da un lato dalla possibilità di estendere quel “nocciolo duro” in base ad un concetto di “ordine pubblico” tutt'altro che limpido¹⁰; dall'altro dall'inevitabile combinazione tra la Direttiva e l'opera giurisprudenziale basata sull'interpretazione dell'odierno articolo 56¹¹.

La fonte delle maggiori difficoltà interpretative risiede, però, nel fatto che la direttiva mira a collocarsi contestualmente su due piani: si inserisce nella logica del Trattato per correggere gli effetti della libera prestazione di servizi attraverso un principio di giustizia sociale ispirata ad un'idea di concorrenza equa; tuttavia, la tutela che ne deriva sul piano sostanziale non è il frutto dell'armonizzazione comunitaria, bensì di una mera applicazione parziale del diritto del lavoro del Paese di distacco¹².

Fatte queste doverose premesse, è ora possibile passare all'analisi contenutistica del d.lgs n. 72 del 2000.

2. Il D. lgs. 72/2000 e le discordanze con la Direttiva.

Ritenuto un mero strumento di trasposizione tecnica delle disposizioni della Direttiva comunitaria, il decreto legislativo n. 72 del 25 febbraio 2000 non ha

⁹ C.d. *hard core*.

¹⁰ Si veda l'art. 3, par. 10 della Direttiva.

¹¹ In tal senso S. NADALET, *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, n. 1, p. 38.

¹² *Ivi*.

ricevuto particolare attenzione da parte della dottrina¹³; tuttavia si è sottovalutato che il decreto di attuazione in commento, invece, contiene previsioni divergenti ed integrative rispetto a quelle del provvedimento d'origine delle cui norme, di conseguenza, non rappresenta una semplice trascrizione¹⁴.

In prima analisi, talune questioni sorgono già a partire dalla traduzione in istituti italiani delle tre ipotesi di distacco individuate alle lett. a), b) e c) dell'art. 1, terzo paragrafo della Direttiva¹⁵: in particolare, l'ipotesi di cui alla lett. a) è stata ricondotta all'istituto dell'appalto di servizi, l'ipotesi di cui alla lett. b) al distacco nei gruppi d'impresa e, infine, l'ipotesi di cui alla lett. c) alla somministrazione di lavoro.

Come anticipato, con riferimento a tale operazione si pongono almeno due questioni: da un lato, infatti, sorge un problema ricostruttivo circa la nozione di "distacco"; dall'altro, invece, vi è un problema di parziale sovrapposizione tra il "distacco" ai sensi della Direttiva – e conseguentemente del Decreto di attuazione

¹³ Lo sottolinea anche G. ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, pp. 1 ss. il quale, rilevata poi la scarsa applicazione pratica, si interroga proprio all'inizio del saggio se non stia per compiere "un mero esercizio di stile".

¹⁴ S. TORTINI, *Il distacco dei lavoratori tra la Direttiva comunitaria ed i faticosi passi della disciplina nazionale*, in *Lav. Giur.*, 2011, n.8, p. 785.

¹⁵ Per comodità se ne riporta il testo: "La presente direttiva si applica nella misura in cui le imprese [...] adottino una delle misure transnazionali seguenti:

a) distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro 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 membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia; o

b) distacchino 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; o

c) distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, 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 di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente".

– ed il “distacco” ai sensi dell’art. 30, d.lgs. n. 276 del 2003¹⁶, sostitutivo della vecchia legge n. 1369 del 1960¹⁷ sul divieto di interposizione di manodopera.

Cominciando dal primo problema, si può osservare come il legislatore comunitario, riconducendo le tre ipotesi su citate al denominatore comune del “distacco”, abbia generato talune difficoltà sia sul versante dell'armonizzazione dell'ordinamento transnazionale con quello interno, sia – appunto - sul piano ricostruttivo. Da un confronto tra la fattispecie delineata dalla Direttiva e quella tracciata dal diritto del lavoro italiano appare chiaro, infatti, come non vi sia una nozione di “distacco” univoca e valida su entrambi i fronti¹⁸.

Sul fronte comunitario si rinvergono alcuni elementi di convergenza, tra le varie fattispecie, strettamente legati alla definizione di lavoratore distaccato come colui “*che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente*”¹⁹. Da tale definizione, infatti, si traggono almeno due elementi in comune: la temporaneità e la transnazionalità.

Con riferimento alla temporaneità, essa va determinata in ragione dei criteri che la giurisprudenza comunitaria utilizza per l'individuazione dei limiti di durata dei servizi con la conseguenza che, una volta oltrepassati detti limiti, il raffronto non è più con una fattispecie di prestazione di servizi, ma con un esercizio del diritto di stabilimento, corredato della propria disciplina²⁰; con riferimento alla

¹⁶ Decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276, in *Suppl. ordinario n. 159 alla Gazz. Uff.*, 9 ottobre 2003, n. 235, di attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30.

¹⁷ Legge 23 ottobre 1960, n. 1369, in *Gazz. Uff.*, 25 novembre 1960, n. 289, sul 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 (legge abrogata dall'articolo 85 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276).

¹⁸ Si veda M. ESPOSITO, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Diritti Lavori e Mercati*, 2006, p.573.

¹⁹ Si veda l’art. 2, primo paragrafo, della Direttiva.

²⁰ R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, p. 806.

transnazionalità, invece, essa deve essere intesa – a differenza di quanto avviene per la prestazione di servizi - quale spostamento fisico del lavoratore²¹.

Passando invece ad una comparazione tra fronte comunitario e fronte nazionale, si può facilmente constatare come i tre casi di distacco, pur mostrando degli elementi in comune, sono perlopiù caratterizzati da differenze anche significative.

Cominciando dalla lett. a), prevedendo questa che il distacco del lavoratore si innesta su un contratto intercorrente fra il destinatario ed il prestatore di servizi, lascia intendere che il legislatore si sia voluto riferire agli appalti di servizi; ora, dal punto di vista del diritto del lavoro italiano, non parrebbe neppure configurarsi un “distacco”, ma una semplice dislocazione del prestatore nell'ambito dell'ordinaria prestazione di lavoro dipendente presso un “cliente” del datore di lavoro²².

Proseguendo con la lett. b), per contro, la stessa pare configurare un modello di distacco che, tuttavia, appare per certi versi assimilabile all'istituto del distacco regolato dal d.lgs. n. 276 del 2003.

Per ultimo abbiamo la forma di distacco ex lett. c) la quale, ancora una volta, sembra ricadere sotto la disciplina del d.lgs. 276/03: le ipotesi ivi ricomprese, infatti, sono quelle dell'erogazione di servizi, nonché di cessione temporanea di lavoratori, nell'ambito del mercato comunitario, da parte di imprese di lavoro temporaneo; queste ultime corrispondono, ai sensi del succitato Decreto, alle agenzie di somministrazione di lavoro le quali, tra l'altro, rappresentano l'unica modalità legittima attraverso la quale il diritto del lavoro interno consente la cessione di lavoratori²³.

²¹ Alla transnazionalità del servizio, pertanto, non è detto che corrisponda quella della prestazione lavorativa.

²² Si veda G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, I - Diritto del Lavoro*, Milano, 1998, p. 46.

²³ Il distacco del lavoratore assieme alla somministrazione di lavoro, infatti, rappresentano le uniche due eccezioni al principio di coincidenza fra titolare del rapporto di lavoro ed effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa; principio, questo, considerato *in re ipsa* nel divieto di interposizione di manodopera ex d.lgs. 276/03. Sul punto si veda R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2008, p. 369. Per le ipotesi ex lett. b) e c) della Direttiva si veda S. TORTINI, *Il*

Questa comparazione tra fronte comunitario e fronte nazionale ha una duplice utilità: da un lato, consente di mettere in luce le discordanze tra i vari casi di distacco che – pur essendo stati unificati a livello comunitario – non permettono di delineare una nozione di “distacco” che sia condivisa da ambo i fronti; dall’altro permette altresì di collegarsi con quello che è il secondo problema che ci si è proposti di analizzare in questo paragrafo, ossia quello della parziale sovrapposizione tra la disciplina ex d.lgs. 72/00 e quella ex d.lgs. 276/03.

Per meglio inquadrare il problema bisogna però fare un passo indietro e capire da dove questo tragga la sua origine.

Il legislatore italiano, col d.lgs. 72/2000, mirava a ricondurre la figura del distacco nel *corpus* allora vigente, dato dalla legge 1369/60 - relativa al divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro²⁴ - nonché dalla giurisprudenza in materia. Quest’ultima, in particolare, si era orientata nel ritenere che, nel distacco, la destinazione del lavoratore presso un'azienda terza doveva avere una durata predeterminata, più o meno lunga, coincidente con quella dell'interesse del datore di lavoro a che il proprio dipendente svolga la prestazione lavorativa a favore del terzo²⁵ (e l'art. 2 comma 2 del d.lgs. 72/00, in effetti, richiede che la durata del distacco del lavoratore in territorio nazionale italiano sia sin dall'inizio predeterminata o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo).

distacco dei lavoratori tra la Direttiva comunitaria ed i faticosi passi della disciplina nazionale, in Lav. Giur., 2011, n.8, pp. 783-784

²⁴ Tale legge poneva il divieto per l'imprenditore di affidare in appalto l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro con l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore; la *ratio* era di evitare il c.d. “caporalato”, fenomeno in base al quale i datori di lavoro che avevano bisogno di manodopera aggiuntiva, invece di procedere ad assunzioni, si rivolgevano ad un terzo intermediatore il quale forniva lavoratori da lui retribuiti in cambio di un profitto – oltre, ovviamente al rimborso dei costi supportati per le retribuzioni – il tutto “in nero” e senza alcuna garanzia per i lavoratori. Per approfondimenti sull’argomento si veda R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 364.

²⁵ Tra le tante si vedano: Cass. Civ. sez. lav., 12 novembre 1979, n. 5868, in *Mass. giur. lav.*, 1980, pp. 190 ss. ; Cass. Civ. sez. lav., 6 luglio 1982, n. 4017, in *Giust. civ.*, 1983, I, pp. 924 ss., *Giust. civ. Mass.* 1982, fasc. 7; Cass. Civ. sez. lav., 20 gennaio 1984, n. 507, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, n. 1; Cass. Civ. sez. lav., 29 luglio 1986, n. 4859, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, n. 7; Cass. Civ. sez. lav., 4 giugno 1992, n. 6807, in *Informazione previdenziale*, 1992, pp. 1142 ss. e Cass. Civ. sez. lav., 2 novembre 1999, n. 12224, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, pp. 2184 ss.

Senonché, come anticipato, nel 2003 la vecchia legge 1369/60 è stata abrogata e sostituita dal decreto legislativo n. 276. A questo punto risulta chiaro il rapporto intercorrente tra quest'ultimo ed il d.lgs. n. 72 del 2000 ed emerge altresì un'esigenza di comparazione tra le fattispecie di distacco ivi disciplinate al fine di capire se, ed eventualmente quando, i criteri di liceità sanciti nel primo²⁶ possano applicarsi al distacco eseguito nell'ambito di una prestazione transnazionale dei servizi eseguita in Italia ai sensi del secondo²⁷.

Ebbene, con riferimento al "se" la situazione appena descritta può verificarsi solo alla presenza di due condizioni: è necessario, da un lato, che vi sia una sovrapposizione tra fattispecie e, dall'altro, che sia la legge italiana a poter decidere in merito alla genuinità dell'operazione di distacco.

Cominciando da quest'ultima, la Direttiva, invero, non aiuta a capire se la legge del Paese ospite è competente a pronunciarsi sulla genuinità dell'operazione: nell'art. 2, par. 1, lett. d) vengono infatti ricomprese, all'interno del c.d. nocciolo duro, le condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare quelle che riguardano la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo. D'altra parte, c'è da dire che i principi che animano i criteri di liceità ex d.lgs. 276/03 dovrebbero avere carattere di ordine pubblico e quindi ricadere, quanto meno, nella disposizione di cui all'art. 3, par. 10 della Direttiva. Tale conclusione, tuttavia, non è così immediata. Secondo una giurisprudenza più recente della Cassazione, infatti, l'abrogazione della legge n. 1369 del 1960 comporterebbe l'impossibilità di sostenere che il divieto di appalto di manodopera rientri tra i principi di ordine pubblico internazionale²⁸ e, partendo dal presupposto che sia possibile una ricongiunzione tra i principi di ordine pubblico ai sensi della

²⁶ D.lgs. 276/03, cit.

²⁷ D.lgs. 72/00, cit.

²⁸ Si vedano: Cass. Civ. sez. lav., 7 dicembre 2005, n. 26976, in *Orient. giur. lav.*, 2005, 4, I, pp. 986 ss.; Cass. Civ. sez. lav., 23 febbraio 2006, n. 4040, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, n. 2. e Cass. Civ. sez. lav., 26 maggio 2008, n. 13547, in *Guida al diritto - Diritto comunitario e internazionale*, 2008, fasc. 4, pp. 64 ss., con nota di A. LEANDRO.

Direttiva e quelli di ordine pubblico internazionale dell'ordinamento italiano²⁹, si arriverebbe, per contro, alla soluzione opposta.

La Cassazione, però, ha lasciato aperto uno spiraglio affermando che diversamente si potrebbe dire nel caso di somministrazione fraudolenta, con finalità elusive, “*nella misura in cui l'elusione investa norme che attengono all'eticità dell'ordinamento quale risulta dal complesso delle sue norme*”³⁰; ed allora, sulla scorta di queste considerazioni, non sfugge come l'intento elusivo risulti ancora più evidente a fronte di un'operazione organizzata dall'estero per profittare della disciplina più morbida sul distacco, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale³¹.

Quanto alla prima condizione, invece, si è già evidenziato *supra* come vi sia una *parziale* (corsivo dello scrivente) sovrapposizione tra il distacco ex art. 30, d.lgs. 276/03, e quello ex art. 1 comma 1, d.lgs. 72/00. In effetti qualche differenza è presente: mentre nel primo tipo di distacco, infatti, l'esercizio del potere direttivo viene delegato al distaccatario, nel secondo tipo invece - ed in particolare per quel che concerne la prima fattispecie ivi contemplata³² - tale potere sussiste in capo al distaccante.

²⁹ Constatando che numerosi Paesi si erano avvalsi della facoltà di deroga ex art. 3, par. 10, della Direttiva, la Commissione ha precisato che la stessa non autorizza gli Stati membri ad applicare ai lavoratori distaccati, nel loro territorio, tutte le disposizioni legislative e/o i contratti collettivi nazionali che disciplinano le condizioni di lavoro. Essa ha poi chiarito che gli Stati membri possono aggiungere unicamente disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale ovvero leggi di polizia legate anche se al contesto internazionale (si veda COM(2003) 458, cit., pp. 11 e 14). La Comunicazione della Commissione suggerisce quindi il confronto con il concetto di “ordine pubblico internazionale”; quest'ultimo, in particolare, autorizza il giudice a non applicare la legge straniera quando conduce a una soluzione incompatibile con l'ordine pubblico del foro. Orbene, benché dal punto di vista delle modalità di intervento l'eccezione dell'ordine pubblico internazionale del foro viene sollevata, in modo specifico, per correggere la soluzione data dalle regole di conflitto, potrebbero nondimeno sussistere similarità di contenuti con “l'ordine pubblico”, richiamato dalla Direttiva, visto il carattere eccezionale dei principi a cui si intende fare riferimento, principi ai quali l'ordinamento non può rinunciare. Sul punto si veda S. NADALET, *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, cit., p. 40.

³⁰ Cass. Civ. sez. lav., 7 dicembre 2005, n. 26976, cit.

³¹ Così S. NADALET, *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, cit., p. 57.

³² Si tratta dell'ipotesi di appalto di servizi ex art. 1, comma 1, d.lgs. 72/00. Nel c.d. distacco intragruppo, invece, l'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro straniero non è richiesto, anche se non significa che sia escluso.

Il primo modello di distacco ex art. 1, comma 1, d.lgs. 72/00, dunque, potrebbe essere tutt'al più qualificato come una trasferta³³ o un distacco improprio³⁴; tuttavia a venire in rilievo non è il primo, bensì il secondo modello ivi previsto, quello del c.d. distacco intra gruppo. Quest'ultimo, infatti, potrebbe invece configurare un distacco vero e proprio ai sensi dell'art. 30, d.lgs. 276/03, nell'ipotesi in cui l'impresa straniera attribuisca l'esercizio del potere direttivo in capo all'impresa collegata italiana (e solo in questo caso³⁵).

Ecco allora che, per il tramite dell'indagine in ordine al "se", si arriva a dare anche una risposta relativamente al "quando" si debbano applicare i criteri di liceità previsti dal decreto 276/03 nel caso di distacco ex d.lgs. 72/00.

All'inizio del paragrafo si è osservato come le questioni derivanti dalla traduzione in istituti prettamente italiani delle tre ipotesi di distacco individuate dalla Direttiva non siano affatto le uniche che si sono poste con riferimento alla normativa italiana di attuazione della stessa.

Il decreto di attuazione in commento, infatti, contiene previsioni divergenti ed integrative rispetto a quelle del provvedimento d'origine; tra queste, particolarmente problematica è quella di cui all'art. 3, comma 1, non a caso tacciata di illegittimità dal Tar di Bolzano.

L'articolo appena menzionato sancisce che ai lavoratori distaccati si applicano *"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 di lavoro in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco"*. Prevedendo un principio di parità di trattamento teso ad estendere *l'intero* (corsivo dello

³³ Così M. ESPOSITO, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, cit., p. 574.

³⁴ In tal senso G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, cit., p. 123.

³⁵ Sul punto, S. NADALET, *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, cit., p. 56.

scrivente) diritto del lavoro interno a tutti i lavoratori distaccati sul territorio italiano, una siffatta norma non può dunque essere considerata coerente con il diritto dell'Unione Europea³⁶.

Infatti, ai sensi dell'art. 3, par. 10, della Direttiva, il Paese ospitante può stabilire di estendere ai lavoratori distaccati norme interne di tutela ulteriori rispetto a quelle del “nocciolo duro”, a patto che si tratti di disposizioni di ordine pubblico. A tal proposito, come si è già visto nel capitolo precedente, la Corte di Giustizia ha adottato una nozione restrittiva di detto concetto.

Il caso italiano, infatti, è molto simile a quello sorto con riferimento alla legislazione Lussemburghese accusata dalla Commissione europea di non essere conforme al diritto comunitario: la controversia, in particolare, aveva ad oggetto la legge 20 dicembre 2002, recante *norme per la trasposizione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE*, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi; la causa - giunta dinanzi alla Corte di Giustizia, in seguito a un procedimento precontenzioso attivato dalla Commissione europea contro le autorità lussemburghesi – concerneva, nello specifico, l'adozione da parte del Granducato di Lussemburgo di una nozione troppo ampia di “*ordine pubblico nazionale*” la quale, nella sostanza, consentiva l'imposizione, agli operatori esteri, della quasi totalità delle normative interne in materia di lavoro.

La Corte, come noto, appoggiò la posizione della Commissione specificando cosa doveva intendersi per *disposizioni di ordine pubblico*: si tratta, in particolare, di disposizioni la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporre il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di quest'ultimo o a qualunque rapporto giuridico localizzato in tale territorio. Pertanto, *l'eccezione* (corsivo dello scrivente) attinente all'ordine pubblico, costituisce una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei

³⁶ S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Bologna, 2007, p. 132.

servizi, da intendersi *in modo restrittivo* (corsivo dello scrivente) e la cui portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri. L'art. 3, par. 10, della Direttiva, dunque, deve essere interpretato restrittivamente; la suddetta norma, specificamente, non esonera gli Stati membri dal rispettare gli obblighi che incombono loro in forza del Trattato, in particolare quelli relativi alla libera prestazione dei servizi³⁷.

A questo punto appare chiaro che il legislatore italiano, con la previsione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. 72/00, ha di gran lunga oltrepassato i limiti pocanzi segnalati. La Direttiva, infatti, “*non permette assolutamente agli Stati di estendere i lavoratori distaccati nel loro territorio tutte le loro disposizioni lavorative e/o i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro*”³⁸.

Del resto, l'impostazione adottata dal legislatore italiano non può ritenersi giustificata nemmeno sulla base dell'art. 3, comma 7, del Decreto. Tale norma sancisce il principio del *favor*³⁹ affermando che “*I paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori*”. Orbene, se si evita di isolare tale articolo dal contesto di riferimento e si opta, invece, per un criterio sistematico, si addiende alla conclusione che l'eventuale *favor* va circoscritto alle sole materie appartenenti al nocciolo duro ex art. 3, par. 1, della Direttiva ovvero, al di fuori di queste, all'eccezione costituita dall'ordine pubblico ex art. 3, par. 10⁴⁰.

Contrariamente – cosa che è avvenuta in Italia - l'esito sarebbe il radicale stravolgimento delle finalità perseguite dalla Direttiva che, si ricordi, trova pur sempre la sua base giuridica nell'articolo 49 del Trattato⁴¹.

Da ultimo, ma non per importanza, sorge un ulteriore vizio di legittimità dell'art. 3 comma 1 del Decreto: la previsione della garanzia di eguali condizioni di lavoro

³⁷ Si vedano, in particolare, i punti 25-31 e 33 della sentenza *Commissione v. Lussemburgo* del 19 giugno 2008, in causa c-319/06.

³⁸ COM(2003) 458, cit., p. 11.

³⁹ *Contra* S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 1156.

⁴⁰ Il riferimento è sempre alla direttiva 96/71/CE.

⁴¹ Oggi art. 56 T.F.U.E. Sul punto si veda S. TORTINI, *Il distacco dei lavoratori tra la Direttiva comunitaria ed i faticosi passi della disciplina nazionale*, cit., p. 786.

per i lavoratori interni e stranieri, infatti, è riferita anche ai contenuti dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, sebbene il legislatore non abbia in alcun modo stabilito un'analogia imposizione, se non in materia di retribuzione minima, per le imprese nazionali⁴².

In parole povere, nel caso di distacco di manodopera in Italia da parte di imprese straniere, il legislatore prevede un'estensione dell'efficacia dei contratti collettivi italiani *erga omnes* a prescindere, quindi, dalla sottoscrizione da parte dei datori distaccanti. Il che è paradossale nel momento in cui una tale efficacia non esiste nemmeno all'interno del nostro ordinamento: com'è noto, infatti, vista la mancata attuazione dell'art. 39 comma 2 e ss. della Costituzione, il contratto collettivo di cui si parla oggi è un contratto c.d. di diritto comune, il quale, seguendo le ordinarie regole del diritto civile, non può avere effetti *ultra partes*⁴³. L'unica eccezione, come sopra accennato, riguarda la materia retributiva e si fonda sul combinato disposto dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2099 c.c.

Partendo dall'assunto che l'articolo 36 della Costituzione riconosce al lavoratore il diritto ad una retribuzione - oltre che parametrata alla quantità e qualità del lavoro svolto - "*in ogni caso sufficiente a garantire a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa*", i giudici, pragmaticamente, riconobbero che quei minimi sufficienti a garantire un'esistenza libera e dignitosa fossero proprio quelli indicati nei contratti collettivi, sul presupposto che nessuno meglio dei sindacati potesse valutare il livello minimo di retribuzione conseguibile⁴⁴.

Di guisa i giudici giudicarono nulli i contratti individuali di lavoro nei quali si erano contrattati minimi inferiori a quelli pattuiti a livello sindacale e, riconducendo poi la nullità alla mancanza di accordo, ritennero di poter invocare

⁴² S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., p. 133.

⁴³ Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo si rinvia a G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2008, pp. 139 ss.

⁴⁴ In altri termini i giudici riconobbero all'art 36 comma 1 della Costituzione un valore immediatamente precettivo anche nei rapporti tra privati, suscettibile, dunque, di essere utilizzato anche indipendentemente da interventi legislativi di attuazione.

l'articolo 2099 del codice civile secondo il quale “*in mancanza di norme corporative o di accordo tra le parti la retribuzione è determinata dal giudice*”.

Così i giudici determinarono direttamente la retribuzione applicabile, individuandola proprio nei minimi dei contratti collettivi, sul presupposto che una diversa decisione sarebbe stata incostituzionale⁴⁵.

Chiusa questa breve parentesi, risulta evidente come l'art. 3 comma 1 del d.lgs. 72/00 - estendendo ai lavoratori stranieri distaccati in Italia la disciplina dei contratti collettivi italiani (al di là della materia retributiva) - finisce per discriminare gli imprenditori stranieri che intendano erogare servizi sul territorio nazionale, creando maggiori difficoltà ed oneri più gravosi per questi ultimi ed a prescindere dalla loro volontà. Il decreto di recepimento della Direttiva, infatti, individua nel contratto collettivo nazionale il contesto ove trovare il parametro di riferimento per la regolazione dei rapporti di lavoro dei soggetti distaccati, a prescindere dal fatto che i datori di lavoro stranieri vi aderiscano o meno⁴⁶.

Se, da un lato, il principio volontaristico sembra poter salvaguardare la legittimità – ai sensi del diritto comunitario - di un accordo collettivo negoziato e stipulato da un'impresa straniera con un sindacato italiano (ad esempio per regolare i rapporti dei lavoratori distaccati presso una filiale italiana), lo stesso non si può sostenere

⁴⁵ Detto orientamento giurisprudenziale precisa, però, che, ai sensi dell'articolo 2099 c.c., si può giudizialmente determinare una retribuzione anche superiore a quella corrispondente ai minimi dei contratti collettivi fondando tale decisione su criteri diversi, quali, ad esempio, la particolare natura del ruolo svolto, piuttosto che le condizioni ambientali di mercato o addirittura la capacità economica del datore di lavoro. Sul tema si vedano: Cass. Civ. sez. lav., 9 agosto 1996 n. 7383 in *Foro It.*, 1998, I, pp. 3228 ss; Cass. Civ. sez. lav., 8 agosto 2000, n. 10465, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2001, II, pp. 658 ss. con nota di V.A. POSO “*Ancora sulla nozione della retribuzione adeguata e giusta ex art. 36 Cost.*”; Cass. Civ. sez. lav., 26 marzo 1998, n. 3218 in *Giur. it.* 1999, pp. 956 ss. in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1998, II, pp. 666 ss. con nota di V.A. POSO “*L'insostenibile leggerezza della retribuzione nelle aree depresse del paese alla ribalta di una nuova questione meridionale*”; Cass. 26 luglio 2001, n. 10260 e Cass. Civ. sez. lav., 15 novembre 2001, n. 14211 entrambe in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pp. 299 ss. con nota di F. STOLFA “*La retribuzione minima ex art. 36 Cost. e i limiti (sempre più evidenti) della supplenza giurisprudenziale*”.

⁴⁶ Parte della dottrina ritiene che il d.lgs. 72/00 faccia parte di quelle disposizioni che esprimono una valutazione di idoneità da parte della contrattazione collettiva ad assolvere alla funzione di determinare le condizioni economiche e normative dei rapporti di lavoro, *ex se* nell'intero ambito di riferimento, prescindendo dall'esistenza di un potere di rappresentanza delle parti stipulanti o di altri meccanismi negoziali di vincolo nei confronti dei singoli datori di lavoro e lavoratori. Si veda G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, in *Atti delle giornate di studio dell'AIDLASS 25-26 maggio 2001*, Milano, 2002, p.129.

per le c.d. *clausole sociali* che vengono previste al fine di obbligare le imprese appaltatrici ad applicare *in toto* un contratto collettivo italiano, a prescindere da qualsiasi attività negoziale posta in essere da parte dell'impresa straniera.

A queste criticità per così dire sostanziali, se ne aggiunge un'ultima di carattere formale: non operando alcun rinvio all'opzione contemplata dall'art. 3.8 comma 2⁴⁷ della Direttiva, il Decreto attuativo porrebbe lo Stato italiano nella condizione di non poter pretendere dalle imprese straniere, che distacchino dipendenti sul suo territorio, il rispetto dei contratti collettivi stipulati in ambito nazionale.

In conclusione, anche alla stregua delle dichiarazioni espresse in materia dalla Commissione europea⁴⁸, l'Italia sarebbe in grado di imporre alle suddette imprese l'osservanza delle *sole* (corsivo dello scrivente) condizioni di lavoro e di occupazione definite dalle disposizioni legislative⁴⁹.

⁴⁷ Opzione in base alla quale “*In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi:*

- *dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o*

- *dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale,*

a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga.

Vi è parità di trattamento, a norma del presente articolo, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga:

- *sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco, per quanto attiene alle materie menzionate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, e*

- *sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti”.*

⁴⁸ COM (2003) 458, cit., p.12

⁴⁹ Sul punto S. TORTINI, *Il distacco dei lavoratori tra la Direttiva comunitaria ed i faticosi passi della disciplina nazionale*, cit., p. 786.

3. L'attuazione in Europa: una breve analisi comparata.

3.1 Premessa.

Dopo aver analizzato il decreto legislativo del 25 febbraio 2000, ed evidenziato le problematiche ad esso sottese, risulta utile – al fine di delineare un quadro più ampio della situazione – effettuare un breve *excursus* sulle norme di attuazione nei vari Paesi europei.

Va immediatamente precisato che l'attuazione della *direttiva distacco* era (ed è) tematica talmente delicata che l'art. 8 della stessa aveva, sin da subito, previsto che la Commissione dovesse verificarne proprio le “*modalità di applicazione*” proponendo, se del caso, “*le necessarie modifiche*”.

Per ottemperare a quanto sopra prescritto la Commissione ha preso diverse iniziative: la prima consisteva nell'elaborare una relazione sul recepimento della direttiva nei quindici Stati membri, al fine di conoscere la situazione attuale per quanto concerne le legislazioni e i contratti collettivi nazionali; parallelamente, alle amministrazioni nazionali, è stato inviato un questionario con domande relative alle modalità pratiche di applicazione e alle eventuali difficoltà incontrate. I risultati degli studi sul recepimento e le risposte al questionario sono stati, poi, oggetto di discussione da parte di un gruppo di esperti governativi⁵⁰.

Il presente paragrafo, dunque, ha il fine di esporre sinteticamente i contenuti nonché le conclusioni di questi lavori che, nel rilevare le varie modalità di attuazione della direttiva, sono poi finiti giustappunto per interrogarsi sull'opportunità o meno di revisionare l'intera normativa comunitaria sul distacco, così introducendo quello che sarà l'ultimo capitolo del presente elaborato.

3.2 L'attuazione della direttiva nei vari Paesi dell'Unione Europea.

Anzitutto, avuto riguardo agli *standard* di tutela applicabili ai lavoratori distaccati, è possibile suddividere gli Stati membri in tre diversi gruppi: nel primo, troviamo quegli Stati che si sono semplicemente limitati a riprodurre il dettato della

⁵⁰ Si veda COM (2003) 458 def. Bruxelles, 25 luglio 2003, in www.eur-lex.europa.eu, p. 3.

Direttiva; nel secondo, quelli che hanno *cercato di identificare*⁵¹ le norme nazionali connesse alla materia oggetto della Direttiva, alle quali, di conseguenza, hanno fatto riferimento nelle proprie normative di recepimento; infine, nel terzo gruppo, troviamo il Regno Unito nella sua qualità di unico Stato che non ha introdotto alcuna specifica legge di attuazione della direttiva, avendo ritenuto che gli obblighi imposti dalla stessa fossero già osservati da specifiche norme nazionali già vigenti⁵².

Nel primo gruppo la Commissione collocava, nel 2003, Germania, Grecia, Portogallo e Italia, Paesi ai quali, secondo il parere di chi scrive, si devono odiernamente aggiungere anche Bulgaria e Romania.

Brevemente, in Germania (Paese che si era distinto, assieme a Francia⁵³ ed Austria⁵⁴, per essersi dotato di una normativa nazionale in materia di distacco transnazionale anche in data anteriore alla Direttiva⁵⁵) la legge di attuazione ha riprodotto fedelmente il testo della Direttiva senza tuttavia curarsi, secondo la Commissione, di analizzare le connessioni tra la stessa e il resto della propria legislazione giuslavoristica nazionale⁵⁶.

Similmente, la Grecia, nel decreto di attuazione, ha riprodotto il dettato della Direttiva definendo, peraltro, il campo di applicazione delle norme imperative di tutela dei diritti dei lavoratori distaccati. L'unica differenza con la normativa comunitaria, secondo quanto riportato dalla Commissione⁵⁷, concerne le condizioni applicabili al distacco dei lavoratori effettuato da imprese di lavoro temporaneo, poiché la legge greca che le ha previste è posteriore a quella di

⁵¹ *Report from the Commission services on the implementation of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the frame work of the provision of services*, Gennaio 2003, p. 9 ove (testo reperibile in inglese, francese o tedesco, nel sito internet <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=22> alla sezione "publication and documents"), ove si legge testualmente "tried to identify".

⁵² *Ivi*.

⁵³ Legge del 20 dicembre 1993 e decreto attuativo dell'11 luglio 1994 citata in *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni relativa all'applicazione della direttiva 96/71/CE negli stati membri*, cit., pp. 7-8.

⁵⁴ *Ivi*, *Bundesgesetzblatt I* 1995/895.

⁵⁵ *Ivi*, Legge sul distacco dei lavoratori del 26 febbraio 1996.

⁵⁶ *Ivi*.

⁵⁷ *Ivi*.

recepimento della direttiva distacco, con la conseguenza che quanto prescritto dalla prima risulta essere estraneo alla sfera di competenza della seconda⁵⁸.

In Romania, il distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione dei servizi era istituito che non era regolamentato né dal Codice del Lavoro rumeno⁵⁹ né dalla *legge supplementare del lavoro* vigente durante il regime comunista e successivamente⁶⁰.

La direttiva 96/71 è stata recepita mediante la legge n. 344 del 2006⁶¹, la quale, secondo quanto riscontrato, sembra aver assicurato finora, in linea generale, un'attuazione soddisfacente della legislazione comunitaria; sono stati rilevati solamente due problemi minori di conformità relativi ai paragrafi 2 e 3 dell'articolo 4 della Direttiva stessa. A parte ciò, la Legge è stata valutata positivamente anche per quanto concerne la possibilità degli Stati membri di imporre, alle imprese nazionali, nonché a quelle di altri Stati, condizioni di lavoro concernenti materie ed attività ulteriori rispetto a quelle previste dalla Direttiva: la legge 344, all'art.10, stabilisce infatti che le disposizioni della stessa non costituiscono un ostacolo all'applicazione di condizioni di impiego più favorevoli ai lavoratori distaccati sul territorio rumeno⁶².

Esattamente come la Romania, anche la Bulgaria non possedeva una regolamentazione concernente il distacco prima dell'attuazione della direttiva

⁵⁸ *Ivi.*

⁵⁹ Legge n. 10 del 1972. Per tale indicazione si veda, *Implementation Report for Romania Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, Milieu – Environmental Law & Policy, 2009, § 1.

⁶⁰ *Ivi.* In particolare, il Codice del Lavoro prevedeva – e prevede - due nozioni giuridiche, di delegazione e di allocazione temporanea, entrambe le quali implicano un cambiamento del luogo di lavoro; tuttavia, nessuna delle due fa riferimento al fenomeno del distacco di lavoratori provenienti da altri Stati membri al fine di prestare servizi in territorio rumeno.

⁶¹ Legge del 19 luglio 2006, n. 344, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Romania del 24 luglio 2006 ed entrata a regime il 1° gennaio 2007. L'adozione della legge mira ad assicurare l'attuazione della Direttiva nell'ottica di un avvicinamento del diritto rumeno con il diritto dell'UE e dell'adesione della Romania all'UE avvenuta nel gennaio 2007. Tale legge è stata poi eseguita attraverso la Decisione Governativa (DG) n. 104 del 2007, sulla particolare procedura relativa al distacco dei lavoratori effettuato nel territorio della Romania nel quadro della prestazione di servizi transnazionale; da prendere in considerazione è altresì la legge n. 108 del 1999, così come modificata nel 2002, sulla creazione e l'organizzazione dell'Ispettorato del Lavoro.

⁶² *Ibidem*, § 2.

96/71: la regolamentazione del *distacco intracomunitario*, infatti, ha avuto inizio con la firma dell'Accordo di associazione della Bulgaria all'Unione Europea nel 1995 ed è proseguita durante tutta la durata di questo accordo. In particolare, il processo di attuazione della Direttiva è durato dal 2002 al 2006, anche se, per quel che concerne certe disposizioni, tale processo si è prolungato sino al 2008⁶³.

L'obiettivo principale della norma di attuazione è stato quello di regolamentare e rinforzare la protezione giuridica dei lavoratori distaccati sul territorio bulgaro da datori di lavoro appartenenti all'Unione Europea, agli Stati dello Spazio economico europeo, alla Svizzera ed, infine, a Paesi terzi⁶⁴. Tale norma ha, in particolare, specificato il concetto di *distacco transnazionale nell'ambito di una prestazione di servizi da espletarsi su territorio bulgaro*⁶⁵ prevedendo che, proprio nel detto caso, fosse da applicarsi al rapporto di lavoro la legislazione nazionale concernente l'orario di lavoro, le ferie retribuite, le condizioni di salute e sicurezza e di tutela della maternità.

L'attuazione della Direttiva è avvenuta per la maggior parte mediante un atto di regolamentazione speciale: l'Ordinanza del Consiglio dei Ministri sulle condizioni e le procedure di distacco di lavoratori provenienti da Stati membri o da Paesi terzi rispetto alla Repubblica bulgara; questa regolamentazione è poi accompagnata e completata dalle disposizioni previste dalla legge sull'impiego, dal Codice del Lavoro e dall'Ordinanza sulle condizioni e le procedure per l'approvazione, il rigetto e la revocazione dei permessi di lavoro degli stranieri in Bulgaria⁶⁶.

Nell'insieme, secondo quanto riscontrato, la Direttiva è stata correttamente attuata, essendosi registrate problematiche prevalentemente nell'ambito controllo

⁶³ Tale ritardo si può spiegare per la comparsa di nuovi tipi di difficoltà, per l'assenza totale di una regolamentazione precedente ovvero di esperienza nazionale in materia. Si veda *Implementation Report for Bulgaria Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*", Milieu – Environmental Law & Policy, 2009, § 1.

⁶⁴ *Ivi.*

⁶⁵ *Ivi.*

⁶⁶ *Ibidem*, § 2.

(di competenza dell'Ispettorato generale del lavoro)⁶⁷ le quali risultano essere il vero e proprio *punctum dolens* di tutti gli stati e dunque non certo solamente della Romania.

Quanto al Portogallo, si può osservare che la lista delle materie di cui si occupa la legge nazionale è molto simile a quella della Direttiva⁶⁸.

Infine, per quel che concerne l'Italia risulta necessaria una piccola precisazione: il decreto n. 72 del 2000, come le norme di attuazione viste in precedenza, è stato ritenuto⁶⁹ un mero strumento di trasposizione tecnica delle disposizioni della Direttiva in questione e, pertanto, lo Stato italiano risulta inserito tra i Paesi di cui al primo gruppo. Tuttavia è doveroso obiettare che – come ampiamente argomentato *supra*⁷⁰ – il decreto di attuazione in commento, invece, contiene previsioni divergenti ed integrative rispetto a quelle del provvedimento d'origine delle cui norme, di conseguenza, non rappresenta una semplice trascrizione. Questa affermazione trova conferma nelle parole del TAR di Bolzano, secondo il quale il decreto n. 72 del 2000, “*nel punto in cui afferma che ai lavoratori distaccati si applicano le stesse «condizioni di lavoro» previste dalle leggi italiane e dai contratti collettivi, di fatto [rende] applicabile, ai lavoratori distaccati, l'intero diritto del lavoro italiano*”⁷¹.

Secondo lo scrivente, pertanto, sarebbe più corretto posizionare l'Italia tra i Paesi di cui al secondo gruppo che consta, come si è sopra anticipato, di Austria, Belgio, Danimarca, Svezia, Spagna, Finlandia, Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi.

All'interno di questo si analizzeranno in particolare le leggi di recepimento di Belgio, Danimarca e Svezia, tutte grandemente influenzate da noti casi giurisprudenziali.

⁶⁷ *Ibidem*, § 4.

⁶⁸ Si veda *Report from the Commission services on the implementation of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the frame work of the provision of services*, cit., p. 9.

⁶⁹ *Ivi*.

⁷⁰ Si veda il paragrafo n.2.

⁷¹ Tar di Bolzano, sentenza del 19 aprile 2005, n. 140, cit., p. 658.

3.2.1. In particolare: l'attuazione della direttiva in Belgio e il caso Arblade

In Belgio la direttiva distacco venne attuata con una legge del 2002⁷². Con essa il legislatore belga si pose come obiettivi principali il chiarimento delle regole da applicarsi al rapporto di lavoro transnazionale e la creazione di un contesto che favorisse la concorrenza leale tra imprese nel rispetto dei diritti dei lavoratori.

La succitata legge venne fortemente influenzata dal celebre caso comunemente noto come *Arblade*⁷³.

Il *Tribunal correctionnel di Huy* sollevò in due procedimenti innanzi ad esso pendenti, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE⁷⁴, due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione degli artt. 59 del Trattato CE⁷⁵ e 60 del Trattato CE⁷⁶.

Le questioni sorsero nell'ambito di due procedimenti penali promossi contro il signor Jean-Claude Arblade, nella sua qualità di amministratore della società di diritto francese Arblade & Fils SARL, e la Arblade & Fils SARL stessa, nella sua qualità di civilmente responsabile, da una parte; i signori Serge e Bernard Leloup, in qualità di amministratori della società francese Sofrage SARL, nonché la Sofrage SARL stessa, nella sua qualità di civilmente responsabile, dall'altra. Tali soggetti erano accusati di non essersi conformati a svariati obblighi sociali imposti dalla normativa belga e sanzionati dalle leggi belghe di polizia e di sicurezza⁷⁷.

⁷² Act of Parliament of 5 march 2002. Sul punto R. BLANPAIN, *Implementation of the posting directive in Belgium*, in AA.VV. *Freedom of Services in the European Union: Labour and social security law*, Kluwer Law International, 2006, p. 199.

⁷³ Corte di Giustizia, sentenza 23 novembre 1999, *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL (civilmente responsabile) e Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL (civilmente responsabile)*, cause riunite C-369/96 e C-376/96, in *Raccolta*, 1999, pp. 8453 ss.

⁷⁴ Divenuto, *post Amsterdam*, art. 234 TCE e oggi art. 267 T.F.U.E.

⁷⁵ Divenuto, *post Amsterdam*, art. 49 TCE e oggi art. 56 T.F.U.E.

⁷⁶ Divenuto, *post Amsterdam*, art. 50 TCE e oggi art. 57 T.F.U.E.

⁷⁷ Si tratta, in particolare, degli obblighi in materia di redazione, tenuta e conservazione dei documenti sociali e di lavoro, la retribuzione minima nel settore edile e i regimi delle «marche-intemperie» e delle «marche-fedeltà» nonché i mezzi per sorvegliare il rispetto di tali obblighi, imposti dai seguenti testi normativi: la legge 8 aprile 1965, che istituisce i regolamenti in materia di lavoro (Moniteur belge del 5 maggio 1965); la legge 16 novembre 1972, relativa all'ispezione del lavoro (Moniteur belge dell'8 dicembre 1972); il regio decreto n. 5 del 23 ottobre 1978, relativo alla tenuta dei documenti sociali (Moniteur belge del 2 dicembre 1978); il regio decreto 8 agosto 1980, relativo alla tenuta dei documenti sociali (Moniteur belge del 27 agosto 1980, Err. Moniteur belge del 10 e 16 giugno 1981); il contratto collettivo di lavoro 28 aprile 1988, stipulato in seno alla commissione paritetica dell'edilizia, relativo alla concessione di «marche-fedeltà» e di

In particolare, le suindicate imprese, nelle more dell'effettuazione di alcuni lavori di costruzione nel sito della *Sucrierie tirlemontoise* a Wanze (lavori per i quali avevano distaccato in territorio belga ventisei lavoratori) ricevettero, nel 1993, la visita, presso il cantiere, del locale ispettorato del lavoro che richiese la produzione di diversi documenti (in materia di sicurezza sociale) previsti dalla normativa nazionale. La mancanza di quanto richiesto originò i procedimenti dinanzi al *Tribunal correctionnel di Huy*, che, però, ritenuta che fosse necessaria l'interpretazione del diritto comunitario⁷⁸, decise di sospendersi e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: “1) *Se gli artt. 59 e 60 del Trattato debbano essere interpretati nel senso che vietano a uno Stato membro di obbligare un'impresa stabilita in un altro Stato membro, che esegua temporaneamente lavori nel primo Stato: a) a conservare i documenti sociali (registro del personale e conto individuale) presso il domicilio belga di una persona fisica che provveda alla tenuta di tali documenti in qualità di mandatario o incaricato; b) a pagare ai lavoratori la retribuzione minima stipulata dal contratto collettivo di lavoro; c) a tenere un registro speciale del personale; d) a consegnare una scheda individuale a ciascun lavoratore; e) a designare un mandatario o una persona incaricata di tenere i conti individuali dei lavoratori; f) a pagare contributi "marche-intemperie" e "fedeltà" per ciascun lavoratore; qualora detta impresa sia già soggetta, per gli stessi lavoratori e per gli stessi periodi di attività, a obblighi, se non identici quanto meno analoghi sotto il profilo della loro finalità, nello Stato in cui essa è stabilita” e “2) *Se gli artt. 59 e 60 del Trattato CEE 25 marzo 1957, che istituisce la Comunità economica europea, possano rendere inoperante l'art. 3, primo comma, del codice civile, relativo alle leggi belghe di polizia e sicurezza*”⁷⁹.*

«marche-intemperie», reso obbligatorio con regio decreto 15 giugno 1988 (Moniteur belge del 7 luglio 1988, pag. 9897); il regio decreto 8 marzo 1990, relativo alla tenuta della scheda individuale del lavoratore (Moniteur belge del 27 marzo 1990) e il contratto collettivo di lavoro 28 marzo 1991, stipulato in seno alla commissione paritetica dell'edilizia, relativo alle condizioni di lavoro, reso obbligatorio con regio decreto 22 giugno 1992 (Moniteur belge del 14 marzo 1992, pag. 17968).

⁷⁸ E dunque già in quella sede giudicando non infondati i rilevi difensivi degli imputati che avevano dimostrato di essersi conformati alla normativa francese, anche se non a quella belga.

⁷⁹ Le informazioni in ordine ai fatti di causa sono tratti dal sito www.eur-lex.europa.eu.

La Corte, sulla base di questi quesiti, rispose che gli odierni articoli 56 e 57 T.F.U.E. non ostano a che uno Stato membro imponga ad imprese del settore edile stabilite in un altro Stato membro (e che svolgano temporaneamente lavori nel proprio territorio), il pagamento ai lavoratori distaccati della retribuzione minima fissata dai propri contratti collettivi applicabili, ma ciò purché le disposizioni degli stessi siano sufficientemente precise e accessibili, in modo da non rendere in pratica impossibile, o eccessivamente difficile, la determinazione degli obblighi cui i datori di lavoro dovrebbero conformarsi.

Tali articoli, per contro, secondo la Corte, ostano a che uno Stato membro imponga a tali imprese, anche mediante leggi di polizia e di sicurezza, l'obbligo di versare, per ciascun lavoratore distaccato, contributi a titolo di regimi di «marche-intemperie» e di «marche-fedeltà» nonché di rilasciare, a ciascuno di loro, una scheda individuale ove siano già soggette ad obblighi sostanzialmente equiparabili - sotto il profilo della loro finalità di salvaguardia degli interessi dei lavoratori - per gli stessi lavoratori e per gli stessi periodi di attività, nello Stato in cui è stabilita. Lo stesso vale per l'obbligo di redigere documenti sociali o di lavoro - come un regolamento in materia di lavoro, un registro speciale del personale e, per ciascun lavoratore distaccato, un conto individuale - quando la tutela dei lavoratori atta a giustificare tali imposizioni è già assicurata mediante la produzione dei documenti sociali e di lavoro tenuti dalle suddette imprese ai sensi della normativa dello Stato membro in cui esse sono stabilite⁸⁰.

Sempre secondo la Corte, gli stessi odierni articoli 56 e 57 T.F.U.E., invece, non ostano a che uno Stato membro obblighi le imprese di cui *supra* a tenere a disposizione, per il periodo di attività sul territorio del primo Stato membro, documenti sociali e di lavoro nel cantiere o in un altro luogo accessibile e chiaramente identificato del territorio di tale Stato, quando tale misura è necessaria per consentirgli di garantire l'effettivo controllo dell'osservanza della

⁸⁰ Così è nel caso in cui, con riferimento alla tenuta dei documenti sociali e di lavoro, l'impresa sia già soggetta, nello Stato in cui è stabilita, ad obblighi equiparabili, sotto il profilo della loro finalità di salvaguardia degli interessi dei lavoratori, per gli stessi lavoratori e per gli stessi periodi di attività, a quelli previsti dalla normativa dello Stato membro ospitante.

sua normativa, giustificata dalla salvaguardia della tutela sociale dei lavoratori; ciò nonostante, deve ritenersi incompatibile con il Trattato l'obbligo di conservare, per cinque anni successivi alla cessazione del distacco, documenti sociali quali il registro del personale e il conto individuale presso il domicilio - situato nello Stato membro ospitante - di una persona fisica che tenga tali documenti in quanto mandatario o incaricato. Siffatte imposizioni, infatti, non sono giustificate ove il controllo dell'osservanza delle norme di tutela sociale dei lavoratori del settore edile possa essere garantito da misure meno restrittive⁸¹.

Alla luce di ciò, come anticipato, il primo obiettivo perseguito dal legislatore belga nel momento in cui ha recepito la direttiva 96/71 è stato proprio quello di prevedere un'adeguata protezione dei lavoratori arginata entro i limiti di compatibilità col Trattato sanciti dalla Corte nel caso appena esaminato.

Il punto di partenza è da individuarsi, senza dubbio, dall'art. 3 del Codice civile belga in base al quale le leggi di polizia e di sicurezza devono essere rispettate da tutti coloro che vivono sul territorio dello Stato. Orbene, in conformità con la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁸², queste leggi concernono tutte le materie di interesse pubblico, tra cui vengono ricomprese quelle relative ai salari minimi, ai contratti collettivi generali e vincolanti nonché alle leggi di protezione delle retribuzioni⁸³.

La legge del 5 marzo 2002 ha avuto dunque lo scopo di chiarificare, anzitutto, la nozione di “*leggi di polizia e di sicurezza*” e, nel farlo, il Governo ha sottolineato la necessità di conformarsi al giudizio espresso dalla Corte di Giustizia nel caso *Arblade*, specialmente per quel che concerne i punti 31, 33, 34, 35, 38 e 39⁸⁴ della sentenza in questione.

⁸¹ Si veda il dispositivo della sentenza 23 novembre 1999, in cause riunite C-369/96 e C-376/96, disponibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

⁸² Si fa naturalmente riferimento alla Corte di Cassazione belga. Si veda, in particolare, *Cass.*, 25 giugno 1975, in *Pas.*, n.1, pp. 1038 ss. R. BLANPAIN *Implementazion of the posting directive in Belgium*, cit., p. 201

⁸³ *Ibidem*. Si veda Parl. Doc., Chamber of Representatives, 2001-2002, 11 October 2001, Doc., 50 144/001

⁸⁴ Si riporta, per comodità, il testo dei punti in questione: Punto 31 “*L'appartenenza di una norma nazionale alla categoria delle leggi di polizia e di sicurezza non la sottrae all'osservanza delle*

Venendo al contenuto di questa legge di recepimento, quattro sono gli aspetti che meritano di essere messi in rilievo: in primo luogo, il legislatore ha scelto di adottare definizioni più ampie rispetto a quelle previste dalla Direttiva; in secondo

*disposizioni del Trattato, pena la violazione dei principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto comunitario. Le motivazioni che stanno alla base di tali normative nazionali possono essere prese in considerazione dal diritto comunitario soltanto a titolo di eccezioni alle libertà comunitarie espressamente previste dal Trattato e, se del caso, a titolo di ragioni imperative d'interesse generale"; Punto 33 "Risulta da una giurisprudenza costante che l'art. 59 del Trattato prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi (v. sentenze 25 luglio 1991, causa C-76/90, Säger, Racc. pag. I-4221, punto 12; 9 agosto 1994, causa C-43/93, Vander Elst, Racc. pag. I-3803, punto 14; 28 marzo 1996, causa C-272/94, Guiot, Racc. pag. I-1905, punto 10; 12 dicembre 1996, causa C-3/95, Reisebüro Broede, Racc. pag. I-6511, punto 25, e 9 luglio 1997, causa C-222/95, Parodi, Racc. pag. I-3899, punto 18)"; Punto 34 "Anche in assenza di armonizzazione in materia, la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito (v., segnatamente, sentenze 17 dicembre 1981, causa 279/80, Webb, Racc. pag. 3305, punto 17; 26 febbraio 1991, causa C-180/89, Commissione/Italia, Racc. pag. I-709, punto 17; causa C-198/89, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-727, punto 18; Säger, citata, punto 15; Vander Elst, citata, punto 16, e Guiot, citata, punto 11)"; Punto 35 "L'applicazione delle normative nazionali di uno Stato membro ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri dev'essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (v., in particolare, sentenze Säger, citata, punto 15; 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 32; 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 37, e Guiot, citata, punti 11 e 13)"; Punto 38 "Tuttavia, le ragioni imperative d'interesse generale che giustificano le disposizioni sostanziali di una normativa possono altresì giustificare le misure di controllo necessarie per garantirne l'osservanza (v., in tal senso, sentenza Rush Portuguesa, citata, punto 18)"; Punto 39 "Occorre quindi esaminare, in ordine successivo, se i requisiti fissati da una normativa nazionale come quella di cui si tratta nella fattispecie comportino effetti restrittivi sulla libera prestazione dei servizi e, eventualmente, se, nel settore dell'attività presa in esame, ragioni imperative d'interesse generale giustifichino tali restrizioni alla libera prestazione dei servizi. In caso affermativo, si dovrà inoltre verificare se questo interesse non sia già garantito dalle norme dello Stato in cui il prestatore dei servizi è stabilito e che lo stesso risultato non possa essere conseguito mediante regole meno restrittive (v., in particolare, sentenze Säger, citata, punto 15; Kraus, citata, punto 32; Gebhard, citata, punto 37; Guiot, citata, punto 13, e Reisebüro Broede, citata, punto 28)". Come visto poc'anzi, la Corte ha, da un lato, accettato che ogni Stato membro possa indicare quali regole siano da considerarsi di ordine pubblico e quali di queste siano applicabili ai lavoratori distaccati ma, dall'altro, ha ritenuto sussistente il proprio diritto di verificare se queste regole siano o meno conformi agli articoli 59 e 60 del Trattato (divenuti, rispettivamente, artt. 49 e 50 TCE e, dopo il Trattato di Lisbona, artt. 56 e 57 TFUE). Con riferimento a quest'ultimo profilo, si è detto anzitutto che le regole del Paese ospitante non sono applicabili qualora il Paese di origine preveda diritti e doveri comparabili a quelli previsti dal primo; in ogni caso, anche al di fuori di questa ipotesi, la corte controllerà comunque se i contenuti del c.d. nocciolo duro sono compatibili con la libera prestazione dei servizi prevista dal Trattato. Si veda R. BLANPAIN, *Implementation of the posting directive in Belgium*, in AA.VV. *Freedom of Services in the European Union: Labour and social security law*, cit., p. 203.*

luogo, al lavoratore distaccato vengono estese tutte le leggi belghe riguardanti termini e condizioni di impiego; in terzo luogo l'applicazione dei contratti collettivi viene presa in considerazione non solo con riguardo a quelli concernenti il settore delle costruzioni, bensì con riferimento a tutti i settori; in quarto e ultimo luogo il legislatore non ha utilizzato le deroghe opzionali previste dall'art. 3, par. 10, della Direttiva⁸⁵.

Cominciando dal primo aspetto, è importante mettere in luce come la legge del 5 marzo 2002 dia una nozione molto ampia di lavoratore distaccato: anzitutto, si dice, che “il lavoratore” è la persona che, sulla base di un contratto, presta la sua opera dietro retribuzione e sotto l'autorità di un'altra persona; detto ciò, la legge prosegue specificando che “il lavoratore distaccato” è colui che, pur prestando la sua opera in Belgio, normalmente lavora in un Paese diverso, ovvero colui che fu assunto in un altro Paese per prestare la sua opera in Belgio.

La conseguenza è che, ai sensi della più volte citata legge del 2002, non appena il lavoro viene prestato in territorio belga si applicheranno le relative leggi. Ma c'è di più: trascorsi sei mesi da quando i lavoratori distaccati hanno cominciato a prestare la loro opera in Belgio, questi si considerano *stabiliti* (corsivo dello scrivente) in Belgio. La legge belga di cui sopra, quindi, non si limita a dare delle definizioni, ma pone anche un termine oltre il quale non si può più parlare di distacco, e quindi di libera circolazione dei servizi, bensì di stabilimento, con la conseguente applicazione degli artt. 43-48 (ora 49-55) del Trattato.

Proseguendo con il secondo e con il terzo aspetto, si prevede che il datore di lavoro che distacchi i propri lavoratori in Belgio dovrà confrontarsi con i termini e condizioni di impiego, lavoro e retribuzione previsti, in primo luogo, da leggi e regolamenti belgi la cui violazione comporta l'applicazione di sanzioni penali e, in secondo luogo, da contratti collettivi belgi la cui efficacia è stata estesa *erga omnes* mediante regio decreto e la cui violazione comporta, ancora una volta,

⁸⁵ Sul punto, Y. JORENS, F. VAN OVERMEIREN “Belgium”, in J. CREMERS E P. DONDEERS (a cura di) “*The free Movement of Workers in the EU. Directive 96/71/EC on the Posting of Workers within the Framework of the Provision of Services: its Implementation, Pratical Application end Operation*”, CLR Studies 4, Bruxelles, 2004, p. 69.

l'applicazione di sanzioni penali⁸⁶. Per ultimo, sempre con riferimento a questi aspetti, si è previsto che la Legge belga non osta a che vengano applicati termini e condizioni dello Stato distaccante qualora questi siano più favorevoli ai lavoratori.

Giunti a questo punto occorre fare una precisazione: le considerazioni finora svolte riguardano la prima sezione della legge, ossia quella concernente le regole di attuazione della Direttiva; tale legge ha però anche una seconda sezione, quale diretta conseguenza della sentenza *Arblade*, riguardante norme di semplificazione delle procedure per la tenuta dei documenti sociali.

Passando quindi ad un'analisi sintetica di queste, la legge in commento ha introdotto una “*posting declaration*”⁸⁷ contenente informazioni in ordine ai datori di lavoro distaccanti, ai lavoratori distaccati nonché alle condizioni di lavoro. Questa dichiarazione dev'essere compilata con una forma specifica, disponibile sul sito web del Ministero dell'Impiego e del Lavoro, e spedita prima del distacco – a mezzo posta, fax o e-mail – all'Ispettorato del lavoro.

Entro cinque giorni, l'Ispettorato del lavoro deve rendere nota la ricezione della dichiarazione e assegnare – a mezzo posta, fax o e-mail - al datore di lavoro un numero di registrazione; fintanto che quest'ultimo non pervenga al datore non è possibile procedere col distacco⁸⁸.

⁸⁶ R. BLANPAIN, *Implementation of the posting directive in Belgium*, in AA.VV. *Freedom of Services in the European Union: Labour and social security law*, cit., p. 205; l'autore nota che le Legge belga è più ampia rispetto alla Direttiva in quanto include tutti i contratti collettivi “rinforzati” e non solo quelli del settore delle costruzioni e, secondariamente, le condizioni di impiego e lavoro coperte dalla Direttiva e considerate quali disposizioni di ordine pubblico in Belgio.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 208.

⁸⁸ Sono poi previste delle dichiarazioni addizionali in alcuni casi quali il distacco di nuovi lavoratori, lo stabilimento di nuovi siti di costruzione ovvero il cambio di taluni elementi del distacco come: il nome o l'indirizzo del datore; il nome della società, la sede societaria, il tipo di attività, l'indirizzo della società; le ore di lavoro e il numero delle ore lavorative settimanali; il tipo di servizio prestato; la durata del distacco e la data di inizio del distacco; il luogo di prestazione della manodopera e, infine, il luogo dove vengono tenuti i “documenti equivalenti”. La dichiarazione addizionale deve menzionare il numero di registrazione precedentemente assegnato al datore e dev'essere spedita, a mezzo posta, fax o e-mail all'Ispettorato del Lavoro.

Oltre alla “*posting declaration*”, la legge – in taluni casi – prevede altresì la possibilità, per il datore, di fare ricorso a documenti equivalenti; si tratta dei c.d. “*Equivalent Pay Documents*”⁸⁹.

Per ultimo, la legge prevede che, al termine del distacco, il datore di lavoro deve rilasciare ovvero notificare all’amministrazione dell’Ispettorato del lavoro, a mezzo mail, tutti i documenti societari nonché una lista degli stessi.

3.2.2. In particolare: l’attuazione della direttiva in Danimarca e Svezia

Il Belgio non è l’unico stato membro ad essere stato influenzato, nell’attuazione della Direttiva, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Similmente a quest’ultimo, infatti, Danimarca e Svezia hanno dovuto rivedere le loro normative interne al fine di conformarsi alle sentenze *Laval* e *Viking*⁹⁰.

In Danimarca le modifiche del *Posting of Workers Act* sono state adottate già a partire dalla fine del 2008; tali modifiche, in particolare, fanno chiarezza in ordine al fatto che le organizzazioni sindacali danesi possono utilizzare azioni collettive, nei confronti dei prestatori di servizi provenienti da altri Stati membri, al *solo ed unico* scopo di regolare le retribuzioni dei lavoratori distaccati e non altre condizioni di impiego. Le azioni collettive, peraltro, sono sottoposte a quattro condizioni: in primo luogo, le retribuzioni devono essere pari a quelle che i datori di lavoro danesi sono obbligati a corrispondere per prestazioni lavorative analoghe; in secondo luogo, il pagamento di tali retribuzioni deve essere regolato da un contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale ed applicato su tutto il territorio danese; in terzo luogo, i prestatori di servizi provenienti da altri Stati membri devono essere informati circa le previsioni contenute all’interno dei contratti collettivi; infine, le rivendicazioni contenute all’interno dei contratti devono essere sufficientemente chiare e contenere un’indicazione dei salari che dovranno essere pagati dai datori di lavoro.

⁸⁹ Per una trattazione più approfondita si rinvia a R. BLANPAIN, *Implementation of the posting directive in Belgium*, in AA.VV. *Freedom of Services in the European Union: Labour and social security law*, cit., pp. 208-209.

⁹⁰ Per l’analisi dei casi *Laval* e *Viking*, si rinvia al capitolo III del presente elaborato.

La Danimarca ha in qualche modo utilizzato attivamente la possibilità di interpretare le incertezze dell'*acquis communautaire* in modo da non interferire col proprio modello di mercato del lavoro.

In primo luogo c'è stata una reinterpretazione dell'art. 3, par. 8, della Direttiva in base al quale, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi, gli Stati membri possono avvalersi dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale. Orbene, sembra ovvio che alla base della Direttiva vi fosse un modello dove è lo Stato membro, attraverso un atto o fatto normativo, ad identificare il contratto collettivo specifico che sarà possibile applicare ai lavoratori distaccati; la legge danese, invece, informa il prestatore di servizi provenienti da un altro Stato membro che dovrà trovare un accordo per concludere certi tipi di contratto collettivo concernenti le retribuzioni⁹¹.

In secondo luogo, l'interpretazione danese del concetto di retribuzione minima sembra piuttosto estesa⁹²: come già esposto, infatti, il diritto di intraprendere un'azione collettiva - in conformità con le nuove leggi danesi - può essere esercitato solo al fine di concludere un contratto collettivo riguardante la retribuzione; orbene, secondo la legge danese, è possibile ricondurre alla nozione di "retribuzione" i costi fissi, come ad esempio le ferie, che un datore di lavoro danese sopporta sulla base della contrattazione collettiva. A tal proposito si è argomentato che, diversamente, non potrebbe esserci alcuna parità tra le

⁹¹ Questa interpretazione sembra essere in linea con la giurisprudenza della Corte Europea secondo la quale poiché la direttiva 96/71 non è diretta all'armonizzazione dei sistemi per la determinazione delle condizioni di lavoro e di occupazione negli Stati membri, questi ultimi rimangono liberi di scegliere, a livello nazionale, un sistema non espressamente indicato fra quelli previsti dalla citata direttiva, purché lo stesso non ostacoli la prestazione dei servizi tra gli Stati membri. Si veda la sentenza *Laval*, punto 68.

⁹² Com'è noto, infatti, il concetto di tariffa minima salariale - ai sensi dell'art.3, par.1, della Direttiva - può essere definito dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato.

retribuzioni pagate ai lavoratori distaccati e quelle che un datore di lavoro danese deve corrispondere sulla base di un contratto collettivo⁹³.

Per quanto poi riguarda le leggi nazionali che la Danimarca ha ritenuto applicabili alla figura del distacco, troviamo, in primo luogo, il *Working Environment Act*. Questo atto contiene delle norme riguardanti i periodi massimi di lavoro nonché i periodi minimi di riposo, le disposizioni che riguardano la salute, la sicurezza e l'igiene sul luogo di lavoro, le disposizioni che tutelano le donne incinte e le neo-madri, i bambini e i giovani lavoratori.

In secondo luogo, si applicano al distacco tutta una serie di altre leggi: legge sulle ferie, sulla parità di trattamento, sull'uguale salario e sulla tutela contro le discriminazioni nel mercato del lavoro⁹⁴.

Passando ora alla Svezia, in conseguenza della sentenza *Laval*, è stata avviata un'inchiesta governativa la quale, nel dicembre 2008, ha suggerito taluni cambiamenti per il *Co-determination Act*⁹⁵ e per il *Posting of Workers Act*⁹⁶ attraverso un disegno di legge che, dopo molteplici dibattiti, è stato approvato dal Parlamento (*Riksdag*) nel marzo 2010.

Il cambiamento più importante, previsto all'interno del disegno *de quo*, consisteva, in particolare, nella riduzione dell'ambito in cui l'azione collettiva è consentita: in particolare, è divenuto illegittimo utilizzare l'azione collettiva nei confronti di prestatori di servizi provenienti da altri Stati membri, che distacchino lavoratori in Svezia, qualora dimostrino che a tali lavoratori vengono applicate condizioni non deteriori rispetto ai livelli minimi sanciti dal *Posting of Workers Act*; per il resto, spettava alle parti sociali determinare, mediante contrattazione

⁹³ Per l'analisi della Legge Danese successiva al c.d. quartetto *Laval*, si veda J. MALBERG *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Rüffert and Luxembourg on the practise of collective bargaining and the effectiveness of social action*, EMPL, 2010, p.8.

⁹⁴ Si veda, *Report from the Commission services on the implementation of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the frame work of the provision of services*, cit., p. 10

⁹⁵ 1976:580 in B. NYSTRÖM, *Final decision in the Laval case*, in *European Labour Law Journal*, 2010, vol. 1, n. 2, pp. 277

⁹⁶ *Ivi*. 1999:678

collettiva, quali sono – nel dettaglio – gli stipendi minimi da applicare ai lavoratori distaccati.

Per gli altri Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE)⁹⁷ - ovvero Islanda, Liechtenstein e Norvegia – inoltre, le previsioni della c.d. *Lex Britannia*⁹⁸ nel *Co-determination Act* non sarebbero state applicate: questo significa che non sarebbe stato possibile, per i sindacati svedesi, intraprendere legalmente un'azione collettiva nei confronti di un datore di lavoro, appartenente al SEE e legato ad un contratto collettivo del suo Paese di origine, al fine di forzarlo a concludere un contratto collettivo svedese⁹⁹.

Come anticipato, dopo un processo molto controverso, le modifiche alla normativa svedese in materia sono state approvate nel marzo 2010 attraverso quella che, visti gli intenti conformatori, è stata conosciuta come *Lex Laval*.

Alla luce di quest'ultima, ad oggi, un'organizzazione sindacale può intraprendere un'azione collettiva - al fine di regolare le condizioni di impiego dei lavoratori distaccati - qualora sussistano tre condizioni. In primo luogo, le condizioni di impiego che l'organizzatore sindacale richiede devono corrispondere alle condizioni contenute in un contratto collettivo nazionale di lavoro generalmente applicato nel relativo settore¹⁰⁰. In secondo luogo, la richiesta può concernere solamente i salari minimi o altre condizioni rientranti nel c.d. nocciolo duro, conformemente a quanto stabilito dalla Direttiva¹⁰¹. In terzo luogo, l'azione

⁹⁷ Lo Spazio economico europeo nacque il 1° gennaio 1994 in seguito ad un accordo firmato il 2 maggio 1992 tra l'AELS (Associazione Europea per il Libero Scambio) e l'UE con lo scopo di permettere ai paesi AELS di partecipare al Mercato Comune europeo senza dover essere membri dell'Unione.

⁹⁸ La *Lex Britannia* è una sezione del *Co-Determination Act* la quale stabilisce che un sindacato svedese può intraprendere un'azione collettiva nei confronti di imprese stabilite in altri Stati membri anche nel caso in cui le stesse siano legate ad un contratto collettivo stipulato nello Stato di appartenenza. Si veda N. BRUUN, *The Laval case, act III – Sweden's Labour Court rules union must pay high damages*, in www.nordiclabourjournal.org.

⁹⁹ Per l'analisi del disegno di legge si veda B. NYSTRÖM, *Final decision in the Laval case*, in *European Labour Law Journal*, 2010, vol. 1, n. 2, pp. 277 e 278.

¹⁰⁰ Questa previsione è basata sullo stesso tipo di interpretazione dell'articolo 3, par. 8, della Direttiva già adottata in Danimarca.

¹⁰¹ Differentemente dalla Danimarca, le richieste non sono limitate solamente al salario ma coprono altresì altre condizioni purché rientrino nell'ambito del c.d. nocciolo duro. Dunque, l'idea danese di ricondurre, per esempio, le ferie retribuite all'interno della retribuzione, non è stata seguita in Svezia.

collettiva non è ammessa nel caso in cui i lavoratori distaccati godano già delle stesse condizioni nello Stato di origine, anche se, la prova di un tanto, è posta a carico del datore di lavoro¹⁰².

Per il resto, esattamente come in Danimarca, l'atto di recepimento svedese si preoccupa di precisare quali siano le norme nazionali applicabili in materia di impiego¹⁰³.

3.2.3. Altri Paesi.

Proseguendo con una breve analisi delle normative dei Paesi collocati nel c.d. secondo gruppo, la legislazione spagnola richiede alle aziende che rientrano nel campo di applicazione della legge, di garantire, ai lavoratori distaccati sul territorio spagnolo, tutte le condizioni stabilite dalla normativa nazionale sul lavoro, tra cui: l'orario lavorativo, le disposizioni riguardanti il salario, il lavoro temporaneo, l'assunzione di giovani, la prevenzione dei rischi professionali, la non discriminazione.

L'atto di recepimento spagnolo, dunque, identifica le specifiche disposizioni nazionali applicabili in materia di distacco di manodopera nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi¹⁰⁴. Lo stesso avviene in Finlandia.

L'atto di recepimento finlandese, infatti, enumera le varie norme nazionali applicabili ai lavoratori distaccati: si tratta, in particolare, della legge sulle ferie annuali, di alcune disposizioni della legge sull'orario di lavoro – quali il pagamento degli straordinari, il pagamento dei salari, la previsione di un salario diverso per le domeniche lavorative, il lavoro notturno nelle panetterie – nonché delle normative che tutelano la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro. Infine, la legge di recepimento finlandese impone il rispetto delle disposizioni che regolano la maternità, l'impiego di bambini e di giovani lavoratori, nonché delle norme che

¹⁰² Per l'analisi delle condizioni si veda J. MALBERG, *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Rüffert and Luxembourg on the practise of collective bargaining and the effectiveness of social action*, cit., p. 9.

¹⁰³ Si veda *Report from the Commission services on the implementation of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the frame work of the provision of services*, cit., p. 11.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 10

garantiscono permessi di paternità/maternità, parità di trattamento tra uomo e donna e che proibiscono le discriminazioni¹⁰⁵.

Quanto alla Francia, invece, l'atto di recepimento copre la maggior parte delle norme sulla legislazione sociale incluse la sicurezza sociale, il salario, l'orario lavorativo e le condizioni di lavoro.

Le specifiche disposizioni della legge nazionale sul lavoro applicabili ai lavoratori dislocati, infatti, sono state elaborate nell'ambito del Decreto di attuazione e riguardano: l'orario di lavoro, il lavoro domenicale, il lavoro notturno, le ferie pagate, i permessi per motivi familiari, le feste nazionali, i salari (ivi inclusi i c.d. *bonus*), sicurezza, salute, e igiene sul luogo di lavoro, misure che disciplinano i termini e le condizioni per l'assunzione durante il periodo di maternità, l'assunzione di bambini e giovani lavoratori, e tutte quelle norme che sanciscono l'uguaglianza tra uomo e donna e la non-discriminazione, la classificazione e i rimborsi per ogni tipo di spesa e il periodo di malattia pagato.

Tale Decreto, poi, specifica quali siano le singole norme della legislazione francese applicabili al distacco: in particolare, si prevede che le ditte fornitrici di servizi e con sede in un altro Stato membro debbano attenersi alle norme che disciplinano il lavoro temporaneo in Francia.

Per quanto riguarda la contribuzione ai fondi per il pagamento dei periodi di congedo, le ditte con sede in un altro Stato membro sono esonerate dall'obbligo di affiliarsi e, dunque, di contribuire ad uno dei fondi francesi a tale scopo preposti, a due condizioni: quando la ditta può dimostrare che i lavoratori, durante il periodo di distacco, beneficiano del diritto a periodi di congedo retribuito a condizioni equivalenti a quelle previste dal Codice del Lavoro francese, ovvero quando l'ordinamento dello Stato membro in cui l'impresa ha sede contempla degli istituti equivalenti a quelli del congedo¹⁰⁶.

Per ultimo, nei Paesi Bassi gli strumenti di recepimento hanno previsto l'applicazione della normativa in materia di ferie, congedi, orario di lavoro, parità

¹⁰⁵ *Ivi.*

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 11.

di trattamento tra uomo e donna, sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro in caso di infortunio.

Altre norme specifiche non sono menzionate negli strumenti di recipimento, questo perché, ancor prima dell'adozione della Direttiva, si ritenevano applicabili al distacco le disposizioni nazionali in materia di divieto di discriminazione, salario minimo, periodi di lavoro e di riposo, divieto di assumere bambini, assunzione di giovani, di donne incinte o neo-madri, sicurezza sul lavoro¹⁰⁷.

* *

Terminata l'analisi delle norme di attuazione relative ai Paesi di cui al c.d. secondo gruppo, è opportuno spendere qualche parola anche in ordine alla situazione del Regno Unito nella sua qualità di Paese costituente un gruppo a sé stante.

Come anticipato *supra*, la Gran Bretagna non ha adottato alcuna specifica norma di attuazione della Direttiva; le disposizioni delle leggi nazionali corrispondenti alle materie oggetto della Direttiva, infatti, erano già considerate applicabili ai lavoratori distaccati: questo è il caso, ad esempio, del *Working Time Act* concernente norme in materia di durata massima della giornata lavorativa, periodi di riposo e ferie retribuite.

Non c'è, dunque, alcuna disposizione specifica in ordine alla protezione dei lavoratori distaccati, la loro tutela, infatti, è garantita dalle stesse norme previste per i lavoratori inglesi: l'*Health and Safety at Work Act*, ad esempio, si applica a tutte le persone impiegate nel Regno Unito; la protezione della donna incinta nonché della neo-madre è assicurata dalle leggi sull'impiego e le leggi che proibiscono discriminazioni sessuali così come la protezione dei bambini e dei giovani è assicurata dall'*Act on children and young persons* e dall'*Health and safety of young workers Act*.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Per un approfondimento sull'attuazione dei paesi bassi si veda anche M. HOUWERZIIL, *De Detachingsrichtlijn, Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*, Tilburg, 2004, pp. 279 ss. (testo in olandese, *Summary*, in inglese) e pp. 386 ss.

Quanto alle retribuzioni minime, il *National Minimum Wage Act* del 1998, alla sezione 1.2, statuisce che “*a person qualifies for the national minimum wage if he is an individual who [...] is working, or ordinarily works in the United Kingdom under is contract*”; questo significa che, alla luce di questa disposizione, anche un lavoratore distaccato risulterà coperto in quanto “*is working*” sul territorio inglese¹⁰⁸.

Se questa è la situazione nel Regno Unito, risulta tuttavia doveroso fare un ultimo cenno in ordine ad un Paese che si pone a metà strada tra il c.d. secondo e terzo gruppo: l’Irlanda.

In Irlanda, infatti, non è stata adottata alcuna misura specifica di recepimento della direttiva; tuttavia, una disposizione contenuta nella legge sulla protezione dei lavoratori dipendenti a tempo parziale, che recepisce un'altra direttiva comunitaria, specifica che alcune disposizioni del diritto irlandese si applicano ai lavoratori distaccati in Irlanda¹⁰⁹.

3.3. Conclusioni.

Terminato questo breve *excursus* sulle varie norme di attuazione dei Paesi appartenenti all’Unione, risulta utile un piccolo riassunto della situazione.

Prima dell’adozione della direttiva 96/71/CE alcuni Stati membri – tra cui Germania, Austria e Francia - avevano già stabilito una propria legislazione nazionale in materia di distacco per quanto concerne le prestazioni di servizi transnazionali. Quando poi la Direttiva è stata definitivamente adottata, le legislazioni di tali Stati sono state modificate per ottemperare alle prescrizioni della stessa.

¹⁰⁸ Si veda *Report from the Commission services on the implementation of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the frame work of the provision of services*, cit., p. 11-12. Per approfondimenti sull’attuazione della Direttiva in Inghilterra si veda altresì T. NOVITZ, *Uk Implementation of the Posted Workers Directive 96/71*, in *Formula Working Paper*, University of Oslo - Department of Private Law, 2010, n.22, pp. 6 ss.

¹⁰⁹ COM (2003) 458, cit., pp. 7 ss.

Più classicamente, altri Stati - quali la Spagna, la Danimarca, la Finlandia, la Grecia, l'Italia, i Paesi Bassi, il Portogallo, la Svezia, il Belgio e il Lussemburgo – hanno recepito la Direttiva in una legge approvata successivamente all'adozione del testo comunitario¹¹⁰.

Differente la situazione di Irlanda e Regno Unito: in Irlanda, non è stata adottata alcuna misura specifica di recepimento della direttiva, ma una disposizione contenuta nella legge sulla protezione dei lavoratori dipendenti a tempo parziale, che recepisce un'altra direttiva comunitaria, specifica che alcune disposizioni del diritto irlandese si applicano ai lavoratori distaccati in Irlanda; nel Regno Unito non si è ritenuto necessario adottare una legge specifica per il recepimento della direttiva, poiché il diritto nazionale si applica a tutti i lavoratori dipendenti, a prescindere dalla loro situazione. Sono state apportate solo alcune modifiche ai testi più restrittivi al fine di estendere il loro campo d'applicazione ai lavoratori dipendenti¹¹¹.

Detto ciò, la maggior parte degli Stati membri ha definito nella propria legislazione la situazione di *distacco* considerata nella Direttiva; alcuni di questi – quali, ad esempio, Germania ed Italia - hanno ripreso testualmente la definizione posta della stessa, nonché la definizione di *lavoratore distaccato*, mentre in altri Stati membri i concetti di *distacco* e di *lavoratore distaccato* sono stati definiti dalle leggi di attuazione¹¹².

Per quanto concerne la determinazione delle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati, come si è visto, si possono distinguere tre gruppi di Stati membri: alcuni di essi¹¹³ hanno essenzialmente ripreso i termini della direttiva senza indicare a quali disposizioni del diritto nazionale

¹¹⁰ Tutti gli Stati membri impongono il rispetto della propria normativa di recepimento alle imprese stabilite all'estero che distaccano lavoratori nel loro territorio: il principio secondo cui le imprese stabilite in uno Stato non membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese comunitarie, pertanto, è stato rispettato.

¹¹¹ Si veda COM (2003) 458, cit., p. 8.

¹¹² Si è qui visto il caso della Bulgaria (*supra* par. 3.2) e del Belgio, la cui legge di attuazione ha minuziosamente specificato tanto la definizione di *distacco* quanto quella di *lavoratore distaccato* (si veda *supra*, par. 3.2.1.)

¹¹³ Quali Germania, Grecia, Portogallo, Italia, Bulgaria e Romania.

corrispondono le materie considerate dalla direttiva; altri¹¹⁴ hanno individuato le disposizioni nazionali applicabili e hanno inserito rimandi a tali disposizioni; due Stati membri¹¹⁵ non hanno adottato leggi specifiche di recepimento concernenti le disposizioni del diritto interno applicabili ai lavoratori distaccati; in uno dei due paesi, è stata adottata una sola disposizione per specificare che la legislazione del lavoro si applica ai lavoratori distaccati nel suo territorio.

Quanto poi all'applicabilità dei contratti collettivi, la questione è di particolare importanza essendo i salari, infatti, fissati principalmente su base contrattuale. Orbene, la maggior parte delle leggi di recepimento prevedono l'applicazione o l'estensione dei contratti collettivi di applicazione generale ai lavoratori distaccati¹¹⁶. In alcuni Stati membri – quali, ad esempio, Italia e Danimarca - non esistono tuttavia contratti collettivi di applicazione generale, pertanto, le uniche norme che tali Stati applicano ai lavoratori distaccati sono quelle contenute nella legge o in altri testi legislativi (o quantomeno così dovrebbe essere¹¹⁷).

Per quanto concerne l'eccezione, le possibilità di deroga e le altre opzioni previste dalla Direttiva, la situazione può essere sintetizzata come segue.

Numerosi Stati membri si sono avvalsi della prima facoltà di imporre (ex art. 3.10 dir. 96/71/CE) alle imprese interessate condizioni di lavoro diverse da quelle contemplate al paragrafo 3 della direttiva, nella disamina di cui al precedente paragrafo si è visto, in particolare, il caso della Romania.

Quanto invece alla facoltà (sempre ex art. 3.10 dir. 96/71/CE) di imporre condizioni di lavoro e di occupazione in attività diverse da quelle contemplate

¹¹⁴ Quali Austria, Belgio, Danimarca, Svezia, Spagna, Finlandia, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi.

¹¹⁵ Irlanda e Regno Unito.

¹¹⁶ In questa sede si sono visti, in particolare, i casi di Belgio e Svezia.

¹¹⁷ Si è vista, in particolare, la problematica dell'Italia secondo la cui legge di applicazione “*al rapporto di lavoro [...] 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*”(art.3, comma1, D.lgs. 72/00). Per le implicazioni di tale disposizione si rinvia a quanto illustrato al paragrafo 2.

dall'allegato¹¹⁸, gli Stati membri che si sono avvalsi di questa possibilità sono i seguenti: l'Austria, il Belgio, la Spagna, la Finlandia, la Francia, la Grecia, l'Italia, il Portogallo e il Lussemburgo. In questi Paesi, dunque, tutti i settori risultano coperti.

In Germania l'estensione delle condizioni di lavoro determinate su base contrattuale ad attività che non rientrano nel settore edilizio è prevista unicamente per i servizi di assistenza alla navigazione marittima per quanto concerne salari minimi, durata delle ferie retribuite, indennità di congedo e assegni di ferie supplementari.

Nei Paesi Bassi l'applicazione delle condizioni di lavoro fissate da contratti collettivi di applicazione generale è limitata alle attività contemplate nell'allegato della direttiva.

In Danimarca, nel Regno Unito e in Svezia tale facoltà è priva di oggetto poiché i contratti collettivi non sono di applicazione generale¹¹⁹.

I risultati degli studi sul recepimento della direttiva 96/71/CE appena riassunti, inoltre, sono stati in larga misura confermati dalle risposte date dagli Stati membri nel questionario relativo all'applicazione pratica delle disposizioni della stessa, nonché dalle conclusioni del gruppo di esperti governativi.

In particolare, le posizioni espresse nell'ambito di questo gruppo possono essere riassunte citando testualmente quanto riportato dalla Commissione: *“nessuno Stato membro ha incontrato particolari difficoltà giuridiche al momento del recepimento della direttiva”*; tuttavia *“l'attuazione può far sorgere talune difficoltà di ordine pratico che, però, dovrebbero in gran parte appianarsi progressivamente grazie ad una migliore rete di informazioni e ad una migliore*

¹¹⁸ L'allegato menziona tutte le attività del settore edilizio riguardanti la realizzazione, il riattamento, la manutenzione, la modifica o l'eliminazione di edifici e in particolare i lavori seguenti: scavo; sistemazione; costruzione; montaggio e smontaggio di elementi prefabbricati; assetto o attrezzatura; trasformazione; rinnovo; riparazione; smantellamento; demolizione; manutenzione; manutenzione - lavori di pittura e di pulitura; bonifica.

¹¹⁹ Informazioni tratte da COM (2003) 458, cit., pp. 7 ss.

*cooperazione amministrativa tra le autorità pubbliche ai sensi dell'articolo 4 della Direttiva*¹²⁰.

Sulla base dei pareri e delle posizioni qui illustrati, la Commissione concluse, pertanto, come - *rebus sic stantibus* - non fosse necessaria una modifica della *direttiva distacco*, e ciò in quanto i problemi ravvisati nell'attuazione concreta della stessa, infatti, non parevano essere tanto di ordine giuridico quanto, piuttosto, di ordine pratico.

Successivamente, come si illustrerà nell'ultimo capitolo del presente elaborato, anche la Commissione avrebbe mutato opinione.

¹²⁰ Per quanto concerne l'articolo 4, sul quale si basa in primo luogo l'attuazione effettiva della Direttiva, è evidente – secondo gli esperti governativi - che i circuiti di informazioni e le reti di cooperazione si realizzano solo in modo graduale. Si veda COM (2003) 458, cit., p. 18.

CAPITOLO V

OLTRE LA DIRETTIVA 96/71/CE. LE PROPOSTE DI MODIFICA.

1. Premessa.

Nel corso del 2012 la Commissione dell'Unione Europea ha presentato due proposte legislative¹ volte a migliorare la condizione dei lavoratori operanti in regime di distacco transnazionale.

Iniziative di tal fatta erano già state preannunciate in occasione del varo del programma lavoro per l'anno 2011² ove si era prevista l'adozione di un intervento finalizzato a “migliorare l'applicazione e l'esecuzione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori”, con l'obiettivo di “garantire l'effettivo rispetto dei diritti dei lavoratori distaccati e chiarire gli obblighi delle autorità nazionali e delle imprese”³.

Tale programma è stato indubbiamente influenzato anche dal cosiddetto “Rapporto Monti”⁴, ossia da uno studio elaborato nel maggio 2010 dall'attuale Presidente del Consiglio dei Ministri italiano Mario Monti - ed a lui commissionato dal Presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso⁵

¹ Trattasi della *Proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi* (COM(2012) 130 def.) e della *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE1 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi* (COM (2012) 131 def.) entrambe d.d. 21 marzo 2012 ed entrambe reperibili entrambi sul sito www.eur-lex.europa.eu.

² *Programma di lavoro della Commissione per l'anno 2011* – COM (2010) 623 Vol. I e II, Bruxelles, 27.10.10 – 9.11.10, in www.ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_it.htm

³ *Ibidem*, Vol. II p. 4.

⁴ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010, in www.ec.europa.eu.

⁵ Presidente che, sin dall'inizio del suo mandato, si è distinto per aver indicato come obiettivo fondamentale per l'Europa il rilancio del Mercato Unico. Si veda, ad esempio, “*Intesa tra Barroso e Siniscalco Il primo obiettivo è la crescita*”, La Repubblica, 30 gennaio 2005 in Repubblica.it – *archivio*. Nella lettera d'incarico del detto rapporto (d.d. 20 ottobre 2009) proprio Barroso scrive

- avente ad oggetto l'analisi di varie opzioni atte al rilancio del mercato unico, obiettivo che il presidente Barroso aveva, sin dall'inizio del suo mandato, indicato come fondamentale per l'Europa.

Secondo il detto rapporto *"il sistema dell'UE ha accumulato asimmetrie interne fra l'integrazione del mercato a livello sovranazionale e la protezione sociale al livello nazionale, che generano attriti e danno origine a disincanto e avversione nei confronti dell'apertura del mercato"* e pertanto si precisava che *"affinché il rilancio del mercato unico sia durevole è necessario rimuovere tali fonti di attrito in modo mirato"*.

In quest'ottica, l'autore dello studio ha affermato che *"le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle cause Viking, Laval, Ruffert e Commissione contro il Granducato del Lussemburgo hanno riproposto una vecchia frattura mai sanata: la divisione fra i sostenitori di una maggiore integrazione del mercato e coloro che considerano l'appello alle libertà economiche e alla soppressione delle barriere normative la parola d'ordine per smantellare i diritti sociali tutelati al livello nazionale"* e, di guisa, ha evidenziato che *"riproporre questa scissione potrebbe allontanare dal mercato unico e dall'UE una parte dell'opinione pubblica - i movimenti dei lavoratori e i sindacati - che nel corso del tempo è stata una sostenitrice fondamentale dell'integrazione economica"*.

Sulla base di queste premesse, il rapporto ha formulato le seguenti precise raccomandazioni:

1) chiarire l'attuazione della direttiva sul distacco dei lavoratori e consolidare la diffusione di informazioni sui diritti e gli obblighi dei lavoratori e delle imprese, la cooperazione amministrativa e le sanzioni nel quadro della libera circolazione delle persone e della prestazione transfrontaliera di servizi;

2) Nel caso fossero state adottate misure per chiarire l'interpretazione e l'applicazione della direttiva sul distacco dei lavoratori, introdurre una disposizione che garantisca, sul modello dell'art. 2 del regolamento n. 2679/98, il

che *"Il mercato unico è, e rimane, la spina dorsale dell'integrazione e della crescita sostenibile in Europa"*.

diritto di sciopero e un meccanismo per la composizione informale delle vertenze di lavoro relative all'applicazione della direttiva.

* *

Come si è già anticipato, la Commissione europea ha ritenuto di dar attuazione agli impegni presi nel Programma Lavoro per l'anno 2011 attraverso la presentazione di due atti distinti.

Il primo, denominato “*Proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi*”⁶, intende chiarire l'interazione tra l'esercizio dei diritti sociali e l'esercizio delle libertà fondamentali poste alla base dell'Unione europea, quali la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi;

Il secondo, denominato “*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CEI relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*”⁷, mira a conciliare, in particolare, l'esercizio della libera prestazione di servizi e la tutela dei diritti dei lavoratori temporaneamente distaccati all'estero a tale scopo.

Di seguito si esaminerà più compiutamente il contesto che, nel corso degli anni, ha portato alla presentazione delle suindicate proposte.

2. Il contesto delle proposte.

Prima ancora che il problema dell'inosservanza delle norme dettate dalla direttiva 96/71/CE si palesasse in tutta la sua urgenza attraverso le decisioni del cosiddetto *quartetto Laval*⁸ la Commissione aveva proceduto a stilare, già nel 2003, una

⁶ *Proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi*. COM (2012) 130 def., Bruxelles, 21 marzo 2012, in www.eur-lex.europa.eu.

⁷ *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CEI relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi* COM (2012) 131 def., Bruxelles, 21 marzo 2012, in www.eur-lex.europa.eu.

⁸ Con questo termine si usano definire le quattro sentenze *Laval*, *Viking Line*, *Ruffert* e *Granducato di Lussemburgo v. Commissione*. Così A. VAN HOEK - M.S. HOUWERZIIL (a cura di),

relazione⁹ con la quale si volevano porre all'attenzione una serie di questioni relative alla scorretta applicazione della direttiva o delle sue norme di recepimento.

Nella detta relazione si evidenziava che il recepimento della direttiva non era stato completato in alcuni Paesi, mentre in altri, come Germania, Austria e Francia si era provveduto ad introdurre delle misure atte a ridurre gli effetti distorsivi della *unfair competition* con l'effetto di aumentare le tutele dei lavoratori transnazionali.

Sulla scorta di tale documento la Commissione per l'occupazione e gli affari sociali, all'alba del corposo allargamento dell'Unione europea che si sarebbe verificato nel 2004, elaborava una "*Proposta di risoluzione del parlamento europeo*"¹⁰.

In particolare si esponeva che esistevano delle discrasie fra la direttiva UE e la sua attuazione a livello nazionale¹¹ e che "*stando alle esperienze finora fatte*" spesso, nella pratica, non si era riusciti ad assicurare un nucleo di norme minime di tutela e in materia di lavoro e non si era riusciti ad impedire il *dumping* sociale "*specialmente nel campo dell'edilizia e del building service (infrastrutture di servizi per l'edilizia)*"¹². Ritenuto pertanto che la direttiva continuasse "*ad essere necessaria per garantire sicurezza giuridica ai lavoratori distaccati e alle*

Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union, 2011, University of Amsterdam in www.ec.europa.eu, p. 4 ; AA. VV. *Europa 2020: Limiti e prospettive per l'azione transnazionale degli attori sociali*, in *Quaderni della Fondazione Marco Biagi*, 2012, p. 14 ; J. MALBERG, *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert, and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, 2010, in www.europarl.europa.eu, p. 3. Sulle sentenze ci si permette di rinviare a quanto esposto nel capitolo III del presente elaborato.

⁹ Relazione dei servizi della Commissione sull'applicazione della direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, 2003 (testo in inglese, francese o tedesco). Disponibile sul sito web www.ec.europa.eu.

¹⁰ Il testo della Proposta si può reperire nella *Relazione sull'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri* (COM(2003) 458 – 2003/2168(INI)) del 2 dicembre 2003 elaborata dalla Commissione Parlamentare per l'Occupazione e gli affari sociali che, a sua volta, è reperibile al sito www.europarl.europa.eu.

¹¹ *Ibidem*, Considerando F.

¹² *Ibidem*, Considerando L.

*relative imprese*¹³, con la detta proposta si invitava la Commissione ad effettuare uno studio circostanziato teso a chiarire l'interpretazione pratica di taluni concetti e definizioni della direttiva nonché ad esaminare soluzioni legislative costruttive atte a prevenire, e ad eliminare, la concorrenza sleale e il *dumping* sociale conseguenti alle pratiche abusive in materia di distacco dei lavoratori, con la precisazione che, secondo la prospettiva della Proposta, si sarebbe dovuto valutare l'adozione di un quadro legislativo europeo “*per la disciplina della responsabilità in caso di subappalto*”.

La detta Proposta di Risoluzione è stata poi effettivamente adottata dal Parlamento Europeo il 15 gennaio 2004¹⁴.

È bene tuttavia sottolineare che, in questa determinata fase storica, né la Commissione né il Parlamento ritenevano utile procedere a una modifica della direttiva.

Ciò si evince chiaramente da un documento della Commissione¹⁵, immediatamente successivo alla relazione succitata, ove si legge che la stessa non reputa “*necessaria una modifica della direttiva sul distacco dei lavoratori*”¹⁶ né, peraltro, si intendeva presentare una proposta di direttiva inerente le modalità di applicazione della stessa¹⁷. Un tanto emerge inoltre dalla stessa risoluzione del parlamento europeo del 2004¹⁸ nella quale, come si è visto, si suggeriscono alla Commissione determinate azioni ma non si esorta quest'ultima a procedere a una revisione della legislazione sul distacco transnazionale¹⁹.

¹³ *Ibidem*, Punto 1.

¹⁴ *Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri (COM(2003) 458 — 2003/2168(INI))* in *Gazzetta Ufficiale*, C 92 E/404 del 16 aprile 2004

¹⁵ *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni relativa all'applicazione della direttiva 96/71/CE negli stati membri*, COM (2003) 458, Bruxelles, 25 luglio 2003 in www.eur-lex.europa.eu.

¹⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷ *Ibidem*, p. 18

¹⁸ *Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri (COM(2003) 458 — 2003/2168(INI))*, cit. Si vedano in particolare i punti 2,3,4, 9,10,11.

¹⁹ Eccezion fattasi per quanto raccomandato al Punto 6 della stessa Risoluzione ove si legge, come si è già esposto, che, secondo il Parlamento Europeo, si dovrebbe prendere in esame un quadro legislativo europeo per la disciplina della responsabilità in caso di subappalto.

In una buona sostanza i vari attori istituzionali erano convinti, all'epoca, che si potesse ovviare ai problemi riscontrati attraverso la mera implementazione dell'accesso alle informazioni, della cooperazione tra stati e dei controlli²⁰.

Eppur tuttavia la Risoluzione adottata dal Parlamento nel gennaio del 2004 appariva premonitrice dei problemi che si sarebbero manifestati negli anni successivi, poiché raccomandava alla Commissione di esaminare con particolare cura quali sarebbero stati gli effetti in materia dell'allargamento dell'Unione²¹ e invitava la stessa “*a tener conto delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*”²².

* *

Talune proposte di modifica della direttiva cominciano a registrarsi nel 2006.

Nell'aprile di quell'anno la Commissione provvedeva a rendere pubblico un documento con il quale esaminava la compatibilità di certe misure nazionali di controllo con il diritto europeo²³.

Tra esse la Commissione reputava particolarmente degne di analisi quattro misure che sovente erano previste dalle leggi nazionali in attuazione della direttiva: l'obbligo di disporre di un rappresentante sul territorio dello Stato membro ospitante; l'obbligo di ottenere autorizzazioni dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante o di registrarsi presso di esse (o altri obblighi equivalenti); l'obbligo di fare dichiarazioni preventive presso le autorità dello Stato membro

²⁰ *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni relativa all'applicazione della direttiva 96/71/CE negli stati membri*, COM (2003) 458, Bruxelles, 25 luglio 2003, paragrafo “*Proposte di soluzione ai problemi*” pp. 19 – 20, confermati dai punti della Risoluzione del Parlamento Europeo di cui alla nota 17 e con l'unica eccezione di cui alla nota 18.

²¹ *Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri (COM(2003) 458 — 2003/2168(INI))*, cit., Punto 12.

²² *Ibidem*, Punto 13.

²³ *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi - COM(2006) 159 - Bruxelles, 4 aprile 2006*, in www.eur-lex.europa.eu.

ospitante; l'obbligo di tenere e conservare documenti sociali sul territorio del Paese ospitante e/o alle condizioni ivi applicabili²⁴.

Quanto ai primi due obblighi la Commissione esprimeva pareri di netta contrarietà rilevando che essi fossero sproporzionati rispetto “*all’obiettivo di garantire il controllo delle condizioni di occupazione di tali lavoratori*”²⁵.

Circa il primo obbligo la Commissione richiamava quanto espresso dalla Corte di Giustizia secondo la quale l’obbligo di avere una dipendenza nel territorio nazionale costituisca “*la negazione stessa della libera prestazione di servizi*”²⁶.

Circa il secondo si sottolineava che normative nazionali che subordinino ad un controllo preventivo sistematico il distacco dei lavoratori apparivano sproporzionate - e ciò operando un richiamo alla giurisprudenza della Corte secondo la quale “*una normativa nazionale che subordini – in generale e per tutte le attività – al rilascio di un’autorizzazione amministrativa l’esercizio di talune prestazioni di servizi sul territorio nazionale da parte di un’impresa avente sede in un altro Stato membro costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell’articolo 49 CE*”²⁷ - ma, al contempo, si sottolineava che normative che avessero imposto controlli preventivi per l’esercizio di talune attività sarebbero state legittime qualora le dette autorizzazione avessero prescinduto dalla situazione di distacco.

²⁴ *Ibidem*, p. 4

²⁵ *Ivi*.

²⁶ Cfr. punto 18 della sentenza *Commissione c. Repubblica italiana*, 7 febbraio 2002, causa C-279/00, in *Raccolta*, 2002, pp. 1446 ss. In ordine alla detta sentenza si possono consultare le seguenti note: S. CAMPAILLA, *Società fornitrici di prestazioni di lavoro temporaneo: la disciplina italiana non dà garanzie di maggiore tutela del lavoratore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pp. 782 ss.; L. PANAIOTTI, *Requisiti per la fornitura di lavoro temporaneo e violazioni del Trattato CE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, pp. 666 ss.; G. RIZZI, *L'intervento della Corte di giustizia in tema di lavoro temporaneo in Il Foro Italiano*, 2002, pp. 425 ss.

²⁷ *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell’ambito della prestazione di servizi - COM(2006) 159 - Bruxelles*, 4 aprile 2006, cit., p. 5 che richiama il caso *Vander Elst*, (Corte di giustizia, sentenza 9 agosto 1994, Causa C- 43/93, in *Raccolta*, 1994) esposta nel presente elaborato nel capitolo III.

La Commissione invece si mostrava più duttile in ordine alle ultime due disposizioni analizzate.

Quanto alla prima - muovendo dalla premessa che erano oltre la metà degli Stati ad imporre, per il tramite delle proprie normative, dichiarazioni preventive²⁸ - si rilevava che la dichiarazione era certamente una misura di gran lunga meno restrittiva rispetto all'autorizzazione e che gli stati ospitanti ben potevano esigerla, sia pur *“nel rispetto del principio di proporzionalità”*²⁹.

Quanto alla seconda la Commissione ha precisato che gli Stati membri ospitanti – sempre nel rispetto del principio di proporzionalità – possono certamente esigere la tenuta di certi documenti (la Commissione cita i *“time sheet o i documenti relativi alle condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori”*³⁰) sul luogo di lavoro ma che, al contempo, gli stessi stati non possono esigerne *“se le informazioni fornite dai documenti richiesti dalla normativa dello Stato membro di*

²⁸ La Commissione cita Austria, Belgio, Francia, Germania, Grecia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e Ungheria.

²⁹ In particolare la Commissione ha sul punto richiamato quanto statuito dalla Corte di giustizia - *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-445/03, sentenza del 21 ottobre 2004, in *Raccolta*, pp. 10207 ss. - secondo la quale (Punto 31) *“l’obbligo imposto ad un’impresa prestatrice di servizi di segnalare preventivamente alle autorità locali la presenza di uno o più lavoratori dipendenti distaccati, la durata di tale presenza e la/le prestazione/i di servizi che giustificano il distacco costituirebbero una misura altrettanto efficace e meno restrittiva rispetto alla condizione controversa”* (ossia all’autorizzazione preventiva) *“Sarebbe tale da consentire alle autorità di controllare il rispetto della normativa sociale lussemburghese durante il periodo di distacco, tenendo conto degli obblighi ai quali l’impresa è già soggetta per effetto delle norme di diritto del lavoro vigenti nello Stato membro d’origine”* conforme a *Commissione c. Germania*, C-244/04, sentenza del 19 gennaio 2006, in *Raccolta*, 2006, pp. 901 ss. secondo la quale (Punto 41) *“la condizione che da parte del prestatore di servizi venga fornita una semplice dichiarazione preliminare attestante che i lavoratori interessati sono in una situazione regolare (...) nello Stato membro ove la detta impresa li occupa, offrirebbe alle autorità nazionali, in maniera meno restrittiva e parimenti efficace come il controllo preliminare al distacco, garanzie circa la regolare situazione di tali lavoratori e il fatto che questi esercitano la loro attività principale nello Stato membro dove ha sede l’impresa prestatrice di servizi. Una siffatta condizione consentirebbe alle autorità nazionali di controllare tali dati a posteriori e di adottare le misure necessarie in caso di irregolarità della situazione di detti lavoratori”*. Sulle sentenze si vedano G. RICCI, (*In tema di*) *tutela dei lavoratori distaccati nella normativa europea*, in *Il Foro Italiano*, 2006, pp. 25 ss.; F. BESTAGNO – L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, pp. 226 ss.

³⁰ *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell’ambito della prestazione di servizi - COM(2006) 159 - Bruxelles*, 4 aprile 2006, cit., p. 7.

*stabilimento sono globalmente sufficienti a permettere i controlli necessari nello Stato membro ospitante*³¹.

Una volta operata l'analisi degli obblighi sopra descritti la Commissione ha poi proseguito indicando gli strumenti che, secondo il suo parere, avrebbero dovuto essere adottati al fine di migliorare l'attuazione della direttiva:

- aumento significativo delle informazioni da fornirsi in rete anche in lingue diverse da quella nazionale;
- implementazione della cooperazione tra gli stati;
- valutazione dell'opportunità di introdurre, negli ordinamenti nazionali, misure atte a creare forme di responsabilità solidale tra imprese in caso di subappalto³².

Tuttavia, pur con tutte queste dovute precisazioni, non si riteneva di dar corso a proposte di modifica della *direttiva distacco*.

Dello stesso avviso non risultava essere il Parlamento europeo che, proprio in una risoluzione di quell'anno³³, e proprio alla luce della relazione della Commissione appena descritta, riteneva di invitare la Commissione a presentare proprio una Proposta di direttiva, sia pur limitatamente al campo del personale addetto ai traghetti³⁴.

Il Parlamento poi, nella medesima risoluzione, non risparmiava qualche critica alla Commissione stessa. Esso infatti, sia pur constatando che gli orientamenti della medesima miravano indubbiamente ad una migliore applicazione della direttiva sul distacco dei lavoratori, rilevava che - nella sua interpretazione giuridica - la Commissione, in alcuni casi, era andata "*al di là di quanto stabilito dalla Corte di giustizia*"³⁵, perfino deplorando "*la mancanza di collaborazione tra le varie autorità, a livello sia europeo che nazionale, con le parti sociali settoriali*

³¹ *Ivi*.

³² *Ibidem*, pp. 8 ss.

³³ *Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori*, 26 ottobre 2006, Relatrice: Elisabeth Schroedter, in www.europarl.europa.eu.

³⁴ *Ibidem*, Punto 4.

³⁵ *Ibidem*, Punto 3.

*che svolgono un ruolo estremamente importante*³⁶. Si concludeva pertanto sollecitando la Commissione ad adottare misure atte a favorire *“la cooperazione tra gli uffici di collegamento nazionali e le parti sociali settoriali in questione”*³⁷ ritenendo che ciò, su scala europea, fosse *“indispensabile”*³⁸.

Le critiche del Parlamento venivano parzialmente riconosciute dalla stessa Commissione in un proprio documento dell'anno seguente³⁹.

In tale documento si constatava che il Parlamento europeo aveva manifestato l'intenzione di dichiarare il diritto, dello Stato membro ospitante, di imporre certe formalità ai datori di lavoro che distaccano i lavoratori, così da consentire alle autorità del paese ospitante di garantire il rispetto delle condizioni di lavoro e di occupazione.

Si prendeva altresì atto che quanto appena riportato costituiva, per diversi Stati membri, *“una tematica molto sensibile, che tocca caratteristiche chiave del loro modello sociale”*⁴⁰.

La Commissione dichiarava di non voler mettere in discussione *“i diversi modelli sociali scelti dagli Stati membri, né il modo di organizzare il sistema dei rapporti di lavoro e della contrattazione collettiva”*, ma a condizione che tali modelli non fossero attuati in modo incompatibile con gli obblighi derivanti dal Trattato⁴¹.

³⁶ *Ibidem*, Punto 21.

³⁷ *Ivi*.

³⁸ *Ivi*.

³⁹ *Distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi - Massimizzarne i vantaggi e le potenzialità garantendo la tutela dei lavoratori - Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, Bruxelles, 13 giugno 2007, in www.eur-lex.europa.eu.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 6. In questo passaggio la Commissione rilevava anche che, spesso, certe misure di controllo sono giustificate dagli stati ospitanti facendo leva sulla *“mancanza di informazioni sull'identità e/o sulla legittimità dei fornitori di servizi, la natura temporanea e spesso molto breve delle operazioni di distacco, i rischi percepiti di “dumping” sociale o di distorsione della concorrenza, nonché la distanza culturale e fisica tra le autorità di controllo”*. Per contro, continua, tali misure sono percepite dai fornitori di servizi e dai paesi d'origine *“come eccessive e miranti a obiettivi che vanno oltre la tutela dei diritti dei lavoratori distaccati”*.

⁴¹ *Ivi*.

Pur avendo ravvisato diverse carenze⁴², e pur ritenendo necessaria un azione urgente, la Commissione riteneva in ogni caso di non dar corso a qualsivoglia proposta di revisione e/o integrazione della direttiva essendo del parere che le dette carenze fossero da ascrivere “*all’assenza effettiva di cooperazione amministrativa, all’accesso ancora insufficiente alle informazioni, nonché ai problemi di applicazione delle norme a livello transfrontaliero*”⁴³.

Di lì a poco, però, l’assetto così delineato sarebbe stato radicalmente mutato dalle famose sentenze della Corte di Giustizia⁴⁴.

* *

Come è noto le suindicate sentenze sono state foriere di un ampio dibattito, il quale ha principalmente riguardato l’interpretazione di talune disposizioni della direttiva 96/71/CE⁴⁵ e il rapporto tra il diritto di promuovere azioni collettive da un lato e libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi dall’altro.

⁴² Infatti, con riferimento ai due obblighi osteggiati nel documento del 4 aprile 2006 (*Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell’ambito della prestazione di servizi – COM (2006) 159 -*) la Commissione rilevò che, nel 2007 (p. 5): era presente esplicitamente in sei stati membri (Germania, Grecia, Lussemburgo, Austria, Finlandia e Svezia) l’obbligo di avere un rappresentante nel paese ospitante per l’impresa che avesse effettuato il distacco; era presente ancora in due stati membri (Malta e Lussemburgo, seppure quest’ultimo lo richiedesse solo per cittadini provenienti da stati terzi) un regime di autorizzazione/registrazione specifica per il distacco. Inoltre (p. 8) constatò che ben quindici degli stati membri (Belgio, Danimarca, Germania, Estonia, Irlanda, Italia, Cipro, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Slovacchia e Finlandia, precisando che esistevano sentenze della Corte di giustizia contro Belgio, Germania e Lussemburgo, nonché che era stata aperta una procedura di infrazione contro l’Italia) richiedevano ancora, per quanto riguardava l’accesso al mercato del lavoro di cittadini di paesi terzi che soggiornavano e lavoravano legalmente in Stati membri diversi da quello ospitante, permessi di lavoro o visti, per la concessione dei quali si registravano condizioni supplementari quali, ad esempio, periodi minimi di occupazione.

⁴³ *Distacco di lavoratori nell’ambito della prestazione di servizi - Massimizzarne i vantaggi e le potenzialità garantendo la tutela dei lavoratori - Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, Bruxelles, 13 giugno 2007, cit., p. 11.

⁴⁴ La sentenze *Laval* e *Viking*, per la trattazione delle quali si rinvia al capitolo III del presente elaborato, risalgono entrambe a dicembre 2007.

⁴⁵ Nella relazione alla *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l’applicazione della direttiva 96/71/CEI relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi*, cit., pp. 4 – 5 si fa riferimento, in particolare, al concetto di ordine pubblico

I sindacati europei (e alcuni gruppi politici del Parlamento europeo⁴⁶) hanno considerato le dette sentenze impresse di un forte contenuto antisociale⁴⁷ e, di guisa, hanno chiesto alle istituzioni europee di modificare il quadro della legislazione applicabile ai rapporti di lavoro transfrontalieri avanzando principalmente due richieste:

1) una revisione della direttiva relativa al distacco dei lavoratori (direttiva 96/71/CE) per includervi un riferimento al principio della "parità di retribuzione" e consentire allo "Stato membro ospitante" di applicare condizioni più favorevoli rispetto alle condizioni di lavoro e occupazionali essenziali di cui all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva stessa⁴⁸

2) l'inserimento nel Trattato di un "*protocollo sul progresso sociale*" per dare priorità ai diritti sociali fondamentali rispetto alle libertà economiche⁴⁹.

Le istanze delle parti sociali generarono subito una forte attenzione dalla parte delle istituzioni europee. Nemmeno un mese dopo, infatti, la Commissione Europea adottò una raccomandazione con la quale, considerando che fossero "*ancora giustificate preoccupazioni per quanto riguarda il modo in cui gli Stati membri hanno attuato e/o applicato in pratica le regole delle cooperazione amministrativa secondo quanto*" e che "*un'adeguata ed efficace attuazione e applicazione sono elementi essenziali nella protezione dei diritti dei lavoratori distaccati, laddove un'applicazione insufficiente indebolisce l'efficacia delle regole comunitarie applicabili in questo settore*" nuovamente sollecitava

e alla "*portata sostanziale delle condizioni di lavoro imposte dalla direttiva e la natura delle regole obbligatorie, in particolare il salario minimo*".

⁴⁶ Ad esempio l'ex presidente del Partito socialista europeo (PSE) Poul Nyrup Rasmussen ha parlato di "*serious attacks on workers' rights*" (Cfr. "*An open letter to European trade unions*", 1 maggio 2009 disponibile sul sito ufficiale del Partito socialista europeo www.pes.eu).

⁴⁷ Si veda, ad esempio, *ETUC response to ECJ judgements Viking and Laval Resolution adopted by the Executive Committee of the ETUC at its meeting of 4 March in Brussels*, in www.etuc.org secondo la quale "*in these cases the ECJ does not sufficiently recognise and allow trade unions to defend their members and workers in general against social dumping, to fight for equal treatment of migrant and local workers, and to take action to improve living and working conditions of workers across Europe*".

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 5 ss.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 3 ss.

l'implementazione del sistema di scambio di informazioni, della cooperazione amministrativa e lo scambio di buone prassi tra Stati membri.

Se, da un lato, è evidente che la Commissione puntò, ancora una volta, tutti i propri sforzi nella (quasi) unica direzione dell'ammodernamento dei sistemi sopra descritti, preferendo così non affrontare lo (scomodo) argomento di una possibile revisione della direttiva⁵⁰, dall'altro si deve sottolineare che la detta raccomandazione ebbe un riscontro positivo in una successiva risoluzione del Parlamento europeo⁵¹ che rilevò come la Commissione si fosse, con essa, impegnata a contrastare il *dumping sociale* e a sottolineare che “*la libertà di prestare servizi non contrasta e non ha un rango superiore rispetto a diritti fondamentali di sciopero e di iscriversi al sindacato*”⁵².

Compiacendosi di un tanto, il Parlamento europeo ha però evidenziato che il riesame dell'impatto del mercato interno sul diritto del lavoro e sui contratti collettivi non dovrebbe escludere una “*parziale revisione della direttiva sul distacco dei lavoratori*”⁵³, che avrebbe dovuto riguardare, in particolare, “*questioni come le condizioni di lavoro applicabili, i livelli salariali, il principio della parità di trattamento dei lavoratori nel contesto della libera circolazione dei servizi, il rispetto di modelli di lavoro diversi e la durata del distacco*”⁵⁴, sia pur osservando che l'effettiva revisione della stessa avrebbe dovuto essere condotta

⁵⁰ Soprattutto la confederazione delle industrie europee *Business Europe* ha sempre osteggiato la modifica del quadro della legislazione inerente il distacco transnazionale, avendo essa accolto favorevolmente i chiarimenti apportati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, così da non ritenere necessaria alcuna modifica alla legislazione vigente (Cfr. Relazione alla *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CEI relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, cit., p. 6) e da essere fortemente contraria a misure che intendessero disciplinare il diritto di sciopero (Cfr. *Position Paper on Regulation on the exercise of the right to take collective action*, testo reperibile al sito www.nho.no, p. 4).

⁵¹ *Sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea*, Risoluzione del Parlamento europeo del 22 ottobre 2008 sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea (2008/2085(INI)), in *Gazzetta C15E*, 21 gennaio 2010, pp. 50 ss.

⁵² *Ibidem*, Punto 27.

⁵³ *Ibidem*, Punto 30.

⁵⁴ *Ivi*.

solamente “*al termine di un'analisi approfondita, a livello nazionale, delle vere sfide che si pongono ai vari modelli di accordi collettivi*”⁵⁵.

* *

In seguito alla sopra descritta risoluzione si è innescato il vero e proprio *iter* che ha portato alla formulazione delle proposte del marzo 2012.

Come si è già ricordato, nel 2009 il Presidente Barroso annunciava dinanzi al Parlamento europeo l'intenzione di procedere a un'iniziativa legislativa che fosse diretta a risolvere i problemi di applicazione e di interpretazione della direttiva sul distacco dei lavoratori, con la conseguenza che, anche per queste motivazioni, commissionava, nemmeno un mese dopo, al professor Monti uno studio teso a delineare una nuova strategia per il mercato unico, strategia che necessariamente sarebbe dovuta passare attraverso una ricomposizione delle libertà economiche con i diritti sociali⁵⁶.

Nel 2010 oltre allo studio di cui sopra, giungevano a conclusione anche altri tre importanti atti.

Il primo consisteva in un *report* presentato dalla parti sociali in un'occasione di una conferenza indetta nel marzo di quell'anno nella città di Oviedo per discutere sul futuro dei diritti sociali dei lavoratori transnazionali⁵⁷. In esso venivano riassunte le opinioni di quattro parti sociali che, principalmente si distinguevano per un contrasto tra quanto sostenuto, da un lato, dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori⁵⁸ e, dell'altro, da quelle datoriali⁵⁹. Il secondo in un parere del Comitato

⁵⁵ *Ivi*.

⁵⁶ Cfr. M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso*, cit., p. 73.

⁵⁷ *Report on joint work of the European social partners on the ECJ rulings in the Viking, Laval, Ruffert and Luxembourg case*, 19 marzo 2010, in www.etuc.org, il cui testo è stato presentato alla conferenza di Oviedo “*on Posting of Workers and Labour Rights*”.

⁵⁸ *European Trade Union Confederation (ETUC) Confédération Européenne des Syndicats (CES)*

⁵⁹ *The Confederation of European Business (Business Europe)* che trae le proprie origini dalle organizzazioni *Union des Industries de la Communauté européenne (UNICE)*, e *European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises (UEAPME)*.

economico e sociale europeo⁶⁰. Il terzo, infine, in uno studio del professor Malberg dell'Università di Uppsala⁶¹ attraverso il quale veniva minuziosamente esaminato l'impatto delle sentenze *Viking*, *Laval*, *Ruffert* e *Commissione c. Lussemburgo* sulla contrattazione collettiva.

Ad abundantiam, sempre nel 2010, la Commissione, con l'intento di “rafforzare l'economia sociale di mercato riposizionando le imprese e i cittadini europei al centro del mercato unico per ritrovare la fiducia; elaborare politiche di mercato al servizio di una crescita sostenibile ed equa; predisporre gli strumenti per un'adeguata governance, il dialogo, il partenariato e la valutazione” elaborava un documento attraverso il quale formulava “cinquanta proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato”⁶² che venivano poi sottoposte a pubblica discussione in tutta Europa⁶³.

* *

È proprio tra le cinquanta proposte sopra descritte che la Commissione anticipò le iniziative legislative del marzo 2012. Il documento constatava infatti che il Trattato di Lisbona, attraverso l'affermazione di un economia sociale di mercato, imponeva implicitamente un'armonizzazione delle libertà economiche e dei diritti sociali, rilevando che il dialogo tra le parti sociali si palesava

⁶⁰ *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «La dimensione sociale del mercato interno»* (parere d'iniziativa) in *Gazzetta* C44, 11 febbraio 2011, pp. 90 ss.

⁶¹ J. MALBERG, *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert, and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, cit.

⁶² *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato della regioni. Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato*, COM (2010) 608 def., Bruxelles, 27 ottobre 2010 in www.eur-lex.europa.eu.

⁶³ Nelle conclusioni del documento la Commissione, infatti, invitava tutte le parti interessate (parlamentari europei e nazionali, autorità regionali, partner sociali, operatori economici e sociali e rappresentanti della società civile) “a presentare il loro punto di vista sul rilancio del mercato unico, e in particolare sulle 50 misure proposte”. Le osservazioni alle proposte avrebbero dovuto pervenire a un apposito indirizzo internet entro il 28 febbraio 2011. Complessivamente ne sono giunte oltre 800 (cfr. Relazione alla “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CEI relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi”, cit., p. 8).

“fondamentale” per il futuro dell’Europa, in un ottica di valorizzazione del mercato unico non solo a vantaggio “dei più forti” ma anche “dei più deboli”.

Di guisa annunciava che si sarebbe adoperata affinché si fosse tenuto conto “dei diritti garantiti dalla Carta, ivi compreso il diritto di promuovere azioni collettive”⁶⁴ e anticipava che, nel 2011 si sarebbe dato corso a “una proposta legislativa destinata a migliorare l’attuazione della direttiva sul distacco dei lavoratori, che potrebbe comprendere, o essere integrata da, un chiarimento sull’esercizio dei diritti sociali fondamentali nel contesto delle libertà economiche del mercato unico”⁶⁵.

Sulla base dei contributi giunti alle proposte summenzionate la Commissione ha adottato, nell’aprile del 2011, la comunicazione intitolata “l’atto per il mercato unico Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia - Insieme per una nuova crescita”⁶⁶. Tra le dodici leve indicate figurava, sul presupposto che “un mercato europeo dei servizi maggiormente unificato deve garantire alle imprese la possibilità di fornire più facilmente i propri servizi in tutta l’Unione europea, senza che ciò comporti un livellamento verso il basso”⁶⁷, la seguente azione chiave: una “legislazione destinata a migliorare e rafforzare il recepimento, l’applicazione e il rispetto nella pratica della direttiva sul distacco dei lavoratori comprensiva di misure per prevenire e sanzionare qualunque

⁶⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato della regioni. Verso un atto per il mercato unico. Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato, cit., Proposta n. 29 che è stata considerata tra le più importanti in ben 740 risposte (cfr. “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l’applicazione della direttiva 96/71/CEI relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi”, cit., p. 8).

⁶⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato della regioni. Verso un atto per il mercato unico. Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato, cit., Proposta n. 30.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, L’Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia “Insieme per una nuova crescita” COM (2011) 206 def., Bruxelles, 13 aprile 2011, in www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 16 ss.

abuso o elusione delle norme applicabili e affiancata da una legislazione mirante a chiarire l'esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi accanto ai diritti sociali fondamentali"⁶⁸.

* *

Nell'ottica di procedere alle Proposte in commento le istituzioni europee hanno commissionato, dal 2009 in poi, ad autorevoli professionisti esterni diversi studi tesi a valutare l'impatto delle varie possibili soluzioni tanto da un punto di vista sociale che giuridico.

Si è ampiamente accennato al Rapporto Monti, elaborato che raccomanda alla Commissione, tra le molte altre misure, il chiarimento delle *"ambiguità che ancora affliggono l'interpretazione della direttiva"*⁶⁹.

Sono stati poi commissionati studi ben più specifici. Il primo in ordine di tempo è stato quello elaborato dal professor Malberg dell'Università di Uppsala (Svezia) che ha, come si è anticipato nelle pagine precedenti, esaminato l'impatto delle note sentenze del cosiddetto *quartetto Laval* sul sistema di contrattazione collettiva. Sono poi seguiti, nell'ordine:

- uno studio commissionato da Eurofound⁷⁰ ai professori Pedersini e Pallini dell'Università degli Studi di Milano intitolato *"Posted workers in the European Union"*⁷¹;
- uno studio che ha analizzato gli aspetti giuridici del distacco prendendo ad esame le legislazioni di ben dodici stati membri⁷²;

⁶⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁹ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso*, cit., p. 75

⁷⁰ Eurofound è la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro. Trattasi di un organismo dell'Unione europea (uno dei primi ad essere istituiti per operare in settori specializzati della politica dell'UE) istituito dal Regolamento (CEE) n. 1365/75 del Consiglio, del 26 maggio 1975. Maggiori informazioni su Eurofound sono reperibili al sito dello stesso www.eurofound.europa.eu.

⁷¹ R. PEDERSINI – M. PALLINI, *Posted workers in the European Union*, Eurofound, 2010, in www.eurofound.europa.eu.

- uno studio che si è curato di analizzare gli aspetti economici e sociali associati al fenomeno del distacco dei lavoratori⁷³;
- infine uno studio preparatorio che ha analizzato il possibile impatto delle varie opzioni di revisione della legislazione sul distacco dei lavoratori⁷⁴.

Di seguito si analizzerà brevemente il contenuto dei detti studi per poi procedere ad esporre i contenuti delle due Proposte legislative del marzo 2012, così da poter infine comparare queste ultime con quanto ad esse è stato preceduto e dunque debitamente concludere il presente elaborato.

3. Gli studi antecedenti le proposte legislative del marzo 2012.

Gli studi in commento hanno innanzi tutto premesso che la direttiva 96/71/CE è nata con lo scopo di definire un quadro normativo chiaro in materia di fornitura transazionale dei servizi che, al contempo, assicurasse ai lavoratori che operavano in tal regime una protezione di base così da sostenere la coesione sociale.

Secondo gli autori, nonostante l'accesso dibattito che si è generato all'indomani delle note sentenze della Corte di Giustizia, se si dovesse fare una comparazione tra la situazione *ante* e *post* direttiva, incomberebbe sicuramente affermare che quest'ultima ha creato un più trasparente, comune, meno restrittivo e più favorevole ambiente per la fornitura transazionale di servizi.

Tuttavia, come anticipato nel paragrafo precedente, sono emerse una serie di questioni e difficoltà in relazione all'applicazione pratica della legislazione sul distacco dei lavoratori.

⁷² A. VAN HOEK - M.S. HOUWERZIJL (a cura di), *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, 2011, University of Amsterdam, cit.

⁷³ AA. VV., *Study on the economic and social effects associated with the phenomenon of posting of workers in the EU*, IDEA Consult, ECORYS Netherlands, Bruxelles, Marzo 2011. Testo reperibile sul sito internet www.ec.europa.eu.

⁷⁴ AA. VV., *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services*, ISMERI Europa. Testo reperibile sul sito internet www.ec.europa.eu.

Come è infatti noto, la direttiva contiene dei criteri per distinguere i distacchi da altri tipi di mobilità lavorativa: questi sono legati al domicilio del datore di lavoro, all'esecuzione di un servizio transazionale, al contesto in cui il distacco avviene nonché al carattere temporaneo di tale distacco. Tali criteri hanno causato problemi di interpretazione e, al fine di evitarli, molti Stati membri⁷⁵ hanno scelto di applicare i propri *standard* di tutela a qualsiasi persona che lavora all'interno del territorio (o criteri simili).

In secondo luogo gli studi hanno constatato il permanere della mancanza di chiarezza in ordine all'esatto rapporto intercorrente fra la direttiva e l'odierno regolamento Roma I, e ciò anche sulla scorta del fatto i detti studi hanno registrato che la Corte di Giustizia europea ha quasi sempre evitato di giudicare le questioni relative al diritto privato internazionale⁷⁶.

La diretta conseguenza di un tanto è che gli Stati membri hanno sviluppato o mantenuto interpretazioni diverse, sia per quel che concerne sia l'interazione fra gli articoli 8 e 9⁷⁷ del regolamento *Roma I*, sia quella fra quest'ultimo e la Direttiva in questione.

⁷⁵ Tra cui Belgio, Paesi Bassi, Regno Unito e Irlanda.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 3. Del problema ora in analisi si è, peraltro, già accennato nel capitolo III par. 3.2 del presente elaborato al quale, per ulteriori spunti, ci si permette di rinviare.

⁷⁷ Articolo 8. Contratti individuali di lavoro: “1. *Un contratto individuale di lavoro è disciplinato dalla legge scelta dalle parti conformemente all'articolo 3. Tuttavia, tale scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 del presente articolo.* 2. *Nella misura in cui la legge applicabile al contratto individuale di lavoro non sia stata scelta dalle parti, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro. Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo.* 3. *Qualora la legge applicabile non possa essere determinata a norma del paragrafo 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore.* 4. *Se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 2 o 3, si applica la legge di tale diverso paese”.*

Articolo 9. Norme di applicazione necessaria : “1. *Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la*

Con particolare riguardo al rapporto tra regolamento e direttiva suddetti, il primo, all'articolo 8, determina la legge applicabile ai contratti individuali di lavoro individuandola nella legge del paese dove o da dove il lavoro è eseguito abitualmente; la direttiva, dal canto suo, contiene una simile indicazione all'interno della definizione di "lavoratore distaccato" contenuta nell'articolo 2, par. 1, secondo il quale: *"con il termine lavoratore distaccato si intende un lavoratore che, per un periodo limitato, esegue il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro che non è quello dove lavora abitualmente"*.

Tuttavia, dall'analisi degli studi in esame, è emerso che questa disposizione, attualmente, non possiede l'imposizione pratica adeguata; conseguentemente viene raccomandato⁷⁸ di rendere operativo l'articolo 2, par.1, della direttiva traendo ispirazione dall'articolo 12, par. 1 del regolamento 883/04⁷⁹ e soprattutto dall'articolo 14 del regolamento 987/2009⁸⁰.

legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento. 2. Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro. 3. Può essere data efficacia anche alle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno".

⁷⁸ Si veda A. VAN HOEK, M. HOUWERZIIL, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the frame work of the provision of services in the European Union*, cit., pp. 3-4.

⁷⁹ Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (Testo rilevante ai fini del SEE e per la Svizzera), in *Gazz. Uff.*, 30.4.2004, n. L 166, pp. 1 ss. L'articolo 12 così recita: *"1. La persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccata, per svolgervi un lavoro per suo conto, in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona. 2. La persona che esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma in uno Stato membro e che si reca a svolgere un'attività affine in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro, a condizione che la durata prevedibile di tale attività non superi i ventiquattro mesi"*.

⁸⁰ Regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale Testo rilevante ai fini del SEE e per la Svizzera, in *Gazz. Uff.*, 30/10/2009, n. L 284, pp. 1 ss. L'articolo 14 così recita: *"1. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento di base, per "persona che esercita un'attività"*

subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente la sua attività ed è da questo distaccata per svolgervi un lavoro per suo conto in un altro Stato membro" si intende anche una persona assunta nella prospettiva di tale distacco in un altro Stato membro, purché, immediatamente prima dell'inizio del rapporto di lavoro in questione, la persona interessata fosse già soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro è stabilito. 2. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento di base, per un datore di lavoro «che vi esercita abitualmente le sue attività» si intende un datore di lavoro che svolge normalmente attività sostanziali, diverse dalle mere attività di gestione interna, nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito, tenendo conto di tutti i criteri che caratterizzano le attività dell'impresa in questione. I criteri applicati devono essere adatti alle caratteristiche specifiche di ciascun datore di lavoro e alla effettiva natura delle attività svolte. 3. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento di base, per persona «che esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma» si intende una persona che svolge abitualmente attività sostanziali nel territorio dello Stato membro in cui è stabilita. Più precisamente, la persona deve aver già svolto la sua attività per un certo tempo prima della data in cui intende valersi delle disposizioni di detto articolo e, nel periodo in cui svolge temporaneamente un'attività in un altro Stato membro, deve continuare a soddisfare nello Stato membro in cui è stabilita i requisiti richiesti per l'esercizio della sua attività, al fine di poterla riprendere al suo ritorno. 4. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento di base, il criterio per determinare se l'attività che un lavoratore autonomo si reca a svolgere in un altro Stato membro sia «affine» all'attività lavorativa autonoma abitualmente esercitata è quello della effettiva natura dell'attività e non della qualificazione di attività subordinata o autonoma attribuita eventualmente a tale attività dall'altro Stato membro. 5. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento di base, per persona "che esercita abitualmente un'attività subordinata in due o più Stati membri" si intende in particolare una persona che: a) pur mantenendo un'attività in uno Stato membro, esercita contemporaneamente un'attività distinta in uno o più Stati membri diversi, a prescindere dalla durata o dalla natura di tale attività distinta; b) esercita continuativamente, a fasi alterne, attività, escluse quelle marginali, in due o più Stati membri, a prescindere dalla frequenza o dalla regolarità delle fasi alterne. 6. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento di base, per persona "che esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma in due o più Stati membri" si intende in particolare una persona che esercita, contemporaneamente o a fasi alterne, una o più attività lavorative autonome distinte, a prescindere dalla loro natura, in due o più Stati membri. 7. Per distinguere le attività di cui ai paragrafi 5 e 6 dalle situazioni descritte all'articolo 12, paragrafi 1 e 2, del regolamento di base, è determinante la durata dell'attività svolta in uno o più Stati membri diversi (se abbia carattere permanente o piuttosto carattere puntuale e temporaneo). A tal fine, viene effettuata una valutazione globale di tutti i fatti pertinenti tra cui, in particolare, nel caso di un lavoratore subordinato, il luogo di lavoro definito nel contratto di lavoro. 8. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafi 1 e 2, del regolamento di base, per «parte sostanziale di un'attività subordinata o autonoma» esercitata in uno Stato membro si intende che in esso è esercitata una parte quantitativamente sostanziale dell'insieme delle attività del lavoratore subordinato o autonomo, senza che si tratti necessariamente della parte principale di tali attività. Per stabilire se una parte sostanziale delle attività sia svolta in un dato Stato membro, valgono i seguenti criteri indicativi: a) per l'attività subordinata, l'orario di lavoro e/o la retribuzione; b) per l'attività autonoma, il fatturato, l'orario di lavoro, il numero di servizi prestati e/o il reddito. Nel quadro di una valutazione globale, una quota inferiore al 25 % di detti criteri è un indicatore del fatto che una parte sostanziale delle

È stato inoltre rilevato che l'attuazione della direttiva - mediante le leggi dei vari Stati membri - se, da un lato, può aver armonizzato l'applicazione delle disposizioni obbligatorie principali dello Stato ospitante, altrettanto non ha fatto con l'applicazione della tutela obbligatoria della legge dello stato mittente: non c'è alcuna garanzia, infatti, che il lavoratore venga sempre tutelato quanto meno da un sistema di normative nazionali, che sia dello stato ospitante, del Paese dove il lavoro si svolge abitualmente ovvero del Paese dove è situato il datore di lavoro. Questo problema, pur non essendo causato dalla direttiva, può essere ulteriormente accentuato da essa, in quanto limita la possibilità dello Stato ospitante di offrire tutela aggiuntiva ai lavoratori distaccati al loro territorio secondo la legge di un'altra nazione⁸¹.

Alla luce di queste considerazioni, due sono le raccomandazioni poste: *in primis* che venga analizzato più approfonditamente il rapporto fra il regolamento *Roma I* e la direttiva 96/71 - assieme ad un'interpretazione del concetto di distacco nella direttiva alla luce del regolamento - e, *in secundis*, che si volga attenzione alla responsabilità dello Stato mittente per quanto riguarda l'offerta di una tutela adeguata ai lavoratori distaccati⁸².

Un altro problema emerso concerne l'incertezza legale che si è originata all'indomani delle note sentenze *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, e *Commissione v. Lussemburgo*, e ciò in quanto molteplici meccanismi che erano (e tuttora sono) utilizzati negli Stati membri per creare livelli minimi di tutela, potrebbero essere

attività non è svolta nello Stato membro in questione. 9. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 2, lettera b), del regolamento di base, il "centro di interessi" delle attività di un lavoratore autonomo è determinato prendendo in considerazione tutti gli elementi che compongono le sue attività professionali, in particolare il luogo in cui si trova la sede fissa e permanente delle attività dell'interessato, il carattere abituale o la durata delle attività esercitate, il numero di servizi prestati e la volontà dell'interessato quale risulta da tutte le circostanze. 10. Per determinare la legislazione applicabile a norma dei paragrafi 8 e 9, le istituzioni interessate tengono conto della situazione proiettata nei successivi dodici mesi civili. 11. Nel caso in cui una persona eserciti un'attività subordinata in due o più Stati membri per conto di un datore di lavoro stabilito fuori del territorio dell'Unione e risieda in uno Stato membro senza esercitarvi un'attività sostanziale, tale persona è soggetta alla legislazione dello Stato membro di residenza".

⁸¹ A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the frame work of the provision of services in the European Union*, cit., pp. 277 - 278.

⁸² *Ivi*.

ritenuti, proprio alla luce di quanto statuito dalla citata giurisprudenza, in contrasto con la direttiva e con le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione dei servizi⁸³.

Il cosiddetto *quartetto Laval* ha, infatti, per molti aspetti, chiarito l'interpretazione degli articoli 43 e 56 T.F.U.E. e della direttiva sul distacco transnazionale di manodopera.

La Corte, in particolare, ha fatto luce in ordine al rapporto sussistente tra l'azione collettiva e le libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento⁸⁴, ma ha anche interpretato la direttiva sul distacco come uno strumento esaustivo di coordinamento tra le misure nazionali di protezione dei lavoratori distaccati, e ciò anche se, a onor del vero, la direttiva non armonizza affatto il contenuto materiale delle norme che prevedono i minimi di tutela applicabili ai lavoratori distaccati (va infatti precisato che tale contenuto viene liberamente definito dagli Stati membri conformemente al Trattato ed ai principi generali di diritto europeo; inoltre, gli Stati membri possono altresì estendere le condizioni di impiego a materie ulteriori rispetto a quelle previste dalla direttiva, qualora si tratti di

⁸³ Un tanto sarebbe in particolare dovuto all'interpretazione che è stata data dell'articolo 3, par. 8 della direttiva 96/71/CE.

⁸⁴ Secondo la Corte Europea, le azioni collettive iniziate da un'organizzazione sindacale nei confronti di un'impresa privata al fine di indurla a stipulare un contratto collettivo non sono di per sé contrarie agli articoli 49 e 56 del Trattato; tuttavia, tali azioni, possono - in situazioni *border-line* come quelle dei casi *Laval* e *Viking* - essere considerate come una restrizione delle libertà di prestazione dei servizi e del diritto di stabilimento. Tali restrizioni, tuttavia, possono essere giustificate - a detta della Corte - in presenza di determinati requisiti indicati dalla stessa nella sentenza *Gebhard*, cui si rinvia (si veda il capitolo III); la conseguenza è che il giudizio in ordine ai vari tipi di azione collettiva non può essere uniforme ma dipende dalla natura ed allo scopo delle azioni in questione.

La Corte, dunque, ha da un lato riconosciuto il diritto all'azione collettiva, incluso il diritto di sciopero, come un diritto fondamentale costituente parte integrante dei principi generali di diritto comunitario la cui osservanza è garantita dalla stessa; tuttavia, non ha fornito dei chiarimenti di carattere sostanziale in ordine al significato di questo diritto, ed anzi si è mostrata ansiosa di evidenziare come esistano delle restrizioni all'esercizio di questo diritto, sia a livello nazionale che a livello europeo. Dalla sentenza *Laval*, si evince infatti come la libertà di prestazione dei servizi possa imporre delle restrizioni al diritto di intraprendere un'azione collettiva a prescindere dal fatto che queste azioni siano intraprese da organizzazioni sindacali che non hanno lo scopo diretto di regolare le condizioni di lavoro dei loro stessi membri. J. MALBERG, *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert, and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, cit., pp. 6-7.

disposizioni di ordine pubblico, concetto che, secondo la Corte, deve essere però soggetto ad interpretazione restrittiva con la conseguenza che, come ormai noto, una possibilità di tal fatta non potrebbe riguardare le organizzazioni sindacali che non siano soggetti di diritto pubblico⁸⁵).

Se da un lato tale attività ermeneutica operata ha chiarificato alcuni punti, dall'altro ne ha resi incerti molti altri, soprattutto causando notevoli conseguenze, in particolare per quegli Stati membri - come la Danimarca e la Svezia - che hanno un sistema di relazioni industriali basato su un modello di *autonomous collective bargaining*⁸⁶.

Sia in Danimarca che in Svezia è stato infatti necessario rivedere la legislazione in materia pur preservando il modello di contrattazione collettiva esistente; in altri Stati membri, invece, si è instaurato un forte dibattito sul c.d. *quartetto Laval*, che però, in definitiva, non è sfociato in alcuna modifica della normativa esistente né in nessuna nuova norma in materia di distacco e di azioni collettive⁸⁷. Infine, in alcuni Stati si sono verificati dei nuovi conflitti industriali legati a situazioni *border-line*⁸⁸.

Il c.d. *quartetto Laval* ha avuto altresì delle notevoli implicazioni sul piano politico, sociale e sul mercato del lavoro.

⁸⁵ *Ibidem*, p.7.

⁸⁶ *Ivi*. In questo modello è competenza esclusiva delle oo.ss. di salvaguardare le condizioni di impiego applicabili a tutte le varie categorie di lavoratori; in particolare, i sindacati salvaguardano i livelli reddituali cercando di indurre i datori di lavoro, che non dipendono da nessuna organizzazione datoriale (e che non sono legati da alcun contratto collettivo), di concludere degli accordi collettivi accessori con cui gli stessi si impegnano ad applicare i contratti collettivi concernenti il settore in questione.

⁸⁷ Questo è il caso del Belgio, della Finlandia, dell'Italia, della Polonia e del Regno Unito. In Germania il caso *Rüffert* ha portato a delle modifiche nelle leggi di alcuni *Länder* - come quello della bassa Sassonia - contenenti obblighi per i datori di lavoro di trovare un accordo con le organizzazioni sindacali; tuttavia, non c'è stata alcuna modifica del *German Poting of Workers Act* quale conseguenza del c.d. quartetto Laval. Si veda J. MALBERG, *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert, and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, cit., p.8.

⁸⁸ Sul punto si rinvia a C. BARNARD, *Employment Rights, Free Movement under the EC Treaty and the Services Directive*, In M. RÖNNMAR, *EU industrial relations v. national industrial relations: comparative and interdisciplinary perspectives*, in *Kluwer Law International*, 2008, pp. 137 ss.

Le implicazioni politiche concernono, in particolare, il sostegno al progetto di integrazione: come evidenziato anche nel *Rapporto Monti*, il *quartetto Laval* ha fatto rivivere il dibattito tra chi sostiene un'integrazione maggiore del mercato e chi, contrariamente, pensa che l'implementazione delle libertà economiche e l'eliminazione delle barriere costituiscono la strada per lo smantellamento dei diritti sociali protetti a livello nazionale⁸⁹.

Infatti, se da un lato gli effetti sul mercato generale del lavoro sono stati per lo più considerati minimi⁹⁰, ciò non si può certo affermare in relazione alle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori distaccati: dato che, come è noto, il *quartetto Laval* ha a chiare lettere affermato che non vi è *dumping sociale* allorché venga applicato il c.d. *nocciolo duro* dello stato ospitante (con la conseguenza che tutte le altre differenze tra gli *standard* lavorativi dello Stato ospitante e quelli dello Stato ospite non hanno a che fare con la concorrenza sleale) si deve concludere che la parità di trattamento - per quel che concerne i salari e le condizioni di impiego - tra i prestatori di servizi nazionali e quelli provenienti da altri Stati membri è stata rigettata in favore di un *principio di protezione minima*⁹¹.

Scelta di tal guisa è stata foriera di accesi dibattiti: da un lato, infatti, vi è chi sostiene che essa generi forti agitazioni sociali; dall'altro lato, vi è invece chi

⁸⁹ J. MALBERG, *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert, and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, cit., p.13.

⁹⁰ In particolare non vi sarebbe la prova certa che i lavoratori distaccati creino disoccupazione tra quelli locali.

⁹¹ J. MALBERG, *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert, and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, cit., p. 13. vi è pertanto una regressione delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori distaccati da buone, in linea con gli *standard* minimi, a precarie ed illegali, al di sotto degli *standard* minimi. Chiaramente, la misura della regressione varia a seconda del tipo di lavoro, del lavoratore e del tipo di distacco: si stima che il distacco c.d. intrasocietario è quello dove i lavoratori non specializzati e gli artigiani hanno un più alto rischio di vedersi applicare condizioni precarie ed illegali (non si pervengono informazioni dettagliate in ordine ai livelli individuali riguardanti l'orario di lavoro, le retribuzioni ed i pagamenti). Per ultimo, sempre con riferimento alla situazione personale dei lavoratori distaccati, bisogna dare atto che sono previsti dei miglioramenti per quel che concerne l'occupazione, il reddito ed il risparmio; tuttavia, sono previsti altresì ulteriori effetti negativi quali la distruzione della vita familiare nonché il mancato godimento, in misura sufficiente, dei diritti loro riconosciuti. Sul punto AA. VV., *Study on the economic and social effects associated with the phenomenon on posting of workers in the EU*, 2011, cit., pp. 153 ss.

sostiene che il principio di protezione minima promuove l'integrazione economica tra i nuovi Stati membri rendendo possibile utilizzare i vantaggi derivanti da minori costi del lavoro. Questi ultimi sostengono che il rischio di effetti negativi sul mercato degli Stati ospitanti derivanti dall'applicazione della parità minima sarebbe, pertanto, esagerato: le differenze di salario potranno essere comunque superate mediante una progressiva integrazione economica⁹².

Sul punto è tuttavia doveroso osservare che, se la dimensione economica del diritto del lavoro è indiscutibile, è altrettanto incontestabile che il diritto persegue la tutela di valori *non economici* quali l'equità, l'eguaglianza, la solidarietà, la salute e la sicurezza, la dignità e la libertà; ed allora la tesi appena esposta - subordinando la razionalità giuridica a quella economica - non fa altro che valutare i diritti nella sola prospettiva dell'efficienza e dei costi, così da risultare, a parere di chi scrive, inaccettabile in un'ottica giuslavoristica.

Per questi motivi si concorda pienamente con la prima tesi su esposta, alla luce della quale è fortemente auspicabile una modifica della direttiva volta a sostituire il principio della protezione minima col principio della parità di trattamento⁹³.

* *

Proseguendo con la disamina delle problematiche evidenziate dagli studi in commento è emerso che, in tutte le situazioni nazionali prese in considerazione, si sono rilevati numerosi fattori che ostano alla piena conformità della normativa interna con la quella europea, tra i quali risultano essere di sicuro rilievo la carenza di efficaci sistemi di monitoraggio ed imposizione della direttiva sul distacco..

⁹² J. MALBERG, *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert, and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, cit., p. 14.

⁹³ *Ivi*. Sul punto, peraltro, si è osservato come è quantomeno dubbio il fatto che ci sia un supporto sufficiente da parte degli Stati membri in favore di una modifica in tale direzione: un cambiamento simile, infatti, richiederebbe la maggioranza qualificata in Consiglio; tuttavia, seppur nel 1996 - in un'Europa costituita da 15 Stati membri - questa si è verificata, ad oggi - in un'Europa a 27 stati - il raggiungimento di una tale maggioranza è, quantomeno, molto difficile.

Il monitoraggio e il controllo delle condizioni di lavoro e di impiego è, infatti, un tema fondamentale: come già visto, la direttiva non prevede un principio di parità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori distaccati, bensì introduce un principio di protezione minima. Una delle conseguenze di questa scelta - oltre a quelle viste in precedenza - è che fino a quando i lavoratori distaccati non saranno completamente integrati nelle relazioni industriali dello Stato ospitante, non saranno coperti dai normali meccanismi di monitoraggio e di controllo delle condizioni di lavoro previsti nello Stato ospitante.

Ciò che ne risulta è la creazione di zone franche per il lavoro irregolare o sommerso, zone in cui – nella sostanza – non verranno applicate né le norme dello Stato ospitante, né quelle dello Stato ospite. In questo senso, è lampante l'importanza di attuare un rafforzamento dell'accesso, per i lavoratori distaccati, ai rimedi legali previsti dallo Stato ospitante al fine di difendersi dagli abusi⁹⁴.

* *

A livello di legislazione nazionale, nei vari Stati membri, sono stati attivati diversi strumenti volti a rafforzare la tutela del lavoro, alle volte anche con il coinvolgimento di pubbliche autorità e rappresentanti dei lavoratori⁹⁵.

Un primo punto critico di questi sistemi riguarda la trasparenza, poiché in diversi paesi le autorità preposte alla vigilanza e al controllo sono risultate essere molteplici, con la conseguenza che non è sempre risultato semplice determinare l'esatta competenza delle stesse⁹⁶.

La trasparenza, tuttavia, non è l'unico aspetto problematico di questi sistemi: un altro – e forse il più rilevante – *punctum dolens* è costituito dal *modus operandi* delle autorità di monitoraggio: nei Paesi coinvolti in questi studi, nel ruolo di Paesi ospitanti (ad eccezione dell'Austria) sembra che gli ispettorati si focalizzino

⁹⁴ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso*, cit., p. 75.

⁹⁵ Per approfondimenti si rinvia a B. HEPPLER, B. VENEZIANI, *The transformation of labour law in Europe: a comparative study of 15 countries 1945-2004*, Oxford, 2009, cap. 9, pp. 263 ss.

⁹⁶ A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJK "Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the frame work of the provision of services in the European Union", cit., p. 14.

prima, e principalmente, sul monitoraggio circa il rispetto del diritto del lavoro nazionale, piuttosto che dei diritti contenuti nella direttiva. Di conseguenza si evidenzia la necessità di un *focus* più mirato sul distacco dei lavoratori, nel monitoraggio e nell'imposizione delle Autorità nazionali negli Stati ospitanti, *focus* che potrebbe essere raggiunto attraverso l'individuazione di linee guida di ispezione specificamente finalizzate alle situazioni di distacco dei lavoratori⁹⁷.

Sempre in materia di *modus operandi* si è osservato che, nonostante il verificarsi di passi in avanti sostanziali, la cooperazione internazionale fra i soggetti responsabili per il monitoraggio presenta tuttora delle lacune: mentre in alcuni Stati membri non esiste ancora alcuna cooperazione (ovvero ne esiste una alquanto limitata), in altri c'è un chiaro divario fra la cooperazione dichiarata sulla carta e quella che avviene nella pratica.

Lo stesso vale per la cooperazione transnazionale fra le autorità nazionali coinvolte nelle tematiche relative all'imposizione e al monitoraggio della direttiva.

Le difficoltà nella cooperazione, poi, sono accentuate dall'incredibile varietà di funzioni eseguite dalle autorità competenti nei vari Paesi⁹⁸ con la conseguenza che tutti gli studi in commento ritengono assolutamente necessaria un'implementazione delle iniziative che stanno avvenendo a livello di Unione

⁹⁷ *Ivi*. In Italia, Paesi Bassi, Regno unito, Svezia, Finlandia, Ungheria ed Irlanda, nessuna agenzia governativa viene avvisata della presenza di lavoratori distaccati e nessuna autorità raccoglie dati sul numero di lavoratori distaccati nei territori secondo la definizione contenuta all'interno della Direttiva. D'altro canto in un totale di 18 Stati membri tra cui Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Lussemburgo, Romania, Austria, Bulgaria, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Spagna, Lettonia, Lituania, Malta, Portogallo, Slovenia e Slovacchia, ci sono degli avvisi generali oppure degli schemi per le "pre-dichiarazioni" che riguardano i lavoratori distaccati, a prescindere dalla loro nazionalità e della situazione di distacco specifica. A tal proposito è meritevole approfondire gli studi in materia per valutare se un obbligo di notifica della presenza di lavoratori distaccati alle autorità nello stato ospitante da parte dei fornitori di servizi e/o dei riceventi dei servizi possa essere giustificata e se sia proporzionale come preconditione per il monitoraggio dei diritti dei lavoratori distaccati.

⁹⁸ Ciò che l'ispettorato del lavoro fa in un paese, in un altro rientra fra le competenze delle autorità tributarie o del ministero della finanza.

Europea e a livello nazionale per quanto riguarda il rafforzamento della cooperazione transnazionale tra autorità ispettive⁹⁹.

La tematica del monitoraggio ed imposizione della direttiva permette un collegamento con l'ultimo dei problemi che verranno analizzati in questa sede, ossia quello dell'accesso alle informazioni.

In prima analisi, negli studi in commento, è stata rivolta una particolare attenzione alla quantità di informazioni disponibili: troppe fonti di informazione, infatti, possono mettere a rischio la trasparenza, cosicchè, a tal proposito, si è raccomandata l'individuazione, da parte delle autorità nazionali, di un unico sito *Web* come punto di riferimento centrale per le informazioni, sia a livello europeo che a livello nazionale.

Si è rilevato che, in tal senso, gli Stati membri hanno, all'interno dei propri territori, fatto ben poco. Eppure necessità di tal fatta si sono palesate tanto per i datori quanto per i lavoratori, alla luce delle già ampiamente menzionate sentenze del 2007-2008.

Quanto ai datori, infatti, specialmente il caso *Laval* ha dato l'impeto per una maggiore trasparenza concernente i salari e le condizioni di impiego applicabili ai lavoratori distaccati: in particolare, le condizioni di impiego devono essere sufficientemente precise e accessibili in modo da non rendere impossibile o eccessivamente difficoltosa, la comprensione degli obblighi ai quali conformarsi¹⁰⁰.

Quanto ai lavoratori invece è di tutta evidenza che le informazioni sono fondamentali per permettere agli stessi di prendere decisioni consapevoli.

⁹⁹ A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the frame work of the provision of services in the European Union*, cit., pp. 14 ss.

¹⁰⁰ Quando è stato modificato il *Posting of Workers Act* in Danimarca e in Svezia è stato dato un grosso peso in ordine all'aumento della trasparenza: in Danimarca, ad esempio, è stato esplicitamente statuito che le previsioni contenute all'interno dei contratti collettivi devono essere sufficientemente chiare. J. MALBERG, *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert, and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, cit., p.14.

Per quanto infine concerne l'ambito europeo si è rilevato che, al momento, è previsto, in capo ai datori di lavoro, un unico obbligo, ossia quello di avvisare i lavoratori per iscritto sugli aspetti essenziali del contratto o del rapporto di lavoro, compreso il livello salariale; tale imposizione è sancita dall'articolo 4 della direttiva 91/553¹⁰¹ in base al quale *“se il lavoratore è invitato a svolgere il suo lavoro in uno o più paesi diversi dallo Stato membro alla cui legislazione e/o alla cui prassi è soggetto il contratto o il rapporto di lavoro, il o i documenti di cui all'articolo 3¹⁰² devono essere in possesso del lavoratore prima della sua partenza e devono comportare almeno le seguenti informazioni supplementari: a) la durata del lavoro esercitato all'estero; b) la valuta in cui verrà corrisposta la retribuzione; c) se del caso, i vantaggi in denaro e in natura collegati all'espatrio; d) se del caso, le condizioni del rimpatrio del lavoratore”*¹⁰³. Queste disposizioni *“non si applicano se la durata del lavoro al di fuori del paese alla cui legislazione e/o alla cui prassi è soggetto il contratto o il rapporto di lavoro non supera un mese”*¹⁰⁴.

¹⁰¹ Direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, in *Gazzetta.*, 18/10/1991, n. L 288, pp. 32 ss.

¹⁰² Si tratta del contratto di lavoro scritto e/o di una lettera di assunzione e/o di uno o più altri documenti scritti, a condizione che uno di questi documenti contenga almeno tutti gli elementi di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettere a), b), c), d), h) ed i); si veda l'art.3, par.1 della direttiva 91/553. Il par. 2 prevede poi che *“se nessuno dei documenti di cui al paragrafo 1 viene consegnato al lavoratore entro il termine previsto il datore di lavoro è tenuto a consegnargli, non oltre due mesi dall'inizio del suo lavoro, una dichiarazione scritta firmata dal datore di lavoro stesso e contenente almeno gli elementi di cui all'articolo 2, paragrafo 2”*.

¹⁰³ Art. 4, par. 1.

¹⁰⁴ Art. 4, par. 3. Questo obbligo si aggiunge a quello previsto dall'articolo 2, della medesima direttiva, in base al quale *“1. Il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore subordinato cui si applica la presente direttiva, in appresso denominato « lavoratore », gli elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro. 2. L'informazione di cui al paragrafo 1 riguarda almeno gli elementi seguenti: a) identità delle parti; b) il luogo di lavoro; in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante, il principio che il lavoratore è occupato in luoghi diversi nonché la sede o, se del caso, il domicilio del datore di lavoro; c) i) titolo, grado, qualità o categoria dell'impiego attribuiti al lavoratore, oppure ii) caratteristiche o descrizione sommaria del lavoro; d) la data d'inizio del contratto o del rapporto di lavoro; e) se si tratta di un contratto o di un rapporto di lavoro temporaneo: durata prevedibile del contratto o del rapporto di lavoro; f) durata delle ferie retribuite cui ha diritto il lavoratore o, nell'impossibilità di fornire questa indicazione all'atto dell'informazione, le modalità di attribuzione e di determinazione delle ferie;*

Viene raccomandata, pertanto, una revisione della direttiva summenzionata¹⁰⁵.

3.1. Possibilità di cambiamento e relativi effetti sul piano legale, economico e sociale.

Alla luce delle problematiche sopra esposte, uno studio in particolare¹⁰⁶ ha elaborato una serie di opzioni, in totale sei, attraverso le quali si reputa possibile un miglioramento della situazione attuale, valutando, per ciascuna di esse, il relativo impatto sul piano legale, economico e sociale.

Prima di analizzare nello specifico queste soluzioni, è possibile enucleare, in generale, gli obiettivi principali che gli interventi legislativi futuri, sempre a parere dei detti studi, dovrebbero perseguire al fine di rafforzare il quadro di sostegno per la prestazione transnazionale di servizi nonché di garantire un ambiente favorevole per la coesione sociale e, in particolare, un adeguato livello di protezione dei lavoratori distaccati.

Tali obiettivi possono essere sintetizzati:

g) durata dei termini di preavviso che devono essere osservati dal datore di lavoro e dal lavoratore in caso di cessazione del contratto o del rapporto di lavoro o, nell'impossibilità di fornire questa indicazione all'atto dell'informazione, le modalità di determinazione dei termini del preavviso; h) l'importo di base iniziale, altri elementi costitutivi, nonché periodicità del versamento di retribuzione a cui ha diritto il lavoratore; i) durata normale giornaliera o settimanale del lavoro; j) eventualmente: i) menzione dei contratti collettivi e/o intese collettive che disciplinano le condizioni di lavoro del lavoratore, oppure ii) se si tratta di contratti collettivi stipulati al di fuori dell'impresa da organi o istituzioni paritarie particolari, menzione dell'organo competente o dell'istituzione paritetica competente in seno al quale/alla quale questi sono stati conclusi. 3. L'informazione sugli elementi di cui al paragrafo 2, lettere f), g), h) e i) può, se del caso, risultare da un riferimento alle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, statutarie o ai contratti collettivi che disciplinano le materie ivi considerate”.

¹⁰⁵ Si veda A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the frame work of the provision of services in the European Union*, cit., pp. 17-18.

¹⁰⁶ AA.VV., *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services*, cit.

- nell'eliminazione di comportamenti protezionistici e di oneri amministrativi superflui¹⁰⁷;
- nella definizione più precisa di “distacco” (ad esempio mediante la definizione di “luogo di lavoro abituale” e “temporaneità dei servizi”) per ridurre le distorsioni e gli abusi;
- nel coinvolgimento delle parti sociali nel sistema di monitoraggio¹⁰⁸, così da dotarlo di una sorta di *cane da guardia*¹⁰⁹;
- nella creazione di forme di sostegno istituzionale per i lavoratori distaccati, al fine di rendere la tutela dei loro diritti più efficace;
- nella specificazione degli obblighi di cooperazione amministrativa per gli Stati membri, con sanzioni efficaci in caso di inadempienza¹¹⁰;

¹⁰⁷ Gli Stati membri, infatti, si differenziano anche rispetto ai requisiti amministrativi aggiuntivi quali, ad esempio, l'esigenza di richiedere un'autorizzazione *a priori* oppure di rendere disponibile alle autorità dei documenti relativi al lavoro. Negli studi effettuati requisiti amministrativi aggiuntivi sono stati identificati in Belgio, Germania, Francia, Lussemburgo, Austria, Finlandia e, in parte, anche in Lituania. A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the frame work of the provision of services in the European Union*, cit., p. 19.

¹⁰⁸ Negli studi analizzati nel precedente paragrafo è emerso uno scarso coinvolgimento delle parti sociali, nello Stato ospitante, nel monitoraggio/imposizione dei diritti dei lavoratori distaccati. Questo porta come conseguenza ad una chiara assenza di monitoraggio e imposizione dei diritti a livello di contrattazione collettiva, di conseguenza, si è evidenziato come un supporto finanziario e istituzionale delle parti sociali è richiesto anzitutto a livello nazionale ma, oltre a questo, sarebbe utile fissare degli *standard* minimi a livello europeo per un adeguato monitoraggio/imposizione dei diritti a livello di contrattazione collettiva, oltre che delle linee guida per la cooperazione fra le autorità e le parti sociali. Alcuni esempi di buone pratiche relative alla cooperazione transnazionale fra sindacati sono state osservate fra i sindacati di Lettonia e Norvegia, Austria e Ungheria, Austria e Slovacchia, Spagna e Portogallo; la maggior parte è finanziata dall'Unione Europea. Si veda A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the frame work of the provision of services in the European Union*, cit., p. 15.

¹⁰⁹ AA.VV., *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services*, cit., p. 58.

¹¹⁰ Attualmente è quasi impossibile sapere quanti lavoratori sono distaccati in Europa: infatti, ad eccezione della Repubblica Ceca, Finlandia, Lituania, Slovenia e, a partire dal 2008, Danimarca, i relativi dati, se disponibili, sono incorretti o basati su mere stime.

- nella definizione di un sistema in grado di irrogare effettivamente le dette sanzioni;
- ed, infine, nella previsione di una responsabilità solidale tra le diverse imprese utilizzatrici di lavoratori distaccati.

Se questi sono gli obiettivi, molteplici sono le strade, più o meno efficaci, per realizzarli.

Questo è un problema che, evidentemente, finisce con l'ostacolare qualsiasi confronto quantitativo in ordine al fenomeno del distacco nei vari Paesi. Alcuni Stati membri, tuttavia, hanno previsto un sistema obbligatorio di notifica *ex ante* (Grecia, Lituania, Lussemburgo, Slovenia, Spagna e, dal 2009, Portogallo) ovvero di registrazione (Finlandia e, a partire dal 2008, la Danimarca) per le imprese che distacchino lavoratori sul loro territorio nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale; alcuni di questi (come il Belgio, la Finlandia e il Lussemburgo) obbligano altresì le imprese ad avere un luogo e/o un rappresentante per la tenuta di tutta la documentazione relativa ai contratti dei lavoratori distaccati sul territorio dello Stato ospitante.

Tali previsioni avrebbero potuto essere molto utili al fine di monitorare e controllare il fenomeno del distacco, specialmente se estese a più Paesi; tuttavia, secondo la Corte di Giustizia, molte di queste sono state considerate come un impedimento alla libera prestazione dei servizi e, pertanto, incompatibili col diritto europeo (Si veda, in particolare, la posizione della Corte espressa nella causa C-319/06, nota come *Commissione v. Lussemburgo*).

Ai sensi dell'articolo 4 della Direttiva, e secondo l'opinione espressa dalla Commissione europea e dalla Corte di Giustizia, l'Ispettorato del Lavoro dello Stato ospitante (o altra autorità competente) può richiedere alla sua controparte nello Stato ospite, ai fini della cooperazione, di controllare le condizioni di impiego applicate ai lavoratori distaccati.

Il vero problema è, tuttavia, che questa cooperazione spesso non è sentita del tutto: nessuno degli Stati membri, infatti, ha posto in essere alcun tipo di normativa riguardante l'attività di cooperazione e controllo nonostante, nel 2008, sia intervenuta una raccomandazione della Commissione europea proprio sullo sviluppo della cooperazione amministrativa per quel che concerne il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi.

In effetti, i controlli sulle condizioni applicate ai lavoratori distaccati sono eseguiti solamente dai Servizi di Ispezione dello Stato ospitante nel momento in cui il servizio viene espletato sul luogo di lavoro; conseguentemente, i controlli e il potenziamento delle norme riguardanti i lavoratori distaccati dipendono dalla quantità e dalla qualità delle ispezioni amministrative in ogni Stato ospitante.

Ci sono poi alcuni nuovi casi interessanti di cooperazione tra organizzazioni sindacali limitrofe le quali cercano di gestire la situazione dei lavoratori distaccati fornendo loro informazioni sulle condizioni e le termini di impiego applicati nonché mediante servizi di assistenza legale.

Infine, bisogna osservare che molti casi concernenti i lavoratori distaccati sono stati portati davanti ai giudici nazionali tuttavia, né le imprese straniere, né quelle nazionali o le organizzazioni sindacali si sono lamentate in ordine, rispettivamente, alle condizioni obbligatorie imposte dallo Stato ospitante ed ai fenomeni di *dumping* sociale da parte delle imprese distaccanti. Sul punto, M. PALLINI – R. PEDERSINI, *Posted workers in the European Union*, cit., pp. 25-26.

La prima via (*option 1*) è quella di lasciare inalterato il testo della direttiva 96/71, così da non compiere azioni specifiche a livello comunitario, ma di attuare ulteriori disposizioni a livello nazionale¹¹¹. Tuttavia si è evidenziato che, sebbene scelte di tal fatta sarebbero tecnicamente e politicamente praticabili¹¹², esse avrebbero un impatto assai scarso sui problemi che si prefiggerebbero di risolvere (anche se si ammette che le stesse potrebbero attuare dei moderati miglioramenti in ambito di monitoraggio ed applicazione della normativa attraverso l'*apprendimento sul campo*¹¹³, magari grazie al supporto dell'Unione Europea o attraverso accordi bi/multilaterali e/o iniziative unilaterali degli Stati membri riceventi¹¹⁴). E ciò in quanto anche dal punto di vista economico non si trarrebbe alcun vantaggio dal momento che, come è stato giustamente notato, l'assenza di norme di coordinamento a livello sovranazionale di certo non avrebbe la conseguenza di far crescere il fenomeno del lavoro transnazionale.

Alternativa a quanto sopra esposto (*option 2*) sarebbe quella di chiarire, attraverso una raccomandazione o una comunicazione, l'interpretazione degli articoli 4 e 5¹¹⁵

¹¹¹ Su modello, ad esempio del *RUT-Register* danese o del *LIMOSA* (sistema previsto dal Regno del Belgio che impone ai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro di rendere una dichiarazione preventiva, sistema che, peraltro, è stato recentemente dichiarato compatibile con il diritto comunitario)

¹¹² In quanto non richiederebbero alcuna azione tesa a modificare il delicato equilibrio tra libertà economiche e diritti sociali. Si veda AA.VV., *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services*, cit., p. 59.

¹¹³ Corsivo dello scrivente.

¹¹⁴ Probabilmente infatti misure a livello solamente nazionale tenderebbero comunque a favorire la cooperazione internazionale.

¹¹⁵ Per comodità, se ne riporta il testo: articolo 4, Cooperazione in materia di informazione "1. Ai fini dell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri, secondo le legislazioni e/o prassi nazionali, designano uno o più uffici di collegamento o uno o più organismi nazionali competenti. 2. Gli Stati membri predispongono una cooperazione tra le amministrazioni pubbliche che, secondo la legislazione nazionale, sono competenti per la vigilanza sulle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'articolo 3. Tale cooperazione consiste, in particolare, nel rispondere alle richieste motivate di informazioni da parte di dette amministrazioni a proposito della cessione temporanea transnazionale di lavoratori, compresi gli abusi evidenti o presunti casi di attività transnazionali illegali. La Commissione e le amministrazioni pubbliche di cui al primo comma collaborano strettamente per valutare le difficoltà che potrebbero eventualmente sorgere nell'applicazione dell'articolo 3, paragrafo 10. La reciproca assistenza amministrativa è fornita a titolo gratuito. 3. Ogni Stato membro adotta provvedimenti idonei affinché le informazioni

della direttiva al fine di migliorare la cooperazione amministrativa tra gli Stati membri ed i loro ispettorati del lavoro, facilitando così l'accesso alle informazioni sulle condizioni da applicarsi ai lavoratori distaccati, nonché il monitoraggio di quelle effettivamente applicate.

Tuttavia anche questa via, seppur migliore della prima, non è sembrata particolarmente adatta, e ciò anche sulla scorta del fatto che la Commissione aveva già, senza grossi risultati, adottato iniziative in questo campo¹¹⁶.

* *

Visti gli scarsi effetti che accomunano la prima e la seconda opzione qui in commento in ordine alla capacità di rimediare ai problemi evidenziati, un'altra possibilità (*option 3*) che è stata presa in considerazione è quella concernente la modifica in parte del concetto di distacco dei lavoratori mediante la riscrittura¹¹⁷ degli articoli 4, 5 e 6 della direttiva, con l'obiettivo di migliorare il rispetto e l'applicazione della stessa, preservando, nel contempo, l'attuale equilibrio degli interessi istituito dall'articolo 3, par. 1¹¹⁸.

relative alle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'articolo 3 siano generalmente accessibili. 4. Ogni Stato membro comunica agli altri Stati e alla Commissione gli uffici di collegamento e/o gli organismi competenti di cui al paragrafo 1"; articolo 5, Misure "Gli Stati membri adottano misure adeguate in caso di inosservanza della presente direttiva. Essi vigilano in particolare affinché i lavoratori e/o i loro rappresentanti dispongano di procedure adeguate ai fini dell'esecuzione degli obblighi previsti dalla presente direttiva".

¹¹⁶ Inoltre, con riferimento all'impatto economico, si è peraltro sottolineato che questa opzione se da un lato non comporta ostacoli alla prestazione transnazionale dei servizi, dall'altro nemmeno la incentiva: infatti, se per un verso questa opzione strategica ha la facoltà di ridurre le incertezze normative (e quindi è potenzialmente favorevole al distacco ed alla prestazione transnazionale dei servizi) per l'altro, rimanendo le norme sul distacco invariate sul piano sostanziale, e non essendoci obblighi vincolanti per gli Stati membri, il fenomeno del distacco in termini di portata e caratteristiche dovrebbe rimanere invariato.

¹¹⁷ E non una mera interpretazione chiarificatrice.

¹¹⁸ Secondo l'art. 3, par.1, della Direttiva "Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate: da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato: a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima delle ferie annuali retribuite; c) tariffe minime salariali,

Questa opzione, dunque, permetterebbe di modificare in modo significativo l'attuale quadro normativo, comprendendo disposizioni dettagliate e *vincolanti*¹¹⁹ concernenti: un sistema di controllo amministrativo, le misure di cooperazione tra le autorità nazionali, gli strumenti di scambio di informazioni, le sanzioni in caso di non conformità nonché il sostegno istituzionale per la tutela dei diritti dei lavoratori distaccati. In sintesi si ridurrebbe la discrezionalità degli Stati membri nell'attuazione della direttiva, con l'ulteriore conseguenza che il miglioramento dell'armonizzazione dei sistemi nazionali avverrebbe sotto il controllo delle istituzioni europee.

Sul piano legale, questa opzione avrebbe, senza dubbio, un impatto positivo sulle ambiguità nella definizione di distacco: ad esempio, l'introduzione di un sistema di notifica *ex ante* permetterebbe di specificare, seppur indirettamente, la provvisorietà dei servizi attraverso l'indicazione di inizio e di possibile fine del servizio; inoltre, l'introduzione di un obbligo, ancor più forte, di informare le autorità competenti qualora il periodo necessario e prevedibile di fornitura del servizio superi i ventiquattro mesi, aiuterebbe a ridurre l'ambiguità e favorire il monitoraggio riguardo il concetto di distacco temporaneo.

Quanto alle ambiguità inerenti le condizioni applicabili ai lavoratori distaccati, questa soluzione avrebbe un impatto positivo permettendo la modifica degli articoli 4 e 5 della direttiva in ordine agli obblighi per gli Stati membri di informare le imprese sui termini applicabili ai lavoratori distaccati¹²⁰.

comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria; d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione. Ai fini della presente direttiva, la nozione di tariffa minima salariale di cui al primo comma, lettera c) è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato”.

¹¹⁹ Corsivo dello scrivente.

¹²⁰ Gli Stati membri hanno l'obbligo di dichiarare qual è il salario minimo applicabile ai lavoratori distaccati in ogni settore che sia oggetto della legislazione nazionale: questa terza opzione ha quindi un impatto rilevante in termini di miglioramento delle informazioni e maggiore capacità di

L'opzione in commento, poi, avrebbe un forte impatto positivo sul problema della presenza di oneri amministrativi pleonastici o illegittimi: l'introduzione di un sistema *on-line* di dichiarazione e l'obbligo di mantenere, nello Stato membro ospitante, solo un numero limitato documenti, escluderebbe a priori tutte quelle forme di autorizzazioni/iscrizioni preventive già oggetto di censura, come visto in precedenza, da parte della Corte di Giustizia e della Commissione, al contempo garantendo l'introduzione requisiti minimi e chiari. Queste stesse misure permetterebbero altresì di rafforzare in modo significativo la capacità degli ispettorati del lavoro di far rispettare l'adempimento degli obblighi imposti dalla direttiva e di imporre agli Stati membri di cooperare tra loro.

L'introduzione di un sistema transnazionale di sanzioni in caso di non conformità con il sistema di monitoraggio, inoltre, contribuirebbe efficacemente a dissuadere le imprese da qualunque violazione di obblighi previsti dalla direttiva.

Infine si riporta che l'opzione in commento comporterebbe ulteriori effetti positivi in materia di esecuzione, includendo l'obbligo per gli Stati membri di concedere ai sindacati del Paese ricevente il diritto di denunciare le pratiche illecite ed agire in giudizio per chiedere l'applicazione di sanzioni.

Meno positivo, sempre secondo gli studi in commento, sembra essere l'impatto di questa terza opzione in ordine alla facoltà accordata agli Stati membri dall'art. 3, par. 10, della direttiva: l'opzione, infatti, riducendo le possibilità di abusi e distorsioni attraverso il miglioramento dell'attuazione ed applicazione della direttiva, potrebbe parzialmente scoraggiare l'utilizzo delle *disposizioni di ordine pubblico* (corsivo dello scrivente) come mezzo per rafforzare il quadro normativo al fine di proteggere gli attori nazionali.

controllo sul rispetto delle norme in materia di tariffe minime salariali. Inoltre, l'introduzione di un sistema di comunicazione *ex ante* della fascia oraria applicata ai lavoratori distaccati e delle ore settimanali di lavoro, nonché l'obbligo di tenere una copia dei documenti comprovanti la retribuzione effettivamente applicata ai lavoratori, sono le misure vincolanti in grado di ridurre le ambiguità e facilitare i controlli amministrativi per quanto riguarda l'adempimento degli obblighi previsti dall'art. 3,1.

Quanto agli effetti sul piano economico, gli autori distinguono tra quelli inerenti il mercato dei servizi e quelli inerenti il mercato del lavoro.

Con riferimento ai primi, poiché l'opzione in esame andrebbe ad introdurre una serie di nuove disposizioni destinate a dare attuazione alla cooperazione e all'esecuzione, comprese le sanzioni per il loro mancato rispetto, si è posto all'attenzione che essa richiederebbe un attento esame, e ciò al fine di non produrre ostacoli alla prestazione transnazionale di servizi: anzitutto, controlli e sanzioni dovrebbero tendere ad eliminare (o a ridurre in modo significativo) distorsioni ed abusi senza generare inutili aumenti dei costi operativi e amministrativi relativi al distacco dei lavoratori; in secondo luogo, le disposizioni in materia di cooperazione, notifica *ex ante* e controlli amministrativi, non devono rappresentare ostacoli normativi in grado di scoraggiare il distacco¹²¹.

Fatte queste opportune premesse va osservato che la possibilità di modifica suindicata, aumentando la cooperazione e l'accesso alle informazioni, favorirebbe l'armonizzazione a livello di Unione Europea e creerebbe maggiore certezza normativa, così da rendere di gran lunga più agevole l'impiego di personale distaccato. Inoltre, la riduzione degli abusi e delle distorsioni che deriverebbero da una più efficace applicazione della direttiva andrebbe sicuramente a ridurre il margine di concorrenza sleale¹²². In conclusione, con riferimento all'impatto sul mercato dei servizi, gli studi affermano che la modifica degli articoli 4, 5 e 6 della direttiva sarebbe sicuramente opzione atta ad aumentare il volume delle

¹²¹ Certamente, si noterà l'aumento dei costi di cooperazione e di esecuzione per gli Stati membri e l'aumento delle imprese rispetto allo scenario di base. Tuttavia, le esperienze di *Limosa* in Belgio e di *RUT-Register* in Danimarca, dimostrano che "leggere" i sistemi di comunicazione, monitoraggio e cooperazione amministrativa non scoraggia l'uso della dislocazione nell'ambito della prestazione transnazionale di servizi. Per una quantificazione dettagliata dei costi amministrativi associati a questa opzione si veda la sottosezione specifica e l'allegato D in AA. VV., *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services*, cit., pp. 48 ss. Quanto ai meccanismi di controllo consistenti nella responsabilità solidale delle aziende che violano i diritti dei lavoratori, questi non scoraggiano il fenomeno della dislocazione. L'esperienza fatta dalla Germania in termini di responsabilità solidale sostiene questa idea.

¹²² Legato all'uso improprio dei lavoratori distaccati.

prestazioni transnazionali effettuate in regime di distacco con effetti positivi sul mercato unico dei servizi, sia per i paesi di ricezione che d'invio.

Altrettanto positivo risulterebbe essere l'impatto sul mercato del lavoro: la possibilità di revisione sopra enunciata sarebbe infatti tale da implicare cambiamenti rilevanti nella *qualità*¹²³ del distacco, così riducendo gli abusi e le distorsioni. Un tanto varrebbe anche sul piano sociale, così aumentando la tutela dei diritti grazie all'introduzione di una serie di misure vincolanti ed applicabili agli strumenti di scambio di informazioni; la riduzione di abuso, poi, ridurrebbe di conseguenza anche il pericolo di controversie relative al distacco.

Quanto alle relazioni industriali si è ritenuto che l'opzione in commento, pur non affrontando direttamente il tema, sia in grado di ridurre i conflitti sociali attraverso l'eliminazione delle distorsioni e degli abusi nonché attraverso il miglioramento della tutela dei diritti dei lavoratori distaccati; inoltre l'introduzione di una disposizione che conferisca la facoltà al sindacato di denunciare e di agire in giudizio, migliorerebbe il ruolo assunto da quest'ultimo nel far rispettare i diritti dei lavoratori transnazionali¹²⁴.

* *

Soffermandosi per un istante è d'uopo rilevare che quanto esposto finora si può, a parere di chi scrive, dividere in due grandi categorie.

Da un lato vi sono le prime due proposte che presentano caratteri di *soft law*, tendendo esse a ricercare soluzioni ai problemi che si sono evidenziati senza una modifica della normativa principe in materia di distacco (la direttiva 96/71/CE); dall'altro l'ultima che, come sopra ampiamente esposto, ipotizza una revisione della direttiva stessa¹²⁵, così dunque presentando carattere di *hard law*.

¹²³ Corsivo dello scrivente.

¹²⁴ Per la valutazione degli impatti si veda AA. VV., *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services*, pp. 91 ss.

¹²⁵ L'ultima delle quali è risultata essere la più efficiente in tutti gli ambiti (legale, economico e sociale) che sono stati presi in considerazione negli studi.

Nell'ambito dell'ultima delle due categorie esposte va immediatamente precisato che gli studiosi hanno ipotizzato due ulteriori soluzioni.

La prima (*option 4*), pur appartenendo allo stesso *genus (hard)* va comunque tenuta distinta dalle precedenti (e, come si vedrà dalla successiva *option 5*), in quanto propone non la revisione *della* direttiva ma l'aggiunta di un atto legislativo comunitario *alla* direttiva, al fine di una sua migliore applicazione¹²⁶.

La seconda (*option 5*) propone invece una revisione ben più spinta della direttiva, ivi includendovi anche la modifica degli artt. 1-3 della stessa e così mirando a garantire la protezione dei lavoratori in maniera più esplicita.

Tale ultima soluzione prospettata avrebbe l'indubbio merito di risolvere le ambiguità inerenti la definizione di distacco e il suo concetto di temporaneità. Tuttavia è attraverso l'analisi dei possibili effetti socio economici della stessa che gli autori dello studio, a parere di chi scrive, incappano in più di qualche contraddizione.

Premesso infatti che modifiche di tale rilevanza impongono, secondo gli autori, particolare attenzione contro i possibili *effetti perversi*¹²⁷ delle stesse, si evidenzia che, da un lato, nozioni troppo stringenti di distacco e di temporaneità ostacolerebbero l'integrazione del mercato dei servizi essendo così certamente preferibile una qualificazione indiretta del carattere temporaneo del distacco. Dall'altro (e giustamente!) che anche una scelta di tal fatta potrebbe avere effetti economici negativi in quanto le imprese si troverebbero di fronte a incertezze interpretative che potrebbero scoraggiare l'impiego del distacco e favorire forme di lavoro irregolare, ed in ogni caso concludendo che i nuovi vincoli nell'uso del distacco ed i nuovi costi che potrebbero derivarne potrebbero essere atti a compensare, se non addirittura ad invertire tali effetti positivi.

¹²⁶ AA. VV., *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services*, cit., p. 70. Lo studio propone un tal tipo di soluzione poiché la considera più fattibile da un punto di vista politico. Sotto questo aspetto appare impossibile non notare una certa somiglianza con la *option 2*, solo che il chiarimento circa l'applicabilità dello strumento avverrebbe, in quest'ultimo caso, attraverso un atto legislativo e non una mera raccomandazione/comunicazione.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 71 ove testualmente si parla di "*perverse unexpected effects*".

* *

Per completezza di esposizione si riporta anche l'ultima delle opzioni ipotizzate nel più volte citato studio preparatorio¹²⁸. Essa, quasi provocatoriamente, analizza gli effetti di una possibile totale abrogazione della direttiva 96/71/CE,

Il giudizio negativo su una scelta di tal fatta appare quasi scontato. Ripristinandosi la regola del paese d'origine, ma al contempo consentendo ai Paesi ospitanti l'applicazione di non meglio identificate norme imperative si creerebbe una situazione di totale incertezza interpretativa per tutti i soggetti coinvolti in fenomeni di distacco (o prestazione) transnazionale (dunque tanto per i lavoratori quanto per i datori di lavoro)¹²⁹.

* *

Le considerazioni svolte in sede di studio preparatorio in ordine alla maggior fattibilità politica della *option 4* erano probabilmente corrette, dal momento che la Commissione europea ha ritenuto in intraprendere tal tipo di strada: come oramai noto essa, nel marzo del 2012, ha definitivamente presentato ben due proposte di

¹²⁸ AA. VV., *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services*, cit.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 74-76. Secondo lo studio questa opzione avrebbe un impatto negativo in primis sul problema dell'identificazione degli oneri amministrativi legittimi, relativi al distacco, in quanto verrebbero a mancare completamente le norme in materia di controlli ammissibili: in poche parole, la compatibilità dei controlli con il diritto comunitario verrebbe verificata, caso per caso, dalla Corte di giustizia mediante l'utilizzo dei parametri di necessità e di proporzionalità. Ne seguirebbe un contesto meno favorevole per l'integrazione dei mercati, con la conseguenza che la prestazione transnazionali dei servizi si tradurrebbe in minori opportunità di business per le imprese, in più lento sviluppo economico e, alla fine, in un livello occupazione molto più basso.

Infine, quanto agli impatti sociali, l'opzione de qua porta ad un contesto normativo che riduce la tutela dei lavoratori: l'abrogazione della direttiva elimina il quadro normativo, l'insieme delle tutele ed i meccanismi di applicazione di cui attualmente beneficiano i lavoratori distaccati, essendo necessario infatti considerare che l'abrogazione della normativa sul distacco non equivale ad eliminare il fenomeno del distacco: quest'ultimo, infatti, rimane una necessità per le imprese di nuova immissione nei mercati e che forniscono servizi transnazionali. Da ultimo, ma non per importanza, va rilevato che l'abrogazione della direttiva non consentirebbe di affrontare la questione del ruolo dei sindacati e, in generale, delle relazioni industriali nelle situazioni transnazionali.

atti legislativi che dovrebbero andare ad aggiungersi *alla*¹³⁰ vigente direttiva 96/71/CE.

4. La proposta di Regolamento.

Nel preambolo del progetto in commento, la Commissione - dopo avere contestualizzato il diritto di intraprendere un'azione collettiva nel più ampio panorama degli strumenti di tutela dei diritti umani a livello europeo ed internazionale¹³¹, nonché il diritto di contrattazione collettiva e di negoziare e stipulare accordi collettivi nell'ambito della libertà di associazione¹³², quale elemento *in re ipsa*¹³³ - ha voluto precisare¹³⁴ come il diritto di intraprendere un'azione collettiva sia stato riconosciuto dalla Corte di giustizia quale *diritto fondamentale che costituisce parte integrante dei principi generali del diritto dell'UE*, di cui la Corte garantisce il rispetto¹³⁵.

Tuttavia - si è detto - il diritto di sciopero non è un diritto assoluto e il suo esercizio può essere comunque soggetto a condizioni e restrizioni, che possono anche dipendere dalla costituzione, dal diritto e dalle prassi nazionali.

In Italia, ad esempio, la Cassazione ha individuato nei c.d. limiti esterni al diritto di sciopero tutti quei diritti e quelle libertà, di derivazione costituzionale, considerati pari-ordinati o, addirittura, sovra-ordinati rispetto al diritto in questione¹³⁶: lo sciopero, dunque, può essere esercitati nei limiti in cui non osti

¹³⁰ Corsivo dello scrivente.

¹³¹ Citando, tra gli altri, la Carta sociale europea, le convenzioni n. 87 e 98 dell'Organizzazione internazionale del lavoro, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

¹³² Sancita dall'articolo 11 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

¹³³ Si vedano i considerando n. 1 e 2 della Proposta, in COM (2012) 130 def., cit., p. 15.

¹³⁴ *Ivi* p. 16, Si veda il considerando n. 3.

¹³⁵ Punto 44 della sentenza *Viking line* (C-438/05) e punto 91 della sentenza *Laval* (C-341/75). Corsivo dello scrivente.

¹³⁶ Tra questi vi troviamo: il diritto alla vita e all'integrità psico-fisica, la libertà dei dipendenti di recarsi sul luogo di lavoro e la libertà del datore di disporre dei propri beni, la produttività aziendale, nonché i poteri con cui si esprime direttamente la sovranità popolare. Per approfondimenti si veda G. GIUGNI *Diritto sindacale*, Bari, 2008, pp. 237 ss.

all'esercizio di tali diritti e libertà. La legge nazionale, poi, prevede un'esclusione totale del diritto di sciopero per i militari ed una limitazione per gli appartenenti alle forze dell'ordine (ai quali sono concesse solo forme alternative); per i marittimi, infine, lo sciopero durante il viaggio costituisce addirittura reato¹³⁷.

Gli Stati membri, dunque, restano liberi di stabilire le condizioni di esistenza e di esercizio dei diritti sociali in questione. Tuttavia, nell'esercizio di tale potere, devono rispettare il diritto dell'UE, in particolare le disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, che costituiscono principi fondamentali dell'Unione sanciti dal Trattato¹³⁸. Sono ammesse talune restrizioni delle libertà in questione, a condizione che perseguano un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e che siano dettate da ragioni imperative di interesse generale: in questo contesto, in particolare, le restrizioni devono essere idonee al raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non devono andare al di là di quanto è necessario per conseguirlo¹³⁹.

Secondo la Commissione, pertanto, i sindacati devono avere la possibilità di continuare a ricorrere ad azioni collettive per tutelare gli interessi, le condizioni di lavoro e i diritti dei lavoratori, purché tali azioni rispettino il diritto e le prassi nazionali e dell'UE; il criterio di giudizio è, ancora una volta, il principio di proporzionalità¹⁴⁰: in caso di conflitto tra un diritto fondamentale ed una libertà fondamentale, dunque, l'adeguato contemperamento delle due posizioni risulta garantito soltanto qualora la restrizione imposta all'uno non possa eccedere quanto è idoneo, necessario e congruo ai fini dell'attuazione dell'altra, e viceversa¹⁴¹.

¹³⁷ Si tratta del reato di ammutinamento previsto dall'art. 1105 del codice della navigazione.

¹³⁸ Si veda il considerando n. 6 della Proposta, in COM (2012) 130 def., cit., p. 16.

¹³⁹ *Ibidem*, si vedano i considerando n. 7 e 8. La tutela dei lavoratori, ed in particolare la loro protezione sociale e la difesa dei loro diritti contro il dumping sociale, e il desiderio di evitare perturbazioni del mercato del lavoro sono stati riconosciuti come ragioni imperative di interesse generale che giustificano restrizioni all'esercizio di una delle libertà fondamentali sancite dal diritto dell'UE.

¹⁴⁰ Principio in base al quale possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

¹⁴¹ Si vedano i considerando n. 11 e 13 della Proposta, in COM (2012) 130 def., cit., pp. 16-17.

Sulla scorta di queste premesse, la Commissione europea ha adottato una proposta di regolamento volta ad integrare la disciplina sul distacco – di cui alla direttiva 96/71 – unitamente ad una proposta di direttiva di cui si parlerà in seguito.

Venendo quindi al contenuto di questa proposta, il principio di proporzionalità di cui *supra* è stato ripreso all'art. 2, ai sensi del quale: "*L'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sancite nel trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero*"¹⁴², *così come l'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali*"¹⁴³.

L'art. 3, invece, stabilisce la parità di accesso ad eventuali meccanismi nazionali non giurisdizionali di risoluzione alternativa delle controversie del lavoro – quali, ad esempio, la mediazione, la conciliazione o l'arbitrato - sorte in situazioni transnazionali nel contesto dell'esercizio della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi.

Tale diritto è riconosciuto "*laddove tali controversie scaturiscano dall'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero*" (par. 1) e ferma restando la possibilità, "*se i meccanismi di cui al paragrafo 1 non portano a una risoluzione in un tempo ragionevole*", di ricorrere

¹⁴² Si parla di *diritto o libertà* di sciopero: lo sciopero, infatti, non sempre è considerato *hic et nunc* come un diritto; nel nostro ordinamento, ad esempio, lo sciopero c.d. politico puro è considerato una mera libertà. Questo significa che il lavoratore rimarrà libero di aderire allo sciopero, ma la sua assenza sul lavoro rimarrà ingiustificata e quindi sanzionabile. Esistono, poi, ancora due fattispecie in cui lo sciopero è considerato reato (oltre a quello di ammutinamento summenzionato): si tratta delle ipotesi di cui agli artt. 503 e 504 del codice penale (rispettivamente: serrata e sciopero per fini non contrattuali e coazione alla pubblica autorità mediante serrata o sciopero).

¹⁴³ COM (2012) 130 def., cit., pp. 17-18. L'art. 1 della proposta si limita a delineare l'oggetto della normativa, sancendo che "*Il presente regolamento stabilisce i principi generali e le norme applicabili a livello dell'Unione in materia di esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi [...] non pregiudica[ndo] in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti negli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero o di promuovere altre azioni, contemplati dai sistemi di relazioni industriali specifici degli Stati membri, in conformità al diritto e alle prassi nazionali [e] neppure il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di promuovere azioni collettive in conformità al diritto e alle prassi nazionali*".

ai rimedi giurisdizionali (par. 3). Viene poi riconosciuta espressamente la possibilità, per le parti sociali al livello europeo, di "*concludere accordi a livello di Unione o definire orientamenti relativi alle modalità e alle procedure*" dei meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie (par. 2)¹⁴⁴.

Infine, ai sensi del par. 4, ai tribunali nazionali - "*fatti salvi il ruolo e le competenze della Corte di giustizia*" - spetta trovare il giusto equilibrio tra i diritti fondamentali e le libertà fondamentali, eventualmente in conflitto nel caso concreto sottoposto alla loro attenzione, e conciliarli¹⁴⁵.

Per ultimo, l'art. 4 istituisce un meccanismo di allerta in base al quale gli Stati membri si comunicheranno e notificheranno reciprocamente, senza indugio, gli atti o le circostanze gravi in grado di turbare gravemente il corretto funzionamento del mercato unico o di causare gravi tensioni sociali. Analoga comunicazione verrà fatta alla Commissione europea, che potrà richiedere informazioni a tutti gli Stati interessati, i quali per contro sono tenuti a trasmettere alla Commissione medesima qualsiasi scambio di informazioni avvenga tra loro¹⁴⁶.

5. La proposta di Direttiva.

Come si evince nella relazione introduttiva¹⁴⁷, la proposta di direttiva qui in commento – basata, da un punto di vista giuridico, sugli articoli 53.1 e 62 del T.F.U.E.¹⁴⁸ - si propone essenzialmente lo scopo di migliorare, nella pratica, la portata della direttiva 96/71/CE stabilendo un quadro generale di disposizioni che

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 18.

¹⁴⁵ *Ivi*.

¹⁴⁶ COM (2012) 130 def., cit., pp. 19. La proposta è fornita anche di un quinto articolo il quale dispone in ordine all'entrata in vigore della stessa: "*Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea [ed] è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri*".

¹⁴⁷ *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CEI relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi* COM (2012) 131 def., p. 13.

¹⁴⁸ Che risultano essere gli stessi su cui si basa la direttiva 96/71/CE e che consentirebbero l'adozione della direttiva proposta dalla Commissione sulla base della procedura ordinaria.

ne consentano una migliore e più uniforme applicazione e che siano comprensive di misure tese “*a prevenire e sanzionare ogni violazione delle norme vigenti*”¹⁴⁹.

Essa si propone inoltre di garantire il rispetto di un appropriato livello minimo di protezione dei diritti dei lavoratori distaccati e nel contempo di facilitare l’esercizio della libera prestazione di servizi e di creare condizioni di concorrenza leale tra imprese.

Nel secondo paragrafo dell’articolo 1 la Proposta dichiara inoltre di non voler pregiudicare in alcun modo l’esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto dell’Unione “*ivi compresi il diritto o la libertà di sciopero e il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, secondo le leggi e le prassi nazionali, né il diritto di negoziare, concludere ed applicare accordi collettivi e promuovere azioni collettive secondo le leggi e le prassi nazionali*” così creando un immediato collegamento con la Proposta di regolamento di cui si è parlato nel precedente paragrafo.

Da un punto di vista organizzativo la proposta qui in commento si divide in sette capi. Nel primo e nel settimo sono indicate, rispettivamente, le disposizioni generali e finali; nel secondo le norme inerenti l’accesso all’informazione; nel terzo quelle inerenti la cooperazione amministrativa; nel quarto sono contenute le disposizioni che stabiliscono quali obblighi amministrativi e quali misure di controllo sono legittime; nel quinto quelle dirette a facilitare l’esecuzione degli obblighi derivanti dalla Proposta stessa (e dall’art. 6 della direttiva 96/71/CE) ed infine nel sesto sono previste le misure atte a porre in essere l’esecuzione transfrontaliera delle sanzioni amministrative.

5.1. La prevenzione degli abusi e dell’elusione.

Al fine di arginare il fenomeno delle c.d. *letterbox* (la cui eliminazione era stata raccomandata anche dagli studi preparatori che si sono precedentemente analizzati e dalla stessa Commissione in una relazione del 2011) la Proposta in commento –

¹⁴⁹ Cfr. art. 1.1.

muovendo dalla premessa che il detto fenomeno risultasse essere una vera e propria piaga per una concorrenza più equa – all’articolo 3.1 elenca una serie di “*elementi fattuali*” dei quali gli Stati devono tenere conto al fine di determinare se le imprese stabilite esercitino effettivamente attività sostanziali nei territori degli stati membri ospitanti. Tali elementi sono:

- a) “*il luogo in cui l’impresa ha la propria sede legale e amministrativa, utilizza uffici, paga imposte, è iscritta in un albo professionale o è registrata presso la camera di commercio*”;
- b) “*il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti*”;
- c) “*la legge applicabile ai contratti stipulati dall’impresa con i suoi lavoratori e con i suoi clienti*”;
- d) “*il luogo in cui l’impresa esercita la propria attività economica principale e in cui è occupato il suo personale amministrativo*”;
- e) “*il numero anormalmente basso di contratti eseguiti e/o l’ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento*”.

Seguendo la stessa linea l’art. 3.2 della Proposta enuclea invece una serie di elementi che gli Stati membri devono tenere in considerazione al fine di determinare se effettivamente i lavoratori siano distaccati “*temporaneamente*”. Essi sono:

- f) “*l’attività lavorativa è svolta per un periodo di tempo limitato in un altro Stato membro*”;
- g) “*il lavoratore è distaccato in uno Stato membro diverso da quello nel quale o a partire dal quale esercita abitualmente la propria attività secondo il regolamento (CE) n. 593/2008 e/o la convenzione di Roma*”;
- h) “*il lavoratore distaccato ritorna o si prevede che riprenda la sua attività nello Stato membro da cui è stato distaccato dopo aver effettuato i lavori o prestato i servizi per i quali è stato distaccato*”;

- i) *“il datore di lavoro che distacca il lavoratore provvede alle spese di viaggio, vitto e alloggio o le rimborsa, e in che modo”*;
- j) *“lo stesso posto è stato in precedenza ripetutamente occupato dallo stesso o da un altro lavoratore (distaccato)”*.

Entrambi i paragrafi dell'articolo qui in commento si curano di precisare che gli elementi indicati devono essere valutati con riferimento ai casi specifici. Da ciò si evince, che gli stessi, dunque, devono essere considerati *“un elenco indicativo non esaustivo”*.

Tuttavia pare potersi ravvisare una differenza tra le due “formule di chiusura” in quanto solamente nella seconda (quella che si riferisce al concetto di *temporaneità* del distacco) troviamo un esplicito divieto a considerare isolatamente i sopra indicati indici, in quanto meri *“fattori indicativi nella valutazione complessiva”*.

5.2 L'accesso all'informazione (Capo II).

Per quanto concerne l'argomento di cui al presente paragrafo, dalla proposta di direttiva qui in commento emerge chiaramente che la Commissione ha ritenuto di ottemperare ai suggerimenti degli studi preparatori¹⁵⁰, in coerenza, peraltro, con quanto dalla stessa era sempre stato rilevato sin dalla Comunicazione del 2003¹⁵¹.

L'accesso ad informazioni chiare ed esaurienti è infatti considerato dalla Commissione indispensabile, e ciò in particolar modo per le piccole – medie imprese che, più di altre, subiscono le conseguenze negative dell'assenza di informazioni trasparenti.

All'uopo l'art. 5.2 della Proposta, al fine di *“migliorare l'accesso all'informazione”*, obbliga gli Stati membri a:

- k) indicare *“chiaramente nei siti web nazionali, in modo dettagliato e comprensibile e in formato accessibile, quali condizioni di lavoro e/o quali*

¹⁵⁰ Si veda il paragrafo 3 del presente capitolo, in particolare p. 247.

¹⁵¹ *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni relativa all'applicazione della direttiva 96/71/CE negli stati membri*, COM (2003) 458, Bruxelles, 25 luglio 2003, cit. Sul punto si rimanda a quanto esposto al paragrafo 2 del presente capitolo.

parti della rispettiva legislazione (nazionale e/o regionale) devono essere applicate ai lavoratori distaccati nel loro territorio”;

- l) *adottare “le misure necessarie per rendere pubbliche su siti internet informazioni sui contratti collettivi applicabili (e sui soggetti cui si applicano) e sulle condizioni di lavoro che i prestatori di servizi provenienti da altri Stati membri devono applicare in base alla direttiva 96/71/CE, se possibile indicando link a siti internet e altri punti di contatto, in particolare le parti sociali pertinenti”;*
- m) *mettere “tali informazioni a disposizione dei lavoratori e dei prestatori di servizi in lingue diverse dalla lingua o dalle lingue nazionali del paese in cui i servizi sono prestati, se possibile presentando sinteticamente in un foglio illustrativo le principali condizioni di lavoro applicabili, e su richiesta in formati accessibili alle persone con disabilità”;*
- n) *migliorare “l'accessibilità e la chiarezza dell'informazione fornita sui siti web nazionali”;*
- o) *indicare “se possibile, una persona di contatto dell'ufficio di collegamento incaricata di rispondere alle richieste di informazioni”;*
- p) *tenere “aggiornate le informazioni fornite nelle schede dei paesi”.*

Nella disposizione di chiusura del presente articolo troviamo un'altra importante prescrizione: infatti *“se secondo le leggi, le tradizioni e le prassi nazionali, le condizioni di lavoro di cui all'articolo 3 della direttiva 96/71/CE sono stabilite in contratti collettivi, come previsto dall'articolo 3, paragrafi 1 e 8, di tale direttiva”* gli Stati membri devono assicurarsi che le parti sociali prendano di un tanto conoscenza e che queste ultime, a loro volta, assicurino la messa a disposizione delle informazioni, in particolare relative a *“le diverse tariffe minime salariali e i loro elementi costitutivi, il metodo utilizzato per calcolare la retribuzione dovuta e i criteri per la classificazione nelle diverse categorie salariali”*, ai datori di lavoro *“prestatori di servizi provenienti da altri Stati membri”* e ai *“lavoratori distaccati”*.

5.3 La cooperazione amministrativa (Capo III).

Il capo III consta di tre articoli i quali, sinteticamente, enunciano i principi generali, le regole e le procedure per una cooperazione amministrativa e un'assistenza reciproca efficaci (art. 6), specificano il ruolo che, all'uopo, compete allo Stato membro a partire dal quale avviene il distacco (art. 7) ed, infine (art. 8), sanciscono l'obbligo, per gli Stati membri, di adottare (sia pur con l'assistenza della Commissione) misure di accompagnamento al fine di “sviluppare, facilitare e promuovere gli scambi di personale responsabile della cooperazione amministrativa e dell'assistenza reciproca, nonché della vigilanza sul rispetto della normativa vigente”.

La cooperazione amministrativa ha il naturale fine di “facilitare l'applicazione pratica”¹⁵² della proposta di direttiva qui in commento (oltre che, ovviamente, della stessa *direttiva distacco*) e consiste nell'obbligo, per gli Stati membri, di rispondere, in particolare, a “*motivate richieste di informazioni e di controlli, ispezioni e indagini da parte delle autorità competenti in relazione a situazioni di distacco di cui all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 96/71/CE, ivi comprese indagini su casi di violazione delle norme applicabili al distacco dei lavoratori o di presunte attività transnazionali illegali*”¹⁵³.

Nello specifico si segnala che:

- lo Stato membro di stabilimento del prestatore di servizi deve continuare “*ad esercitare ad esercitare un'azione di controllo e di monitoraggio e ad adottare le necessarie misure di vigilanza ed esecutive, secondo le leggi, la prassi e le procedure amministrative nazionali, nei riguardi dei lavoratori distaccati in un altro Stato membro*”¹⁵⁴;

¹⁵² Cfr. art. 6.1.

¹⁵³ Cfr. art. 6.2.

¹⁵⁴ Cfr. art. 7.1.

- qualora il medesimo sia a conoscenza sia a conoscenza “*di fatti specifici che lascino presumere l’esistenza di irregolarità*” è d’obbligo l’informazione all’*host state*¹⁵⁵;
- sempre gli Stati membri di stabilimento, quando si trovino a rispondere a richieste di assistenza da parte degli Stati membri ospitanti, devono imporre ai prestatori di servizi l’inoltro alle proprie autorità competenti di tutto quanto necessario per il controllo delle loro attività secondo quanto previsto dalla legge nazionale¹⁵⁶;
- le informazioni devono essere trasmesse dagli Stati membri ai richiedenti¹⁵⁷, per via elettronica, quanto prima possibile e comunque entro due settimane dalla richiesta¹⁵⁸;
- nel caso in cui la particolarità delle circostanze di cui si è a conoscenza non si potesse attendere il termine di cui *supra* è prevista l’utilizzazione di uno specifico meccanismo d’urgenza ai sensi del quale le informazioni¹⁵⁹ devono essere inoltrate entro ventiquattro ore¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Cfr. art. 7.2. Va sottolineato che – ex art. 7.4 - gli obblighi di cui ai primi due paragrafi dell’articolo 7 non comportano, per lo Stato membro di stabilimento, l’obbligo di “*effettuare controlli fattuali nel territorio dello Stato membro ospitante in cui è prestato il servizio*”. La proposta di direttiva specifica inoltre – sempre all’art. 7.4 - che “*tali controlli sono, se necessario, effettuati dalle autorità dello Stato membro ospitante su richiesta delle autorità competenti dello Stato membro di stabilimento, come previsto dall’articolo 10 e secondo i poteri di vigilanza previsti dalla legge, dalla prassi e dalle procedure nazionali dello Stato membro ospitante e conformi al diritto dell’Unione*”.

¹⁵⁶ Cfr. art. 6.3.

¹⁵⁷ Che possono essere gli altri Stati membri e/o la Commissione.

¹⁵⁸ Cfr. art. 6.5 I comma.

¹⁵⁹ Si deve precisare che gli Stati membri – ex art. 7.7 della proposta di direttiva in commento – devono garantire la riservatezza delle informazioni che scambiano, informazioni che devono poi essere utilizzate solamente “*in relazione alle questioni per cui sono state richieste*”.

¹⁶⁰ Cfr. art. 6.5 II comma.

5.4 Il controllo della conformità (Capo IV).

Nel capo IV della proposta di direttiva in commento è contenuto (precisamente nell'art. 9) l'elenco dei soli¹⁶¹ obblighi amministrativi e delle misure di controllo che gli Stati membri possono imporre. Essi sono:

- q) *“l'obbligo per i prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro di presentare alle autorità competenti nazionali responsabili, al più tardi all'inizio della prestazione del servizio, una semplice dichiarazione riguardante l'identità del prestatore di servizi, la presenza di uno o più lavoratori distaccati chiaramente identificabili, il loro numero previsto, la durata e il luogo previsti della loro presenza e i servizi che giustificano il distacco”;*
- r) *“l'obbligo, durante il periodo di distacco, di mettere o mantenere a disposizione e/o di conservare in un luogo accessibile e chiaramente individuato nel suo territorio, come il luogo di lavoro o il cantiere, o per i lavoratori mobili del settore dei trasporti la base operativa o il veicolo con il quale il servizio è prestato, copie cartacee o elettroniche del contratto di lavoro (o di un documento equivalente ai sensi della direttiva 91/533/CEE, comprese, se del caso, le informazioni aggiuntive di cui all'articolo 4 di tale direttiva), dei fogli paga, dei cartellini orari e delle prove del pagamento delle retribuzioni, o di documenti equivalenti”;*
- s) *“l'obbligo di fornire una traduzione dei documenti di cui alla lettera b) può essere giustificato, purché si tratti di documenti di lunghezza non eccessiva e per i quali sono generalmente utilizzati modelli standard”;*
- t) *“l'obbligo di designare una persona di contatto abilitata a negoziare per conto del datore di lavoro, se necessario, con le parti sociali dello Stato membro nel*

¹⁶¹ In questo caso, dunque, tanto che per le misure di controllo che per gli obblighi amministrativi, l'elenco, a differenza di quello contenuto negli articoli 3.1 e 3.2, è rigorosamente tassativo.

quale ha luogo il distacco, secondo la legge e la prassi nazionali, durante il periodo in cui sono prestati i servizi”¹⁶².

Oltre ad elencare tassativamente gli obblighi e le misure che gli Stati membri “*possono imporre*”¹⁶³ ai prestatori di servizi, la proposta direttiva si cura di precisare che, anche nel campo di quelli consentiti, gli stessi Stati devono adoperarsi affinché “*le formalità relative al distacco dei lavoratori possano essere espletate **facilmente***”¹⁶⁴ dalle imprese, per quanto possibile a distanza e per via elettronica”¹⁶⁵.

Ai sensi del successivo articolo 10 la proposta di direttiva impone agli Stati di provvedere al fine di predisporre adeguati meccanismi di vigilanza ed ispezioni atti a far sì che, per così dire, gli obblighi e le misure elencate nell’articolo precedente non rimangano “sulla carta”¹⁶⁶. Tuttavia anche qui si può ravvisare come, a fronte di previsioni a carico dei prestatori di servizi (*rectius* le ispezioni che le imprese potrebbero subire), la proposta legislativa si sia curata di specificare che queste non devono essere discriminatorie e/o sproporzionate, imponendo agli Stati membri di assicurarsi di un tanto¹⁶⁷.

5.5. L’esecuzione degli obblighi (Capo V).

Il capo V contiene due articoli di grande importanza. Entrambi risultano essere pienamente conformi a quanto era stato suggerito dagli studi preparatori ed a quanto auspicato dal Parlamento Europeo in più di qualche risoluzione.

L’articolo 11, infatti, impone agli Stati membri di provvedere affinché i lavoratori distaccati che ritengano di aver subito un pregiudizio possano ricorrere ad efficaci meccanismi per poter denunciare “*direttamente*”¹⁶⁸ i loro datori di lavoro e

¹⁶² Cfr. art. 9.1.

¹⁶³ Cfr. art. 9.1.

¹⁶⁴ Grassetto dello scrivente.

¹⁶⁵ Cfr. art. 9.2.

¹⁶⁶ Cfr. art. 10.1.

¹⁶⁷ Cfr. art. 10.2.

¹⁶⁸ Cfr. art. 11.1.

affinché il diritto alle azioni giudiziarie e amministrative sia garantito anche successivamente alla conclusione del rapporto di lavoro transnazionale¹⁶⁹.

La disposizione appena riportata, se da un lato appare fortemente innovativa dall'altro, non solo si pone in linea di continuità con gli studi e con le risoluzioni ma risulta esattamente conforme a quanto statuito dalla Carta dei diritti fondamentali la quale afferma che *“ogni individuo [...] ha diritto ad un ricorso effettivo¹⁷⁰ dinanzi a un giudice”*.

Ma c'è di più!

L'articolo 11 infatti non solo facilita l'esperimento di azioni giudiziarie e amministrative, ma individua nuovi legittimati attivi per l'eventuale proposizione delle stesse: si tratta delle *“organizzazioni sindacali e altre parti terze, quali associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che hanno, in base ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, un interesse legittimo a veder rispettate le disposizioni della presente direttiva, possano, per conto o a sostegno del lavoratore distaccato o del suo datore di lavoro, con la sua approvazione, promuovere ogni procedimento giudiziario o amministrativo diretto a ottenere l'applicazione della presente direttiva e/o l'esecuzione degli obblighi da essa risultanti”*¹⁷¹.

Infine è fatto obbligo agli Stati membri di predisporre adeguati strumenti che consentano ai lavoratori distaccati (ed in particolare anche a coloro che abbiano fatto ritorno nel proprio Stato membro) di riscuotere:

- *“le remunerazioni arretrate loro spettanti in base alle condizioni di lavoro di cui all'articolo 3 della direttiva 96/71/CE”*;

¹⁶⁹ Naturalmente la proposta di direttiva si cura di precisare che ciò lascia impregiudicate *“la competenza degli organi giurisdizionali degli Stati membri, quale stabilita, in particolare, nei pertinenti strumenti del diritto dell'Unione e/o in convenzioni internazionali”* (art. 11.2) e *“le norme nazionali relative ai termini di prescrizione o ai termini entro cui possono essere proposte azioni simili e le norme nazionali di procedura concernenti la rappresentanza e la difesa in giudizio”* (art. 11.4).

¹⁷⁰ Grassetto dello scrivente.

¹⁷¹ Cfr. art. 11.3.

- *“il rimborso degli importi eccessivi, in relazione alla retribuzione netta o alla qualità dell'alloggio, trattenuti o dedotti dal salario in contropartita dell'alloggio fornito dal datore di lavoro”*.

* *

L'art. 12 risulta essere di portata ancor più innovativa. Esso infatti obbliga gli Stati membri - sia pur limitatamente al settore dell'edilizia, e sia pur con modalità trasparenti, non discriminatorie e proporzionate¹⁷² - a predisporre un sistema che istituisca la responsabilità del contraente per quanto riguarda le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati da parte dei sub contraenti, e ciò in particolare con riferimento a:

- le *“retribuzioni nette arretrate corrispondenti alle tariffe salariali minime e/o dei contributi dovuti a fondi o istituzioni comuni delle parti sociali, se rientranti nell'articolo 3, paragrafo 1 della direttiva 96/71/CE”*;
- i *“rimborsi di imposte o contributi sociali indebitamente trattenuti dal salario”*.

Sebbene il successivo paragrafo 2 si curi di precisare che non dev'essere *“ritenuto responsabile in forza di quanto previsto dal paragrafo 1”* il contraente che abbia adempiuto agli obblighi di diligenza, la portata innovativa della disposizione nel suo complesso non ne risulta compromessa. Ciò per due motivi:

- *in primis* lo stesso paragrafo 2 specifica quali sono gli adempimenti che permettono l'esonero dalla responsabilità;
- *in secundis* è concessa agli Stati membri, sia pur nel rispetto del diritto dell'Unione e del principio di responsabilità, la possibilità di prevedere norme ancor più rigorose in materia.

Vi è poi, infine, una disposizione simile a quella di cui all'art. 8 della *direttiva distacco* ai sensi della quale (art. 11.4) è previsto che la Commissione - entro tre anni dal recepimento, da parte degli Stati membri, di quanto statuito nella

¹⁷² Cfr. art. 12.2.

(proposta di) direttiva in commento – esamini l'applicazione delle norme di cui sopra¹⁷³ così da proporre, se del caso, le opportune modifiche.

5.6. Esecuzione transfrontaliera delle sanzioni amministrative (Capo VI) e le Disposizioni finali (Capo VII).

La necessità di rendere effettivi tutti gli obblighi che la proposta di direttiva predispone (ivi inclusi quelli derivanti dalla *direttiva distacco*) riempie di grande importanza anche il capo VI, relativo all'esecuzione transfrontaliera delle sanzioni amministrative.

D'altronde non sembra illogico affermare che la natura *transnazionale* dell'istituto che ci si propone di meglio regolamentare necessita, giocoforza, per la tutela dello stesso, dell'imposizione di sanzioni che siano *transfrontaliere*.

Il problema dell'assenza delle misure di cui sopra era noto da tempo alla Commissione la quale, già nel 2003, segnalava che l'esecuzione delle sanzioni rappresentava uno dei primi problemi pratici riscontrati¹⁷⁴, così auspicando per il futuro l'adozione all'uopo più semplice ed efficace¹⁷⁵.

Venendo al contenuto delle disposizioni in materia, gli articoli 13-16 del progetto di direttiva enucleano un vero e proprio regolamento procedurale, attraverso l'espletamento del quale le autorità di uno Stato membro possono chiedere a quelle di un altro di riscuotere una sanzione (o di notificare una decisione che ne impone una) irrogata secondo le proprie disposizioni nazionali. A fronte di un tanto è però previsto che la procedura di riscossione (o di notifica) venga sospesa qualora il destinatario del provvedimento abbia provveduto ad impugnare detti atti.

La Proposta si conclude con le norme di cui al capo VII tra cui meritano un accenno gli articoli 18 e 21.

¹⁷³ In consultazione con gli Stati membri e con le parti sociali "a livello di Unione Europea".

¹⁷⁴ *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni relativa all'applicazione della direttiva 96/71/CE negli stati membri*, COM (2003) 458, Bruxelles, 25 luglio 2003, p. 19.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 20.

Il primo stabilisce che la cooperazione amministrativa deve attuarsi per mezzo del “*sistema di informazione del mercato interno*” - istituito dal c.d. regolamento IMI¹⁷⁶ – ed acconsente a che gli Stati membri continuino “*ad applicare gli accordi bilaterali concernenti la cooperazione amministrativa tra le loro autorità competenti per quanto riguarda l'applicazione e il monitoraggio delle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati di cui all'articolo 3 della direttiva 96/71/CE*”¹⁷⁷

Ai sensi del secondo è invece previsto, in capo alla Commissione, l'onere di presentare al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo – entro cinque anni dalla scadenza del termine per il recepimento¹⁷⁸ - una relazione sull'attuazione della (proposta di) direttiva accompagnata, se del caso, dalle opportune proposte.

¹⁷⁶ Reg. n. 1024/2012 del 25 ottobre 2012 *relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno e che abroga la decisione 2008/49/CE della Commissione («regolamento IMI»)* in Gazzetta L 316/1 del 14 novembre 2012.

¹⁷⁷ A condizione che “*tali accordi non abbiano effetti negativi sui diritti e sugli obblighi delle persone e delle società*” (Cfr. art. 18.2)

¹⁷⁸ Che, ai sensi dell'art. 20, è di due anni.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

*La mobilità dei lavoratori ha grandemente contribuito all'occupazione, alla prosperità e all'integrazione europea, dando ai cittadini nuove opportunità di sviluppare le proprie conoscenze e la propria esperienza e al tempo stesso di conseguire migliori standard di vita*¹⁷⁹.

Se un tanto è sicuramente da riconoscersi, molto sono state le aberrazioni di un sistema che, sovente, ha finito per privilegiare le libertà economiche sui diritti sociali¹⁸⁰.

In questo senso non si possono che accogliere favorevolmente le due proposte legislative appena illustrate, le quali hanno l'indubbio merito di tendere a un riequilibrio di piani (quello economico da un lato e quello sociale dall'altro) che lo stesso Trattato di Lisbona pare voler conciliare attraverso l'emblematica espressione "*economia sociale di mercato fortemente competitiva*"¹⁸¹.

Per quanto consta, le dette proposte risultano aver recepito la gran parte dei rimedi che, nel corso di dieci anni¹⁸², eminenti studiosi e le stesse istituzioni europee avevano proposto per la soluzione dei problemi che si erano palesati.

In ordine alla proposta di direttiva vanno indubbiamente menzionate la previsione di un sistema di responsabilità solidale, l'implementazione del sistema di informazione e di cooperazione amministrativa, l'istituzione di efficaci meccanismi diretti a favorire il facile accesso alla tutela giurisdizionale, e ciò anche attraverso il conferimento al sindacato della legittimazione attiva.

Alla proposta di regolamento va, invece, attribuito l'indubbio merito di aver chiarito, prima di ogni altra cosa, a chiare lettere, che il diritto di promuovere

¹⁷⁹ Parlamento europeo, *Risoluzione sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea*, Strasburgo, 22 ottobre 2008.

¹⁸⁰ Ci si riferisce, ovviamente, all'assetto delineato dalle sentenze del c.d. *quartetto Laval*.

¹⁸¹ Cfr. art. 3.3. TUE.

¹⁸² Come oramai nota la prima relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 96/71/CE risale al gennaio 2003. Sul punto si veda quanto esposto nel capitolo V del presente elaborato al paragrafo 2.

azioni collettive e di sciopero non può essere considerato restrittivo delle libertà fondamentali di stabilimento e di libera prestazione di servizi¹⁸³.

Entrambi gli strumenti legislativi proposti non sono tuttavia esenti, a parere di chi scrive, da qualche criticità.

Quanto alla proposta di regolamento, sorge, innanzitutto, più di qualche dubbio in ordine la sua effettiva possibilità di adozione. Risulta infatti assai arduo liquidare come manifestamente infondate le tesi delle associazioni datoriali che hanno tacciato di inammissibilità la proposta di cui sopra, avuto riguardo che, tuttora, l'odierno art. 153.5 T.F.U.E. (ex 137.5 TCE) non conferisce potestà legislativa all'Unione europea in materia di *retribuzioni, diritto di associazione, diritto di sciopero e serrata*¹⁸⁴. A prescindere dalle controdeduzioni che, sull'argomento, si potrebbero porre a mezzo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo¹⁸⁵, di un tanto sembra essere consapevole la stessa Commissione la quale, giustappunto, tenta di precisare in diverse maniere che la proposta in commento, mirando solamente a delineare “*i principi generali e le norme applicabili [...] in materia di esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi*” non intende pregiudicare in alcun modo “*l'esercizio dei diritti*

¹⁸³ Cfr. art. 2.

¹⁸⁴ Si veda quanto espresso da BUSINESS EUROPE nel Position Paper “*Regulation on the exercise of the right to take collective action*” d.d. 21 maggio 2012 in www.businesseurope.eu.

¹⁸⁵ Giurisprudenza che, alla luce del richiamo operato dall'art. 6 TUE, è ora vincolante. Si vedano in particolare le sentenze CEDU del 12 novembre 2008 *Demir e Baykara c. Turchia* (in particolare punti 145, 153e 154) e del 27 aprile 2010, *Vördur Olaffson c. Islanda*, (in particolare punti 74 e 75) in www.echr.coe.int secondo le quali il diritto. Tali sentenze, pur riconoscendo che “*il diritto di contrattazione collettiva e di negoziare e stipulare accordi collettivi è un elemento intrinseco della libertà di associazione*” hanno precisato che gli stati “*vista la grande diversità esistente tra i sistemi nazionali in questo campo*” godono di ampio margine “*nel valutare come possa essere garantita la libertà dei sindacati di tutelare gli interessi occupazionali dei loro iscritti*”. Ma, tuttavia, “*tale margine non è illimitato, ma è soggetto alla supervisione a livello europeo ad opera della Corte, il cui compito è pronunciarsi in via definitiva stabilendo se una determinata restrizione sia conciliabile con la libertà di associazione, quale tutelata dall'articolo 11 della convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)*”. Sul punto si veda la relazione introduttiva alla *Proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi* COM(2012) 130 def., Bruxelles, 21 marzo 2012 cit., p. 4.

*fondamentali riconosciuti negli Stati membri*¹⁸⁶ nonché *“il ruolo dei tribunali nazionali nelle controversie di lavoro”*¹⁸⁷.

Con riferimento, invece, alla proposta di direttiva va in primo luogo osservato che alcuni dettagli della stessa potrebbero, astrattamente, vanificarne il complessivo buon contenuto.

Si pensi, ad esempio, all'art. 3 della stessa. Esso elenca una serie di indici al fine di determinare, da un lato, se il datore di lavoro sia realmente stabilito nel *send state*, dall'altro, se il lavoratore sia effettivamente temporaneamente distaccato. Tuttavia la Proposta precisa che la valutazione è adattata in funzione *“dei casi specifici [...] della natura e della attività svolte dall'impresa”*, così da indurre l'interprete a ritenere che tali presunzioni (che, già di per sé, non paiono essere particolarmente stringenti) possano essere facilmente superabili.

La situazione si aggrava nell'elenco di cui al paragrafo 2. Ai sensi dell'ultimo capoverso dello stesso gli elementi descritti non possono essere valutati singolarmente, essendo fattori meramente *“indicativi di una valutazione complessiva”* che deve *“adattarsi a ogni caso particolare”* e tenere conto *“delle specificità della situazione”*.

Oltre a quanto appena descritto, si può, a parere di chi scrive, affermare che sono state perse due occasioni: da un lato, infatti, il progetto menziona il regolamento *Roma I* ma non ne chiarisce l'interazione con la direttiva 96/71¹⁸⁸; dall'altro si

¹⁸⁶ “[...]compreso il diritto o la libertà di sciopero o di promuovere altre azioni, contemplati dai sistemi di relazioni industriali specifici degli Stati membri, in conformità al diritto e alle prassi nazionali” oltre al “diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di promuovere azioni collettive in conformità al diritto e alle prassi nazionali”. Cfr. art. 1.2.

¹⁸⁷ “[...]nel valutare i fatti e nell'interpretare il diritto nazionale e nello stabilire, relativamente al campo di applicazione del presente regolamento, se e in quale misura l'azione collettiva a norma del diritto nazionale e delle norme dei contratti collettivi applicabili vada al di là di quanto è necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti” (art. 3.4) e precisando, peraltro, che meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie (nelle materie oggetto della Proposta) solamente negli Stati membri ove tali strumenti siano previsti *“in conformità al diritto, alle tradizioni o alle prassi nazionali”*(art. 3.1).

¹⁸⁸ Come era stato auspicato da A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the frame work of the provision of services in the*

riscontra il permanere della genericità dei concetti di *temporaneità* e di “*periodo di tempo limitato*”¹⁸⁹.

Su quest’ultimo punto è noto che diversi studiosi avevano suggerito di ancorare il concetto di temporaneità del distacco al termine di cui al previgente regolamento 1408/71¹⁹⁰, così da evitarne un’eccessiva dilatazione temporale. Ciò anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia che era sembrata, in assenza di parametri precisi, essere fin troppo elastica nell’interpretazione del concetto di temporaneità¹⁹¹. Sul punto una soluzione avrebbe potuto essere fornita, a parere di chi scrive, da un meccanismo di incentivazione simile a quello previsto in Italia dall’articolo 36 dello Statuto dei Lavoratori: la previsione di un limite temporale predefinito al distacco (ad esempio un anno¹⁹²) avrebbe potuto derogata solo attraverso l’osservanza dei contratti collettivi dello Stato ospitante.

In ultimo si può notare che il progetto di direttiva, se da un lato stabilisce con minuzia le sole misure di controllo e i soli obblighi che gli Stati membri possono, in materia, imporre, altrettanto non prevede in tema di sanzioni, dato che, come si è visto, il progetto di direttiva reca solamente delle norme volte a facilitarne l’esecuzione transfrontaliera. Anche su questo punto si sarebbe potuto auspicare

European Union, cit., pp. 277 – 278. Si rimanda inoltre a quanto esposto nel pragrafo 3 del capitolo V del presente elaborato.

¹⁸⁹ Cfr. art. 3.2 lett. f).

¹⁹⁰ J. CREMERS, P. DONDERS, *Free movement of workers in the European Union*, Bruxelles, 2004, pp. 21-22-28; M. HOUWERZIIL, *De Detacheringsrichtlijn, Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*, cit., p. 387.

¹⁹¹ Secondo la Corte il carattere della temporaneità deve essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa” e aggiungendo che “tale carattere temporaneo non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio) se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi. Sul punto si ricordano le sentenze *Schnitzer*, cit. (punto 28); *Gebhard*, cit. (punto 27); *Commissione c. Italia in Raccolta*, 2003, pp. 1659 ss.(in particolare punto 22).

¹⁹² Anche se ora il periodo di durata massima del distacco di cui al vecchio reg. 1408/71 è stato esteso da uno a due anni nulla vieta di prevedere un termine inferiore. Tant’è che i sindacati europei richiedevano che il periodo di durata massima fosse di tre mesi. Con riferimento a quanto richiesto dai sindacati si veda D. GOTTARDI, *Diritti sindacali e libertà economiche al parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, pp. 566 ss.

di più. In particolare, osservato che in alcuni stati¹⁹³ le sanzioni penali poste a deterrente delle violazioni in materia di distacco si sono rilevate particolarmente efficaci, a parere di chi scrive, bene avrebbe fatto la proposta di direttiva in commento a prevedere un sistema simile a quello sancito dalla direttiva 2008/99/CE in materia ambientale.

I rilievi fin qui esposti non devono tuttavia distogliere da quanto si è affermato nelle prime righe delle presenti considerazioni conclusive: le due proposte legislative analizzate vanno valutate in maniera complessivamente positiva in quanto hanno l'indubbio merito di aggiungere tutele ai lavoratori transnazionali. Pertanto, si crede che la prioritaria azione dell'Unione europea debba consistere, ad oggi, nell'adoperarsi affinché queste, da proposte, diventino atti legislativi comunitari a tutti gli effetti.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui quanto sopra auspicato non dovesse verificarsi, è doveroso mettere in luce che una soluzione alla buona parte dei problemi che si sono originati in tema di distacco transnazionale potrebbe essere già insita all'interno del diritto dell'Unione europea.

Come noto, infatti, con il Trattato di Lisbona, i diritti fondamentali dell'uomo – così come sanciti dalla Carta di Nizza – sono divenuti vincolanti¹⁹⁴, con la conseguenza che tutti gli atti legislativi di diritto derivato dovrebbero essere reinterpretati alla luce dei principi di cui alla Carta stessa.

Per quanto attiene al caso specifico, una reinterpretazione della direttiva 96/71 alla luce del generale divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza consentirebbe di evitare alla radice le situazioni di *dumping sociale* e di concorrenza sleale tra imprese causate da coloro che, sfruttando le incertezze del diritto, riescono a trasformare una libertà fondamentale in un intollerabile strumento di disparità.

¹⁹³ Ci si riferisce in particolare al Belgio. Sul punto si veda quanto esposto al paragrafo 3.2.1. del capitolo IV del presente elaborato.

¹⁹⁴ Ex art. 6 TUE.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Implementation Report for Bulgaria Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, Milieu – Environmental Law & Policy, 2009.

AA. VV., *Implementation Report for Romania Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, Milieu – Environmental Law & Policy, 2009.

AA. VV., *Contractual stability in football*, European Sports Law and Policy Bulletin, Sports Law and Policy Centre, Roma, 2011.

AA.VV., *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services*, ISMERI Europa, 2011.

AA.VV., *Study on the economic and social effects associated with the phenomenon of posting of workers in the EU*, IDEA Consult, ECORYS Netherlands, Bruxelles, 2011.

AA. VV., *Europa 2020: Limiti e prospettive per l'azione transnazionale degli attori sociali*, in *Quaderni della Fondazione Marco Biagi*, 2012, pp. 1 ss.

AGOSTINI M., *Il cittadino straniero extracomunitario non può accedere all'impiego pubblico*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, n.2, p. 302 ss.

AHLBERG K., BRUUN N., MALBERG J., *The Vaxholm case from a Swedish and European prospective*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe, Transfer*, 2006, n. 2, pp.156 ss.

ALES E., *Macroton II: la Corte di Giustizia abroga il monopolio pubblico del collocamento?*, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 107 ss.

ANGIOLINI V., *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in www.cgil.it

ARRIGO G., *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 1998, vol. I, pp. 272 ss.

BALANDI G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, I - Diritto del Lavoro*, Milano, 1998, pp. 46 ss.

BALLESTRERO M.V., *Lavoro subordinato e discriminazioni fondate sulla cittadinanza*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1994, pp. 509 ss.

BARATTA R., *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale dei contratti*, Milano, 1991.

BARBERA M., *La nozione di discriminazione*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1994, p. 71 ss.

BARNARD C., *Employment Rights, Free Movement under the EC Treaty and the Services Directive*, In M. RÖNNMAR, *EU industrial relations v. national industrial relations: comparative and interdisciplinary perspectives*, Kluwer Law International, 2008, pp. 137 ss.

BASSANINI F., TIBERI G., *Le nuove istituzioni europee: commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010

BASTIANON S., *Bosman, il calcio e il diritto comunitario*, in *Foro It.*, 1996, pp. 3 ss.

BATTISTI A.M., *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, in *Giur. Cost.*, 2008, pp. 3324 ss.

BESTAGNO F. - RADICATI DI BROZOLO L.G., *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007.

BIAGI M., *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*", in *Dir. Rel. Ind.*, n. 3/1996, pp. 3 ss.

BIANCHI D'URSO F., *Una sentenza "annunciata" in tema di libera circolazione dei calciatori nell'Unione europea*, in *Il Diritto del Lavoro*, 1996, pp. 14 ss.;

BILANCIA P. - D'AMICO M., *La Nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009.

BLANKE T., *Die Entscheidung des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rüffert – Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen*", in *www.etui-rehs.org*, 2008.

BLANPAIN R., *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006;

BLANPAIN R., *Implementation of the posting directive in Belgium*, in AA.VV. *Freedom of Services in the European Union: Labour and social security law*, Kluwer Law International, 2006, pp. 199 ss.

BONADUCE C., *L'interpretazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 alla luce del regolamento n. 44/2001 nelle pronunce della Corte di giustizia in Rivista di diritto internazionale*, 2003, pp. 746 ss.

BORELLI S., *Libera circolazione dei lavoratori*, in *Digesto. Discipline privatistiche, sezione commerciale, aggiornamento*, vol. II, Torino, 2003, pp. 640 ss.

BORELLI S., *Il campo di applicazione soggettivo della normativa comunitaria di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2005, pp. 509 ss.

BORELLI S., *La Corte di giustizia, l'edile polacco e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*", in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2008, pp. 879 ss.

BORZAGA M., *Nozione di "lavoratore", libertà di circolazione e diritto di soggiorno in ambito comunitario*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2004, n.2, p. 683 ss.

BRUUN N., *The Laval case, act III – Sweden's Labour Court rules union must pay high damages*, 2010, in www.nordiclabourjournal.org.

BRUUN N., JACOBS A., SCHMIDT M., *La convenzione 94 dell'Ilo alla luce del caso Rüffert*", [traduzione di a cura di Carlo Gnetti], in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2009, pp. 649 ss.

BUSINESS EUROPE, *Europe Posting of workers, Policy briefing*, 3 aprile 2012, in www.buinesseuropa.eu.

BUSINESS EUROPE, Position Paper "Regulation on the exercise of the right to take collective action" d.d. 21 maggio 2012 in www.buinesseuropa.eu.

CAMPAILLA S., *Società fornitrici di prestazioni di lavoro temporaneo: la disciplina italiana non dà garanzie di maggiore tutela del lavoratore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, n.2, pp. 782 ss.

CANSACCHI G., *La legge regolatrice del rapporto di lavoro svoltosi all'estero*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, pp. 5 ss.

CAPELLI F., *Il monopolio nazionale dei servizi di collocamento alla luce del diritto comunitario della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1995, n.1, pp. 23 ss.

CARABELLI U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, p. 33 ss. e in *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, Catania, 2006, n. 49.

CARABELLI U., *Note critiche a margine delle sentenze della corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, pp. 147 ss.

CARDONI G., *Libera circolazione dei lavoratori e sicurezza sociale nella Comunità europea*, in Pessi R. (a cura di), *Il sistema previdenziale europeo*, Padova, 1993.

CARELLA G. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009.

CARNAROLI A., *La libera circolazione dei dipendenti pubblici in Italia e in Francia*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2006, pp. 259 ss.

CARUSO B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, Catania, 2008, n. 61.

CASOLARI F., *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Milano 2009.

CASOTTI A. - GHEIDO R.G., *Distacco all'estero garantito per il lavoratore*, in www.job24.ilsole24ore.com, 2010.

CLARICH M., *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Rivista di Diritto Sportivo*, 1996, pp. 393 ss.

COLUCCI M., *Il rapporto di lavoro nel mondo dello sport*, in Colucci M. (a cura di), *Lo sport e il diritto*, Napoli, 2004, pp. 17 ss.

COLUCCI M. – FAVELLA R., *La stabilità contrattuale nei regolamenti FIFA e nella giurisprudenza rilevante*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 1/2011, pp. 39 ss.

COLUCCI M., *Gli atleti italiani: liberi di formarsi, liberi di giocare? Il vincolo sportivo e le indennità di formazione alla luce delle sentenze Bernard e Pacilli*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 1/2011, pp. 13 ss.;

COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Parere sul tema «La dimensione sociale del mercato interno»* (parere d'iniziativa) in *Gazzetta C44*, 11 febbraio 2011, pp. 90 ss.

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*, COM (2002) 654 def., Bruxelles, 14 gennaio 2003.

COMMISSIONE EUROPEA, *Report on the implementation of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, Bruxelles, gennaio 2003, in www.ec.europa.eu.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni relativa all'applicazione della direttiva 96/71/CE negli stati membri*, COM (2003) 458, Bruxelles, 25 luglio 2003.

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, COM (2005) 650 def., Bruxelles, 15 dicembre 2005.

COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, COM(2006) 159, Bruxelles, 4 aprile 2006, in www.eur-lex.europa.eu.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi - Massimizzarne i vantaggi e le potenzialità garantendo la tutela dei lavoratori* - Bruxelles, 13 giugno 2007, in www.eur-lex.europa.eu.

COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione sul rafforzamento della cooperazione amministrativa nel contesto del distacco di lavoratori nell'ambito di*

una prestazione di servizi del 31 marzo 2008, in Gazzetta, C 85/1 del 4 aprile 2008.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato della regioni. Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato*, COM (2010) 608 def., Bruxelles, 27 ottobre 2010 in www.eurlex.europa.eu.

COMMISSIONE EUROPEA, *Programma di lavoro della Commissione per l'anno 2011*, COM (2010) 623 Bruxelles, 2010 in www.ec.europa.eu.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia "Insieme per una nuova crescita"* COM (2011) 206 def., Bruxelles, 13 aprile 2011, in www.eur-lex.europa.eu.

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE1 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, COM (2012) 131 def., Bruxelles, 21 marzo 2012.

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi* (COM(2012) 130 def.) Bruxelles, 21 marzo 2012.

CONDINAZZI M., LANG A., NASCIMBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003

CONSIGLIO N., *Il diritto internazionale privato europeo del lavoro*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2005, p. 1886 ss.

CONSIGLIO N., *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della Corte di Giustizia CE in materia sindacale*, in *Lav. Giur.*, 2007, p. 969 ss.

CONVERTI A., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Matelica (Macerata), 2005.

- CORSALINI G., *Le prestazioni per infortuni sul lavoro e malattie professionali nel nuovo diritto comunitario (breve commento agli artt. 36-41, Reg. n. 883/2004)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, pp. 1912 ss.
- COSIO R., FOGLIA R., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Milano, 2010.
- CRAIG P. E DE BÚRCA G., *Eu Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003.
- CREMERS J., DONDERS P., *Free movement of workers in the European Union*, Bruxelles, 2004
- D'HARMANT-FRANCOIS A., *Collocamento e diritto comunitario: alcune riflessioni*, in *Dir. lav.*, 1994, II, pp. 109 ss
- DANIELE L., *I limiti alla libera circolazione: gli impieghi nella pubblica amministrazione e l'ordine pubblico*, in Nascimbene B. (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Milano, 1998, pp. 67 ss.
- DAVIES P., *Posted workers: single market or protection of national labour law system?* in *Common Market Law Review*, 1997 pp. 571 ss.
- DAVIES P., *The posted workers directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, pp. 298 ss.
- DAVIES G. *Nationality Discrimination in The European Internal Market*, L'Aia – Londra – New York, 2003.
- DE FELICE A., *Mobilità territoriale e impiego pubblico nella Cee*, in *Dir.lav.rel.ind.* 1991, pp. 331 ss.
- DE SALVIA A., *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Rüffert*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2008, pp. 1415 ss.
- DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, Milano, 2008.
- DI FILIPPO M., *La libera circolazione dei calciatori professionisti alla luce della sentenza Bosman*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, II, pp. 232 ss.
- DI PIETRO F., *Pubblico impiego solo per i cittadini U.E.*, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 44, pp. 19 ss.
- DOUGAM M.-SPAVENTA E., *Educating ruly and (non -) English patient: A double bill on residency under article 18 EC*, in *European Law Review*, 2003, pp. 699 ss.

DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione Europea, parte istituzionale-Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, Milano.

ESPOSITO M., *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Diritti Lavori e Mercati*, 2006, pp.571 ss.

ETUC, *Response to ECJ judgements Viking and Laval Resolution adopted by the Executive Committee of the ETUC at its meeting of 4 March in Brussels*, in www.etuc.org.

FERRARO G., *Gli anni '80: la dottrina lavoristica della marcia dei quarantamila a Maastricht*", in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'età repubblicana*, Napoli, 2008, pp. 202 ss.

FOGLIA R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pp. 806 ss.

FUCHS M., *Il diritto di cura all'estero nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea: la prospettiva tedesca*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza sociale*, 2004, pp. 623 ss.

GALANTINO L., *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2008,

GIUBBONI S., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in *Quaderni Dir. Lav. Rel. Ind.*, Torino, 2004, n. 27, pp. 9 ss.

GIUBBONI S., *Cittadinanza e mercato nella disciplina comunitaria di sicurezza sociale. Spunti per un dibattito sul Regolamento n. 883 del 2004*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2005, pp. 223 ss.

GIUBBONI S., ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Bologna, 2007.

GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Bari, 2008.

GNES M., *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 4681 ss.

GOTTARDI D., *Diritti sindacali e libertà economiche al parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, pp. 566 ss.

GRASSO M., *Gli ostacoli all'accesso degli stranieri al lavoro pubblico*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, n. 2, pp. 230 ss.

GUARISO A., *Sul principio di parità di trattamento tra lavoratori italiani ed extracomunitari*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, pp. 277 ss.

GUIZZI V., *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. com.*, 1993, I, pp. 277 ss.

HANDOLL J., *Article 48 EEC and Non-National Access to Public Employment*, in *European Law Review*, 1988, p. 223 ss.

HEPPLE B. - VENEZIANI B., *The transformation of labour law in Europe: a comparative study of 15 countries 1945-2004*, Oxford, 2009.

HOUWERZIJL M., *De Detacheringsrichtlijn, Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*, Tilburg, 2004.

ICHINO P., *Collocamento e lavoro interinale, la legge italiana al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, pp. 113 ss.

JACQMAIN J., *Nationality and language requirements for public posts in Belgium*, in *Industrial Law Journal*, 1991, p. 83 ss.

JAEGER M., *La notion d'emploi dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4 du traité CEE a travers la jurisprudence de la Cour*, in *Riv. dir. europeo*, 1990, p. 800 ss.

JAULT SESEKE F., *La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales*, in *Le droit international privé, esprit et méthodes Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz., 2004, p. 455 ss.

JAYME E., KOHLER CH., *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome*, in *Revue critique de droit international privé*, 1995, pp. 33 ss.

JORENS Y., VAN OVERMEIREN F., *Belgium*, in J. Cremers e P. Donders (a cura di) *"The free Movement of Workers in the EU. Directive 96/71/EC on the Posting of Workers within the Framework of the Provision of Services: its Implementation, Pratical Application end Operation"*, CLR Studies 4, Bruxelles, 2004, p. 69 ss.

LA TERZA M., *Le pensioni dei lavoratori migranti nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di Cassazione*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2008, n.2, pp. 427 ss.

LEANDRO A., *La tutela interna sui dipendenti "appaltati" non blocca l'applicazione di leggi straniere*, in *Guida al diritto - Diritto comunitario e internazionale*, 2008, fasc. 4, pp. 64 ss.

LHERNOULD J.P., *La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs - Le plombier polonais est-il mort ?*, in *Droit Social*, 2005, pp. 1191 ss.

LIMARDO E., *La sicurezza sociale comunitaria tra riforme istituzionali e allargamento dell'Unione Europea*, in *Il diritto del lavoro*, 2004, pp. 99 ss.

LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking* in *Lavoro e Diritto*, 2008, n. 1, pp. 63 ss.

LUCARELLI A. - PATRONI GRIFFI A., *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, 2009

LUGATO M., *Partecipazione di cittadini comunitari a concorsi universitari e condizioni di reciprocità*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, n.2, pp. 385 ss.

LYON CAEN A., *La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne*, in *Droit Social*, 1989, p. 528 ss.

MALBERG J., *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert, and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, 2010, in www.europarl.europa.eu.

MAMMONE G., *L'accesso al lavoro pubblico dei cittadini stranieri fra divieti di discriminazione e restrizioni all'accesso degli extracomunitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 272 ss.

MANCINI G., *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli stati membri*, in *Rivista di diritto europeo*, 1989, pp. 9 ss.

MARETTI S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pp. 1156 ss.

MARONGIU BUONAIUTI F., *La legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel Regolamento Ce n. 883/2004*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2010, n.3, p. 535 ss.

MARX K., *Kritik des Hegelshen Staatrechts* (tradotto da G. DELLA VOLPE "Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico", Roma, 1950, p. 70).

MATHER J.D., *The Court of justice and the Union citizen*, in *European Law journal*, 2005, p. 742 ss.

MATTEI A., *Il caso Koelzsch: come difendersi dal diritto straniero?* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2012, n.1, pp. 57 ss.

MENGOZZI P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Milano, 2006.

MERONE G., *Lo sport nel diritto dell'Unione Europea*, in Izzo C.G., Merone A., Tortora M., *Il diritto dello sport*, Torino, 2007, pp. 357 ss.

MICHELINI G., PICCONE V., *Giurisprudenza europea e diritti sociali, un rapporto da ripensare*, in www.europeanrights.eu.

MONTANARI A., *La parità di trattamento tra lavoratori italiani ed extracomunitari nell'accesso al pubblico impiego*, in *Arg. Dir. lav.*, 2007, pp. 208 ss

MONTI M., *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010, in <http://ec.europa.eu>.

MOREU M.A., *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union Européenne*", in *Journal du droit international*, 1996, pp. 890 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*, in *il Corriere giuridico*, 2008, n.10, pp. 1375 ss.

MORRONE A., *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2007.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991.

NADALET S., *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*", in *Lavoro e Diritto*, 2008, pp. 37 ss.

NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, 2005.

NAPPI S., *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in F. CARINCI- A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010.

NASCIMBENE B. - ABRUZZO F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002.

NOTARI V., *L'accesso del cittadino extracomunitario all'impiego pubblico*, in *Dir. lav.*, 2002, pp. 81 ss.

NOVITZ T., *Uk Implementation of the Posted Workers Directive 96/71*, in *Formula Working Paper*, University of Oslo - Department of Private Law, 2010, n.22, pp. 6 ss.

NUNIN R., *Libera circolazione dei lavoratori comunitari e diritti del coniuge extracomunitario*, in *Famiglia e Diritto*, 2002, n.6, pp. 577 ss.

NYSTROM B., *Final decision in the Laval case*, in *European Labour Law Journal*, 2010, vol. 1, n. 2, pp. 277 ss.

O'LEARY S., *Putting flesh on the bones of European citizenship*, in *European Law Review*, pp. 78 ss.

ORLANDI M., *Ostacoli alla libera circolazione dei calciatori e numero massimo di "stranieri comunitari" in una squadra: osservazioni in margine alla sentenza Bosman*, in *Giustizia Civile*, 1996, pp. 601 ss.

ORLANDINI G., *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi di tutela della concorrenza: incoerente e contraddizioni della direttiva n. 71 del 1996* in *Argomenti di diritto del lavoro* 1999, n.2, pp. 465 ss.

ORLANDINI G., *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Torino, 2003.

ORLANDINI G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2006, n. 3, pp. 947 ss.

ORLANDINI G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*”, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”*, Catania, 2008, n. 66.

ORLANDINI G., *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2009, n.4, pp. 549 ss.

PANAIOTTI L., *Requisiti per la fornitura di lavoro temporaneo e violazioni del Trattato CE*, In *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, n.4, pp. 666 ss.

PARLAMENTO EUROPEO, *Sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea, Risoluzione del 22 ottobre 2008 sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea*, in *Gazzetta C15E*, 21 gennaio 2010, pp. 50 ss.

PASCUCCI P., *Accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, pp. 379 ss.

PATURNO L., *Il caso Rüffert: la Corte di Giustizia CE fa un altro passo avanti nella 'via giudiziaria' al dumping sociale*", 2008, n. 2. in www.costituzionalismo.it.

PATURNO L., *La caduta del «principio lavorista. Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, pp. 524 ss.

PEDERSINI R., PALLINI M., *Posted workers in the European Union*, Eurofound, 2010, in www.eurofound.europa.eu.

POCAR F., *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, pp. 43 ss.

POCAR F., *Obbligazioni: dal dicembre 2009 al via le regole comuni sui contratti*, in *Guida al diritto - Diritto comunitario e internazionale*, 2008, n. 5, pp. 11 ss.

POCAR F., *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010.

POCAR F. – VIARENGO I., *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001

POSO V.A., *L'insostenibile leggerezza della retribuzione nelle aree depresse del paese alla ribalta di una nuova questione meridionale*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1998, II, pp. 666 ss.

POSO V.A., *Ancora sulla nozione della retribuzione adeguata e giusta ex art. 36 Cost.*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2001, II, pp. 658 ss.

PROIA G., *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, in *Atti delle giornate di studio dell'AIDLASS 25-26 maggio 2001*, Milano, 2002, pp.188 ss.

PROTTO M., *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern e la cittadinanza europea*, in *Diritto Pubblico*, 2000, n.3, pp. 877 ss.

RICCI G., *(In tema di) tutela dei lavoratori distaccati nella normativa europea*, in *Il Foro Italiano*, 2006, n.1, pp. 25 ss.

RIMOLI F., *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 4657 ss.

RIZZI G., *L'intervento della Corte di giustizia in tema di lavoro temporaneo* in *Il Foro Italiano*, 2002, pp. 425 ss.

ROCCELLA M., *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997.

ROCCELLA M. E TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2007.

RUSSI S., *Un brusco stop della Cassazione all'accesso dell'extracomunitario al pubblico impiego*, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2006, n. 4, pp. 1109 ss.

SACERDOTI G., *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in SACERDOTI G., FRIGO M., *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1993.

SALMONI F., *Diritti sociali e Unione Europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, pp. 531 ss.

SBRESCIA V.M., *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, Napoli, 2008.

SCIARRA S., *Viking e Laval: sciopero, contratto collettivo e libertà fondamentali nel mercato europeo*, in www.europeanrights.eu.

SCIORTINO A., *Qualche osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994, pp. 389 ss.

SCUDIERO L., *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1994, n.3, pp. 113 ss.

SIGNORINI E., *L'accesso al pubblico impiego dei cittadini extracomunitari*, in *Lav. giur.*, 2007, pp. 656 ss.

SKOURIS v., *Fundamental rights and fundamental freedom: The challenge of Striking a Delicate Balance*, in *European Business Law Review.*, 2006, p. 225 ss.

STOLFA F., *La retribuzione minima ex art. 36 Cost. e i limiti (sempre più evidenti) della supplenza giurisprudenziale* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pp. 299 ss.

SUPIOT A., *L'Europe gagnée par «l'économie comuniste de marché»*, in www.europeanrights.eu

TASSONE A.R., *Monopoli pubblici e abuso di posizione dominante*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, pp. 1329 ss.

TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010.

TORINO R., *Diritto di stabilimento delle società e trasferimento transnazionale della sede*, in *Aspetti d'interesse notarile nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2012.

TORTINI S., *Il distacco dei lavoratori tra la Direttiva comunitaria ed i faticosi passi della disciplina nazionale*, in *Lav. Giur.*, 2011, n.8, p. 779 ss.

TOSI P., LUNARDON F. *Introduzione al diritto del lavoro. 2-L'ordinamento europeo*", Roma-Bari, 2005.

TOZZOLI S., *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, in TURSI A. (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Torino, 2005, pp. 63 ss.;

TRAINA D.M., *Libertà di circolazione nella Comunità europea e pubblico impiego in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, n.2, pp. 329 ss.

TRAVERSA E., *Libera prestazione di servizi e distacco dei lavoratori*, in F. Carinci – A. Pizzoferrato A., *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, 2010.

TRIFONE L., *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 2005, p. 7 ss.

VACHET G., *Le Egalité de traitement entre travailleurs comunautaires*, in *Droit Social* 1989, pp. 537 ss.

VAN OVERBEEK W., *AIDS/HIV infection and the free movement of person within the Community*, in *Common Market Law Review*, 1990, pp. 792 ss.

VAN HOEK, A. - HOUWERZIJL M.S. (a cura di), *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of*

services in the European Union, 2011, University of Amsterdam in www.ec.europa.eu.

VENEZIANI B. “*La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*”, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, n. 126, pp. 257 ss.

VENTURI P., *Alcune osservazioni sui contratti individuali di lavoro nella proposta di regolamento “Roma I”*, in P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I»*, Padova, pp. 62 ss.

VENTURINI G., *Diritto internazionale privato. Diritti reali e obbligazioni* in *Trattato di diritto internazionale* diretto da BALLADORE PALLIERI G. – MORELLI G. – QUADRIRI. (a cura di), vol. II, 1956.

VIDIRI G., *Il “Caso Bosman” e la circolazione dei calciatori professionisti nell’ambito della Comunità europea*, in *Foro It.*, 1996, pp. 13 ss.

VILLANI U., *I contratti di lavoro*, in *Verso una legge comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di T. Treves, Padova, 1983.

VILLANI U., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000.

VILLANI U., *La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento “Roma I”*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, pp. 56 ss.

ZANOBETTI A., *Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the european court of justice*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, N° 2, pp. 338 ss.