



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in  
Studi Giuridici Comparati ed Europei

**candidato: Paolo Amato**

**Libera circolazione delle imprese,  
distacco di manodopera e tutela dei  
lavoratori**

**Relatore Prof. Giorgio Bolego**

Anno Accademico 2008-2009

## INDICE

ABSTRACT.....	1
PREMESSE.....	3
CAPITOLO PRIMO.....	6
I PRINCIPI FONDAMENTALI: LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI E DELLE IMPRESE.....	6
1. Brevi cenni introduttivi.....	6
2. La libera circolazione dei servizi.....	7
2.1 <i>L'interpretazione estensiva della nozione di servizio</i> .....	7
2.2 <i>Le differenze con le altre libertà fondamentali</i> .....	10
2.3 <i>Il carattere transnazionale della prestazione</i> .....	13
2.4 <i>La natura temporanea del servizio</i> .....	16
3. I soggetti destinatari della libera circolazione dei servizi.....	19
4. La disciplina e gli effetti della libertà in esame.....	23
4.1 <i>Il diritto di uscita, di ingresso e di residenza</i> .....	23
4.2 <i>Il divieto di discriminazione</i> .....	27
4.3 <i>Le discriminazioni dirette</i> .....	29
4.4 <i>Le discriminazioni indirette</i> .....	31
4.5 <i>Le discriminazione alla rovescia</i> .....	33
4.6 <i>Le restrizioni non discriminatorie</i> .....	35
5. Le eccezioni alla libera circolazione dei servizi.....	37
5.1 <i>Le ipotesi previste dal Trattato</i> .....	38
5.2 <i>Le ipotesi connesse a motivi imperativi di interesse generale</i> .....	40
6. Il diritto di stabilimento delle imprese.....	42
6.1 <i>Ambito di applicazione</i> .....	42
6.2 <i>La definizione di attività non salariata</i> .....	47
6.3 <i>Esercizio di attività in forma stabile e continuativa</i> .....	48
6.4 <i>Il principio del trattamento nazionale</i> .....	50
7. Il reciproco riconoscimento delle qualifiche.....	51
8. Gli eventuali abusi connessi alla libera circolazione delle imprese.....	53
CAPITOLO SECONDO.....	55
LA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO DEI SERVIZI: LA DIRETTIVA BOLKESTEIN.....	55
1. Brevi cenni introduttivi.....	55
2. Gli obiettivi della Direttiva: la realizzazione del mercato unico dei servizi.....	57
2.1 <i>La Direttiva quale strumento di attuazione della "Strategia di Lisbona"</i> .....	57
2.2 <i>Eliminazione degli ostacoli e liberalizzazione del mercato dei servizi</i> .....	60
2.3 <i>L'impatto del processo di liberalizzazione sugli aspetti sociali</i> .....	62
3. Ambito di applicazione ed esclusione degli aspetti lavoristici.....	66
3.1 <i>L'esclusione degli aspetti giuslavoristici e le conseguenze sulla tutela dei lavoratori</i> .....	69
3.2 <i>Il problema del bilanciamento degli interessi sottostanti alla liberalizzazione dei mercati e le competenze dell'Unione Europea</i> .....	75
4. Gli Strumenti di liberalizzazione e di semplificazione adottati dalla Direttiva.....	78

4.1	<i>La semplificazione delle procedure amministrative e la riduzione dei tempi di insediamento delle imprese</i> .....	78
4.2	<i>Sportello unico e l'introduzione di un "interlocutore unico"</i> .....	80
4.3	<i>La libera circolazione delle informazioni nel mercato dei servizi ed i vantaggi per il prestatore</i> .....	81
4.4	<i>L'adozione di procedure elettroniche e lo snellimento delle pratiche burocratiche</i> .....	81
4.5	<i>Regimi di autorizzazione e semplificazione delle procedure</i> .....	82
4.5.1	<i>Giustificazione delle autorizzazioni e criteri di rilascio</i> .....	84
4.5.2	<i>La semplificazione delle procedure di autorizzazione</i> .....	85
5.	<i>L'impatto sul diritto di stabilimento</i> .....	86
6.	<i>L'impatto sulla libera circolazione dei servizi</i> .....	90
6.1	<i>Le eccezioni contemplate dalla Direttiva alla libera circolazione dei servizi. Deroghe generali</i> .....	92
6.1.1	<i>Deroghe specifiche</i> .....	93
6.1.2	<i>Deroghe giustificate da ragioni di sicurezza</i> .....	95
7.	<i>L'innovativo aspetto della tutela dei diritti del destinatario del servizio</i> .....	96
7.1	<i>La promozione della qualità dei servizi nell'ottica della tutela del destinatario</i> .....	97
8.	<i>La funzione di controllo nel mercato: l'adozione di una cooperazione amministrativa tra Autorità Pubbliche</i> .....	99
9.	<i>Il controverso principio della regolamentazione del Paese di origine</i> .....	100
9.1	<i>L'eventuale effetto di dumping connesso al principio</i> .....	103
10.	<i>La segmentazione dei mercati e l'inadeguatezza della normativa in vigore a protezione dei lavoratori in distacco</i> .....	104

CAPITOLO TERZO	.....	109
LO STRUMENTO DI ATTUAZIONE DEI SERVIZI TRANFRONTALIERI: IL DISTACCO DI MANODOPERA IN AMBITO COMUNITARIO	.....	109
1.	<i>Considerazioni introduttive</i> .....	109
2.	<i>Il ruolo del diritto internazionale privato e della Direttiva 96/71/CE nel processo di integrazione del mercato unico</i> .....	111
3.	<i>I principi giurisprudenziali in materia di distacco antecedenti alla Direttiva 96/71/CE</i> .....	115
3.1	<i>I Casi Rush Portuguesa e Vander Elst</i> .....	115
3.2	<i>Il caso Arblade</i> .....	121
4.	<i>La Direttiva 96/71/CE ed il distacco nell'ambito di una prestazione di servizi</i> .....	123
4.1	<i>Caratteristiche essenziali ed ambito di applicazione della Direttiva</i> .....	123
4.2	<i>Le ipotesi di distacco contemplate dalla Direttiva</i> .....	124
4.3	<i>La portata estensiva della nozione di "distacco" in ambito comunitario e le problematiche da essa derivanti</i> .....	126
4.3.1	<i>Le differenze tra la nozione di distacco a livello comunitario e la definizione a livello interno: il caso italiano</i> .....	129
5.	<i>Le condizioni di lavoro applicabili al lavoratore distaccato</i> .....	135
5.1	<i>Le eccezioni contemplate dalla Direttiva</i> .....	139
6.	<i>Efficacia dei contratti collettivi e tutela dei diritti sociali alla luce delle recenti della Corte di Giustizia</i> .....	141

6.1	<i>Le problematiche connesse alla efficacia soggettiva dei contratti collettivi..</i>	141
6.2	<i>Brevi considerazioni sull'efficacia soggettiva dei contratti collettivi nel sistema italiano.....</i>	143
6.2.1	<i>Il diritto alla parità di trattamento tra diritto internazionale e diritto comunitario.....</i>	146
7.	<i>Alla ricerca di un equilibrio tra libertà economiche e diritti dei lavoratori alla luce delle recenti della Corte di Giustizia.....</i>	150
7.1	<i>Le implicazioni sulle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori in distacco alla luce del caso Laval.....</i>	152
7.1.1	<i>I fatti sottesi alla controversia.....</i>	152
7.1.2	<i>I principi espressi dalla sentenza.....</i>	153
7.1.3	<i>Considerazioni a margine della sentenza.....</i>	156
7.2	<i>Il ruolo delle clausole sociali ed il discutibile limite dell'ordine pubblico alla luce della sentenza Rüffert.....</i>	159
7.2.1	<i>I fatti sottesi alla controversia.....</i>	159
7.2.2	<i>I principi espressi dalla sentenza.....</i>	160
7.2.3	<i>Considerazioni a margine della sentenza.....</i>	162
8.	<i>Il diritto alla libera circolazione delle persone quale substrato normativo della mobilità all'estero dei lavoratori in distacco.....</i>	167
8.1	<i>L'estensione dei diritti ai cittadini neocomunitari.....</i>	170
9.	<i>Considerazioni conclusive.....</i>	172
CAPITOLO IV .....		175
CIRCOLAZIONE DELLE IMPRESE ED IMPATTO SULLA TUTELA DEI LAVORATORI. ALLA RICERCA DELLA NORMATIVA DI PROTEZIONE APPLICABILE.....		175
1.	<i>Libertà di stabilimento e law shopping: riflessioni introduttive sugli effetti dell'art. 43 Trattato CE nel settore dei trasporti marittimi.....</i>	175
1.1	<i>Un caso emblematico di law-shopping: cambio di bandiera e normativa internazionale.....</i>	177
2.	<i>Diritto di stabilimento delle compagnie marittime e ruolo delle azioni collettive. Il caso Viking Line.....</i>	181
2.1	<i>I fatti sottesi alla controversia.....</i>	181
2.2	<i>I principi emersi dalla sentenza.....</i>	182
2.2.1	<i>Le azioni collettive quale possibile eccezione alle libertà espresse dal Trattato.....</i>	185
2.3	<i>Considerazioni a margine della sentenza.....</i>	187
3.	<i>Il diritto internazionale privato come possibile rimedio.....</i>	198
3.1	<i>La Convenzione di Roma.....</i>	198
3.1.1	<i>Contratti individuali di lavoro e legge applicabile: uno strumento di protezione per i lavoratori?.....</i>	200
3.2	<i>Cenni sui limiti all'applicazione della legge richiamata.....</i>	204
3.3	<i>L'avvenuta "comunitarizzazione" della Convenzione di Roma: Il regolamento CE n. 593 del 2008.....</i>	209
3.3.1	<i>Il principio generale: la libertà di scelta della legge applicabile al contratto di lavoro.....</i>	210

3.3.2	<i>I criteri generali di individuazione della legge applicabile in mancanza di scelta delle parti</i> .....	212
3.4	<i>L'eccezione alla regola generale: la legge applicabile ai contratti individuali di lavoro, norme imperative e tutela del lavoratore</i> .....	216
3.5	<i>La protezione dei lavoratori itineranti: il caso particolare del settore dei trasporti</i> .....	222
4.	<i>Le problematiche connesse al regime di sicurezza sociale applicabile ai lavoratori migranti</i> .....	224
4.1	<i>Brevi cenni sull'ambito di applicazione del Regolamento 1408/71</i> .....	225
4.2	<i>Il principio di territorialità quale forma indiretta di limitazione dei fenomeni di law shopping</i> .....	228
4.3	<i>Il principio di non discriminazione</i> .....	231
4.4	<i>Il principio dell'esportabilità delle prestazioni</i> .....	232
4.5	<i>Il principio della totalizzazione a tutela dei diritti previdenziali dei lavoratori</i> .....	234
5.	<i>Considerazioni in merito al livello di protezione dei lavoratori nell'ordinamento internazional-privatistico</i> .....	235
	CONCLUSIONI.....	238
	BIBLIOGRAFIA.....	249

## ABSTRACT

Il presente lavoro si prefigge l'obiettivo di analizzare l'impatto che le libertà di circolazione delle imprese e dei servizi, nella loro applicazione combinata, possono avere sulla tutela dei diritti dei lavoratori e segnatamente sulla manodopera in distacco nell'ambito di una prestazione di servizi.

I recenti processi di liberalizzazione, ed in particolare la liberalizzazione del mercato dei servizi, operata per il tramite della Direttiva *Bolkestein*, nonché l'allargamento ad Est dell'Unione Europea, hanno evidenziato come all'interno del mercato unico vi sia un forte attrito (e squilibrio) tra interessi di impresa e tutela dei diritti sociali.

Tale attrito è stato di recente amplificato da talune sentenze della Corte di Giustizia (*Laval*, *Viking*, *Ruffet* e *Lussemburgo*), le quali hanno di fatto subordinato (e degradato) i diritti fondamentali dei lavoratori, così come i più importanti diritti sociali, quali il diritto alla negoziazione collettiva ed il diritto di sciopero, a mere e potenziali restrizioni del diritto di stabilimento delle imprese, sancito dall'art. 43 Trattato CE e del diritto alla libera circolazione dei servizi, previsto dall'art. 49 Trattato CE.

Nella ricerca è stato quindi evidenziato, a più riprese, come accanto al processo di liberalizzazione progressivamente attuato, ed all'integrazione di mercati segmentati (ovvero di Paesi con tutele inferiori rispetto a quelli già membri), l'Unione Europea non abbia adottato un'adeguata normativa di protezione, lasciando il compito di garantire i diritti fondamentali dei lavoratori alla sola Direttiva 96/71/CE (in materia di distacco di manodopera) ed – indirettamente - alla normativa internazionale-privatistica, per quanto concerne l'individuazione della legge applicabile ai rapporti con elementi di internazionalità.

Tali normative sono state analizzate nel dettaglio, al fine di evidenziare le lacune esistenti nell'ordinamento comunitario (soprattutto a seguito dei principi emersi nelle sentenze sopra citate) e ricercare un punto di equilibrio tra gli interessi che si contrappongono nel mercato unico, ovvero tra il valore assoluto riconosciuto dalla Corte di Giustizia alle libertà economiche previste dal Trattato e le ragioni ed i diritti da riconoscersi alle organizzazioni sindacali ed alla manodopera impiegata nell'ambito di una prestazione di servizi.

#### ABSTRACT

In tale contesto, ci si è concentrati sulle questioni attinenti alla tutela dei lavoratori operanti nel settore dei trasporti, soprattutto alla luce dei principi emersi nella sentenza *Viking Lines*, cercando di verificare se la normativa internazionale-privatistica ed in particolare il Regolamento Roma I, potessero offrire una risposta alle esigenze di tutela di tali lavoratori.

Infine, da tutta l'analisi e le ricerche condotte è emersa una conclusione ritenuta inevitabile, ovvero la necessità di procedere ad una riforma della normativa esistente, ed in particolare della Direttiva 96/71/CE, atto concepito all'epoca in cui il mercato unico risultava sostanzialmente omogeneo e con un generale livello di tutela condiviso in tutti gli Stati (allora) membri e che ad oggi, invece, risulta inadeguata a perseguire lo scopo per il quale essa era stata pensata ed adottata.

## PREMESSE

Il presente lavoro persegue lo scopo di analizzare gli effetti della combinazione delle libertà fondamentali di circolazione delle imprese e dei servizi, con particolare riguardo all'attività economica delle imprese, sulla protezione dei lavoratori distaccati nell'ambito della prestazione di un servizio o tra imprese appartenenti allo stesso gruppo, ma stabilite in Paesi membri differenti.

In particolare, l'attenzione della ricerca sarà rivolta al mercato dei servizi, il quale rappresenta circa il 70% del Prodotto Interno Lordo - e la maggiore fonte di occupazione - nei Paesi UE.

Il dato appena riportato è altresì testimoniato, da un punto di vista giuridico, dal crescente interesse, dimostrato dalla Corte di Giustizia per il settore dei servizi, che sin dal 1990, con decisioni mirate ad abbattere ogni ostacolo alla completa libertà di imprese, ne ha segnato i caratteri essenziali, anche a discapito della manodopera impiegata, la cui tutela è giunta sino a divenire una potenziale restrizione dei diritti di impresa.

Sulla base di tale intento, nel primo capitolo saranno analizzati i principi e le libertà fondamentali di circolazione dell'impresa e dei servizi, oggetto necessario di indagine sia per inquadrare le problematiche che saranno trattate nei capitoli successivi sia per evidenziare come la strumentalizzazione e l'utilizzo combinato di dette libertà possa consentire alle imprese di attuare pratiche di *law-shopping* e di *dumping* sociale, tollerate dal diritto comunitario, seppur realizzate sulla base di una riduzione dei costi del lavoro e di sfruttamento della manodopera impiegata.

Il secondo capitolo sarà dedicato all'analisi della Direttiva *Bolkestein*, strumento di attuazione delle libertà menzionate, adottata al fine di dare maggiore impulso alla liberalizzazione del mercato dei servizi e nell'intento di abbattere ogni resistenza residua alla circolazione dei servizi di impresa. Seppur la Direttiva non impatta direttamente sugli aspetti giuslavoristici, tenuti volutamente fuori dal suo ambito di applicazione, si proverà ad effettuare una disamina degli istituti giuridici da essa predisposti, dimostrando come l'atto sia invece suscettibile di generare effetti indiretti, negativi, di sfruttamento della manodopera, sulla base di un ragionamento che - partendo dalla segmentazione dei mercati e dai differenti livelli di tutela previsti dagli ordinamenti degli Stati membri - si dimostri come la sola liberalizzazione del mercato,

senza essere affiancata da un'adeguata normativa di protezione dei lavoratori possa generare effetti di sotto-tutela, nonché distorsivi della stessa concorrenza nel mercato.

Sulla base di tale ragionamento, nel capitolo seguente (il terzo) verrà invece analizzata dal Direttiva 96/71/CE, strumento di “attuazione” del mercato dei servizi, nella misura in cui consente alle imprese, per il tramite della manodopera inviata da essa impiegata ed inviata all'estero, di dare seguito alle proprie esigenze produttive e di realizzare quindi opere e/o servizi in uno Stato membro diverso da quello di origine.

Proprio in quanto strumento di attuazione della libertà di circolazione dei servizi, la Direttiva 96/71/CE, rappresenta oggi forse l'unica normativa di protezione della manodopera in distacco e, seppur atto di coordinamento e non di armonizzazione delle legislazioni nazionali, come vedremo, la funzione da essa svolta diventa corollario imprescindibile per garantire uno *standard* minimo di tutela dei lavoratori in distacco, particolarmente interessati dalla liberalizzazione dei mercati e dalla pratiche di *dumping* summenzionate.

La Direttiva 96/71/CE, come si dirà, era stata pensata in un momento storico in cui il mercato unico risultava essere sostanzialmente omogeneo; tuttavia, a seguito dell'allargamento ad Est dell'Unione Europea, essa ha manifestato tutti i suoi limiti, come evidenziato anche dalle recenti sentenze della Corte di Giustizia (e segnatamente i casi *Laval*, *Ruffert* e *Lussemburgo*), le quali saranno oggetto di separato commento.

Nell'ultimo capitolo sarà effettuato un commento dell'attuale normativa di protezione dei lavoratori, con specifico riferimento al settore marittimo ed al diritto di stabilimento delle imprese, analizzando il Regolamento Roma I, ed il processo che dalla Convenzione di Roma ha portato alla sua adozione, nell'intento di ricercare la disciplina fondamentale relativa alla legge applicabile ai contratti di lavoro con elementi di internazionalità, ed intersecarne gli aspetti rilevanti con il fenomeno delle delocalizzazioni.

Nello stesso capitolo, particolare attenzione sarà prestata al fenomeno delle bandiere “ombra” o di “convenienza”, alla luce del recente caso *Viking*, rilevando come la Corte di Giustizia abbia limitato la facoltà dei sindacati di prevenire fenomeni di *law-shopping* - che interessano proprio il settore del trasporto marittimo - per il tramite di azioni collettive, quali la negoziazione collettiva ed il diritto di sciopero.

Infine, saranno analizzate le disposizioni principali del Regolamento 1407/81, relativo all'individuazione dei regimi di sicurezza sociali applicabili, con particolare riferimento ai lavoratori in distacco, all'eccezione al principio della *lex loci laboris*, ed agli effetti che tale eccezione comporta in termini di *dumping* e di riduzione dei costi della manodopera in favore delle imprese stabilite in Paesi "*law-cost*".

In buona sostanza, i capitoli che seguono si prefiggono l'obiettivo di individuare i contrasti tra il fenomeno della liberalizzazione dei mercati ed il modello sociale europeo sino ad ora sviluppato, al fine di giungere all'individuazione di una soluzione - di ampio respiro ed a livello comunitario - alla carenza di tutela dei lavoratori in distacco, ed alla segmentazione del mercato unico, che sfoci probabilmente sia in una revisione (anche se complessa) delle norme del Trattato relative alla politica sociale sia della stessa Direttiva 96/71/CE, probabilmente inadeguata a svolgere il ruolo che le compete.

Infine, si precisa che in fase di ultimazione del presente lavoro è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che ha apportato diverse modifiche al Trattato CE, denominato - in forma consolidata e conseguentemente alle riforme introdotte - Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. A fronte di ciò, è stata introdotta anche una nuova numerazione degli articoli, che per ragioni espositive si è deciso di non seguire nei capitoli che seguono, preferendo la numerazione classica riferibile al Trattato CE.

## CAPITOLO PRIMO

### I PRINCIPI FONDAMENTALI: LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI E DELLE IMPRESE

#### *1. Brevi cenni introduttivi*

Con la creazione della Comunità Europea prima e dell'Unione Europea successivamente, sia i cittadini UE che le imprese stabilite nel territorio comunitario hanno acquisito nuovi ed importanti diritti.

Ai cittadini è stata riconosciuta la facoltà di circolare liberamente e di scegliere il Paese in cui stabilire il centro dei propri interessi ed ivi esercitare la propria attività lavorativa, in forma autonoma o subordinata, senza distinzione alcuna sulla base della nazionalità.

Alle imprese, al contempo, è stato consentito di prestare liberamente i servizi da esse resi in qualsivoglia Stato membro o di trasferire la propria sede in uno Stato membro diverso da quello di origine, senza che la loro nazionalità possa costituire un ostacolo.

Lo sviluppo di un mercato unico in cui le persone, i lavoratori e le imprese possano circolare liberamente ha consentito la creazione di nuove opportunità lavorative, di nuovi sbocchi per le imprese e l'apertura di mercati prima chiusi all'esterno a causa di protezionismi e di ideologie ormai superate.

Con riferimento alle imprese, tali conquiste sono state rese possibili soprattutto a fronte del riconoscimento del diritto alla libera circolazione dei servizi e del diritto di stabilimento.

Nel presente capitolo saranno analizzate tali libertà fondamentali, in quanto presupposto ineludibile per l'indagine che sarà condotta nei capitoli seguenti (ed in particolare nei capitoli III e IV).

Il presente capitolo è simbolicamente diviso in due parti: la prima, attiene alla libera circolazione dei servizi, ed alle caratteristiche principali di tale libertà; la seconda, invece, mira ad analizzare il diritto di stabilimento e gli elementi che ne contraddistinguono la portata e gli effetti, anche in relazione alla prima delle libertà esaminate.

In ultimo, sarà condotta una breve indagine sulla configurabilità del concetto di “abuso del diritto di stabilimento” e sulle possibili distorsioni che il diritto alla libera circolazione dei servizi e di stabilimento possono ingenerare nell’ambito del mercato unico.

## 2. *La libera circolazione dei servizi*

L’Art. 49 CE sancisce il diritto alla libera circolazione dei servizi, il quale implica la facoltà, per il prestatore e per i destinatari di lasciare lo Stato di origine, di recarsi in un diverso Stato membro al fine di esercitare una prestazione economica e di risiedere nello Stato di destinazione per il periodo necessario al compimento del servizio. Tale libertà implica anche la “circolazione del solo servizio”, ovvero il Trattato ricomprende l’ipotesi in cui sia soltanto il servizio a trasferirsi da uno Stato membro all’altro, senza alcuno spostamento del prestatore e/o del destinatario.

Tali diritti sono riconosciuti in via assoluta e - se si eccettuano le eccezioni previste dall’ordinamento comunitario - senza discriminazione sulla base della nazionalità, comportando altresì la rimozione di ogni restrizione alla loro completa esplicazione.

Prima di procedere all’analisi - da un punto di vista strettamente “dinamico” - dei contenuti del diritto alla libera circolazione dei servizi è importante compiere un’indagine sulla nozione e le caratteristiche del “servizio”, al fine di definire meglio l’ambito di applicazione sia delle norme del Trattato CE rilevanti sia della Direttiva 2006/123/CE (meglio nota come “*Direttiva Servizi*” o “*Direttiva Bolkestein*”).<sup>1</sup>

Conseguentemente, particolare attenzione sarà prestata al divieto di discriminazione e/o di restrizione della libertà in oggetto, elemento fondamentale nella realizzazione di un mercato unico dei servizi e nell’attuazione dello stesso art. 49 Trattato CE.

### 2.1 *L’interpretazione estensiva della nozione di servizio*

Ai sensi dell’art. 50 Trattato CE rientrano nella definizione di servizio “*tutte le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione*” - aventi quindi natura economica ai sensi dell’art. 2 Trattato CE - ad esclusione delle attività attratte nelle disposizioni riguardanti il diritto alla libera circolazione delle persone ed il diritto alla libera circolazione delle merci.

---

<sup>1</sup> Direttiva 2006/123/CC del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in GUCE, 27 dicembre 2006, L 376/36.

In particolare, lo stesso art. 50 Trattato CE individua - a titolo esemplificativo - le seguenti categorie di servizi: attività di carattere industriale; attività di carattere commerciale; attività artigiane; attività delle libere professioni.

Affinché un'attività possa essere qualificata come servizio è dunque necessario che essa si presenti come attività economica non salariata, ovvero resa da un prestatore - sia esso persona fisica o giuridica - dietro retribuzione dello stesso servizio.

Fuoriescono invece dal campo di applicazione del Trattato i servizi resi in forma gratuita.<sup>2</sup>

Quanto alla nozione di "retribuzione" utilizzata nell'art. 49 Trattato CE, la Corte di Giustizia ha affermato essa rappresenta il corrispettivo economico di una prestazione di servizi, generalmente pattuita tra il prestatore ed il destinatario del servizio.<sup>3</sup>

Detta retribuzione, tuttavia, non necessariamente deve essere corrisposta da coloro che ne usufruiscono.<sup>4</sup>

Nel caso *Adverteerders* è stato infatti considerato che la diffusione, per il tramite di gestori di reti di distribuzione via cavo stabiliti in un determinato Stato membro, di programmi televisivi offerti da emittenti stabilite in altri Stati membri, contenenti messaggi pubblicitari destinati al pubblico dello stato ricevente, rappresenta un servizio rientrante nella definizione di cui all'art. 50 Trattato CE.<sup>5</sup>

Nella decisione la Corte ha affermato che risulta irrilevante il fatto che le suddette emittenti non corrispondano alcun compenso ai gestori di rete via cavo, per la trasmissione dei programmi, qualora esse ricevano comunque un corrispettivo (dai pubblicitari) per il servizio di messa in onda di messaggi promozionali.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> R. BLANPAIN, *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, 352; sulla rilevanza della nozione di attività economica rispetto alla libera circolazione del lavoro e sull'evoluzione del concetto si veda anche V. PASKALIA, *Free movement, social security and gender in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2007, 111 e ss.

<sup>3</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 27 settembre 1988, causa 263/86, *Humbel et Edel*, Racc. pag. 5365, punto 17; sentenza del 12 luglio 2001, C-157/99, *Smits e Peerbooms*, punto 58; sentenza del 3 ottobre 2002, C-136/00 *Danner*, punto 26; sentenza del 26 giugno 2003, causa C-422/01, *Skandia et Ramstedt*, Racc. pag. I-6817, punto 23; sentenza del 22 maggio 2003, Causa C-355/00, *Freskot AE e Elliniko Dimosio*, punto 55; sentenza dell'11 settembre 2007, causa C-76/05, *Schwarz e Gootjes-Schwarz*, Racc. pag. I-6849, punto 38; sentenza del 18 dicembre 2007, C-281/06, *Jundt*, punto 29.

<sup>4</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 26 aprile 1988, Causa 352/85, *Adverteerders*, Raccolta, 2085, punto 1; sentenza dell'11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Deliège*, Racc. pag. I-2549, punto 56; sentenza *Smits e Peerbooms*, cit., punto 57; sentenza *Skandia e Ramstedt*, cit., punto 24; sentenza dell'11 settembre 2007, C-318/05, *Commissione delle Comunità Europee/Germania*, punto 70.

<sup>5</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 26 aprile 1988, cit., punto 17.

<sup>6</sup> Corte di Giustizia, sentenza *Smits e Peerbooms*, cit., punto 53

Di contro, è stato escluso dalla nozione di “servizio” l’insegnamento impartito da taluni istituti parte di un sistema di pubblica istruzione, interamente o principalmente finanziato da fondi pubblici.<sup>7</sup>

Vi rientrano invece le prestazioni mediche rese in ambito ospedaliero o meno, finanziate da un altro Stato membro - attraverso il sistema previdenziale - e, quindi, non remunerate direttamente dai pazienti interessati dal trattamento medico.<sup>8</sup>

Secondo la Corte, la circostanza che un trattamento medico ospedaliero sia finanziato direttamente dalle casse dell'assicurazione malattia, sulla base di convenzioni e di tariffe prestabilite, non è infatti tale da sottrarre tale trattamento al settore dei servizi di cui all'art. 50 Trattato CE, in quanto caratteristica essenziale della retribuzione è proprio il corrispettivo economico della prestazione resa, indipendentemente dal fatto che il servizio sia remunerato o meno da coloro che ne fruiscono direttamente.

I vantaggi offerti gratuitamente al pubblico, in forma di pubblicazione di un giornale su internet o di un canale televisivo o di un collegamento di posta elettronica, costituiscono “servizi” ai sensi del Trattato.

Rientrano nella definizione di servizio le stesse professioni liberali, anche di tipo pubblicitario, cinematografico, di pulizia, di organizzazione di fiere, di consulenza o di gestione dei brevetti, di certificazione, di selezione del personale, nonché quelle di guida turistica, le attività rese da comunità religiose, spirituali o filosofiche.<sup>9</sup>

Anche l'attività resa in forma autonoma da uno sportivo, professionista o semi-professionista, può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 49 Trattato CE, qualora essa costituisca attività economica ai sensi dell'art. 2 Trattato CE.<sup>10</sup>

Il concetto di “servizio” dovrà quindi essere interpretato estensivamente, senza preclusioni aprioristiche, verificando - caso per caso - se una certa attività, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto che la esercita, nonché delle

---

<sup>7</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 18 dicembre 2007, *Jundt*, cit., punto 30; sentenza *Humbel*, cit., punto 18; sentenza del 7 dicembre 1993, C-109/92, *Wirth*, Raccolta, I-6447, punti 15 e 16.

<sup>8</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 2001, C-157/99, *Smits e Peerbooms*, Raccolta, I5473, punto 53 e ss. Corte di Giustizia, sentenza del 13 maggio 2003, C-385/99, Raccolta, I-4509, punto 103.

<sup>9</sup> S. D'ACUNTO, *La libera prestazione dei servizi*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'unione Europea. Principi-Istituzioni-Politiche-Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2005, 228.

<sup>10</sup> In dottrina: L. WOODS, *Free movement of goods and services within the European Community*, Ashgate, Ashgate Publishing, Aldershot, UK, 2004, 165. Corte di Giustizia, sentenza del 12 settembre 1974, *Walrave*, Causa C-36/74, sentenza dell'11 aprile 2000, cause C 51/96 e C 191/97, *Christelle Deliége c. Ligue francophone et judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Unione Européenne de judo e François Pacqueé*, Raccolta, 2000, I-2549, punto 68.

modalità di remunerazione, possa rientrare o meno nel campo di applicazione dell'art. 49 Trattato CE.<sup>11</sup>

## 2.2 Le differenze con le altre libertà fondamentali

L'art. 50 Trattato CE esclude dal proprio ambito di applicazione le prestazioni rientranti nella disciplina della libera circolazione dei lavoratori (artt. 39-48 Trattato CE), delle merci (artt. 23-24 Trattato CE) e dei capitali (artt. 56-60 Trattato CE).<sup>12</sup>

L'art. 39 Trattato CE riguarda il diritto alla circolazione dei lavoratori esercitato al fine di rispondere ad un'offerta di lavoro e/o prestare un'attività di lavoro subordinato, alle dipendenza di un'impresa stabilita in un altro Stato membro. L'art. 49 Trattato CE, invece, si riferisce alla circolazione di un servizio, reso da un professionista, in forma autonoma, ovvero da un'impresa, prescindendo dall'eventuale manodopera impiegata nella realizzazione dello stesso servizio.

Vi sono tuttavia delle ipotesi che si pongono a confine tra il diritto alla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi e che richiedono, nell'individuare la disciplina applicabile, un'attenta analisi.

Ad esempio, l'attività resa da un'impresa che fornisce manodopera rientra nella definizione di prestazione di un servizio, nonostante la stessa fornitura comporti il distacco, in un diverso Stato membro, di uno o più lavoratori, i quali prestano attività lavorativa (in forma subordinata) per conto di un soggetto utilizzatore; la disciplina della fattispecie riportata è quindi attratta dall'art. 49 Trattato CE e non dall'art. 39 Trattato CE, nonostante essa comporti la migrazione di manodopera.

La Corte, nel caso *Webb* ha difatti chiarito che *“la fornitura, contro corrispettivo, da parte di un'impresa, di 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 all'art. 60, 1° comma [50 Trattato CE]; essa va pertanto qualificata come “servizio” ai sensi di questa disposizione”*.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 5 ottobre 1988, Causa 196/87, *Steymann*, Raccolta, 1988, 6159, in cui i giudici hanno affermato che una prestazione può essere retribuita, al limite, anche in natura.

<sup>12</sup> Sulla definizione di servizio - e le differenze con il diritto la libera circolazione delle merci - vedi anche: Corte di Giustizia, sentenza del 31 gennaio 1984, *Luisi e Carbone*, Raccolta, 1984, 377, punto 10; Corte di Giustizia, sentenza del 30 novembre 1995, C-55/94, *Ghebard*, Raccolta, I-4165, punto 22.

<sup>13</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1981, Causa 279/80, *Webb*, Raccolta, 3305, punto 9.

A ciò si aggiunga che, nell'ipotesi in cui la prestazione comporti un distacco di manodopera, quest'ultima rimane comunque alle dipendenze dell'impresa distaccante, senza la stipula di alcun contratto di lavoro con l'impresa distaccataria.

La differenza tra il diritto alla circolazione dei servizi rispetto a quella delle merci e/o dei capitali risulta ben più evidente: l'art. 49 Trattato CE si riferisce infatti ad una prestazione, avente ad oggetto un servizio e non ad un bene, sia esso merce o capitale. Rispetto al singolo caso, è quindi necessario valutare qual è l'attività prevalente che caratterizza la fattispecie in esame.

La Corte, ad esempio, ha precisato che l'importazione in un Paese membro di materiale pubblicitario e di biglietti di lotteria (quindi di merci) connessi allo svolgimento di una lotteria in un diverso Stato membro costituisce soltanto attività accessoria al servizio principale, in quanto "*modalità concrete di organizzazione o di funzionamento di una lotteria*",<sup>14</sup> sicché la suddetta attività rientra nell'ambito di applicazione di cui all'art. 49 Trattato CE.

In materia di telecomunicazioni, invece, qualora si verifichi al contempo una circolazione di servizi (installazione) e beni (apparecchiature), la Corte non ha rilevato alcuna prevalenza tra l'una o l'altra libertà, precisando che "*una normativa nazionale che assoggetti l'immissione in commercio di apparecchi, attrezzature, decodificatori o sistemi di trasmissione e di ricezione digitale di segnali televisivi via satelliti nonché la prestazione dei servizi connessi da parte degli operatori di servizi di accesso condizionato ad una procedura di previa autorizzazione costituisce restrizione sia alla libera circolazione delle merci sia alla libera prestazione dei servizi*".<sup>15</sup>

Nel caso *Sacchi*<sup>16</sup> la Corte ha altresì affermato che la trasmissione di segnali televisivi costituisce un servizio, mentre le regole relative alla libera circolazione delle merci copre soltanto le registrazioni video e del suono.

Inoltre, gli elementi culturali contenuti nei video non escludono l'applicazione dell'art. 49 Trattato CE in quanto la trasmissione di essi rappresenta comunque un'attività economica ai sensi del Trattato.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 24 marzo 1994, C-275/92, *Schindler*, Raccolta, 1994, I-01039, Punto 22.

<sup>15</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 22 gennaio 2002, C-390/99, *Canal Satélite Digital SL*, Raccolta, 2002, I-607, punto 29.

<sup>16</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1974, Causa 155/73, *Sacchi*, Raccolta, 1974, 409.

In relazione alla libera circolazione dei capitali, qualora il trasferimento di una somma di denaro in un diverso Paese UE sia collegato alla prestazione di un servizio, gli ostacoli alla circolazione del capitale stesso costituiscono violazione dell'art. 49 Trattato CE e non dell'art. 56 Trattato CE, nella misura in cui detti ostacoli impediscano lo svolgimento della prestazione del servizio interessato.<sup>18</sup>

Tuttavia, se una norma nazionale ostacoli la libera circolazione dei servizi e dei capitali, senza prevalenza di una libertà sull'altra, essa potrà essere considerata illegittima alla luce sia dell'art. 49 Trattato CE che dell'art. 56 Trattato CE.<sup>19</sup>

Pertanto, nella misura in cui un provvedimento nazionale costituisca una restrizione sia alla libera prestazione dei servizi che ad un'altra libertà fondamentale, la Corte procede al suo esame - in linea di principio - con riguardo ad una delle due dette libertà fondamentali, qualora risulti che - alla luce delle circostanze di specie - una delle due sia del tutto secondaria rispetto all'altra e possa essere a questa ricollegata".<sup>20</sup>

In caso contrario - e quindi in mancanza di una prevalenza - la Corte non potrà esimersi dal considerare la normativa o il provvedimento adottati da uno Stato membro alla luce sia delle disposizioni di cui all'art. 49 Trattato CE sia di ogni altra libertà fondamentale sancita dal Trattato ed interessata dal caso in esame.

### 2.3 Il carattere transnazionale della prestazione

In linea generale, affinché una prestazione di servizi rientri nell'ambito di applicazione del diritto comunitario è necessario che il prestatore ed il destinatario del servizio siano stabiliti in un diverso Stato membro.

Tale condizione è espressamente richiesta dall'art. 49 Trattato CE e costituisce esplicitazione del principio generale in base al quale il diritto comunitario non trova applicazione a situazioni "puramente interne".<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> N. REICH, *Understanding EU Law: Objective, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, 107.

<sup>18</sup> Per approfondimenti: G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, 564.

<sup>19</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 14 novembre 1995, C-484/93, *Svensson*, Raccolta, 1995, I-3955, punto 19.

<sup>20</sup> Sentenza 24 marzo 1994, *Schindler*, cit. punto 22.

<sup>21</sup> Si veda R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., 353; M. COLUCCI, *La libera circolazione delle persone*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 183. Sull'irrilevanza delle situazioni puramente interne per l'ordinamento comunitari si veda Corte di Giustizia: sentenza 28 gennaio 1992, cause C-330/90 e C-331/90, *López Brea e Hidalgo Palacios*, Raccolta, I-323, punto 7; sentenza del 16

L'art. 50 Trattato CE aggiunge che il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare a titolo temporaneo la sua attività nel Paese in cui la stessa prestazione è fornita.

Tuttavia, la Corte di Giustizia ha individuato una serie di ipotesi che si discostano dal principio generale.

Al di fuori del caso di scuola, in cui prestatore e destinatario sono stabiliti in Stati membri differenti, rientra nel campo di applicazione dell'art. 49 Trattato CE anche l'ipotesi in cui sia il destinatario a spostarsi in un altro Stato membro per ricevere la prestazione.

Allo stesso modo soddisfa il carattere di trans-nazionalità l'ipotesi in cui né il prestatore né il destinatario si spostino in un altro Stato membro, in quanto oggetto della circolazione è esclusivamente il servizio.

Rientra nelle disposizioni di cui all'art. 49 Trattato CE anche il caso in cui sia il prestatore che il destinatario del servizio siano stabiliti nello stesso Stato membro e a spostarsi sia esclusivamente il prestatore - al fine di esercitare la prestazione dovuta - ovvero entrambe le parti.

In principio, la Corte di Giustizia in diverse occasioni ha applicato pedissequamente il dettato normativo, affermando che le restrizioni alla libera prestazione di questi servizi sono vietate *“nei confronti dei cittadini degli stati membri stabiliti in un paese della comunità che non sia quello del destinatario della prestazione”*.<sup>22</sup>

Successivamente, tale indirizzo ha subito delle evoluzioni, nel senso di accogliere ulteriori ipotesi differenti dal caso tipico previsto dall'art. 49 Trattato CE.

Per consentire l'esecuzione delle prestazioni di servizi, può quindi assistersi ad uno spostamento sia del prestatore che si reca nello stato membro in cui il destinatario è stabilito sia del destinatario che si reca nello stato di stabilimento del prestatore.

La Corte ha rilevato infatti che la libera prestazione dei servizi comprende la libertà, per i destinatari dei servizi, di recarsi in un altro Stato membro per ivi fruire di un

---

giugno 1994, C-132/93, *Steen*, Raccolta, I-02715, punto 9; sentenza del 16 febbraio 1995, cause riunite C-29/94, C-30/94, C-31/94, C-32/94, C-33/94, C-34/94 E C-35/94, *Aubertin*, Raccolta, 1995, I301, punto 9. In particolare, in materia di libera prestazione dei servizi si veda Corte di Giustizia, sentenza del 12 dicembre 1996, C-3/95, Raccolta, 1996, I-6511, punto 14.

<sup>22</sup> Corte di giustizia, sentenza del 31 gennaio 1984, cit., punto 10.

servizio; tale è il caso del turista che usufruisce dei servizi nello Stato membro in cui è previsto il soggiorno turistico.<sup>23</sup>

Soddisfa la condizione di trans-nazionalità anche l'ipotesi in cui sia il prestatore che il destinatario del servizio muovono verso un altro Stato membro, come nel caso dei servizi di trasporto marittimo, anche se entrambi sono stabiliti nello stesso Stato membro.<sup>24</sup>

Nel caso *Corsica Ferries*, la Corte ha ritenuto che *“la libera prestazione dei servizi di trasporto marittimo tra Stati membri, ed in particolare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, può essere invocata da un'impresa nei confronti dello Stato in cui è stabilita qualora i servizi siano forniti a destinatari stabiliti in un altro Stato membro”*.<sup>25</sup>

Caso analogo è l'attività dell'agente di viaggio, il quale accompagna turisti dallo Stato di provenienza in un altro Stato membro, mediante l'uso di una guida dedicata, rientrando quindi nel campo di applicazione dell'art. 49 Trattato CE; tali ipotesi presentano la peculiarità per cui sia il prestatore che il destinatario del servizio si recano in un altro Stato membro.<sup>26</sup>

Nei servizi radiotelevisivi, invece, si verifica l'ipotesi in cui né il prestatore né il destinatario del servizio si spostano altrove ma è lo stesso servizio a circolare, soddisfacendo quindi la condizione di applicabilità delle disposizioni di cui all'art.

---

<sup>23</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 2 febbraio 1989, Causa 186/87, *Cowan*, Raccolta, 1989, 195, punto 15. Sempre in materia di libera circolazione dei servizi turistici si veda: Corte di Giustizia, sentenza del 15 marzo 1994, CC-45/93, *Commissione/Spagna*, Raccolta, 1994, I-00911, in cui i giudici hanno sostenuto che *“la libera prestazione dei servizi [...] comprende la libertà dei destinatari di servizi, ivi compresi i turisti, di recarsi in uno Stato membro per fruirne alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. Atteso che la visita dei musei costituisce uno dei motivi determinanti per cui i turisti decidono di recarsi in uno Stato membro, una discriminazione nel settore dell'accesso ai musei può incidere sulle condizioni di prestazione dei servizi, nonché sui loro prezzi, e pertanto influenzare la decisione di talune persone di visitare il paese”*.

<sup>24</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 ottobre 1994, C-381/93, *Commissione/Francia*, Raccolta, 1994, I-00225, punti 14 e 15, in cui i giudici hanno statuito quanto segue: *“la libera prestazione dei servizi può essere invocata non solo dai cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro diverso da quello del destinatario dei servizi, ma anche da un'impresa nei confronti dello Stato in cui è stabilita qualora i servizi siano forniti a destinatari stabiliti in un altro Stato membro, e, più in generale, in tutti i casi in cui il prestatore offre i propri servizi nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel quale è stabilito”*.

<sup>25</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 17 maggio 1994, C-18/93, *Corsica Ferries*, Raccolta 1994, I-01783, punto 30.

<sup>26</sup> Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 1991, C-154/89, *Commissione/Francia*, Raccolta, 1991, I-659, punto 11; sentenza del 26 febbraio 1991, C-180/89, *Commissione/Italia*, Raccolta, 1991, I-709, punto 10; sentenza del 26 febbraio 1991, C-198/89, *Commissione/Grecia*, Raccolta, 1991, I-727, punto 11.

49 Trattato CE.<sup>27</sup> Rientrano in tale ipotesi i servizi resi in un altro Stato membro attraverso linee telefoniche e/o a mezzo internet. In entrambi i casi, quindi, sia prestatore che il destinatario del servizio non lasciano il Paese di origine.

Anche nel caso *Alpine Investments*, la Corte è stata interrogata al fine di verificare se la disciplina relativa alla libera circolazione dei servizi potesse trovare applicazione al caso in cui i servizi che un prestatore offre per telefono - a persone stabilite in un altro Stato membro - forniti senza spostamento del prestatore e del destinatario, rispondendo al quesito in senso affermativo.<sup>28</sup>

Il diritto alla libera circolazione dei servizi può, in ultimo, essere opposto dal prestatore nei confronti dello Stato di origine (o di stabilimento) qualora il servizio è prestato nei confronti di un destinatario stabilito in un diverso Stato membro; tale ipotesi rientra comunque nell'ambito di applicazione dell'art. 49 Trattato CE, in quanto il diritto alla libera circolazione dei servizi riguarda non soltanto le restrizioni e/o gli ostacoli posti in essere dallo Stato di destinazione, bensì anche quelli derivanti dalle disposizioni dello Stato di origine, qualora esse abbiano l'effetto di impedire la prestazione di un servizio.<sup>29</sup>

Sul punto, la Corte di Giustizia ha confermato che *“il diritto alla libera prestazione di servizi può essere fatto valere da un'impresa nei confronti dello Stato in cui essa è stabilita, quando i servizi sono forniti a destinatari stabiliti in un altro Stato membro”*.<sup>30</sup>

Da quanto precede emerge quindi che, pur partendo dalle disposizioni del Trattato, la Corte ha decisamente esteso gli effetti e l'ambito di applicazione dell'art. 49 Trattato CE, spingendosi sino a ricomprendere le ipotesi in cui sia il prestatore < il destinatario risultano stabiliti nello stesso Paese - a patto che il prestatore offra i propri servizi al destinatario nel territorio di diverso Stato membro, ovvero le ipotesi

---

<sup>27</sup> Corte di Giustizia, *Adverteerders*, cit., punti 14-15.

<sup>28</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments/Minister van Financiën*, Raccolta, 1995, I-1141, punti 20-22.

<sup>29</sup> Corte di Giustizia, *Alpine Investments*, cit., punto 30.

<sup>30</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 17 maggio 1994, *Corsica Ferries*, cit. punto 30; sentenza 14 luglio 1994, causa C-379/92, *Peralta*, Raccolta, I-3453, punto 40; sentenza del 5 ottobre 1994, causa C-381/93, *Commissione/Francia*, Raccolta, I-5145, punto 14.

in cui sia esclusivamente il servizio a migrare da uno Stato all'altro, senza alcun movimento fisico del prestatore o del destinatario del servizio.<sup>31</sup>

#### 2.4 *La natura temporanea del servizio*

Uno degli aspetti cruciali nella definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 49 Trattato CE è la natura temporanea della prestazione resa, dalla quale discende anche una delle fondamentali differenze con il diritto di stabilimento.<sup>32</sup>

Il diritto di stabilimento comporta l'accesso, da parte di un operatore indipendente, alle attività non salariate<sup>33</sup>, aventi rilevanza economica, ed al loro esercizio in via continuativa e stabile in un diverso stato membro.<sup>34</sup>

Di contro, l'art. 49 Trattato CE si riferisce esclusivamente all'esercizio di un'attività economica, resa in forma di servizio, in un diverso Stato membro, in via temporanea e senza stabilimento in esso.

*Prima facie*, ciò che differenzia la prestazione di un servizio dallo stabilimento è l'elemento della temporaneità, indicata dallo stesso dall'art. 50 Trattato CE,<sup>35</sup> o quanto meno della prevedibile durata della prestazione oggetto del servizio.<sup>36</sup>

Tuttavia, da un'analisi più dettagliata si evince come detto criterio non possa in via definitiva dirimere il problema della distinzione tra diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi, quindi dell'applicazione - con riferimento ad una fattispecie concreta - dell'art. 43 Trattato CE o dell'art. 49 Trattato CE.

Spesso, difatti, un servizio è reso per una durata consistente (si pensi alla realizzazione di un'opera che comporti la permanenza di manodopera distaccata per diversi anni in uno Stato membro ovvero ai servizi - permanenti - di diffusione televisiva) senza che ciò comporti necessariamente lo stabilimento del prestatore

<sup>31</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 5 giugno 1997, C-398/95, *Syndesmos*, Raccolta, 1997, I-03091, punto 8.

<sup>32</sup> Per approfondimenti sul diritto di stabilimento si rinvia al paragrafo 8 del presente capitolo.

<sup>33</sup> Corte di Giustizia: sentenza dell'11 maggio 1999, C-255/97, *Pfeiffer*, Raccolta, 1999, I-2835, punto 18; sentenza dell'11 dicembre 2003, C-215/01, *Schintzer*, Raccolta, 2003, I-0000, punti 27-29; sentenza del 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani*, punto 27.

<sup>34</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 30 novembre 1995, Causa C-55/94, *Gebhard*, Raccolta, 1995, I-4165, punto 25; sentenza del 29 aprile 2004, C-171/02, *Commissione/Portogallo*, punto 25; in dottrina si veda: E. TRAVERSA, *Il diritto di stabilimento*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'unione Europea*, cit., 195.

<sup>35</sup> Sulla natura temporanea della prestazione di servizi si veda C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, New York, 2007, 367.

<sup>36</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 7 settembre 2004, *Trojani*, cit., punto 28.

nello Stato di destinazione e senza che la durata possa costituire elemento decisivo ai fini dell'interpretazione della fattispecie esaminata.<sup>37</sup>

Il carattere temporaneo di una prestazione di servizi deve essere valutato non soltanto in rapporto alla sua durata ma anche tenendo conto della frequenza, della periodicità e/o della continuità della stessa.<sup>38</sup>

Nel caso *Gebhard*, la Corte ha aggiunto che “*il carattere temporaneo della prestazione non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello stato membro ospitante di una determinata struttura (ivi compreso un ufficio o uno studio), se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi*”.<sup>39</sup>

Ne deriva che una normativa nazionale che vieti ad un prestatore di dotarsi di una struttura - al solo fine dell'espletamento di un servizio temporaneo - nel Paese di destinazione risulterebbe incompatibile con l'art. 49 Trattato CE, in quanto detta infrastruttura non potrebbe rappresentare, necessariamente, un indice di presunzione di stabilimento del prestatore nello Stato di destinazione.<sup>40</sup>

Affinché le disposizioni relative al diritto di stabilimento possano essere applicate occorre invece che sia assicurata una presenza permanente del prestatore in un determinato Stato membro diverso da quello di origine, con l'intento di partecipare - in maniera stabile e continuativa - alla vita economica dello stesso Stato (e di trarne vantaggio), favorendo così una penetrazione economica e sociale nell'ambito della comunità.<sup>41</sup>

Emergono quindi dei punti di contatto tra il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, tant'è che un operatore che regolarmente presta servizi verso uno Stato diverso da quello di origine, dotandosi di infrastrutture dedicate, potrebbe

---

<sup>37</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 5 ottobre 1994, *TV10 SA*, Raccolta, 1994, I-47/95, punto 16, in cui si afferma che “*nella nozione di “prestazione di servizi” [...] rientra la diffusione, attraverso gli esercenti di reti di distribuzione via cavo stabiliti in uno Stato membro, di programmi televisivi offerti da un ente radiotelevisivo stabilito in un altro Stato membro, ancorché tale ente si sia stabilito nel detto Stato allo scopo di sottrarsi alla normativa applicabile agli enti radiotelevisivi nazionali nello Stato in cui avviene la ricezione dei programmi*”.

<sup>38</sup> Corte di Giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2003, *Schnitzer*, cit., punto 28.

<sup>39</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 30 novembre 1995, *Gebhard*, punto 27; sentenza del 7 marzo 2002, C-145/99, *Commissione/Italia*, punto 22; sentenza del 21 marzo 2002, C-298/99, *Commissione/Italia*, punto 56; sentenza del 13 febbraio 2003, C-131/01, *Commissione/Italia*, Raccolta, I-1659, punto 22.

<sup>40</sup> Sentenza del 21 marzo 2002, C-298/99, *Commissione/Italia*, cit., punto 57.

<sup>41</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, Raccolta, 1974, 631, punto 21; sentenza del 30 novembre 1995, *Gebhard*, Raccolta, 1995, I-4165, punto 25; sentenza del 14 settembre 2006, *Stauffer*, C-386/04.

essere - allo stesso tempo - ritenuto sufficientemente radicato all'interno dello Stato di destinazione ovvero semplicemente qualificato come prestatore di servizi a titolo permanente, senza la possibilità di esprimere un'interpretazione univoca della fattispecie concreta.<sup>42</sup>

Eppure la differenza è nella stessa definizione delle due attività.

Nella prestazione di un servizio vi è un necessario "movimento", sia esso del prestatore, del destinatario o del servizio stesso, dallo Stato di origine a quello di destinazione, ai fini dell'espletamento di un'attività economica, definita o comunque definibile nel tempo.

Un operatore stabilito, invece, partecipa in forma stabile, continua e regolare all'economia dello Stato di destinazione ed a tal fine è ivi radicato, mediante la costituzione di una filiale, di una sede secondaria o qualsiasi altra infrastruttura finalizzate non al compimento di uno o più servizi, bensì alla creazione di un legame con lo Stato di stabilimento, al fine di trarre profitto, senza limiti temporali, dall'attività così svolta.<sup>43</sup>

### 3. I soggetti destinatari della libera circolazione dei servizi

Da un punto di vista soggettivo, l'art. 49 Trattato CE fa esclusivo riferimento ai "cittadini degli Stati membri stabiliti in un Paese della Comunità"; al contempo, il Trattato non contempla affatto la figura del destinatario dei servizi, che rappresenta - come abbiamo visto - un elemento di tutto rilievo nell'architettura della libertà in esame.

L'art. 4, comma 1, della Direttiva *Bolkestein* (che sarà analizzata in dettaglio nel capitolo II) fornisce invece una definizione completa di "prestatore", individuato come: "qualsiasi persona fisica, avente la cittadinanza di uno Stato membro, o qualsiasi persona giuridica di cui all'articolo 48 del trattato, stabilita in uno Stato membro, che offre o fornisce un servizio".

Ai sensi dell'art. 17 Trattato CE, è cittadino dell'Unione Europea chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. Con riferimento invece alla definizione di persona

<sup>42</sup> Sulla possibilità per il prestatore di dotarsi di infrastrutture su veda L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 139.

<sup>43</sup> Sulle differenze tra le due libertà si veda: J. L. HANSEN, *Full circle: is there a difference between the freedom of establishment and the freedom to provide services?*, in M. ANDENAS, W. ROTH, *Services and free movement in EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 197 e ss.

giuridica, l'art. 48 Trattato CE (in materia di diritto di stabilimento) ricomprende le Società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e stabilite quindi all'interno del territorio comunitario. Per Società si intendono sia quelle di diritto civile che commerciale, comprese le società cooperative e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico e/o privato, con eccezione delle entità senza scopo di lucro.<sup>44</sup>

E' evidente quindi che, sia nelle ipotesi riguardanti le persone fisiche che le persone giuridiche o società, l'art. 49 Trattato CE si riferisce esclusivamente alle attività economiche rese in forma autonoma, senza vincolo di subordinazione o di direzione nei confronti di un datore di lavoro.

Tuttavia, nell'ambito della prestazione di un servizio, spesso il prestatore opta per il distacco, nello Stato di destinazione, di propria manodopera, per una certa durata, al fine di soddisfare le esigenze produttive connesse alla realizzazione dello stesso servizio.

In tale ipotesi, accanto alla prestazione di un servizio si affianca la migrazione di forza lavoro dallo Stato di origine a quello di destinazione, ma la fattispecie rientra nella disciplina di cui all'art. 49 Trattato CE e della Direttiva 96/71/CE,<sup>45</sup> fuoriuscendo invece dalla sfera di applicazione del diritto alla libera circolazione dei lavoratori.<sup>46</sup>

In un caso analogo, la Corte ha precisato che l'obbligo fatto ai membri del personale di un'impresa privata (distaccato di un diverso Stato membro) di essere in possesso di un documento d'identificazione rilasciato dalle autorità dello Stato membro di prestazione dei servizi, costituisce restrizione alla libera prestazione dei servizi.<sup>47</sup> Tale formalità, difatti, implicando l'ottenimento di un documento d'identificazione

---

<sup>44</sup> Sulla definizione di persona giuridica e sull'esclusione delle società senza scopo di lucro si veda: Corte di Giustizia, sentenza del 17 giugno 1997, C-70/95, *Sodemare*, Raccolta, 1997, I-3395, punto 25. Nella sentenza dell'8 giugno 1994, C-382/92, *Commissione/Regno Unito*, Raccolta, 1994, I-2435, punto 41, la Corte ha tuttavia ritenuto che *"un ente può esercitare un'attività economica ed essere considerato come un'impresa" per l'applicazione delle norme del diritto comunitario anche se non persegue fini di lucro*".

<sup>45</sup> 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 GUCE, 21 gennaio 1997, L 18.

<sup>46</sup> E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto comunitario del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2009, in corso di pubblicazione.

<sup>47</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 7 ottobre 2004, C-189/03, *Commissione/Paesi Bassi*, Raccolta, 2004, I-9289, punto 27.

(già ottenuto nello Stato di origine) ostacola la prestazione di servizi transfrontalieri, rendendola più onerosa, e risultare quindi contraria all'art. 49 Trattato CE e non all'art. 39 Trattato CE, pur se riferita a manodopera impiegata in forma subordinata).<sup>48</sup>

Con riferimento allo staff impiegato in una prestazione di servizi di sorveglianza, la stessa Corte di Giustizia ha affermato che *“il requisito secondo il quale ogni membro del personale di un'impresa di sorveglianza o di un servizio interno di sorveglianza deve essere in possesso di un documento d'identificazione [...] va altresì considerato come una restrizione alla libera prestazione dei servizi.”*<sup>49</sup>

Nel caso sopra riportato si verteva della legittimità di una normativa belga la quale richiedeva che il personale impiegato nel servizio, oltre ad un documento di identità valido, fosse in possesso di un ulteriore documento d'identificazione supplementare, rilasciato dal Ministero dell'Interno Belga.

Tale disposizione, seppur riferita sempre a lavoratori in rapporto di dipendenza con il prestatore di servizi, è stata dichiarata incompatibile con l'art. 49 Trattato CE e non con l'art. 39 Trattato CE, in quanto ostativa alla libera circolazione del servizio di sorveglianza e non alla libera circolazione delle persone e/o dei lavoratori.

Il diritto alla libera circolazione dei servizi si applica quindi al prestatore - sia esso persona fisica o giuridica - ma anche alla manodopera impiegata, indipendentemente dalla nazionalità di quest'ultima.<sup>50</sup>

Nel caso *Rush Portuguesa*, è stato affermato che risulta contrario alle disposizioni di cui agli artt. 49 Trattato CE e 50 Trattato CE ostano alla normativa di uno Stato membro la quale *“vieti ad un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro di spostarsi liberamente nel suo territorio con tutto il suo personale, ovvero a che detto Stato membro sottoponga lo spostamento del personale di cui trattasi a condizioni restrittive quali una condizione di assunzione in loco o un obbligo di permesso di lavoro”*.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 2000, C-355/98, *Commissione/Belgio*, Raccolta, 2000, I-1221, punto 39.

<sup>49</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 2000, *Commissione/Belgio*, Raccolta, 2000.

<sup>50</sup> C. BARNARD, *The substantive law of the European Union*, cit., 369.

<sup>51</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 27 marzo 1990, C113/89, *Rush Portuguesa*, Raccolta, 1990, I-01417, punto 12.

Dalle sentenze sopra riportate emerge quindi che i lavoratori alle dipendenze di un'impresa stabilita in uno Stato membro - e che vengono temporaneamente inviati in un altro Stato membro per effettuare una prestazione di servizi - seppur esercitano una prestazione in forma subordinata, non accedono in via definitiva al mercato del lavoro di quest'ultimo Stato; per tale ragione, gli eventuali ostacoli al loro ingresso rientrano nello Stato di destinazione non sono da ritenersi contrarie all'art. 39 Trattato CE bensì all'art. 49 Trattato CE, in quanto restrizioni alla libera circolazione dei servizi.<sup>52</sup>

Seppur non espressamente contemplato dal Trattato, gli artt. 49 Trattato CE e 50 Trattato CE coprono anche i diritti dei destinatari di un servizio, consistenti nella facoltà di recarsi in un altro Stato membro, senza discriminazione o restrizione alcuna, al fine di ottenere - liberamente - la prestazione di un servizio.<sup>53</sup>

Partecipano all'ambito di applicazione soggettivo, anche i soggetti destinatari dei divieti contemplati dall'art. 49 Trattato CE, ovvero le categorie tenute al rispetto della libertà in oggetto.

*In primis*, rientrano in tale categoria gli Stati membri e le Autorità pubbliche, da intendersi in quali, ad esempio, le Agenzie di Stato e tutte le Istituzioni costituzionalmente indipendenti che agiscono nell'esercizio di pubblici poteri.<sup>54</sup>

Nel caso *Foster*, la Corte ha precisato che il diritto comunitario, ed in particolare le disposizioni di una direttiva, potevano essere invocate nei confronti di autorità fiscali, di enti territoriali, di autorità indipendenti sotto il profilo costituzionale, incaricate di mantenere l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, nonché di pubbliche autorità che prestano servizi di sanità pubblica, compresi gli organismi o

<sup>52</sup> Corte di Giustizia: sentenza 9 agosto 1994, causa C-43/93, *Vander Elst*, Raccolta, I-3803, punto 21; sentenza 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte e a.*, Raccolta, I-7831, punto 22; sentenza del 21 ottobre 2004, C-445/03, *Commissione/Lussemburgo*, punto 38.

<sup>53</sup> N. REICH, *Understanding EU law*, cit., 67; Corte di Giustizia: sentenza del 31 gennaio 1994, *Luisi e Carbone*, cit., punto 16, 28 gennaio 1992, C-204/90, *Bachmann*, Raccolta, I-249; sentenza del 28 aprile 1998, C-158/96, *Kohll*, Raccolta, I-1931; sentenza del 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, Raccolta, I-2517, sentenza del 26 ottobre 1999, causa C-294/97, *Eurowings Luftverkehr*, Racc. pag. I-7447; sentenza del 13 luglio 2004, *Bacardi France*, C-429/02, punto 31; sentenza del 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*, punto 87; sentenza del 3 ottobre 2006, C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH*, punto 32; sentenza dell'11 settembre 2007, *Commissione/Germania*, cit., punto 65; sentenza dell'11 settembre 2007, *Schwarz e Gootjes-Schwarz*, cit. punto 36.

M. C. BARNARD, *The substantive law of the European Union*, cit. 389; D. EHLERS, *European fundamental rights and freedoms*, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, 317; A. KACZOROWSKA, *European Union Law*, Routledge-Cavendish, New York, 2008, 649.

<sup>54</sup> Si veda S. D'ACUNTO, *La libera prestazione dei servizi*, cit., 230.

enti soggetti all' autorità o al controllo dello Stato o titolari di poteri eccedenti i limiti risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli.<sup>55</sup>

Tuttavia, anche le norme emanate da persone fisiche o giuridiche, e quindi da associazioni di natura privata, quali ad esempio gli ordini professionali<sup>56</sup> o le federazioni sportive,<sup>57</sup> possono essere ritenute discriminatorie, in quanto - come affermato dalla Corte - *“l'abolizione fra gli stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone ed alla libera prestazione di servizi [...] sarebbe compromessa se oltre alle limitazioni stabilite da norme statali non si eliminassero anche quelle poste da associazioni o organismi non di diritto pubblico nell' esercizio della loro autonomia giuridica.”*<sup>58</sup>

Nel caso *Angonese*<sup>59</sup> - di particolare interesse in relazione alle obbligazioni in capo ai privati derivanti dalle disposizioni vincolanti del Trattato - la Corte, pur pronunciandosi in materia di libera circolazione dei lavoratori, ha affermato che *“la circostanza che determinate disposizioni del Trattato si rivolgano formalmente agli Stati membri non esclude che, al tempo stesso, vengano attribuiti dei diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati”*, aggiungendo che nella misura in cui il divieto di discriminazione generalmente trova applicazione anche nei rapporti tra privati esso *“deve, a fortiori, valere per l'art. 48 [39] del Trattato, il quale enuncia una libertà fondamentale e costituisce una specifica applicazione del divieto generale di discriminazione enunciato nell'art. 6 [12] del Trattato CE”*.<sup>60</sup>

Dal caso *Van Ameyde* è inoltre emerso il divieto di ogni discriminazione derivante da una disciplina, di qualsiasi natura, volta a regolare, in modo collettivo, l'esercizio di un'attività economica resa in forma autonoma o subordinata.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Corte di Giustizia sentenza del 12 luglio 1990, C-188/89, *Foster*, Raccolta, 1990, I-3313, punti 18 e 19.

<sup>56</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters*, punti 119-123.

<sup>57</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 15 dicembre 1995, C-415/93, *Bosman*, Raccolta, 1995, I-04921, punti 84-87

<sup>58</sup> Corte di giustizia: sentenza del 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave*, Raccolta, 1974, 1405, punti 16/19; sentenza del 13 aprile 2000, C-176/96, *Lehtonen*, Raccolta, 2000, I-26/8, punto 4, sentenza del 19 febbraio 2002, *Wouters*, cit., 120; sentenza del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*, punto 98.

<sup>59</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 6 giugno 2000, *Angonese*, cit., punti 34-36; vedi anche sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*, Racc. pag. 455, punto 31.

<sup>60</sup> Sul punto si veda: L. WOODS, *Free movement of goods and services within the European Community*, cit., 186-187.

<sup>61</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 9 giugno 1977, causa 90/76, *Van Ameyde*, Raccolta, 1977, 1091, punto 28.

Dal ragionamento delle sentenze sopra riportate si può quindi desumere il principio in base al quale nulla osta a che le disposizioni del Trattato, ed in particolare quelle relative al divieto di discriminazione, possano trovare applicazione anche ai rapporti tra i privati, qualora le disposizioni da essi emanate determinino un ostacolo alla libera circolazione delle persone, dei servizi, ecc.

#### *4. La disciplina e gli effetti della libertà in esame*

##### *4.1 Il diritto di uscita, di ingresso e di residenza*

Come in parte già sopra affermato, la libera circolazione dei servizi implica il diritto del prestatore, del destinatario di lasciare lo Stato di origine e di recarsi in un diverso Stato membro, nell'ambito della prestazione di un'economica.

Di conseguenza, la libertà in esame implica anche il diritto di risiedere nello Stato di destinazione, per il periodo necessario al compimento dello stesso servizio.

In linea generale, l'art. 18 Trattato CE afferma che *«Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel Territorio degli Stati membri»*.

La norma si fonda sulla nozione di cittadinanza europea, introdotta con il Trattato di Maastricht e trasposta nell'art. 17 Trattato CE.

Nel periodo antecedente, il diritto alla libera circolazione era strettamente connesso alle ragioni economiche del mercato unico ed alla sua realizzazione.<sup>62</sup>

Con l'adozione del Trattato di Maastricht e l'introduzione della cittadinanza UE si è assistito ad una svolta importante nel processo di integrazione, nella quale la persona ha assunto un ruolo fondamentale e non più strettamente ancorata all'esercizio di un'attività lavorativa.

Tale passo è stato segnato dall'entrata in vigore della Direttiva 2004/38/CE,<sup>63</sup> la quale ha disciplinato nello specifico le modalità di attuazione del diritto alla libera circolazione, attraverso una semplificazione del sistema normativo di ingresso e di

---

<sup>62</sup> Sul punto si veda: A. PIETER VAN DER MEI, *Free movement of person within the European Community*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 21 e ss.

<sup>63</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 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, pubblicata in GUCE del 30 aprile 2004, n. L 158, 77-123.

soggiorno. Essa, inoltre, ha abrogato la Direttiva 73/148/CEE,<sup>64</sup> avente ad oggetto la regolamentazione del diritto alla libera circolazione dei servizi.

Libera circolazione significa, in pratica, diritto di uscita dal paese di origine e diritto di ingresso e/o soggiorno in un diverso stato UE senza ostacoli e/o discriminazioni fondate sulla nazionalità.

Tale diritto rappresenta un principio comune alla libera circolazione dei lavoratori, dei servizi ed al diritto di stabilimento, per quanto concerne sia il diritto di ingresso e di residenza sia il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità.<sup>65</sup>

In relazione alla libertà in esame, seppur da un punto di vista pratico il diritto alla libera circolazione del prestatore di un servizio (in quanto persona fisica) si fonda in parte sulle disposizioni di cui alla Direttiva 2004/38/CE, ogni ostacolo alla prestazione di un servizio è invece trattato alla luce delle disposizioni degli artt. 49 Trattato CE e ss.

Allo stesso modo, l'eventuale manodopera distaccata nell'ambito della prestazione di un servizio (la quale ricade, quanto alle condizioni di impiego, nell'ambito di applicazione della Direttiva 96/71/CE) usufruisce a sua volta del diritto alla libera circolazione sancito dalla Direttiva 2004/38/CE, ma gli eventuali ostacoli posti dagli Stati membri al loro ingresso e/o soggiorno costituiscono - come sopra riportato - una violazione dell'art. 49 Trattato CE.<sup>66</sup>

Quanto ai contenuti, l'art. 4 della Direttiva attribuisce a ciascun cittadino ha diritto, se munito di carta di identità o di un passaporto in corso di validità, di lasciare il Paese di origine e di recarsi in un altro Stato membro per esercitarvi un'attività lavorativa (in forma autonoma o subordinata).

Tale diritto deve essere esercitato senza alcuna richiesta di visto di uscita e senza espletamento di alcuna formalità equivalente.

Lo stesso cittadino ha quindi il diritto di ingresso nello Stato di destinazione, sancito dall'art. 5, sempre senza imposizione di alcun visto o formalità equivalente.

L'attuazione di tali diritti ha comportato l'abolizione dei controlli alle frontiere interne al territorio UE - eccezion fatta per la verifica della validità dei documenti di

---

<sup>64</sup> Direttiva 73/148/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati Membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi, pubblicata in GUCE del 28 giugno 1973, n. L 172, 14 - 16.

<sup>65</sup> Corte di Giustizia, sentenza dell'8 aprile 1976, causa 48/75, *Royer*, Raccolta, 1976, 497, punto 23.

<sup>66</sup> Sul punto si veda C. BARNARD, *The substantive Law of the EU*, cit., 368-370.

identità - mediante l'adozione del c.d. "*Acquis di Schengen*",<sup>67</sup> nel quale figurano le seguenti misure principali: l'abolizione dei controlli alle frontiere comuni e il loro trasferimento alle frontiere esterne; la definizione comune delle condizioni di attraversamento delle frontiere esterne nonché le norme e le procedure uniformi per il controllo delle persone che si trovano a tali frontiere; la separazione, negli aeroporti e nei porti, dei viaggiatori che si spostano all'interno dello spazio Schengen da quelli di diversa provenienza; l'armonizzazione delle condizioni di ingresso e di concessione dei visti per i brevi soggiorni; l'avvio di un coordinamento fra le diverse amministrazioni per la sorveglianza delle frontiere (ufficiali di collegamento, armonizzazione delle istruzioni e della formazione impartite al personale); la definizione del ruolo dei trasportatori nella lotta contro l'immigrazione clandestina; la dichiarazione obbligatoria per tutti i cittadini di paesi terzi che circolino da un paese all'altro; la definizione di norme sulla responsabilità dell'esame delle domande delle domande di asilo; l'istituzione di un diritto di osservazione e di inseguimento transfrontaliero per gli agenti di polizia degli Stati Schengen; il rafforzamento della cooperazione giudiziaria mediante un sistema di estradizione più rapido e una migliore trasmissione dell'esecuzione delle sentenze penali; la creazione del sistema d'informazione Schengen (SIS).

Effettuato l'ingresso nello Stato di destinazione, l'art. 6 prevede che i cittadini UE godano del diritto di soggiorno per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, fatto salvo il possesso di un documento di identità in corso di validità.

I diritti sanciti dagli artt. 4, 5 e 6 si estendono anche ai familiari a seguito.

La nozione di familiare può essere desunta dalla stessa Direttiva, la quale vi ricomprende: il coniuge; il partner che abbia contratto con il cittadino UE (che esercita il diritto alla libera circolazione) un'unione registrata, secondo la legislazione di uno Stato membro; i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner; gli ascendenti diretti a carico di quelli del coniuge o del partner.

Laddove il diritto di ingresso e di soggiorno sino a tre mesi è contemplato dalla Direttiva in esame, i diritti connessi ai servizi di lunga durata (quindi eccedenti tale

---

<sup>67</sup> Unione Europea, Lo spazio e la cooperazione Schengen, documento disponibile su [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

limite) non risultano coperti dalla Direttiva ma - come evidenziato nelle sentenze della Corte di Giustizia - risultano disciplinati direttamente dalle disposizioni di cui all'art. 49 Trattato CE.

Inoltre, come sopra già affermato, i diritti e le condizioni di cui alla Direttiva 2004/38/CE trovano applicazione al prestatore di un servizio inteso come persona fisica (ad esempio un libero professionista che si sposta da uno Stato membro all'altro) e non può invece trovare applicazione al caso di migrazione di una persona giuridica o di un'impresa, rientranti invece nel campo di applicazione del diritto di stabilimento.

Difatti, la stessa Direttiva, come si evince dalla lettura degli artt. 2 e 3, trova applicazioni soltanto alle “*persone*” aventi la cittadinanza di uno Stato membro.

In sintesi:

- (i) il diritto alla libera circolazione ed al soggiorno sino a tre mesi del prestatore e/o del destinatario di un servizio, intesi come persona fisica, in un altro Stato membro è disciplinato dalla Direttiva 2004/38/CE ed in particolare dall'art. 6;
- (ii) l'eventuale manodopera impiegata nella prestazione del servizio gode del diritto alla libera circolazione sancito dall'art. 18 Trattato CE e dalla Direttiva 2004/38/CE;
- (iii) le condizioni di impiego di detta manodopera in distacco sono disciplinate dalla Direttiva 96/71/CE;
- (iv) gli ostacoli alla libera circolazione del servizio stesso, del prestatore o del destinatario di un servizio rientrano nella disciplina dall'art. 49 Trattato CE e ss.;
- (v) ogni ostacolo alla libera circolazione del prestatore e/o alla libera circolazione della manodopera distaccata nell'ambito di un servizio è trattata alla luce dell'art. 49 Trattato CE e ss. e non della Direttiva 2004/38/CE e/o dell'art. 39 Trattato CE.

Esperita l'indagine sulle implicazioni pratiche connesse al diritto alla libera circolazione dei servizi, nei paragrafi che seguono saranno analizzate le disposizioni relative al divieto di discriminazione e/o di ogni misura ostativa alla realizzazione di tale libertà.

#### 4.2 Il divieto di discriminazione

L'art. 49 Trattato CE afferma che *“le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione”*.

L'art. 50 Trattato CE, comma 3, prevede altresì che *“[...] il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, anche a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini”*.

L'art. 54 Trattato CE precisa che *“fino a quando non saranno soppresse le restrizioni alla libera prestazione dei servizi, ciascuno degli Stati membri le applica senza distinzione di nazionalità o di residenza a tutti i prestatori di servizi”*.

Il Trattato sancisce quindi un diritto alla parità di trattamento - tra i prestatori di servizi stabiliti in diversi Stati membri - per quanto concerne le condizioni di accesso al mercato e vieta ogni discriminazione sulla base della nazionalità.

In aggiunta, l'art. 54 Trattato CE attribuisce alla “residenza” un valore particolare, in quanto il Trattato vieta non solo le misure discriminatorie ma anche ogni altra restrizione - seppur indistintamente applicabile, come il criterio della residenza - che impedisca l'accesso al mercato dei servizi in un determinato Stato membro.

Il divieto di discriminazione, dal canto suo, rappresenta uno dei principi fondamentali su cui si regge la realizzazione della libera circolazione delle persone e dei servizi, nonché delle altre libertà poste alla base dell'integrazione europea, ed è espresso in linea generale dall'art. 12 Trattato CE, il quale sancisce il divieto di discriminazione, diretta o indiretta, sulla base della nazionalità.

Tale disposizione trova applicazione in modo autonomo a tutte le situazioni, rilevanti per il diritto comunitario, per le quali il Trattato non faccia obbligo espresso di non discriminazione mediante diversa disposizione.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Corte di Giustizia: sentenze 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Oteiza Olazabal*, Raccolta, I-10981, punto 25; sentenza dell'11 dicembre 2003, causa C-289/02, *AMOK*, Raccolta, I-15059, punto 25, sentenza del 29 aprile 2004, causa C-387/01, *Weigel*, Raccolta, I-4981, punto 57; sentenza dell'11 gennaio 2007, causa C-40/05, *Lyyski*, Raccolta, I-99, punto 33; sentenza del 5 marzo 2009, C-222/07, *UTECA*, Raccolta, 2007, punto 38.

Vietando ogni discriminazione il Trattato richiede la perfetta parità di trattamento tra i soggetti che si trovano in una posizione rilevante e quindi disciplinata dal diritto comunitario.<sup>69</sup>

Un effetto discriminatorio può verificarsi esclusivamente quando Stato membro - nella medesima situazione - un soggetto proveniente da un diverso Stato membro in modo differente rispetto ad un proprio cittadino.

Inoltre, dal diverso trattamento riservato a situazioni tra di esse non comparabili non consegue automaticamente l'esistenza di una discriminazione: una discriminazione formale apparente può quindi corrispondere, in fatto, ad assenza di discriminazione materiale.

Per discriminazione materiale deve intendersi sia la situazione in cui uno stato o un soggetto privato, ove rilevante, tratti in modo diverso situazioni analoghe, sia la situazione in cui siano trattate in modo identico situazioni diverse.<sup>70</sup>

In ultimo, è da precisare che una disparità di trattamento derivante semplicemente dalle differenze esistenti tra la legislazione di due o più Stati membri non costituisce una discriminazione riconducibile nell'ambito di applicazione del Trattato.

Secondo la Corte, infatti, l'art. 12 Trattato CE - nonché le specifiche disposizioni relative alle singole libertà - *“non contemplano le eventuali disparità di trattamento che possono derivare, da uno Stato membro all'altro, dalle divergenze esistenti tra le legislazioni dei vari Stati membri, purché ciascuna di tali legislazioni si applichi a chiunque sia ad esse soggetto, secondo criteri oggettivi e indipendentemente dalla nazionalità”*.<sup>71</sup>

Allo stesso modo, non rientrano nell'ambito di applicazione del divieto previsto dal Trattato, le discriminazioni poste in essere da norme di diritto internazionale privato -

<sup>69</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 1996, C- 43/95, *Data-Delecta*, Raccolta, 1996, I-4661, punto 16. Sul concetto di parità di trattamento in materia di libera circolazione delle persone si veda Y. BORGAMNN-PREBIL, *The rule of reason in European citizenship*, in *European Law Journal*, n. 3, 2008, 328-350.

<sup>70</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 17 luglio 1963, causa 13/63, *Italia/Commissione*, Raccolta, 1963, 165, punto 4; sentenza del 20 settembre 1988, causa 203/86, *Spagna/Consiglio*, Raccolta, 1986, 4563, punto 25; sentenza del 17 aprile 1997, C-15/95, *EARL de Kerlast*, Raccolta, 1995, I-1961, punto 35; sentenza del 13 aprile 2000, C-292/97, *Karlsson e a.*, Raccolta, 2000, I-2737, punto 39; sentenza del 6 marzo 2003, *Molkerei Wagnfled*, causa 14/01, Raccolta, 2001, I-2279, punto 49.

<sup>71</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 28 giugno 1978, causa 1/78, *Kenny*, Raccolta, 1978, 1489, punto 18; sentenza del 7 maggio 1992, cause riunite C-251/90 e C-252/90, *Wood e Cowie*, Raccolta, 1992, I-2873, punto 19; sentenza del 3 luglio 1979, cause riunite 185/78-204/78, *Van Dam en Zonen e a.*, Raccolta, 1979, 2345, punto 10, sentenza dell'1 febbraio 1996, C-177/94, *Perfili*, Raccolta, 1996, I-161, punto 71.

interne ad uno Stato membro - che fondano sulla nazionalità la scelta della legge sostanziale da applicare al caso in esame.<sup>72</sup>

#### 4.3 Le discriminazioni dirette

Gli artt. 49 Trattato CE e 50 Trattato CE, come sopra chiarito, vietano qualsiasi discriminazione diretta, ovvero qualsiasi disparità di trattamento riferita espressamente alla nazionalità del prestatore di un servizio, una sorta quindi di discriminazione “evidente” e “visibile”.

L’effetto discriminatorio di una disposizione normativa può impattare sul diritto alla libera circolazione del prestatore del servizio (quindi diritto di entrata, di residenza o di uscita), sulle condizioni di accesso al mercato del lavoro della manodopera distaccata nella prestazione di un servizio, ovvero può costituire un ostacolo alla circolazione del solo servizio o del destinatario dello stesso.<sup>73</sup>

In altri termini, uno Stato membro non può rendere la prestazione di servizi su scala transfrontaliera più onerosa di quella circoscritta a livello puramente nazionale.

Nel caso *Van Wesemael*, la Corte ha affermato che rientrano nelle restrizioni vietate dagli artt. 49 Trattato CE e 50 Trattato CE tutte le condizioni imposte al prestatore “*in ragione della sua nazionalità o della sua residenza in uno stato diverso da quello in cui presta il servizio, quando non sono imposte a coloro che risiedono nel territorio nazionale oppure hanno per effetto d’impedire o di ostacolare in altro modo l’attività del prestatore*”.<sup>74</sup>

Nell’ambito di una situazione rilevante per il diritto comunitario, quindi, ogni Stato membro è tenuto a riservare ai cittadini di un altro Stato membro lo stesso trattamento assegnato ai propri cittadini.

Ne discende, ad esempio, che il principio di non discriminazione osta a che uno Stato membro subordini la concessione di un diritto ad un soggetto - che si trovi in una situazione disciplinata dal diritto comunitario - al requisito del possesso di una

<sup>72</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 10 giugno 1999, C-430/97, *Johannes*, Raccolta, 1999, I-3475, punti 26-29.

<sup>73</sup> Sul punto S. D’ACUNTO, *La libera circolazione dei servizi*, cit., 237.

<sup>74</sup> Corte di giustizia, sentenza del 3 dicembre 1974, causa 33/73, *Van Wesemael*, Raccolta, 1974, 1299, punto 10.

tessera di residente, o al fatto che sia cittadino di un Paese che ha concluso con lo Stato membro un accordo di reciprocità.<sup>75</sup>

In buona sostanza, il divieto di discriminazione diretta, implica l'abolizione di ogni disparità di trattamento, a prescindere dalla natura dell'atto discriminatorio, riservato dallo Stato di destinazione ad un prestatore di servizi, ovvero al destinatario dello stesso, stabiliti in un diverso Stato membro o aventi la cittadinanza di tale Stato, qualora lo stesso trattamento non è concesso allo stesso prestatore stabilito nello Stato di destinazione o avente la cittadinanza di quest'ultimo.

Pertanto, è fatto divieto di imporre al prestatore proveniente da un diverso Stato membro - in ragione della sua nazionalità - adempimenti burocratici o l'adozione di certe misure, quali ad esempio la richiesta di polizze fideiussorie - qualora tali condizioni non siano richieste ai prestatori stabiliti nello Stato membro di destinazione.

Di contro, come affermato dalla stessa Corte di Giustizia, il divieto di discriminazione sancito dall'art. 12 Trattato CE non trova applicazione qualora il trattamento riservato ad un soggetto nello Stato di destinazione risulti inferiore rispetto al trattamento riservato allo stesso soggetto Paese di provenienza,<sup>76</sup> poiché tale situazione riguarda differenze esistenti tra le legislazioni dei diversi Stati membri, in quanto tali irrilevanti per il diritto comunitario.

#### *4.4 Le discriminazioni indirette*

In relazione ai contenuti ed agli effetti dell'atto discriminatorio, si può operare una distinzione tra discriminazioni dirette e/o indirette.

E' indiretta ogni discriminazione che - seppur fondata su criteri apparentemente neutrali e non espressamente riferito alla nazionalità - producano, nei fatti, un effetto discriminatorio e quindi contrario alle disposizioni del Trattato.

Come affermato dalla Corte di Giustizia in materia di libera circolazione delle persone, il principio della parità di trattamento, enunciato nel Trattato, vieta non soltanto le discriminazioni "palesi" basate sulla nazionalità, ma anche qualsiasi

---

<sup>75</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, Raccolta, 1989, punto 13.

<sup>76</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 1 febbraio 1996, C-177/94, *Perfili*, Raccolta, 1996, I-4981, punto 19.

discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato.<sup>77</sup>

Il concetto di discriminazione indiretta in base alla nazionalità è stato ampiamente sviluppato, nell'ordinamento comunitario, soprattutto nell'ambito di applicazione del diritto alla libera circolazione dei lavoratori.

In materia di lavoro subordinato, un primo riferimento normativo è rinvenibile nell'art. 3 del Regolamento CEE 1612/68<sup>78</sup> - relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità - il quale afferma impone la disapplicazione delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o le pratiche amministrative di uno Stato membro che, *“sebbene applicabili senza distinzione di nazionalità, hanno per scopo o effetto esclusivo o principale di escludere i cittadini degli altri Stati membri dall'impiego offerto”*.

Il primo riferimento della Corte di Giustizia al concetto di discriminazione indiretta si ebbe nel caso *Geitling*,<sup>79</sup> in cui si affermava che *“un ufficio di vendita che conteggi a dei grossisti come fatti presso di sé gli acquisti che essi fanno presso determinati altri uffici di vendita nonostante il fatto che esso deve agire in concorrenza tanto con tali uffici quanto con tutti gli altri produttori della Comunità, comporta una discriminazione indiretta poiché i compratori sono incitati a rifornirsi di preferenza presso detti uffici di vendita con pregiudizio degli altri produttori della Comunità”*.

In tale pronuncia, la Corte non ha fornito una definizione di discriminazione indiretta, ma ha prodotto un ragionamento secondo il quale il diverso trattamento riservato ai consumatori conduceva di fatto ad una disparità di trattamento - discriminatoria - tra i diversi produttori interessati.

Nel caso *Ugliola*,<sup>80</sup> la Corte si è pronunciata in materia di conteggio, ai fini del calcolo dell'anzianità aziendale, del periodo durante il quale un lavoratore ha dovuto

---

<sup>77</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 27 novembre 1997, case C-57/96, *H. Meints v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, in *Raccolta*, 1997, I-06689, punto 44; sentenza del 23 maggio 1996, causa C-237/94, *O'Flynn*, pag. I-2617, punto 17; sentenza del 12 febbraio 1974, causa C-152/73, *Sotgiu*, in *Raccolta*, 153, punto 11; sentenza del 21 novembre 1991, causa C-27/91, *Le Manoir*, in *Raccolta*, I-5531, punto 10; sentenza del 10 marzo 1993, causa C-111/91, *Commissione/Lussemburgo*, in *Raccolta*, I-817, punto 9; sentenza del 23 febbraio 1994, causa C-419/92, *Scholz*, in *Raccolta* I-505, punto 7.

<sup>78</sup> Regolamento del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori, in GUCE, del 19 ottobre 1968, L 257.

<sup>79</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 20 marzo 1957, causa 2/56, *Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft and others/ECSC High Authority*, *Raccolta*, 1957, 9, punto 8.

<sup>80</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 15 ottobre 1969, causa 15/69, *Ugliola*, *Raccolta*, 1969, 363, punto 6.

interrompere la propria attività lavorativa, resa in un diverso Stato membro, al fine di adempiere agli obblighi di leva nel Paese di origine.

La disciplina comunitaria in materia sociale è stata sempre basata sul principio secondo il quale le leggi di ciascuno stato membro devono garantire ai cittadini degli altri Stati membri, occupati nel territorio del primo, il complesso di vantaggi che esse attribuiscono ai propri cittadini.

Di conseguenza, secondo la Corte, la norma di diritto nazionale che tuteli i lavoratori contro le conseguenze sfavorevoli, sul piano delle condizioni d'occupazione nell'impresa, dell'assenza dovuta agli obblighi militari, va applicata pure ai cittadini degli altri Stati membri occupati nel territorio dello Stato di cui trattasi e soggetti ad obblighi militari nel loro Paese d'origine.

Nell'affermare tale tesi, la Corte ha affermato il principio secondo il quale - seppur la norma controversa non faceva espresso riferimento alla nazionalità dei lavoratori interessati - l'art. 39 Trattato CE non consentiva agli Stati membri - al di fuori dei casi espressamente contemplati - *“di derogare alla parità di trattamento o all'identità di tutela, garantite dal Trattato a tutti i lavoratori della comunità, effettuando indirettamente, a vantaggio dei loro cittadini soltanto, una discriminazione connessa agli obblighi militari”*.

Nel caso *Sotgiu*,<sup>81</sup> la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla corretta applicazione del divieto di discriminazione sancito dall'art. 7 del Regolamento CEE n. 1612/68, in particolare in materia di indennità di separazione, spettante, in presenza di determinati presupposti, ai lavoratori prestanti servizio in una località diversa da quella della loro residenza.

I Giudici, in tale occasione, hanno affermato che *“i criteri basati sul luogo d'origine o sulla residenza di un lavoratore possano, in determinate circostanze, avere gli stessi effetti pratici della discriminazione proibita dal trattato e dal regolamento n. 1612/68”* e che le disposizioni del Trattato vietano anche tutte le discriminazioni non palesate che, pur non facendo riferimento alla nazionalità, si riferiscono ad altri criteri che, ove applicati, producono lo stesso risultato.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu*, Raccolta, 1974, 153, punti 10-13.

<sup>82</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 7 March 1991, *Masgio*, case C-10/90, punto 18 e punto 19; sentenza del 15 Dicembre 1995, *Bosman*, case C-415/93, punto 96; sentenza del 15 giugno 2000, *Sehrer*, case C-302/98, punto 33; sentenza del 12 Dicembre 2002, *De Groot*, case C-385/00, punto 78; sentenza 13

#### 4.5 Le discriminazione alla rovescia

Nei paragrafi precedenti è stato evidenziato a più riprese il concetto in base al quale il diritto comunitario trova applicazione esclusivamente a situazioni “trans-frontaliere”, disinteressandosi invece delle situazioni definite “puramente interne”.

Tale principio si riflette anche sulla verifica della natura discriminatoria o meno, alla luce del Trattato, di una determinata normativa.

In tale contesto, si inserisce la nozione di discriminazione “*a rovescio*”, ovvero il caso in cui un determinato Stato membro discrimina un proprio cittadino rispetto ad un soggetto avente la cittadinanza di un altro Stato membro.

Il cittadino in questione viene quindi a trovarsi nella casistica definita, generalmente, come “*situazione puramente interna*” e, in quanto tale, irrilevante per il diritto comunitario.<sup>83</sup>

Il cittadino comunitario, difatti, non può invocare un diritto previsto dal Trattato nei confronti dello Stato di origine, qualora egli non venga a trovarsi in una condizione di trans-nazionalità necessaria ai fini dell’applicazione dello stesso diritto comunitario.

In altri termini, un prestatore di servizi che non esercita alcuna attività al di fuori dei confini del territorio dello Stato in cui è stabilito (nelle diverse forme possibili ed individuate nei paragrafi precedenti) - e che subisce una disparità di trattamento, in senso sfavorevole, rispetto alle condizioni riservate dallo stesso Stato ad un prestatore proveniente da un diverso Paese appartenente all’UE - non potrà che esperire i rimedi giurisdizionali previsti dall’ordinamento interno.<sup>84</sup>

Pertanto, in caso di discriminazione, la mera differente nazionalità tra i prestatori interessati dal confronto non è sufficiente ad invocare le disposizioni del Trattato. Soltanto nell’ipotesi in cui un soggetto si ponga in una situazione retta dal diritto comunitario, trapassando i confini dello Stato in cui è stabilito, potrà invocare - a proprio sostegno - i diritti garantiti dal Trattato.

---

Novembre 2003, *Schilling*, case C-209/01, punto 25. Per una disamina approfondita del concetto di discriminazione indiretta in dottrina si veda: C. TOBLER, *Indirect discrimination*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005.

<sup>83</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Cedam, Padova, 2008, 106;

<sup>84</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 5 giugno 1997, cause riunite C-64/96 e C-65/96, *Uecker an Jacquet*, punto 23. Per approfondimenti sulla tematica: M. COLUCCI, *La libera circolazione delle persone*, cit., 183-185.

Diverso è il caso in cui la normativa di uno Stato membro impedisca o ostacoli, ad un operatore economico e/o ad un lavoratore, il diritto di uscita al fine di prestare un servizio o di esercitare un'attività lavorativa nell'ambito del territorio di un diverso Stato membro, in quanto la situazione in esame presenta già i caratteri di trans-nazionalità necessari e diventa rilevante per il diritto comunitario.

#### *4.6 Le restrizioni non discriminatorie*

Generalmente, il diritto alla libera circolazione dei lavoratori, siano essi autonomi o subordinati, è stato affrontato in chiave prettamente non discriminatoria.

In prima battuta la Corte era orientata nel senso di ricercare sempre un effetto discriminatorio nelle misure o nelle normative contrarie all'art. 49 Trattato CE.

Nel caso *Peralta*, i giudici hanno affermato che il principio della libera prestazione dei servizi (in materia di trasporti marittimi) non osta ad una normativa di uno Stato membro la quale vieti lo scarico di sostanze chimiche nocive in mare a tutte le navi, senza distinzione, sia che esse effettuino trasporti interni ad uno Stato membro sia che effettuino trasporti a destinazione degli altri Stati membri, quindi senza alcuna distinzione di bandiera.<sup>85</sup>

Tale orientamento è stato seguito anche nella sentenza *Debauve*, nella quale i giudici hanno affermato che gli artt. 49 Trattato CE e 50 Trattato CE “*non vietano una normativa nazionale che si opponga alla trasmissione di messaggi pubblicitari mediante tele-distribuzione, così come alla diffusione di messaggi pubblicitari mediante televisione, se detta normativa è applicata senza distinzione per quanto riguarda l'origine, nazionale o straniera, di detti messaggi, la nazionalità del prestatore, o il suo luogo di stabilimento*”. Anche in questo caso l'assenza di una misura discriminatoria ha indotto i giudici a ritenere la normativa controversa compatibile con il diritto alla libera circolazione dei servizi.

Tuttavia, tali orientamenti non potevano essere condivisi, in quanto è la stessa lettera dell'art. 49 Trattato CE a vietare ogni “restrizione”, indipendentemente dall'effetto discriminatorio da essa prodotta, a contrario - ad esempio - dell'art. 39 Trattato CE, il quale prevede espressamente - come corollario del diritto alla libera circolazione dei lavoratori - il divieto di ogni discriminazione fondata sulla nazionalità.

---

<sup>85</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, C-379/92, Raccolta, 1994, I-3445, punto 51 e massima.

Inoltre, anche con riguardo alla libera circolazione delle persone, a seguito dell'opera interpretativa della Corte è stata ritenuta illegittima ogni misura contraria diritto alla libera circolazione e che comporti un ostacolo all'accesso all'impiego, pur in assenza di una discriminazione fondata sulla nazionalità.<sup>86</sup>

Successivamente, dal caso *Säger* in poi, si è cristallizzato il principio in base al quale l'art. 49 Trattato CE debba prevedere non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi in ragione della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione - seppur applicata indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri - allorché essa sia tale da vietare, o da ostacolare in altro modo, le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro.<sup>87</sup>

La realizzazione del mercato interno, quindi, fa sì che l'art. 49 Trattato CE osti ad ogni normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile di quella puramente interna a uno Stato membro.<sup>88</sup>

Il diritto alla libera circolazione dei servizi ha come scopo la soppressione di qualsiasi restrizione allorché essa sia tale da rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro,<sup>89</sup> ricomprendendo tutte le misure adottate da uno Stato membro che pregiudichino l'accesso al mercato per le imprese di altri Stati membri, ostacolando in tal modo il commercio intracomunitario.<sup>90</sup>

Nello specifico, uno dei requisiti tipici ritenuti contrari all'art. 49 Trattato CE, seppur non discriminatorio, è quello della residenza, assimilato - dall'art. 54 Trattato CE - al criterio della "nazionalità" e ritenuto incompatibile con la libertà in esame.

---

<sup>86</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 31 marzo 1993, C-19/92, *Kraus*, Raccolta, 1993, I-1663, punto 32; sentenza del 26 gennaio 1999, C-18/95, *Terhoeve*, Raccolta, 1999, I-345, punto 39; sentenza del 15 dicembre 1995, *Bosman*, cit., punto 94-104.

<sup>87</sup> In dottrina: K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet&Maxwell, London, 2006, 223; Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*, Raccolta, 1991, I-4221, punto 12. Si veda anche Corte di Giustizia: sentenza del 28 marzo 1996, causa C-272/94, *Guiot*, Raccolta, 1996, I-1905, punto 10, sentenza del 19 gennaio 2006, causa C-244/04, *Commissione/Germania*, Raccolta, 2006, I-885, punto 30; sentenza del 18 luglio 2007, C-490/04, *Commissione/Germania*, punto 63.

<sup>88</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 5 ottobre 1994, C-381/93, *Commissione/Francia*, Raccolta, 1994, I-5145, punto 17; 28 aprile 1998, *Kohll*, cit., punto 33; sentenza del 12 luglio 2001, *Smits e Peerbooms*, cit., punto 61; sentenza del 3 ottobre 2002, C-136/00, *Danner*, cit., punto 29; sentenza dell'8 settembre 2005, cause riunite C-544/03 e C-545/03, *Mobistar e Belgacom Mobile*, Raccolta, 2005, I-7723, punto 30; sentenza del 18 dicembre 2007, *Jundt*, cit., 52.

<sup>89</sup> Corte di giustizia: sentenza del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, punto 33; sentenza del 5 dicembre 2006, C-94/04 e C-202/04, Raccolta, I-11421, punto 56.

<sup>90</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 28 aprile 2009, C-518/06, *Commissione/Italia*, punto 64;

La Corte di giustizia, pronunciandosi in materia di esercizio della professione di avvocato, ha così ritenuto che il requisito della residenza nello Stato in cui va fornito il servizio può, talvolta, togliere ogni rilevanza pratica all'art. 49 Trattato CE, il quale si propone invece di eliminare gli ostacoli alla libera prestazione di servizi.<sup>91</sup>

Per tale ragione, le disposizioni del Trattato devono essere interpretate nel senso che una legislazione nazionale non può impedire - prescrivendo un obbligo di residenza nel territorio dello Stato - la prestazione dei servizi da parte di chi risiede all'estero, nella misura in cui sia possibile garantire l'osservanza delle norme interne in materia mediante l'adozione di provvedimenti differenti e di minore impatto.<sup>92</sup>

Il criterio della residenza, quindi, seppur non espressamente riferito alla nazionalità inevitabilmente comporta una restrizione alla libera circolazione dei servizi, in quanto esso comporta un'insostenibile assimilazione del prestare di un servizio ad un'impresa stabilita nello Stato di destinazione, nonostante la prestazione del servizio si concretizzi in forma temporanea e senza alcun legame stabile e permanente nello Stato di destinazione.

In aggiunta a tale criterio, la Corte di Giustizia ha realizzato, nel corso degli anni, un elenco (sicuramente non esaustivo) delle misure restrittive in materia di libera circolazione dei servizi, ricomprendendovi: l'obbligo di disporre uno stabilimento e/o di una dipendenza a carico del prestatore; l'osservanza di norme prescritte in ipotesi di stabilimento; il requisito del domicilio professionale; la condizione di reciprocità con lo Stato di origine; l'obbligo di adottare un determinato capitale sociale; la prescrizione di un numero minimo di dipendenti; la prescrizione di un deposito cauzionale presso un Istituto bancario.<sup>93</sup>

##### *5. Le eccezioni alla libera circolazione dei servizi*

Le disposizioni rilevanti del Trattato, così come le pronunce fondamentali della Corte di Giustizia, hanno sempre offerto un'interpretazione estensiva del diritto alla libera circolazione dei servizi.

---

<sup>91</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, Raccolta, 1974, 1299, punto 11.

<sup>92</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 26 novembre 1975, causa 39/75, *Coenen*, Raccolta, 1975, 1547, punti 11 e 12.

<sup>93</sup> In relazione alla disamina delle misure indistintamente applicabili si veda: S. D'ACUNTO, *La libera circolazione dei servizi*, cit., 238.

Ciò deriva senza dubbio dall'importanza - soprattutto economica - correlata agli effetti, sia in termini di qualità che di concorrenza, dello scambio di servizi nell'ambito del territorio comunitario.

Tuttavia, non bisogna ritenere che detto diritto sia "assoluto": il Trattato ha infatti individuato una serie di eccezioni all'applicazione dello stesso, riassunte negli artt. 45 Trattato CE, 46 Trattato CE e 86 Trattato CE.

In aggiunta, la Corte ha - dal canto suo - ammesso la possibilità di derogare alla libertà in oggetto, anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dal Trattato, in presenza di talune condizioni, e a fronte dell'esistenza di motivi di interesse generale.

Di seguito sarà effettuata una breve della portata sia delle limitazioni "legali" che delle ipotesi introdotte dalla giurisprudenza in materia.

### *5.1 Le ipotesi previste dal Trattato*

L'articolo 55 Trattato CE rinvia espressamente alle disposizioni di cui agli artt. 45 Trattato CE e 46 Trattato CE, in materia di diritto di stabilimento, i quali disciplinano rispettivamente le ipotesi di "*esercizio di pubblici poteri*" e le giustificazioni derivanti da "*motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*".

L'art. 45 Trattato CE esclude dall'ambito di applicazione delle regole in materia di libera circolazione dei servizi le attività che - tenuto conto della legislazione dello Stato membro interessato - attengono all'esercizio di pubblici poteri.

Tale eccezione si riferisce, quindi, alle funzioni riservate alle autorità pubbliche e non riguardano, ad esempio, le attività svolte da professionisti, le quali - in taluni ordinamenti - ne costituiscono una fase o un espletamento.

Per tale ragione, a giudizio della Corte, non può essere riservata ai soli prestatori nazionali (restringendo l'accesso dei professionisti stabiliti in un diverso Stato membro) l'attività resa da un avvocato in termini di consulenza, assistenza legale e difesa in giudizio di una delle parti, seppur detta attività risulta senza dubbio interconnessa con l'amministrazione della giustizia, esercizio di pubblico potere.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 21 giugno 1974, *Reyners*, cit., punto 52.

Al contempo, l'art. 46 Trattato CE riserva agli Stati membri la facoltà di limitare il diritto alla libera circolazione dei servizi per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e/o di sanità pubblica.

In relazione ai motivi suindicati, la Corte ha affermato che un provvedimento nazionale avente portata discriminatoria può costituire eccezione nella misura in cui esso è finalizzato a fronteggiare una minaccia sufficientemente grave avuto riguardo ad uno degli interessi fondamentali della collettività; tale minaccia deve essere effettiva - con onere della prova a carico dallo Stato membro interessato - avuto riguardo ad elementi personali e circostanziati.<sup>95</sup>

Il generico richiamo a "rischi per la collettività", difatti, non può consentire una deroga alle disposizioni di cui all'art. 49 Trattato CE, né uno Stato membro può invocare uno dei motivi di cui all'art. 46 Trattato CE per escludere un intero settore economico dall'applicazione delle norme previste dal Trattato in materia di servizi.

Con riferimento alla nozione di ordine pubblico, essa riguarda ogni minaccia effettiva e concreta agli interessi fondamentali della Società, nonché ogni turbativa dell'ordine sociale.<sup>96</sup>

E' evidente che tale concetto non può assumere una valenza comunitaria, ma può variare a seconda dei principi e della legislazione propri di ciascuno Stato membro, tenuto anche conto del contesto socio-economico dello stesso Paese interessato.

Tuttavia, pur a fronte della necessaria discrezionalità degli Stati membri in materia, ogni provvedimento restrittivo giustificato da ragioni di ordine pubblico dovrà comunque rispondere ad un criterio di proporzionalità, rispetto al fine perseguito, al fine di evitare elusioni arbitrarie all'applicazione delle norme del Trattato.<sup>97</sup>

La nozione di pubblica sicurezza attiene invece alle disposizioni legislative, regolamentari emanate dallo Stato membro sia alle decisioni adottate da autorità pubbliche in applicazione di tali disposizioni.<sup>98</sup>

Il concetto di sanità pubblica riguarda l'insorgenza di malattie e/o infermità di particolare gravità (ad esempio definite nel dettaglio dalla Direttiva 2004/38/CE), tali

---

<sup>95</sup> S. D'ACUNTO, *La libera circolazione dei servizi*, cit., 240.

<sup>96</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 28 ottobre 1975, C-36/75, *Rutilly*, Raccolta, 1975, 1219.

<sup>97</sup> Sentenza del 4 dicembre 1974, C-41/74, *Y. Van Duyn c. Home Office*, Raccolta, 1974, 1337.

<sup>98</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 7 maggio 1998, C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Raccolta, 1998, I-2521.

da giustificare una restrizione alle disposizioni del Trattato, in ragione della tutela dell'incolumità pubblica.

In ultimo, l'art. 86 Trattato CE afferma che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono soggette alle norme del Trattato - e quindi all'applicazione dei divieti in materia di libera circolazione dei servizi - nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.

La definizione di servizio di interesse economico generale, è affidata ai singoli Stati membri e l'orientamento di massima è quello di attribuire agli stessi il potere di determinare autonomamente le proprie politiche in tutti i settori che possano rientrare nelle loro prerogative più strette.<sup>99</sup>

Da un punto di vista comunitario, invece, i servizi di interesse generale coincidono, in linea teorica, con quelli di natura pubblica, ovvero tutti i servizi reputati necessari, ed indispensabili al buon funzionamento di un moderno contesto economico-sociale.<sup>100</sup>

In relazione all'analisi che si sta conducendo, il disposto dell'articolo suindicato attribuisce allo Stato membro la possibilità di restringere la portata del diritto alla libera circolazione dei servizi, sulla base della tutela della tutela di un interesse pubblico, necessariamente sotteso alla limitazione.

L'esempio classico in materia è quello dei monopoli nazionali, tollerati dal diritto comunitario, a patto che la stessa impresa (in condizione di monopolio) non effettui discriminazioni tra operatori nazionali e operatori stabiliti in altri Stati membri e che l'attività da essa prestata sia svolta nel rispetto generale delle libertà garantite dal Trattato.

### *5.2 Le ipotesi connesse a motivi imperativi di interesse generale*

Accanto alle deroghe espressamente contemplate dal Trattato, la giurisprudenza della Corte ha ammesso la possibilità che le disposizioni relative alla libera circolazione

---

<sup>99</sup> C. DEREATTI, *Misure di promozione dei traffici nel diritto comunitario*, Forum Editrice, Udine, 2007, 51.

<sup>100</sup> E. M. MILANESI, *I servizi di interesse economico sociale*, in F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il Mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, 90.

dei servizi possano essere derogate da misure - discriminatorie e non - adottate dallo Stato membro di destinazione, in presenza di motivi di interesse generale.

In caso contrario, come rilevato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Adverteerders*,<sup>101</sup> le disposizioni di uno Stato membro che non si applicano indistintamente alle prestazioni di servizi di qualsiasi origine - quindi con effetto discriminatorio - sono compatibili con le disposizioni del Trattato soltanto se rientranti in una deroga da esso espressamente contemplata (vedi paragrafi precedenti).

In assenza di specifica previsione del Trattato, una deroga alle disposizioni di cui all'art. 49 Trattato CE è ammessa soltanto se la misura restrittiva è giustificata sulla base di un interesse generale tutelato dallo Stato di destinazione e se le ragioni ad esso sottese non siano già tutelate nello Stato di origine in cui il prestatore interessato dal provvedimento restrittivo è stabilito.<sup>102</sup>

Rientrano nella nozione di "interesse generale", ad esempio, le disposizioni volte a tutelare: i destinatari di un servizio,<sup>103</sup> i lavoratori,<sup>104</sup> i consumatori,<sup>105</sup> la proprietà intellettuale.<sup>106</sup>

Non vi rientrano, invece, le motivazioni di ordine puramente economico o di natura amministrativa (quali ad esempio il non voler gravare eccessivamente il sistema burocratico di un determinato Stato membro).<sup>107</sup>

L'applicazione delle normative nazionali - in deroga all'art. 49 Trattato CE - deve essere altresì finalizzata a garantire oggettivamente il conseguimento dello scopo perseguito e non può eccedere quanto necessario a tal fine.

In altri termini, occorre che lo stesso risultato non possa essere ottenuto mediante provvedimenti meno incisivi, ovvero meno restrittivi della libertà in esame.<sup>108</sup>

<sup>101</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 26 aprile 1988, cit., punti 32 e 33.

<sup>102</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 1991, C-288/89, *Gouda*, Raccolta, 1991, I-4007, punto 12.

<sup>103</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 18 gennaio 1979, cause riunite 110/78 e 111/78, *Van Wesemael*, Raccolta, 1979, 35, punto 28.

<sup>104</sup> Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Webb*, Raccolta, 3305, punto 19; sentenza del 3 febbraio 1982, cause riunite 62/81 e 63/81, *Seco / EVI*, Raccolta, 1982, 223, punto 14; sentenza 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, cit., punto 18.

<sup>105</sup> Corte di Giustizia, sentenze del 4 dicembre 1986: causa 220/83, *Commissione / Francia*, Raccolta, 1986, 3663.

<sup>106</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 18 marzo 1980, causa 62/79, *Coditel*, Raccolta, 1980, 881.

<sup>107</sup> S. D'ACUNTO, *La libera circolazione dei servizi*, cit., 242; Corte di Giustizia, sentenza del 26 aprile 1988, cit., punto 34.

<sup>108</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 1991, C-288/89, *Gouda*, cit., punto 15.

Pertanto, è possibile derogare alle disposizioni di cui all'art. 49 Trattato CE soltanto se risultano contestualmente soddisfatte le seguenti condizioni: a) il provvedimento restrittivo sia giustificato da motivi di interesse generale; b) la tutela del suddetto interesse non sia stata già perseguita nello Stato di origine del prestatore del servizio; c) la norma in esame sia oggettivamente necessaria al raggiungimento dello scopo perseguito; d) lo stesso scopo non possa essere ottenuto mediante l'adozione di norme meno restrittive.

Nella misura in cui, invece, una disposizione adottata da uno Stato membro non persegua un interesse generale, ovvero "ecceda" lo scopo perseguito, realizzando una restrizione "eccessiva" rispetto a quella necessaria al suo raggiungimento, detta disposizione dovrà essere considerata illegittima e contraria alle disposizioni di cui all'art. 49 Trattato CE.

Sarà quindi necessario accertare di volta in volta - mediante un test di necessità (perseguimento di uno scopo legittimo) e di proporzionalità (non eccedenza rispetto allo scopo perseguito) - la legittimità di ogni deroga apportata alle disposizioni del Trattato, avendo contezza del fatto che è posto a carico dello Stato membro interessato l'onere di dimostrare sia la necessità del provvedimento adottato sia la sua ragionevolezza rispetto allo scopo perseguito.<sup>109</sup>

## *6. Il diritto di stabilimento delle imprese*

### *6.1 Ambito di applicazione*

Nell'analizzare la libera circolazione dei servizi, a più riprese si è fatto cenno ad un'altra libertà fondamentale prevista dal Trattato e definita come "diritto di stabilimento".

Risulta evidente che le disposizioni relative alla libera circolazione dei servizi trovano applicazione ad un'impresa "stabilita" nel territorio comunitario e che presti i propri servizi all'interno di un diverso Stato membro (rispetto a quello di stabilimento).

Sicché un'impresa stabilita in Italia può prestare liberamente i propri servizi in un diverso Stato membro - in via temporanea - o decidere di stabilirsi nello stesso Stato

---

<sup>109</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 15 gennaio 2002, C-439/99, *Commissione/Italia*, Raccolta, 2002, I-305.

al fine di esercitare in via continuativa una determinata attività, partecipando attivamente alla vita economica di tale Paese.

Nel primo caso l'impresa ricadrà nell'ambito di applicazione dell'art. 49 Trattato CE, mentre nel secondo caso essa beneficerà delle disposizioni di cui agli artt. 43-48 Trattato CE, relativi al diritto di stabilimento.

La nozione di stabilimento riguarda tutte le attività economiche realizzate da persone fisiche o giuridiche (in particolare società), svolte in forma autonoma ed in pianta stabile, all'interno di uno Stato membro diverso da quello di origine.

Con riguardo alle imprese, l'art. 48 Trattato CE stabilisce che esse sono equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza di uno Stato membro se costituite conformemente alla legislazione di un Paese UE ed aventi la propria sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro principale dell'attività economica all'interno del Territorio comunitario.

Per quanto concerne la nozione di "società", lo stesso articolo 48 Trattato CE vi ricomprende tutte le imprese di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono uno scopo di lucro.

Pertanto, i soggetti che intendono aprire una sede, anche secondaria, all'interno di un diverso Stato membro - al fine di rientrare nell'ambito di applicazione di cui all'art. 43 Trattato CE - devono essere già stabilite, mediante un centro di attività sostanziale e non solo formale, nell'ambito di un diverso Stato membro.

Ciò premesso, l'art. 43 Trattato CE afferma che sono vietate le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro, nel territorio di un altro Stato membro, e che tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

Il secondo comma dell'art. 43 Trattato CE aggiunge che la libertà in esame implica l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società - così come definite dall'art. 48 Trattato CE - alle condizioni definite dalla legislazione dello Stato di stabilimento, nei confronti dei propri cittadini.

Dalla disposizioni interessate, si evince che il diritto di stabilimento non trova applicazione a situazioni “puramente interne”, ovvero circoscritte nell’ambito del territorio di un solo Stato membro, ma riguarda pur sempre situazioni transfrontaliere, relative a soggetti giuridici aventi la cittadinanza di un determinato Stato membro o in esso stabiliti, i quali intendano esercitare un’attività economica - in forma stabile - nel territorio di un diverso Stato membro.

L’art. 43 Trattato CE copre anche l’ipotesi in cui una società intenda mantenere la propria sede all’interno del Paese di origine e costituire, in un diverso Stato membro, una sede secondaria, succursale, filiale, ecc.

La norma si applica quindi a due ipotesi specifiche: l’esercizio di un’attività economica in forma stabile in uno Stato membro diverso da quello di origine e/o l’apertura di un centro di attività, in un diverso Stato membro, in via secondaria e non a titolo principale.

Per quanto concerne la prima ipotesi bisogna distinguere tra persone fisiche e persone giuridiche.

Con riferimento alle persone fisiche, lo stabilimento a titolo principale in uno Stato membro diverso da quello di origine comporta l’accesso e l’esercizio nel Paese di destinazione di un’attività economica di natura professionale. Tale diritto è considerato come un principio fondamentale ed intangibile nell’ordinamento comunitario.

Con riferimento alle persone giuridiche, invece, lo stabilimento a titolo principale comporta o la costituzione *ex novo* di una società all’interno del Paese di destinazione o il trasferimento definitivo in esso. Nell’ultimo caso, la fattispecie riguarda il trasferimento - reale ed effettivo - della sede sociale della società considerata da uno Stato membro all’altro.

La Corte ha precisato che le norme sul diritto di stabilimento non attribuisce alle società costituite secondo il diritto di un determinato Stato membro, che trasferiscono la direzione e l’amministrazione centrale in uno Stato diverso da quello di origine, il diritto a conservare la qualità di società dello Stato di origine, sotto la cui legislazione esse sono state costituite.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 27 settembre 1988, *Daily Mail*, causa 81/87, Raccolta, 1988, 5483.

In altre parole, una società costituita, ad esempio, secondo il diritto italiano che trasferisca la direzione o il controllo in un diverso Stato membro non potrà avanzare il diritto a mantenere la propria forma giuridica - ad esempio, di società a responsabilità limitata di diritto italiano - avanzando a sostegno le libertà di cui all'art. 43 Trattato CE.

La localizzazione della sede sociale, dell'amministrazione centrale o del centro di attività principale serve difatti a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il collegamento dell'impresa all'ordinamento giuridico di uno Stato.<sup>111</sup>

Talune legislazioni esigono che non solo la sede legale ma anche la sede reale, cioè l'amministrazione centrale della società, siano ubicate sul loro territorio, ragion per cui lo spostamento dell'amministrazione centrale da tale territorio presuppone lo scioglimento della società con tutte le conseguenze che ne discendono sotto il profilo del diritto delle società e del diritto fiscale.

Altre legislazioni riconoscono invece alle società il diritto di trasferire all'estero la loro amministrazione centrale, ma alcune sottopongono detto diritto ad alcuni limiti e gli effetti giuridici del trasferimento variano da uno Stato membro all'altro, soprattutto sul piano fiscale.

La diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le loro società nonché sulla facoltà - ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro - costituisce un problema la cui soluzione non può essere ricercata nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative o pattizie interne.

Proprio al fine di evitare tali problematiche, ed in particolare per ragioni spesso di natura fiscale, le imprese optano per uno stabilimento a titolo secondario.

Nulla osta, difatti, a che un'impresa sia stabilita in uno Stato di origine ed eserciti un'attività commerciale e/o industriale prevalentemente o esclusivamente presso la sede secondaria operante in un diverso Stato membro.

---

<sup>111</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 28 gennaio 1986, causa 270/83, *Commissione/Francia*, Raccolta, 273, punto 18; sentenza del 13 luglio 1993, causa C-330/91, *Commerzbank*, Raccolta, I-4017, punto 13; sentenza del 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, Raccolta, I-4695, punto 20.

Nella sentenza *Centros*, la Corte ha affermato che: “una situazione quale quella in cui una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro nel quale ha la sua sede sociale desidera creare una succursale in un altro Stato membro rientra nell’ambito di applicazione del diritto comunitario” e che “non rileva, a questo proposito, che la società sia stata costituita nel primo Stato membro al solo scopo di stabilirsi nel secondo, nel quale essa svolgerebbe l’essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche”.<sup>112</sup>

Pertanto, l’eventuale prassi consistente nel diniego, in determinate circostanze, da parte di uno Stato membro, di concedere la registrazione di una succursale di una società che ha la sede in un altro Stato membro, conduce a impedire a società costituite in conformità alla normativa di quest’ultimo Stato membro l’esercizio del diritto di stabilimento e si pone in contrasto con il diritto loro conferito dall’art. 43 Trattato CE.

Risultano invece escluse dall’ambito di applicazione del diritto di stabilimento le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri.

Tuttavia, l’applicazione di tale eccezione è stata da sempre circoscritta a quanto strettamente necessario al perseguimento dello scopo per il quale la stessa eccezione è stata prevista dal Trattato.

La Corte di Giustizia - nella nota sentenza *Reyners* - ha quindi escluso dall’ambito di applicazione dell’eccezione in esame la professione di avvocato, ritenendo che essa non potesse rientrare nella nozione di “pubblico potere”, costituendo invece attività professionale non strettamente collegata all’esercizio di pubbliche funzioni.<sup>113</sup>

## 6.2 La definizione di attività non salariata

L’ambito di applicazione del diritto di stabilimento è altresì circoscritto alle sole attività economiche, rilevanti ai sensi dell’art. 2 Trattato CE, e rese in forma autonoma sia da persone fisiche sia da persone giuridiche.

<sup>112</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*, Raccolta, 1999, I-01459, punto 17.

<sup>113</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, Raccolta, 1974, 631, punti 43-45.

Quanto alla natura autonoma, l'art. 43 Trattato CE si riferisce alle attività “*non salariate*”, ovvero alle prestazioni aventi una rilevanza economica, rese in forma autonoma e senza vincolo di subordinazione.

Tale elemento differenzia il diritto di stabilimento dalla libera circolazione dei lavoratori, nel qual caso i lavoratori migrano da uno Stato membro all'altro al fine di svolgere, in forma stabile, un'attività lavorativa sotto la direzione ed il controllo di un datore di lavoro. Caratteristica essenziale di un rapporto di lavoro subordinato, difatti, è la circostanza che una persona svolga prestazioni di indiscusso valore economico nei confronti di un altro soggetto sotto la direzione di quest'ultimo, ricevendo come contropartita una retribuzione.<sup>114</sup>

Tale nozione, inoltre, assume una valenza comunitaria, nel senso che essa non può essere oggetto di definizione limitativa, da parte di uno Stato membro, al fine di restringere l'ambito di applicazione delle norme fondamentali del Trattato.

La Corte di Giustizia, sul punto, ha affermato che - in mancanza di una definizione “comunitaria” di lavoratore subordinato - ciascuno Stato membro potrebbe modificare a propria discrezione il concetto, escludendo così determinate categorie di persone dall'ambito di applicazione delle garanzie previste dal Trattato.<sup>115</sup>

Nella sentenza *Jany*, in materia di diritto di stabilimento, la Corte ha ulteriormente precisato che “*si deve qualificare come attività autonoma ai sensi dell'art. 52 del Trattato l'attività che una persona esercita senza vincolo di subordinazione*” e che la nozione di lavoro autonomo riguarda “*attività economiche svolte da una persona senza alcun vincolo di subordinazione per quanto riguarda le condizioni di lavoro e retributive e sotto la propria responsabilità*”.<sup>116</sup>

In ultimo, affinché un'attività svolta in forma autonoma possa rientrare nell'ambito di applicazione delle norme del Trattato, è necessario che essa si configuri come attività economica ai sensi dell'art. 2 Trattato CE,<sup>117</sup> nella quale rientra ogni

---

<sup>114</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*, Raccolta, 1986, 2121.

<sup>115</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 19 marzo 1964, causa 75/63, *Unger in Hoekstra*, Raccolta, 1964, 351.

<sup>116</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 20 novembre 2001, C-268/99, Raccolta, 2001, punti 34 e 37. Sulla definizione di lavoro autonomo si veda anche Corte di Giustizia, sentenza del 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, Raccolta, 1996, I-3089, punti 25 e 26.

<sup>117</sup> Concetto sviluppato dalla Corte di Giustizia in particolare nell'ambito del settore sportivo, nelle seguenti sentenze: sentenza del 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Warlave*, Raccolta, 1974, 1405; sentenza del 14 luglio 1976, causa 13/76, *Donà c. Mantero*, Raccolta, 1976, 1333, punto 12; sentenza

prestazione reale ed effettiva e non meramente marginale ed accessoria resa da un soggetto in cambio di una controprestazione (tanto in denaro quanto in natura) tale da produrre un risultato suscettibile di valutazione economica.<sup>118</sup>

### 6.3 Esercizio di attività in forma stabile e continuativa

Ulteriore criterio rilevante nell'individuazione dell'ambito di applicazione del diritto di stabilimento è l'esercizio in forma stabile e continuativa dell'attività economica posta in essere dalla persona fisica o giuridica interessata.

Tale elemento diventa fondamentale se solo si pensa al fatto che mentre il prestatore stabilito all'interno dello Stato di destinazione è sottoposto all'applicazione dell'intera normativa in esso vigente, il prestatore di servizi è invece vincolato all'ordinamento dello Stato di origine, salva l'applicazione di talune norme imperative del Paese nel quale il servizio è prestato.

A giudizio della Corte, la nozione di stabilimento è caratterizzata dalla realizzazione di un'attività economica senza prevedibili limitazioni di tempo o per una durata indeterminata.<sup>119</sup>

Sicché, un cittadino di uno Stato membro che, in maniera stabile e continua, esercita un'attività professionale in un altro Stato membro - in cui, da un domicilio professionale, offre i propri servizi, tra l'altro, ai cittadini di questo Stato - è soggetto alle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento e non a quelle del capo relativo ai servizi.<sup>120</sup>

Tuttavia, il confine tra prestazione di un servizio e stabilimento, nell'ambito di uno Stato membro, non è sempre agevole, se si tiene conto del fatto che anche il prestatore di servizi potrebbe dotarsi di una infrastruttura all'interno del Paese di destinazione e che lo stesso servizio potrebbe avere una durata non necessariamente definita *ab origine*.

L'individuazione della differenza tra stabilimento e prestazione di un servizio non può essere circoscritto ad un'indagine meramente teorica, ma presenta dei risvolti

del 15 dicembre 1995, C-415/93, *Bosman*, Raccolta, 1995, C-415/93, punto 73; sentenza dell'11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Deliège*, Raccolta, 2000, I-2549, punto 68.

<sup>118</sup> Per approfondimenti si veda E. TRAVERSA, *Diritto di stabilimento*, cit., 198.

<sup>119</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 5 ottobre 1988, causa 196/87, *Steymann*, cit., punto 16; sentenza del 25 luglio 1991, C-221/89, *Factortame*, Raccolta, 1991, I-3905, punto 20.

<sup>120</sup> Corte di giustizia, sentenza del 30 novembre 1995, *Gebhard*, cit., punto

pratici, soprattutto in tema di vantaggi (ad esempio fiscali e/o contributivi) che un soggetto può trarre dall'essere stabilito o meno nell'ambito di un determinato Stato membro.

Sul punto, la Corte di Giustizia ha comunque precisato che non rientra tra le facoltà di uno Stato membro l'introduzione, per via legislativa, di "presunzioni di stabilimento" a carico degli operatori economici che - seppur in via continuativa e/o mediante un'infrastruttura presente sul territorio - prestino servizi verso un determinato Paese di destinazione, se di fatto non risultano in essi stabiliti.

In materia di professioni legali, la Corte ha affermato che il carattere temporaneo di una prestazione di servizi non esclude la possibilità - per il prestatore di servizi - 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 professionale.<sup>121</sup> Sulla base di tale principio, i giudici del Lussemburgo hanno quindi dichiarato illegittima una normativa italiana, la quale vietava agli avvocati stabiliti in altri Stati membri - e che intendevano fornire prestazioni di servizi in Italia - di dotarsi di una certa infrastruttura nello Stato di destinazione.

La normativa italiana introduceva quindi nell'ordinamento una presunzione legale di stabilimento, contraria ai principi del diritto comunitario, ed in particolare del diritto riconosciuto al prestatore di un servizio di dotarsi di una struttura adeguata e collegata all'espletamento del servizio.

Da ciò ne deriva che l'esistenza di eventuali abusi non può essere supposta a priori, ma va provata dalle autorità di controllo dello Stato membro caso per caso, senza presunzioni di legge astratte o generalizzate.<sup>122</sup>

#### *6.4 Il principio del trattamento nazionale*

Individuato a grandi linee l'ambito di applicazione dell'art. 43 Trattato CE, si può procedere all'analisi della portata della norme in esame e dei contenuti del c.d. principio del trattamento nazionale, il quale attribuisce ai cittadini UE, ed alle imprese stabilite nel Territorio comunitario, il diritto di stabilimento alle stesse condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini.

---

<sup>121</sup> Corte di Giustizia: sentenza 30 novembre 1995, *Gebhard*, cit., punto 27.

<sup>122</sup> Corte di Giustizia, sentenza del

L'art. 43 Trattato CE ha quindi l'obiettivo di garantire l'applicazione al soggetto che esercita il diritto di stabilimento del medesimo trattamento riservato, dallo Stato di destinazione, ai propri cittadini e/o alle imprese in esso già stabiliti e vieta qualsiasi discriminazione (diretta o indiretta) fondata sulla nazionalità.<sup>123</sup>

Al pari di ogni altra libertà garantita dal Trattato, il divieto di discriminazione mira a realizzare l'effettiva parità di trattamento - nell'ambito del mercato unico - tra operatori aventi la nazionalità di un determinato Stato membro ed operatori provenienti da un diverso Stato, senza alcuna distinzione.

Il divieto di discriminazione, inoltre, opera anche in senso inverso: è fatto divieto allo Stato di origine di adottare qualsivoglia misura discriminatoria nei confronti di persone fisiche e/o imprese che abbiano deciso di stabilirsi altrove (quindi di trasferire la propria sede sociale o di aprire una succursale o una filiale all'estero) rispetto ai soggetti che non abbiano optato per tale scelta.

La fattispecie appena riportata, difatti, non rappresenta una situazione puramente interne, ma rileva per il diritto comunitario in quanto presenta quel carattere transfrontaliero (stabilimento in un diverso Stato membro) necessario ai fini dell'applicazione delle norme del Trattato.

Come nel caso della libera prestazione dei servizi, anche in materia di diritto di stabilimento sono vietate tutte quelle misure che - seppur non direttamente discriminatorie - di fatto determinano una situazione sfavorevole a danno dei cittadini provenienti da un diverso Stato membro.<sup>124</sup>

In buona sostanza è fatto divieto di apportare qualsiasi disparità di trattamento che - seppur fondata su elementi diversi dalla nazionalità, ed indistintamente applicabili - produce, di fatto, un ostacolo alla realizzazione della libertà in esame.

Il criterio della residenza, ad esempio, rappresenta uno degli elementi che sfavorisce i cittadini stranieri rispetto ai cittadini stabiliti nello Stato di destinazione, pur se esso non si riferisce espressamente all'elemento della nazionalità e si applica indistintamente agli operatori stabiliti e non.

Un altro criterio che rientra nelle misure comunque vietate è quello del possesso di un certo titolo di studio.

---

<sup>123</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 28 gennaio 1986, causa 270/83, *Commissione/Francia*, Raccolta, 1986, punto 14.

<sup>124</sup> Sul punto si veda G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 537 e ss.

Lo Stato di destinazione - anche laddove non è intervenuta una normativa specifica sul riconoscimento - non può rifiutarsi di tener conto delle qualifiche professionali e dei diplomi acquisiti da un soggetto nello Stato di origine al fine di negare l'accesso ad una certa attività nell'ambito del proprio Territorio, qualora dette qualifiche siano equivalenti.<sup>125</sup>

In conclusione, a prescindere dall'eventuale effetto discriminatorio, è suscettibile di costituire un ostacolo al diritto di stabilimento qualsiasi misura che produca l'effetto di rendere meno agevole o comunque ostacolare il diritto di stabilimento di una persona fisica e/o giuridica in un altro Stato membro, a meno che tale misura non rientri in una delle deroghe espressamente previste dal Trattato o sia giustificata da motivi di interesse generale.<sup>126</sup>

#### 7. *Il reciproco riconoscimento delle qualifiche*

Con l'approvazione della Direttiva 2005/36/CE<sup>127</sup> si è inteso riorganizzare il settore e costituire un sistema più rapido ed efficiente di riconoscimento delle qualifiche professionali, di aggiornamento e di maggiore liberalizzazione sia del mercato dei servizi che del diritto di stabilimento, razionalizzando, in ultimo, il precedente e frammentato quadro normativo in materia.

*In primis*, la Direttiva afferma che ciascun Stato membro è tenuto a riconoscere il diritto di accesso e di esercizio di una professione, in forma autonoma, a qualsiasi cittadino che sia in possesso di un titolo che lo legittima ad esercitare la stessa professione conseguito in uno Stato membro.<sup>128</sup>

Con riferimento alla libera prestazione dei servizi, ed in particolare all'attività dei professionisti, il divieto di restrizioni - relative al conseguimento di qualifica professionale - si estende sia all'ipotesi in cui il prestatore è legalmente stabilito in un altro Stato membro (ove esercita la medesima professione) sia all'ipotesi in cui il professionista ha esercitato la sua professione, nello Stato di destinazione, per almeno due anni - nel corso dei dieci anni che precedono il momento storico in cui si

<sup>125</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 22 gennaio 2002, C-31/00, *Dreessen*, Raccolta, 2002, I-663, punti 25 e 26.

<sup>126</sup> In relazione alle deroghe ammesse si rinvia alla trattazione effettuata al paragrafo 7 del presente capitolo, in quanto applicabili anche alle ipotesi di stabilimento.

<sup>127</sup> Direttiva del 7 settembre 2005 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, pubblicata in GUUE del 30 settembre 2005, L 255.

<sup>128</sup> Sul punto si veda L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., 150-153.

effettua la prestazione del servizio (e in cui trova luogo l'eventuale restrizione) - se in tale Paese la stessa professione non è regolamentata.

In aggiunta, lo Stato di destinazione non può imporre al prestatore di un servizio il rispetto o lo svolgimento di ulteriori formalità legali, espressamente previste, che ne ostacolano la circolazione.

Ad esempio, è fatto divieto allo Stato membro di richiedere l'autorizzazione, l'iscrizione o l'adesione ad un'organizzazione o organismo professionale e/o l'iscrizione ad un ente di previdenza sociale.

La Direttiva consente quindi al prestatore di esercitare liberamente l'attività professionale, rispetto alla quale ha ottenuto una qualifica in un altro Stato membro, senza alcuna distinzione o discriminazione rispetto ai professionisti ivi stabiliti, laddove tale professione è prevista e regolamentata.

In caso contrario, ovvero qualora non vi sia esatta corrispondenza tra la professione disciplinata nello Stato di origine ed in quello di destinazione, è consentito di sottoporre il prestatore ad una prova attitudinale o ad un tirocinio di adattamento.

E' prevista inoltre una forma di cooperazione amministrativa, in forza della quale lo Stato di destinazione può richiedere al Paese di origine la prova della nazionalità del professionista nonché dell'esercizio legale della sua professione.

Con riferimento al diritto di stabilimento, nella Direttiva sono state sostanzialmente riportate le diverse discipline di settore precedentemente in vigore.

Per le professioni non espressamente disciplinate, invece, è previsto un criterio dell'"equivalenza delle qualifiche", specificamente individuate in cinque distinti livelli.

Il riconoscimento dei titoli si basa quindi sulla base di livelli minimi di formazione, proporzionati alla durata del percorso di formazione, consentendo così all'operatore di esercitare in forma stabile l'attività per la quale è abilitato nello Stato di origine in un diverso Stato membro.

Nell'ipotesi in cui la formazione conseguita nello Stato di origine sia insufficiente rispetto ai livelli suindicati la Direttiva prevede misure di compensazione volte a colmare le differenze esistenti tra Stati membri.

8. *Gli eventuali abusi connessi alla libera circolazione delle imprese*

Dall'analisi svolta nei paragrafi precedenti emerge un quadro di assoluta libertà per le imprese stabilite ed operanti nel Territorio comunitario.

Ad oggi, infatti, ogni cittadino comunitario può decidere lo Stato in cui costituire la propria impresa, optare per il trasferimento altrove del centro dei propri interessi o espandere la propria attività economica nell'ambito del Territorio comunitario, attraverso l'apertura di succursali, sedi secondarie, filiali, ecc.

A ciò si aggiunga il fatto che, prescelto lo Stato di stabilimento, ogni impresa può conseguentemente rendere i propri servizi in un diverso Stato membro, qualora l'attività economica posta in essere non richieda lo stabilimento in via secondaria all'estero (come nel caso dei servizi di trasporto, di trasmissione radio-televisiva, ecc.).

Tuttavia, laddove la costituzione di un mercato unico ha determinato l'apertura di nuovi mercati, con conseguente crescita delle opportunità commerciali e di approvvigionamento dei fattori produttivi per le imprese europee, ciò potrebbe ingenerare (ed in parte ha già determinato) il verificarsi di effetti distorsivi nello stesso mercato unico.

Ad esempio, è possibile infatti che un'impresa stabilita in uno Stato A, che presta i propri servizi in uno Stato B, decida di trasferire la propria attività in tale ultimo Stato, ovvero di costituire in esso una sede secondaria, una filiale o una succursale.

A fronte di tale scelta, l'impresa decide di chiudere la propria attività nello Stato A - dismettendo il personale sino ad allora impiegato - e di assumere nuovi dipendenti nello Stato B, avvantaggiandosi, inoltre, del minor costo di manodopera nell'ambito dello Stato B.

A stretto rigore normativo, tale operazione - in forza delle libertà esaminate - è perfettamente legittima, seppur effettuata a discapito dei lavoratori precedentemente impiegati.

A ciò si aggiunga che, in taluni settori (quali ad esempio il trasporto di persone) è assolutamente indifferente che l'impresa sia stabilita nello Stato A o B, nella misura in cui i servizi da essa resi non subiscono modificazioni sostanziali.

Tuttavia, restano aperti alcuni interrogativi: ammettendo che l'operazione sopra riportata sia stata realizzata con il solo fine di risparmiare sul costo della manodopera

e, quindi, a danno dei soli lavoratori, e' possibile contrastare un fenomeno simile sostenendo un abuso del diritto di stabilimento e/o del diritto alla libera circolazione? Nella sentenza *Centros*,<sup>129</sup> la Corte di Giustizia si è pronunciata sul rifiuto opposto dallo Stato danese alla registrazione della succursale di una società di diritto britannico. Secondo il governo danese, infatti, la società costituita in Gran Bretagna non avrebbe svolto alcuna attività effettiva, realizzando esclusivamente lo scopo di evitare la costituzione di una società attiva in Danimarca, evitando così l'applicazione della normativa danese relativa alla costituzione delle società a responsabilità limitata (più restrittiva di quella britannica).

I giudici interessati dal caso, hanno dapprima affermato che *“una situazione quale quella in cui una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro nel quale ha la sua sede sociale desidera creare una succursale in un altro Stato membro rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario”*, contrariamente a quanto argomentato dal governo danese, il quale sosteneva che la situazione controversa non presentasse caratteri di trans-nazionalità in quanto situazione puramente interna.

In aggiunta, la Corte ha concluso affermando due principi rilevanti.

In primis, i giudici hanno precisato che le disposizioni in materia di stabilimento *“ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo”*.

In secondo luogo, il fatto che un cittadino di uno Stato membro, che desideri creare una società, scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri *“non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento”*.

Con la sentenza *Inspire Art*,<sup>130</sup> la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della legislazione olandese, la quale imponeva ulteriori condizioni allo stabilimento, a titolo secondario, ad una società costituita secondo il diritto britannico al solo scopo di poter sfruttare determinati vantaggi, rispetto alle società costituite conformemente alla normativa olandese.

<sup>129</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 1999, C-212/97, Raccolta, 1999, I-1459.

<sup>130</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 30 settembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*, Raccolta, 2003, I-10155.

Tale normativa, infatti, prevedeva condizioni più rigorose rispetto alla legislazione britannica in materia sia di costituzione della società sia di versamento del capitale.

*In primis*, i giudici hanno precisato che la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro unicamente per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce un abuso, e ciò anche qualora la società in questione svolga l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nello Stato di stabilimento.

In secondo luogo, essi hanno affermato che tale società aveva il diritto di svolgere la propria attività in un altro Stato membro, mediante una succursale, in quanto la localizzazione della sede sociale, dell'amministrazione centrale o del centro di attività principale serve esclusivamente a determinare - al pari della cittadinanza delle persone fisiche - il collegamento all'ordinamento giuridico di un determinato Stato membro.

Sulla base di tale ragionamento, la Corte ha concluso nel senso che gli artt. 43 Trattato CE e 48 Trattato CE ostano ad una normativa nazionale, come quella olandese, la quale subordini l'esercizio della libertà di stabilimento a titolo secondario in tale Stato membro, da parte di una società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro (britannico, nel caso di specie), a determinate condizioni - relative al capitale minimo e alla responsabilità degli amministratori - stabilite dal diritto nazionale per la costituzione di società.

I motivi per cui la società è stata costituita nel primo Stato membro, nonché il fatto che essa eserciti la sua attività esclusivamente, o quasi, nello Stato membro di stabilimento non potevano quindi privarla del diritto di avvalersi della libertà di stabilimento garantita dal Trattato.

In ultimo, nel caso *Überseering*,<sup>131</sup> la Corte si è interessata di una prassi adottata dallo Stato tedesco il quale, muovendo da una stretta interpretazione del codice di procedura civile, negava la capacità giuridica alle Società costituite in un altro Stato membro - per avvantaggiarsi della normativa di tale Stato - anche nell'ipotesi in cui esse avessero trasferito la propria sede effettiva in Germania.

A tal riguardo, i giudici hanno ribadito che la libertà di stabilimento riconosciuta dall'art. 43 Trattato CE ai cittadini comunitari comporta per questi ultimi il diritto di accedere alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la

---

<sup>131</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 5 novembre 2002, C-208/00, Raccolta, 2002, I-9919.

gestione di imprese alle stesse condizioni definite dallo Stato membro di stabilimento nei confronti dei propri cittadini.

Da tale principio ne consegue direttamente che queste società hanno il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro e che la localizzazione della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale serve a determinare, esclusivamente il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato membro.

La Corte ha quindi concluso sostenendo che nel caso in cui una società (nel caso di specie, la *Überseering*), costituita conformemente alla normativa di uno Stato membro (Paesi Bassi) sul cui territorio essa ha la sede sociale, esercita il diritto di stabilimento in un altro Stato membro (Germania), gli artt. 43 Trattato CE e 48 Trattato CE impongono a quest'ultimo di rispettare la capacità giuridica e, quindi, la capacità processuale che questa società possiede in forza del diritto del suo Stato di costituzione.

In tutti i casi sopra riportati la Corte ha quindi introdotto il principio in base al quale lo stabilimento in via secondaria non può costituire e non costituisce di per sé un motivo di abuso e che la questione dell'applicabilità dell'art. 43 Trattato CE deve necessariamente essere distinta dalla quella relativa alla legittimità delle norme adottate da un determinato Stato membro al fine di prevenire o di impedire che un cittadino o una società si sottraggano abusivamente alle prescrizioni del diritto societario adottate dallo stesso Stato.

Pertanto, seguendo tale giurisprudenza, si deve concludere nel senso che non può costituire esercizio abusivo del diritto di stabilimento la scelta - posta in essere da un cittadino di un Paese UE - di creare una società in un determinato Stato membro, le cui norme interne appaiano meno restrittive, anche se - successivamente - tale impresa esercita un'attività economica in un diverso Stato membro per il tramite di una succursale, sede secondaria o filiale.<sup>132</sup>

Nell'affermare ciò, quindi, si deve escludere la configurabilità - nell'ambito del diritto comunitario - di una fattispecie di "abuso del diritto" o di "frode alla legge", anche qualora la scelta dell'impresa interessata è evidentemente diretta all'elusione

---

<sup>132</sup> Per approfondimenti si veda E. TRAVERSA, *Il diritto di stabilimento*, cit., 222-225.

della legislazione dello Stato di origine, ritenuta restrittiva rispetto a quella dello Stato di destinazione.

Da quanto sopra riportato emerge quindi che l'eventuale lotta agli abusi del diritto di stabilimento non può essere condotta mediante presunzioni o restrizioni aprioristiche dei diritti riconosciuti ai cittadini o alle società stabiliti nel Territorio UE, bensì attraverso un'indagine da svolgersi caso per caso, avendo contezza del fatto che la lotta alle frodi e agli abusi non può giustificare una prassi di diniego con riferimento all'accesso di un'impresa nel Territorio di un determinato Stato membro.

In aggiunta, si è evidenziato come dalle pronunce rilevanti della Corte di Giustizia emerga chiaro il concetto in base al quale non v'è nulla di abusivo nella scelta di avvantaggiarsi dalle disposizioni delle disposizioni del Trattato, sia in materia di libera circolazione che di diritto di stabilimento.

Seppur tali conclusioni maturate dalla giurisprudenza nel corso degli anni sembrano condivisibili, resta pur sempre aperto un interrogativo di non poca importanza.

Se nell'ottica della creazione di un mercato unico una scelta di totale liberalizzazione - fatte salve poche eccezioni - è indubbiamente condivisibile, è evidente come taluni aspetti, quali la tutela dei lavoratori, siano evidentemente stati tralasciati, sia dal diritto comunitario sia dalle pronunce della Corte di Giustizia.

Nella misura in cui il concetto di abuso del diritto debba restare escluso dal diritto comunitario, come vedremo soprattutto nei paragrafi che seguono, diventa arduo riuscire a conciliare esigenze di sviluppo di un mercato unico - ancorato a principi puramente economici - con quelle di tutela dei lavoratori, i quali spesso si trovano a sopportare i costi della realizzazione di tali libertà, senza che una soluzione alternativa sia stata pensata o praticata a livello comunitario.

## CAPITOLO SECONDO

### LA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO DEI SERVIZI: LA DIRETTIVA BOLKESTEIN

#### *1. Brevi cenni introduttivi*

Il mercato interno è uno dei pilastri fondamentali dell'Unione europea e, sin dalla sua realizzazione giuridica, nel 1992, ha costituito uno strumento essenziale per la ricchezza, la crescita e l'occupazione nell'Unione, attraverso la creazione di uno spazio territoriale volto all'integrazione tra Stati, aperto al suo interno, con effetti tendenzialmente concorrenziali, che favorisca la mobilità, la competitività e l'innovazione delle imprese in esso stabilite.

Dalla sua costituzione in poi, lo sviluppo del mercato unico è stato frenato dalla diversità delle legislazioni esistenti nei diversi Stati membri che lo compongono, animati da un'ottica protezionista, obsoleta ed antieconomica, finalizzata a proteggere le proprie imprese dalla concorrenza proveniente dalle altre stabilite in diversi Stati membri, privilegiando quindi la forma del protezionismo giuridico, e della chiusura dei mercati, ad una soluzione invece di apertura, in cui favorire le imprese a maggiore innovazione tecnologica e, quindi, più competitive.<sup>133</sup>

Tali resistenze, sono contrarie alla logica di un mercato unico, in cui le imprese possano circolare liberamente, in parte abbattute, ad opera della Corte di Giustizia, attraverso una costante opera di interpretazione e di applicazione diretta degli artt. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE che, unitamente alle procedure di infrazione adottate contro gli Stati membri, ha parzialmente eliminato gli ostacoli ancora esistenti al diritto di stabilimento delle imprese e alla libera circolazione dei servizi.

Tuttavia, nell'ottica di una completa liberalizzazione del mercato, ed al fine di dare maggiore impulso allo sviluppo delle attività legate al mercato dei servizi, ed all'occupazione da esso derivante, il legislatore comunitario ha inteso adottare un atto normativo onnicomprensivo, strutturato come un vero e proprio testo unico,

---

<sup>133</sup> Sul punto: A. MANTOVANI, L. MARATTIN, *Economia dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, 55 e ss., dove si evidenzia come secondo il principio di specializzazione, elaborato da Adam Smith in *La ricchezza delle nazioni*, del 1776, il libero scambio è vantaggioso per tutti i Paesi che vi parte e l'efficienza complessiva di un sistema economico è dettata proprio dalla c.d. "specializzazione" delle attività economiche, la quale presuppone necessariamente un mercato di libero scambio, in cui ogni individuo e/o impresa diviene sempre più dipendente dagli altri attori economici per soddisfare i propri bisogni.

denominato come “Direttiva *Bolkestein*”, dal nome del Commissario che ne ha ideato il testo.

La Direttiva 2006/123/CE si prefigge quindi l’obiettivo di semplificare le procedure amministrative e burocratiche necessarie alla circolazione delle imprese e dei lavoratori autonomi nel territorio comunitario, rimuovendo al contempo gli ostacoli residui che impediscono, in particolare, il pieno sviluppo dell’economia dei servizi nell’Unione europea.

Il testo riguarda molteplici attività ed è animato da quattro obiettivi principali: la facilitazione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi; il rafforzamento dei diritti dei destinatari dei servizi, in quanto utenti finali (e, quindi, consumatori); la promozione della qualità degli stessi servizi; il rafforzamento del controllo sulle imprese ed il potenziamento della cooperazione amministrativa tra gli Stati membri.

Per raggiungere tali obiettivi, la Commissione si è trovata a dover effettuare una scelta: continuare sulla strada delle procedure di infrazione a carico degli Stati membri, ai sensi dell’art. 226 Trattato CE,<sup>134</sup> ovvero proporre un testo normativo che stabilisse le regole generali da attuarsi negli Stati membri.

La scelta è ricaduta sulla seconda opzione - pur non essendo strettamente necessaria e giuridicamente indispensabile - la quale dovrebbe consentire di tradurre in atti normativi, interni e vincolanti, per il tramite dell’implementazione degli Stati membri, i principi contenuti negli artt. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE.

Il testo è stato presentato dalla Commissione europea il 25 febbraio 2004, ed è stato definitivamente approvato dal Parlamento europeo il 16 novembre 2006; dopo tre anni dalla prima presentazione del progetto, si è giunti all’approvazione del testo definitivo.

---

<sup>134</sup> L’art. 226 Trattato CE così recita: “*La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia*”. Trattasi, quindi, del c.d. procedimento di infrazione a carico di uno Stato membro, che può sfociare in un ricorso alla Corte di Giustizia, qualora lo stesso Stato non si conformi al provvedimento adottato dalla stessa Commissione. Per approfondimenti sul procedimento di infrazione si veda: P. BIRKINSHAW, *European public law*, University Press, Cambridge, 2003, 483 e ss.; C. ZADRA, *Il sistema giurisdizionale*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L’Unione Europea*, cit., 130 e ss.

Il progetto iniziale è stato comunque oggetto di rivisitazioni, tra le quali la più significativa è stata la rinuncia al principio della regolamentazione del Paese di origine, che avrebbe determinato la possibilità, per qualsiasi prestatore, di svolgere la propria attività economica in un diverso Stato membro, mediante la sola applicazione della normativa di settore del Paese di origine (ovvero di stabilimento).

Tale aspetto sarà meglio approfondito, con specifico riferimento alle ripercussioni che si sarebbero presentate in relazione alla tutela del lavoro, nel prosieguo del presente capitolo.

Infine, rispetto al testo originario, è stato ridotto il numero di settori coperti dagli articoli della Direttiva e - con tutte le implicazioni del caso - sono stati espressamente esclusi, dall'ambito di applicazione dell'atto, gli aspetti di diritto del lavoro, sociali e previdenziali, connessi alla libera circolazione dei servizi.

Di seguito saranno quindi analizzati le disposizioni principali della Direttiva, attraverso una disamina degli obiettivi da essa perseguiti, nonché dell'impatto in relazione alla c.d. Strategia di Lisbona, evidenziando gli effetti in termini di liberalizzazione del mercato dei servizi, da un lato, e le ripercussioni negative sulla tutela delle condizioni di lavoro della manodopera in esso impiegata, dall'altro.

## *2. Gli obiettivi della Direttiva: la realizzazione del mercato unico dei servizi*

### *2.1 La Direttiva quale strumento di attuazione della "Strategia di Lisbona"*

Con il Consiglio Europeo straordinario di Lisbona - tenutosi nei giorni 23 e 24 marzo 2000 - l'Unione Europea ha tentato di imprimere uno slancio alle politiche comunitarie di sviluppo e di occupazione, in un momento in cui la globalizzazione dell'economia costringeva l'Europa ad essere all'avanguardia in tutti i settori economici, elaborando un programma di azione definito come "Strategia di Lisbona".<sup>135</sup>

Il Consiglio europeo ha cercato dunque di formulare orientamenti in grado di cogliere le opportunità offerte dalla nuova economia e dalla sua globalizzazione,

---

<sup>135</sup> Unione Europea, "Il Consiglio europeo straordinario di Lisbona (marzo 2000): verso un'Europa dell'innovazione e della conoscenza", documento disponibile su [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (agosto 2009).

nell'ottica di ridurre il problema sociale della disoccupazione, attraverso lo strumento della crescita economica.<sup>136</sup>

Ai tempi dell'elaborazione della Strategia di Lisbona, complice una situazione economica favorevole - ben lontana dalla crisi che ha investito il mondo e l'economia europea a partire dal 2008 - l'obiettivo della piena occupazione nell'Unione Europea sembrava raggiungibile, stante l'assenza dell'attuale congiuntura e delle conseguenti difficoltà occupazionali e di crescita degli Stati membri.<sup>137</sup>

L'idea fondante della Strategia si basava su di un concetto semplice, ma difficile da realizzare senza costi sociali, ovvero il raggiungimento di un elevato livello di occupazione attraverso l'attuazione di riforme giuridiche ed economiche, volte a liberalizzare il mercato ed incrementare, per l'effetto, le opportunità di lavoro.

Nelle conclusioni del Consiglio europeo, è stato quindi richiesto agli Stati membri, al Consiglio e alla Commissione di adottare tutte le misure necessarie al fine di portare a compimento la liberalizzazione di settori specifici, ed in particolare di quello dei servizi.

Nel perseguire tale scopo, la Commissione ha definito una nuova strategia per il mercato interno - relativa al periodo 2003-2006<sup>138</sup> - incentrata su diversi obiettivi, tra i quali la rimozione degli ostacoli agli scambi di beni e servizi.

Detta strategia è divenuta parte integrante delle c.d. "linee di orientamento integrate", per il periodo 2005-2008, assunte con Decisione del Consiglio.<sup>139</sup>

La Decisione sottolineava come la circolazione dei servizi risultasse ancora ostacolata dalle differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri e come tali ostacoli, presentandosi in tutte le fasi dell'attività commerciale - dall'avviamento

---

<sup>136</sup> Per approfondimenti: A. DIERX, F. ILZKOVITZ, *Economic Growth in Europe: Pursuing the Lisbon Strategy*, in S. MUNDSCHEK, M. H. STIERLE, *Competitiveness and Growth in Europe: Lessons and Policy Implications for the Lisbon Strategy*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2006, 15 e ss.

<sup>137</sup> Si veda sul punto: Comunicazione della Commissione, al Consiglio e al Parlamento europeo, del 20 luglio 2005, "Azioni comuni per la crescita e l'occupazione: il programma comunitario di Lisbona" (documento non pubblicato in Gazzetta Ufficiale), disponibile su [www.eur-lex.europa.eu/](http://www.eur-lex.europa.eu/) (agosto 2009).

<sup>138</sup> Commissione Europea: "Comunicazione della commissione al consiglio, al parlamento europeo, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni - Strategia per il mercato interno - Priorità 2003 - 2006" (documento non pubblicato in Gazzetta ufficiale), disponibile su [www.eur-lex.europa.eu/](http://www.eur-lex.europa.eu/) (agosto 2009).

<sup>139</sup> Decisione del Consiglio, del 12 luglio 2005, sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione, pubblicata in *Gazz. Uff.*, del 6 agosto 2005, L 205, 21-27.

sino all'assistenza post vendita - scoraggiassero le imprese dall'operare in un altro Stato membro.

Contestualmente, la Commissione ha pubblicato un documento riportante il bilancio dei risultati conseguiti, dal quale si evince che le previsioni di crescita, di produttività e di occupazione “*non sono state raggiunte*” e che - di conseguenza - la creazione di nuovi posti di lavoro ha subito un rallentamento.<sup>140</sup>

Nello stesso documento si legge che, al fine di raggiungere i progressi economici necessari, gli Stati membri dovrebbero concentrare i propri sforzi sulla realizzazione di riforme incoraggianti l'innovazione, il potenziamento degli investimenti nella ricerca e nello sviluppo, l'adozione di nuove tecnologie e l'utilizzazione sostenibile delle risorse, contribuendo così alla creazione di una sana base industriale europea.

Secondo la Commissione, poi, il mercato dei servizi dovrebbe essere oggetto di specifica liberalizzazione e semplificazione burocratica, al fine di creare maggiori opportunità lavorative, stante l'importanza dello stesso nell'economia europea.<sup>141</sup>

Il settore dei servizi, difatti, costituisce il 70% del prodotto interno lordo in diversi Stati membri e, conseguentemente, rappresenta il settore con le più alte potenzialità di sviluppo e di occupazione.<sup>142</sup>

A fronte di tali considerazioni, la Commissione ha quindi deciso di presentare una proposta di Direttiva - che ha portato all'approvazione della Bolkestein - in attuazione della Strategia di Lisbona, al fine di rifurre gli ostacoli ancora esistenti nel

---

<sup>140</sup> Commissione Europea: “*Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo*” - *Azioni comuni per la crescita e l'occupazione - Il programma comunitario di Lisbona*” (documento non pubblicato in Gazzetta Ufficiale), disponibile su [http://eur-lex.europa.eu/it/dossier/dossier\\_13.htm](http://eur-lex.europa.eu/it/dossier/dossier_13.htm) (agosto 2009); si veda in proposito anche: Banca Centrale Europea, “*La strategia di Lisbona cinque anni dopo*”, in *Bollettino Mensile BCE*, Luglio 2005, 73, disponibile [www.ecb.int](http://www.ecb.int) (agosto 2009).

<sup>141</sup> Per una panoramica sugli effetti economici della Direttiva Bolkestein si veda: P. MESSERLING, *Liberalising services trade in the EU*, in *Intereconomics*, Maggio/Giugno 2005, 120 e ss.; D. SPATH, W. GANZ, *The future of Service: Trends and Prospectives*, Hanser, Monaco, 2008, 77.

<sup>142</sup> Direttiva 2006/123/CE, IV° considerando; Unione Europea: “*Mercato unico dei servizi*”, disponibile su [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (agosto 2009); Parlamento Europeo, Commissione per le petizioni: “*Parere della Commissione per le petizioni destinato alla commissione per l'industria, la ricerca e l'energia sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno*”, disponibile su [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu) (agosto 2009); in dottrina si veda: B. NASCIBENE, *Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, 27.

mercato dei servizi, favorendo la circolazione delle imprese e l'incremento dei livelli occupazionali.<sup>143</sup>

La Direttiva Bolkestein, quindi, altro non è che uno strumento di attuazione della Strategia di Lisbona e un atto diretto agli Stati membri, da attuarsi e divenire operativo nel 2010; conseguentemente all'attuazione, dovrebbero essere definitivamente abrogate ed eliminate tutte le resistenze giuridiche all'ingresso ed allo stabilimento delle imprese nei diversi Stati membri, attraverso un processo di semplificazione e di liberalizzazione normativa.

### *2.2 Eliminazione degli ostacoli e liberalizzazione del mercato dei servizi*

Obiettivo primario e fondamentale, dichiarato dalla Direttiva, è la soppressione degli ostacoli alla libertà di stabilimento ed alla libera circolazione dei servizi fra gli Stati membri.

Tale fine dovrebbe essere perseguito agevolando la persona che si sposta da uno Stato membro all'altro (sia esso prestatore o destinatario di un servizio) ovvero favorendo la sola circolazione del servizio, migliorando al contempo la qualità delle prestazioni, in un'ottica concorrenziale e di riduzione del prezzo finale.

Uno degli elementi che ha maggiormente contribuito all'adozione di tale atto normativo è proprio la consapevolezza che un elevato numero di ostacoli, ancora presenti nella legislazione degli Stati membri, impedisca ai prestatori di servizi, ed in particolare alle piccole e medie imprese, di espandere la propria attività economica, anche e soprattutto al di fuori dei confini nazionali.<sup>144</sup>

Al legislatore comunitario, come evidenziato nel VI° considerando della Direttiva, è risultato - sin da subito - ben chiaro che l'eliminazione dei suddetti ostacoli non poteva essere raggiunta esclusivamente attraverso l'applicazione diretta degli artt. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE, rendendosi altresì necessario un maggiore impulso e coordinamento tra le legislazioni dei diversi Stati membri.

---

<sup>143</sup> Sulla Direttiva quale strumento di realizzazione della Strategia di Lisbona si veda: R. BLANPAIN, B. LANGILLE, *Employment Policies and Multilevel Governance*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, 43

<sup>144</sup> R. BLANPAIN, S. BISOM-RAPP, W. R. CORBETT, H. K. JOSEPHS, *The global workplace: International and Comparative Employment Law - Cases and Materials*, University Press, Cambridge, 2007, 297.

L'approccio da essa seguito si basa quindi sull'eliminazione, in prima battuta, degli ostacoli che possono essere rimossi direttamente e rapidamente e, successivamente, sull'adozione di un processo di valutazione, consultazione e armonizzazione complementare, in merito a questioni specifiche, grazie al quale è possibile modernizzare progressivamente ed in maniera coordinata i sistemi nazionali.

Il coordinamento delle legislazioni nazionali dovrebbe così garantire un elevato grado d'integrazione giuridica ed al contempo un'adequata protezione degli interesse generale di ciascuno Stato membro (quali, ad sempio, la tutela del consumatore).

In quanto strumento di coordinamento, la Direttiva non mira all'armonizzazione giuridica delle procedure amministrative - ovviamente differenti per ogni Stato membro - ma alla soppressione dei regimi di autorizzazione, delle procedure e delle formalità eccessivamente onerose, suscettibili di ostacolare la libertà di stabilimento, la circolazione dei servizi e/o la creazione di nuove imprese.<sup>145</sup>

Un ulteriore obiettivo è la creazione di un sistema di procedure e di formalità espletate per via elettronica, ritenuto quale *condicio sine qua non* della semplificazione amministrativa nel settore dei servizi, a beneficio quindi dei prestatori, dei destinatari dei servizi e delle stesse Autorità competenti.

Accanto a tale sistema, la Direttiva realizza una semplificazione amministrativa, mediante la creazione di sportelli unici, l'introduzione di un diritto all'informazione, la definizione di un regime quadro per quanto riguarda i regimi di autorizzazione, nonché l'individuazione di un interlocutore unico, per quanto concerne le richieste espletate dal prestatore.

Un ruolo particolare è ricoperto dalla c.d. "cooperazione amministrativa" tra gli Stati membri, diretta ad evitare la proliferazione delle norme applicabili ai prestatori o la duplicazione dei controlli nelle attività trans-frontaliere.

Nel perseguire gli obiettivi di semplificazione appena riportati, la Direttiva - per espressa previsione - intende realizzare "*uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, nonché un elevato livello di occupazione e di protezione sociale*".

Tuttavia, al di là della dichiarazione di principio appena riportato, l'aspetto della protezione sociale è sostanzialmente trascurato dalla Direttiva, la quale si disinteressa

---

<sup>145</sup> Per approfondimenti: F. BREUSS, G. FINK, S. GRILLER, *Services Liberalisation in the Internal Market*, Springer-Verlag, Vienna, 2008, 5.

di ogni aspetto legato alla tutela delle condizioni sociali connesse alla liberalizzazione del mercato dei servizi, aspetto estremamente importante, come vedremo di seguito.

Quanto alle caratteristiche da un punto di vista tecnico-normativo, la Direttiva servizi si contraddistingue per essere uno atto normativo a vocazione orizzontale e di codifica della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di servizi.<sup>146</sup>

In relazione alla “vocazione orizzontale”, ci si riferisce alla caratteristica propria della Direttiva di coprire tutti i settori economici, con la sola eccezione di quelli espressamente esclusi, predisponendo un insieme di principi e di divieti generali, da implementarsi in tutto il mercato dei servizi.

Ancichè operare un’armonizzazione delle legislazioni nazionali, con riferimento a ciascuna singola questione, il legislatore ha preferito così tradurre in norma i principi fondamentali elaborati dalla Corte di Giustizia, rispetto a casi specifici, sulla base degli artt. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE,<sup>147</sup> al fine di renderli di applicazione generale, per il tramite dell’obbligatoria implementazione negli Stati membri.

### *2.3 L'impatto del processo di liberalizzazione sugli aspetti sociali*

Contrariamente a quanto affermato dalla Direttiva, che vorrebbe contestualmente al processo di liberalizzazione, creare un elevato *standard* di protezione sociale, essa determinerà, invece, ad avviso di chi scrive, un effetto probabilmente opposto.

L’impianto della strategia di Lisbona, nonché gli obiettivi di crescita e di sviluppo che la Direttiva intende attuare, si basano su di un principio strettamente economico: un mercato libero, più ampio ed efficiente, favorisce la crescita economica, la competitività delle imprese - e, si assume, conseguentemente - la creazione di maggiori opportunità di impiego, di specializzazione e di crescita professionale.

Proprio da un punto di vista occupazionale, l’analisi condotta sugli effetti dell’integrazione economica europea, dimostrerebbe un aumento della reperibilità di

---

<sup>146</sup> S. D’ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009, 15 e ss.

<sup>147</sup> Per una trattazione specifica di tali principi si rinvia al cap. I del presente lavoro.

manodopera ed un conseguente riequilibrio dei livelli occupazionali, ovvero una più equa distribuzione delle occasioni di lavoro sul territorio comunitario.<sup>148</sup>

Tuttavia, tale affermazione merita un approfondimento, soprattutto alla luce delle diverse fasi di allargamento ad Est che hanno investito l'Unione Europea negli ultimi anni.<sup>149</sup>

Pur non essendo uno Stato federale,<sup>150</sup> l'Unione Europea ha in principio abbattuto ogni barriera doganale che impediva la circolazione delle merci in essa prodotte e, successivamente, favorito la circolazione delle imprese e dei fattori produttivi (tra i quali il lavoro), favorendo una progressiva integrazione tra i mercati degli Stati membri, consentendo a qualunque impresa stabilita nel territorio UE di scegliere il Paese in cui stabilire il proprio centro di interessi, eliminando (almeno in via tendenziale) ogni restrizione o ostacolo esistente nel mercato.<sup>151</sup>

Detta integrazione ha successivamente inglobato Paesi ed imprese provenienti dall'Est Europa, con economie meno sviluppate rispetto a quelle occidentali (per ragioni storiche ed economiche che esulano dall'oggetto del presente lavoro) e con sistemi giuridici - complice anche la necessità di attrarre investimenti dall'estero - caratterizzati da un basso livello di protezione sociale (con conseguente minor costo della manodopera).<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> A. MANTOVANI, L. MARATTIN, *Economia dell'integrazione europea*, cit., 92. Gli autori evidenziano come l'afflusso di nuovi lavoratori, provenienti dai diversi Stati membri, permetta anche una maggiore sostenibilità dei sistemi pensionistici, appesantiti - negli ultimi anni - da un notevole afflusso di manodopera. Sul fenomeno si veda anche: A. WATT, B. GALGOCZI, *Eu Labour Migration Since Enlargement: Trends, Impacts and Policies*, Ashgate, Farnham, 2009; R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 2001, 19.

<sup>149</sup> Per approfondimenti sui processi di allargamento: A. ALBI, *EU enlargement and the constitutions of Central and Eastern Europe*, University Press, Cambridge, 2005. Per una maggiore documentazione: Unione Europea, "Allargamento 2004 e 2007", disponibile su [www.europa.eu](http://www.europa.eu); (agosto 2009); Unione Europea, "La sfida dell'allargamento", disponibile su [www.europa.eu](http://www.europa.eu) 8 agosto 2009).

<sup>150</sup> G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2001, 17.

<sup>151</sup> Se si eccettuano alcuni settori protetti e riservati ad autorità pubbliche o, in generale, esigenze di tutela dell'ordine pubblico, che - come si è già detto nel capitolo precedente e si preciserà *infra* - possono costituire legittime eccezioni alla libera circolazione delle imprese e dei servizi; Cfr. F. BURROWS, *Free movement in European Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, 232; K. DAVIES, *Understanding EU Law*, cit., 103 e ss; S. GRUNDMANN, *Constitutional values and European contract law*, Wolker Kluwer International, The Netherlands, 2008, 95; J. P. TRACHTMAN, *The International Law of Economic Migration: Toward the Fourth Freedom*, W. E. Upjohn Institute, 2009, US, 194.

<sup>152</sup> La peculiarità dei sistemi giuridici dei Paesi successivamente integrati, nonché le problematiche connesse all'improvviso afflusso ad "ovest" di manodopera a basso costo, ha indotto il legislatore comunitario ad adottare misure restrittive e temporanee al diritto alla libera circolazione di tali lavoratori; ad esempio, da ultimo, l'Atto di adesione della Bulgaria e della Romania (Pubblicato in n

Dall'allargamento è conseguita quindi un'apertura del mercato che ha visto protagonista l'afflusso ad Ovest di forza lavoro a basso costo, ed al contempo la possibilità per ogni impresa stabilita ad Est di concorrere e prestare i propri servizi, senza alcuna limitazione rispetto al passato, e a prezzi relativamente bassi, stante il minor costo della manodopera da essi impiegata.<sup>153</sup>

Al contempo, le stesse imprese stabilite negli originari Stati membri, per effetto dell'allargamento, hanno potuto reperire manodopera proveniente dai Paesi neocomunitari o trasferire in detti Paesi la propria attività, avvantaggiandosi dell'apertura del mercato.<sup>154</sup>

La liberalizzazione del mercato sembrerebbe, quindi, generare effetti positivi per le imprese, per i lavoratori, nonché per gli stessi consumatori finali - che possono reperire servizi a costi inferiori - tutti obiettivi sanciti dalla Strategia di Lisbona e che hanno costituito il substrato ideologico della stessa Direttiva Servizi.

Tuttavia, seppur i suddetti processi di allargamento e di liberalizzazione del mercato sono in grado di aumentare la concorrenza tra le imprese, le opportunità per i soggetti in esso operanti, ed i livelli occupazionali (soprattutto in favore dei Paesi emergenti), gli stessi processi - operando in simbiosi - possono contestualmente generare un abbassamento dei livelli di protezione e della qualità del lavoro.<sup>155</sup>

Il confronto tra imprese stabilite in Paesi con differenti livelli retributivi e di tutela, ha prodotto un effetto negativo, e segnatamente il fatto che le imprese stabilite in

*GUUE*, del 21 giugno 2005, L 157/203, e disponibile in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) ha previsto un regime transitorio attraverso il quale gli originari Stati membri potevano optare per la completa apertura del proprio mercato del lavoro ovvero per un regime transitorio, con durata massima di sette anni, durante il quale limitare l'accesso dei lavoratori bulgari e/o rumeni; sul punto: R. BLANPAIN, *European labour law*, cit., 206-288 e, mi sia consentito, P. AMATO, *Il diritto alla libera circolazione alla luce dell'entrata in vigore della direttiva n. 2004/38/CE: il quadro europeo e il caso italiano*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, n. 2, 2008.

<sup>153</sup> Sul punto si veda: M. G. CAROLI, *Globalizzazione e localizzazione dell'impresa internazionalizzata*, Franco Angeli, Milano, 2000, 317 e ss.

<sup>154</sup> Come evidenziato in dottrina, una delle principali ragioni a base della scelta di delocalizzazione degli impianti produttivi in Paesi emergenti, nonché la stessa scelta dell'area geografica in cui insediare l'impresa, è generalmente dettata dall'accesso a fattori di produzione a basso costo; sul punto si veda: M. G. CAROLI, *Globalizzazione e localizzazione dell'impresa internazionalizzata*, cit., 327. Sulle ragioni alla base dei processi di delocalizzazione si veda anche: G. GAROFALO, *Capitalismo distrettuale, localismi d'impresa, globalizzazione*, University Press, Firenze, 2007, 197 e ss.; G. MARANGONI, *Nuove tecnologie, organizzazione d'impresa e sistema produttivo locale*, Franco Angeli, Milano, 2004, 26 e ss.

<sup>155</sup> Per approfondimenti si veda: N. A. Bar, *Labor Markets And Social Policy In Central And Eastern Europe: The Accession And Beyond*, The World Bank, Washington, 2005, 78 e ss.; L. PIZZATI, B. FUNCK, *Labor, employment, and social policies in the EU enlargement process*, The World Bank, Washington, 2002, 25 e ss.

Paesi europei maggiormente industrializzati, per competere e resistere nel mercato, hanno dovuto attuare un processo di contenimento dei costi, operando spesso una scelta di delocalizzazione delle proprie attività in Paesi emergenti (generalmente situati ad Est), licenziando la manodopera precedentemente impiegata e ricercando lavoratori provenienti da tali ultimi Paesi, generalmente propensi ad accettare impieghi a retribuzioni ben inferiori alla media.

La conseguenza è stata la realizzazione di una competizione malsana, basata su di una mera corsa al ribasso dei livelli retributivi e di tutela della manodopera, processo amplificato - come vedremo nel prosieguo del presente lavoro - dalle recenti pronunce della Corte di Giustizia, che hanno favorito tali processi di *dumping* a livello comunitario.<sup>156</sup>

Si assiste quindi ad un'integrazione a due velocità: da un lato si favorisce l'apertura dei mercati e la circolazione delle imprese; dall'altro, si trascura l'impatto sui lavoratori di tale processo, lasciando ad una mera logica di mercato l'elaborazione di un adeguato modello sociale a livello europeo.

L'approvazione della Direttiva poteva essere l'occasione per procedere all'adozione di una normativa di protezione del lavoro adeguata al cambiamento in atto, incidendo sulle direttive o sui regolamenti esistenti, ed in particolare sulla disciplina dei lavoratori in distacco, strumento cardine nell'attuazione della libera circolazione dei servizi.

Il testo definito, di contro, contribuirà a dare maggiore impulso alla liberalizzazione del mercato ed una semplificazione delle procedure burocratiche, facilitando i processi di delocalizzazione delle imprese e riducendo le possibilità, per i singoli Stati, di restringere l'accesso - nel proprio mercato - ai servizi realizzati dalle imprese che operano in Paesi con un basso livello di protezione dei lavoratori.

Come vedremo nel prosieguo, così non è stato, e ci si trova ancora oggi dinanzi al problema di ricercare un equilibrio tra ragioni economiche e tutele adeguate dei lavoratori e dei diritti sociali ad essi riconosciuti dagli ordinamenti interni.

---

<sup>156</sup> Sul punto: U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, 163 e ss.; G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 118, 2008, 250 e ss.; A. DE SALVIA, *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval*, in *Arg. Dir. Lav.*, II, 792 e ss.; A. DE SALVIA, *Non c'è due senza trè: la Corte di giustizia nel caso Ruffert*, in *Arg. Dir. Lav.*, II, 1407 e ss.

### 3. *Ambito di applicazione ed esclusione degli aspetti lavoristici*

Per espressa previsione dell'art. 2, la Direttiva si applica ai servizi resi da prestatori stabiliti in uno Stato membro, ad esclusione di specifiche materie o settori di seguito riportati.<sup>157</sup>

Da un punto di vista generale, la Direttiva esclude i servizi d'interesse generale, in quanto irrilevanti da un punto di vista economico e nell'intento di equilibrare l'apporto di liberalizzazione con il rispetto di limiti oggettivi, ovvero ambiti peculiari ed attinenti alla vita sociale di ogni singolo Stato membro.<sup>158</sup>

Detti servizi coincidono, infatti, con la sfera delle attività destinate alla collettività ed indispensabili al buon funzionamento di un moderno contesto sociale e dovrebbero essere prestati da Autorità Pubbliche.<sup>159</sup>

Risultano altresì escluse le attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri, quali ad esempio i servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente e permanentemente in stato di bisogno, in quanto forniti direttamente dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dalle Autorità governative.

Tale esclusione è era già contemplata dall'art. 45 Trattato CE, in riferimento ad attività che - anche solo occasionalmente - attengono all'esercizio pubblici poteri, fuoriuscendo quindi dallo stesso ambito di applicazione delle libertà di circolazione sancite dal Trattato.<sup>160</sup>

La Direttiva esclude altresì il settore fiscale, ovvero tutte le legislazioni interne che prevedano discriminazioni fiscali in materia di libertà di stabilimento o le misure fiscali che ostacolano i destinatari dei servizi a rivolgersi ad operatori stabiliti in altri Stati membri.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> Sulle esclusioni operate dalla direttiva: F. BREUSS, G. FINK, S. GRILLER, *Services Liberalisation in the Internal Market*, cit., 2008, 6 e ss.

<sup>158</sup> Su tale esclusione si veda B. NASCIBENE, *Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, cit., 63.

<sup>159</sup> E. MILANESI, *I servizi di interesse economico generale*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, cit. 90.

<sup>160</sup> K. LEMAERTS. P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, cit., 233 e ss.

<sup>161</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, Raccolta, 2005, punto 59.

Con specifico riferimento a singoli settori, invece, la Direttiva esclude dal proprio ambito di applicazione i servizi finanziari - oggetto di specifica disciplina - quali, ad esempio, l'attività bancaria, il credito, l'assicurazione e la riassicurazione, le pensioni professionali o individuali, la gestione dei titoli, gli investimenti, i fondi, i servizi di pagamento e quelli di consulenza nel settore degli investimenti.

A tale elenco si aggiungono i servizi resi mediante le reti di comunicazione elettronica, settore nel quale la liberalizzazione è già stata svolta con particolare impulso ed ha ottenuto notevoli successi.<sup>162</sup>

Stessa sorte per i servizi di trasporto, i servizi sanitari, i servizi audiovisivi, compresi i servizi cinematografici nonché i servizi radiofonici e le attività riguardanti giochi d'azzardo (nella misura in cui essi implicino una posta di valore pecuniario).

Quanto ai servizi sanitari l'esclusione non è comprensibile, se si considera che il settore è contemplato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia tra le materie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 49 Trattato CE, al fine di garantire il diritto dei pazienti alle cure richieste, senza distinzioni basate sulla nazionalità del prestatore.<sup>163</sup>

L'esclusione riguardante i servizi audiovisivi (che include i servizi cinematografici e i servizi radiofonici)<sup>164</sup>, si riferisce alle sole attività di trasmissione diretta dei programmi al pubblico, con eccezione dei servizi in senso stretto di diffusione tecnica ed audiovisiva.<sup>165</sup>

L'esclusione dal campo di applicazione della Direttiva dei giochi di azzardo non osta comunque all'applicazione diretta degli artt. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE al

<sup>162</sup> Liberalizzazione attuata con le seguenti Direttive: 2002/21/EC; 2002/20/EC; 2002/19/EC; 2002/22/EC; 2002/58/EC; in dottrina si veda: R. KARIYAWASAM, *International Economic Law and the Digital Divide: A New Silk Road?*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2007 87 e ss.

<sup>163</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 28 agosto 1998, C-158/96, *Kohll*, cit.; sentenza del 12 luglio 2001, C-157/99, *Smits-Peerbooms*, cit.; sentenza del 13 maggio 2003, C-385/99, *Müller-Fauré*, Raccolta, 2003; sentenza del 23/ ottobre 2003, C-56/01, *Inizan*, Raccolta, 2003; sentenza del 18 marzo 2004, C-8/02, *Leichtle*, Raccolta, 2004; sentenza del 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*, Raccolta, 2006; sentenza del 19 aprile 2007, C-444/05, *Stamatelaki*, Raccolta, 2007. Per approfondimenti in dottrina sui diritti ai pazienti: T. K. HERVEY, J. VANESSA MCHALE, *Health law and the European Union*, University Press, Cambridge, 2004, 109 e ss.

<sup>164</sup> Disciplinati dalla Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11/12/2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in *Gazz. Uff.*, del 18 dicembre 2007, L 332, 27; sull'argomento, per approfondimenti, si veda Unione Europea, Direttiva "*Servizi di media audiovisivi senza frontiere*", documento disponibile su [www.europa.eu/legislation\\_summaries/audiovisual\\_and\\_media/124101a\\_it.htm](http://www.europa.eu/legislation_summaries/audiovisual_and_media/124101a_it.htm) (agosto 2009).

<sup>165</sup> S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, cit., 27

settore, stante il riconoscimento delle libertà del Trattato, per via giurisprudenziale, sia ai prestatori che ai destinatari di tali servizi.<sup>166</sup>

La Direttiva non ricomprende i servizi delle agenzie di lavoro interinale, data la peculiarità della materia, rientrando nell'ambito di applicazione della Direttiva 96/71/CE, per quanto concerne la tutela del personale inviato all'estero nell'ambito di una fornitura temporanea di manodopera.<sup>167</sup>

Tale esclusione riguarda comunque le sole agenzie di lavoro temporaneo che forniscono manodopera all'impresa utilizzatrice, dietro pagamento di un compenso, e non è riferita invece alle imprese che si occupano esclusivamente di attività di collocamento dei lavoratori, ovvero di incontro tra domanda ed offerta di lavoro, settore ritenuto suscettibile di valutazione economica, ai sensi dell'art. 2 Trattato CE e quindi rientrando nell'ambito di applicazione delle libertà di circolazione sancite dal Trattato.<sup>168</sup>

In relazione alle materie coperte da specifica disciplina, l'art. 3 della Direttiva, afferma che le esclusioni da essa previste non debbono essere intese in senso assoluto, così da coprire ogni aspetto del settore economico indicato, ma devono essere riferite a specifici aspetti, da valutare caso per caso.

Ad esempio, i diritti dei destinatari di servizi, pur se attinenti ad un settore già oggetto di specifica disciplina, la quale non contempli però il suddetto aspetto, rientrano comunque nell'ambito di applicazione della stessa Direttiva e dovranno essere oggetto di specifica disciplina da parte degli Stati membri.

Infine, l'esclusione dei settori suindicati comporta esclusivamente l'inattuazione, da parte degli Stati membri, delle semplificazioni ed in generale delle riforme richieste dalla Direttiva, continuando invece ad applicarsi ad essi sia il diritto alla circolazione

---

<sup>166</sup> Si veda, in materia, Corte di Giustizia, sentenza del 24 marzo 1994, C-275/92, *Schindler*, cit.; sentenza del 21 settembre 1999, C-124/97, *Läärä*, Raccolta, 1999; sentenza del 21 ottobre 1999, C-67/98, *Zenatti*, cit.; sentenza del 11 settembre 2003, C-6/01, *Anomar*; sentenza del 6 novembre 2003, C-243/01, *Gambelli*, cit.; sentenza del 13 novembre 2003, C-42/02, *Lindman*; sentenza del 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Placanica*, Raccolta, 2004.

<sup>167</sup> Su tale ultimo aspetto si rinvia al capitolo seguente ed alla trattazione dell'invio all'estero di manodopera come distacco nell'ambito di una prestazione di servizi; in dottrina si veda: R. BLANPAIN, R. GRAHAM, W. BEIRNAERT, *Temporary agency work and the information society*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2004, 252 e ss.

<sup>168</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 18 gennaio 1979, cause riunite 110/78 e 111/78, *Van Wesemael*, Raccolta, 1979, 35, punto 7; sentenza del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Webb*, cit., punti 8 e 9; sentenza dell'11 gennaio 2007, C-208/05, *ITC Innovative Technology Center*, Raccolta, 2007, punto 54.

dei servizi che il diritto di stabilimento; la Bolkestein, difatti, in quanto atto derivato e gerarchicamente subordinato al Trattato, non può derogare ai principi in esso espressi ed in particolare dagli articoli 43 Trattato CE e 49 Trattato CE, ai quali la giurisprudenza ha attribuito da sempre efficacia diretta.<sup>169</sup>

### *3.1 L'esclusione degli aspetti giuslavoristici e le conseguenze sulla tutela dei lavoratori*

Merita una trattazione a parte l'esclusione dal campo di applicazione della Direttiva degli aspetti lavoristici connessi sia al diritto di stabilimento sia alla libera circolazione dei servizi.

L'art. 1, comma 6, della stessa Direttiva afferma, infatti, che le norme in essa contenute non debbano pregiudicare la legislazione del lavoro applicabile dagli Stati membri - e segnatamente le disposizioni giuridiche o contrattuali che disciplinano le condizioni di occupazione e di lavoro - nonché la regolamentazione relativa ai rapporti tra datore e prestatore di lavoro.

Allo stesso modo, la Direttiva non modifica la regolamentazione, a livello comunitario o interno, in materia di sicurezza sociale.

Al contempo, l'art. 1, comma 7, precisa che la Direttiva non debba pregiudicare l'esercizio dei diritti fondamentali, riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario, né il diritto di concludere o eseguire accordi collettivi, di intraprendere azioni sindacali, purchè conformi al diritto comunitario.

La Direttiva, quindi, si pone in una situazione di sostanziale "estraneità" alle tematiche del lavoro, non intervenendo a modificare le previsioni di cui alla Direttiva 96/71/CE (e delle legislazioni interne di attuazione della stessa), i principi elaborati dalla Corte di Giustizia in materia di distacco e/o le norme di diritto internazionale privato relative alla legge applicabile ai rapporti di lavoro.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Sull'efficacia diretta degli articoli citati: Corte di Giustizia, sentenza del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, Raccolta, 1974, 631; in dottrina: E. TRAVERSA, *Il diritto di stabilimento*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 196-197.

<sup>170</sup> L'art. 17, comma 2, afferma - nello specifico - che l'applicazione delle previsioni relative alla libera circolazione dei servizi non possono applicarsi alle materie già coperte dalla Direttiva 96/71/CE. Sul punto si veda in dottrina: M. RÖNNMAR, *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Kluwer Law international, The Netherlands, 2008, 164 e ss.

Lo stesso art. 16, comma 3, riconosce agli Stati il diritto di applicare liberamente le disposizioni interne relative alle condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano nei contratti collettivi, sempre ove esse siano “conformi al diritto comunitario”.

Il considerando n. 82, afferma che le disposizioni della Direttiva non dovrebbero pregiudicare l’applicazione da parte di uno Stato membro di norme in materia di condizioni di occupazione, aggiungendo però che *“le norme derivanti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dovrebbero, conformemente al trattato, essere giustificate da ragioni attinenti alla tutela dei lavoratori, non discriminatorie, necessarie e proporzionate, secondo l’interpretazione della Corte di Giustizia, nonché conformi ad altre norme comunitarie pertinenti”*.

Nelle norme sopra riportate si possono rinvenire due tipi di problemi: il primo, di legittimazione indiretta della prevalenza delle libertà dei mercati sui diritti dei lavoratori; il secondo, relativo invece alla necessità di intervenire nel mercato, con interventi di riforma sostanziali, contestualmente all’adozione della Direttiva in esame.

Dalla lettura del considerando n. 82 e dalla lettura delle affermazioni a più riprese riportate nella Direttiva, nelle quali si riconosce, da un lato, l’indipendenza delle legislazioni lavoristiche degli Stati membri, mentre, dall’altro, si sottolinea la necessità che esse siano conformi al diritto comunitario o ad altre norme comunitarie. Queste ultime, che possono sembrare mere dichiarazioni di principio, racchiudono invece il vero nocciolo del problema, attinente ai rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento statale.

Il diritto comunitario ed in particolare le norme dei Trattati si sono da sempre sovrapposte alle legislazioni interne, imponendo le logiche e ed i principi in essi contenuti.

Sono stati quindi abbattuti i confini e le barriere che impedivano lo svilupparsi di un mercato (economico) unico, attraverso atti normativi mirati e sentenze della Corte di Giustizia, cui i singoli privati o gli Stati membri - a seconda del caso - sono stati tenuti a conformarsi.

Nel procedere su tale strada, la Corte di Giustizia ha sottoposto le legislazioni interne ad un test di “proporzionalità”, verificando se le legislazioni interne - restrittive delle

libertà fondamentali sancite dal Trattato - potessero essere ritenute necessarie e quindi adeguate allo scopo di tutela da esse perseguite, o eccedenti tale fine, nel qual caso la Corte ne ha dichiarato l'illegittimità.<sup>171</sup>

In tale contesto, nella parte in cui la stessa Direttiva afferma che le norme a tutela dei lavoratori dovrebbero conformarsi al diritto comunitario, si riferisce proprio al suddetto test di proporzionalità che gli Stati membri, prima, e la Corte dopo, dovrebbero utilizzare nel confrontare le legislazioni adottate a livello nazionale con i principi sanciti dal Trattato.

Ragionare in questi termini, tuttavia, significa inevitabilmente affermare una prevalenza delle libertà previste dal Trattato e, per quanto ci riguarda, dagli artt. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE, anche sulle norme lavoristiche, ed in particolare sui diritti di sciopero e sul diritto alla parità di trattamento tra lavoratori, con riferimento alla retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva, come evidenziato dalle giurisprudenze della Corte nei casi *Laval*, *Viking*, *Ruffert* e *Lussemburgo*.<sup>172</sup>

Emblematica in tal senso è la dichiarazione dell'Avvocato Generale nelle conclusioni relative al caso *Viking*,<sup>173</sup> ove si è affermato che: “*Né le norme del Trattato sulla libera circolazione né il diritto di associazione e quello di sciopero sono assoluti. Inoltre, nulla, nel Trattato, indica che gli obiettivi di politica sociale della Comunità debbano sempre avere la precedenza su quello della realizzazione di un mercato comune in grado di funzionare correttamente. Al contrario, l'inclusione di entrambi questi obiettivi di politica legislativa nel Trattato indica l'intenzione della Comunità di perseguirli contemporaneamente. Pertanto, il fatto che una restrizione alla libera*

---

<sup>171</sup> Per approfondimenti sull'argomento: L. SERENA ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in P. FOIS, R. CLERICI, *I caratteri del diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2007, 110; A. Di Mads, R. Wulf-Henning, *Services and free movement in EU law*, University Press, Oxford, 2004, 162; T. TRIDIMAS, *Proportionality in Community Law: searching for the appropriate standard of Scrutiny*, in E. ELLIS, *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 65 e ss.

<sup>172</sup> In dottrina, sul punto: C. WOOLFSON, *Labour Mobility in Construction: European Implications of the Laval and Partneri Dispute with Swedish Labour*, in *Journal of Industrial Relations*, n. 1, 2006, 49 e ss.

Tali pronunce saranno approfondite nei capitoli seguenti, al fine di evidenziare l'impotenza degli Stati membri nella tutela dei diritti dei lavoratori nel confronto con le libertà economiche sancite dal Trattato.

<sup>173</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro, presentate il 23 maggio 2007, causa C-438/05, *Viking*, punto 23.

*circolazione derivi dall'esercizio di un diritto fondamentale o da un comportamento che ricade nell'ambito delle disposizioni di politica sociale non rende inapplicabili le norme sulla libera circolazione".*

L'affermazione appena riportata è talmente chiara che basterebbe da sola ad evidenziare i termini del contrasto di tra ordinamenti, oggi esistente, nel mercato unico, ma si ritiene necessario aggiungere un commento, data l'importanza della questione.

Le ragioni economiche sottese al processo di liberalizzazione ed integrazione del mercato unico tendono a prevalere, per effetto dei recenti orientamenti della Corte di Giustizia, sui diritti fondamentali dei lavoratori, i quali stanno lentamente lasciando il posto a logiche meramente mercantilistiche e lontane dall'idea di un modello sociale, che - a più riprese - si era tentato di costruire anche a livello comunitario.<sup>174</sup>

Lo sviluppo e l'elaborazione giurisprudenziale delle libertà fondamentali di circolazione dei servizi e delle imprese, invece, pongono un problema di compatibilità dell'integrazione europea con le tradizioni costituzionali e giuridiche di ogni singolo Stato membro, la quali - contrariamente a quanto rilevato a livello comunitario, hanno da sempre posto i diritti sociali fondamentali - ed in particolare lo stesso diritto al lavoro, allo sciopero, alla contrattazione collettiva ed alla stessa tutela contro il licenziamento illegittimo - in posizione primaria, rispetto ad ogni ragione economica.<sup>175</sup>

E' quindi in atto un conflitto tra i diritti fondamentali dei lavoratori, riconosciuti a livello nazionale, e le nuove libertà elaborate a livello comunitario, poste in posizione di assoluta preminenza,<sup>176</sup> per il tramite della stessa interpretazione fornita

---

<sup>174</sup> Sulle problematiche legate alla costruzione di un modello sociale europeo si veda: M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2007, 14 e ss., ove è trattata la fattispecie della "solidarietà competitiva", ovvero di un modello di sviluppo economico basato su principi economici, non in contrasto con le istanze sociali provenienti dal basso e con le ineludibili esigenze di tutela dei lavoratori; sul modello sociale europeo si veda anche: S. GIUBBONI, *Diritti Sociali e mercato*, Il mulino, Bologna, 2003, 286 e ss.; W. STREEK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, n. 1, 2000, 3 e ss.; sul tema, in generale, del modello sociale europeo si veda invece: R. BLANPAIN, M. COLUCCI, S. SICA, V. D'ANTONIO, *The European social model*, Intersentia, Schoten, Belgio, 2006.

<sup>175</sup> B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability", nei modelli giuridici di regolamentazione dei mercati del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 113, 2007, 1.

<sup>176</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend*, Raccolta, 1963; sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa*, Raccolta, 1964, ove si afferma che "il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il

dalla Corte di Giustizia, senza operare un dovuto ed auspicabile bilanciamento tra i contrapposti interessi dei lavoratori e delle imprese.<sup>177</sup>

Pur non disconoscendo il fatto che il diritto comunitario nasce e si sviluppa prevalentemente su logiche prettamente economiche,<sup>178</sup> non si può al contempo tacere sul fatto che oggi si assista ad un totale disinteresse, o addirittura ad un respingimento - a livello comunitario - dei sistemi sociali nazionali, spesso ritenuti ostativi alla completa realizzazione delle libertà di circolazione, senza però effettuare alcuna valutazione delle conseguenze derivanti da tale schema logico.

La stessa posizione della Corte di Giustizia - che ha privilegiato le ragioni di delocalizzazione delle imprese provenienti dall'Est Europa (o che in esse hanno deciso di stabilirsi) e del *dumping* da esse praticato,<sup>179</sup> subordinando i diritti collettivi e fondamentali dei lavoratori a logiche meramente mercantilistiche, avvalora tale tesi, ponendo l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali in posizione di evidente conflitto tra di essi.<sup>180</sup>

Tuttavia, tale impostazione della Corte può e deve essere corretta, attraverso soluzioni alternative, volte a completare lo sviluppo delle libertà di circolazione e la liberalizzazione del mercato unico con le peculiarità ed i valori di ogni singolo Stato,

---

*proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità*". Cfr., in dottrina, C. ZADRA, *Il sistema giurisdizionale*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 129.

<sup>177</sup> Esigenza di bilanciamento invece avvertita ed attuata negli ordinamenti degli Stati membri; ad esempio, con riferimento all'ordinamento italiano, si veda sul punto: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004; A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino, 2006.

<sup>178</sup> G. LYON CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992, 131 e ss.; U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 117, 2008, 17.

<sup>179</sup> In tali sentenze infatti i giudici hanno ritenuto inapplicabili i livelli di retribuzione minima fissati dai contratti collettivi di settore - sottoscritti nello Stato di destinazione - ai lavoratori impiegati da imprese stabilite all'estero (nel territorio comunitario) e distaccati, nel predetto Stato, nell'ambito di una prestazione di servizi, poiché detti contratti risultavano privi di efficacia *erga omnes*.

Al contempo, la Corte si è spinta sino a dichiarare illegittime le azioni sindacali poste in essere dai suddetti lavoratori in distacco, e proclamante dalle associazioni di categoria, perché contrarie alla libera circolazione dei servizi ed al diritto di stabilimento, essendo state ritenute sproporzionate rispetto agli scopi perseguiti (ovvero la tutela dei lavoratori).

<sup>180</sup> Come evidenziato in 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 *Working Papers*, "Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo, Massimo d'Antona", n. 61, 2008, 10; U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, cit., 16.

i quali ne potrebbero costituire un completamento,<sup>181</sup> attuando quindi un ragionamento esattamente contrario a quello della stessa Corte di Giustizia, che si è invece limitata ad attribuire ai diritti fondamentali invocati dai lavoratori la valenza giuridica di un mero ostacolo o limite esterno al pieno esplicarsi delle libertà garantite dal Trattato.<sup>182</sup> Ragionare in termini diversi e contrari non può che condurre ad una retrocessione giuridica dei diritti fondamentali, se non assoluti,<sup>183</sup> dei lavoratori e dei rispettivi ordinamenti nazionali, sdoganando pratiche di *dumping* sociale, a detrimento della tradizione giuridica di Paesi in cui la tutela dei diritti sociali è stata da sempre riconosciuta come un valore pregnante e modellante lo stesso sviluppo economico.<sup>184</sup>

Il processo di integrazione europea sembra quindi non tenere in debito conto le nuove forme di organizzazione dell'impresa, le quali da una concezione strettamente legata ad uno stabilimento produttivo, radicato sul territorio di un solo Paese, si sono invece evolute e strutturate sulla base di attività economiche multiple, optando per la costituzione di sedi secondarie all'estero, delocalizzando le attività produttive in più Paesi ed aree geografiche e lucrando sui differenziali di costo ed economici di tali operazioni.<sup>185</sup>

Inoltre, l'Unione Europea si sta dimostrando miope nella lettura dei processi di apertura e di liberalizzazione, che coinvolgono mercati disomogenei e presentano diverse sfumature che non possono essere prive di considerazione: laddove un processo di decentramento produttivo in Paesi ad alta protezione sociale, come la

---

<sup>181</sup> Sui rapporti tra diritti fondamentali a livello nazionale e la relazione con l'ordinamento comunitario ed in particolare con la Carte di Nizza, si veda G. SILVESTRI, *Verso uno jus commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, n. 1, 2006, 7 e ss.; si veda, sul punto, anche S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, n. 1, 39 e ss.

<sup>182</sup> 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., 23.

<sup>183</sup> Con riferimento alla normativa italiana, sulla natura assoluta o comunque potestativa del diritto di sciopero si veda rispettivamente: L. MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1964, 40; F. SANTORO PASSARELLI, F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1994. Sul riconoscimento in generale dei diritti sindacali a livello interno, quale espressione di libertà del lavoratore: M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2008; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2007.

<sup>184</sup> B. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. giur. lav.*, n. 2, 2008, 275.

<sup>185</sup> M. L. MORIN, *Labour Law and new form of organization*, in *International Labour Law Review*, n. 1, 2005, 8; I. DESABRATS, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, Parigi, 1996.

Svezia, è giustificato da esigenze di specializzazione produttiva, stante l'alto costo della manodopera, in altri casi - in cui le imprese decidono di trasferire la propria attività verso l'Est Europa o verso Paesi che si affacciano oggi al mercato unico (quali ad esempio la Turchia), le ragioni sono ben altre, e coincidono spesso con la volontà di avvantaggiarsi della legislazione del Paese di destinazione, che consente una produzione a basso costo (vedi *infra*).<sup>186</sup>

Tutti questi aspetti non possono e non dovevano essere ignorati, come accaduto in occasione dell'approvazione della Direttiva Bolkestein, la quale si è semplicemente disinteressata del problema, effettuando mere dichiarazioni di principio.

Le problematiche sopra sollevate richiedono invece un intervento deciso e risolutore da parte delle Istituzioni comunitarie, anche in vista di futuri ed eventuali allargamenti.

### *3.2 Il problema del bilanciamento degli interessi sottostanti alla liberalizzazione dei mercati e le competenze dell'Unione Europea*

Nel paragrafo precedente si è sottolineato come la liberalizzazione del mercato unico e dell'applicazione delle libertà fondamentali previste dal Trattato, non possano essere distinte dall'affermazione dei diritti fondamentali sottostanti e dalla costruzione di uno sviluppo economico sostenibile da un punto di vista sociale e di come la Direttiva Bolkestein abbia taciuto sul punto.

E' quindi avvertita un'esigenza di riequilibrio del mercato e di riaffermazione dei diritti fondamentali dei lavoratori, attraverso l'adozione di una specifica regolamentazione a livello comunitario, senza lasciare alla sola opera interpretativa della Corte di Giustizia la gestione di un aspetto così delicato.<sup>187</sup>

Attraverso l'adozione di un atto di questo tipo, sia il mercato unico sia le logiche concorrenziali potrebbero avvantaggiarsi di uno spazio economico omogeneo - basato su costi di produzione sostanzialmente analoghi, senza che le imprese stabilite in Paesi a basso livello di tutela possano dell'effetto di *social dumping* sinora praticato.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Strumenti del decentramento produttivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2007, 13.

<sup>187</sup> In relazione a tale esigenza si veda anche M. PALLINI, *Trattato costituzionale europeo tra valenza simbolica ed efficacia giuridica*, 2006, Ediesse, Roma, 130 e ss.

<sup>188</sup> Sulla necessità di intervenire sulle diseguaglianze nel mercato si veda: B. HEPPLER, *Diritto del lavoro, diseguaglianze e commercio globale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 97, 2003, 31 e ss.; in

D'altro canto è del tutto insensato lasciare il compito della tutela dei lavoratori, come sostanzialmente fatto dalla Direttiva Bolkestein, alle sole regole del mercato, laddove invece la protezione della persona, nei rapporti di lavoro, rappresenta uno degli aspetti principali e fondamentali di ogni moderno ordinamento giuridico, in ragione della debolezza economica della manodopera nei confronti dell'impresa, che richiede una disciplina forte ed incisiva a tutela dei diritti del lavoratore.<sup>189</sup>

Ad oggi, il riconoscimento dei diritti fondamentali dei lavoratori a livello comunitario, ed in particolare dei diritti di sciopero e di azione collettiva, è demandato - a livello di principio - alla sola Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, atto (inizialmente) di natura politica, sottoscritto a Nizza nel 2000.<sup>190</sup>

Il Trattato CE, dal canto suo, si occupa soltanto di attribuire alla Comunità l'obiettivo di promuovere l'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, “che consenta una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale e lo sviluppo delle risorse umane” (art. 136). E' evidente come tale norma riporti semplicemente una mera dichiarazione di principio, senza alcuna affermazione di diritti fondamentali direttamente applicabili e quindi equiparabili alle libertà riconosciute dagli art. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE.

Inoltre, l'art. 137 Trattato CE limita le competenze dell'Unione in materia di lavoro e pone un elenco di materie nelle quali è consentito alle Istituzioni di sviluppare un'azione comunitaria (quindi di adottare una specifica regolamentazione)<sup>191</sup> a protezione dei lavoratori, escludendo settori nevralgici, quali la retribuzione, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e la serrata (art. 137, comma 5).<sup>192</sup>

riferimento ai fenomeni di *dumping* potenzialmente connessi all'allargamento europeo: D. VAUGHAN-WHITEHEAD, *EU enlargement versus social Europe: the uncertain future of the european social model*, Elgar Publishing, Northampton, 2003, 321 e ss.

<sup>189</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, 3-4; M. NAPOLI, *Il contratto di lavoro*, Vita e Pensiero, Milano 2008, 3 e ss.

<sup>190</sup> Sulla natura giuridica della Carta di Nizza: V. D'ANTONIO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in S. SICA, M. COLUCCI, *L'Unione Europea*, cit., 82 e ss.; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'Unione e i diritti fondamentali*, in M. NAPOLI, *La Carta di Nizza: i diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, 21 e ss.; A. SPADARO, *Sulla "giuridicità" della Carta europea dei diritti: c'e' ma (per molti) non si vede*, in G. F. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, 257 e ss.

<sup>191</sup> Sull'azione comunitaria in materia di lavoro: L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., 74 e ss.

<sup>192</sup> Sulle competenze dell'Unione Europea in materia di diritto del lavoro: M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro delle comunità Europee*, cit., 42 e ss.

Se si eccettua la Direttiva 96/71/CE, la quale ha esclusivamente lo scopo di individuare la normativa applicabile in ipotesi di distacco di manodopera, nonché il regolamento Roma I, sulla legge applicabile ai rapporti di lavoro (atti privi di disposizioni sostanziali di tutela) i diritti fondamentali dei lavoratori a livello europeo, ed in particolare i diritti esclusi dall'art. 137, trovano quindi esclusivo riconoscimento nella Carta di Nizza,<sup>193</sup> che - a seguito della ratifica e dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (in data 1° dicembre 2009) - è stata oggetto di specifica "comunitarizzazione".

L'art. 6 Trattato CE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, recita ora: *"L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"*.

La modifica dell'art. 6 Trattato CE potrebbe quindi costituire una solida base di partenza per la ridefinizione degli equilibri di mercato, posto che i diritti sinora elencati a livello di mero principio, da un atto sostanzialmente politico (la Carta di Nizza), potranno essere equiparati alle norme del Trattato.

In tal senso, è altresì auspicabile che la Corte di Giustizia, in futuro, propenda per la diretta applicabilità dei diritti sanciti dalla Carta, come accaduto per gli stessi artt. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE.

Tuttavia, lo stesso art. 28 della Carta afferma che l'applicazione dei principi in essa espressi debba avvenire in "conformità" con il diritto comunitario, il che significa che - pur a seguito della riforma dell'art. 6 del Trattato - non è da escludersi che la Corte subordini comunque l'affermazione dei diritti fondamentali da essa previsti ad un confronto e ad un'operazione di bilanciamento con le libertà di circolazione previste dal Trattato.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> Tra le disposizioni più importanti: l'art. 15, sulla libertà professionale e il diritto al lavoro, l'art. 21, sul divieto di discriminazione, l'art. 28, sul diritto di negoziazione e di azioni collettive, l'art. 30, sulla tutela in caso di licenziamento ingiustificato e l'art. 31, relativo alle condizioni di lavoro giuste ed eque. Sull'importanza dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza a livello comunitario si veda: A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, Riv. Dir. Inter., n. 3, 2006, 3, 644- 692; G. PINO, *La "lotta per i diritti fondamentali" in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA, *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>194</sup> A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, 87; G. BRONZINI, V. PICCONE, *Le Corti sovranazionali e il parlamento europeo insistono per l'efficacia anticipata della Carta di Nizza*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, n. 2, 2007, 324.

Permane dunque un problema di regolamentazione specifica e/o di revisione degli atti normativi esistenti, forse anche degli stessi artt. 136 e ss. del Trattato (pur nella complessità della necessaria procedura di revisione), posto che il Trattato di Lisbona non ha modificato le norme relative alla politica sociale, ed in particolare gli articoli 136 - che limita le competenze UE ad aspetti incentivanti, i cui obiettivi devono essere comunque subordinati ad una compatibilità con le convergenze economiche e la competitività dell'economia dell'Unione Europea<sup>195</sup> - e l'art. 137, lasciando ancora aperta la questione della competenza dell'Unione Europea su aspetti sostanziali del rapporto di lavoro.

Per tale ragione, come si dirà nei capitoli successivi, onde evitare procedure di revisione dello stesso Trattato, difficilmente attuabili anche da un punto di vista politico, è forse necessario intervenire sulle norme di coordinamento delle legislazioni nazionali, modificando gli stessi atti di diritto internazionale privato, quali la Direttiva 96/71/CE.

Un'operazione di questo tipo, oltre ad apportare un correttivo ai principi espressi recentemente dalla Corte, potrebbe consentire un recupero delle disposizioni dei singoli Stati ed in particolare dei valori sociali da essi espressi, correggendo in tal modo i riflessi negativi del processo di liberalizzazione in atto.<sup>196</sup>

Certamente, la soluzione da praticare non è quella attuata dalla Direttiva Bolkestein, la quale ha spostato altrove - e quindi rimandato nel tempo - le problematiche legate alla tutela del lavoro, limitandosi ad intervenire in un'ottica di liberalizzazione del mercato, per il tramite degli strumenti che ci si accinge a riportare.

#### *4. Gli Strumenti di liberalizzazione e di semplificazione adottati dalla Direttiva*

##### *4.1 La semplificazione delle procedure amministrative e la riduzione dei tempi di insediamento delle imprese*

La Direttiva, per la sua natura giuridica, non è rivolta ai singoli cittadini e/o imprese, ma ricomprende norme di principio che Stati membri dovranno attuare, modificando

<sup>195</sup> Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., 27.

<sup>196</sup> Cfr. U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: 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", n. 49, 2006; A. Lo Faro, *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lav. Dir.*, 2005, 461 e ss.

le legislazioni interne o adottando un testo unico che trasponga e traduca in disposizioni direttamente applicabili i contenuti in essa contenuti.<sup>197</sup>

Uno degli strumenti cardine su cui si fonda tutto l'impianto della Direttiva, che gli Stati membri dovranno recepire, è la semplificazione delle procedure amministrative.<sup>198</sup>

Per "procedura amministrativa" si intende l'insieme di regole e meccanismi volti ad agevolare l'attività degli operatori economici in occasione degli adempimenti e dei contatti con le Autorità nazionali, necessari alla prestazione di un servizio nel territorio di un diverso Stato membro.

Nell'ottica di semplificare tali procedure, l'art. 5 della Direttiva richiede agli Stati membri di esaminare le procedure e le formalità presenti nei loro ordinamenti, operando una semplificazione giuridica laddove dette procedure e formalità, una volta esaminate, siano ritenute non "*sufficientemente semplici*".

Data la difficoltà interpretativa della terminologia utilizzata dalla Direttiva, non è da escludere che gli Stati membri tenderanno ad operare una valutazione discrezionale di tale precetto, al fine di mantenere in vigore misure a protezione dei loro mercati.

Sul punto, si renderà probabilmente necessaria l'intervento della Commissione oppure un'adeguata interpretazione della norma ad opera della Corte di Giustizia.

Tuttavia, provando ad interpretare la norma, si può ritenere che la Direttiva richieda agli Stati membri di individuare ed eliminare le disposizioni e le procedure amministrative che comportino ritardi e/o costi di impresa eccessivi, nonché ad eliminare le complessità e gli ostacoli contrari alla logica del mercato unico, al fine di rimuovere, ad esempio, ogni duplicazione dei documenti e degli adempimenti necessari all'ingresso dell'impresa in uno Stato membro e/o all'esercizio in esso della propria attività economica.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Sull'efficacia delle direttive adottate in seno all'Unione Europea si veda e sulla non diretta precettività si veda: E. DE PERSIO, *Le fonti del diritto comunitario*, in M. COLUCCI, S. SICA, cit., 36 e ss.; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 180 e ss.; A. PIZZOFERRATO, *Le fonti comunitarie*, in F. CARINCI (commentario a cura di), *Diritto del lavoro, Le fonti. Il diritto sindacale*, Vol. I, Utet, Torino, 2007, 2 e ss., ove si chiarisce la differenza tra atti comunitari self-executing (quali i Regolamenti) ed atti comunitari che necessitano di una specifica attuazione negli ordinamenti interni (le direttive).

<sup>198</sup> Cfr. A. HEIMLER, *La direttiva Bolkestein*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006, 95 e ss.;

<sup>199</sup> Sugli effetti della semplificazione amministrativa si veda: A. KACZOROWSKA, *European Union Law*, cit., 655-666.

Gli interventi principali in materia di semplificazione riguardano l'introduzione di uno sportello unico, il potenziamento del diritto all'informazione, l'introduzione di procedure elettroniche, la riduzione e lo snellimento del numero dei regimi di autorizzazione, aspetti di seguito trattati singolarmente.

#### *4.2 Sportello unico e l'introduzione di un "interlocutore unico"*

L'art. 6 della Direttiva prevede che gli Stati membri debbano adottare "*punti di contatto*", denominati "Sportelli Unici", attraverso i quali i prestatori possano espletare tutte le procedure finalizzate all'ingresso in uno Stato membro.

Dovrebbero rientrare nelle competenze di tali Sportelli le dichiarazioni da rendersi alle Autorità competenti, le notifiche o le istanze necessarie ad ottenere l'autorizzazione delle stesse Autorità, ivi comprese le domande di inserimento in registri, ruoli, banche dati, o di iscrizione ad organismi, ordini, ovvero associazioni professionali, nonché ogni compito relativo alle domande di autorizzazione necessarie all'espletamento di un servizio.

Ogni prestatore potrà quindi avvalersi di tutti i servizi necessari alla propria attività per il tramite dello Sportello Unico, con il quale interloquire per qualsiasi autorizzazione da richiedere, dichiarazione o notifica da presentare, documentazione da depositare o rinnovare, comunicazione da trasmettere e informazione da ottenere.

L'efficacia di tale strumento, unitamente alle procedure elettroniche di cui si parlerà di seguito, determinerà la possibilità per il prestatore interessato di usufruire di sistemi snelli e semplificati, operanti per via elettronica, che contribuiranno a ridurre le lungaggini burocratiche in cui ogni impresa incorre nell'interloquire con la Pubblica Amministrazione.<sup>200</sup>

Resta inteso che la reale efficacia delle riforme indicate dalla Direttiva dipenderà comunque dal funzionamento e dall'efficienza delle singole strutture amministrative, nei diversi Stati, nonché dalla corretta implementazione di tali strumenti nelle legislazioni interne.

---

<sup>200</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 556, nel quale si sottolinea proprio l'impatto positivo dello sportello unico in esame sulla semplificazione della libera circolazione dei servizi.

#### *4.3 La libera circolazione delle informazioni nel mercato dei servizi ed i vantaggi per il prestatore*

Lo sportello unico svolgerà altresì un'importante compito di informazione, volto a comunicare ai prestatori interessati tutti i dati utili all'insediamento ed alla prestazione di un servizio all'estero. Rientrano in tali informazioni: i requisiti applicabili ai prestatori già stabiliti sul territorio di uno Stato membro, ed in particolare quelli relativi alle procedure e alle formalità da espletare per accedere alle attività di servizi ed esercitarle; i dati necessari per entrare direttamente in contatto con le Autorità competenti; i mezzi e le condizioni di accesso alle banche dati e ai registri pubblici relativi ai prestatori ed ai servizi; i mezzi di ricorso esistenti in genere in caso di controversie avuti ad oggetto il servizio reso da un prestatore; i dati delle associazioni o delle organizzazioni dalle quali il consumatore o lo stesso prestatore possono ottenere assistenza pratica.

Inoltre, ai sensi dell'art. 7 della Direttiva, gli Stati dovranno fornire, ai prestatori e ai destinatari che ne facciano richiesta, assistenza attraverso le Autorità competenti, in relazione all'interpretazione e all'applicazione delle disposizioni legislative interne attinenti agli elementi e ai dati suindicati.

Tale norma è di particolare importanza, se si pensa al fatto che le informazioni necessarie all'esercizio di un'attività economica all'estero, proprie di sistemi giuridici differenti, sono spesso di difficile comprensione per operatori senza alcuna dimestichezza con l'ordinamento dello Stato di destinazione.

La Direttiva privilegia quindi un sistema di rapida circolazione delle informazioni, che dovranno essere reperibili *online* e facilmente accessibili, nell'intento di consentire alle imprese o costi di consulenza ed assistenza in loco.

#### *4.4 L'adozione di procedure elettroniche e lo snellimento delle pratiche burocratiche*

La Direttiva richiede agli Stati membri di introdurre procedure elettroniche adeguate e finalizzate a ridurre i tempi di lavoro delle Pubbliche Amministrazioni e, conseguentemente, i costi sostenuti dagli operatori economici.

Ai sensi dell'art. 8, tutte le Amministrazioni dovranno quindi adeguarsi in tal senso, introducendo sistemi che consentano di espletare rapidamente, con facilità e a distanza, tutte le formalità necessarie all'accesso nel mercato di imprese straniere.

Tuttavia, tale aspetto di innovazione non riguarda - e non poteva riguardare, per ragioni di sicurezza - i controlli del luogo in cui il servizio è prestato e/o delle attrezzature utilizzate dal prestatore, nonché l'eventuale esame fisico dell'idoneità e dell'integrità personale di quest'ultimo o del suo personale responsabile, che richiedono invece l'espletamento di controlli diretti - da parte di personale qualificato e secondo gli *standards* dello Stato di destinazione - ovviamente non realizzabili per via elettronica.

Ciò nonostante, l'adozione di procedure elettroniche contribuirà allo snellimento delle procedure burocratiche, consentendo al prestatore di reperire facilmente e prima dell'insediamento nello Stato di destinazione tutte le informazioni necessarie all'esercizio di un'attività economica, senza lungaggini burocratiche e contenendo i costi di impresa.

#### *4.5 Regimi di autorizzazione e semplificazione delle procedure*

Il Capo III della Direttiva, si apre con una disposizione relativa alla semplificazione dei regimi di autorizzazione; la nozione di "regime di autorizzazione" comprende non soltanto le forme di approvazione "esplicita", che un operatore deve ricevere dall'Autorità competente al fine di insediarsi nello Stato di destinazione, ed ivi esercitare un'attività economica, ma anche ogni "adempimento obbligatorio equivalente", che richieda l'adozione di un atto specifico o anche di una decisione tacita necessaria alla prestazione di un servizio.

Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 9 della Direttiva, gli Stati membri potranno subordinare l'accesso ad un'attività economica, ed il suo esercizio, a regimi di autorizzazione ( comunque non discriminatori) soltanto in via eccezionale, qualora - ad esempio - un controllo *a posteriori* sia troppo tardivo per risultare efficace.<sup>201</sup>

Inoltre, detta autorizzazione potrà essere ritenuta necessaria soltanto in presenza di un motivo imperativo di interesse generale,<sup>202</sup> purchè lo stesso obiettivo (di

---

<sup>201</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 23 gennaio 1995, C-358/93 e C-416/93, *Bordessa*, Raccolta, 1995; sentenza del 22 gennaio 2002, *Canal satellite*, cit., punti 34 - 43.

<sup>202</sup> La norma si basa sullo storico orientamento della Corte di Giustizia materia, secondo il quale 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; cfr.

restrizione all'accesso) non possa essere conseguito attraverso una misura differente e meno restrittiva.<sup>203</sup>

In buona sostanza, la Direttiva tende ad eliminare ogni forma di autorizzazione necessaria all'esercizio di un'attività economica, con il fine ultimo di giungere alla creazione di un mercato senza alcuna barriera, consentendo a qualsivoglia operatore di effettuare una prestazione di servizi in uno Stato diverso da quello di origine per il tramite di mere dichiarazioni, salvi i casi - eccezionali - di legittima tutela degli interessi generali di ogni singolo Paese.

La Direttiva impone quindi agli Stati membri l'obbligo di individuare in dettaglio i regimi di autorizzazione esistenti e di valutare, caso per caso, quelli che possono essere mantenuti in vigore, in quanto attinenti ad interessi superiori e proporzionati agli scopi perseguiti, nonché quelli che - nell'ottica della semplificazione delle attività dei servizi - richiedano di essere modificati o soppressi, in quanto restrittivi delle libertà di circolazione.

In tale ottica, spetterà allo Stato membro dimostrare, con onere della prova a proprio carico, che i regimi autorizzatori mantenuti in vigore siano giustificabili (in funzione della tutela di interessi legittimi), siano proporzionati allo scopo perseguito e, chiaramente, non discriminatori.

A tal proposito, la Corte aveva affermato che *“per poter stabilire se una normativa nazionale [...] rispetti il principio di proporzionalità, il giudice di rinvio dovrà prendere in esame, in particolare, le seguenti considerazioni:*

- *affinché un regime di previa autorizzazione amministrativa risulti giustificato pur in deroga a tali libertà fondamentali, deve essere in ogni caso basato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle Autorità nazionali perché esso non sia usato in modo arbitrario;*
- *un provvedimento posto in essere da uno Stato membro che, sostanzialmente, duplichi i controlli già effettuati nell'ambito di altre procedure, nello Stato*

---

sentenza del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Webb*, cit., punto 17; 26 febbraio 1991, causa C-180/89, *Commissione/Italia*, Raccolta, 1989, I-709, punto 17.

<sup>203</sup> La Direttiva, quindi, segue il ragionamento della Corte di Giustizia, la quale ha sempre sottoposto i regimi autorizzatori - al fine di verificarne la legittimità - ad un test di ragionevolezza e di proporzionalità; tale tema è stato già affrontato nel capitolo precedente, cui si fa espressamente rinvio per approfondimenti.

*medesimo o in un altro Stato membro, non può essere considerato necessario ai fini del conseguimento dello scopo perseguito;*

- *una procedura di previa autorizzazione è necessaria solamente quando un controllo a posteriori debba essere considerato troppo tardivo per garantire la reale efficacia del controllo stesso e consentire al medesimo di conseguire lo scopo perseguito;*
- *una procedura di previa autorizzazione non può essere conforme ai principi fondamentali della libera circolazione delle merci e della libera prestazione dei servizi se, in considerazione della sua durata e delle spese sproporzionate che ne derivino, sia tale da dissuadere gli operatori interessati dal perseguimento dei propri progetti.”<sup>204</sup>*

Data la discrezionalità concessa agli Stati membri nell’attuazione di tale norma, si richiederà sicuramente un controllo di compatibilità da parte della Commissione Europea o, eventualmente, dalla Corte di Giustizia circa l’effettiva necessità di mantenere in vigore detti regimi di autorizzazione specifici.

#### *4.5.1 Giustificazione delle autorizzazioni e criteri di rilascio*

L’art. 10 della Direttiva fissa i criteri cui deve essere subordinato l’eventuale rilascio di autorizzazione all’esercizio di un’attività economica.

Il rilascio dell’autorizzazione rappresenta l’atto che consente al prestatore di accedere all’attività di servizi o di esercitarla su tutto il territorio nazionale di uno Stato membro, ovvero di insediarsi in esso, mediante l’apertura di rappresentanze, succursali, filiali o uffici.

Stante il principio secondo il quale detto insediamento non dovrà più necessitare di alcuna autorizzazione, dovendo essere libero da ogni adempimento in tal senso, gli eventuali regimi di autorizzazione mantenuti in vigore (o successivamente introdotti), potranno essere giustificati solo da motivi imperativi di interesse generale, senza alcuna distinzione, sulla base di criteri discriminatori, dei prestatori autorizzati.<sup>205</sup>

<sup>204</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 22 gennaio 2002, *Canal Satélite*, cit., punto 43.

<sup>205</sup> Sul punto, la Corte di Giustizia nelle sentenze del 20 gennaio 2001, C-205/99, *Analir*, Raccolta, 2001, punto 38, del 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*, Raccolta, 2006, punto 116, aveva già affermato che “un regime di previa autorizzazione amministrativa, perché sia giustificato anche quando deroga ad una libertà fondamentale, deve essere fondato in ogni caso su criteri oggettivi, non discriminatori

Inoltre, le condizioni di rilascio di tali provvedimenti non potranno rappresentare un doppione dei requisiti e dei controlli - equivalenti o sostanzialmente comparabili, quanto alle finalità da essi perseguiti - cui lo stesso operatore economico sia già stato assoggettato nello Stato membro di origine, o anche di destinazione.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 10 della Direttiva, l'autorizzazione dovrà essere concessa in modo rapido, non appena risulti che le condizioni necessarie all'ottenimento della stessa autorizzazione siano pienamente soddisfatte dal prestatore.

Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato - ad esempio per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili - gli Stati membri dovranno applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali attraverso l'utilizzo di criteri imparziali e di trasparenti, che prevedano meccanismi di pubblicità adeguati.<sup>206</sup>

Infine, gli Stati membri potranno introdurre o mantenere in vigore disposizioni che facciano obbligo agli operatori stranieri di informare le Autorità competenti e/o lo Sportello Unico in merito ad ogni variazione giuridica o circa l'apertura di filiali, che possano determinare il venir meno delle condizioni di rilascio dell'autorizzazione, legittimando così lo Stato membro a revocare il provvedimento concesso.

#### *4.5.2 La semplificazione delle procedure di autorizzazione*

L'art. 13 della Direttiva prevede che le procedure di autorizzazione - ove legittimamente mantenute in vigore - debbano essere rese pubbliche preventivamente, al fine di garantire che ogni domanda presentata sia trattata in modo obiettivo ed imparziale.

Il legislatore comunitario ha quindi inteso privilegiare un'ottica di trasparenza, al fine di evitare ogni potenziale discriminazione o selezione discrezionale degli operatori autorizzati ad operare nel territorio di un determinato Stato membro.

Le procedure e le formalità di autorizzazione dovranno invece facilitare l'inserimento del prestatore, a prescindere dalla sua cittadinanza, salvi i casi di

---

*e noti in anticipo alle imprese interessate, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario"*

<sup>206</sup> Aspetto sul quale si era già pronunciata la Corte di Giustizia nella sentenza del 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria*, Raccolta, punti 60-62.

legittima deroga (sopra esaminati) e non dovranno quindi presentare criteri dissuasivi che possano indirettamente ostacolare o ritardare la prestazione di un servizio o lo stabilimento nel territorio dello Stato di destinazione.<sup>207</sup>

In tale ottica le stesse spese necessarie al rilascio dell'autorizzazione dovranno essere ragionevoli e proporzionate ai costi della procedura, evitando così ostacoli indiretti o eccessivi gravami per le imprese.

Dette procedure dovranno poi garantire ai prestatori richiedenti che la loro domanda sia trattata con “*la massima sollecitudine*”, tanto che la stessa Direttiva prevede un obbligo, a carico degli Stati membri, di fornire ogni risposta dovuta in un termine ragionevole, prestabilito con legge e reso pubblico preventivamente. A tal fine, viene introdotto un sistema di silenzio-assenso, in virtù del quale in caso di mancata risposta, l'autorizzazione dovrà intendersi come rilasciata.

In buona sostanza, da tutte le misure sopra riportate, si evince chiaramente la volontà della Direttiva di introdurre un sistema rapido, scevro da ogni inutile adempimento, che possa agevolare e facilitare la circolazione delle imprese e dei servizi, attraverso un sistema semplificato senza discriminazioni tra operatori aventi differente cittadinanza.

##### 5. *L'impatto sul diritto di stabilimento*

La Direttiva dedica una disciplina specifica all'esercizio del diritto di stabilimento, finalizzata all'eliminazione di tutte le normative interne restrittive, ostative o discriminatorie ancora in essere.<sup>208</sup>

L'atto suddivide quindi i requisiti e le disposizioni, eventualmente in vigore, in due categorie: misure da eliminare immediatamente e prescrizioni da valutare, prima di procedere alla rimozione.<sup>209</sup>

La prima categoria si riferisce ai criteri - discriminatori e non discriminatori - che la Corte di Giustizia ha già qualificato contrari all'art. 43 Trattato CE; la seconda

---

<sup>207</sup> Sulla necessità di una semplificazione delle procedure si veda: U. BERNITZ, J. NERGELIUS, C. CARDNER, *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 268.

<sup>208</sup> T. D. SAKELLAROPOULOS, J. BERGHMAN, G. AMITSIS, *Connecting welfare diversity within the European social model*, Intersentia, Schoten, Belgio, 2004, 105.

<sup>209</sup> Cfr. P. CRAIG, G. DE BÛRCA, *EU Law, Text Cases and Materials*, University Press, Oxford, 2008, 844.

riguarda gli ostacoli non contrari - in linea generale - al suddetto articolo, ma suscettibili di debita valutazione caso per caso.

Rientrano tra le prescrizioni da eliminare in prima battuta i requisiti discriminatori fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale.

Ai sensi dell'art. 14, vi rientrano: il requisito della residenza riferito al prestatore, al suo personale, ai detentori di capitale sociale o ai membri degli organi di direzione e vigilanza; il divieto di avere stabilimenti in più di uno Stato membro o di essere iscritti nei registri o ruoli di organismi, ordini o associazioni professionali di diversi Stati membri; le restrizioni della libertà, per il prestatore, di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario; le condizioni di reciprocità con lo Stato membro nel quale il prestatore ha già uno stabilimento (salvo quelle previste in atti comunitari riguardanti l'energia); l'applicazione caso per caso di una verifica di natura economica che subordina il rilascio dell'autorizzazione alla prova, ad esempio, dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività in esame; la valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti dall'Autorità competente nello Stato di destinazione; il coinvolgimento diretto o indiretto di operatori concorrenti, anche in seno agli organi consultivi, ai fini del rilascio di autorizzazioni o ai fini dell'adozione di altre decisioni delle Autorità competenti (ad eccezione degli organismi o ordini e delle associazioni professionali o di altre organizzazioni che agiscono in qualità di Autorità competente); l'obbligo di presentare, individualmente o con altri, una garanzia finanziaria o di sottoscrivere un'assicurazione presso un prestatore o presso un organismo stabilito sul territorio degli Stati membri in questione; l'obbligo di essere già stato iscritto per un determinato periodo nei registri degli Stati membri in questione o di aver in precedenza esercitato l'attività sul loro territorio per un determinato periodo.

L'elenco ricomprende non solo i requisiti palesemente discriminatori ma anche quelli che, pur essendo basati su altri criteri (quali il luogo di residenza, il domicilio o il

luogo di stabilimento principale), risultino indirettamente discriminatori, operando comunque una selezione di un determinato operatore in luogo dell'altro.<sup>210</sup>

Fanno eccezione a tale elenco tutte le restrizioni giustificate da motivi di interesse generale.

Circa il divieto di avere stabilimenti in più di uno Stato membro, o di essere iscritti nei registri o ruoli di organismi, ordini o associazioni professionali di diversi Stati membri, la Corte di Giustizia aveva già sancito il principio in base al quale ogni prestatore deve poter disporre di una molteplicità di stabilimenti, su scala comunitaria, senza limiti giuridico-economici, in quanto incompatibili con lo spirito del mercato unico e contrari all'art. 43 Trattato CE.<sup>211</sup>

I limiti alla libertà del prestatore di scegliere la forma dello stabilimento a titolo principale o secondario violano l'art. 43 Trattato CE, nella parte in cui garantisce - oltre alla facoltà di decidere lo Stato di destinazione - anche quella di optare per la forma di stabilimento ritenuta più opportuna.<sup>212</sup>

L'imposizione di condizioni di reciprocità rientrano nel divieto per lo Stato membro, di subordinare l'autorizzare allo stabilimento sul proprio Territorio al fatto che la medesima condizione sia riconosciuta ai prestatori in esso stabiliti, qualora decidano di trasferirsi in un altro Stato membro.

Il rilascio dell'autorizzazione condizionato alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda nel mercato interno, o all'analisi dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica, in assenza di un obiettivo legato a motivi imperativi d'interesse generale, risulta un inutile ostacolo alla circolazione delle imprese e quindi contrario alle disposizioni di cui all'art. 43 Trattato CE.

L'intervento diretto o indiretto di operatori concorrenti nei procedimenti di rilascio di autorizzazioni o di adozione di altre decisioni da parte delle Autorità competenti,

---

<sup>210</sup> Cfr. Corte di Giustizia: sentenza del 12 aprile 1994, causa 1/93, *Halliburton*, Raccolta, 1994, punto 15; sentenza del 7 novembre 1997, C-62/96, *Commissione/Grecia*, Raccolta, punto 18; sentenza del 29 giugno 1999, C-172/98, *Commissione/Belgio*, Raccolta, 1999, punto 14; sentenza del 7 marzo 2002, C-145/99, *Commissione/Italia*, Raccolta, 2002, punti 27 e 28.

<sup>211</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 1984, causa 107/83, *Klopp*, punto 19; sentenza del 20 maggio 1992, C-106/91, *Ramrath*, punti 21-22.

<sup>212</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 1999, *Centros*, cit., punti 26 e 27.

viola l'art. 43 Trattato CE e non può essere giustificato sulla base di motivi di interesse generale, costituendo soltanto un ostacolo al diritto di stabilimento.<sup>213</sup>

La richiesta di garanzia finanziaria o di sottoscrivere un'assicurazione presso un Istituto operante in tale settore, risulta contraria all'art. 43 Trattato CE, nella misura in cui detta garanzia debba essere prestata da un organismo presente nello Stato di stabilimento.<sup>214</sup>

In ultimo, l'obbligo di precedente iscrizione nei registri dello Stato membro di stabilimento - o l'obbligo di avervi precedentemente prestato l'attività - potrebbero determinare l'effetto di rendere impraticabile, di fatto, lo stabilimento di operatori provenienti da altri Stati membri, i quali - per logica - non potrebbero aver già svolto attività o essere già iscritti in appositi registri tenuti dallo Stato di destinazione.<sup>215</sup>

L'art. 15 della Direttiva elenca invece tutti i requisiti da valutare nello specifico e, ove contrari alle prescrizioni del Trattato, da rimuovere ad opera degli Stati membri.

Alla luce del silenzio della Direttiva sui criteri di valutazione da adottare, si può affermare che, a contrario, possano essere mantenuti in vigore (tra quelli valutati) soltanto le misure giustificate da un motivo di interesse economico generale, che siano proporzionate allo scopo perseguito. In tale senso, lo Stato dovrà anche valutare se non sia il caso di adottare misure alternative e meno restrittive.

Rientrano tra i suddetti requisiti: le restrizioni quantitative o territoriali; l'obbligo di adottare un determinato statuto giuridico; gli obblighi relativi alla detenzione di un certo capitale sociale; i requisiti che riservino l'accesso alle attività di servizi a prestatori particolari in funzione della natura specifica dell'attività resa; il divieto di disporre di più stabilimenti sullo stesso territorio nazionale; i requisiti che stabiliscono un numero minimo di dipendenti; le tariffe obbligatorie minime e/o massime che il prestatore deve rispettare; l'obbligo per il prestatore di fornire, insieme al suo servizio, altri servizi specifici.

A differenza delle restrizioni che figurano all'art. 14 (per le quali la valutazione è già compiuta, essendo vietate per espressa previsione normativa), per le restrizioni

---

<sup>213</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 15 gennaio 2002, C-439/99, *Commissione/Italia*, Raccolta, 20002, punti 39-41.

<sup>214</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 26 gennaio 2006, C-514/03, *Commissione/Spagna*, Raccolta, punti 41-45.

<sup>215</sup> Corte di Giustizi, sentenza del 23 maggio 2000, C-58/99, *Commissione/Italia*, Raccolta, 2000, punto 20.

appena elencate, la Direttiva non sancisce *a priori* la loro incompatibilità con il Trattato, ma prevede a carico degli Stati membri obblighi di tipo sostanziale e procedurale, volti a definire la cornice all'interno della quale dovrà svolgersi il processo di valutazione comunitaria che riguarderà le misure oggetto di analisi.

Sul piano sostanziale, il vaglio di questi requisiti vigenti negli Stati membri dovrà evidentemente essere fondato sui tre criteri cumulativi canonici della non discriminazione, della necessità (cioè giustificazione in base ad un motivo imperativo d'interesse generale) e della proporzionalità.

A livello procedurale, invece, gli Stati membri dovranno, da una parte, indicare i requisiti nazionali che si è deciso di mantenere in vigore, alleggerire o direttamente abrogare e, dall'altra, notificare alla Commissione i nuovi requisiti (eventualmente adottati) che dovranno essere oggetto di vaglio da parte della stessa Commissione.

#### 6. *L'impatto sulla libera circolazione dei servizi*

L'art. 16 ed il capo relativo alle disposizioni riguardanti la libertà in epigrafe si apre con due dichiarazioni di principio:

- *“gli Stati membri rispettano il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti”;*
- *“lo Stato membro in cui il servizio viene prestato assicura il libero accesso a un'attività di servizi e il libero esercizio della medesima sul proprio territorio”.*

Gli Stati dovranno quindi eliminare tutte le disposizioni limitative l'accesso ad un'attività di servizi o l'esercizio della medesima - in forma temporanea, ma prolungata nel tempo - sul proprio territorio, in quanto contrarie alle disposizioni di cui all'art. 49 Trattato CE.<sup>216</sup>

Ai sensi dello stesso articolo, dovranno essere abrogate tutte le disposizioni riguardanti l'accesso al mercato dei servizi che non soddisfino i seguenti principi (già espressi, per altro, in materia di stabilimento):

- divieto di discriminazione: i requisiti in essere negli ordinamenti degli Stati membri non potranno operare - direttamente o indirettamente - una selezione dei prestatori sulla base della nazionalità o, nel caso di persone giuridiche, della sede legale;

---

<sup>216</sup> Sulla durata, anche prolungata dei servizi, si è già detto nel capitolo I, al quale integralmente si rinvia.

- necessità: i requisiti adottati o mantenuti in vigore dovranno essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente;
- proporzionalità: detti requisiti dovranno limitarsi a garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, senza eccedere quanto strettamente necessario al soddisfacimento di tale scopo.

Allo Stato membro sarà quindi consentito di imporre misure restrittive soltanto nel caso in cui esse siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o tutela dell'ambiente.<sup>217</sup>

Al di fuori delle misure che rispondano a tali requisiti, il prestatore non deve essere ostacolato dalle disposizioni dello Stato di destinazione, a carico del quale è fatto obbligo di eliminare tutte le restrizioni ancora esistenti, garantendo così il libero accesso al proprio mercato.

L'art. 16, comma 2, effettua quindi un'elencazione di requisiti vietati e ritenuti incompatibili con l'art. 49 Trattato CE, i quali dovranno inderogabilmente essere eliminati dalle disposizioni interne; rientrano in tale elenco: l'obbligo per il prestatore di essere stabilito sul territorio dello Stato di destinazione;<sup>218</sup> l'obbligo per il prestatore di ottenere un'autorizzazione dalle Autorità competenti di tale Stato, compresa l'iscrizione in un registro o a un ordine professionale sul loro territorio, salvo, beninteso;<sup>219</sup> il divieto imposto al prestatore di dotarsi sul territorio del paese di fornitura di un determinato tipo o forma di infrastruttura, inclusi un ufficio o uno studio, necessari all'esecuzione delle prestazioni in questione;<sup>220</sup> l'applicazione di un

---

<sup>217</sup> Le eccezioni in questione rientrano nel novero di quelle espressamente previste dal Trattato e sono state ampiamente trattate nel capitolo I del presente lavoro.

<sup>218</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 7 febbraio 2002, C-279/00, *Commissione/Italia*, Raccolta, 2002, punti 17-18, in materia di lavoro interinale, in cui si afferma che “*il requisito in base al quale le imprese fornitrici di lavoro temporaneo che intendono fornire lavoratori a utenti stabiliti in Italia devono avere la sede legale o una dipendenza nel territorio nazionale è direttamente in contrasto con la libera prestazione dei servizi in quanto rende impossibile la prestazione, in tale Stato membro, di servizi da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri.*”

<sup>219</sup> Corte di Giustizia, sentenza dell'8 giugno 2000, C-264/99 *Commissione/Italia*, Raccolta, 2000, punto 14, in materia di attività di spedizioni, in cui si afferma che una normativa che esige dai cittadini comunitari che esercitano l'attività di spedizioniere in uno Stato membro, in qualità di prestatore di servizi, l'iscrizione all'albo specifico presso le camere di commercio, previa autorizzazione, è contraria agli artt. 12 Trattato CE, 43 Trattato CE e 49 Trattato CE.

<sup>220</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 30 novembre 1995, *Gebhard*, cit., punto 27, in cui si afferma il principio, già riportato precedentemente, secondo il quale “*il carattere temporaneo delle attività considerate deve essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa. Il carattere temporaneo della*

regime contrattuale particolare tra il prestatore e il destinatario che impedisca o limiti la prestazione di servizi a titolo indipendente;<sup>221</sup> l'obbligo per il prestatore di disporre di un documento di identità specifico per l'esercizio di un'attività di servizi, rilasciato dalle Autorità competenti dello Stato di destinazione;<sup>222</sup> i requisiti, ad eccezione di quelli in materia di salute e di sicurezza sul posto di lavoro, relativi all'uso di attrezzature e di materiali che costituiscono parte integrante della prestazione del servizio.<sup>223</sup>

Il capo relativo alla libera prestazione dei servizi rappresenta, come sopra evidenziato, una trasposizione in norma dei principi e dei divieti già espressi dalla Corte di Giustizia con riferimento a casi specifici e che - una volta implementati - potranno essere generalmente applicati a tutti i settori economici rientranti nel campo di applicazione della Direttiva, ed azionabili direttamente dagli operatori economici interessati.

### *6.1 Le eccezioni contemplate dalla Direttiva alla libera circolazione dei servizi.*

#### *Deroghe generali*

Definiti gli strumenti di liberalizzazione del settore dei servizi, la Direttiva individua espressamente talune eccezioni suddivisibili in: deroghe generali, deroghe riferite a specifiche materie e deroghe relative a casi individuali.

---

*prestazione 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”.*

<sup>221</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 5 giugno 1997, C-398/95, *Ymvoulio Epikrateias-Grecia*, Raccolta, 1997, punto 19, dalla quale emerge - in materia di agenzia turistiche - il seguente principio: “una normativa di uno Stato membro che, rendendo obbligatoria tra le parti la forma giuridica del contratto di lavoro subordinato, impedisca alle agenzie turistiche e di viaggi, indipendentemente dal luogo in cui siano stabilite, di concludere, nell'ambito dell'esecuzione dei programmi di attività turistiche da esse organizzati in tale Stato membro, contratti di prestazione di servizi con guide turistiche titolari di un'autorizzazione a svolgere ivi la propria professione e originarie di un altro Stato membro, costituisce un ostacolo ai sensi dell'art. 49 del Trattato.”

<sup>222</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 2000, *Commissione/Belgio*, cit., punto 39, in cui si afferma - in materia di attività di sorveglianza - che “il requisito secondo il quale ogni membro del personale di un'impresa di sorveglianza o di un servizio interno di sorveglianza deve essere in possesso di un documento d'identificazione, rilasciato dal ministro dell'Interno belga, va altresì considerato come una restrizione alla libera prestazione dei servizi. Infatti, le formalità che implica l'ottenimento di tale documento d'identificazione possono rendere più onerosa la prestazione di servizi transfrontalieri”.

<sup>223</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 22 gennaio 2002, *Canal Satelite*, cit., dalla quale emerge un principio già riportato, ovvero che “l'obbligo imposto ad un'impresa che intenda porre in commercio apparecchi, attrezzature, decodificatori o sistemi di trasmissione e di ricezione digitale di segnali televisivi via satellite di procedere alla registrazione, quale operatore di servizi di accesso condizionato, in un registro e di dichiarare nel medesimo i prodotti che intenda porre in commercio costituisce una restrizione alla libera circolazione delle merci ed alla libera prestazione dei servizi”.

Quanto alla prima categoria, la Direttiva indica quattro giustificazioni, di portata generale, fondate sulla tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza pubblica, della sanità pubblica e della protezione dell'ambiente, contemplate dall'art. 46 Trattato CE, se si eccettua la protezione dell'ambiente.

La definizione di tali concetti deve essere quindi dedotta dall'interpretazione dello stesso art. 46 Trattato CE, offerta dalla Corte, dalla quale si desume che le nozioni sopra riportate, in quanto deroghe a principi fondamentali del Trattato, debbano essere intese in maniera restrittiva.<sup>224</sup>

La possibilità di adottare restrizioni nell'ambito delle deroghe sopra riportate è comunque subordinata al rispetto, cumulativo, dei tre criteri di non discriminazione, necessità (ovvero che la misura adottata sia indispensabile per raggiungere il risultato perseguito), proporzionalità (la stessa misura non deve spingersi oltre quanto necessario allo scopo perseguito) e che lo Stato non possa perseguire lo stesso fine con misura alternativa e meno restrittiva.

### *6.1.1 Deroghe specifiche*

L'art. 17 consente il mantenimento di misure restrittive riferibili ai settori attratti nella sfera dei "servizi di interesse economico generale", quali ad esempio il servizio postale, i servizi legati all'erogazione dell'energia elettrica e del gas.

Tale categoria, citata dagli articoli 18 Trattato CE e 86 Trattato CE può essere definita come l'insieme dei "servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico".<sup>225</sup> La deroga contemplata dalla Direttiva è quindi strettamente connessa alla peculiarità delle attività ad essi connessi, afferenti a bisogni specifici della collettività, che costituiscono la base per una legittima riserva agli Stati membri, non potendone essere garantita la disponibilità alle imprese e la loro liberalizzazione.

---

<sup>224</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 19 gennaio 1999, C-348/96, *Calfa*, punti 20-23; sentenza del 29 ottobre 1998, C-114/97, Commissione/Spagna, Raccoltam 1998, punti 42-46.

<sup>225</sup> Definizione tratta da: Commissione Europea, *Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale*, pubblicato in *GUUE*, del 25 marzo 2004, C 76. In dottrina si veda: D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, II, 1999, 371 ss.; M. Capantini, *I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive*, in A. MASSERA, *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura di, Plus, Pisa, 2004, p. 24 ss.

In aggiunta, rientrano nelle materie oggetto di deroga gli specifici settori già oggetto di disciplina a livello comunitario, tra i quali rientrano: la tutela dei lavoratori in distacco; la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, coperta dalla direttiva 95/46/CE; la libera prestazione di servizi da parte degli avvocati, rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 77/249/CEE; il riconoscimento delle qualifiche professionali, disciplinate dalla direttiva 2005/36/CE; gli aspetti legati all'individuazione dei regimi di sicurezza sociali applicabili, oggetto del Regolamento CEE n. 1408/71; gli aspetti connessi alla libera circolazione delle persone, disciplinati dalla Direttiva 2004/38/CE, nonché i diritti dei cittadini di paesi terzi che si spostano in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi; la sorveglianza ed il controllo relative alle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, oggetto del Regolamento CEE n. 259/93; la tutela dei diritti d'autore e i diritti ad essa connessi, disciplinati dalla Direttiva 87/54/CEE; la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati, disciplinata dalla direttiva 2006/43/CE; l'immatricolazione dei veicoli presi in leasing in un altro Stato membro; le disposizioni riguardanti obblighi contrattuali e non contrattuali, compresa la forma dei contratti, determinate in virtù delle norme di diritto internazionale privato.<sup>226</sup>

Il coordinamento della Direttiva con altri settori, già coperti da strumenti normativi, può essere attuato mediante due diverse soluzioni: disapplicazione di talune previsioni della Direttiva e della conseguente normativa di attuazione, o applicazione cumulativa.

Con riferimento ai casi di "disapplicazione", in ipotesi di conflitto (ovvero d'incompatibilità o di incoerenza giuridica) tra la Direttiva e altri strumenti di diritto comunitario, la prima prevede clausole di risoluzione espressa del conflitto, che sanciscono la preminenza della normativa precedentemente adottata, quali ad esempio: l'art. 2 (che verte sulle esclusioni dal campo di applicazione della direttiva), l'art. 5, comma 4 (in materia di documenti esigibili dall'operatore), l'art. 14, comma 4 (riferito a strumenti comunitari sull'energia che ammettono clausole di reciprocità,

---

<sup>226</sup> La Direttiva non interferisce con le disposizioni di diritto internazionale privato, escluse dal campo di applicazione le quali non rientrano nel campo di applicazione dello stesso atto, in quanto coperte da specifica regolamentazione a livello comunitario; per approfondimenti: A. MALATESTA, *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, Vol. 43, 2007, 293 e ss.

altrimenti vietate), l'art. 17 (che enumera, tra le altre, le disposizioni di diritto secondario vigente), o all'art. 18, commi 2 e 3 (riguardante deroghe alla libera circolazione previste da altri testi comunitari).

In ipotesi di "applicazione cumulativa", invece, laddove non sussista un conflitto con altre disposizioni di diritto secondario, la Direttiva si limita ad aggiungersi e a sovrapporsi ad esse, realizzando una sorta di complementarità con il diritto comunitario esistente.<sup>227</sup>

### *6.1.2 Deroghe giustificate da ragioni di sicurezza*

L'art. 18 della Direttiva prevede che gli Stati membri possano applicare - in via del tutto eccezionale - misure restrittive in casi individuali e a garanzia della "sicurezza dei servizi".

Tali misure possono essere adottate qualora esse non siano già oggetto di armonizzazione operata da differente normativa comunitaria, siano giustificate da ragioni di mera protezione del destinatario del servizio e lo Stato membro in cui il prestatore è stabilito non abbia già adottato misure protettive analoghe.

Ad ogni modo, tali misure dovranno essere proporzionate, non eccedenti lo scopo di tutela perseguito e dovranno rispettare una procedura prevista dall'art. 35 della Direttiva, composta dalle seguenti fasi.

Prima di adottare qualsivoglia misura, lo Stato di destinazione è tenuto a richiedere allo Stato di origine l'adozione di specifici provvedimenti nei confronti del prestatore; a fronte di detta richiesta, lo Stato interrogato deve segnalare, con immediatezza le misure adottate o che intende adottare, comunicando - in caso contrario - i motivi per i quali non si è proceduto in tal senso.

Conseguentemente, lo Stato richiedente deve notificare alla Commissione - ed alle Autorità del Paese in cui il prestatore è stabilito - le ragioni per le quali ritiene che le misure adottate nello Stato di origine siano insufficienti e la conseguente decisione di adottare misure *ad hoc*.

---

<sup>227</sup> Tale aspetto è desumibile in particolare dall'art. 15, comma 7 (relativo alla direttiva sulla notifiche, 98/34/CE), dall'art. 22, comma 1, lett. d (relativa alla numerazione IVA, previsto nella direttiva 77/388/CE), e dall'art. 22, comma 5 (sugli obblighi d'informazione da parte del prestatore previsti da altri strumenti comunitari)<sup>227</sup>, dall'art. 23, comma 3 (sui regimi di assicurazione e garanzie previsti da altre direttive), dall'art. 27, comma 3 (circa l'istituto di credito o l'assicuratore autorizzati a fornire una garanzia per l'esecuzione di una decisione giudiziaria).

Esperita tale procedura, la misura individuale può essere validamente adottata.

La procedura consentente quindi una verifica di compatibilità, per il tramite della Commissione, delle misure restrittive assunte dagli Stati membri; qualora la misura sia ritenuta illegittima, la stessa Commissione potrà richiedere allo Stato membro di astenersi dall'adottare il provvedimento oggetto d'esame, ovvero di sospenderne l'applicazione, qualora esso sia stato già adottato.

Nei paragrafi seguenti saranno analizzati ulteriori strumenti di tutela del destinatario e di garanzia della qualità dei servizi, operata attraverso specifiche procedure di controllo.

#### *7. L'innovativo aspetto della tutela dei diritti del destinatario del servizio*

Gli articoli 19-21 della Direttiva riguardano la tutela dei destinatari del servizio, aspetto non espressamente contemplato dall'art. 49 Trattato CE, ma evidenziato ed applicato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e ritenuto pacificamente rientrante nell'ambito di applicazione della libera circolazione dei servizi.<sup>228</sup>

La tutela del destinatario rappresenta quindi uno degli aspetti più innovativi della Direttiva, in quanto fornisce una risposta concreta e tangibile alle istanze ed aspirazioni dei consumatori che spesso sono stati oggetto di vincoli e ostacoli provenienti tanto dalle Autorità Pubbliche quanto dai soggetti economici privati (imprese o professionisti), come già evidenziato nella Relazione sullo Stato del Mercato interno dei Servizi del 2002, nella quale è stato evidenziato come spesso taluni operatori rifiutino di fornire dei servizi a clienti che abbiano una nazionalità straniera (anche se comunitaria) o semplicemente residenti all'estero.

Proprio per ovviare a questi problemi e per fornire ai consumatori delle soluzioni concrete, la Direttiva vieta quindi agli Stati membri di imporre al destinatario residente sul loro territorio nazionale delle restrizioni alla possibilità di ricorrere ai servizi di un prestatore stabilito in un altro Stato membro,<sup>229</sup> o di applicare ai destinatari delle condizioni discriminatorie fondate sulla nazionalità o sulla residenza in quanto tali.

---

<sup>228</sup> S. D'ACUNTO, *La libera circolazione dei servizi*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 279; Corte di Giustizia, Cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, cit.,

<sup>229</sup> V. sentenza Verstergaard, citata in nota 6.

Nello specifico, la Direttiva vieta altresì l'imposizione dell'obbligo di ottenere un'autorizzazione dalle Autorità competenti o quello, a carico del ricevente il servizio, di presentare una dichiarazione presso di esse; risulta altresì vietata ogni limitazione, a carattere discriminatorio, che subordini la concessione o meno di aiuti finanziari allo stesso ricevente, in ragione della nazionalità del prestatore, o in ragione del luogo in cui il servizio è prestato.<sup>230</sup>

L'elenco formulato dalla Direttiva non è esaustivo, ragion per cui si ritiene che ogni altra misura restrittiva, avente un effetto equivalente, debba essere ritenuta contraria all'art. 49 Trattato CE ed alla stessa Direttiva in esame.

Infine, l'art. 21 obbliga lo Stato nel quale l'utente ha la propria residenza a fornire tutte le informazioni generali e necessarie riguardanti le regole applicabili - negli altri Stati membri - con riferimento all'accesso alle attività economiche, nonché quelle relative al loro esercizio, ed ai mezzi di ricorso esperibili in caso di controversia tra le parti (compresi i dati delle associazioni e organizzazioni in grado di fornire assistenza pratica).

Tali informazioni dovranno essere reperite attraverso gli Sportelli Unici, i punti di contatto della rete dei centri europei dei consumatori, le associazioni di consumatori o anche dai centri Euro Info.

Tutta la normativa sopra esaminata persegue quindi lo scopo di rendere l'utente edotto nella fase di scelta dell'operatore economico cui rivolgersi, garantendo altresì adeguata assistenza *in loco* (ovvero nello Stato in cui la prestazione è fornita), qualora dovessero verificarsi problematiche legate al servizio ricevuto, facilitando l'accesso ai rimedi esperibili nello Stato di stabilimento del prestatore e ai dati delle associazioni che possano fornire assistenza nelle controversie tra il destinatario e lo stesso prestatore del servizio.

### *7.1 La promozione della qualità dei servizi nell'ottica della tutela del destinatario*

Come affermato nel paragrafo precedente, la tutela dei consumatori e dell'utente finale dei servizi, rappresenta uno degli obiettivi primari della Direttiva e riguarda anche i connessi aspetti contrattualistici.

---

<sup>230</sup> Divieti già contemplati in giurisprudenza; Cfr. Corte di Giustizia: sentenza del 3 ottobre 2002, C-136/00, *Danner*, Raccolta, 2002, punto 57; sentenza dell'11 gennaio 2007, C-208/05, *ITC*, punti 57-58.

La Direttiva, infatti, pone l'obbligo a carico dello Stato membro di fornire tutte le informazioni ritenute necessarie alla corretta stipula di un contratto di servizi tra prestatore e destinatario.<sup>231</sup>

L'art. 22 impone allo Stato membro di adottare specifiche disposizioni affinché il prestatore in esso stabilito adempia agli obblighi di trasparenza necessari alla sua identificazione, riguardanti sia la sua persona (fisica o giuridica) che i suoi servizi.

E' fatto inoltre obbligo agli Stati membri di fornire, d'ufficio, tutte le informazioni relative all'individuazione del prestatore ed agli elementi economici rilevanti da un punto di vista contrattualistico, quali ad esempio: condizioni generali, eventuali clausole contrattuali generali relative alla legge applicabile e alla giurisdizione competente, prezzo e caratteristiche principali del servizio.

In aggiunta, su richiesta del destinatario, dovranno essere fornite le informazioni che attengono al metodo di calcolo del prezzo - ove questo non possa essere facilmente predefinito - alle regole professionali cui il prestatore è sottoposto, alle regole sulle attività multidisciplinari, agli eventuali codici di condotta adottati dal prestatore<sup>232</sup> ed alle indicazioni circa gli eventuali meccanismi extragiudiziali di risoluzione delle controversie.

Le categorie di informazioni sopra riportate dovranno essere comunicate o rese accessibili al destinatario, in modo chiaro e univoco, prima della stipula del contratto di servizio o, in assenza di un negozio in forma scritta, prima del concretizzarsi della prestazione dovuta al destinatario.

Infine, la Direttiva prevede che lo Stato membro debba obbligare l'operatore economico in esso stabilito a comunicare al cliente i propri dati personale ed i recapiti, al fine di facilitare la presentazione di reclami relativi alla prestazione ricevuta.

Ogni reclamo presentato dall'utente dovrà ricevere un riscontro rapido ed un trattamento adeguato da parte del prestatore; per rendere efficace tale previsione, gli Stati membri dovranno prevedere - al contempo - sanzioni appropriate che possano

---

<sup>231</sup> C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law*, Routledge Cavendish, Oxon, 2008, 63.

<sup>232</sup> La Direttiva obbliga infatti gli Stati membri ad adottare tutti i provvedimenti necessari affinché i prestatori - soggetti ad un codice di condotta o membri di un'associazione o di un organismo professionale, che prevedano il ricorso ad un meccanismo di regolamentazione extragiudiziario - informino il destinatario dell'esistenza di tali rimedi.

obbligare i prestatori a rispondere ai reclami con la massima sollecitudine, nonché a ricercare soluzioni soddisfacenti in favore degli utenti dei propri servizi.

Tutte le disposizioni sopra riportate rappresentano un elemento essenziale nell'ottica della tutela dei consumatori e, seppur esse sono condizionate all'attuazione nei diversi Stati membri, sembrano fornire adeguate garanzie procedurali a tutela dei diritti degli utenti finali, i quali potranno operare una scelta informata e consapevole del prestatore cui rivolgersi, ed ottenere la dovuta assistenza sia nella fase contrattuale che post-contrattuale.

8. *La funzione di controllo nel mercato: l'adozione di una cooperazione amministrativa tra Autorità Pubbliche*

Con l'introduzione del meccanismo di "cooperazione amministrativa" la Direttiva persegue l'intento di realizzare una disciplina specifica in materia di collaborazione tra le Autorità competenti all'interno degli Stati membri.

Si cerca quindi di prevenire che il prestatore, o la stessa prestazione (in ipotesi di circolazione del solo servizio, definite come "*cross border*"), possano eludere i sistemi di vigilanza interni o l'applicazione di norme certe, evitando, al contempo, che tali sistemi possano comportare l'inutile duplicazione dei controlli operati dai singoli Stati, ostacolando così la libera circolazione dei servizi.

L'art. 28 obbliga quindi lo Stato di origine a prestare la necessaria assistenza a quello di destinazione, garantendo i controlli dovuti - ove non esistenti <sup>233</sup> - nelle modalità di seguito riportate.

In presenza di una istanza rivolta al Paese di origine, l'Autorità dello Stato interrogato dovrà fornire rapidamente, e per via elettronica, le informazioni richieste.

In presenza di una mera richiesta di assistenza, invece, lo Stato membro dovrà provvedere affinché i prestatori, stabiliti nel proprio territorio, comunichino tutte le informazioni necessarie, da trasmettersi poi allo Stato richiedente.

In aggiunta, su richiesta dello Stato di destinazione, le Autorità competenti dello Stato di origine dovranno eventualmente procedere alle verifiche, ispezioni e indagini necessarie per assicurare un efficace controllo sul prestatore.

---

<sup>233</sup> E. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, 432, dal quale si evince come il sistema bancario italiano preveda già un'adeguata funzione di controllo.

Contestualmente, le Autorità competenti dello Stato di destinazione potranno comunque procedere a verifiche, ispezioni e indagini *in loco*, purché tale procedura di controllo non sia discriminatoria e risulti proporzionata alla finalità di controllo perseguita.

Infine, l'art. 34 della Direttiva investe la Commissione dell'obbligo di istituire un sistema elettronico per lo scambio di tutte le informazioni relative agli operatori economici, raccolte dalle Autorità nazionali, di modo che esse possano essere facilmente rinvenibili e consultabili per via elettronica, evitando così inutili procedure di controllo.

Attraverso la normativa in materia di cooperazione amministrativa la Direttiva intende quindi garantire, unitamente alla qualità dei servizi, che i controlli effettuati sulle prestazioni trans-frontaliere, siano realizzate nel rispetto dei limiti del diritto comunitario, consentendo - al contempo - di prevenire eventuali fenomeni di illegalità e/o di frode alla legge, senza ostacolare inutilmente la circolazione dei servizi nel mercato.

#### *9. Il controverso principio della regolamentazione del Paese di origine*

Il testo iniziale dell'art. 16 della Direttiva prevedeva l'introduzione di un principio, definito "del Paese di origine", in virtù del quale ogni operatore, legalmente stabilito in uno Stato membro, era legittimato a prestare i propri servizi, su tutto il territorio comunitario, senza vincoli o condizioni imposti dallo Stato di destinazione, ed applicando semplicemente la regolamentazione prevista dall'ordinamento dello Stato di origine, con riferimento sia all'accesso a un'attività di servizi sia al suo esercizio.<sup>234</sup>

Lo stesso principio prevedeva un obbligo di controllo da parte dello Stato di stabilimento (ovvero dello Stato la cui sola legislazione doveva essere applicata al prestatore), a prescindere dal luogo in cui la prestazione sarebbe stata effettuata.

---

<sup>234</sup> Sugli effetti del principio in esame: G. BERADIS, *La Direttiva generale in materia di servizi*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, cit., 35-36; N. BRUUN, *The proposed Directive on services and labour law*, in R. BLANPAIN, *Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 13; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, cit., 145 e ss.

La regolamentazione della legislazione dello Stato di origine riguardava aspetti non meramente formali ma attinenti, ad esempio alla qualità o al contenuto del servizio, alla pubblicità, ai contratti ed alla responsabilità del prestatore.

Il testo definitivo dell'art. 16, invece, si è limitato a codificare i principi in materia di libera prestazione dei servizi già espressi dalla Corte di Giustizia, tralasciando ogni aspetto di individuazione della legge applicabile.

Differentemente dall'impostazione attuale, l'approvazione del testo originario dell'art. 16 avrebbe invece determinato un maggiore impulso alla modernizzazione del mercato dei servizi, "scardinando" una volta per tutte le "compartimentazioni" dei mercati nazionali e gli ostacoli alla piena libertà di circolazione dei servizi.<sup>235</sup>

In tale ottica, il Principio si basava sul concetto di "mutuo riconoscimento automatico" delle legislazioni, consentendo al prestatore di esportare il proprio metodo commerciale nello Stato di destinazione e di realizzare quindi economie di scala, senza dovere, prima, effettuare lunghe ricerche sulle norme vigenti nel Paese di destinazione e, quindi, adeguarsi ad esse, con i costi del caso le eventuali difficoltà che avrebbero potuto indurlo a rinunciare a qualsiasi iniziativa transfrontaliera.<sup>236</sup>

Tale meccanismo avrebbe quindi prodotto un effetto di responsabilizzazione giuridica delle autorità del Paese di stabilimento, sul quale sarebbe ricaduto l'onere di sottoporre il prestatore a norme e controlli efficaci.

In aggiunta, il prestatore di servizi era protetto, contro l'imposizione di adempimenti e/o misure alle quali già risultava assoggettato nel Paese di origine, da un campo di applicazione estremamente ampio del Principio, riferibile all'intero "*ambito regolamentato*" della materia, che ricomprendeva il divieto - per lo Stato di destinazione - di imporre "*qualsiasi requisito applicabile all'accesso alle attività di servizi o al loro esercizio*".

Tale divieto si estendeva quindi ad ogni misura, di qualsivoglia forma e contenuto, eventualmente applicata dalle Autorità del Paese di destinazione, ad eccezione delle deroghe di tre categorie di deroghe: generali, transitorie ed individuali.

---

<sup>235</sup> F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2006, 929 e ss.

<sup>236</sup> S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, cit., 145.

In primo luogo, la proposta prevedeva 23 deroghe generali relative a categorie di servizi e questioni giuridiche o disposizioni nazionali che risultavano inconciliabili con tale principio (schema utilizzato, poi, nel testo finale della stessa Direttiva).

Tali deroghe erano motivate dall'esistenza di norme specifiche che prevedevano l'applicazione di una disciplina interna diversa da quella dello Stato di origine.

A tali deroghe si aggiungevano ulteriori eccezioni attuabili esclusivamente per un "periodo transitorio", il quale doveva servire, secondo l'idea della Commissione europea, alla preparazione di strumenti di armonizzazione alternativi, adottati successivamente da parte del Consiglio e del Parlamento europeo.

I tre settori di servizi, cui tali deroghe transitorie si riferivano, erano: il trasporto valori, il recupero crediti giudiziale ed i giochi d'azzardo.

Il meccanismo della deroga transitoria, a differenza delle deroghe generali, sostanzialmente trasposte nell'attuale versione dell'art. 16, è stato stralciato dal testo finale, una volta abbandonata la regola del Paese di origine.

Infine, erano previste una serie di eccezioni in presenza di condizioni cumulative, di merito e di procedura, sostanzialmente riproposte nel testo finale, quali il richiamo a giustificazioni legittime, la conformità a determinati criteri di merito ed il rispetto di norme di procedura precise e dettagliate.<sup>237</sup>

L'unica differenza di rilievo riguardava le giustificazioni consentite; contrariamente al testo attuale (art. 18, par. 1), la proposta ammetteva la possibilità di deroghe individuali non solo per ragioni relative alla sicurezza dei servizi, ma anche con riferimento all'esercizio di una professione sanitaria o per la protezione dell'ordine pubblico (compresa la protezione dei minori).

Il novero delle ragioni è stato logicamente ristretto alla sola sicurezza dei servizi a fronte dell'ampliamento dei poteri di deroga, più ampi, accordati agli Stati dall'art. 16 (versione attuale), il quale - eliminato il principio del Paese di origine - consente oggi, allo Stato di destinazione, di operare un maggiore controllo sul prestatore e di adottare le misure necessarie contenute dalla Direttiva (e sopra esaminate).

---

<sup>237</sup> Cfr. art. 18 sulle "Deroghe per casi individuali" e art. 35 relativo alla "mutua assistenza in caso di deroga caso per caso", della versione attuale.

### 9.1 L'eventuale effetto di dumping connesso al principio

Il principio della regolamentazione del Paese di origine è stato oggetto di numerose critiche,<sup>238</sup> nelle quali si evidenziava il pericolo di *dumping* - soprattutto nella forma sociale<sup>239</sup> - che il testo iniziale della Direttiva avrebbe potuto generare.

Da un punto di vista strettamente lavoristico, tale affermazione non può essere condivisa: nella proposta di Direttiva, tra le eccezioni generali al principio di cui all'art. 17, par. 5, figuravano (come nel testo finale) le “*materie disciplinate dalla direttiva 96/71/CE*”, la quale impone (e avrebbe imposto anche in caso di adozione del Principio del Paese di origine) l'applicazione delle norme lavoristiche dello Stato di destinazione.<sup>240</sup>

L'obbligo per l'impresa distaccante di conformarsi alle norme del Paese in cui la prestazione ha luogo persegue (e avrebbe perseguito) proprio l'obiettivo di garantire che i lavoratori distaccati all'estero fossero adeguatamente protetti, limitando la concorrenza -soprattutto salariale - da parte della manodopera proveniente da sistemi nazionali con *standard* sociali più bassi.

---

<sup>238</sup> C. HILLION, *EU enlargement: a legal approach*, Hart Publishing, Oxford, 2004, 135; W. OSWALT, *Costituzione europea. Per una critica radicale. Un'ombra sull'Europa*, Jaca Book, Milano, 2005, 23; D. ALBERS, S. HASELER, H. MEYER, *Social Europe: a continent's answer to market fundamentalism*, European Research Forum, London Metropolitan University, Londra, 2006, 130; DELLA PORTA, M. CAIANI, *Social Movements and Europeanization*, University Press, Oxford, 2009, 82; M. UPCHURCH, G. TAYLOR, A. MATHERS, *The Crisis of Social Democratic Trade Unionism in Western Europe. The Search for Alternatives*, Ashgate, Farnham, 2009, 154; L. BRUSZT, R. HOLZHACKER, *The Transnationalization of Economies, States and Civil Societies*, Springer-Verlag, London, 252, 2009.

<sup>239</sup> Il *dumping* è, dunque, una pratica di massimizzazione dei profitti dell'impresa, attraverso una riduzione dei costi di produzione, tra cui quello del lavoro, ed è particolarmente evidente nei Paesi emergenti, dove a fronte di una crescita esponenziale del Prodotto Interno Lordo non è conseguito uno sviluppo dei diritti dei lavoratori, né una redistribuzione equa della ricchezza prodotta. La pratica del *dumping*, tuttavia, presenta anche dei risvolti negativi nell'area della concorrenza. È facilmente comprensibile come la produzione sottocosto di beni e servizi, realizzati senza un livello adeguato di tutela dei diritti dei lavoratori, possa comportare una forzatura dei principi generali della concorrenza, soprattutto in un mercato unico senza frontiere, in cui i singoli Stati si trovano a competere con i sistemi produttivi di Paesi molto distanti da un punto di vista economico e sociale. Sulla nozione di *dumping* e *dumping* sociale si veda: K. D. Raju, *World Trade Organization Agreement on Anti-dumping: A GATT/WTO and Indian Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 214; A. PERULLI, *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, in M. NAPOLI, *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, 19; P. GRAMATICA, *Economia e tecnica degli scambi internazionali*, Vita e Pensiero, Milano, 2002, 310; C. STANBROOK, P. BENTLEY, *Dumping And Subsidies Law and Procedures Governing the Imposition of Anti-Dumping and Countervailing Duties in the European Community*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1996, 1.

<sup>240</sup> In particolare, sui periodi di lavoro e di riposo, sui congedi minimi, sul salario minimo, sulle condizioni di sicurezza, salute ed igiene del lavoro nonché sulla protezione delle donne. Sul punto, si rinvia alla specifica trattazione nel capitolo seguente.

In altre parole, l'obiettivo perseguito dall'eccezione prevista nella proposta iniziale, risultava essere proprio quello di prevenire ogni eventuale situazione di *dumping* sociale.

In aggiunta, l'art. 24 indicava una serie di controlli che lo Stato di destinazione avrebbe potuto effettuare *in loco*, per garantire il rispetto delle condizioni di occupazione e di lavoro prescritte dalla direttiva 96/71/CE.

Lo Stato di origine, invece, avrebbe dovuto accertare che il prestatore avesse adottato tutte le misure necessarie al fine di comunicare - tanto alle Autorità dello Stato di origine che a quelle dello Stato di destinazione - le informazioni essenziali (identità e compiti dei lavoratori, identità del destinatario, luogo e durata del distacco, condizioni d'occupazione e di lavoro) all'effettuazione del distacco, con l'obbligo di essere in condizione di fornire tali informazioni per un periodo di due anni.

Inoltre, sempre lo Stato di origine avrebbe dovuto assistere lo Stato di destinazione al fine di garantire il rispetto delle condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori in distacco, comunicando, ove del caso, le informazioni riguardanti eventuali irregolarità del prestatore.

In buona sostanza, nella proposta di Direttiva - oltre all'eccezione relativa all'applicazione della Direttiva 96/71/CE - erano comunque predisposti meccanismi di cooperazione amministrativa, nell'intento di evitare frodi alla legge ed aggiramenti delle normative applicabili alla fattispecie del distacco.

Pertanto, difficilmente il principio in esame avrebbe potuto generare effetti negativi in termini di tutela dei lavoratori, riguardando esclusivamente aspetti differenti e connessi alle condizioni di accesso al mercato e di insediamento nello Stato di destinazione.

10. *La segmentazione dei mercati e l'inadeguatezza della normativa in vigore a protezione dei lavoratori in distacco*

Stante la sostanziale neutralità, da un punto di vista strettamente lavoristico, della versione iniziale dell'art. 16 della Direttiva, forse è più corretto desumere la causa di potenziali fenomeni di *dumping* sociale, nell'ambito di una prestazione di servizi,

dall'integrazione, a livello europeo, di mercati del lavoro e di economie segmentate, con sistemi normativi e costi di produzione differenti.<sup>241</sup>

Inoltre, a ciò si aggiunga che, con riferimento alla tutela dei lavoratori in distacco, la disciplina attualmente in vigore si dimostra sostanzialmente inefficace, con riferimento sia alla regolamentazione delle condizioni di lavoro sia ai regimi di sicurezza sociale applicabili.

Pur se la trattazione specifica di tali aspetti è rimandata ai capitoli seguenti, è comunque necessario un approfondimento anche in tale sede.

In ipotesi di prestazione di servizi che prevedano un distacco di manodopera,<sup>242</sup> l'attuale legislazione (a livello comunitario) prevede che la retribuzione minima della manodopera inviata all'estero debba essere quella prevista dalla legislazione e/o dalla contrattazione collettiva dello Stato di destinazione. Se la legislazione dello Stato di destinazione non prevede in proposito, rimandando la fissazione del salario minimo ad un sistema di contrattazione collettiva privo di efficacia *erga omnes*, la retribuzione corrisposta alla manodopera in distacco non potrà che essere quella prevista nell'ordinamento dello Stato di origine, essendo ogni diversa imposizione salariale contraria all'art. 49 CE.<sup>243</sup>

La contribuzione rimane invece legata - data la temporaneità della fattispecie in esame - alla legislazione dello Stato di origine, consentendo al prestatore di continuare a pagare quanto dovuto nel Paese di origine e secondo i livelli percentuali previsti dalla legislazione di quest'ultimo, come espressamente previsto dal Regolamento CEE n. 1408/71.<sup>244</sup>

Alla luce di tali considerazioni, in un mercato segmentato, quale quello europeo, laddove sia i livelli retributivi che il costo della contribuzione risultano inferiori nei

---

<sup>241</sup> Per un'analisi sull'impatto del costo della manodopera in ipotesi di liberalizzazione di mercati segmentati si veda: J. BRANDER, B. SPENCER, *Trade adjustment assistance: welfare and incentive effects of payments to displaced workers*, in *Journal of International Economics*, n. 36, 1994, 239 e ss.; A. DIXIT, V. NORMAN, *Theory of international trade*, James Nysbet, Welwyn, UK, 1980. Si veda altresì il saggio di G. SAN PAUL, *Making sense of Bolkestein-Bashing: Trade Liberalization under Segmented Labour Markets*, University of Toulouse, Paper n. 1618, 2005, disponibile su [www.iza.org](http://www.iza.org) (dicembre 2009).

<sup>242</sup> Sulla differenza tra prestazioni transnazionali che prevedono o meno uno spostamento del prestatore si rinvia all'esame condotto nel capitolo I.

<sup>243</sup> Corte di Giustizia, sentenza, *Laval*, cit., punto 64; sentenza del 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*, Raccolta, 2008, punto 43; Cfr. paragrafo \_\_, capitolo III, ove tale principio è oggetto di specifica analisi.

<sup>244</sup> Cfr. capitolo IV.

Paesi dell'Est (neocomunitari) rispetto a quelli situati ad Ovest,<sup>245</sup> si può quindi verificare che un'impresa stabilita nell'Est Europa sostenga un costo della manodopera inferiore rispetto ad un operatore analogo stabilito in un Paese con maggiore livello di tutela e con un più elevato costo della manodopera.

Assumendo poi, che - in funzione della natura dell'attività economica esercitata - per il prestatore di servizi sia indifferente l'essere stabilito in uno Stato piuttosto che in un altro (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui a circolare sia soltanto il servizio), inevitabilmente l'impresa sceglierà di stabilirsi, o di aprire una sede secondaria nello Stato che preveda un costo inferiore della manodopera, avvantaggiandosi quindi di tale risparmio ed offrendo servizi a prezzi estremamente concorrenziali.

A ciò si aggiunga che l'impresa, usufruendo delle libertà garantite dal Trattato e, da ultimo, delle facilitazioni introdotte dalla Direttiva Bolkestein, potrà facilmente migrare verso lidi felici - soprattutto se l'attività resa è sostanzialmente scevra di infrastrutture rilevanti (da dover poi impiantare nello Stato di destinazione, con i costi del caso) - senza che gli Stati membri possano opporre resistenze o adottare misure restrittive.<sup>246</sup>

Pertanto, la causa dell'esistenza di fenomeni di *dumping* a livello europeo,<sup>247</sup> come evidenziato negli esempi precedenti, è dettata da una serie di condizioni che nulla hanno a che vedere con il Principio del Paese di origine, nonché dall'abuso dell'effetto combinato delle libertà previste dagli articoli 43 Trattato CE e 49 Trattato CE (aspetto irrilevante per il diritto comunitario) e dalla strumentalizzazione effettuata dalle imprese di tali libertà, che consentono pratiche (deprecabili ma difficilmente contrastabili, con gli attuali strumenti normativi, a livello comunitario) di *law-shopping*.<sup>248</sup>

Il fenomeno, quindi, non può essere decontestualizzato dal problema di fondo, ovvero dalla volontà politica di integrare mercati con diversità sia economiche che normative evidenti, che consentono alle imprese stabilite in Paesi "*low-cost*" di

<sup>245</sup> Osservazione già proposta da U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 175.

<sup>246</sup> Aspetto già sollevato da M. D'ANTONA, *Mercato unico ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. Dir.*, 1992, 54.

<sup>247</sup> Sulle diversità dei mercati e l'effetto in termini di *dumping* sociale: G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, cit., 237 e ss.

<sup>248</sup> Sul fenomeno in esame si veda: M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 2, 2008, 3 e ss.; F. Galgano - S. Cassese - G. Tremonti - T. Treu, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1993, 99 e ss.

sfruttare il loro vantaggio competitivo,<sup>249</sup> senza che l'Unione Europea abbia previsto - contestualmente alle liberalizzazioni attuate - l'adozione di misure finalizzate al contrasto dei suddetti effetti distorsivi della concorrenza.

Anzi, la legislazione sinora adottata, nonché l'opera interpretativa della Corte di Giustizia, sembrano dirigersi in senso opposto, ovvero verso una voluta e consapevole promozione dei vantaggi, per le imprese, derivanti da tali differenze, lasciando allo stesso mercato il compito di contemperare gli interessi che in esso si contrappongono, a discapito della costruzione di un concreto modello sociale europeo e della protezione dei lavoratori.

Le problematiche sopra analizzate sono state altresì evidenziate dal Parlamento Europeo, in una risoluzione diretta alla Commissione,<sup>250</sup> nella quale è stato rilevato come seppur la libertà di fornire servizi rappresenti una "*pietra angolare del progetto europeo*", essa dovrebbe essere contemperata con i diritti fondamentali, con gli obiettivi sociali sanciti dal Trattato e, in particolare, con il diritto dei governi e delle parti sociali di garantire la non discriminazione e la parità di trattamento, nonché con il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro.

Contestualmente, il Parlamento ha affermato che la suddetta libertà non possa essere ritenuta "*di rango superiore rispetto ai diritti fondamentali che figurano nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e in particolare al diritto dei sindacati di intraprendere azioni di lotta, un diritto che è oltretutto in vari Stati membri garantito dalla costituzione*", chiarendo - con specifico riferimento alle recenti pronunce della Corte di Giustizia (cfr. par. 3.1 del presente capitolo) - che "*le libertà economiche codificate dai trattati dovrebbero essere interpretate in modo da non ledere l'esercizio dei diritti sociali fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario, fra cui il diritto di negoziare, concludere ed applicare gli accordi collettivi e di ricorrere all'azione collettiva, e in modo da non limitare l'autonomia delle parti sociali che esercitano tali diritti fondamentali per promuovere gli interessi e la tutela dei lavoratori*".

---

<sup>249</sup> A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno*, cit., 65.

<sup>250</sup> Parlamento europeo, Risoluzione del 22 ottobre 2008 sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea (2008/2085(INI)), disponibile in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu) (dicembre 2009).

Infine, il Parlamento ha richiesto alla Commissione e agli Stati membri “*di adottare misure idonee a contrastare gli abusi, in particolare le società fittizie (le cosiddette "letterbox companies"), ossia imprese non impegnate in nessuna attività significativa nel paese di origine, ma che sono state create, talvolta direttamente dall'imprenditore principale, nel paese ospitante con il solo obiettivo di esercitarvi un'attività e di eludere la piena applicazione delle norme di tale paese, in particolare per quanto riguarda le condizioni salariali e di lavoro*”, invitando la stessa Commissione a stabilire norme chiare per combattere dette società fittizie, nonché ad adottare misure adeguate a contrastare tali deprecabili fenomeni.

Partendo proprio da tale ragionamento, e dall’invito rivolto alla Commissione, nei capitoli seguenti sarà analizzata la specifica normativa in materia di tutela dei lavoratori in distacco e quella relativa alla legge applicabile ai rapporti di lavoro (con elementi di internazionalità) evidenziandone i limiti e giungendo alla formulazione di una proposta di revisione normativa che possa prevenire i fenomeni di *dumping* sociale sopra analizzati, nella convinzione che soltanto incidendo sugli aspetti di diritto internazionale privato si possa realizzare una concreta protezione dei lavoratori, sopperendo agli stessi limiti previsti dal Trattato in relazione alle competenze dell’Unione Europea in materia di diritto del lavoro.

## CAPITOLO TERZO

### LO STRUMENTO DI ATTUAZIONE DEI SERVIZI TRANFRONTALIERI: IL DISTACCO DI MANODOPERA IN AMBITO COMUNITARIO

#### *1. Considerazioni introduttive*

Come anticipato, le libertà di circolazione delle imprese e dei servizi si intrecciano e si sovrappongono con le prestazioni di lavoro ad esse sottese, essendo suscettibili, in un mercato definito “disomogeneo”, di generare fenomeni di *law-shopping*, di riduzione delle tutele del lavoro e, quindi, di *dumping* sociale, con effetti anti-concorrenziali basati sul differenziale del costo della manodopera, soprattutto a seguito dell’allargamento ad Est dell’Unione Europea.

Detta sovrapposizione, a livello comunitario, si realizza con riferimento al combinato disposto dell’articolo 49 Trattato CE e della disciplina del distacco operata dalla Direttiva 96/71/CE, come vedremo.

Sia l’art. 49 Trattato CE (come già esaminato nel primo capitolo) sia la Direttiva 96/71/CE si riferiscono alla circolazione di un servizio, per il tramite della manodopera distaccata, tanto che in dottrina si è sostenuta la tesi di una vera e propria sovrapposizione, se non identificazione, tra servizio e forza lavoro impiegata per la realizzazione dello stesso, soprattutto in ipotesi di servizi “*labour intensive*”, ovvero di attività basate principalmente, se non esclusivamente, sull’apporto lavorativo della manodopera impiegata, senza sostanziale e rilevante utilizzo di beni o strumenti aziendali.<sup>251</sup>

La libera circolazione dei servizi rappresenta quindi un veicolo di mobilità della manodopera all’estero, nella forma giuridica del distacco, di cui la relativa disciplina a livello comunitario, e segnatamente la Direttiva 96/71/CE, ne rappresenta la cornice normativa; per tale ragione, la mobilità dei lavoratori nel quadro di una prestazione di servizi rientra naturalmente nell’ambito di applicazione dell’art. 49 Trattato CE e della direttiva suindicata, e non si fonda invece sull’art. 39 Trattato CE, il quale

---

<sup>251</sup> Tesi sostenuta da F. BANO, *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, ove l’autore si spinge addirittura a sostenere che la stessa essenza della libertà di cui all’art. 49 Trattato CE sia la circolazione della stessa forza lavoro, sollevando al contempo un problema di interposizione, fittizia, di manodopera a livello comunitario.

sancisce la libera circolazione dei lavoratori subordinati, che intendono stabilirsi in un diverso Stato membro ed ivi esercitare un'attività lavorativa.<sup>252</sup>

Tale differenza non è soltanto formale ma determina un effetto sostanziale: mentre l'art. 39 Trattato CE sancisce una assoluta parità di trattamento tra lavoratori aventi la cittadinanza dello Stato di destinazione e lavoratori provenienti da un diverso Stato di origine, e che esercitano nel primo un'attività lavorativa, il concetto di parità di trattamento - espresso dalla Direttiva 96/71/CE - in ipotesi di distacco nell'ambito di una prestazione di servizi, assume un valore "relativo" e può essere subordinato alla libertà di cui all'art. 49 Trattato CE, qualora costituisca un ostacolo alla libertà da esso espressa.<sup>253</sup>

L'attuale sistema normativo, relativo alla circolazione dei servizi, consente infatti una sostanziale esportazione, oltre i confini nazionali, delle norme lavoristiche dello Stato di origine, se si eccettua il nocciolo duro di tutela, garantito dalla Direttiva in esame (e peraltro oggetto di recente interpretazione dalla Corte di Giustizia).

Le libertà garantite dal Trattato, consentono dunque al prestatore di servizi di esportare, oltre alla manodopera impiegata, anche il proprio ordinamento giuslavoristico, in deroga al principio della *lex loci laboris*, nello Stato di destinazione, il quale è costretto quindi a subire la concorrenza di operatori avvantaggiati da sistemi giuridici meno protettivi.

Il legislatore comunitario aveva compreso tali problematiche ed aveva adottato la Direttiva 96/71/CE, un atto "quadro" che potesse disciplinare le questioni attinenti alla tutela dei lavoratori in distacco, a livello comunitario e, contestualmente, introdurre misure a garanzia di una leale concorrenza tra le imprese.<sup>254</sup>

La stessa Corte di Giustizia ha ritenuto che "*non vi è necessariamente una contraddizione tra, da un lato, l'obiettivo di preservare la concorrenza leale e, dall'altro, quello di garantire la tutela dei lavoratori*",<sup>255</sup> posto che l'innalzamento

<sup>252</sup> Per approfondimenti si veda S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il mulino, Bologna, 2007,

<sup>253</sup> Aspetto già sollevato nel capitolo precedente ed oggetto di trattazione nei paragrafi successivi alla luce delle recenti della Corte di Giustizia in materia di distacco nell'ambito di una prestazione di servizi.

<sup>254</sup> In relazione alla funzione *anti-dumping* e di tutela della concorrenza della Direttiva 96/71/CE, si veda: F. DELL'OLIO, *The Europeanization of Citizenship Between the Ideology of Nationality, Immigration and European Identity*, Ashgate, Farnham, 2005, 143; S. SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. e Dir.*, n. 2, 2008, 245-272.

<sup>255</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff*, Raccolta, 2004, 9553, punto 42.

degli *standards* di tutela consente di incidere sull'uniformazione dei costi di produzione e quindi di prevenire o contrastare fenomeni di *dumping*.

Tuttavia, il processo di liberalizzazione e di allargamento ad Est del mercato unico ha evidenziato il fallimento di tali obiettivi, ed ha posto una serie di problematiche legate all'inefficacia dell'attuale normativa comunitaria del lavoro, ed in particolare della Direttiva 96/71/CE, in relazione alla protezione dei diritti sociali e fondamentali dei lavoratori.

Il rischio cui si va incontro, in assenza di un intervento di riforma adeguato, è che proprio gli Stati con più alta tutela debbano ricorrere ad un abbassamento degli *standards* normativi sinora applicati, per consentire alle imprese di competere nel mercato, in una corsa al ribasso dei diritti fondamentali da essi riconosciuti, laddove invece i processi di integrazione e di allargamento avrebbero dovuto auspicabilmente determinare un effetto diametralmente opposto.

Partendo da tali premesse, nei paragrafi successivi sarà analizzata sia la direttiva 96/71/CE sia il più recente orientamento della Corte di Giustizia in materia, dal quale è facile evincere le ragioni di quanto sinora sostenuto.

## 2. *Il ruolo del diritto internazionale privato e della Direttiva 96/71/CE nel processo di integrazione del mercato unico*

Un ruolo importante, nel tentativo di fronteggiare gli effetti sociali dei processi di integrazione economica, è svolto dalle regole di diritto internazionale privato applicabili al contratto di lavoro.

Scopo delle suddette regole è quello di risolvere i conflitti di legge in presenza di rapporti giuridici che presentano uno o più elementi di internazionalità,<sup>256</sup> qualora il rapporto di lavoro non sia totalmente riconducibile ad un unico ordinamento giuridico, come nel caso di distacco di manodopera, ove accanto alla legislazione

---

<sup>256</sup> Per approfondimenti sul tema si veda: T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1999; T. BALLARINO, M. DAVIDE, *Corso di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2008.

dello Stato di origine trova altresì applicazione le normativa dello Stato di distacco (ovvero dello Stato in cui la prestazione di un servizio è effettuata).<sup>257</sup>

Le regole di diritto internazionale privato non dettano quindi norme materiali di disciplina della fattispecie, ma si limitano ad individuare l'ordinamento giuridico all'interno del quale tali norme devono essere ricercate.

Tuttavia, esse possono limitare potenziali distorsioni della concorrenza ovvero svolgere una funzione di riduzione degli effetti negativi delle pratiche di mobilità internazionale dei lavoratori associate alla circolazione delle imprese in ambito comunitario.<sup>258</sup>

I fenomeni economici degli ultimi anni, la crisi dei mercati e gli orientamenti recenti della Corte di Giustizia, difatti, hanno messo sempre più in rilievo la loro importanza, posto che i processi di integrazione economica e di allargamento del mercato unico, hanno aumentano il numero di contratti di lavoro con fenomeni di internazionalità.

Oggi, quindi, la delocalizzazione delle imprese multinazionali, il distacco temporaneo dei lavoratori per iniziativa delle imprese, acuiscono i problemi legati alle disparità di trattamento fra le norme applicate dai vari Stati, accrescendo le incertezze relative al diritto applicabile e ponendo particolari problemi di tutela dei lavoratori.<sup>259</sup>

In tale contesto si inserisce la Direttiva 96/71/CE ed il ruolo di coordinamento che essa dovrebbe svolgere in relazione alla protezione dei lavoratori in distacco, rappresentando al contempo un punto, se non l'unico, di equilibrio normativo tra politica sociale, liberalizzazione dei mercati e concorrenza, nel mercato dei servizi.

Durante la fase di ideazione della Direttiva, l'Unione Europea si trovava di fronte alla necessità di raggiungere un equilibrio tra due interessi in palese contrasto: da un lato, l'esigenza di completamento del mercato unico e del settore dei servizi; dall'altro, la volontà di alcuni Stati membri di difendere i propri livelli occupazionali, minacciati dai movimenti di manodopera provenienti da Paesi terzi e neocomunitari.

---

<sup>257</sup> Cfr. A. C. NEAL, *The country of origin principle and labour law in the framework of European social model*, in R. Blanpain, *Freedom of services in the European Union: labour and social security law*, cit., 51 e ss.

<sup>258</sup> Cfr. M. E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di Società*, in *Lav. Dir.*, 2005, 516 e ss.

<sup>259</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Strumenti del decentramento produttivo*, cit., 7 e ss.

Si rendeva quindi necessario creare innanzitutto “*un ambiente giuridico sufficientemente omogeneo*”,<sup>260</sup> proprio laddove la coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici nazionali, che affrontano e regolano le varie categorie giuridiche in modo difforme, poteva comportare un impedimento allo sviluppo degli scambi reciproci.

L'operatore economico dovrebbe invece essere posto nelle condizioni di conoscere anticipatamente le norme che regoleranno e disciplineranno gli atti o i fatti che egli si accinge a compiere nell'esercizio della sua attività, in uno Stato diverso da quello di origine, come evidenziato anche dalle norme in materia di informazione e di cooperazione amministrativa introdotte dalla Direttiva Bolkestein, garantendo così una sorta di “certezza del diritto” in favore di esso, anche in ipotesi di distacco di manodopera all'estero.<sup>261</sup>

Le Istituzioni comunitarie hanno quindi perseguito detti obiettivi attraverso l'adozione della Direttiva 96/71/CE, atto connesso ai fenomeni di circolazione dei servizi, nonché attraverso la comunitarizzazione della Convenzione di Roma, attuata con il Regolamento Roma I, che incide maggiormente sui fenomeni di delocalizzazione e di trasferimento all'estero delle attività produttive, più propriamente connessi al diritto di stabilimento, riconosciuto alle imprese dagli artt. 43 Trattato CE e ss.<sup>262</sup>

L'adozione della Direttiva 96/71/CE deriva proprio dalla specificità del fenomeno di mobilità del distacco, nel quale i lavoratori - a differenza dell'ipotesi contemplata dall'art. 39 Trattato CE, “tornano nel Paese di origine”, dopo aver effettuato la loro prestazione lavorativa, senza stabilire alcun legame stabile con quello di destinazione.<sup>263</sup>

---

<sup>260</sup> Cfr. G. STEFANI, *Mercato comune e neoprotezionismo: aspetti economici, giuridici e fiscali*, Cedam, Padova, 1987, pag. 135.

<sup>261</sup> A. MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Giuffrè, Milano, 1955, pag. 263.

<sup>262</sup> Tale ultimo aspetto sarà oggetto di specifico approfondimento nel capitolo IV, ove saranno analizzate le implicazioni tra il diritto di stabilimento, la strumentalizzazione delle facoltà da esso concesse alle imprese ed i rapporti con il Regolamento Roma I, in relazione alla legge applicabile nei rapporti di lavoro tra i imprese e lavoratori aventi differente nazionalità.

<sup>263</sup> Sui rapporti tra la Direttiva e la Convenzione di Roma: G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco fra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza, incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 2, 1999, 465 e ss.; S. MARETTI, *Il distacco nel quadro della libera prestazione dei servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 3, 2000, 223 e ss.

Alla luce di tale aspetto, e con riferimento alle condizioni di lavoro ad essi applicabili, le norme del Trattato e le norme secondarie (regolamenti e direttive) concepite per le ipotesi di circolazione dei lavoratori, quindi al fine di un insediamento stabile nel territorio dello Stato di destinazione, non avrebbero potuto risolvere i problemi specifici legati alla fattispecie del distacco.<sup>264</sup>

Ciò premesso, se da un lato la predisposizione di una normativa che realizzi gli obiettivi di certezza del diritto, ed al contempo di protezione dei lavoratori e di livellamento dei fenomeni concorrenziali, rappresenta (teoricamente) la via maestra nel bilanciamento delle ragioni di impresa e dei lavoratori, contrapposti nel mercato unico, dall'altro - ed in pratica - essi non sempre sono facilmente perseguibili, stante l'esistenza di quei molteplici elementi, propri di ogni ordinamento giuridico interno (quali, ad esempio, la nozione di lavoratore subordinato o di lavoratore in distacco, il sistema di efficacia soggettiva della contrattazione e, per l'aspetto che attiene al presente lavoro, dalle differenze esistenti in materia sociale e di protezione dei lavoratori), che ne ostacolano la completa realizzazione.<sup>265</sup>

Dette differenze, se le si osserva da un punto di vista delle Istituzioni comunitarie, ed in particolare della Corte di Giustizia,<sup>266</sup> sono spesso interpretati come "resistenze" o "ostacoli" al processo di integrazione in atto, mentre se le si analizza dal lato dell'osservatore interno, rappresentano l'essenza stessa dei valori costituzionali e dei principi storicamente costruiti a difesa dei lavoratori nei diversi Stati membri e, in

---

<sup>264</sup> Commissione Europea, Comunicato al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, del 25 luglio 2003, COM(2003) 458, relativo all'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri, 4 e ss.

<sup>265</sup> Per approfondimenti, M. BIAGI, *La fortuna ha sorriso alla presidenza italiana dell'Unione Europea, prime note di commento alle direttive sui distacchi dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, n. 3, 2003, 3 e ss.; R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 806 e ss.; A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro, Working Papers*, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 47, 2006.

<sup>266</sup> Ai sensi dell'art. 220 Trattato CE, la Corte persegue infatti un'attività di interpretazione e corretta applicazione del diritto comunitario, e per il tramite delle sentenze da essa pronunciate consente l'estensione sul tutto il territorio comunitario dei principi da essa espressi, cui le legislazioni degli Stati membri debbono conformarsi, assumendo quindi un'importanza decisiva nel processo di integrazione, al pari degli stessi atti normativi adottati dalle Istituzioni comunitarie; Cfr. C. ZADRA, *Il sistema giurisdizionale*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 129; in giurisprudenza si veda: Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *Van Gend*, cit..

quanto tali, meritevoli di tutela giuridica, anche al di sopra di ogni ragione economica di liberalizzazione e/o di integrazione dei mercati.<sup>267</sup>

Nei paragrafi che seguono ci si interrogherà proprio sul rapporto tra la normativa esistente in materia di distacco e le evoluzioni del processo di integrazione alla luce dei sopravvenuti orientamenti della Corte di Giustizia, per evidenziare gli aspetti di debolezza della Direttiva, rispetto allo scopo di tutela da esso perseguito, che andrebbero pertanto riformati.

### 3. *I principi giurisprudenziali in materia di distacco antecedenti alla Direttiva 96/71/CE*

#### 3.1 *I Casi Rush Portuguesa e Vander Elst*

In assenza di una normativa specifica in materia di distacco, la Corte di Giustizia, con interventi specifici, su singoli casi, ha gettato le basi per l'adozione della Direttiva 96/71/CE, la quale ha poi racchiuso i principi elaborati in precedenza dalla giurisprudenza e basati esclusivamente sull'art. 49 Trattato CE (relativo alla libera circolazione dei servizi).

L'attività della Corte si è concentrata in particolare su problematiche legate al distacco di manodopera non avente la cittadinanza UE o soggetta ad un regime transitorio, impiegata nel settore edile, alla quale non era quindi attribuito il diritto alla libera circolazione di cui all'art. 39 Trattato CE.

La prima pronuncia importante in materia è la ben nota sentenza *Rush Portuguesa*.<sup>268</sup>

All'epoca del ricorso presentato alla Corte, il Portogallo aveva appena sottoscritto un Atto di adesione all'Unione Europea, il quale escludeva l'estensione automatica ai lavoratori aventi la cittadinanza portoghese della libertà di circolazione di cui all'art. 39 Trattato CE, per tutta la durata del regime transitorio da esso previsto.

Nell'operare tale limitazione, l'Atto di Adesione consentiva agli Stati membri di mantenere in vigore le disposizioni che restringevano l'accesso al mercato del lavoro

---

<sup>267</sup> Sul punto si veda: U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di recesso nelle direttive sociali*, in *Contr. Impr./Europa*, 2005, 539 e ss.

<sup>268</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 27 marzo 1990, Causa C-113/89, cit.

ai cittadini portoghesi, i quali risultavano assogettati ai diversi regimi nazionali previsti per i lavoratori extracomunitari.<sup>269</sup>

Di contro, l'Atto di Adesione prevedeva un'automatica ed immediata estensione al Portogallo, ed alle imprese in esso stabilite, della libertà di circolazione dei servizi prevista dall'art. 49 Trattato CE.

In tale contesto, la legislazione della Francia, Paese nel quale l'impresa portoghese aveva distaccato manodopera per l'espletamento di un servizio, prevedeva un limite all'accesso dei lavoratori extracomunitari, estesa ai cittadini portoghesi, consistente nell'obbligatorio ottenimento di un permesso di lavoro, il cui rilascio era assoggettato alla valutazione discrezionale dell'Ufficio dell'Immigrazione, competente in materia (la Francia aveva quindi optato per il regime transitorio previsto dall'Atto di adesione summenzionato).

Stante l'impossibilità di trattare la questione *ex art.* 39 Trattato CE, alla Corte di Giustizia, adita in via pregiudiziale, veniva richiesto di verificare se l'obbligo imposto dalla normativa francese potesse essere ritenuto contrario all'art. 49 Trattato CE, in quanto limitativo della circolazione dei servizi dell'impresa ricorrente, per la realizzazione dei quali essa aveva optato per il distacco di manodopera già impiegata in Portogallo, anziché assumere manodopera *in loco* (ovvero nel territorio francese).<sup>270</sup>

Lo Stato francese, in riposta alle pretese dei ricorrenti, sosteneva invece che il diritto alla libera circolazione dei servizi non potesse coprire l'aspetto del distacco di lavoratori (portoghesi) provenienti da uno Stato soggetto a restrizioni (il Portogallo), e che alle Autorità competenti - in virtù delle norme transitorie previste dall'Atto di

---

<sup>269</sup> L'Atto di adesione stabiliva una disciplina particolare per quanto riguardava la libera circolazione dei lavoratori. L'art. 215 dell'Atto prevedeva infatti che l'art. 39 Trattato CE doveva applicarsi alla libera circolazione dei lavoratori fra il Portogallo e gli altri Stati membri con riserva delle disposizioni transitorie di cui agli artt. da 216 a 219.

Durante detto periodo transitorio, potevano quindi essere mantenute in vigore le norme nazionali o risultanti da accordi bilaterali che sottoponevano ad autorizzazione preventiva l'immigrazione allo scopo di esercitare l'attività di lavoratore subordinato e l'accesso ad un impiego come lavoratore subordinato. L'art. 218 dell'Atto di adesione precisava che questa deroga implicava la disapplicazione delle norme comunitarie in materia di trasferimento e di soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e dei loro familiari all'interno della Comunità.

<sup>270</sup> Cfr. M. ANDENAS, R. WULF-HENNING, *Services and free movement in EU law*, University Press, Oxford, 2004, 684 e ss.; J. DALBY, *EU law for the construction industry*, Blackwell Science, Oxford, 1998, 193 e ss.

Adesione - dovesse essere riconosciuto il diritto, previsto dalla normativa francese, di limitarne l'accesso.

La Corte, valutate le posizioni espresse dalle parti, concludeva affermando che il divieto imposto da uno Stato membro, ad un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, di spostarsi liberamente con tutto il suo personale, nonché il necessario ottenimento di un permesso di lavoro per tale personale, era da ritenersi contrario agli artt. 49 Trattato CE e 50 Trattato CE, aggirando quindi - a tutela dell'impresa - l'ostacolo dell'inapplicabilità dell'art. 39 Trattato CE.<sup>271</sup>

Il ragionamento seguito dai giudici, si fondava sul seguente principio: *“Gli artt. 49 e 50 del trattato ostano a che uno Stato membro vieti ad un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro di spostarsi liberamente nel suo territorio con tutto il suo personale, ovvero a che detto Stato membro sottoponga lo spostamento del personale di cui trattasi a condizioni restrittive quali una condizione di assunzione in loco o un obbligo di permesso di lavoro”*.<sup>272</sup>

La previsione di un permesso di soggiorno a carico di lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi - pur in presenza di un regime transitorio- a giudizio della Corte avrebbe posto in essere una discriminazione, ed una disparità di trattamento, tra l'impresa portoghese e le imprese francesi concorrenti, le quali avrebbero potuto invece avvalersi liberamente del proprio personale, pregiudicando quindi la capacità delle prime di fornire - alle stesse condizioni, ovvero per il tramite della manodopera assunta nello Stato di origine - i propri servizi e, quindi, competere liberamente con le imprese dello Stato di destinazione.<sup>273</sup>

In aggiunta, la Corte affermava contestualmente - in linea di principio - 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*

---

<sup>271</sup> Per approfondimenti sul punto: E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI E A. PIZZOFERRATO, *Diritto comunitario del lavoro, Commentario*, Utet, Torino, 2009, in corso di pubblicazione.

<sup>272</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, cit., punto 12.

<sup>273</sup> Cfr., in dottrina, G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *I contratti di lavoro internazionali, Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 20, 1998, 115 e ss.; M.A. MOREAU BOURLES, *Le Détachment des travailleurs effectuant une prestation de service dans l'Unione européenne*, in *JDI*, 1996, 889.

*lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro”*.<sup>274</sup>

Le stesse conclusioni raggiunte nella sentenza *Rush Portuguesa* sono state poi riprese nella successiva sentenza *Vander Elst*,<sup>275</sup> in cui la Corte ha affermato che: “*Gli artt. 49 e 50 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 effettuare 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*”.<sup>276</sup>

La sentenza in esame aveva ad oggetto il ricorso presentato da un’impresa belga, operante nel territorio francese, la quale aveva optato - al fine della realizzazione dei servizi da essa prestati - per il distacco di manodopera già impiegata in Belgio, di origine extracomunitaria, in luogo dell’assunzione di manodopera nello Stato di destinazione (la Francia).

L’ufficio di immigrazione francese, tuttavia, aveva subordinato l’ingresso dei suddetti lavoratori alla richiesta ed all’ottenimento di un permesso di soggiorno.

Anche in tal caso, la misura imposta dalla legislazione francese è stata dichiarata illegittima alla luce dell’art. 49 Trattato CE, stante l’inapplicabilità alla manodopera in distacco del diritto alla libera circolazione dei lavoratori.

La Corte basava il suo ragionamento sul presupposto che le norme francesi oggetto di esame, cui si aggiungeva l’obbligo di versamento di una somma all’ente preposto (l’Ufficio di Immigrazione), costituiva un onere eccessivo per l’impresa e quindi un ostacolo alla libera circolazione dei servizi.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, cit., punto 13; principio peraltro già espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza 3 febbraio 1982, cause riunite 62 e 63/81, *Seco e Desquenne*, Raccolta, 1982.

<sup>275</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 9 agosto 1994, C-43/93, *Vander Elst/Office des migrations internationales*, Raccolta, 1994, I-3803.

<sup>276</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 9 agosto 1994, C-43/93, *Vander Elst/Office des migrations internationales*, Raccolta, 1994, punto 26.

<sup>277</sup> Per approfondimenti sulla sentenza: M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, 65, University press, Oxford, 2002, 65 e ss.; E. GUILD, *The legal framework and social consequences of free movement of persons in the European Union*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, 63.

Gli Stati intervenuti nel procedimento (Francia, Germania e Regno Unito) sostenevano invece che l'applicazione delle norme francesi in questione fosse necessaria per tutelare esigenze di "interesse generale", quali il controllo dei movimenti delle persone aventi la cittadinanza di Paesi terzi, il buon funzionamento del mercato del lavoro, la protezione dei lavoratori e della concorrenza fra imprese.

La Corte replicava che il controllo dei movimenti delle persone poteva invece essere effettuata con strumenti diversi e meno restrittivi, mentre il permesso di lavoro richiesto risultava diretto a limitare il solo l'accesso dei lavoratori stranieri al mercato del lavoro dello Stato di accoglimento, restringendo la libera circolazione delle imprese, soprattutto alla luce del fatto che il mercato del lavoro francese non era, in definitiva, interessato dall'ingresso di manodopera straniera (i lavoratori distaccati in Francia sarebbero rientrati, ultimato il servizio, nel Paese di origine, senza incidere, quindi, in maniera stabile sullo stesso mercato del lavoro francese).

Dalle sopra esaminate, emerge chiaramente uno dei principi fondamentali in materia di libera circolazione dei servizi, accennato nel paragrafo introduttivo del presente capitolo, secondo il quale ogni restrizione o limitazione all'ingresso di manodopera distaccata nel quadro della prestazione di un servizio rientra nel campo di applicazione dell'art. 49 Tratto CE, in quanto limitativa - per l'impresa distaccante - del diritto di prestare liberamente i propri servizi in un diverso Stato membro.

Tale principio è strettamente connesso con la stessa logica della libertà menzionata, che si differenzia dal diritto di stabilimento proprio per l'assenza di una penetrazione dell'impresa nel tessuto economico e sociale dello Stato di destinazione da parte del prestatore, il quale deve essere legittimato ad usufruire delle professionalità già impiegate in azienda, senza dover ricorrere all'assunzione di nuova manodopera nello Stato di destinazione.<sup>278</sup>

Dalle sentenze emergono inoltre ulteriori principi altrettanto degni di nota.

Innanzitutto, si sottolinea come l'estensione del divieto di ostacolare il distacco di manodopera, nella sentenza *Vander Elst*, sia stato esteso anche ai lavoratori

---

<sup>278</sup> Sulla dilatazione di tale principio, nel senso di accumulare la prestazione di servizi temporanea allo stabilimento dell'impresa si veda M. PALLINI, *Posted workers: Italian regulation and dilemmas*, in *Mobility of service and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, n. 2, 2006, 272 e ss.

extracomunitari, principio che trova tuttora applicazione; una volta infatti che la manodopera impiegata da un'impresa è regolarmente entrata nel territorio comunitario (ovvero nello Stato in cui il prestatore è stabilito), è vietata ogni successiva limitazione alla sua mobilità, nell'ambito di una prestazione di servizi; l'imposizione di ulteriori vincoli rappresenterebbe, invece, un'inutile duplicazione dei controlli sulle imprese.

Il secondo principio, evidenziato nella sentenza *Rush Portuguesa*, si riferisce al diritto di estendere, ai lavoratori in distacco, le leggi ed i contratti collettivi applicabili nello Stato di destinazione.

Esso costituisce il substrato logico sul quale è stata costruita la Direttiva 96/71/CE, ed in particolare l'art. 3, attraverso il quale il legislatore comunitario ha inteso creare un sistema di prevenzione dei fenomeni di *dumping*, sostituendo il principio di applicazione delle norme lavoristiche del Paese di origine, (soprattutto di quelli a basso livello di tutela), con quelle di applicazione necessaria dello Stato di destinazione,<sup>279</sup> operando quindi una deroga al principio generale della territorialità del diritto, sintetizzato con il brocardo "*lex loci laboris*".<sup>280</sup>

Infine, sia consentito porre l'attenzione dovuta alla sentenza *Vander Elst*, nella parte in cui si rileva che l'applicazione della legislazione esaminata (belga) fosse da ritenersi sufficientemente protettiva dei diritti dei lavoratori, senza alterazione della concorrenza tra le imprese, e rispetto alla quale la Corte si è spinta sino ad effettuare una valutazione di merito (sulla legislazione belga), non rilevando alcun pericolo di *dumping*.

Detta valutazione, invece, non è stata effettuata nelle recenti della Corte, nelle quali i giudici si sono limitati ad una applicazione "meccanicistica" del diritto comunitario, alle fattispecie esaminate, senza effettuare la giusta comparazione dei rischi derivanti dalla sovrapposizione delle legislazioni interessate dalla controversia.<sup>281</sup>

<sup>279</sup> Cfr. G. BONVICINI, *Italia senza Europa? Il costo della non partecipazione alle politiche dell'Unione Europea*, Franco Angeli, Milano, 1997, 139.

<sup>280</sup> Sul punto: I. SZASZY, *Conflict of laws in the western, socialist and developing countries*, Leiden, Sijthoff, 1974, 130 e ss.; R. FERRARI, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Monaco, 212; S. GIUBBONI, R. INSTON, *Social rights and market freedom in the European constitution: a labour law perspective*, University Press, Cambridge, 2006, 86; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *I contratti di lavoro internazionali*, Utet, 1998, 57 e ss.; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008, 92 e ss.

<sup>281</sup> Cfr. paragrafo 6 del presente capitolo.

### 3.2 Il caso *Arblade*

Nel caso *Arblade*<sup>282</sup> è emerso un ulteriore e significativo principio, in materia di salario minimo, ed in particolare dei livelli retributivi previsti dalla contrattazione collettiva applicabile al settore di riferimento nello Stato di destinazione, che funge a sua volta da substrato per le norme adottate successivamente nella Direttiva 96/71/CE.

Nel ricorso, presentato alla Corte in via pregiudiziale, si chiedeva di verificare se uno Stato membro potesse imporre ad un'impresa stabilita in un altro Stato membro, che svolga temporaneamente un servizio in un diverso Stato, di pagare - ai lavoratori distaccati nel quadro di una prestazione transnazionale - la retribuzione minima fissata dal contratto collettivo di lavoro, sottoscritto dalle parti sociali, ed applicato, al settore di riferimento, nello Stato di destinazione.

Valutate le posizioni espresse dalle parti, la Corte ha concluso affermando che il suddetto obbligo previsto dalla contrattazione collettiva non poteva essere ritenuto contrario agli artt. 49 Trattato CE e 50 Trattato CE, qualora le norme in esso contenute fossero “*sufficientemente precise e accessibili, in modo da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte del datore di lavoro, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi*”.<sup>283</sup>

L'unico criterio richiesto dalla Corte riguardava dunque la necessità che le norme derivanti dalla contrattazione collettiva fossero sufficientemente chiare e dettagliate, onde non ostacolare la circolazione dei servizi con attività di interpretazione, a carico delle imprese, delle stesse.

Nel caso *Albrade*, quindi, la Corte si era limitata a prendere atto della mera esistenza di una contrattazione collettiva, che imponeva obblighi sostanziali, senza scendere nel dettaglio ed indagarne la natura e/o analizzarne l'efficacia soggettiva, dimostrando una “insolita” (visti gli orientamenti successivi) sensibilità nei confronti

---

<sup>282</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, Raccolta, 1999.

<sup>283</sup> Per approfondimenti: R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., 355; J. FAIRHURST *Law of the European Union*, cit. 343.

delle esigenze di protezione dei lavoratori, sottese alla circolazione di ogni attività economica.<sup>284</sup>

Nella stessa sentenza, si sono poi pronunciati su taluni obblighi posti a carico delle imprese distaccanti dalle legislazioni dello Stato di destinazione ed in particolare sull'obbligo di tenuta dei libri sociali riguardanti la manodopera impiegata, applicando il classico *test* di proporzionalità, al fine di valutarne la compatibilità con le norme del Trattato.<sup>285</sup>

Nell'analisi della legislazione controversa la Corte ha affermato che gli artt. 49 Trattato CE e 50 Trattato CE non risultano contrari agli obblighi, imposti da uno Stato membro ad un'impresa stabilita in un altro Stato membro, che svolga temporaneamente lavori nel primo Stato, a tenere a disposizione, per il periodo necessario alla prestazione di un servizio, una serie di documenti sociali e di lavoro sul cantiere o in un altro luogo accessibile, in quanto tale misura è necessaria per consentirgli di garantire l'effettivo controllo sul prestatore e sulla stessa manodopera impiegata.

Al contempo, i giudici hanno ritenuto illegittimo l'obbligo, imposto dallo Stato all'impresa distaccante, di tenere e conservare, per un certo numero di anni - dopo la cessazione della permanenza nel territorio dello stesso Stato - i suddetti documenti, ad esempio per il tramite di una persona fisica eletta quale mandatario o incaricato, in quanto onere ritenuto eccessivo e non giustificabile alla luce dello scopo di tutela perseguito, che poteva essere perseguito diversamente e con misure meno restrittive (ad esempio mediante la spedizione, su richiesta, della stessa documentazione, alle Autorità interessate).

La posizione espressa dalla Corte nel caso *Arblade* non può che essere condivisa, nella misura in cui ha dichiarato illegittima la duplicazione di adempimenti burocratici già adempiuti dall'impresa nello Stato di origine e l'obbligo di tenuta dei documenti sociali per un certo periodo nello Stato di destinazione (nella legislazione esaminata dalla Stessa Corte, per cinque anni), in quanto misure sproporzionate, rispetto all'esigenza di controllo perseguita, e tenuto conto che l'impresa, cessato il

---

<sup>284</sup> Sul punto: 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 *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, Vol. 58, n. 1, 2007, 33 e ss.

<sup>285</sup> J. FAIRHURST, *Law of the European Union*, Person Education Limited, Edimburgo, 2007, 414 e ss.

servizio, sarebbe prevedibilmente rientrata nello Stato di origine, portando al seguito la manodopera impiegata.

I principi espressi, pertanto, traducono in pratica l'essenza stessa della libertà di cui all'art. 49 Trattato CE, partendo dal presupposto che, cadute le barriere alla divisione dei mercati, all'interno dell'UE, ogni obbligo, ad esse imposto e già adempiuto nello Stato di origine, purchè sostanzialmente equiparabili, deve essere ritenuto sufficiente.

#### *4. La Direttiva 96/71/CE ed il distacco nell'ambito di una prestazione di servizi*

##### *4.1 Caratteristiche essenziali ed ambito di applicazione della Direttiva*

Alla luce degli orientamenti sopra esaminati, e nell'ottica di proteggere i lavoratori in distacco, il legislatore ha adottato la Direttiva 96/71/CE, la quale (è bene ribadirlo) non rappresenta un atto comunitario di diritto del lavoro, bensì una normativa volta a facilitare la prestazione di servizi transnazionali.<sup>286</sup>

Oltre all'individuazione della legge applicabile, l'atto in esame assolve altresì al compito di stabilire un nucleo minimo di norme di protezione necessaria, applicabili alla manodopera in distacco, operando una sostanziale parificazione tra lavoratori in distacco e lavoratori impiegati nello Stato di destinazione,<sup>287</sup> seppur per un numero limitato di materie e al di fuori dalle eccezioni previste espressamente.<sup>288</sup>

La stessa Commissione Europea<sup>289</sup> ha chiarito che la Direttiva mira a conciliare, da un lato, la libertà fondamentale delle imprese di fornire servizi transfrontalieri a norma dell'articolo 49 Trattato CE e, dall'altro, adeguata tutela ai lavoratori temporaneamente distaccati in tale ambito.<sup>290</sup>

---

<sup>286</sup> G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, Working Papers, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 45, 2006, 28; TOSI. F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, Laterza, Roma-Bari, 2005,

<sup>287</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto delle comunità europee*, cit., 145-146.

<sup>288</sup> U. CARABELLI, *Europa dei modelli e conflitto sociale*, cit., 17.

<sup>289</sup> Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, del 13 giugno 2007, relativa al Distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, COM(2007), 304.

<sup>290</sup> Alla base della direttiva sussiste quindi una prestazione temporanea di servizi che, seppur di durata pluriennale, è di per sé limitata nel tempo, a differenza dell'ipotesi di stabilimento; cfr. M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 2, 2008, 3 e ss.

In ultimo, alla luce della giurisprudenza esaminata, la Direttiva trova applicazione anche ai lavoratori extracomunitari alle dipendenze di un'impresa stabilita in uno Stato membro, e distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transfrontaliera.

La Direttiva si applica a tutte le imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori nel territorio di un altro Stato membro, ad eccezione delle sole imprese della marina mercantile (art. 1, comma 1 e comma 2).<sup>291</sup>

Essa contempla tre ipotesi di distacco: nell'ambito di un servizio reso in un altro Stato membro; "infra-gruppo" e nell'ambito di una fornitura temporanea di manodopera.

Tali ipotesi sono accomunate dalla necessità che, durante il distacco, sia mantenuto in essere un rapporto di lavoro tra impresa distaccante e manodopera in distacco, ed includono diverse fattispecie, ciascuna delle quali ha, negli ordinamenti interni, una propria autonomia, funzionale e giuridica.<sup>292</sup>

#### *4.2 Le ipotesi di distacco contemplate dalla Direttiva*

Nel definire il proprio ambito di applicazione oggettivo, abbiamo appena visto come la Direttiva elenchi tre distinte fattispecie.<sup>293</sup>

La prima riguarda ipotesi in cui un'impresa distacchi un lavoratore - per conto proprio e sotto la propria direzione - nel territorio di un diverso Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa ed un soggetto terzo (ad esempio nel caso della stipula di un contratto di appalto).

Tale forma rappresenta, probabilmente, la più critica da un punto di vista economico-sociale, in quanto consente all'impresa (soprattutto se stabilita in Paesi a basso livello di tutela) di soddisfare le proprie esigenze produttive, procedendo al distacco di forza lavoro altrove, senza dover quindi procedere all'assunzione *in loco* della manodopera necessaria (nel qual caso, si renderebbe applicabile tutta la normativa a tutela del

---

<sup>291</sup> Sulla nozione di impresa UE e di stabilimento si rinvia al cap. I del presente lavoro.

<sup>292</sup> F. BANO, *La circolazione comunitaria dei servizi labour intensive, Lavoro e prestazioni di servizi transazionali*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2008, 31.

<sup>293</sup> Sulle diverse ipotesi di distacco si veda: E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI E A. PIZZOFERRATO, *Diritto comunitario del lavoro, Commentario*, Utet, Torino, 2009, in corso di pubblicazione.

lavoro nello stato di destinazione, o quantomeno le norme di applicazione necessaria), lucrando eventualmente sui differenziali di costo della stessa manodopera. La seconda ipotesi, invece, riguarda le imprese con più sedi stabilite in diversi Stati membri, nell'ambito delle quali la società controllante, o una controllata, distacchi uno o più dipendenti, al fine di soddisfare esigenze di gruppo, presso sedi secondarie o filiali della società distaccante, o viceversa.

L'ultima ipotesi riguarda invece il caso dell'invio di un lavoratore interinale presso un utilizzatore, nell'interesse di quest'ultimo, includendo quindi una fattispecie che - generalmente - è diversamente classificata e/o disciplinata nei diversi ordinamenti interni.

Vi rientra il caso in cui un'impresa stabilita in uno Stato membro che, per soddisfare una propria esigenza produttiva o per avvalersi di una professionalità non reperibile nel mercato interno, richiede ad un'agenzia interinale, stabilita in un altro Stato membro, l'invio di uno o più lavoratori (i quali restano legati, contrattualmente, all'agenzia distaccante).

La fattispecie ricomprende, ad avviso di chi scrive, anche il caso in cui un'impresa stabilita in uno Stato membro che richieda ad un'Agenzia di lavoro, stabilita in un diverso Stato membro, l'invio di uno o più dipendenti per la realizzazione di un servizio in un terzo Stato (appartenente all'UE), ove tale situazione sia conveniente da un punto di vista economico (per l'impresa utilizzatrice).

La Direttiva non ricomprende invece l'ipotesi di distacco presso una diversa impresa, stabilita in un altro Stato membro e non appartenente al gruppo, fattispecie invece consentita, da alcuni ordinamenti interni.<sup>294</sup>

Dall'indagine appena condotta emerge quindi un quadro di notevole vantaggio economico offerto all'impresa, la quale - nel combinare le disposizioni del Trattato, sulla libera circolazione ed il diritto di stabilimento, con la Direttiva in esame - può decidere come e dove operare, prediligendo l'utilizzo di manodopera alle proprie dipendenze (in tutto o in parte), di manodopera assunta nello Stato di realizzazione del servizio o, infine, di manodopera "fornita" da un'agenzia di lavoro temporaneo

---

<sup>294</sup> Tale è il caso dell'ordinamento italiano, il quale non richiede che il distacco presso altra impresa debba avvenire necessariamente infra-gruppo; Cfr. U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 31; M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, 67.

stabilita all'estero, il tutto basandosi su di una valutazione meramente economica e senza ostacoli nell'effettuazione della scelta ritenuta più opportuna.

#### 4.3 La portata estensiva della nozione di "distacco" in ambito comunitario e le problematiche da essa derivanti

Ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 96/71/CE, per lavoratore distaccato si intende la persona che - "per un periodo limitato" - svolga il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello presso il quale è stabilmente impiegato, purchè durante il distacco sia mantenuto in vita il rapporto di lavoro tra impresa distaccante e manodopera distaccata.<sup>295</sup>

La temporaneità espressa dall'art. 2 è quindi riferita al distacco, cioè al lavoratore, e non al servizio in circolazione, la cui durata è già limitata - per definizione - dall'art. 49 Trattato CE.<sup>296</sup>

Tuttavia, seppur per definizione (come analizzato nel capitolo I) la prestazione di un servizio debba essere necessariamente "temporanea", né il Trattato né la Direttiva fissano una durata massima del distacco, la quale non può che essere desunta dal tempo necessario al compimento dello stesso servizio o di un'opera.

Come emerso nel caso *Schnitzer*,<sup>297</sup> tale aspetto può generare problemi in relazione alla distinzione tra diritto di stabilimento e prestazione temporanea di un servizio, sollevando al contempo preoccupazioni con riguardo alla tutela della manodopera in distacco.<sup>298</sup>

Investita di una questione relativa al criterio sulla base del quale stabilire se la durata massima di una prestazione potesse essere considerata "effettivamente temporanea", e nel distinguere la mera prestazione di un servizio dallo stabilimento *tout court*, la Corte ha affermato che: "nella nozione di «servizio» ai sensi del Trattato possono rientrare servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si

<sup>295</sup>

Sulla definizione di lavoratore in distacco, in ambito comunitario, si veda: N. MOUSSIS, *Access to social Europe*, European Study Service, 2007, Bruxelles, 183; J. CREMERS, P. DONDEERS, *The Free Movement of Workers in the European Union: Directive 96/71/Ec on the Posting of Workers Within the Framework of the Provision of Services: Its Implementation, Practical Application and Operation*, CLR-Studies, The Hague, 2005, 8; A. BOGDANDY, *European Integration and International Co-Ordination: Studies in Transnational Economic Law in Honor of Claus-Dieter Ehlermann*, 133, Kluwer Law International, The Netherlands, 2002, 133;

<sup>296</sup> C. BARNARD, *The substantive law of the European Union*, cit., 355.

<sup>297</sup> Corte di Giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2003, C-215/01, *Schnitzer*, Raccolta, 2003.

<sup>298</sup> Sull'impatto della sentenza in materia di libera circolazione dei servizi si veda: M. HORSPOOL, M. HUMPHREYS, *European Union Law*, University Press, Oxford, 2006, 438 e ss.

*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. Possono parimenti costituire servizi ai sensi del Trattato le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più altri Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di informazione offerta dietro retribuzione”.*<sup>299</sup>

Tale principio è stato basato su precedenti della stessa Corte, nella quali si era già sostenuto che *“il carattere temporaneo dell'attività del prestatore nello Stato membro ospitante, dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa. 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”.*<sup>300</sup>

Stante la possibilità per l'impresa di prolungare, per un periodo indefinito, l'esercizio di un'attività economica in un altro Stato membro, senza doversi in esso stabilire, emerge inevitabilmente un problema di certezza del diritto che si riflette sull'individuazione della legge applicabile, a tutela dei lavoratori impiegati dall'impresa, e sulla stessa legittimità del distacco di manodopera.

Cercheremo con un esempio di chiarire il punto.

L'impresa che effettua un distacco nel quadro di una prestazione di servizi è tenuta ad applicare la normativa dello Stato di destinazione, per le sole materie elencate dalla Direttiva 96/71/CE, con esclusione quindi di quelle non espressamente nominate, ed è soggetta al regime di sicurezza sociale dello Stato di origine, per una durata massima di dodici mesi, prolungabile sino a ventiquattro; tale limitazione riguarda comunque i soli aspetti previdenziali.

---

<sup>299</sup> Corte di Giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2003, *Schnitzer*, cit., punto 30.

<sup>300</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 30 novembre 1995, *Gebhard*, cit., punto 27; sentenza del 13 febbraio 2003, causa C-131/01, *Commissione/Italia*, Raccolta, 2003, I-1659, punto 22.

Pertanto, il distacco potrà avere durata superiore al limite suindicato, ed in caso di sforamento, l'impresa dovrà soltanto versare la contribuzione nello Stato destinazione, alle condizioni e secondo gli importi da questo stabiliti.

In aggiunta, nell'ambito di una prestazione di servizi di lunga durata, l'impresa può alternare il distacco di diversi lavoratori, non essendo prevista una coincidenza tra la durata della prestazione e quella del distacco o una limitazione in tal senso, a livello comunitario.

Allo stesso modo, non è previsto un limite massimo al numero di lavoratori che l'impresa può inviare all'estero, sempre nell'ambito di una prestazione di servizi.

Per questo motivo, l'impresa può - per un periodo anche prolungato - prestare la propria attività economica, in un diverso Stato, continuando ad applicare la legislazione in materia di lavoro e sociale dello Stato di origine (si ripete, ad eccezione delle materie oggetto della Direttiva 96/71/CE),<sup>301</sup> senza obbligo di assunzione di manodopera *in loco*, ed avvantaggiandosi della legislazione (eventualmente) favorevole, in termini di costi, dello Stato in cui essa è stabilita.

Da quanto precede si può desumere che un prestatore stabilito in un Paese *low-cost* è legittimato ad esercitare la propria attività in uno Stato diverso, senza obbligo di stabilimento, prestando i propri servizi con un minor costo della manodopera,<sup>302</sup> il tutto senza che lo Stato di destinazione possa opporsi a tale abuso o imporre la propria legislazione, se non in casi eccezionali (e comunque limitati, come vedremo) di tutela dell'ordine pubblico.<sup>303</sup>

Se l'impresa distaccante è situata in uno Stato *low-cost*, e l'impresa distaccataria è stabilita in uno Stato ad alto livello di protezione e con costi più alti della manodopera, quest'ultima potrà optare per la richiesta di invio di manodopera - al di fuori quindi di una prestazione di servizi intesa in senso stretto - da parte di un'agenzia di lavoro temporaneo, senza che l'impresa distaccante debba dimostrare alcun interesse al distacco. Ne consegue una legittimazione dello sfruttamento

---

<sup>301</sup> D. PIETERS, *European social security and global politics*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003, 84; F. Pennings, *Introduction to European social security law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, 224 e ss.; Cfr. M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro tra legge e contratti collettivi*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 73 e ss., dove si parla addirittura di eccezione al distacco nell'ambito di una prestazione di servizi.

<sup>302</sup> Cfr. paragrafo 6 seguente.

<sup>303</sup> Cfr. 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., U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 20 e ss.

anticoncorrenziale della manodopera, generata dalla stessa Direttiva 96/71/CE, che sdogana quindi pratiche di caporalato in versione moderna, contrarie agli obiettivi da essa dichiarati e teoricamente perseguiti.<sup>304</sup>

Tali effetti risultano ancor più critici se confrontati con la definizione di distacco offerta dalla legislazione italiana, come si dirà nel paragrafo seguente.

#### *4.3.1 Le differenze tra la nozione di distacco a livello comunitario e la definizione a livello interno: il caso italiano*

L'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 prevede che *“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 un altro soggetto, per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa”*.<sup>305</sup>

Precedentemente l'approvazione della legge Biagi, l'istituto in esame non trovava una specifica regolamentazione nel settore privato e la fattispecie era costruita sulla base delle pronunce della giurisprudenza, nell'ottica di individuare una linea di confine con l'interposizione illecita di manodopera, sancito dalla legge 23 ottobre 1960, n. 1369.<sup>306</sup>

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>307</sup> aveva individuato due caratteristiche essenziali, che individuavano il distacco: uno specifico interesse dell'impresa distaccante a che il proprio dipendente svolga la prestazione lavorativa a beneficio di un'organizzazione diversa da quella dell'impresa distaccante<sup>308</sup> e la necessaria temporaneità del distacco e dell'interesse dell'impresa distaccante.<sup>309</sup>

---

<sup>304</sup> Sugli scopi perseguiti dalla Direttiva 96/71/CE nel quadro di una leale concorrenza si veda: M. ASPINWALL, G. SCHNEIDER, *The rules of integration: institutional approaches to the study of Europe*, University press, Manchester, 2001, 130; F. PENNING, Y. KONIJN, A. VELDMAN, *Social Responsibility in Labour Relations: European and Comparative Perspectives*, Kluwer Law international, The Netherlands, 2008, 180.

<sup>305</sup> Sulla definizione di distacco e per un'analisi generale della fattispecie si veda: E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2005, 500 e ss.

<sup>306</sup> Pubblicata in *Gazz. Uff.* del 25 novembre 1960, n. 289.

<sup>307</sup> Cass. Civ., 20/02/1985, n. 1499, in *Mass. Giur. Lav.*, 1985, 151; Cass. Civ., 20/06/1990, n. 6181, in *Foro It.*, I, 1990, 3157; Cass. Civ., 04/06/1992, n. 6807, in *Inf. Prev.*, 1992, 1142; Cass. Civ., 17/03/1998, n. 2880, in *Orient. Giur. Lav.*, I, 1998; Cfr. , da ultimo, Cass. Civ., 02/09/2004, n. 17784, in *Dir. e Pr. Lav.*, 2008, 24, 1428.

<sup>308</sup> Cass. Civ., 13/05/1981, n. 3150, in *Mass. Giur. It.*, 1981; Cass. Civ., 06/07/1982, n. 4017, in *Giust. Civ.*, I, 1983, 924; Cass. Civ., 14/02/1983, n. 1131, in *Mass. Giur. It.*, 1983; Cass. Civ., 20/06/1990,

Il distacco, nell'ordinamento interno, determina quindi un'assegnazione temporanea del lavoratore, che deve essere giustificata da un interesse - meritevole di tutela - dell'impresa distaccante,<sup>310</sup> a differenza ad esempio della trasferta, nella quale l'assegnazione del lavoratore è definitiva e comporta un mutamento del luogo di lavoro contrattualizzato dalle parti.<sup>311</sup>

Per "interesse al distacco" deve intendersi una qualunque esigenza produttiva dell'impresa distaccante, diretta o indiretta, connessa all'attività principale o accessoria e la cui soddisfazione è suscettibile di arrecare immediati o futuri vantaggi al distaccante.<sup>312</sup> Fanno eccezione, al principio, le ipotesi di distacco per fini illeciti, quali ad esempio la mera interposizione di manodopera, nonché i casi di violazione dei generici principi di correttezza e buona fede.

Quanto alla "temporaneità", invece, si sostiene che la durata limitata del distacco debba essere strettamente connessa, se non addirittura coincidente, con il perdurare dell'interesse dell'impresa distaccante (elemento non ravvisabile nella stessa fattispecie a livello transnazionale).<sup>313</sup>

Tuttavia, essa non dovrà essere necessariamente breve<sup>314</sup> o predeterminata all'atto del distacco;<sup>315</sup> sul punto la giurisprudenza ha precisato che il distacco può addirittura persistere per tutta la durata del rapporto contrattuale, nel caso di assunzione a termine (addirittura, in tale ipotesi, la stessa ragione dell'assunzione potrà essere quella dell'interesse al distacco dell'impresa).<sup>316</sup>

n. 6181, in *Foro It.*, I, 1990, 3157; Cass. Civ., 02/11/1999, n. 12224, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2000, 39; Cass. Civ., 07/11/2000, n. 14458, in *Or. Giur. Lav.*, I, 2000, 968; da ultimo a sostanziale conferma del requisito dell'interesse del distaccante: Cass. Civ., 23/04/2009, n. 9694, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

<sup>309</sup> I. CORSO, *Il distacco del lavoratore*, in C. CESTER, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Vol. II, 2007, Utet, Torino, 1572.

<sup>310</sup> F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2002, 248-251.

<sup>311</sup> G. FERRARO, *Il rapporto di lavoro*, 85-86; M. BROLLO, *Il trasferimento del lavoratore*, in F. CARINCI, *Diritto del lavoro*, Commentario, Vol. II, cit., 1549.

<sup>312</sup> Cfr. F. ALVARO, *Commento all'art. 30*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 2007, 446 e ss.; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto, Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore di terzo*, in P. CURZIO, *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 91 e ss.

<sup>313</sup> Cass. Civ., 02/09/2004, n. 17748, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2008, 24, 1428; Cass. Civ., 07/06/2000, n. 7743, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. Civ., 17/03/2000, n. 3184, in *Diritto e Giustizia*, Fasc. 13, 2000.

<sup>314</sup> Cass. Civ., 02/09/2004, n. 17748, cit.; Cass. Civ., 23/08/1996, n. 7762, in *Mass. Giur. It.*, 1996; Cass. Civ., 06/06/1990, n. 5406, in *Mass. Giur. It.*, 1990.

<sup>315</sup> Cass. Civ., 18/08/2004, n. 16165, in *Mass. Giur. It.*, 1990; Cass. Civ., 13/06/1995, n. 6657, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

<sup>316</sup> Cfr. Cass. Civ., 16/06/1992, n. 7213, in *Mass. Giur. Lav.*, 1992, 494; Cass. Civ., 19/03/1991, n. 2893, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1991, 640.

In aggiunta a tali criteri, in dottrina si è precisato come il distacco debba avvenire presso un “*altro soggetto*” distaccatario, ovvero un’entità giuridica distinta da quella distaccante,<sup>317</sup> al quale saranno attribuiti il potere direttivo, di controllo e disciplinare sul dipendente.<sup>318</sup> Tale forma è definita come “distacco proprio”.<sup>319</sup>

Da un’interpretazione sistematica dell’art. 30 in esame con la circolare n. 3 del 2004 del Ministero del Lavoro,<sup>320</sup> si desume inoltre che il distaccatario non debba essere una diversa impresa, e quindi un “imprenditore”,<sup>321</sup> risultando legittimo il distacco di manodopera presso un cliente dell’impresa, al fine del compimento di un’opera o di un servizio, senza che ciò comporti una dissociazione fra titolarità del rapporto di lavoro titolarità del potere direttivo e di controllo (che rimane in capo all’impresa distaccante).<sup>322</sup> Tale fattispecie è definita distacco “improprio”.

Accanto alle forme del distacco proprio e del distacco improprio, la giurisprudenza<sup>323</sup> ha poi analizzato il distacco all’interno dello stesso gruppo di imprese, legittimando

---

<sup>317</sup> Sulle caratteristiche del distacco di manodopera nell’ordinamento italiano si veda: G. AMOROSO, *Il distacco*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. Costituzione, codice civile e leggi speciali. Le fonti del diritto italiano*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, 1263-1269; M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell’impresa*, Giappichelli, Torino, 2008, 92-93.

<sup>318</sup> Cfr. Cass. Civ., 22/03/2007, n. 7049, in *Mass. Giur. It.*, 2007, ove si afferma che “*Il distacco del lavoratore non comporta una novazione soggettiva e l’insorgenza di un nuovo rapporto con il beneficiario della prestazione lavorativa, ma solo una modificazione nell’esecuzione dello stesso rapporto, nel senso che l’obbligazione del lavoratore di prestare la propria opera viene (temporaneamente) adempiuta non in favore del datore di lavoro ma in favore del soggetto - cui sono attribuiti i connessi poteri direttivi e disciplinari - presso il quale il datore medesimo ha disposto il distacco del dipendente*”.

<sup>319</sup> Cass. Civ., 03/12/1986, n. 7161, in *Mass. Giur. Lav.*, 1987, 344.

<sup>320</sup> Nella parte in cui afferma che: “*Ciò che differenzia il distacco dalla somministrazione, infatti, è solo l’interesse del distaccante. Mentre il somministratore realizza il solo interesse produttivo della somministrazione a fini di lucro, il distaccante soddisfa un interesse produttivo diversamente qualificato, come l’interesse al buon andamento della società controllata o partecipata.*” e che “*nell’ipotesi di distacco di un lavoratore presso un altro soggetto il distaccante potrà stipulare un contratto a termine con un altro lavoratore ove sussistano le esigenze legittimanti l’apposizione del termine in base a quanto previsto dal d.lgs. n. 368/2000*”.

<sup>321</sup> I. CORSO, *Il distacco del lavoratore*, in F. CARINCI, *Diritto del lavoro*, Commentario, Vol. II, Utet, Torino, 2007, 1573, 1573-1574.

<sup>322</sup> Cass. Civ., 03/12/1986, n. 7161, cit.; in dottrina Cfr. M. BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 232.

<sup>323</sup> Cfr. Cass. Civ., 12/08/1992, n. 9517, in *Mass. Giur. It.*, 1992; Cass. Civ., 13/03/1998, n. 2880, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

la fattispecie, che tuttavia presenta i maggiori rischi di interposizione illecita di manodopera.<sup>324</sup>

Sul punto, la Corte ha affermato che: *“Il collegamento economico funzionale fra imprese gestite da società del medesimo gruppo, controllate da una società madre, non comportando il venir meno dell'autonomia delle singole società, può dar luogo ad un'interposizione fittizia nel rapporto e nelle prestazioni di lavoro ex legge n. 1369 del 1960, sempre che risulti accertato che una società del gruppo, al fine di eludere precetti normativi in materia di rapporti di lavoro, utilizzi prestazioni lavorative di persone solo formalmente dipendenti da altra società collegata.”*<sup>325</sup>

Sullo stesso tema si è pronunciata anche la Cassazione Penale, sostenendo che *“In tema di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, il regime dei divieti stabilito dall'art. 1 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369 ha carattere di assolutezza, sia nel senso che anche l'interposizione gratuita ne è colpita penalmente, sia nel senso che è in esso compreso l'affidamento dell'esecuzione di mere prestazioni di lavoro che venga effettuato nelle forme cosiddette di comando o di distacco di personale dipendente tra imprenditori giuridicamente distinti, le cui imprese sociali si avvalgano di capitali provenienti da un unico gruppo finanziario di persone fisiche o giuridiche. La legge ha infatti riguardo ai rapporti tra i soggetti titolari delle imprese tra le quali si verifica l'illecito spostamento dei lavoratori, sia o meno oneroso per quella che se ne avvantaggia, non ai rapporti tra i soggetti erogatori dei mezzi finanziari per il loro esercizio”*.<sup>326</sup>

L'unico modo per contrastare tali pratiche illecite è un'attenta analisi circa la sussistenza o meno di un interesse del distaccante all'invio di manodopera presso un soggetto terzo, elemento che consente di discriminare il distacco genuino dalla somministrazione illecita.

A livello comunitario, invece, tale funzione di controllo è difficilmente praticabile, se non impossibile, a casua della nozione di distacco offerta dalla Direttiva 96/71/CE,

---

<sup>324</sup> Cfr. M. ESPOSITO, L'incerta collocazione del “comando” e del “distacco” nelle fattispecie interpositorie, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Esi, Napoli, 2004, 147 e ss.;

<sup>325</sup> Cass. Civ., 16/02/2000, n. 1733, in *Diritto e Giustizia*, Fasc. 8, 2000.

<sup>326</sup> Cass. Pen., 30/07/1992, n. 8546, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1993, 339.

dalla quale risulta latitante ogni riferimento all'interesse del distaccante;<sup>327</sup> risulta quindi difficile interpretare correttamente i fenomeni di mobilità transnazionale e limitare l'abuso, per fini interpositori, della fattispecie del distacco.<sup>328</sup>

Le differenze tra distacco interno e transnazionale - e le problematiche derivanti - risultano evidenti anche dal confronto tra l'art. 30 del D.Lgs. 276/2003 e l'art. 2 del D.Lgs. n. 72/2000 (attuativo della Direttiva 96/71/CE).<sup>329</sup>

Il decreto di attuazione definisce il lavoratore in distacco come “*il lavoratore abitualmente occupato in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro in territorio nazionale italiano*”.<sup>330</sup>

La norma risulta generica e legittima il mero invio di manodopera in Italia, per fini lavorativi, prescindendo da un interesse del distaccante.

In ipotesi di distacco infragruppo, quindi, non vi sarà sostanziale differenza tra il distacco in senso stretto e la mera “fornitura” di manodopera tra imprese appartenenti allo stesso gruppo.

Se da un punto di vista teorico tale ipotesi risulta legittima, l'effetto ad essa connesso è paradossale: senza alcun vincolo o possibilità di controllo da parte delle Autorità italiane sull'abuso della fattispecie,<sup>331</sup> il lavoratore inviato in Italia potrà essere inserito nel mercato del lavoro, anche per lunghi periodi, ma rimanendo assoggettato alla legislazione - lavoristica e previdenziale - dello Stato di origine (se si eccettuano le materie coperte dalla Direttiva 96/71/CE).<sup>332</sup>

Il lavoratore, quindi, sarà remunerato secondo i livelli retributivi dello Stato di origine, stante le difficoltà ad estendere, alle imprese estere (come vedremo nel

---

<sup>327</sup> Sul punto: L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, 130.

<sup>328</sup> Cfr. R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 808.

<sup>329</sup> D.Lgs. del 25 febbraio 2000, n. 72, pubblicato in *Gazz. Uff.*, del 30 marzo 2000, n. 72. Per approfondimenti sul tema, si veda in dottrina: S. NADALET, *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco, Lavoro e prestazioni di servizi transazionali*, in *Lav. e Dir.*, cit., 37 e ss.

<sup>330</sup> Per approfondimenti: M. P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in M. T. CARINCI, C. CESTER, *Somministrazione, Comando, Appalto, Trasferimento di azienda*, Ipsoa, 2004, 205.

<sup>331</sup> Come si è detto nei capitoli precedenti, ed in particolare nel primo, né la fattispecie di abuso del diritto, né da ultimo i differenziali di costo della manodopera possono essere ritenuti “ostacoli legittimi” alla circolazione di un servizio e, dunque, della manodopera in distacco nell'ambito delle ipotesi coperte dalla Direttiva 96/71/CE.

<sup>332</sup> Per approfondimento: P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lav. Dir.*, n.1, 2008, 97 e ss.

successivo paragrafo 6) i minimi tabellari previsti, in Italia, da una contrattazione collettiva priva di efficacia *erga omnes*.<sup>333</sup> In aggiunta, al lavoratore in distacco sarà applicato il regime di sicurezza sociale dello Stato di origine.

Ove sussistano differenziali di costo (in termini di retribuzione e previdenziali) tra l'Italia ed il Paese in cui è stabilita l'impresa che procede all'invio, l'impresa italiana potrà - legittimamente - avvantaggiarsi dell'utilizzo di manodopera a basso costo, senza che la fattispecie possa essere inquadrata nell'ambito della somministrazione illecita, difficilmente dimostrabile a causa dell'ampia definizione di distacco prevista dall'art. 2 del D.lgs. n. 72/2000.

Dalla differente definizione della fattispecie, si può evincere un'ulteriore effetto, discriminatorio, seppur limitato al solo livello nazionale.

Nell'ipotesi *sub* art. 30, l'impresa deve dimostrare di avere un legittimo interesse ad inviare il dipendente presso un soggetto terzo, ed è soggetta al generico divieto di somministrazione illecita (quindi di interposizione fittizia); inoltre, l'art. 30 prevede che il distacco presso un'unità produttiva sita a più di 50 km, da quella in cui il lavoratore è adibito, dovrà essere giustificato da "*comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*"; anche tale limitazione non è applicabile nel caso di distacco all'estero.<sup>334</sup>

Nel caso *sub* art. 2, D.Lgs. n. 72/2000, la stessa impresa che effettua un distacco non deve dimostrare un interesse legittimo, potendo inviare manodopera all'estero al fine di soddisfare una mera esigenza (anche economica) del distaccatario, senza le limitazioni previste dall'art. 30.

Ne deriva che il distacco dello stesso lavoratore è soggetto ad un trattamento differenziato a seconda che sia inviato presso un'unità produttiva italiana ovvero all'estero; si tratta di una palese e paradossale discriminazione generata dall'attuazione della Direttiva 96/71/CE e derivante dall'ampia definizione di distacco - a livello comunitario - e dalla mancata previsione dell'obbligatorio interesse del distaccante, previsto invece dalla legislazione italiana (e che dovrebbe essere trasposto nel testo della stessa Direttiva).

---

<sup>333</sup> Aspetti le cui motivazioni saranno trattate, singolarmente, nei paragrafi seguenti.

<sup>334</sup> Si veda sul punto A. NOBILI, *La mobilità estera nella giurisprudenza italiana*, in *I contratti internazionali di lavoro*, Utet, Torino, 1998, 213 e ss.; per una critica sul punto: F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, Cedam, Padova, 1988, 117.

L'assenza di ogni riferimento, a livello comunitario, dell'interesse del distaccante genera difficoltà interpretative in merito alla possibilità di distinguere un distacco genuino da una mera interposizione di manodopera, ovvero il caso in cui l'impresa soddisfi una propria esigenza produttiva, da quella in cui effettui una mera fornitura di manodopera presso una società del gruppo o presso un soggetto terzo, che si avvantaggerà del mero apporto di manodopera.

In altri termini, il criterio utilizzato a livello interno per discriminare i fenomeni interpositori illeciti da quelli legittimi di distacco non trova riscontro a livello comunitario, limitando ogni possibilità di controllo sulle ragioni dell'invio all'estero di manodopera, operazione legittima anche a prescindere da un (seppur minimo) riferimento ad esigenze tecniche, organizzative o produttive dell'impresa distaccante. La problematica, peraltro, era già stata avvertita in una parte della dottrina, che aveva proposto un'estensione analogica dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori alle ipotesi di distacco all'estero,<sup>335</sup> senza però considerare gli elementi che differenziano le due fattispecie e che rendono impossibile un'applicazione analogica dell'art. 13 Statuto dei Lavoratori.

##### *5. Le condizioni di lavoro applicabili al lavoratore distaccato*

Il fulcro normativo della Direttiva 96/71/CE è costituito dagli articoli relativi alle condizioni di lavoro applicabili alla manodopera in distacco, attraverso i quali si estrinseca (o dovrebbe estrinsecarsi) la funzione di coordinamento tra legislazioni nazionali e di tutela della stessa Direttiva.

L'art. 3 indica le condizioni di lavoro che gli Stati membri sono tenuti ad applicare, ai lavoratori distaccati sul loro territorio, individuando sia le categorie giuridiche fondamentali sia la normativa interna di applicazione necessaria.

Quanto alle materie, la Direttiva copre i seguenti aspetti: periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; durata minima delle ferie annuali retribuite; tariffe minime salariali,<sup>336</sup> comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario e ad

---

<sup>335</sup> Sull'estensibilità dell'art. 13 ad ogni ipotesi di trasferimento, quindi anche all'estero, si veda: R. ROMEL, *Sul trasferimento all'estero del lavoratore*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, 92.

<sup>336</sup> Ai sensi dell'art. 3, comma 1, della Direttiva, "la nozione di tariffa minima salariale è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato". Inoltre, ai sensi dell'art. 3, comma 7, "le indennità specifiche per il distacco sono

esclusione dei regimi pensionistici integrativi di categoria; condizioni di cessione temporanea dei lavoratori (in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo); sicurezza, salute e igiene sul lavoro; provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione, salva la facoltà - per lo Stato membro - di applicare condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli ai dipendenti in distacco.<sup>337</sup>

Quanto alle norme di applicazione necessaria, la Direttiva si riferisce: (a) alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e (b) per il solo settore edilizio, ai contratti collettivi o arbitrati dichiarati (nello Stato membro di destinazione) di applicazione generale.<sup>338</sup>

Ai sensi dell'art. 3, comma 8, per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono “*quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate*”, ovvero, aventi efficacia soggettiva *erga omnes*.

Qualora l'ordinamento dello Stato membro non preveda un sistema di efficacia *erga omnes*, esso potrà applicare alle imprese distaccanti i contratti collettivi o arbitrati che sono - in generale - applicabili a tutte le imprese del medesimo settore, oppure i

---

*considerate parte integrante del salario minimo, purché non siano versate a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco, come le spese di viaggio, vitto e alloggio*”.

<sup>337</sup> Per approfondimenti: C. QUIGLEY, *European Community Contract Law, The Effect Of EC Legislation on Contractual Rights*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998, 210-211; G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *I contratti di lavoro internazionali*, cit..

<sup>338</sup> La limitazione dell'ambito di applicazione al solo settore edilizio è desumibile dalla lettura combinata dell'art. 3.1 della Direttiva con l'allegato alla stessa, il quale afferma che L'Allegato afferma espressamente che “*le attività di cui all'articolo 3, paragrafo 1, secondo trattino comprendono 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; lavori di pittura e di pulitura; bonifica. A conferma di tale tesi si veda in dottrina: M. ROCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., 147; A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, cit., 28; ; A. LYON CAEN, *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, 2005, 505.

contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, sul piano nazionale.<sup>339</sup>

In ogni caso, dovrà essere garantita la parità di trattamento tra imprese stabilite sul proprio territorio e imprese stabilite in un diverso Stato membro (sul concetto di parità di trattamento si rinvia al paragrafo 5.2.1).

Pertanto, in assenza di un sistema di efficacia generale della contrattazione collettiva, lo Stato membro potrà estendere ai lavoratori in distacco le disposizioni previste da contratti collettivi di categoria, ma soltanto ove espressamente previsto da specifica legislazione.

Individuata la normativa (minima) da applicarsi all'ipotesi di distacco, si aggiunge che l'art. 3, par. 10, legittima gli Stati membri ad individuare condizioni di lavoro e di occupazione (ovvero materie), diverse da quelle espressamente contemplate, purchè sussistano ragioni di "ordine pubblico".<sup>340</sup>

Lo stesso articolo consente di estendere le condizioni minime di cui all'art. 3.1, con riferimento al solo settore edile, anche alle attività non contemplate in allegato alla Direttiva.<sup>341</sup>

La Direttiva limita la facoltà di estendere il nucleo di protezione minimo da essa previsto, attraverso leggi, regolamenti e, secondo parte della dottrina,<sup>342</sup> anche collettivi aventi efficacia *erga omnes*, al solo fine di tutelare esigenze di ordine pubblico.<sup>343</sup>

---

<sup>339</sup> Su tale problematica si rinvia alla trattazione specifica effettuata nel paragrafo 6, ove saranno analizzate anche le implicazioni derivanti dalle recenti pronunce della Corte di Giustizia.

<sup>340</sup> Per approfondimenti sul punto: M. Biagi, *La fortuna ha sorriso alla presidenza italiana dell'Unione Europea, prime note di commento alle direttive sui distacchi dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, cit., 7; S. MARETTI, *Il distacco nel quadro della libera prestazione dei servizi*, cit., 232; M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2006, 273.

<sup>341</sup> L'Allegato contempla le seguenti attività: 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; lavori di pittura e di pulitura; bonifica.

<sup>342</sup> P. DAVIES, *Posted workers: single market or protection of national labour law system*, cit., 582; P. DAVIES, *The posted workers directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 299.

<sup>343</sup> Su come poi la nozione di ordine pubblico sia stata recentemente interpretata dalla Corte di Giustizia, con specifici riflessi in materia di tutela del lavoro, si rinvia espressamente al paragrafo *infra* di commento alla sentenza *Ruffert*.

La seconda parte dell'art. 3.10 deve essere letta alla luce della limitazione prevista dall'art. 3.1, che consente l'applicazione delle disposizioni della contrattazione collettiva al solo settore edilizio (ambito particolarmente interessato dal fenomeno del distacco di manodopera); l'art. 3.10 concede quindi agli Stati membri la possibilità di estendere, anche ad altri settori, le disposizioni vincolanti previste però dai soli contratti aventi efficacia *erga omnes*.

In conclusione, la prima parte dell'art. 3.10, consente agli Stati membri di attuare una estensione delle "materie" e quindi delle condizioni di lavoro minime previste dall'art. 3.1; la seconda parte, invece, consente di estendere l'ambito "settoriale" dello stesso art. 3.1.<sup>344</sup>

Con riferimento al lavoro temporaneo, la Direttiva attribuisce agli Stati membri la facoltà di prevedere che le agenzie interinali garantiscano, ai lavoratori inviati all'estero, le stesse condizioni applicabili ai lavoratori temporanei nello Stato membro di destinazione,<sup>345</sup> al fine di livellare i costi della manodopera, evitando così che le imprese utilizzatrici possano avvantaggiarsi indebitamente dall'utilizzo di manodopera proveniente dall'estero.<sup>346</sup>

Tuttavia, si rileva che tale facoltà poteva essere estesa anche alle altre fattispecie di distacco contemplate dalla Direttiva, consentendo agli Stati membri estendere l'intero trattamento riservato ai lavoratori in distacco ai lavoratori nazionali, in deroga all'art. 3.1; ad oggi, invece, si deve ritenere che un'eventuale equiparazione tra manodopera in distacco e quella assunta *in loco* sarebbe illegittima e contraria all'art. 49 Trattato CE, in quanto eccedente il gli obblighi imposti agli Stati membri dalla stessa Direttiva (cfr. paragrafo 6, ove si analizza proprio l'interpretazione operata dalla Corte sulla portata dell'art. 3.1),<sup>347</sup> e comunque contraria al principio

---

<sup>344</sup> Cfr. R. QUENAUDON, *L'article 1. 341-5 du code du travail et son décret d'application confronté à la directive du 16 décembre 1996*, in *Petites Affiches*, 29 octobre 1997, n. 130, 87-88; P. CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in P. CHIECO, *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2004, 64; J. P. LHEROULD, *La loi 2 août et le détachement transnational des travailleurs*, in *Droit Social*, n. 12, 2005, 1197 e ss.

<sup>345</sup> Art. 3, par. 9, della Direttiva; sul punto si veda: O. RYMKEVITCH, *Prospects for the regulation of Temporary agency work at the EU level*, in R. Blanpain, M. TIRABOSCHI, *The Global Labour Market: From Globalization To Flexicurity*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 280.

<sup>346</sup> Cfr. M. BIAGI, *The posted workers EU Directive: from social dumping to social protectionism*, in R. BLANPAIN, *Labour Law and Industrial relation in the European Union*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998, 173 e ss.;

<sup>347</sup> Cfr. Commissione Europea, *Rapporto dei servizi della Commissione sull'attuazione della Direttiva n.96/71, concernente il distacco di lavoratori effettuato nel quadro di una prestazione di servizi*, *cit.*,

della *lex loci laboris*, sancito dal Regolamento Roma I, rispetto al quale l'art. 3.1 della Direttiva 96/71/CE debba essere interpretato come mera eccezione al principio di territorialità del diritto.<sup>348</sup>

### *5.1 Le eccezioni contemplate dalla Direttiva*

L'art. 3, comma 2, afferma che le disposizioni riguardanti “la durata minima delle ferie annuali retribuite” e “le tariffe minime salariali”, non trovano applicazione ai processi produttivi riguardanti le fasi di assemblaggio iniziale e/o di prima installazione, previsti in un contratto di fornitura di beni, se la durata del distacco non eccede gli otto giorni.<sup>349</sup>

Allo stesso modo, le disposizioni relative alla retribuzione minima possono essere oggetto di deroga da parte degli Stati membri, fatta eccezione per il settore edile, qualora la durata del distacco non ecceda un mese e con riferimento alle sole ipotesi di distacco infragruppo, o nell'ambito della fornitura temporanea di manodopera. Tale facoltà potrà essere esercitata soltanto di concerto con le parti sociali.

L'obbligo di estendere ai lavoratori in distacco le disposizioni interne riguardanti le ferie annuali retribuite e le tariffe minime salariali può essere invece derogato - ai sensi dell'art. 3, par. 5 - in relazione alla “scarsa entità” dei lavori da effettuare, sempre con esclusivo riferimento alle ipotesi di distacco infragruppo o nell'ambito della fornitura temporanea di manodopera e purchè gli Stati membri indichino quali siano le condizioni in base alle quali si può rilevare la “scarsa entità” dei lavori effettuati.

Con riferimento alle prime due ipotesi, le eccezioni contemplate dalla Direttiva sembrano ragionevoli e si giustificano in funzione della breve durata del distacco, nell'intento di non gravare la stessa di oneri eccessivi data la esigua durata del distacco interessato dalla deroga.

---

Par. 4, ove si afferma che “*gli Stati membri la cui legge di recepimento impone alle imprese straniere l'osservanza dell'intero diritto del lavoro del paese ospitante durante il periodo di distacco oltrepassano chiaramente il contesto definito dalla legislazione comunitaria*”.

<sup>348</sup> Cfr. S. TANS, *Case report on Laval, 18 December 2007 (Case C-341/05) and Wiking, 11 december 2007 (Case C-438/05)*, in *European Journal of Migration and Law*, 10, 2008, 257. Cfr. N. COUNTOURIS, *The changing law of the employment relationship - comparative analyses in the European context*, Ashgate, Farnham, 2007, 176.

<sup>349</sup> Sulle eccezioni cfr. C. QUIGLEY, *European Community Contract Law. The Effect Of EC Legislation on Contractual Rights*, cit., 210 e ss.;

Affermare il contrario, invece, significherebbe accollare alle imprese un gravame ingiustificato, alla luce dell'arco di tempo nel quale la prestazione lavorativa si sviluppa, richiedendo alle stesse di acquisire informazioni sulle norme nello Stato di destinazione, applicarle ai propri lavoratori, salvo poi rientrare a stretto giro nello Stato di origine. Una normativa di senso opposto, sarebbe ritenuta sproporzionata rispetto allo scopo (di tutela) perseguito e quindi illegittima, anche alla luce delle pronunce analizzate nel paragrafo 6.

Quanto all'ultima eccezione, Direttiva non definisce la nozione di "scarsa entità", la quale potrebbe essere assimilabile allo svolgimento di prestazioni residuali, di scarso rilievo, quanto all'apporto lavorativo dei dipendenti distaccati, con riferimento ad esempio all'orario di lavoro, all'intensità ed alla qualità della prestazione lavorativa, in relazione all'arco temporale di riferimento, ecc.; come affermato dalla Corte di Giustizia, l'art. 3.5 delega sostanzialmente agli Stati membri, con un ampio potere discrezionale, il compito di individuarne i limiti e l'ambito di applicazione.<sup>350</sup> Al contempo, come sopra esaminato, non è prevista una durata massima al distacco di manodopera.

Ciò significa che, seppur l'attività prestata dai lavoratori sia ritenuta residuale, essa potrà costituire legittima deroga all'applicazione delle condizioni di cui all'art. 3.1, per tutta la durata del distacco e, quindi, per un periodo potenzialmente elevato al lavoratore distaccato troverà applicazione - per intero - la normativa dello Stato di origine.

Pertanto, seppur l'art. 3.5 pone una mera facoltà, nel silenzio della Corte di Giustizia e della dottrina rilevante sul punto, si rileva come esso possa comunque generare fenomeni di sfruttamento della manodopera in distacco, a fronte di un potere di deroga eccessivo, per il tramite del quale è consentito agli Stati membri di escludere (anche strumentalmente) dall'ambito di applicazione dell'art. 3.1 una parte rilevante dei processi aziendali, connessi alla circolazione dei servizi.

---

<sup>350</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 29 settembre 1999, C-165/98, *Mazzoleni*, Raccolta, 1999, punti 67 e ss.

6. *Efficacia dei contratti collettivi e tutela dei diritti sociali alla luce delle recenti  
della Corte di Giustizia*

6.1 *Le problematiche connesse alla efficacia soggettiva dei contratti collettivi*

L'esame condotto sull'art. 3.1 della Direttiva 96/71/CE ha dimostrato come le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori in distacco debbano essere desunte dalla legislazione, dai regolamenti e - per il solo settore edilizio - dalla contrattazione collettiva, avente efficacia *erga omnes*.<sup>351</sup>

Allo Stato è poi consentito di estendere la norma ad altri settori e, ove espressamente previsto dalla legislazione interna, di imporre alle imprese estere l'applicazione di contratti di settore, con le limitazioni di cui all'art. 3.8.

In assenza di specifica previsione legislativa, lo Stato membro non potrà estendere alle imprese straniere le condizioni di lavoro contenute nei contratti collettivi, salvo il caso in cui l'impresa decida di aderire ad esso o di richiamarne i contenuti spontaneamente.<sup>352</sup>

Tuttavia, come emerso da un recente studio comparato,<sup>353</sup> in molti Stati membri il sistema di contrattazione collettiva è privo di efficacia generale, ed il contratto collettivo assume quindi un mero valore negoziale, vincolando soltanto le sigle stipulanti e le imprese ad esse aderenti, che espressamente lo richiamino nel contratto individuale di lavoro, o che per fatti concludenti lo applichino al rapporto di lavoro.<sup>354</sup>

---

<sup>351</sup> Cfr. R. BLANPAIN, *Collective bargaining and wages in comparative perspective*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, 122; si veda anche per approfondimenti sul punto: R. BLANPAIN, *The Laval and Viking cases; freedom of services and establishment v. industrial conflict in the European Economic Area and Russia*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009.

<sup>352</sup> Soluzione adottata dall'ordinamento italiano, per il tramite dell'art. 3, D.lgs. n. 72/200, il quale afferma: "Al rapporto di lavoro tra le imprese di cui all'articolo 1, comma 1, e i lavoratori distaccati si applicano, durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonche' dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente piu' rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attivita' in posizione di distacco".

<sup>353</sup> Per una visione d'insieme dei sistemi di contrattazione collettiva europei: R. BLANPAIN, *The Laval and Viking Case. Freedom of service and Establishment v. Industrial conflict in the European Economic Area and Russia*, cit., 2009.

<sup>354</sup> G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2007, 139; A. PIZZOFERRATO, *Il contratto collettivo, L'efficacia soggettiva*, in F. CARINCI, *Diritto del lavoro, Le fonti di diritto sindacale* (a cura di C. ZOLI), Vol. I, Utet, Torino, 2007, 367 e ss.; R. BORTONE, *Il contratto collettivo. Tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Cacucci, Bari, 1992; M. PERSIANI, *Saggio sulla autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972.

Tuttavia, nonostante lo sbarramento della Direttiva 96/71/CE, verso il contratto di settore, esso svolge un ruolo decisivo nella disciplina dei rapporti di lavoro, rappresentando uno degli strumenti cardine nella tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori, nonché nella determinazione di aspetti sostanziali, quali la retribuzione minima, le ferie, i riposi, i periodi di preavviso, ecc.

La Corte di Giustizia, manifestando sensibilità sul punto, in passato aveva ne aveva riconosciuto l'importanza, affermando un principio di apertura verso la contrattazione collettiva, secondo il quale *“il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi dalle parti sociali, in materia di minimi salariali, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche a carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro”*.<sup>355</sup>

Tale principio è fondamentale, in quanto consentiva agli Stati membri di adoperarsi affinché le imprese estere sottoscrivessero i contratti negoziati dalle parti sociali, senza le limitazioni introdotte di recente dalla Corte, che ha addirittura impedito l'esercizio di azioni sindacali, volte a persuadere le stesse imprese all'accettazione dei minimi tabellari previsti dal contratto collettivo, rinnegando quindi il precedente orientamento menzionato.<sup>356</sup>

## 6.2 Brevi considerazioni sull'efficacia soggettiva dei contratti collettivi nel sistema italiano

Prima di procedere al commento del recente orientamento della Corte sull'efficacia dei contratti collettivi, è opportuno chiarire alcuni aspetti, che potranno facilitare la lettura dei paragrafi successivi.

---

<sup>355</sup> Si veda, in particolare, Corte di Giustizia, sentenza del 3 febbraio 1982, cause riunite 62/81 e 63/81, *Seco e Desquenne & Giral*, Raccolta, 1982, 223, punto 14; sentenza del 24 gennaio 2002, *Portugaia Construções*, cit. punto 21. L'applicazione di tali norme, comunque, doveva essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, vale a dire la protezione dei lavoratori distaccati, e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento; Sul punto: Corte di Giustizia, sentenza del 23 novembre 1999, *Arblade*, cit., punto 35; sentenza del 14 aprile 2005, causa C-341/02, *Commissione/Germania*, Raccolta, 2005, I-2733, punto 24.

<sup>356</sup> Rientrano in tale filone la sentenza *Laval, Ruffert e Lussemburgo*, che saranno trattate separatamente nei prossimi paragrafi e la sentenza *Viking*, che sarà invece commentata nel capitolo successivo.

Per uno spunto critico sul punto, U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, fasc. 117, 2008, 117; B. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 2, 2008, 275.

E' stato già detto che numerosi Paesi - in Europa e nel mondo - presentano un sistema di contrattazione delegata alla libertà di negoziazione delle parti sociali;<sup>357</sup> tale è il caso dell'ordinamento italiano.

Conseguentemente all'inattuazione dell'art. 39 della Costituzione ed alla natura di associazione non riconosciuta dei sindacati italiani,<sup>358</sup> il contratto collettivo da essi sottoscritto non presenta efficacia *erga omnes*, ma risulta limitato alle sole parti stipulanti ed alle imprese ad esse affiliate,<sup>359</sup> ovvero alle parti o all'impresa che ne effettuino un richiamo nei contratti di lavoro o, per fatti concludenti, ne applichino i contenuti, durante la gestione del rapporto di lavoro.

A ciò si aggiunga che l'ordinamento italiano consente la stipulazione di contratti aventi efficacia *erga omnes* ai soli sindacati individuati dall'art. 39, comma 3, della Costituzione,<sup>360</sup> limitando l'estensione generalizzata del contratto collettivo per via legislativa.<sup>361</sup>

Pertanto, al di fuori del sistema dell'affiliazione o delle modalità di applicazione sopra riportate, permane nell'ordinamento un problema legato all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi ed alla possibilità di estenderli alle imprese reticenti.

La giurisprudenza<sup>362</sup> - con riferimento ai soli minimi tabellari (ovvero alla retribuzione minima) - ha cercato di ovviare a tale problema riconoscendo all'art. 36 della Costituzione un'efficacia diretta.

---

<sup>357</sup> Sulla necessità di tenere in considerazione tale aspetto si veda: M. RONMAR, *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 189

<sup>358</sup> Sulla natura giuridica delle associazioni non riconosciute si veda: A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2009, 318 e ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2000, 157 e ss.

<sup>359</sup> Cfr. P. BELLOCCHI, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo, L'inattuazione dell'art. 39 e le sue implicazioni sistematiche*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. Costituzione, codice civile e leggi speciali. Le fonti del diritto italiano*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, 276 e ss.; M. D'ANTONA, *Il 4° comma dell'art. 39 Cost., oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 665-698.

<sup>360</sup> Per approfondimenti: G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 128 e ss.

<sup>361</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 19 dicembre 1962, n. 106.

<sup>362</sup> Cfr. Cass. Civ., 03/02/2005, n. 2144, in *Guida al Diritto*, 2005, 9, 88; Cass. Civ., 29/07/2000, n. 10002, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, 395 nota di MANGANIELLO; Cass. Civ., 09/03/1999, n. 2022, in *Orient. Giur. Lav.*, I, 1999; Cass. Civ., 23/01/1995, n. 770, in *Mass. Giur. It.*, 1995; Cass. Civ., 12/05/1986, n. 3155, in *Mass. Giur. It.*, 1986.

L'articolo menzionato prevede infatti che la retribuzione debba essere “*proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*”.<sup>363</sup>

Nello stabilire quando una retribuzione è “equa”, ovvero proporzionata, la giurisprudenza ha attribuito al contratto collettivo, sottoscritto dalle associazioni maggiormente rappresentative,<sup>364</sup> il ruolo di parametro di riferimento nella determinazione della retribuzione minima,<sup>365</sup> posto che in esso, come affermato in dottrina, è operato un contemperamento di interessi (tra parte datoriale e lavoratori), in virtù del dato di esperienza che, generalmente, è trasposto nei contratti collettivi.<sup>366</sup>

La soluzione prospettata dalla giurisprudenza non ha tuttavia risolto il problema dell'efficacia soggettiva e comunque tiene fuori altri aspetti di disciplina del rapporto di lavoro, che non possono essere automaticamente applicati alle imprese che non applicano la contrattazione di settore.

Dall'analisi del sistema contrattuale, a livello interno, si può risalire alle previsioni della Direttiva, che sembrano avere contezza del problema dell'efficacia soggettiva, tanto da prevedere, all'art. 3.8, un'apertura verso i contratti di diritto comune, in assenza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale nello Stato membro.<sup>367</sup>

Ciò nonostante, la soluzione più adeguata sarebbe stata quella di includere i contratti negoziati dalle parti sociali nello stesso art. 3.1 della Direttiva, consentendo anche agli Stati privi di un sistema di efficacia generale, di tutelare adeguatamente i lavoratori in distacco, senza dover utilizzare tecniche normative di richiamo (previste

<sup>363</sup> In relazione al concetto di retribuzione “giusta” e “proporzionata” si veda: L. ANGIELLO, *La retribuzione. Artt. 2099-2102*, in *Il codice civile, Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990; B. FARGNOLI, *La retribuzione, Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>364</sup> Sulla nozione di sindacato maggiormente rappresentativo, in relazione all'ordinamento italiano: F. SANTORO PASSARELLI, *La legge sindacale*, Jovene, Napoli, 1952; M. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenza alla prassi amministrativa*, in *Occupazione, Rappresentatività, Conflitto, Quad. Dir. Lav.*, n. 5, Giappichelli, Torino, 1992; P. GRECO, *La rappresentatività sindacale*, Giappichelli, Torino, 1996.

<sup>365</sup> Cfr. L. NOGLER, *Commento all'art. 36 Cost.*, in M. GRANDI M., G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2008; S. BELLOMO, *Commento all'art. 36 Cost.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. Costituzione, codice civile e leggi speciali. Le fonti del diritto italiano*, Vol. I, cit., 151 e ss.

<sup>366</sup> Su tale argomento: G. GIUNGI, *Diritto sindacale*, cit., 141-142.

<sup>367</sup> In relazione al caso Laval ed alle implicazioni sull'ordinamento italiano: G. ORLANDINI, *Italy*, in R. BLANPAIN, *The Laval and Wiking Case. Freedom of service and Establishment v. Industrial conflict in the European Economic Area and Russia*, cit., 109.

dall'art. 3.8), come vedremo difficilmente praticabili ed evitando disparità di trattamento.

Con riferimento all'ordinamento italiano, l'art. 3 del D.Lgs. n. 72/2000, è stato adottato in attuazione dell'art. 3.8, generando però un'anomalia nel sistema giuridico.<sup>368</sup>

L'articolo 3 attribuisce efficacia obbligatoria ai contratti sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi, ma limitatamente alle imprese estere che effettuano un distacco di manodopera in Italia.

Per le imprese stabilite in Italia, invece, permangono i limiti sopra evidenziati.

Tale differenza paradossalmente può generare una disparità di trattamento a vantaggio delle imprese nazionali, che non decidono volontariamente di applicare il contratto collettivo di settore, reso invece obbligatorio per le imprese estere, generando un effetto anticoncorrenziale addirittura opposto a quello che l'art. 3.8 intenderebbe prevenire.

Tale discriminazione si estende anche alla manodopera, laddove quella impiegata dall'impresa estera sarà soggetta ad un trattamento di miglior favore (previsto dal contratto collettivo), non applicabile - se si eccettuano gli aspetti della retribuzione minima - ai lavoratori impiegati alle dipendenze dell'impresa italiana (che volontariamente non ha deciso di aderire allo stesso contratto collettivo).

Ancor più paradossale è che tale effetto rientri nella casistica delle "a rovescio", ovvero effettuata da uno Stato membro nei confronti dei propri cittadini, ed in quanto tale irrilevante per il diritto comunitario.<sup>369</sup>

Quello appena riportato rappresenta un ulteriore esempio delle distorsioni prodotte dalla Direttiva 96/71/CE e della necessità di procedere ad una revisione di alcune sue parti.

---

<sup>368</sup> Sull'attuazione della Direttiva 96/71/CE si veda: S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in *Mas. Giur. Lav.*, 2006, 1148 e ss.

<sup>369</sup> Sulla nozione di discriminazione a rovescio si veda: C. TOBLER, *Indirect discrimination*, cit.; M. COLUCCI, *Libera circolazione delle persone*, cit.

### 6.2.1 Il diritto alla parità di trattamento tra diritto internazionale e diritto comunitario

Come evidenziato nei paragrafi precedenti, la Direttiva sul distacco persegue, con diverse sfaccettature, un fine *antidumping* e mira a garantire - tendenzialmente - una parità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori in distacco.

Proprio il divieto di discriminazione e la parità di trattamento rappresentano un aspetto fondamentale del rapporto di lavoro, ed un'espressione diretta del più generico principio di eguaglianza, riconosciuto sia a livello nazionale che sovranazionale.<sup>370</sup>

Al fine di garantirne il riconoscimento, anche con finalità *antidumping*, decisivi sono stati gli sforzi dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.<sup>371</sup>

Il problema della parità di trattamento, come correttamente affermato altrove,<sup>372</sup> rappresenta quindi anche un problema di impatto economico e sociale, che non può essere disconosciuto.

In tale contesto, la Convenzione n. 111, adottata dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), concernente la discriminazione nell'impiego e nella professione,<sup>373</sup> afferma solennemente che “Ogni Stato membro per il quale la presente convenzione è in vigore s'impegna a formulare e ad applicare una politica nazionale tendente a promuovere, con metodi adatti alle circostanze e agli usi nazionali, l'uguaglianza di possibilità e di trattamento in materia d'impiego e di professione, al fine di eliminare qualsiasi discriminazione in questa materia”.

La stessa Convenzione definisce il termine “discriminazione” come ogni “distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore, il sesso, la

<sup>370</sup> D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008, 39 e ss., 215 e ss.; A. GALASSO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione Europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, Franco Angeli, Milano, 2007, 15 e ss.; O. M. ARNADÓTTIR, *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003, 1 e ss.

<sup>371</sup> L. NOGLER, *Le fonti internazionali*, in F. CARINCI, *Diritto del lavoro, Le fonti di diritto sindacale* (a cura di C. ZOLI), cit., 32; B. HEPPLER, *Equality and empowerment for decent work*, in J. M. SERVAIS, P. BOLLÈ, M. LANSKY, C. L. SMITH, *Working for better times*, The International Labour Office, Ginevra, 2007, 225. Sull'argomento si veda anche: ILO, *Report of the Director-General on Decent Work*, disponibile su <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> (novembre 2009).

<sup>372</sup> Sul punto, R. BLANPAIN, *General comments*, in R. BLANPAIN, *The Laval and Wiking Case. Freedom of service and Establishment v. Industrial conflict in the European Economic Area and Russia*, cit., XX

<sup>373</sup> Convenzione del 25 giugno 1958, disponibile su <http://www.ilo.org.htm> (novembre 2009).

*religione, l'opinione politica, la discendenza nazionale o l'origine sociale, che ha per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione", ovvero "ogni altra distinzione, esclusioni o preferenza che abbia per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione, che potrà essere precisata dallo Stato membro interessato sentite le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, se ne esistono, ed altri organismi appropriati".*

Il divieto di discriminazione è poi contemplato nei più significativi atti internazionali, quali la Carte delle Nazioni Unite del 1945, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, la Dichiarazione di Philadelphia, nonché nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.<sup>374</sup>

L'art. 21 della Carta Europea afferma: *"È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali"* e che *"Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi"*.<sup>375</sup>

Con particolare riferimento ai lavoratori migranti, fattispecie nella quale senza dubbio debbono essere ricondotti i lavoratori in distacco, l'OIL ha altresì adottato due importanti convenzioni, nel 1949 (convenzione n. 97)<sup>376</sup> e nel 1975 (Convenzione n. 143)<sup>377</sup>.

La Convenzione n. 143, art. 10, pone l'obbligo agli Stati, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, di garantire *"la parità di opportunità e di*

---

<sup>374</sup> Per approfondimenti: M. COLUCCI, *Uguaglianza e divieto di discriminazione sul lavoro*, in R. BLANPAIN, M. COLUCCI, *L'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Diritti fondamentali dei lavoratori e politiche sociali*, Jovene, Napoli, 2007, 57-72.

<sup>375</sup> Si veda, sul punto: O. M. ARNARDÒTTIR, *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003, 33 e ss.

<sup>376</sup> Convenzione n. 97, del 1° luglio 1949, sui lavoratori migranti, disponibile su <http://www.ilo.org/public/italian/region/eurpro/rome/standards/c097.htm>

<sup>377</sup> Convenzione n. 143, del 24 giugno 1975, sui lavoratori migranti (disposizioni complementari), disponibile su <http://www.ilo.org/public/italian/region/eurpro/rome/standards/c143.htm>.

*trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul suo territorio”.*

La Convenzione n. 97, art. 6, afferma che “*ogni Stato membro per il quale sia in vigore la presente convenzione si impegna ad applicare, senza discriminazione di nazionalità, razza, religione o sesso, agli immigranti che si trovano legalmente entro i limiti del suo territorio, un trattamento che non sia meno favorevole di quello che esso applica ai propri dipendenti [...]*”; rientra in tale disposizione, per espressa previsione dello stesso articolo, la voce “retribuzione”.

E' evidente che i principi solenni sopra riportati non possano essere taciuti, o meglio ancora estromessi, da un ragionamento giuridico e, prima ancora di buon senso, a tutti i livelli, sia nazionale che comunitario.

Proprio a tal fine, il Trattato ha previsto, in diversi contesti, il diritto alla parità di trattamento tra i lavoratori aventi la cittadinanza UE, prevedendo al contempo un generico divieto, a carico degli Stati membri, di adottare misure discriminatorie, siano esse dirette o indirette, volte a favorire un lavoratore rispetto all'altro sulla base del criterio della nazionalità.<sup>378</sup>

Ad esempio, l'art. 39 Trattato CE, nell'affermare il diritto alla libera circolazione dei lavoratori, vieta ogni discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro, sicchè al lavoratore che si reca in uno stato membro per esercitare la propria attività lavorativa - o semplicemente per rispondere ad un'offerta di lavoro concreta - è riconosciuto il diritto alla parità di trattamento.

Per quanto riguarda la fase di assunzione, è previsto il diritto a godere della stessa precedenza, senza ulteriori gravami, alle stesse condizioni riservate ai cittadini dello Stato di destinazione, per quanto concerne l'accesso alle occupazioni disponibili (art. 2 del Regolamento n. 1612/68).<sup>379</sup>

<sup>378</sup> Per approfondimenti sulla parità di trattamento a livello europeo: T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., 239 e ss.

<sup>379</sup> Cfr. D. EHLERS, *European fundamental rights and freedoms*, De Gruiter, Berlino, 2007, 263 e ss.; A. P. VAN DER MEI, *Free movement of persons within the European Community*, cit., 26 e ss.; B. A. WORTLEY, *The law of the Common Market*, University Press, Oxford, 1974, 173.

In aggiunta, il lavoratore non essere discriminato nelle condizioni di lavoro, ed in particolare tenuto conto della retribuzione, delle norme in materia di licenziamento, della reintegrazione professionale e del ricollocamento in caso di disoccupazione (art. 7, comma 1, del Regolamento n. 1612/68). Lo Stato membro, inoltre, è tenuto a riconoscere i medesimi vantaggi sociali e fiscali riservati ai propri cittadini (art. 7, comma 2, del Regolamento n. 1612/68).

L'unica eccezione ammessa riguarda il settore del pubblico impiego, in ragione del particolare legame tra l'attività svolta e gli interessi nazionali, che può giustificare l'adozione di procedure concorsuali e di selezione discriminatorie, volte a privilegiare il lavoratore avente la nazionalità dello stato interessato all'assunzione.<sup>380</sup>

Lo stesso art. 49 Trattato CE, che assolve al compito di facilitare la libera circolazione dei servizi, vieta ogni discriminazione tra imprese e/o lavoratori autonomi con differente nazionalità (cfr. capitolo I).<sup>381</sup>

In tale contesto, come sopra affermato, si inserisce la Direttiva 96/71/CE che mira, in linea teorica, a garantire una sostanziale parità di trattamento tra i lavoratori in distacco ed i lavoratori nazionali,<sup>382</sup> per il tramite dell'inviduazione di un *corpus* normativo unico, da applicarsi ai lavoratori in distacco, garantendo, al contempo, una tendenziale parità di trattamento tra le imprese operanti nel mercato.

Tuttavia, come si dirà nei paragrafi seguenti, nonostante il riconoscimento solenne del diritto alla parità di trattamento, a tutti i livelli (internazione e comunitario), le norme della Direttiva, così come recentemente interpretate dalla Corte di Giustizia, risultano inefficienti e inadeguate a garantirne una corretta attuazione; anzi, in taluni casi (come sopra esaminato) generano un effetto diametralmente opposto, discriminatorio, e di sostanziale diseguaglianza.

Anche tale aspetto necessita di essere corretto e, ancora una volta, si ritiene che la soluzione sia quella di riformare la stessa Direttiva, avendo ben chiaro l'obiettivo del

---

<sup>380</sup> M. COLUCCI, *La libera circolazione delle persone*, in M. Colucci, S. Sica, cit., 189; L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., 104 e ss.;

<sup>381</sup> K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, cit., 227 e ss.

<sup>382</sup> W. Beck, *Social quality: a vision for Europe*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, 38 e ss.

perseguimento di un trattamento eguale sia per quanto concerne le imprese sia la manodopera da esse impiegata.

7. *Alla ricerca di un equilibrio tra libertà economiche e diritti dei lavoratori alla luce delle recenti della Corte di Giustizia*

E' stato già chiarito che l'Unione Europea persegue sostanzialmente una finalità economica, ma al contempo non si disinteressa (anzi è auspicabile che non lo faccia) degli aspetti sociali connessi ai processi di integrazione del mercato unico.

Nell'intento di dare rilievo agli aspetti sociali, le Istituzioni comunitarie hanno spesso influenzato le politiche degli Stati membri, sia stabilendo regole minime da attuare a livello nazionale sia fornendo orientamenti e linee guida.<sup>383</sup>

Significativi, per la creazione di un modello sociale europeo sono stati, quindi, gli obiettivi stabiliti dallo stesso art. 136 Trattato CE, quali ad esempio la promozione dell'occupazione ed il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro.<sup>384</sup>

Recentemente, come già detto, il Trattato di Lisbona ha apportato alcune modifiche al Trattato CE, giungendo a riconoscere, ed equiparare alle libertà economiche da esso sancite i diritti fondamentali riconosciuti ai lavoratori nella Carta di Nizza del 2000.

La stessa Corte di Giustizia si è inserita nel solco tracciato dall'ordinamento comunitario, riconoscendo il ruolo dei diritti sociali nel processo di integrazione.

Nel caso *Schmidlberger*,<sup>385</sup> è così emerso un importante principio, adottato a tutela dei diritti fondamentali sanciti a livello internazionale e nazionale.

In particolare, la Corte ha affermato che *“i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e [...] a tal fine quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali relativi alla tutela dei*

---

<sup>383</sup> M. COLUCCI, *L'Unione Europea in un delicato equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Lavl e Wiging: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, n. 1, 2008, 239; C. AUBIN, *L'Europe social entre mythe et réalité*, in *Droit Social*, n. 5, 2007, 620.

<sup>384</sup> Sulla creazione del modello sociale si veda: R. BLANPAIN, S. SICA, M. COLUCCI, *The European social model*, cit.

<sup>385</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidlberger*, Raccolta, 2003, punti 71 e ss.; nella sentenza, la Corte ha si è pronunciata sulla relazione tra diritto di riunione pacifica e libertà di espressione, da un lato, e libera circolazione delle merci, dall'altro. Per approfondimenti in dottrina si veda: B. HEPPLE, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxfors, 2005, 212 e ss.; O. ROTH, *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, 407 e ss.

*diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito*”,<sup>386</sup> aggiungendo che “*poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela dei diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorchè derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato [...]*”.<sup>387</sup>

In forza di tale orientamento, al contempo è stato riconosciuto alle tematiche del lavoro il giusto valore di eccezione ai diritti economici previsti dal Trattato, consentendo agli Stati membri la possibilità di stemperare la forza e l'impatto delle libertà economiche sugli ordinamenti interni.<sup>388</sup> In tale ottica, il Trattato, e segnatamente la libera circolazione delle merci, delle imprese, dei servizi e dei lavoratori, sono stati bilanciati con gli obiettivi di politica sociale perseguiti dai singoli Stati membri.

Tale orientamento, come di vedrà di seguito, è stato di fatto sconfessato, operando una restrizione del campo di azione del diritto del lavoro e della funzione da esso storicamente svolta.

## *7.1 Le implicazioni sulle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori in distacco alla luce del caso Laval*

### *7.1.1 I fatti sottesi alla controversia*

Nel caso *Laval*, è stato proposto ricorso nell'ambito di una controversia tra la *Laval un Partneri Ltd*, società di diritto lettone avente sede a Riga (Lettonia) e la *Svenska*

---

<sup>386</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, Raccolta, 1991, punto 41; sentenza del 6 marzo 2001, causa C-274/99, *P. Connolly/Commissione*, Raccolta, punto 37, sentenza del 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères*, Raccolta, 2002, punto 25.

<sup>387</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 12 giugno 2003, *Schmidlberger*, cit., punto 74.

<sup>388</sup> Cfr. Corte di giustizia: sentenza del 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidlberger*, cit., punti 86-93; sentenza del 25 marzo 2004, C-71/02, *Karner*, Raccolta, 2004, punto 50, ove si afferma che “*se il principio della libertà di espressione è espressamente riconosciuto dall'art. 10 CEDU e rappresenta un fondamento essenziale di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione del n. 2 del detto articolo che tale libertà è anch'essa soggetta a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi della detta disposizione e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito*” (Cfr., in tal senso, Corte di Giustizia: sentenza del 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*, Raccolta, 1997, punto 26; sentenza del 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, Raccolta, 2002, punto .

*Byggnadsarbetareförbundet* (sindacato svedese dei lavoratori del settore delle costruzioni e dei lavori pubblici), la *Svenska Byggnadsarbetareförbundet avdelning 1*, *Byggettan* (sezione sindacale di tale sigla), nonché la *Svenska Elektrikerförbundet* (sindacato svedese dei lavoratori del settore elettrico), in relazione al procedimento che detta società ha avviato, in primo luogo, per ottenere l'accertamento dell'illegittimità sia dell'azione collettiva della *Byggnads* e della *Byggettan* avverso la *Laval*, sia dell'azione di solidarietà del sindacato *Elektrikerna*, consistente in un'attività di blocco dei lavori elettrici in corso, azioni volte ad indurre l'impresa lettone, avente cantieri in Svezia, all'adesione ad un contratto collettivo di settore proposto dai sindacati svedesi.

La *Laval* distaccava nel 2004 circa 35 lavoratori presso una società svedese, al fine della costruzione di un edificio scolastico; quasi tutti i lavoratori in distacco risultavano associati al sindacato lettone e, sempre nel 2004, erano state avviate delle trattative tra la stessa società ed i sindacati svedesi succitati, nell'intento di ottenere l'adesione della *Laval* al contratto collettivo del settore edile.

Tuttavia, in sede di trattative, la *Laval* richiedeva ai sindacati di "stralciare" dall'accordo le parti relative alla retribuzione minima, previste dall'accordo sindacale ad essa proposte, da definirsi successivamente.

Il sindacato svedese (*Byggnads*) si opponeva a tale richiesta, minacciando di intraprendere azione collettive nei confronti della Società.

Dal canto suo, la *Laval* dichiarava che aderendo al contratto collettivo dell'edilizia essa sarebbe stata vincolata, in linea di principio, da tutte le clausole dello stesso, ivi comprese quelle relative agli obblighi pecuniari nei confronti della *Byggettan* e della *FORA* (società di assicurazione svedese), per le particolari prestazioni da esse rese nei confronti dei lavoratori.

Fallite le trattative, iniziava un blocco del cantiere, concretizzatosi, in particolare, nell'impedimento della consegna di merci e nella realizzazione di picchetti di sciopero volti a limitare l'ingresso al cantiere ai lavoratori lettoni nonché ai veicoli.

In tale contesto, dalla sentenza è emerso che, nel sistema svedese, le condizioni di lavoro di cui all'art. 3, comma 1, della Direttiva 96/71/CE risultavano espressamente fissate da disposizioni legislative, ad eccezione dei minimi salariali, la cui fissazione veniva demandata alla contrattazione collettiva di settore, in alcuni casi, ovvero in

sede di negoziazioni specifiche condotte sul luogo di lavoro, a fronte delle quali, le organizzazioni sindacali garantiscono una tregua sociale.

A tale scopo, la legislazione svedese prevedeva che gli Uffici di collocamento dovessero indirizzare le imprese alle parti sociali stipulanti un contratto collettivo di settore, al fine di indurle alla sottoscrizione dello stesso.

### 7.1.2 I principi espressi dalla sentenza

La sentenza *Laval* risulta particolarmente importante per due ordini di ragioni: la prima riguarda il valore attribuito all'efficacia dei contratti collettivi; la seconda, attiene invece alle limitazioni imposte al diritto di sciopero dei lavoratori, oggetto di trattazione separata e rimandata al capitolo successivo.

Quanto al primo aspetto, la sentenza pone in essere un'intepretazione restrittiva delle norme di cui all'art. 3 della Direttiva 96/71/CE (cfr. par. 5), confermata e sostenuta dalle successive sentenze *Rüffert e Lussemburgo*.<sup>389</sup>

L'analisi del caso *Lava* si apre con l'affermazione del principio in base al quale “*il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi dalle parti sociali, in materia di minimi salariali, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche a carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro*”,<sup>390</sup> già precedentemente statuito dalla Corte.

Tuttavia, i giudici operano una prima limitazione del principio aggiungendo che l'applicazione delle norme di protezione sociale, ad opera degli Stati membri, risulta legittima nella misura in cui essa persegua il solo fine della protezione dei lavoratori, senza spingersi oltre quanto necessario al perseguimento di tale scopo.<sup>391</sup>

Applicando tal principio alla normativa svedese, la Corte precisa che lo Stato - al fine di attuare correttamente la previsione di cui all'art. 3.8 della Direttiva - deve

---

<sup>389</sup> Cfr. S. BORRELLI, *Social clause in the Public contract and art. 49 Tce: Bad New! The Rüffert Case*, in *Transfer*, 2008.

<sup>390</sup> *Laval*, punto 57; Cfr. Corte di giustizia: sentenza del 3 febbraio 1982, cause riunite 62/81 e 63/81, *Seco e Desquenne & Giral*, Raccolta, 1982, punto 14; sentenza del 24 gennaio 2002, causa C-164/99, *Portugaia Construções*, cit., punto 21.

<sup>391</sup> Cfr. Corte di Giustizia: sentenza del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arbladei*, cit., punto 35; sentenza del 14 aprile 2005, causa C-341/02, *Commissione/Germania*, Raccolta, 2005, punto 24.

espressamente, e per via legislativa, optare per l'estensione obbligatoria dei contratti privi di efficacia *erga omnes*, assicurando comunque una sostanziale parità di trattamento tra imprese nazionali ed estere.<sup>392</sup>

L'art. 3.8 rappresenterebbe quindi una mera eccezione al sistema previsto dall'art. 3.1 ed alla contrattazione avente efficacia generale, opzione che la Corte predilige nel ragionamento da essa articolato, sminuendo già in partenza il ruolo della contrattazione di settore.<sup>393</sup>

Sulla base di tale ragionamento, la Corte trae una prima conclusione: *“uno Stato membro nel quale i minimi salariali non sono determinati in uno dei modi previsti dall'art. 3, nn. 1 e 8, della direttiva 96/71 non ha il diritto di imporre, sulla base di tale direttiva, alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro, tenendo conto della qualifica e delle mansioni dei dipendenti, per poter conoscere la retribuzione che esse dovranno pagare ai loro dipendenti distaccati”*.

In altre parole, stante l'assenza di un sistema di efficacia generale nell'ordinamento svedese (così come in quello di moltri altri Paesi), è fatto divieto allo Stato membro di obbligare le imprese estere ad applicare le condizioni, e nel caso di specie le retribuzioni, previste dai contratti di settore, se non nelle modalità previste dall'art. 3.8 della Direttiva.

Ogni misura adottata al di fuori dell'art. 3.8 è ritenuta contraria alla libera circolazione dei lavoratori e vietata ai sensi dell'art. 49 Trattato CE; tale principio è interpretato in maniere talmente stretta che la Corte si spinge a dichiarare illegittima la stessa azione sindacale intrapresa dalle sigle di settore svedesi, volta a costringere la *Laval* ad accettare la negoziazione e la sottoscrizione del contratto applicato nel settore di riferimento.

A giudizio della Corte, inoltre, l'imposizione di una trattativa caso per caso con i sindacati, prevista dalla legislazione svedese al fine di determinare la retribuzione applicabile, non può essere intesa nemmeno come attuazione dell'art. 3.7 della

---

<sup>392</sup> *Laval*, punto 66; secondo la Corte: *“si ha parità di trattamento, ai sensi dell'art. 3, n. 8, della direttiva, quando queste ultime imprese sono soggette ai medesimi obblighi, per quanto riguarda le citate materie, previsti per le imprese che effettuano il distacco, e quando le une e le altre imprese sono soggette ai predetti obblighi con i medesimi effetti”*.

<sup>393</sup> *Laval*, 68.

Direttiva (che facoltizza gli Stati membri ad adottare misure più favorevoli ai lavoratori in distacco).

Sul punto la sentenza così recita: *“l’art. 3, n. 7, della direttiva 96/71 non può essere interpretato nel senso che esso consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione 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 protezione minima”,* aggiungendo che *“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 protezione 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 suo territorio”*.<sup>394</sup>

Secondo il principio appena riportato, quindi, la legislazione svedese era da ritenersi illegittima in quanto il livello di protezione da garantirsi ai lavoratori in distacco coincide con il “nocciolo duro” di materie previsto dall’art. 3.1, salvo il caso in cui l’impresa straniera (a) decida invece di sottoscrivere, volontariamente, un contratto collettivo che preveda condizioni più favorevoli per i lavoratori, o (b) gli stessi lavoratori già godano, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di un trattamento di miglior favore rispetto al nucleo minimo di cui all’art. 3.1.<sup>395</sup>

Ne deriva, quindi, un’interpretazione estremamente ristretta dell’art. 3.7, che diminuisce notevolmente la prerogativa degli Stati membri di stabilire un trattamento di miglior favore per la manodopera in distacco, a tutto vantaggio dell’affermazione della libertà di cui all’art. 49 Trattato CE, che viene posta ad un livello superiore rispetto alla stessa tutela del lavoro.

Tale interpretazione viene infine estesa all’art. 3.10 ed alla possibilità concessa agli Stati membri di ampliare l’elenco di materie di cui all’art. 3.1 in presenza di *“ragioni di ordine pubblico”*.

Sul punto, la Corte rilevava che nel sistema svedese tale facoltà era esercitata per il tramite di un sistema di contrattazione privo di efficacia generale e sulla base di ragioni di ordine pubblico individuate dalla parti sociali (soggetti di diritto

---

<sup>394</sup> *Laval*, 80.

<sup>395</sup> *Laval*, 81.

privato),<sup>396</sup> dichiarando illegittimo il sistema di attuazione dell'art. 3.10 adottato, in quanto l'individuazione di legittime ragioni di ordine pubblico sarebbe di competenza delle sole Autorità dello Stato membro.

Per tale ragione, l'art. 3.10 è da interpretarsi nel senso che alle Autorità spetta il compito di stabilire quali siano le ragioni di ordine pubblico, che possano legittimare una restrizione del diritto alla libera circolazione dei servizi e, una volta individuata tale sfera, la contrattazione collettiva (ma solo quella dotata di efficacia *erga omnes*) può individuare condizioni ulteriori ed in deroga rispetto a quelle previste all'art. 3.1. Indirettamente, la Corte afferma un altro importante principio, ovvero che le disposizioni interne a tutela del lavoro, nella misura in cui eccedono le materie previste dall'art. 3.10, costituiscono una limitazione dei diritti dell'impresa, ad eccezione dell'ipotesi di tutela dell'ordine pubblico, nonostante il fine di protezione da essa perseguito. In tal senso, la Corte rivede completamente l'orientamento maturato nella sentenza *Arblade* cui è stato fatto riferimento nel paragrafo precedente.

### 7.1.3 Considerazioni a margine della sentenza

Unitamente alle limitazioni del diritto di sciopero, la sentenza *Laval* sorprende per l'interpretazione restrittiva condotta sulle norme di *favor* contenute nella Direttiva 96/71/CE, ed in particolare sull'art. 3.10, che rappresenta il fulcro della stessa normativa.

*In primis*, la Corte chiarisce l'esatta lettura degli articoli riferiti alla contrattazione collettiva, lasciando liberi (ma comunque entro il limite della libertà di cui all'art. 49 Trattato CE) gli Stati di adottare un sistema avente efficacia generale (soluzione scontata, ma difficilmente praticabile in molti ordinamenti) e, in secondo luogo, consente agli Stati membri di estendere alle imprese estere l'applicazione dei contratti di settore, ipotesi quest'ultima posta su di un gradino inferiore.

Tuttavia, la Corte si manifesta miope verso i sistemi e le tradizioni giuridiche dei singoli Stati membri, che invece attribuiscono notevole importanza alla contrattazione di settore, alla quale spesso è attribuito il compito di disciplinare aspetti fondamentali del rapporto di lavoro. Inoltre, essa si dimostra miope anche

---

<sup>396</sup> *Laval*, 84.

quando rileva che, in assenza di attuazione “secondo norma” (ovvero l’art. 3.8), allo Stato sarebbe preclusa ogni diversa affermazione dei contratti collettivi.

A ciò si aggiunga che negli ordinamenti giuridici, quanto più è flessibile e decentrata una struttura contrattuale, maggiore è il ruolo attribuito alla contrattazione rispetto alla legge, soprattutto in un contesto di difesa *antidumping* sociale o in ordinamenti in cui l’esonero obbligatorio e generalizzata dei contratti collettivi per via legislativa è addirittura ritenuta illegittima.<sup>397</sup>

Sminuire quindi il ruolo ed il diritto delle parti sociali alla negoziazione collettiva, in un mercato globale, in cui i fenomeni di circolazione delle imprese e dei servizi sono all’ordine del giorno, costringerà inevitabilmente gli Stati membri privilegiare la via legislativa, a scapito della fonte contrattuale, nell’ottica di tutelare le proprie imprese con norme certe e vincolanti, ed indebolendo il ruolo storicamente svolto dai sindacati.

Tale aspetto è tanto più amplificato se contestualmente alla dichiarazione di inapplicabilità di un contratto collettivo (privo di efficacia *erga omnes*) si limitano gli strumenti di azione collettiva, quali lo sciopero, precludendo definitivamente ogni forma di lotta sociale e di possibilità, per i lavoratori, di affermare il diritto ad una giusta retribuzione (nel caso *Laval*) e ad una tutela adeguata delle proprie condizioni di lavoro.

Contestualmente, la Corte dimostra scarsa attenzione alle problematiche *antidumping*, distaccando la pronuncia da ogni valutazione di merito e comparativa tra la normativa del Paese di origine e quella dello Stato di destinazione (valutazioni invece condotte nella precedente sentenza *Vander Elst*, sopra esaminata), legittimando pratiche di concorrenza sleale ed antisindacali effettuate dalle imprese, cui gli ordinamenti nazionali, hanno da sempre prestato la giusta attenzione.

---

<sup>397</sup> Sul punto si veda: M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l’Europa Sociale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2008, 282; B. VENEZIANI, *La Corte di giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, cit., 275 e ss.

Risulta quindi condivisibile la tesi di chi ha sostenuto che le limitazioni imposte all'efficacia della contrattazione collettiva ed al diritto di sciopero non possono che apparire “*sorprendenti*”.<sup>398</sup>

Con specifico riferimento all'art. 3.10 ed al rapporto con l'art. 3.7, la Corte sostiene che, nel primo caso, in presenza di ragioni di ordine pubblico, allo Stato membro è consentito di “incrementare” l'elenco di materie coperte dalla Direttiva, mentre - nel secondo caso - l'art. 3.7 concede soltanto la facoltà di prevedere “*condizioni più favorevoli*” (ma non meglio precisate), ma pur sempre nell'ambito delle materie elencate dall'art. 3.1.

Più correttamente, invece, si ritiene che la differenza tra l'art. 3.7 e l'art. 3.10 si sostanzia nel fatto che, nel primo caso, le condizioni più favorevoli stabilite da uno Stato membro dovranno sottostare necessariamente al *test* di proporzionalità proprio dell'ordinamento comunitario, mentre - nel secondo caso - il trattamento di miglior favore previsto dall'art. 3.10 - essendo giustificato da ragioni di ordine pubblico - non necessita di ulteriori verifiche di compatibilità con le libertà del Trattato.<sup>399</sup>

Nella nozione di ordine pubblico, difatti, devono ontologicamente essere ricomprese le ragioni attinenti alla tutela del lavoro, in quanto valore primario rispetto alle ragioni di impresa, prescindendo quindi da ogni analisi di legittimità delle misure adottate dallo Stato membro.

Sul punto, la stessa sentenza *Schmidberger*, ha sostenuto - in ambito diverso da quello della circolazione dei servizi, ma che non ne impedisce un'applicazione analogica - il principio in base al quale “*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'art. 30 del Trattato*” oppure “*per i motivi di interesse generale riconosciuti dalla Corte*”.<sup>400</sup>

In altri termini, la protezione dei lavoratori, e la legislazione adottata dagli Stati a tal fine, deve essere incondizionatamente ricompresa nell'accezione di “*motivo interesse*”

<sup>398</sup> G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, disponibile su [www.etui.org](http://www.etui.org) (dicembre 2009), 9 e ss.

<sup>399</sup> Si veda sul punto: G. ORLANDINI, *Cosiderazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2008, 67 e ss.; M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, cit., 262 e ss.; U. CARABELLI, *Mercato europeo e conflitto sociale*, cit., 134.

<sup>400</sup> *Schmidberger*, cit., punto 78.

*generale*”, o di “*ordine pubblico*” - come precisato dalla Corte in passato<sup>401</sup> - senza che l’affermazione dei diritti sociali possa essere considerata come una “restrizione” alla circolazione delle imprese o dei servizi, rappresentandone invece un completamento ed un contemperamento necessario.<sup>402</sup>

Di contro, tentare di limitare la protezione dei lavoratori, dietro lo schermo dell’affermazione di libertà economiche, significa contraddire la stessa natura e la funzione del diritto del lavoro, strumento di bilanciamento dell’eccessivo potere economico dell’impresa.

## 7.2 *Il ruolo delle clausole sociali ed il discutibile limite dell’ordine pubblico alla luce della sentenza Rüffert*

### 7.2.1 *I fatti sottesi alla controversia*

Tutte le questioni trattate a margine del commento alla sentenza *Laval* risultano ancor più stridenti nel caso *Rüffert*,<sup>403</sup> controversia sorta a fronte della domanda presentata, in via incidentale, dal sig. *Rüffert*, curatore fallimentare della società *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG* e il *Land Niedersachsen*, ed avente ad oggetto la risoluzione di un contratto d’appalto da questa concluso con lo Stato tedesco.

La controversia verteva sulla corretta interpretazione della normativa di un *Land* tedesco, in materia di appalto, la quale stabiliva che all’Ente pubblico fosse consentito di assegnare lavori in appalto alle sole imprese che si impegnavano a corrispondere ai lavoratori le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo del luogo di esecuzione della prestazione del lavoro.

Il *Land*, con pubblica gara, assegnava nel 2003 alla *Objekt und Bauregie* un appalto relativo a lavori strutturali di edilizia nella costruzione di un istituto penitenziario.

Nel contratto figurava il suddetto impegno a rispettare i contratti collettivi e, più specificamente, quello di corrispondere ai lavoratori impiegati nel cantiere almeno il

---

<sup>401</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 23 novembre 1999, *Albrade*, cit.; Cfr. Corte di Giustizia: sentenza del 17 dicembre 1981, *Webb*, cit.; sentenza del 5 febbraio 1982, *Seco&Desquenne*, cit.; sentenza del 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, cit.; sentenza del 28 marzo 1996, *Guiot*, cit. In dottrina si veda:

<sup>402</sup> M. PALLINI, *La tutela dell’ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, disponibile su [www.etui.org](http://www.etui.org) (dicembre 2009), 6.

<sup>403</sup> Corte di giustizia, sentenza del 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*, in *Raccolta*, 2008.

salario minimo vigente nel luogo dell'esecuzione in base al contratto collettivo del settore edilizio (per il tramite, quindi, dell'apposizione di una clausola sociale).

Successivamente alla stipula del contratto, la Società assegnava lavori in subappalto ad un'impresa stabilita in Polonia, la quale veniva sospettata di aver impiegato, nel cantiere, lavoratori cui sarebbe stato corrisposto un salario inferiore a quello previsto dal contratto collettivo di settore (in violazione quindi alla clausola sociale apposta nei capitolati di appalto).

Conseguentemente, il *Land* risolveva il contratto, avendo la società (aggiudicatrice) violato il contratto di appalto, e segnatamente la clausola sociale in esso inserita, a causa del comportamento dell'impresa sub-appaltatrice.

Esperito ricorso interno, la controversia giungeva dinanzi alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale, alla quale si chiedeva di verificare se l'obbligo di rispettare la clausola sociale - oggetto del ricorso - potesse essere ritenuta giustificata da "*ragioni imperative di interesse generale*" e se detto obbligo non eccedesse invece quanto necessario alla tutela dei lavoratori, risultando contrario all'art. 49 Trattato CE ed in particolare se la clausola sociale costituisse una legittima modalità di attuazione dell'art. 3.8 della Direttiva 96/71/CE.

#### 7.2.2 I principi espressi dalla sentenza

Chiamata a pronunciarsi sulla questione, la Corte rilevava, *in primis*, che la disposizione legislativa del *Land*, riguardante l'apposizione della clausola sociale, non stabiliva direttamente un tariffa salariale minima, ma richiamava espressamente un contratto collettivo, con efficacia limitata ad un determinato settore e ad un'area geografica limitata.

Sulla base di tali valutazioni, la Corte dichiarava che la legge del *Land* non poteva essere considerata "*come una disposizione legislativa ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo trattino, della direttiva 96/71, che fissi una tariffa minima salariale così come previsto alla lett. c) del detto comma*".<sup>404</sup>

Inoltre, stante la natura di norma di rinvio ad un contratto ad efficacia limitata e circoscritta, per quanto concerne i destinatari e l'ambito di applicazione territoriale,

---

<sup>404</sup> Rüffert, cit., punto 24.

la disposizione in esame non poteva nemmeno essere ritenuta attuativa dell'art. 3.8 della Direttiva.<sup>405</sup>

Sul punto, la Corte ha poi chiarito che l'art. 3.8 può trovare applicazione soltanto “*in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati*”;<sup>406</sup> l'ordinamento tedesco, invece, prevedeva un sistema di efficacia generale, caratteristica non riscontrata dal giudice nel contratto richiamato dal *Land*.

Infine, la stessa modalità di richiamo non costituiva valido strumento di attuazione dell'art. 3.7 della Direttiva,<sup>407</sup> senza offrire spiegazioni sul punto.

Sulla base di tali considerazioni, la sentenza concludeva ritenendo illegittima la clausola sociale apposta dalla legge del *Land*, rappresentando un “*onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un provvedimento quale quello in discussione nella causa principale è tale da costituire una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE*”.<sup>408</sup>

Nell'effettuare tali considerazioni, la Corte si è spinta oltre, sconfessando gli orientamenti precedenti,<sup>409</sup> e sostenendo che la clausola sociale esaminata, ritenuta restrittiva, non poteva neppure essere giustificata “*dall'obiettivo di tutela dei lavoratori*”,<sup>410</sup> ritenuto non rientrante, nel caso di specie, nella nozione di “ordine pubblico”.

---

<sup>405</sup> Rüffert, cit., punto 28.

<sup>406</sup> Rüffert, punto 22.

<sup>407</sup> Rüffert, punti 32.

<sup>408</sup> Rüffert, punti 37.

<sup>409</sup> Nella stessa sentenza *Schmidberger*, sopra citata, la Corte aveva 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'art. 30 del Trattato*” oppure “*per i motivi di interesse generale riconosciuti dalla Corte*”. Per effetto di tale principio, adottato nel confronto tra libertà economiche del Trattato e tutela dei diritti di associazione e di espressione, si era sostenuto che le misure nazionali ostative le libertà di circolazione, possono essere giustificate qualora perseguano la tutela di esigenze imperative di interesse generale, alle quali era accomunabile la stessa protezione sociale dei lavoratori.

<sup>410</sup> Rüffert, punti 38 e 39.

### 7.2.3 Considerazioni a margine della sentenza

Le conclusioni espresse dalla sentenza *Rüffert*, ed appena riportate, risultano di particolare interesse, sia perché attengono all'efficacia delle clausole sociali sia perché incidono sulla nozione di ordine pubblico e sulla possibilità di farvi rientrare le norme a protezione dei lavoratori.

Con riferimento al primo aspetto, la Corte comprime la sfera di autonomia degli Stati membri e la stessa funzione di livellamento della concorrenza, tra imprese nazionali ed imprese estere, esercitata dalle clausole sociali nella materia degli appalti pubblici, settore in cui l'effetto anticompetitivo del *dumping* esercitato da alcuni prestatori è particolarmente avvertito.

La Corte, invece, senza alcuna considerazione di questo tipo, si è concentrata su di una valutazione meramente giuridica, sancendo fondando l'illegittimità della clausola esaminata sul fatto che essa richiamasse contratti collettivi con efficacia limitata, settorialmente e territorialmente, ignorando la stessa *ratio* e la funzione da esse esercitata.<sup>411</sup>

A chiarimento di quanto affermato si precisa che l'accettazione di una clausola sociale rappresenta la *condicio sine qua non* per la partecipazione delle imprese ad una gara di pubblico appalto, ed alla successiva realizzazione dei lavori; esse, quindi, necessariamente si riferiscono ad un settore specifico (delimitato dal bando di gara) e presuppongono il richiamo alle tariffe stabilite da un contratto avente efficacia limitata al solo settore sul quale il bando insiste, ed alle sole imprese che partecipano all'appalto.<sup>412</sup>

Non si comprende quindi l'avvertita necessità della Corte di ricomprendere necessariamente imprese operanti in settori non coperti dalla gara bandita dall'Ente pubblico.

In altri termini, la clausola sociale costituisce una "condizione" apposta ad un procedimento amministrativo (gara e successivo contratto), attraverso la quale lo Stato persegue finalità sociali di tutela dei lavoratori, coerenti con i principi di

---

<sup>411</sup> G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., 10.

<sup>412</sup> F. MANCINI, *Sub art. 36* in U. ROMAGNOLI, F. MONTUSCHI, G. GHEZZI, F. MANCINI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna, 1972, 547 e ss.

imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, al fine di assicurare una leale competizione tra le (sole) imprese partecipanti all'appalto.<sup>413</sup>

La Corte, senza alcuna valutazione sulla natura giuridica e la funzione svolta, ha dichiarato illegittimo il sistema di richiamo predisposto dalla legge tedesca, mettendo in discussione il sistema delle clausole, adottate in diversi Stati membri a tutela della manodopera impiegata dalle imprese appaltatrici.<sup>414</sup>

Essa ha quindi avallato la posizione delle imprese ricorrenti, le quali sostenevano che la norma controversa, nell'imporre alle imprese estere trattamenti economici minimi nel luogo di esecuzione del contratto, determinava una perdita del vantaggio concorrenziale riconducibile al minor costo del lavoro e, conseguentemente, si traduceva in un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, all'interno del mercato unico.

Avallando tale tesi, la Corte ha indirettamente affermato che la tutela dei minimi salariali, l'applicazione dei contratti collettivi richiamati da disposizioni legislative e la stessa attitudine *antidumping* della clausole sociali, costituirebbero una "restrizione" alla circolazione dei servizi, disconoscendo sia la funzione sociale svolta dalle norme esaminate sia la funzione anticoncorrenziale ed a garanzia della parità di trattamento tra imprese estere e imprese nazionali.

Sostenuta l'illegittimità delle clausole sociali, i giudici hanno ristretto ulteriormente l'interpretazione dell'art. 3.1, chiarendo il rapporto tra norme di protezione sociale ed i concetti di "*ragioni imperative di interesse generale*" e di "*ordine pubblico*".

Quanto al primo aspetto, il ragionamento seguito dalla Corte è semplice ma giunge a conclusioni non condivisibili, per le ragioni che seguono, contraddicendo sia gli orientamenti precedenti sia la stessa posizione dell'Avvocato Generale, il quale aveva invece dichiarato che le clausole sociali adottate dal *Land* ed il richiamo alle tariffe salariali minime da esse effettuato, dovevano ritenersi legittime, in quanto

---

<sup>413</sup> E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica sociale*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, n. 2, 2001, 143. Per approfondimenti sulle materie di appalto e clausole sociali Cfr. I. FRANCO, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, Ipsoa, 2007, 54 e ss.; A. BOSO, *Codice universali degli appalti pubblici*, Vol. I, Sific, Ancona, 2006, 390 e ss.; G. LUIGI ROTA, G. RUSCONI, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Vol. II, Utet, Torino, 1484, 2007;

<sup>414</sup> Cfr. S. BORELLI, *Social Clause in the Public Contract and art.49 Tce: Bad New! The Rüffert Case*, cit., 483; V. BRINO, *Gli equilibrismi della Corte di giustizia: il caso Rüffert*, cit., 484.

norme di “protezione rinforzata”, emanate in attuazione dell’art. 3.7 della Direttiva 96/71/CE.<sup>415</sup>

La sentenza, invece, senza alcuna precisazione, si era limitata a dichiarare che “*siffatta tariffa salariale non può essere considerata una condizione di lavoro e di occupazione più favorevole ai lavoratori ai sensi dell’art. 3, n. 7, della direttiva 96/71*” ed aggiungendo che “*la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione 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 suo territorio*”.

Con i principi espressi nei punti appena riportati, la Corte ha ulteriormente chiarito quanto già emerso dalla sentenza *Laval*, ovvero che le materie elencate dall’art. 3.1 devono essere interpretate come “limite massimo”, al di là del quale ogni misura adottata da uno Stato membro deve ritenersi una restrizione all’esplicazione della libertà di circolazione dei servizi,<sup>416</sup> escludendo, di fatto, ogni effetto utile della facoltà concessa agli Stati membri dall’art. 3.7.

Ma la sentenza *Rüffert* si spinge ben oltre e nell’intento di abbattere ogni resistenza degli ordinamenti interni a vantaggio della circolazione dei servizi, si cimenta sulla definizione di “ordine pubblico”, restringendone l’ambito di efficacia con riferimento alla protezione dei lavoratori ed avallata successiva sentenza *Lussemburgo*, che ne ha interamente confermato le conclusioni.<sup>417</sup>

Pronunciandosi sulla portata della norma di cui all’art. 3.10, essa ha precisato, la legge del *Land* ed il richiamo alla tariffa salariale, da applicarsi ai soli lavoratori partecipanti all’appalto e superiore ai minimi tabellari previsti generalmente per il settore edile, non potevano essere giustificati dall’obiettivo di tutela dei lavoratori.<sup>418</sup>

In entrambi i casi, quindi, la Corte ha ritenuto che l’attribuzione di un livello retributivo di miglior favore non potesse essere giustificata sulla base di ragioni imperative di interesse generale, in quanto il trattamento si applicava ai soli

---

<sup>415</sup> Conclusioni dell’Avv. Generale del 20 settembre 2007, C-346/06, *Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG c. Land Niedersachsen*, punti 94 e 95.

<sup>416</sup> Si veda sul punto M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lav. e Dir.*, 2008, 17 e ss.

<sup>417</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 19 giugno 2008, 319/08, *Commissione/Lussemburgo*, Raccolta, 2008.

<sup>418</sup> *Rüffert*, cit., punto 38,

lavoratori interessati dall'appalto e comunque era da ritenersi eccedente le condizioni di tutela (massime) previste dall'art. 3.1 della Direttiva.<sup>419</sup>

Quanto appena affermato, equivale a dire che le disposizioni di uno Stato membro che attribuiscono un trattamento di miglior favore ai lavoratori non necessariamente devono considerarsi norme di tutela dell'interesse generale dello Stato, ma possono essere ritenute contrarie alla libertà di circolazione dei servizi, prescindendo dalla funzione protettiva da esse esercitata.

Nella sentenza *Lussemburgo*, detto principio viene ancor di più radicalizzato, e la Corte - pronunciandosi sulla portata dell'art. 3.10 della Direttiva - chiarisce ulteriormente il concetto, affermando che la nozione di ordine pubblico, che consente allo Stato membro di derogare alle libertà economiche a tutela dei lavoratori, debba essere interpretata *“in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni della Comunità”*; restringendone ulteriormente l'interpretazione, la Corte aggiunge che *“l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività”*.<sup>420</sup>

Per effetto delle sentenze commentate, quindi, l'ampliamento delle tutele previste dall'art. 3.1 della Direttiva potrà avvenire soltanto in casi estremamente limitati e giustificati dalla sola necessità, dello Stato membro, di garantire il controllo della sicurezza interna, da intendersi in senso restrittivo, con riferimento soprattutto alla tutela delle condizioni di lavoro.

Le disposizioni interne adottate a tale scopo dovranno inoltre essere ritenute *“opportune”* e *“proporzionate”*,<sup>421</sup> ponendo a carico degli Stati membri l'onere di dimostrare che la tutela del lavoro non costituisca un mero ostacolo alla circolazione dei servizi e delle imprese.

Precedentemente a tale ultimo orientamento, la Corte, prima dell'adozione della Direttiva 96/71/CE ed immediatamente dopo, aveva invece adottato un principio diametralmente opposto e di maggiore apertura verso le tematiche del lavoro, ed in

---

<sup>419</sup> Cfr. V. BRINO, *Gli equilibri della Corte di giustizia: il caso Rüffert*, cit. 482.

<sup>420</sup> *Lussemburgo*, cit., punto 50

<sup>421</sup> *Lussemburgo*, cit., punto 51.

base al quale l'applicazione della legge e/o della contrattazione collettiva nazionale ai lavoratori in distacco non potesse essere ritenuta contraria al diritto comunitario, pur se i livelli di tutela applicati erano da ritenersi più elevati di quelli previsti dagli *standards* minimi dettati dal diritto derivato.<sup>422</sup>

Secondo lo stesso orientamento, il miglioramento delle condizioni di lavoro e della tutela dei lavoratori, pur nell'ipotesi in cui avesse determinato una retribuzione alla circolazione dei servizi, doveva ritenersi giustificabile, in quanto la tutela del lavoro rientrava a pieno titolo nelle ragioni di interesse generale dello Stato membro, costituendo così una legittima eccezione all'art. 49 Trattato CE,<sup>423</sup> purchè la tutela aggiuntiva non costituisse un mero strumento di distorsione della concorrenza tra imprese, a vantaggio degli operatori nazionali.<sup>424</sup>

Anche successivamente all'entrata in vigore della Direttiva 96/71/CE, la Corte ha confermato tale orientamento, affermando che nell'articolo 3.10 e nella nozione di ordine pubblico poteva e doveva rientrare la tutela dei lavoratori.<sup>425</sup>

In entrambi gli orientamenti si evinceva quindi lo stesso principio: le norme nazionali a protezione dei lavoratori potevano costituire eccezione al diritto comunitario, nel rispetto delle seguenti condizioni: il riconoscimento della parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere, la tutela reale e concreta per la manodopera in distacco, la proporzionalità tra la tutela garantita e la libertà di circolazione dei servizi.<sup>426</sup>

#### 8. *Il diritto alla libera circolazione delle persone quale substrato normativo della mobilità all'estero dei lavoratori in distacco*

Come si è già detto nei paragrafi precedenti, ogni ostacolo relativo all'ingresso della manodopera in distacco, nel quadro di una prestazione di servizi, rientra nell'ambito

<sup>422</sup> Quale, ad esempio, la Direttiva 96/71/CE.

<sup>423</sup> Cfr. sentenza *Arblade*, cit., punto 34; sentenza *Finalarte*, cit., punto 31; sentenza *Portugaia Construcoes Lda*, cit., punto 19.

<sup>424</sup> Cfr. sul punto S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Cgce europea*, in *Dir. Merc. Lav.*, n. 3, 2000, 587 e ss.

<sup>425</sup> Cfr. Corte di Giustizia: sentenza *Arblade*, cit., punti 30 e 31; sentenza C-493/99, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, cit.; sentenza *Mazzoleni*, cit.; sentenza *Finalarte*, cit., punto 33; sentenza *Portugaia Construcoes Lda*, cit., punto 20; sentenza *Wolff & Muller GmbH*, cit.; sentenza 31.5.2001, C 283/99, *Commissione v. Repubblica italiana*, Raccolta, 1999.

<sup>426</sup> Cfr. M. PALLINI, *La tutela dell' "ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, cit., 7; Cfr. U. CARABELLI, *Mercato europeo e conflitto sociale*, cit., 114 e ss.

di applicazione dell'art. 49 Trattato CE, mentre la circolazione dei lavoratori che intendono stabilirsi in via definitiva in uno Stato diverso da quello di origine, per esercitare un'attività di lavoro subordinata rientra nel campo di applicazione dell'art. 39 Trattato CE e della normativa derivata.

Tuttavia, se le restrizioni e gli ostacoli al distacco di manodopera devono essere analizzate alla luce dell'art. 49 Trattato CE, da un punto di vista formale e procedurale, l'uscita dal Paese di origine, l'ingresso nello Stato di destinazione e la permanenza in esso dei lavoratori in distacco è assimilata alla fattispecie coperta dall'art. 39 Trattato CE.

In altre parole, la circolazione in senso stretto dei lavoratori in distacco beneficia, indirettamente, dei principi e dei diritti derivanti dalla normativa comunitaria in materia di circolazione, riconosciuti a tutti i cittadini UE. In caso contrario, l'attraversamento delle frontiere e la dimora nello Stato di destinazione del servizio, per quanto concerne la manodopera in distacco, risulterebbe priva di tutela o di specifica disciplina, posto che i diritti appena menzionati non potrebbero comunque essere dedotti dalla Direttiva 96/71/CE, o direttamente dall'art. 49 Trattato CE, che trova invece applicazione ai soli servizi resi dalle imprese e dai lavoratori autonomi, categorie alle quali il dipendente in distacco non può essere in alcun modo assimilato (in quanto subordinato, nello Stato di origine, all'impresa distaccante).

Il diritto alla libera circolazione delle persone e dei lavoratori, rispettivamente contemplato negli artt. 18 e 39 del Trattato, consente ad ogni cittadino dell'Unione Europea, compresi i lavoratori in distacco, di spostarsi e soggiornare su tutto il territorio comunitario, senza alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità.<sup>427</sup>

L'art. 18 Trattato CE solennemente dispone che: *“Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel Territorio degli Stati membri”*.

La norma si fonda sulla nozione di cittadinanza europea, introdotta con il Trattato di Maastricht e trasposta nell'art. 17 Trattato CE, in cui si legge che: *“È istituita una*

---

<sup>427</sup> Sulla definizione di libera circolazione dei lavoratori: A. PIETER VAN DER MEI, *Free Movement of Persons within the European Community*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 28; G. DAVIES, *European Union Internal Market*, Cavendish, Londra, 2003, 41; R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., 270; F. CARUSO, P. DE PASQUALE, *Mercato comune e unione economica e monetaria quali strumenti di realizzazione degli obiettivi dell'unione europea*, in M. STELIO, *L'ordinamento europeo*, Giuffrè, Milano, 2008, 34.

*cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro*". Tale libertà non si applica ai cittadini extracomunitari, anche se residenti in uno Stato membro.<sup>428</sup>

La libera circolazione comporta il diritto di uscita dal paese di origine e diritto di ingresso e/o soggiorno in un diverso stato UE, senza alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12 Trattato CE); la Corte di Giustizia ha esteso l'efficacia di tali principi anche alle associazioni aventi natura privata (ad esempio, una Federazione sportiva o un sindacato), qualora la normativa da esse adottata, incidano negativamente su di essi.<sup>429</sup>

Il diritto alla libera circolazione, tuttavia, non è un diritto assoluto, ma può essere oggetto di limitazioni, giustificate dalle classiche ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, che costituiscono una generica eccezione alle libertà sancite dal Trattato.<sup>430</sup>

Le condizioni di esercizio del diritto alla libera circolazione delle persone sono state invece accorpate nella citata Direttiva 2004/38/CE, che ha abrogato e in parte modificato la precedente disciplina in materia e che - per le ragioni precedenti - trova applicazione anche ai lavoratori distaccati nelle ipotesi contemplate dalla Direttiva 96/71/CE.<sup>431</sup>

Ciascun cittadino ha diritto, se munito di carta di identità o di un passaporto in corso di validità, di lasciare il proprio paese e di recarsi in un altro stato membro (art. 4, 2004/38/CE); ciò ha comportato l'abolizione dei controlli alle frontiere interne al territorio UE, attuata attraverso il c.d. *acquis* di *Schengen*, e il divieto di imposizione di un visto di ingresso (art. 5, Direttiva 2004/38/CE).

Successivamente all'ingresso, il cittadino UE può soggiornare in uno stato membro diverso da quello di origine, per un periodo non eccedente i tre mesi, senza dover fornire alcuna giustificazione. Per i soggiorni di durata superiore, invece, è richiesto che la persona (art. 7, comma 1, Direttive 2004/38/CE): eserciti attività di lavoro

<sup>428</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 19 marzo 1964, causa 76/63, *Unger in Hoekstra*, Raccolta, 1964, 351.

<sup>429</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Warlave*, in *Racc.*, 1974, 1405; sentenza del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, in *Racc.*, I-1663, punto 16.

<sup>430</sup> K. LEANERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, cit., 191 e ss.

<sup>431</sup> Direttiva attuata in Italia con D.Lgs. Decreto Legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, pubblicato in *Gazz. Uff.*, del 27 marzo 2007, n. 72. Per approfondimenti si veda L. PALMIERI, *La disciplina dei cittadini comunitari*, Maggioli, Rimini, 2008.

autonomo o subordinato nello stato di destinazione; disponga per sé, e per i propri familiari al seguito, di risorse economiche sufficienti, senza divenire un onere per lo stato ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che possa coprire tutti i rischi in cui possa incorrere; eserciti il diritto al ricongiungimento familiare, alle condizioni che vedremo.

Alternativamente è concesso il medesimo diritto alla persona che risulti iscritta 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. Al contempo, la stessa persona deve disporre di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello stato membro ospitante e di assicurare all'autorità nazionale competente, con una dichiarazione o con altro mezzo di sua scelta equivalente, 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 suo periodo di soggiorno.

Come evidenziato, la direttiva prevede quindi un diritto al ricongiungimento familiare (art. 7, comma 2, Direttive 2004/38/CE). La nozione di familiare va desunta dalla medesima direttiva e ricomprende (siano essi cittadini UE o extracomunitari): il coniuge, il *partner* (che abbia contratto un'unione registrata ove contemplata dalla legislazione nazionale), i discendenti diretti di età inferiore a ventuno anni (o a carico del coniuge o del *partner*), gli ascendenti diretti a carico (e quelli del coniuge o *partner*).

Quanto alla nozione di vivenza a carico, la Corte<sup>432</sup> ha stabilito che non è condizione necessaria l'obbligo di pagamento di alimenti, ma essa può essere anche dedotta da semplici elementi di fatto, quali – ad esempio – il mero sostentamento economico. È considerato a carico anche colui che, pur avendo raggiunto la maggiore età, sia minorato.<sup>433</sup>

La dimora per un periodo superiore a tre mesi richiede l'iscrizione all'anagrafe presso l'autorità competente; l'art. 8 della Direttiva, infatti, ha abrogato le precedenti

---

<sup>432</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 18 giugno 1987, causa 316/85, *Centre public d'Aide sociale de Courcelles c. Marie-Christine Lebon*, in *Racc.*, 1987, 2811)

<sup>433</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 27 maggio 1993, causa C-310/91, *Schmid*, in *Racc.*, 1993, I-3011.

disposizioni relative al rilascio della carta di soggiorno, equiparando così la persona che si insedia nel paese prescelto ai cittadini di quello stato. In realtà, già la carta di soggiorno rappresentava un mero atto dichiarativo di un diritto esistente in sé (ovvero il diritto alla dimora), né si era mai dubitato dell'eventuale natura autorizzatoria della stessa.<sup>434</sup>

In ultimo, la Direttiva attribuisce il diritto al soggiorno permanente alla persona che abbia risieduto per almeno cinque anni consecutivi nel medesimo stato; a tal fine, l'autorità competente rilascerà un documento (che differisce, a sua volta, dalla carta di soggiorno) attestante l'acquisizione del diritto.<sup>435</sup>

Anche al cittadino al seguito, seppur in via subordinata, è riconosciuto il diritto al soggiorno per periodi eccedenti i tre mesi o permanente: esso ha natura derivata, ovvero si trasferisce dal cittadino UE che abbia maturato un diritto autonomo al familiare al seguito, qualunque ne sia la nazionalità.

Per il familiare extracomunitario resta invece fermo il sistema di rilascio della carta di soggiorno.

### *8.1 L'estensione dei diritti ai cittadini neocomunitari*

A seguito del processo di allargamento, iniziato il 1° gennaio 2004 e conclusosi il 1° gennaio 2007 con l'ingresso della Bulgaria e della Romania, i diritti sopra esaminati trovano applicazione a ben ventisette Stati; l'adesione dei due nuovi Paesi è stata invece accompagnata da un periodo transitorio, ovvero limitativo dell'accesso al mercato del lavoro.

Con la sottoscrizione dell'Atto di adesione all'Unione Europea,<sup>436</sup> il diritto alla libera circolazione, delle persone e dei lavoratori, è stato da ultimo esteso anche alla Bulgaria ed alla Romania, seppur con un regime facoltativo, in base al quale agli originari Stati membri è stata concessa la possibilità di optare per un regime transitorio, con durata massima pari a sette anni, limitando l'accesso dei lavoratori (subordinati) bulgari o rumeni.<sup>437</sup>

---

<sup>434</sup> M. COLUCCI, *La libera circolazione delle persone*, cit., 179; Corte di Giustizia, sentenza dell'8 aprile 1976, causa 48/75, *Royer*, in *Racc.*, 1976, 497, punto 50.

<sup>435</sup> R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD, *International migration law: developing paradigms and key challenges*, University Press, Cambridge, 2007, 320.

<sup>436</sup> Pubblicato in *GUUE*, 21 giugno 2005, n. L 157/203.

<sup>437</sup> Sul punto, R. BLANPAIN, *European labour law*, cit., 206-288.

Tale regime non si applica ai lavoratori autonomi, agli studenti, ai pensionati, ai turisti e alle ipotesi di stabilimento per l'esercizio di attività economica,<sup>438</sup> e, si aggiunge, all'ipotesi di distacco di manodopera nell'ambito di una prestazione di servizi (ipotesi che ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 49 Trattato CE e non dell'art. 39 Trattato CE).

L'esclusione dal regime transitorio, dei lavoratori in distacco, ha così consentito - sin dall'adesione - alle imprese stabilite in Bulgaria ed in Romania di avvantaggiarsi del *dumping* da esse praticato, nelle forme sopra esaminate, senza che i mercati degli originari Stati membri abbiano potuto limitarne l'effetto, o comunque subire gradualmente la competizione derivante da mercati con costi della manodopera inferiori e con lavoratori che, una volta integrati, hanno senza esitazioni accettato di lasciare lo Stato di origine per inserirsi in un tessuto economico, che offrisse migliori condizioni sociali e maggiori condizioni di impiego, rinunciando volentieri a parte delle tutele generalmente riconosciute ai lavoratori nello Stato di destinazione. Per un periodo iniziale di due anni (dunque, fino al 1° gennaio 2009), lo Stato già membro poteva optare per il mantenimento in vigore delle clausole contenute in accordi precedentemente stipulati con i due paesi, o di applicare misure restrittive interne. Non erano consentite limitazioni maggiori di quelle già contenute nel Trattato di adesione (c.d. clausola di "*standstill*" o di "*status quo*").<sup>439</sup>

Allo scadere del biennio, gli Stati che hanno optato per un regime transitorio dovranno comunicare alla Commissione l'eventuale intenzione di mantenere misure restrittive (per un periodo massimo di altri tre anni) o di liberalizzare il sistema di accesso al mercato del lavoro, per i cittadini bulgari e/o rumeni.<sup>440</sup>

Alla conclusione del quinquennio si potranno delineare due diversi scenari: (a) in un caso, lo Stato che ha optato per un regime transitorio potrà comunicare alla Commissione di continuare a mantenere in vigore le norme nazionali o le clausole di

---

<sup>438</sup> Per approfondimenti, Unione Europea, *Libera circolazione dei lavoratori dopo l'allargamento*, disponibile in [www.europa.eu/](http://www.europa.eu/) (novembre 2009).

<sup>439</sup> N. REICH, *Understanding EU Law*, cit., 84; A. ALBI, *EU enlargement and the constitutions of Central and Eastern Europe*, University Press, Cambridge, 2005, 103 e ss.

<sup>440</sup> Sul punto, Commissione Europea, *Lavoratori bulgari e rumeni dopo l'ingresso nell'Ue*, disponibile in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int) (novembre 2009).

accordi bilaterali secondo lo schema indicato; (b) diversamente, lo stesso Stato dovrà scegliere di non applicare più tali restrizioni.

Al termine del periodo di transizione, della durata complessiva di sette anni (o cinque anni nella seconda ipotesi prospettata), il diritto alla libera circolazione troverà piena efficacia,<sup>441</sup> ma potrà comunque essere richiesta alla Commissione - se si presentino gravi perturbazioni nel mercato del lavoro - un'autorizzazione ad introdurre "clausole di salvaguardia", con l'effetto di sospendere temporaneamente l'efficacia del diritto alla libera circolazione dei lavoratori.<sup>442</sup>

Il sistema si regge inoltre sul principio di reciprocità: se uno Stato opta per un regime transitorio anche alla Bulgaria o alla Romania è riconosciuta la facoltà di introdurre limitazioni all'ingresso dei lavoratori provenienti dallo stesso Stato.

Tuttavia si rileva come il regime esaminato non abbia consentito di limitare gli effetti distorsivi del mercato sinora trattati, in quanto riferito esclusivamente alla circolazione dei lavoratori per fini di insediamento nello Stato di destinazione, ovvero sulla libertà di cui all'art. 39 Trattato CE, senza determinare alcun effetto sulla fattispecie del distacco e sugli effetti derivanti dalla circolazione di servizi offerti a basso costo, sui quali non può che incidere una riforma sostanziale della Direttiva 96/71/CE, proposta quale tema conclusivo nel capitolo seguente.

### 9. Considerazioni conclusive

Dall'analisi condotta emerge un quadro poco rassicurante, da un punto di vista sociale. L'internazionalizzazione delle economie e l'allargamento ad Est dell'Unione Europea ha messo in luce tutte le debolezze del mercato unico e la fragilità degli ordinamenti nazionali rispetto alle libertà fondamentali previste dal Trattato; la mobilità delle aziende, riconosciuta per il tramite della combinazione del diritto di stabilimento e della libera circolazione dei servizi consente alle imprese di selezionare, con accuratezza, il Paese in cui esercitare, e soprattutto dal quale esercitare, la propria attività, optando per lo Stato con il livello più basso di tutela.<sup>443</sup>

<sup>441</sup> In relazione al periodo transitorio e ai diritti conseguenti all'allargamento dell'Unione Europea: A. F. TATHAM, *Enlargement of the European Union*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, 100 e ss.

<sup>442</sup> Art. 13, Allegato IV all'Atto di adesione, e art. 7, paragrafo 2, Allegato VII all'Atto di adesione.

<sup>443</sup> Cfr. T. TREU, *Il diritto del lavoro tra internazionalizzazione e segmentazione*, cit., 99; R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 19.

Per effetto delle recenti sentenze della Corte di Giustizia, inoltre, si è assistito ad una erosione dei poteri e delle competenze degli ordinamenti nazionali, rompendo l'equilibrio che si era venuto a creare nel mercato unico, ove si sono da sempre confrontate le ragioni e la libertà di impresa con la necessaria coesione sociale.<sup>444</sup>

Al contempo, la Corte ha ristretto e limitato la funzione di protezione delle norme lavoristiche, nonché lo stesso ruolo, ad esse riconosciuto, nel contrasto del fenomeno del *dumping*, basato proprio sullo sfruttamento della manodopera.<sup>445</sup>

L'ingresso di nuovi Paesi nel mercato unico ha ulteriormente contribuito all'amplificazione di tali fenomeni, introducendo dinamiche di confronto tra imprese ed ordinamenti giuridici con elevate differenze di tutela, più basse nei Paesi neocomunitari e più elevate in quelli occidentali.

Oggi, quindi, la comparazione e la competizione tra ordinamenti giuridici determina un effetto opposto a quello immaginato dalle stesse Istituzioni comunitarie, ed i principi solidi di tutela del lavoro conquistati in occidente stanno lentamente lasciando il posto ad un modello giuridico improntato su di un livello basso di tutela, per effetto delle sentenze della Corte, sicuramente, ma anche per effetto della necessità - per gli Stati membri - di garantire, dall'interno, il mantenimento di un sufficiente livello concorrenziale delle imprese in essi operanti, abbassando gli *standards* di tutela sinora riconosciuti.<sup>446</sup>

Da ciò ne discende la necessità di rivedere e/o di ripensare lo stesso significato della Direttiva 96/71/CE, nonché dello spirito con il quale l'integrazione è stata concepita, procedendo - ove possibile - all'elaborazione di un nuovo atto normativo, che consente un recupero della funzione e del valore del diritto del lavoro, affinché gli effetti dell'allargamento e delle liberalizzazioni, che negli ultimi anni hanno subito un'accelerazione senza precedenti, possano essere corretti e riequilibrati.<sup>447</sup>

---

<sup>444</sup> Si veda sul punto A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. PLAIA, *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 73 e ss.

<sup>445</sup> Cfr. T. TREU, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?* In *Europa e diritto privato*, 2004, 22 e ss.

<sup>446</sup> Per approfondimenti sulla tematica: A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999. Cfr. G. C. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, Milano, 2005, 135 e ss.

<sup>447</sup> Cfr. U. ROMAGNOLI, *Divagazioni sul rapporto tra economia e lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2005, 536 e ss.; F. MANCINI, *Argomenti per uno Stato europeo*, in *Soc. Dir.*, 1998, 7 e ss.

Probabilmente il raggiungimento di tale scopo passa attraverso l'assunzione di decisioni politiche, prima ancora che giuridiche, che probabilmente necessitano di sfociare in una revisione delle stesse competenze dell'Unione Europea in materia di lavoro, aspetto tralasciato dal Trattato di Lisbona.

E' necessaria quindi una improrogabile riforma nel campo del diritto comunitario del lavoro, che tenga conto delle ragioni di impresa, ma che sia incondizionatamente sostenuta da un'idea di rafforzamento della protezione dei lavoratori, nell'ottica di sviluppare un mercato in cui le imprese competano non sullo sfruttamento della manodopera, ma su altri fattori produttivi, quale ad esempio l'innovazione tecnologica.<sup>448</sup>

---

<sup>448</sup> Come brillantemente affermato da U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 181; Cfr. M. ROCCELLA, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 34,

CAPITOLO IV  
CIRCOLAZIONE DELLE IMPRESE ED IMPATTO SULLA TUTELA DEI  
LAVORATORI. ALLA RICERCA DELLA NORMATIVA DI PROTEZIONE  
APPLICABILE

*1. Libertà di stabilimento e law shopping: riflessioni introduttive sugli effetti dell'art. 43 Trattato CE nel settore dei trasporti marittimi*

Nel capitolo I si è chiarito come per effetto dell'art. 43 Trattato CE a ciascuna impresa sia consentito di stabilirsi, in via secondaria, oppure a titolo principale, nello Stato da essa prescelto, indipendentemente dalle motivazioni sottostanti, senza limitazioni od ostacoli fondati su criteri discriminatori, diretti o indiretti, nonché derivanti da misure che - seppur indistintamente applicabili - impediscano o limitino il diritto di trasferimento all'estero della persona giuridica.

Molte imprese, in ambito comunitario, hanno quindi deciso di trasferire il loro centro di interessi, muovendo dallo Stato di origine, eventualmente ritenuto non più conveniente, verso altri Stati membri, con una legislazione più favorevole; tale operazione è spesso motivata su valutazioni strettamente legate alla gestione ed ai costi del personale.

Ad esempio, se un'impresa operante nel settore marittimo, stabilita in uno Stato con costo della manodopera particolarmente elevato, svolge un servizio di trasporto (sia esso di persone o merci) verso un altro Stato membro, con costo della manodopera inferiore, è plausibile che - a fronte dell'apertura dei mercati e la completa liberalizzazione del settore - essa decida di chiudere ogni relazione giuridica con il primo Stato, per trasferire la propria sede legale o insediarsi in via secondaria nel secondo, senza che né lo Stato di origine né lo Stato di destinazione possano effettuare un controllo sulle motivazioni che inducono l'impresa a trasferire la propria sede o la propria attività altrove.

Per effetto dei principi espressi dal Trattato, nonché - in particolare - dalle sentenze *Inspire Art* ed *Überseering*, già citate, l'operazione riportata risulterebbe legittima, anche se finalizzata ad una mera riduzione dei costi della manodopera.<sup>449</sup>

---

<sup>449</sup> Cfr. K. J. HOPT, *The European Foundation: a new legal approach*, University Press, Cambridge, 2006, 190 e ss.; J. RICKFORD, *The European company: developing a community law of corporations*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 85 e ss.

L'impresa, quindi, potrà procedere al licenziamento della manodopera impiegata nel primo Stato, assumendo manodopera *in loco* e, nel caso del settore marittimo (o ad esempio anche del trasporto in generale), continuare esattamente a svolgere i medesimi servizi, il tutto – ad esempio, nel settore marittimo - attraverso un mero cambio di bandiera di una o più navi.

L'effetto prodotto sarà un risparmio (prodotto per effetto dell'attuazione di una pratica di *law-shopping*<sup>450</sup>), per l'impresa delocalizzata sui salari, sui costi connessi al rispetto di norme di igiene e di sicurezza, alle ferie, nonché sulla (eventuale) tassazione favorevole dei redditi e sulla minore contribuzione dovuta nello Stato di destinazione (ove inferiori a quelli dello Stato di origine).

Inoltre, la stessa impresa potrà avvantaggiarsi di una legislazione meno restrittiva nella gestione del personale, come ad esempio nel caso di licenziamento individuale o collettivo della manodopera impiegata.

Per l'effetto, il risparmio sarà (tendenzialmente e probabilmente) netto, stante il fatto che la società di navigazione percorrerà la stessa rotta, utilizzerà i medesimi beni e strumenti e non dovrà dotarsi di particolari infrastrutture nello Stato di destinazione.

Non si intende tacere sul fatto che il cambio di bandiera genererà nuova occupazione nello Stato di destinazione, ma - si rileva - essa sarà prodotta a discapito della manodopera precedentemente impiegata e con un saldo negativo rispetto al livello medio delle retribuzioni nel mercato unico (ad esempio, se l'impresa licenzia 10 dipendenti in Italia e ne assume altrettanti in Romania, il saldo occupazionale sarà eguale, ma le retribuzioni pagate alla manodopera neoassunta saranno inferiori a quelle precedentemente corrisposte).

In tale contesto, si inserisce e diviene determinante il ruolo svolto dagli attori nazionali, ed in particolare dai sindacati (stante l'impossibilità per gli Stati membri di opporsi al trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa) che potrebbero opporsi ai fenomeni negativi di delocalizzazione, contrastando - per il tramite di azioni collettive - la chiusura dell'attività nello Stato di origine e cercando di

---

<sup>450</sup> Per un'analisi del fenomeno, in relazione a diversi settori, e con riferimento all'impatto sulla tutela dei lavoratori: Cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2001, 117 e ss.; J. CONAGHAN, R. M. FISCHL, B. KLARE, *Labour law in an era of globalization*, University press, Oxford, 2004, 280 e ss.; B. SVANTESSON, *Private international law and the internet*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007, 296 e ss.; J.M. TERRA, P. J. WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 359 e ss.

costringere l'impresa a desistere dall'operazione, o quantomeno a procedere all'assunzione, nello Stato di destinazione, dei lavoratori precedentemente impiegati, alle stesse condizioni salariali.

Lo sciopero, e le azioni collettive in generale, potrebbero quindi divenire lo strumento principale di contrasto dei fenomeni di insediamento delle imprese negli Stati *low-cost*.

La Corte di Giustizia si è cimentata su di un caso analogo, che vedeva interessata una società Finlandese (*Viking Line*), la quale - con l'obiettivo finale (e dichiarato) di lucrare sulla legislazione favorevole dello Stato di destinazione - decisione di trasferire parte delle proprie attività in Estonia, modificando la bandiera di una nave (Rossella), che svolgeva servizi di trasporto passeggeri da Helsinki a Tallin (e viceversa).

Il caso *Viking*, cui è stato già fatto riferimento nel presente lavoro, necessita di essere approfondito per le implicazioni in materia lavoristica derivanti dalla sentenza e poiché il settore del trasporto marittimo, ad avviso dello scrivente, è quello in cui i fenomeni di *law-shopping* e di *dumping* risultano più evidenti.

Si procederà, prima di commentare la sentenza, ad introdurre brevemente il tema con un'indagine sulla normativa in materia di trasporto e sulle operazioni di cambio bandiera.

### *1.1 Un caso emblematico di law-shopping: cambio di bandiera e normativa internazionale*

Secondo il diritto internazionale della navigazione, il cambio di bandiera determina la modifica della nazionalità della nave, nonché il collegamento di questo bene con l'ordinamento giuridico di un determinato Stato.<sup>451</sup> Esso costituisce una qualificazione giuridica del bene e comporta la soggezione della nave alla sovranità di un certo Stato, in luogo dell'altro.<sup>452</sup>

---

<sup>451</sup> A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L.TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Giuffrè, Milano, 2008, 235 e ss

<sup>452</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 23 dicembre 1961, n. 67, in *Riv. Dir. Nav.*, II, 1962, 165, con nota di A. CASSESE, *Intorno alla potestà dello Stato della bandiera sulle navi che si trovano in altro mare*; F. FLORIO, *Nazionalità della nave e legge della bandiera*, Giuffrè, Milano, 1957, 41 e ss.; W. D'ALESSIO, *Nazionalità della nave tra codificazione e decodificazione*, Jovene, Napoli, 1984.

Da un punto di vista dell'ordinamento comunitario, detta modifica può essere interpretata come stabilimento a titolo primario (se accompagnata da una chiusura della sede legale nello Stato di origine) o a titolo secondario (se essa riguardi esclusivamente una parte delle attività di navigazione dell'impresa).

Il diritto internazionale, sul punto, lascia comunque liberi gli Stati di determinare i criteri di diritto interno necessari per l'attribuzione della nazionalità; in particolare, la Convenzione di Montego Bay,<sup>453</sup> richiede - al fine di considerare effettivo il cambio di bandiera - un semplice "legame sostanziale" tra la nave e lo Stato, da intendersi quale esercizio della giurisdizione e delle attività di controllo sulla nave, sotto il profilo amministrativo, tecnico e sociale.

Tuttavia, come rilevato in passato, esistono degli Stati che attribuiscono, senza alcun controllo, la nazionalità alle navi, seppur di proprietà interamente straniera, o di società non controllate da cittadini ivi residenti, contribuendo al fenomeno delle c.d. navi battenti bandiera "ombra", di "comodo" o di "convenienza"; tali fenomeni derivano quasi sempre da esigenze delle compagnie di navigazione di riduzione dei costi di esercizio, riferibili anche all'equipaggio occupato.<sup>454</sup>

In ambito comunitario, il fondamento giuridico dell'azione dell'Unione Europea, nel settore marittimo, è costituito dagli articoli 70-80 Trattato CE. Tali disposizioni forniscono una definizione alquanto vaga della politica comune dei trasporti, rimettendo le linee d'azione comunitarie alla scelta delle stesse Istituzioni comunitarie, cui il trattato concede un margine di discrezionalità molto ampio.<sup>455</sup>

La politica dei trasporti, che include i trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili, ha perseguito sostanzialmente tre obiettivi: l'eliminazione degli ostacoli che gli Stati avrebbero potuto opporre allo sviluppo di tale settore; la soppressione

---

<sup>453</sup> Art. 91, Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare e accordo sull'attuazione della parte XI della convenzione, del 1982, ove si afferma che "Ogni Stato stabilisce le condizioni che regolamentano la concessione alle navi della sua nazionalità, dell'immatricolazione nel suo territorio, del diritto di battere la sua bandiera. Le navi hanno la nazionalità dello Stato di cui sono autorizzate a battere bandiera. Fra lo Stato e la nave deve esistere un legame effettivo" e che "Ogni Stato rilascia alle navi alle quali ha concesso il diritto di battere la sua bandiera, i relativi documenti".

<sup>454</sup> S. ZUNARELLI, *Le bandiere di comodo e l'evolversi dei principi di libertà di navigazione e di commercio marittimo*, in *Dir. Mar.*, 1980, 400 e ss.; A. MASUTTI, *Genuine link e bandiere ombra*, in A. ANTONINI, *Trattato breve di diritto marittimo*, I, Giuffrè, Milano, 2007, 417.

<sup>455</sup> Per approfondimenti si veda: B. PARAMESWARAN, *The liberalization of maritime transport services*, Springer, Berlino, 2004, 5 e ss; R. H. WIJFFELS, J. VREBOS, *European Transport Law*, Wijffels, Antwerpen, 1995.

delle discriminazioni di prezzo e di condizioni di trasporto; l'integrazione comunitaria dei trasporti con conseguente abolizione delle discriminazioni fra trasportatori; la realizzazione di una politica tariffaria comune e di un coordinamento in materia di investimenti in infrastrutture.<sup>456</sup>

La rimozione degli ostacoli esistenti nel sistema dei trasporti, che limitava la completa esplicazione e le potenzialità del settore ha rappresentato lo scopo principale voluto dalle Istituzioni comunitarie; in tale contesto, il Consiglio ha adottato il Regolamento CEE n. 11/60, ancora in vigore, che sancisce il divieto, già posto dal Trattato, di praticare prezzi a condizioni differenti in relazione al Paese di origine o di destinazione dei prodotti trasportati per le stesse merci.

Se la disciplina della materia si è inizialmente focalizzata sulle condizioni di onorabilità, capacità finanziaria e professionale, la cui regolamentazione rientra nella competenza dello Stato membro, ove è posta la sede dell'esercente l'impresa di trasporto, successivamente l'intervento si è esteso ad altri campi.

Il Regolamento CEE 1174/68,<sup>457</sup> più volte integrato, modificato e infine sostituito dal Regolamento CEE 3568/83,<sup>458</sup> ha previsto l'adozione di sistemi omogenei per la determinazione delle tariffe nei trasporti su strada, stabilendo una disciplina provvisoria differenziata, che introduce sia un regime di liberalizzazione, basato su tariffe di riferimento non obbligatorie, sia la fissazione bilaterale di tariffe "a forchetta" ed obbligatorie.

I progressi più significativi si sono avuti, tuttavia, solo a partire dalla seconda metà degli anni '80, nel quadro dell'attuazione del mercato interno.

Nell'ambito del trasporto marittimo, le misure prese dalle Istituzioni comunitarie riguardano la difesa dell'industria marittima comunitaria e l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di condizioni di esercizio e di sicurezza della navigazione marittima.

Le azioni in tale settore, salvo il caso in cui non vi siano specifiche previsioni nel Trattato, ricadono nell'ambito di applicazione delle regole generali riguardanti le

---

<sup>456</sup> Cfr. C. DEREATTI, *Misure di promozione dei traffici*, Forum, Udine, 2007, 51 e ss.

<sup>457</sup> Regolamento del 30 luglio 1968, relativo all'istituzione di un sistema di tariffe applicabili ai trasporti di merci su strada fra gli Stati membri, pubblicato in *GUCE* del 10 gennaio 1977, 61.

<sup>458</sup> Regolamento del 1° dicembre 1983, relativo alla formazione dei prezzi per i trasporti di merci su strada tra gli Stati membri, pubblicato in *GUCE* del 22 dicembre 1983, 1.

singole libertà, quali ad esempio l'art. 43 Trattato CE riferito al diritto di stabilimento.<sup>459</sup>

Per quanto concerne la libera circolazione dei servizi di trasporto, la previsione di cui all'art. 51 Trattato CE<sup>460</sup> non ha comunque impedito che i principi sanciti - in linea generale - dall'art. 49 Trattato CE, trovassero applicazione anche al settore dei trasporti.<sup>461</sup>

L'art. 72 Trattato CE pone comunque, nello specifico, il divieto agli Stati membri di imporre misure meno favorevoli per i prestatori stabiliti in un diverso Stato membro, applicando quindi il generico principio alla parità di trattamento tra cittadini ed imprese UE, sancito dal Trattato.<sup>462</sup>

E' fatto quindi divieto agli stessi Stati di imporre ai prestatori stranieri tasse, imposte in senso lato, o condizioni particolari volte a proteggere una o più imprese stabilite nel proprio territorio, salvo espressa autorizzazione della Commissione (art. 76 Trattato CE).

In tale quadro giuridico, il Consiglio, per quanto riguarda il principio della libera prestazione di servizi, ha adottato il Regolamento CEE n. 4055/86,<sup>463</sup> adottato sulla base dell'art. 70 Trattato CE, il quale richiede agli Stati membri di perseguire una politica comune in materia di trasporti, al fine di liberalizzare il settore e conferire ad esso maggiore impulso.<sup>464</sup>

Rientrano nel campo di applicazione delle disposizioni in esso contenute sia il trasporto intracomunitario (relativo ai servizi di trasporto di persone e merci) sia il traffico con Paesi terzi (servizi di trasporto e merci verso uno Stato extracomunitario da parte di un'impresa stabilita nello Stato membro).

L'art. 8 prevede, per quanto attiene il presente lavoro, che un prestatore il quale fornisca servizi di trasporto marittimo possa svolgere temporaneamente la sua attività

---

<sup>459</sup> Cfr. Corte di Giustizia, causa 67/73, *Commissione/Francia*, Raccolta, 1974, 359, punti 24-28.

<sup>460</sup> Il quale afferma che "La libera circolazione dei servizi, in materia di trasporti, è regolata dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti".

<sup>461</sup> K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, cit. 248.

<sup>462</sup> Sul divieto di discriminazione nel settore dei trasporti: Corte di Giustizia, cause riunite C-184/91 e C-221/91, *Oorburg and van Messen*, Raccolta, 1993, I-1633, punti 12-15.

<sup>463</sup> Regolamento del 22 dicembre 1986, che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi, pubblicato in *GUCE* del 31 dicembre 1986, 1.

<sup>464</sup> Cfr. V. J. G. POWER, *EC shipping Law*, Lloyd's of London Press, London, 153 e ss.; L. O. BLANCO, *Shipping conferences under EC antitrust law: criticism of a legal paradox*, Hart publishing, Oxford, 2007, 164 e ss

nello Stato membro in cui è prestato il servizio, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini. L'articolo, quindi, al di là della mera affermazione di principio, consente di estendere a tutti gli operatori del settore, siano essi Stati membri o soggetti privati, il diritto alla libera circolazione dei settori marittimi, consentendo di rimuovere ogni limitazione e/o ostacolo frapposto a tale libertà.<sup>465</sup>

L'effetto della normativa comunitaria citata, ed in particolare l'incrocio della libertà di stabilimento con la libertà di circolazione dei servizi, risulta estremamente pericolosa, se solo si considera che - a differenza di altri settori - v'è assoluta indifferenza, nelle attività di trasporto (tra cui quello su mare), nella scelta dello Stato di stabilimento.

I servizi delle imprese di trasporto, infatti, sono prestati generalmente sulla stessa rotta, da un Paese all'altro; lo stesso servizio è concentrato principalmente sulla circolazione del mezzo di trasporto, ed è quindi indifferente la localizzazione della sede legale (che svolge, nel caso di specie, attività meramente burocratiche) o degli uffici amministrativi.

Non essendovi limitazioni nel diritto di stabilimento o nel servizio prestato, alla compagnia non resterà quindi che scegliere lo Stato più conveniente, tra i due interessati dalle rotte coperte, continuando - senza sostanziali differenze (se si eccettua il vantaggio sui costi della manodopera) o aggravii economici - a svolgere l'attività di trasporto, realizzando esclusivamente un risparmio sul costo del lavoro e un vantaggio competitivo sulle navi battenti bandiera di un altro Stato (il tutto a discapito dei soli lavoratori).

## 2. *Diritto di stabilimento delle compagnie marittime e ruolo delle azioni collettive.*

### *Il caso Viking Line*

#### *2.1 I fatti sottesi alla controversia*

Nella sentenza *Viking*,<sup>466</sup> la Corte ha espresso alcuni concetti importanti, toccando aspetti delicati, quali le pratiche di *law-shopping*, le bandiere di convenienza ed in

---

<sup>465</sup> L. O. BLANCO, B. VAN HOUTTE, *EC competition law in the transport sector*, University press, Oxford, 2002, 19; E. VAN HOOYDONK, *European seaports law*, Wjffels, Antwerp, 2003, 49 e 119.

<sup>466</sup> Corte di Giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2007, *Wking Line*, cit.

particolare la tutela della manodopera impiegata, con specifico riferimento al ruolo delle sigle sindacali ed al diritto di sciopero.

La *Viking Line*, (come detto) proprietaria del traghetto Rossella, svolgeva un servizio di trasporto passeggeri tra Tallinn ed Helsinki; i membri del suo equipaggio erano iscritti al sindacato finlandese FSU, affiliato a sua volta alla federazione internazionale del settore dei trasporti, l'ITF, particolarmente impegnata in una politica di lotta contro le compagnie battenti bandiere di convenienza.

Nell'ottobre 2003, la *Viking* ha comunicato alla FSU l'intenzione di cambiare la bandiera del Rossella - che operava in perdita, a causa della concorrenza delle compagnie estoni - immatricolandola in Estonia.

Nel frattempo, l'accordo collettivo sottoscritto dalla *Viking* con la FSU, relativo all'equipaggio del Rossella, era scaduto; da un lato la *Viking* non intendeva più rinnovarlo, mentre dall'altro il sindacato finlandese non era più legato alla clausola di pace sociale, da esso prevista.

A fronte delle decisioni assunte dalla *Viking*, l'FSU ha annunciato uno sciopero, ed ha richiesto all'impresa di rinunciare al cambio di bandiera e di incrementare contestualmente l'equipaggio del Rossella.

In solidarietà all'FSU, l'ITF ha inviato a tutti i sindacati affiliati una circolare, imponendo loro di non avviare trattative con la società, allo scopo di evitare che l'impresa potesse concludere un nuovo contratto collettivo in Estonia.

A fronte dell'iniziativa dell'FSU, la *Viking* proponeva ricorso dinanzi al giudice interno competente, il quale rinviava la questione - in via pregiudiziale - alla Corte di Giustizia.

## *2.2 I principi emersi dalla sentenza*

Investita della questione, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi innanzitutto sull'ambito di applicazione delle norme comunitarie relative alla libertà di stabilimento e, quindi, sul carattere restrittivo o meno delle azioni collettive promosse dall'FSU e dall'IFT.

Con riferimento al primo dei quesiti ad essa sottoposti, la Corte ha riconosciuto un'efficacia orizzontale alle libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi, sancendo la diretta applicabilità degli articoli 43 Trattato CE e 49 Trattato CE anche

ai soggetti privati, come i sindacati, e non solo allo Stato ed alle Autorità pubbliche, ritenendo inoltre irrilevante la loro natura giuridica o la forma degli atti da essi emanati (ed includendo, come vedremo, anche le azioni collettive da essi proclamate).<sup>467</sup>

La Corte ha così precisato che “*dal momento che le condizioni di lavoro nei vari Stati membri sono disciplinate sia mediante disposizioni legislative o regolamentari, sia mediante contratti collettivi e altri atti conclusi o adottati da soggetti privati, una limitazione dei divieti previsti da tali articoli agli atti delle autorità pubbliche rischierebbe di creare inuguaglianze nell’applicazione degli stessi*”.<sup>468</sup>

L’efficacia orizzontale ha sempre rappresentato uno dei principi cardine del diritto comunitario, consentendo l’efficacia diretta, sui soggetti privati, delle norme del Trattato, da un lato, e, dall’altro, la tutela dei diritti dei singoli, i quali - indipendentemente dall’esistenza di atti normativi interni di recepimento - possono invocare (direttamente) l’applicazione delle norme previste dallo stesso Trattato.<sup>469</sup>

Come espresso dalla Corte nella sentenza *Van Gend*,<sup>470</sup> difatti, “*il diritto comunitario [...] nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi [...] che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare*”.

Sulla base di tale principio, la Corte ha quindi affermato che “*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*”.<sup>471</sup>

A sostegno di tale tesi, i Giudici, esame sempre nella sentenza *Viking*, hanno ritenuto che “*l’abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l’eliminazione*

---

<sup>467</sup> Posizione già espressa dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 21 giugno 1974, *Reyners*, cit.; sentenza del 3 dicembre 1974, *Binsbergen*, C-33/74, Raccolta, 1974.

<sup>468</sup> Corte di Giustizia, sentenza dell’11 dicembre 2007, *Viking*, cit., punto 34; cfr. Corte di giustizia, sentenza *Walrave e Koch*, punto 19; *Bosman*, punto 84, e *Angonese*, punto 33, citate.

<sup>469</sup> M. COLUCCI, *L’Unione Europea in un delicato equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Lavl e Wiging: quando il fine non giustifica i mezzi*, cit., 240; E. TRAVERSA, *Il diritto di stabilimento*, cit., 196.

<sup>470</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, Raccolta, 1963, 3.

<sup>471</sup> Corte di Giustizia, *Viking*, cit., punto 33; Cfr. sentenza del 12 dicembre 1974, *Walrave e Koch*, cit., punto 17; sentenza del 14 luglio 1976, *Donà*, cit., punto 17; sentenza dell’11 aprile 2000, *Deliège*, cit., punto 47; sentenza del 6 giugno 2000, *Angonese*, cit., punto 31, sentenza del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters e a.*, Raccolta, I-1577, punto 120.

*delle barriere di origine statale potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica*”,<sup>472</sup> concludendo per l'applicabilità diretta dell'art. 43 Trattato CE alla controversia oggetto del ricorso e legittimando la *Viking* ad invocare direttamente la libertà da esso sancita, anche nei confronti di una sigla sindacale (la FSU) e/o di una Federazione di sindacati (l'ITF).

Precisato quanto precede, con un notevole salto logico, ad avviso dello scrivente, la Corte ha sostenuto che l'azione collettiva minacciata dalla FSU si fondava sul contratto collettivo del quale lo stesso sindacato richiedeva la sottoscrizione da parte della *Viking* e che le azioni collettive menzionate - per effetto derivato - dovessero rientrare nell'ambito di applicazione del diritto di stabilimento di cui all'art. 43 Trattato CE.<sup>473</sup>

Il governo danese, intervenuto nel procedimento, sosteneva invece che il diritto di associazione, il diritto di sciopero e quello di serrata esulavano dall'ambito di applicazione dell'art. 43 Trattato CE, posto che l'art. 137, n. 5, Trattato CE, ne riserva la regolamentazione agli Stati membri.

Sulla posizione della Danimarca, la Corte ha chiarito che *“sebbene nei settori che non rientrano nella competenza della Comunità gli Stati membri restino in linea di principio liberi di determinare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e i modi di esercizio degli stessi, resta tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, tali Stati sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario”*.

In definitiva, alla luce del ragionamento da essa condotto, e del quale sono stati riportati i punti salienti, la Corte ha concluso per l'applicabilità dell'art. 43 Trattato CE anche alle azioni collettive oggetto di causa ed in particolare allo sciopero.<sup>474</sup>

Effettuata tale valutazione, i Giudici hanno ritenuto quindi di potersi pronunciare anche sulla legittimità delle azioni intraprese dai sindacati convenuti, e quindi sulla loro eventuale portata restrittiva, raggiungendo una conclusione quanto meno discutibile.

Il ragionamento seguito a tal fine parte dalla considerazione in base alla quale sebbene le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento mirino ad

---

<sup>472</sup> Corte di Giustizia, *Viking*, cit., punto 34.

<sup>473</sup> Corte di Giustizia, *Viking*, cit., 37.

<sup>474</sup> Corte di Giustizia, *Viking*, cit., 40.

assicurare il beneficio della parità di trattamento tra imprese, nonché l'abolizione di ogni ostacolo all'insediamento di un prestatore in uno Stato membro, l'art. 43 Trattato CE sancisce - al contempo - il divieto per lo Stato di origine di ostacolare detto insediamento e quindi la "fuoriuscita" dell'impresa dal tessuto economico del Paese di provenienza.<sup>475</sup>

Il mero cambio di bandiera costituiva lo strumento, per la *Viking*, di insediamento in pianta stabile (e quindi di "stabilimento") nello Stato di destinazione (l'Estonia) e tale diritto poteva essere ostacolato, se non addirittura vanificato, dall'azione collettiva programmata dall'FSU, poiché essa avrebbe impedito alla *Viking* "di beneficiare, nello Stato membro ospitante, del medesimo trattamento degli altri operatori economici stabiliti in tale Stato".<sup>476</sup> La stessa attività dell'IFT, mirante principalmente a contrastare il fenomeno delle bandiere di convenienza, impediva invece agli armatori di immatricolare le loro navi in uno Stato diverso da quello di origine e, pertanto, venivano interpretate come un ostacolo al diritto di stabilimento dell'impresa in Estonia.<sup>477</sup>

In entrambi i casi, quindi, le azioni collettive menzionate sono state ritenute contrarie all'art. 43 Trattato CE e, come vedremo nel paragrafo seguente, non giustificabili, in quanto eccedenti la funzione di protezione dei lavoratori della *Viking* perseguita.

### 2.2.1 Le azioni collettive quale possibile eccezione alle libertà espresse dal Trattato

Riconosciuta la illegittimità delle azioni intraprese dall'FSU e dall'ITF, la Corte si è pronunciata anche sulla natura di dette azioni e sulla possibilità che esse costituiscano un'eccezione al diritto di stabilimento, giustificabile da ragioni imperative di interesse generale (ovvero la protezione dei lavoratori).

Premesso che tale aspetto è già stato affrontato precedenza nel capitolo precedente, si ritiene comunque necessario addurre ulteriori considerazioni.

Sulla questione, la Corte ha richiamato un orientamento anteriore, secondo il quale "il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei

---

<sup>475</sup> Corte di Giustizia, *Viking*, cit., punto 69; Cfr. sentenza del 27 settembre 1988, *Daily Mail*, punto 15.

<sup>476</sup> Corte di Giustizia, *Viking*, cit., punto 72.

<sup>477</sup> Corte di Giustizia, *Viking*, cit., punto 73.

*lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato*”,<sup>478</sup> poiché “*la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte*”.<sup>479</sup>

Ciò nonostante e sebbene l’azione collettiva intrapresa nei confronti della *Viking* fosse finalizzata alla tutela dei posti e delle condizioni di lavoro dell’equipaggio del Rosella - minacciati dal cambio di bandiera - la Corte si è spinta sino a ritenere necessario un ulteriore approfondimento, affermando che il giudice di rinvio avrebbe dovuto effettuare una valutazione sull’esistenza o meno del rischio che i diritti fondamentali dello stesso equipaggio potessero essere effettivamente lesi.

Nell’effettuare tale valutazione, pur riconoscendo la sussistenza di detto rischio, il giudice di rinvio avrebbe dovuto accertare se l’azione collettiva intrapresa dai sindacati potesse essere comunque ritenuta “proporzionata” ed “adeguata” a garantire la realizzazione dell’obiettivo di tutela perseguito, o - di contro - eccedente tale fine.

La Corte ha comunque precisato che l’FSU, prima di procedere ad azioni di sciopero, avrebbe dovuto verificare se non fosse opportuno perseguire lo stesso scopo con altri mezzi, meno restrittivi, e quindi compatibili con l’esercizio del diritto di stabilimento della *Viking*.<sup>480</sup>

Con riferimento, invece, alla politica dell’ITF, ed all’azione di solidarietà avviata nei confronti dell’FSU, si è addirittura sostenuto che soltanto le azioni collettive fondate su di un pericolo concreto ed effettivo di lesione dei diritti dei lavoratori (non rilevato nel caso *Viking* - nonostante le ragioni del cambio di bandiera, dichiarate dalla stessa impresa) possano essere ritenute legittime, mentre l’ITF - nel caso di specie non avendo accertato se il cambio di bandiere avrebbe avuto o meno conseguenze dannose (per i posti o le condizioni di lavoro dell’equipaggio del Rosella), l’azione intrapresa - e mirante ad imporre che la contrattazione collettiva tra armatori e sindacati debba (necessariamente) avvenire nello Stato in cui l’impresa ha la sede effettiva - era da ritenersi ingiustificata, in quanto non idonea a garantire la realizzazione dell’obiettivo di tutela perseguito.<sup>481</sup>

<sup>478</sup> Cfr. sentenza *Schmidberger*, cit., punto 74;

<sup>479</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 23 novembre 1999, *Arblade*, cit., punto 36; sentenza del 15 marzo 2001, *Mazzoleni e ISA*, cit., punto 27; sentenza del 25 ottobre 2001, *Finalarte*, cit. punto 33.

<sup>480</sup> Corte di Giustizia, sentenza *Viking*, cit., punti 86 e 87.

<sup>481</sup> Corte di Giustizia, sentenza *Wiking*, cit., punti 88-90.

Tale ultima considerazione era basata sul fatto che l'ITF applicasse il principio del Paese di effettivo stabilimento, a fini di contrattazione, anche qualora l'ordinamento dello Stato di destinazione fosse maggiormente protettivo, per i lavoratori, di quello del Paese di origine.

Con riferimento all'azione dell'FSU e dell'IFT, la Corte non ha ritenuto giustificabili le azioni intraprese dai sindacati e, rispetto ai principi emersi dalla sentenza *Arblade*, si è spinta ben oltre, limitando ulteriormente la possibilità di includere la protezione dei lavoratori nelle ragioni di interesse pubblico e, soprattutto (rispetto anche alle ultime due sentenze, già criticate), introducendo un ulteriore principio, da non trascurare, secondo il quale soltanto le azioni che, a seguito di attenta valutazione "qualitativa", circa le finalità perseguite, siano ritenute attuate a fronte di un "pericolo concreto" di sfruttamento della manodopera, dovrebbero essere ritenute legittime.

Tale conclusione è sorprendente, soprattutto perché elaborata sulla base del caso *Viking*, nel quale i diritti dell'equipaggio del *Rossella* risultavano invece minacciati da una decisione dell'impresa, volta a diminuire le retribuzioni corrisposte alla manodopera impiegata ed a sminuire la funzione ed il ruolo delle sigle sindacali interessate dalla controversia, tutti aspetti ignorati però dai Giudici.<sup>482</sup>

### *2.3 Considerazioni a margine della sentenza*

Ogni commento relativo ai principi sanciti dalla sentenza *Viking*, deve essere necessariamente introdotto da alcune considerazioni circa la competenza o meno della Corte di Giustizia a pronunciarsi in materia di sciopero.

Le stesse considerazioni possono essere rivolte al caso *Laval*, nella parte in cui la Corte ha dichiarato illegittima l'azione collettiva intrapresa dai sindacati, sotto forma di blocco dei cantieri, poiché finalizzata a costringere un prestatore di servizi, stabilito in un altro Stato membro (i.e. l'impresa *Laval*), ad avviare una trattativa ed a sottoscrivere un contratto collettivo, nello Stato di destinazione, che garantiscesse ai lavoratori in distacco una protezione "eccedente" il limite di cui all'art. 3.1 della Direttiva 96/71/CE (Cfr. Cap. III).

---

<sup>482</sup> M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, cit., 246.

Pur se nel caso *Viking* la Corte si è pronunciata sulla legittimità di un'azione collettiva, in relazione al diritto di stabilimento, mentre nel caso *Laval*, la sentenza risultava fondata sull'art. 49 Trattato CE, tale differenza non può essere d'impedimento all'articolazione di un ragionamento congiunto, posta la similitudine tra i diritti e le questioni giuridiche oggetto di indagine.

Il primo aspetto da trattare è dunque quello della (“asserita”, come affermato altrove<sup>483</sup>) competenza dell'Unione Europea in materia di azioni collettive (nella fattispecie, sciopero e blocco dei cantieri), alla luce della previsione di cui all'art. 137 Trattato CE, comma 5.

Sia nel caso *Viking* che nel caso *Laval*, le azioni collettive oggetto di indagine sono state dichiarate illegittime per contrarietà all'art. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE, ed in entrambi i casi la Corte si è dichiarata competente a conoscere della materia.

In precedenza, e segnatamente nel caso *Albany*,<sup>484</sup> i giudici erano stati chiamati a pronunciarsi sull'applicazione delle regole di concorrenza in materia di contrattazione collettiva e, seppur rilevando un effetto restrittivo, la Corte aveva concluso affermando che - al fine di non compromettere gli obiettivi di politica sociale perseguiti dall'Unione Europea - gli accordi collettivi non potevano rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 81 Trattato CE.<sup>485</sup>

Nella sentenza si faceva riferimento ad un fondo pensionistico integrativo, istituito dalla contrattazione collettiva, e veniva richiesto alla Corte di verificare se l'imposizione dell'obbligo d'iscrizione per le imprese del settore potesse rappresentare una “misura” (restrittiva, ai sensi dell'art. 81 Trattato CE), adottata da uno Stato membro, suscettibile di annullare l'effetto utile delle regole di concorrenza sulle quali si fonda il mercato unico.

Tralasciando gli effetti anticoncorrenziali sottesi alla vicenda (che esulano dalla presente trattazione), ciò che rileva ai nostri fini è la volontà dei giudici di creare una sorta di “immunità” della contrattazione collettiva,<sup>486</sup> rispetto alle libertà economiche previste dal Trattato.

---

<sup>483</sup> U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit. 148.

<sup>484</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, Raccolta, 1999.

<sup>485</sup> R. WHISH, *Competition law*, University press, Oxford, 2009, 238.

<sup>486</sup> M. CORTI, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2007, 773 e ss; Cfr., per una critica alle conclusioni raggiunte dalla Corte, A. DE SALVIA,

Invero, la Corte (nella sentenza citata) non si è propriamente dichiarata incompetente a conoscere della materia, in quanto esclusa dalle competenze UE, ma - più correttamente - ha ritenuto (basandosi su di un ragionamento condivisibile) che la contrattazione collettiva è per sua natura destinata ad alterare la concorrenza tra imprese nel mercato, attraverso la previsione di specifiche misure a protezione dei lavoratori, ulteriori rispetto alle disposizioni di legge *standard* (e quindi generalmente applicabili in uno Stato membro).

Nonostante il ragionamento della Corte nei casi *Laval* e *Viking* trovi fondamento anche sulla sentenza *Albany*, le sentenze sfociano in una conclusione diametralmente opposta, scevra di ogni riferimento sia sulla natura delle azioni collettive sia sulla funzione da esse svolte.

Con riferimento all'aspetto della competenza, l'art. 137, comma 5, esclude lo sciopero dalle materie riservate all'Unione Europea, ed in particolare al legislatore comunitario, lasciando la disciplina dell'istituto ai singoli Stati membri.

Tale esclusione, secondo parte della dottrina,<sup>487</sup> dovrebbe riferirsi al solo aspetto "legislativo", nel senso che l'UE sarebbe competente solo a legiferare nelle materie espressamente escluse dall'art. 137.5, mentre - secondo altri - tale limitazione riguarderebbe in senso lato la competenza delle Istituzioni, sia per quanto concerne gli aspetti "positivi" (competenza a legiferare su di una materia) sia gli aspetti negativi (competenza a giudicare o adottare azioni politiche su di una materia espressamente esclusa).<sup>488</sup>

Ad avviso di chi scrive, invece, la tesi da avvalorare dovrebbe essere la prima, confortata sia dal dato letterale e dall'interpretazione sistematica dell'art. 137, ove al primo comma si precisa l'ambito di applicazione riservato al legislatore comunitario ed al comma 5 si elencano le materie escluse da tale ambito.

---

*Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval*, in *Arg. Dir. Lav.*, II, 2008, 792 e ss.

<sup>487</sup> M. COLUCCI, *L'Unione Europea in un delicato equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi*, cit. 242; G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, cit., 32 e ss. Sulle competenze dell'Unione Europea si veda anche P. STANCANELLI, *Le competenze dell'Unione Europea*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 17 e ss.

<sup>488</sup> M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale europeo*, Promodis, Brescia, 2000, 49 e ss.

Tuttavia, la Corte, a più riprese (sentenza *Albany* e da ultimo nelle sentenze *Laval e Viking*), si è dichiarata competente a conoscere sia gli aspetti legati alla contrattazione collettiva sia quelli relativi alle azioni collettive (tutti esclusi dall'art. 137.5).

L'eventualità di escludere la competenza della Corte, nel caso *Viking*, così come nel caso *Laval*, risulterebbe inoltre incompatibile con la stessa logica di integrazione del mercato unico; i diritti di azione collettiva, difatti, al pari di ogni altro diritto che si confronta con le libertà di circolazione, deve essere conforme alle norme del Trattato, nell'intento di perseguire un bilanciamento di interessi tra tutela della manodopera e ragioni economiche,<sup>489</sup> senza che la protezione dei lavoratori possa limitare i diritti di impresa.

Si comprendono quindi le critiche di chi,<sup>490</sup> fortemente, ritenga tale tesi insostenibile, fondando (peraltro) i propri convincimenti sullo stesso dato testuale, ed affermando che l'art. 137.5 altro non farebbe se non costituire una riserva di legge in favore dello Stato membro, unico soggetto legittimato a regolamentare la fattispecie dello sciopero.

Se così è, infatti, non si può che dare peso all'aspetto letterale dello stesso articolo, il quale - nell'operare una riserva al legislatore interno - altro non fa che limitare la sola funzione legislativa delle Istituzioni comunitarie, senza impedire però che la Corte possa al contempo pronunciarsi sulle materie escluse.

Stante l'attuale previsione legislativa, l'asse del ragionamento deve quindi essere spostato sulla stessa natura delle azioni collettive e sul disconoscimento, operato dalla Corte, della peculiarità dello sciopero quale strumento di conflitto sociale.

La stessa (avvenuta) comunitarizzazione della carta di Carta di Nizza, e segnatamente dell'art. 28 Trattato CE, non potrà ovviare a tale problema, ovvero costituire una base giuridica per legittimare l'Unione Europea a legiferare sul diritto di sciopero e, contestualmente, elevarne il contenuto al rango di diritto assoluto (parificandone il valore alle libertà economiche).

Il riconoscimento della Carta operato dal Trattato di Lisbona potrà al limite produrre un effetto limitante per le Istituzioni comunitarie, le quali - nell'adottare politiche,

---

<sup>489</sup> G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, cit., 32.

<sup>490</sup> U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 98-99 e 148 e ss.

atti normativi e decisioni - dovranno soltanto tenere in debito conto sia il diritto all'azione collettiva che il diritto alla negoziazione, consentendo così al cittadino di richiedere l'annullamento di eventuali atti normativi adottati in violazione di essi.<sup>491</sup> Tuttavia, ad avviso dello scrivente, ciò non potrà comportare l'attribuzione al diritto di sciopero di un valore giuridico sostanzialmente eguale o superiore alle libertà previste dal Trattato, né le recenti pronunce della Corte sembrano propendere per tale soluzione.<sup>492</sup>

Inoltre, lo stesso art. 28 della Carta ammette il riconoscimento dei diritti collettivi, ma a patto che essi siano esercitati “*conformemente al diritto comunitario*”; tale affermazione non è di solo principio, ma consentirà invece di limitare il diritto di sciopero, qualora esso sia ritenuto eccedente lo scopo perseguito ed ostativo delle stesse libertà di circolazione, rafforzando - più che limitando - le future ed eventuali sentenze della Corte in materia.<sup>493</sup>

Un'effettiva equiparazione dei diritti collettivi alle libertà economiche non può che avvenire quindi attraverso una scelta “ordinamentale” netta, “*che assegni formalmente ai primi un rilievo preordinato rispetto alle seconde, incidendo così sul loro rapporto costituzionale*”.<sup>494</sup>

D'altro canto, nella stessa sentenza *Laval*, la Corte, ha chiarito che, nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, seppur 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 comunque il fatto che, “*nell'esercizio di tale competenza, detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario*”.<sup>495</sup>

---

<sup>491</sup> Cfr. sul punto M. COLUCCI, *L'Unione Europea in un delicato equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Wiging: quando il fine non giustifica i mezzi*, cit., 242.

<sup>492</sup> Le stesse sentenze *Viking* e *Laval* hanno fondato la decisione partendo proprio dal riconoscimento dei diritti sanciti dalla Carta di Nizza.

<sup>493</sup> Su questi aspetti si veda M. CORTI, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, cit., 800 e ss; G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, cit., 278-9. In senso contrario si veda comunque: B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. SCIARRA, B. CARUSO, *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO, *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, 721 e ss., 736-737.

<sup>494</sup> U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 158; Cfr. sul punto M. A. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *Working Papers*, CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 55, 2007, 18.

<sup>495</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 18 dicembre 2007, *Laval*, cit., punto 87.

In altre parole, pur volendo ammettere la assoluta carenza di competenza dell'Unione Europea in materia di azioni collettive, stante la asserita (da parte della Corte, come a più riprese evidenziato nel presente lavoro) prevalenza delle libertà economiche espresse dal Trattato sui diritti dei lavoratori, le azioni e/o - si aggiunge - le eventuali normative adottate dagli Stati membri dovranno conformarsi al diritto comunitario, ovvero ai principi ed alle libertà espressamente sanciti dallo stesso Trattato.

Ciò significa che, nonostante l'avvenuta comunitarizzazione della Carta di Nizza, in assenza di uno specifico riconoscimento (nel Trattato) dei diritti fondamentali a tutela dei lavoratori, le libertà di circolazione delle imprese e dei servizi tenderanno comunque a prevalere sui diritti sociali.

La riprova di quanto appena affermato è rinvenibile nella stessa sentenza *Laval*, ove i giudici hanno dichiarato illegittima l'azione intrapresa dai sindacati svedesi partendo proprio dall'affermazione dei principi solenni della Carta sociale europea, nonché dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e della Carta di Nizza.

Inoltre, la stessa Corte,<sup>496</sup> pur sostenendo che la tutela dei diritti fondamentali rappresenti 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), una restrizione alla libera circolazione dei servizi, così come ad ogni altra libertà garantita dal Trattato, seppur posta in essere da un'associazione sindacale,<sup>497</sup> può essere ammessa soltanto se l'atto o l'azione restrittiva persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e risulti giustificata da ragioni imperative di interesse generale, senza eccedere detto obiettivo.<sup>498</sup> Risulta quindi evidente che, in assenza di un intervento di riforma, sia la sentenza *Viking* sia la sentenza *Laval*, entrambe rilevanti in materia di azioni collettive, non possano che essere criticate, partendo da una breve riflessione introduttiva sul diritto di sciopero, tenuto conto che ogni riferimento alla carenza di

---

<sup>496</sup> Corte di Giustizia: sentenza del 18 dicembre 2007, *Laval*, cit., punto 93; sentenza del 12 giugno 2003, *Schmidberger*, cit., punto 74.

<sup>497</sup> Sul punto la stessa sentenza *Laval* ha ammesso l'applicabilità del diritto comunitario ad associazioni aventi natura privata, come evidenziato nei capitoli precedenti (principio consolidato a livello comunitario a partire dalla sentenza *Bosman I*).

<sup>498</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 18 dicembre 2007, *Laval*, cit., punto 103; Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 5 giugno 1997, C- 398/95, *SETTG*, Raccolta, 1997, I- 3091, punto 21; sentenza del 30 marzo 2006, C- 451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Raccolta, I- 2941, punto 37, sentenza del 5 dicembre 2006, cause riunite C- 94/04 e C- 202/04, *Cipolla e a.*, cit., punto 61.

competenza dell'UE in materia di sciopero resterebbe lettera morta, alla luce dei principi sopra riportati, i quali legittimino invece la Corte ad intervenire in materia di azioni collettive, nonostante la peculiarità dei diritti sottesi ai casi da essa esaminati. Da un punto di vista interno, lo sciopero è stato generalmente riconosciuto, dalle Carte Costituzionali degli Stati membri, come un "diritto sociale fondamentale",<sup>499</sup> nonché come strumento di autotutela degli interessi collettivi, finalizzato ad esercitare una "pressione" sul datore di lavoro, controparte del conflitto sociale (in ipotesi specifiche, lo sciopero è anche esercitato nei confronti delle Autorità pubbliche).<sup>500</sup>

Il riconoscimento a livello Costituzionale di tale diritto consente alle organizzazioni sindacali di svolgere un'importante funzione di tutela della classe lavoratrice, soprattutto in mercati ad ispirazione liberista (come il mercato UE), in cui la forza ed i diritti riconosciuti all'impresa assumono un valore pregnante.<sup>501</sup>

A testimonianza del ruolo fondamentale da esso svolto, il diritto di sciopero è stato ritenuto - nell'evoluzione storica degli ordinamenti - come un "fatto giuridicamente lecito" e non un ostacolo, ovvero una pratica limitante i diritti di impresa (come invece affermato dalla Corte).<sup>502</sup>

Esso gode quindi, negli ordinamenti interni, di una posizione "privilegiata", che scaturisce nel riconoscimento di un valore giuridico superiore funzione proprio in funzione della finalità di lotta sociale da esso perseguito.

A livello comunitario, invece, nelle sentenze citate, la Corte ha ritenuto che l'azione sindacale, seppur finalizzata ad ottenere la sottoscrizione di un contratto collettivo (interesse più che legittimo, dal punto di vista di chi scrive), dovesse essere ritenuta "potenzialmente" illegittima e come tale - quanto meno in linea di principio - assoggettabile alla valutazione, nel merito, della utilità e proporzionalità della stessa azione collettiva allo scopo perseguito.

---

<sup>499</sup> Cfr. F. DORSSEMONT, *The right to take collective actions v. fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, 2008, 36, disponibile su [www.letui.org](http://www.letui.org) (dicembre 2009).

<sup>500</sup> G. GIUNGI, *Diritto sindacale*, cit. 223.

<sup>501</sup> Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Cacucci, Bari, 2001, 18 e ss.

<sup>502</sup> L. MENGONI, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in AA.VV., *Sciopero e serrata nei Paesi della CECA*, Giuffrè, Milano, 1961; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1994; in giurisprudenza si veda da ultimo Corte di Cassazione, sentenza del 17 dicembre 2004, n. 23552.

In altre parole, lo sciopero dovrebbe essere ritenuto legittimo soltanto qualora rappresenti l'unico strumento, ritenuto strettamente necessario, declassandone il ruolo da "diritto privilegiato" a diritto esercitabile soltanto come *extrema ratio*.<sup>503</sup>

Come correttamente sollevato in dottrina,<sup>504</sup> forti perplessità suscita il principio in base al quale il classico *test* di proporzionalità e di adeguatezza debba essere applicato anche allo sciopero, in una sorta di valutazione qualitativa e quantitativa dell'azione stessa, nonostante tale diritto svolga una funzione del tutto peculiare, ed assuma un ruolo chiave nel conflitto sociale.

In buona sostanza, ciò che si critica del ragionamento giuridico seguito dalla Corte è la subordinazione del diritto allo sciopero, e delle condizioni di lavoro rivendicate per il tramite di esso, ad una verifica di compatibilità con il diritto all'iniziativa economica del datore di lavoro.<sup>505</sup>

Limitare l'efficacia del diritto di sciopero, che si traduce in uno svilimento dello stesso potere negoziale dei sindacati, equivale ad azzerare ogni confronto o conflitto sociale tra capitale e lavoro, rendendo di fatto impraticabile l'esercizio di tutela collettiva riconosciuto alle organizzazioni sindacali, ed indebolendo ulteriormente i lavoratori nei confronti dell'impresa.

Infine, la sentenza - proprio con riferimento allo sciopero - introduce un obbligo di valutazione sulle finalità da esso perseguite, da effettuarsi ad opera del giudice di rinvio, ma - paradossalmente - non applica correttamente tale principio al caso di specie.

Come emerge dai fatti di causa, nonché per espressa ammissione della *Viking Line*, scopo del cambio di bandiera della nave Rossella era l'abbattimento dei costi della mandopera, che rendevano impraticabile la concorrenza dell'impresa con le società stabilite in Estonia.

La *Viking*, quindi, attraverso l'esercizio del diritto di stabilimento riconosciuto dal Trattato, intendeva lucrare su di un risparmio tra le retribuzioni corrisposte in

---

<sup>503</sup> Cfr. B. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, cit., 301-302; E. Ales, *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e social. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, in *Working Papers*, CSDLE "Massimo D'Antona", n. 51, 2007, 15.

<sup>504</sup> M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, cit., 376.

<sup>505</sup> Cfr. A. DE SALVIA, *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Arg. Dir. Lav.*, II, 2008, 792.

Finlandia e quelle che sarebbero state pagate una volta immatricolata la nave in Estonia. Anche il mancato rinnovo del contratto collettivo nello Stato di origine, e la volontà di intavolare una trattativa nello Stato di destinazione (a condizioni evidentemente più favorevoli per l'impresa), perseguiva il medesimo scopo.

La FSU da un lato e la IFT dall'altro, al fine di tutelare l'equipaggio del Rossella, avevano rispettivamente minacciato l'attuazione di uno sciopero e perseguito una politica ostativa verso l'impresa, per il tramite dei sindacati ad essa affiliati, evitando così che la *Viking* potesse facilmente sottoscrivere un contratto collettivo in Estonia, a danno dell'equipaggio del Rossella.

Entrambe le azioni collettive promosse, quindi, miravano a contrastare ed annullare una pratica di vero e proprio *law-shopping*, attuata a danno dei lavoratori impiegati dall'impresa.

Risultava quindi evidente come, seppur i sindacati coinvolti non perseguivano letteralmente un "miglioramento" delle condizioni di lavoro, essi agivano per garantire quanto meno il "mantenimento" dei livelli retributivi dei lavoratori rappresentati, perseguendo quindi uno scopo senza dubbio legittimo e, quindi, da considerarsi meritevole di tutela.

Circa poi la "necessità" dell'azione (e quindi la proporzionalità delle azioni minacciate rispetto allo scopo perseguito), si rileva come - contrariamente a quanto affermato dalla Corte - lo sciopero minacciato dalla FSU, pur volendo ammettere che vi fosse necessità di giustificarne la proclamazione, esso non poteva che essere inevitabilmente ritenuto l'unica soluzione perseguibile per raggiungere lo scopo di protezione dei lavoratori, sia perché il Governo finlandese era impossibilitato ad ostacolare il trasferimento dell'impresa, sia perché i singoli lavoratori a confronto con l'impresa non avrebbero potuto tutelare adeguatamente i loro diritti, non avendo la forza necessaria ad instaurare individualmente una negoziazione con la *Viking* ed a tutelare adeguatamente i propri diritti.

Risulta ancora una volta evidente come - a livello comunitario - la Corte abbia inteso dare prevalenza alle libertà economiche previste dal Trattato, ignorando del tutto sia il ruolo svolto dalle associazioni sindacali nei singoli Stati membri sia la stessa

funzione – essenziale per la tutela collettiva dei diritti dei lavoratori – del diritto di sciopero.

Tale aspetto risulta ancor più stridente se si ragiona sul fatto che la finalità principale dell'Unione Europea non è soltanto quella di realizzare un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle imprese e dei fattori produttivi, bensì anche il perseguimento di una politica nel settore sociale. Difatti, lo stesso Trattato afferma che L'unione Europa svolge, in particolare, il compito di promuovere “*uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche*”, nonché “*un elevato livello di occupazione e di protezione sociale*”.

Pertanto, come addirittura evidenziato nella stessa sentenza *Laval*, l'Unione Europea non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, ragion per cui le libertà che derivano dalle disposizioni del Trattato CE dovrebbero (*rectius*, devono) essere bilanciate con obiettivi di politica sociale, necessari ad uno sviluppo armonico, tra i quali figurano, in particolare, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, e “*la loro parificazione nel progresso*”, al fine di realizzare una protezione sociale adeguata.<sup>506</sup>

Tuttavia, nel caso *Laval*, nonostante i sindacati svedesi perseguissero un'azione di blocco volta a proteggere i lavoratori distaccati dall'impresa, e nonostante – per ammissione della stessa Corte – un'azione collettiva intrapresa dalle organizzazioni sindacali era da ritenersi finalizzata a garantire, agli stessi lavoratori, un certo livello di tutela, detta azione veniva comunque ritenuta illegittima, in quanto ingiustificabile alla luce dello scopo perseguito.

Ancora una volta, quindi, l'intenzione dei sindacati, di garantire ai lavoratori un livello di tutela superiore a quello minimo previsto dalla legislazione interna (attuativa della Direttiva 96/71/CE) - obiettivo intangibile, dal punto di vista di chi scrive, per le ragioni già espresse in precedenza - è stata ritenuta insufficiente a legittimare una restrizione alla circolazione dei servizi prestati dall'impresa *Laval*.

L'ingiustificatezza dell'azione attuata deriverebbe, secondo la Corte, dal fatto che la trattativa salariale imposta dai sindacati svedesi si inseriva “*in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente*

---

<sup>506</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 18 dicembre 2007, *Laval*, cit., punto 104 e ss.

*precise e accessibili da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali”.*<sup>507</sup>

Tuttavia, una simile lettura risulta alquanto miope e limitativa del diritto – fondamentale – dei sindacati ad intraprendere azioni collettive.

Difatti, nel caso di specie, la Corte non ha tenuto conto delle peculiarità del sistema di contrattazione collettiva svedese (in cui è assente una legislazione sui minimi salariali, come si desume dalla stessa sentenza) e nella quale alla determinazione delle retribuzioni provvedono direttamente le parti in sede aziendale, nell’ambito della libertà di attività negoziale, riconosciuta alle parti sociali,<sup>508</sup> negando così la stessa autonomia collettiva ed impedendo l’azione delle organizzazioni sindacali finalizzata ad ottenere un riconoscimento di condizioni di lavoro accettabili.<sup>509</sup>

Dall’analisi condotta a margine delle sentenze *Laval* e *Viking*, emerge chiaro come i diritti sociali, ed in particolare le azioni collettive poste in essere dalle organizzazioni interessate siano state per la prima volta oggetto di indagine, a tale livello, da parte della Corte di Giustizia, ma con conclusioni poco rassicuranti.

Come sottolineato altrove,<sup>510</sup> detti diritti sociali entrano nel lessico giuridico europeo non dal “*front door*”, bensì da una ridimensionata “*back door*”, amplificando ed evidenziando la paralisi nella quale si trova ad oggi il processo di regolamentazione europeo a livello sociale, che il recente allargamento dell’UE (caratterizzato dall’aggregazione di mercati disomogenei), invece, richiederebbe.

Tuttavia, nonostante la complessità e le tematiche sottese ai casi esaminati, al di là delle critiche che possono essere rivolte alle decisioni sopra riportate, non va dimenticato che la risposta giudiziale offerta dalla Corte di Giustizia è altresì derivata dal quadro normativo vigente, che – come si dirà meglio nelle conclusioni del

---

<sup>507</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 18 dicembre 2007, *Laval*, cit., punto 110.

<sup>508</sup> Cfr., sul punto, U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 141.

<sup>509</sup> Cfr. B. VENEZIANI, *La Corte di giustizia e il trauma del Cavallo di Troia*, cit., 303; I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in *Vimercati*, 2009, 35 e ss.

<sup>510</sup> B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, cit., 41.

presente lavoro – necessità di essere riformato.<sup>511</sup> Fatta tale analisi, nei paragrafi successivi si procederà ad analizzare l'attuale normativa internazionale-privatistica, nell'intento di verificare se essa possa costituire una risposta alle esigenze di tutela del lavoro, con specifico riferimento al settore dei trasporti, ed all'impatto che l'art. 43 Trattato CE può avere su di esso e sui lavoratori in esso impiegati.

### 3. *Il diritto internazionale privato come possibile rimedio*

#### 3.1 *La Convenzione di Roma*

Come noto la regolamentazione dei rapporti tra privati è di competenza esclusiva degli stati membri dell'Unione.<sup>512</sup> Ed è proprio attraverso il diritto internazionale privato che il presente capitolo intende verificare se, e in quale misura, esso possa offrire un rimedio, alle lacune evidenziate nei capitoli precedenti, soprattutto con riferimento alle ipotesi di stabilimento all'estero delle imprese ed in particolare di quelle che operano nei settori del trasporto.

La prima iniziativa, per un'unificazione parziale delle norme di diritto internazionale privato, e in particolare delle norme di conflitto in tema di legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali, all'interno della Comunità europea, venne assunta dai governi di Belgio, Olanda e Lussemburgo nel 1967; l'iniziativa dei tre Paesi del Benelux incontrò subito il favore sia della Commissione Europea sia dei Governi degli altri Stati membri.

Questi Stati ritennero preferibile l'adozione di una convenzione di diritto internazionale privato - la Convenzione di Roma, appunto - rispetto ad un'eventuale armonizzazione del diritto materiale degli Stati membri.<sup>513</sup>

<sup>511</sup> B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, cit., 41

<sup>512</sup> Ai sensi infatti dell'art. 5 del Trattato CE, così come interpretato dalla Corte di giustizia, le materie di competenza esclusiva della comunità sono state individuate intorno a un "blocco" organizzato sulle quattro libertà fondamentali e su alcune politiche comuni indispensabili all'istituzione del mercato interno e ai suoi corollari (precisando che si tratta *a*) della soppressione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi dei capitali, *b*) della politica commerciale comune, *c*) della regola generale di concorrenza, *d*) dell'organizzazione comune dei mercati agricoli, *e*) della conservazione delle risorse della pesca e *f*) degli elementi essenziali della politica dei trasporti). Sul punto si veda P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2006, 67 ss.

<sup>513</sup> E così ritennero poiché, in realtà, era all'epoca impensabile, per i paesi appartenenti all'allora CEE, ridurre l'area di applicazione del loro diritto interno a fronte di un regolamento immediatamente esecutivo all'interno di tutti gli Stati membri. Questo avverrà quasi mezzo secolo più tardi, quando cioè la convenzione di Bruxelles confluirà nel reg. 44/2001/CE.

Gli Stati succitati, dunque, giunsero a firmare, il 27 novembre 1968, la Convenzione di Bruxelles, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.<sup>514</sup>

Ecco quindi che la Convenzione di Roma è stata concepita, come si dice nel preambolo, per “*continuare, nel campo del diritto internazionale privato, l'opera di unificazione giuridica già intrapresa nella Comunità con la convenzione di Bruxelles*”.<sup>515</sup>

La Convenzione si applica alle obbligazioni contrattuali nelle situazioni in cui si determini un conflitto di leggi, fatte salvo soltanto alcune eccezioni,<sup>516</sup> ed ha carattere universale; l'articolo 2 della stessa afferma che “*la legge designata dalla presente convenzione si applica anche se è la legge di uno Stato non contraente*”.<sup>517</sup>

Ciò comporta che, per il giudice di un Paese contraente che si trovi a giudicare la controversia, è irrilevante in quali Stati sia in vigore la Convenzione, posto che essa vincola all'applicazione della legge individuata attraverso i suoi criteri, indipendentemente dalla condizione di parte dello Stato cui tale legge appartiene.

Applicandosi alla generalità delle obbligazioni contrattuali, con la sola esclusione di un elenco tassativo di fattispecie, essa si applica pertanto anche ai contratti individuali di lavoro.

---

<sup>514</sup> Si tratta quindi di una formula che viene precisata “in negativo” con l'esplicita dichiarazione della convenzione non concerne la materia fiscale doganale ed amministrativa. Cfr. T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2008, 20.

<sup>515</sup> Ed infatti vi è chi ha sottolineato (F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato processuale*, vol. I, Utet, Torino, 2007), che “*le convenzioni di Bruxelles e di Roma costituiscono del resto il precedente logico e, al tempo stesso, una prima attuazione del disegno di fare del territorio comunitario uno spazio giuridico integrato per quel che concerne la materia civile commerciale*”.

<sup>516</sup> le questioni di stato e di capacità delle persone fisiche; le obbligazioni contrattuali relative a testamenti e successioni, regimi matrimoniali, diritti e doveri derivanti dai rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; le obbligazioni che derivano da cambiali, assegni, vaglia cambiari nonché da altri strumenti negoziabili; i compromessi, le clausole compromissorie e le convenzioni sul foro competente; le questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche; le questioni relative alla rappresentanza; le questioni relative ai *trust*.

<sup>517</sup> in virtù di tale portata *erga omnes* la convenzione avuto l'effetto di sostituire completamente le norme di conflitto previgenti negli Stati che l'hanno ratificata Cfr. T. BALLARINO, *manuale breve di diritto internazionale privato*, Cedam, 2008, 214.

### 3.1.1 Contratti individuali di lavoro e legge applicabile: uno strumento di protezione per i lavoratori?

Rispetto alla disciplina base impostata dalla Convenzione di Roma in ordine alla scelta della legge applicabile al rapporto contrattuale l'articolo 6, come l'articolo 5 (contratto concluso dai consumatori), pone una deroga alla stessa, di seguito esaminata in dettaglio, al fine di tutelare la parte debole del rapporto contrattuale, che in questo caso è il lavoratore.

Anzitutto, va precisato che la norma in esame si riferisce esclusivamente ai contratti individuali di lavoro subordinato. Tale nozione va interpretata alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitaria in materia e non secondo le singole normative nazionali.

Il contratto individuale di lavoro può pertanto essere definito come il contratto caratterizzato dalla “*circostanza che una persona fornisca prestazioni, per un dato periodo, ad un'altra persona e sotto la direzione della stessa, ricevendo come contropartita una retribuzione*”;<sup>518</sup> vanno perciò esclusi dall'ambito di applicazione della norma i rapporti di lavoro autonomo e quelli del pubblico impiego, mentre devono esservi ricompresi quelli di lavoro cd. parasubordinato e quelli del personale marittimo e aereo.<sup>519</sup>

La tecnica attraverso la quale l'art. 6 cerca di conseguire tale obiettivo è in buona misura coincidente con quella dettata in riferimento ai contratti dei consumatori. Il paragrafo 1, della norma in esame, dispone infatti che, in deroga alla libertà di scelta della legge applicabile, la scelta operata dalle parti “[...] *non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto, in mancanza di scelta* [...]”.

Tuttavia la norma in esame non sembra del tutto idonea a garantire il raggiungimento dell'obiettivo di protezione del contraente più debole, in funzione del quale è stata prevista, se si considera che non è per nulla scontato che l'ordinamento del Paese che

---

<sup>518</sup> Aspetto già approfondito nel cap. III. Cfr. Corte di giustizia CE, 31 maggio 2001, causa 43/99, *Leclere*, in *Raccolta*, 2001, I-4265; sentenza del 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, cit.; in dottrina si veda F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1989, 9 e ss.; M. COLUCCI, *La Libera circolazione delle persone*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit. 183 e ss.

<sup>519</sup> In questo senso 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 Lagrade*, Dalloz, 2004, 455.

sarebbe applicabile, in mancanza di scelta, contenga una disciplina particolarmente protettiva del lavoratore.<sup>520</sup>

Va precisato che - al pari di quanto affermato nelle singole normative nazionali - l'inderogabilità di tali "disposizioni imperative" opera solo *in peius* rispetto al lavoratore, mentre il contratto individuale può sempre disporre condizioni più favorevoli a quest'ultimo.

Nel caso in cui nessuna scelta sia operata dalle parti, il paragrafo 2 dispone che il contratto di lavoro è disciplinato: (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; o (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 stesso Paese.

Nel caso - peraltro più frequente - in cui il soggetto svolga abitualmente il proprio lavoro in un unico Paese, l'applicazione al contratto della *lex loci laboris* sembra particolarmente opportuna sotto diversi punti di vista. In primo luogo, l'individuazione di questa legge appare pienamente coerente con il criterio di base della Convenzione, secondo il quale il contratto è regolato dalla legge del Paese con il quale presenta il "collegamento più stretto".

In secondo luogo è prevedibile che la *lex loci laboris* venga a coincidere nella maggior parte dei casi con la legge più familiare al lavoratore, il quale seppur assunto da un'impresa straniera, generalmente opera nel territorio dello Stato di residenza o di abituale dimora.

Da ultimo va rilevato che il criterio utilizzato non si pone in contrasto, bensì in linea, con il divieto di discriminazioni tra i lavoratori enunciato dall'art. 39 del Trattato CE; tutti i lavoratori che compiano abitualmente il proprio lavoro in un determinato Paese vedranno infatti applicata la medesima legge, indipendentemente dalla nazionalità di ciascuno.<sup>521</sup>

---

<sup>520</sup> Una critica simile, sia pur con riferimento all'art 5 della Convenzione di Roma contratti dei consumatori si trova in S.M. CARBONE, P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2004, 140.

<sup>521</sup> Cfr. sul punto, paragrafi 5.2.1 e 8 del Ca III.

Il criterio di assunzione si pone invece, rispetto a quello del luogo di esecuzione del lavoro, in un rapporto di “concorso successivo”.<sup>522</sup> Esso, infatti, trova applicazione in via sussidiaria, quando il criterio principale non può essere utilizzato.

Va peraltro evidenziato che la norma appena richiamata pone una sorta di clausola d’eccezione: l’ultima parte della disposizione in esame stabilisce infatti che i criteri richiamati trovano applicazione “*a meno che non risulti dall’insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese*”, ed in tal caso troverà infatti applicazione la legge di quest’ultimo Paese. Va osservato come la “clausola di eccezione a carattere speciale”, di cui all’art. 6, è soggetta ad un’interpretazione molto rigorosa, a differenza di quanto avviene per la clausola di eccezione di cui al paragrafo 5 dell’art. 4.<sup>523</sup>

<sup>522</sup> Così U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2000, 167.

<sup>523</sup> L’art. 4 della Convenzione di Roma del 1980 è titolato “Legge applicabile in mancanza di scelta”. In particolare l’art. 4 par. 2 stabilisce che “*Salvo quanto disposto dal paragrafo 5, si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale. Tuttavia, se il contratto è concluso nell’esercizio dell’attività economica o professionale della suddetta parte, il paese da considerare è quello dove è situata la sede principale di detta attività oppure, se a norma del contratto la prestazione deve essere fornita da una sede diversa dalla sede principale, quello dove è situata questa diversa sede.*” L’art 4 par 5 stabilisce invece che “*È esclusa l’applicazione del paragrafo 2 quando la prestazione caratteristica non può essere determinata. Le presunzioni dei paragrafi 2, 3 e 4 vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese*”. Ciò premesso, la dottrina si divide circa il valore da attribuire alla regola posta dal paragrafo 2 rispetto all’eccezione prevista dal paragrafo 5 sopramenzionato. A giudizio di alcuni autori il principio fondamentale sarebbe quello del collegamento più stretto, mentre la presunzione del paragrafo 2 rappresenterebbe una semplice “indicazione”, priva di rilevanza decisiva, di cui l’interprete deve tener conto ma che non ha un peso maggiore di tutti gli altri collegamenti che il contratto può presentare con altri Paesi (cfr. R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1991, 172 ss.). In quest’ordine di idee si situa anche la tesi di un’altra parte della dottrina, secondo la quale il giudice dovrebbe individuare in astratto la prestazione caratteristica di un certo contratto e poi verificare in concreto se esistono circostanze tali da collegare il contratto con un Paese diverso (Cfr. U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, cit., 100 e ss.). Vi è poi chi ritiene che il paragrafo 5 permetta “sempre” al giudice (e dunque non soltanto in via eccezionale) di discostarsi dalle indicazioni del paragrafo 2 e di determinare egli stesso, con ampio margine di discrezionalità e tenuto conto del complesso delle circostanze, l’ordinamento collegato in modo più significativo con il rapporto controverso (Cfr. S.M. CARBONE, P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2000, 135)

Sul versante opposto, altra parte della dottrina ritiene che la presunzione del paragrafo sia una vera e propria “concretizzazione” della regola del collegamento più stretto; essa vorrebbe cioè indicare che normalmente il contratto presenta il collegamento più stretto con il Paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha la propria residenza (o la propria sede) e tale presunzione verrebbe meno soltanto in “casi eccezionali”. In altre parole, la cd. *clause échappatoire* del paragrafo 5 dovrebbe essere interpretata come una “vera e propria clausola d’eccezione, e di cui dovrebbe farsi un uso estremamente limitato e prudente” (Cfr. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1999, 626 ss.)

Dal combinato disposto delle norme che precedono, si evince - ad avviso di chi scrive - un sostanziale quadro di protezione del lavoratore, nell'ambito dei rapporti con carattere di internazionalità.

Se si riflette sul caso in cui un'impresa stabilita in un Paese a basso livello di tutela assuma un lavoratore direttamente alle proprie dipendenze, affinché egli effettui la sua attività in un Paese ad alto livello di protezione, ad esempio l'Italia, si può concludere come il lavoratore sia sufficientemente protetto dalle norme dell'ordinamento italiano, pur se - nel contratto di lavoro - le parti abbiano prescelto come applicabile la legge del Paese in cui l'impresa è stabilita.

Difatti, pur in presenza di tale scelta, l'art. 6, paragrafo 1, stabilisce comunque l'applicazione obbligatoria delle norme imperative proprie dell'ordinamento collegato a quello designato dalle parti, ovvero - nell'esempio sopra riportato - la legge italiana, nonché la prevalenza delle norme di imperative di tale ultimo su quelle aventi ad oggetto la stessa materia ed appartenenti all'ordinamento del Paese in cui l'impresa è stabilita.

Nel caso di "assunzione per l'estero" e diversamente da quanto affermato nei capitoli precedenti in materia di distacco la normativa di diritto internazionale privato, in linea generale e fatta salva l'ipotesi del settore dei trasporti (che sarà esaminata di seguito), supplisce alle eventuali lacune dell'ordinamento dello Stato di stabilimento dell'impresa, onde evitare proprio fenomeni di *law-shopping* connessi al fenomeno di internazionalizzazione delle imprese ed alla scelta operata dalle parti (o meglio, imposta dall'impresa, parte forte del rapporto di lavoro), al fine di eludere norme protettive del Paese con il quale il rapporto di lavoro presenterebbe un collegamento più stretto, in assenza di diversa designazione contrattuale.

### *3.2 Cenni sui limiti all'applicazione della legge richiamata*

Il Regolamento Roma I mantiene tutte e quattro le categorie di correttivi alla disciplina generale di cui all'art. 3 individuati dalla Convenzione di Roma, ovvero l'ordine pubblico, le norme di applicazione necessaria della *lex fori* e le norme di applicazione necessaria di ordinamenti terzi, nonché le norme imperative, già analizzate in precedenza.

Considerando *in primis* il limite dell'ordine pubblico, l'articolo 21 del Regolamento riproduce sostanzialmente il corrispondente articolo 16 della Convenzione di Roma:

*“L'applicazione di una norma della legge di un paese designata dal presente Regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro”.*

Quanto alla nozione di ordine pubblico, si rinvia alla trattazione già svolta in commento alla Convenzione di Roma e nei capitoli precedenti.

In relazione all'efficacia, come sottolineato anche dalla Giurisprudenza, il limite dell'ordine pubblico preclude l'applicabilità al rapporto con profili di internazionalità della legge dello Stato estero individuata in base ai criteri del diritto internazionale privato e non si identifica con le norme imperative, bensì con quei principi immanenti nell'ordinamento che caratterizzano l'eticità dell'ordinamento stesso, quale risulta dal complesso delle sue norme non cointingenti.<sup>524</sup>

Per quanto concerne il secondo limite delle c.d. norme imperative esse sono costituite dalle *“norme alle quali non è permesso derogare convenzionalmente”* previste dagli articoli 3.3, 3.4, 6.2 e 8.1 sopra analizzati (con l'eccezione del solo art. 6.2 che riguarda i contratti conclusi dai consumatori).<sup>525</sup>

L'unico elemento che, dato il suo carattere assolutamente innovativo, merita di essere qui ricordato è quello costituito dalla disposizione dell'art. 3.4; questa norma introduce il tanto auspicato limite delle disposizioni imperative comunitarie alla scelta operata dalle parti, qualora tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano riferiti, nel momento in cui si opera la scelta, ad uno o più Stati membri.

Con riferimento invece al limite delle norme ad applicazione necessaria deve essere in prima battuta richiamato il considerando 37, il quale, sulla scorta di quanto prospettato dal Libro verde, ritiene che il concetto di *“norme di applicazione necessaria”* dovrebbe essere distinto dall'espressione *“disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente”* (cd. norme imperative) e dovrebbe essere inteso in maniera più restrittiva.

<sup>524</sup> Cfr. Cass. Civ. del 7 dicembre 2005, n. 26976, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

<sup>525</sup> L'art. 6.2, dopo aver precisato che *“In deroga al paragrafo 1, le parti possono scegliere la legge applicabile a un contratto che soddisfa i requisiti del paragrafo 1 in conformità dell'articolo 3”* detta una disciplina alquanto simile a quella prevista dall'art. 8.1 avente la *ratio* di tutelare il contraente debole. Essa dispone che *“Tuttavia, tale scelta non vale a privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma del paragrafo 1.”*

Sulla base di quanto appena affermato, la disposizione dell'art. 9, dedicata alle norme di applicazione necessaria, si apre con l'indicazione di cosa debba concretamente intendersi con tale espressione. Al riguardo, l'art. 9.1 dispone che: *“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 legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento”*.<sup>526</sup>

La norma risolve in tal modo i dubbi interpretativi sorti circa l'interpretazione del concetto di “disposizioni imperative” così come impiegato nella Convenzione di Roma<sup>527</sup>. Si ricordi infatti come essa utilizzi in modo ambiguo tale espressione per designare categorie di norme non sempre coincidenti, confondendole, ad esempio all'art. 7, con quelle che invece sono norme di applicazione necessaria.<sup>528</sup>

Come già avveniva nella Proposta di regolamento la quale tuttavia parlava di “leggi di polizia” anziché di “norme di applicazione necessaria” l'art. 9 citato ha accolto la definizione di norme di applicazione necessaria fornita dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nel citato caso *Arblade*.<sup>529</sup>

---

<sup>526</sup> Sulle norme di applicazione necessaria si veda: P. MENGOZZI, *Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Arch. Giur. Serafini*, 1979, 3; M. FRIGO, *La determinazione della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il notaio e le norme di applicazione necessaria*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 1994, 17 e 29; A. BONOMI, *Mandatory rules in private international law the quest for uniformity of decisions in a global environment*, in: P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, *Yearbook of private international law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, 219.

<sup>527</sup> Sul punto N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, “disposizioni imperative del diritto comunitario” e “leggi di polizia” nella proposta di regolamento “Roma I”*, cit. 96.

<sup>528</sup> Circa le incertezze giurisprudenziali generate da questo errore terminologico si consideri la decisione dell'Oberster Gerichtshof austriaco del 29 marzo 2006, in *European Legal Forum*, 2006, II-61, che sussume una norma imperativa austriaca a tutela del consumatore nell'art. 7.2 anziché nell'art. 5 della Convenzione di Roma.

<sup>529</sup> Corte di giustizia, sentenza del 23 novembre 1999, causa 369/96, *Arblade*, cit. la quale ha statuito che, in base agli artt. 59 del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE) e 60 del Trattato (divenuto art. 50 CE), anche leggi di polizia e sicurezza di uno stato membro non possono imporre a un'impresa stabilita in un altro stato e che svolga temporaneamente lavori nel primo stato il versamento di “contributi padronali a titolo di regimi di «marche-intemperie» e di «marche-fedeltà» e di rilasciare a ciascuno di loro una scheda individuale, ove tale impresa sia già soggetta 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. Non possono altresì imporre “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,

Il regolamento considera, al pari della Convenzione di Roma, sia le norme di applicazione necessaria della *lex fori* che quelle di ordinamenti terzi. Per quanto riguarda le prime non sono previste particolari novità rispetto alla Convenzione. Al riguardo, l'art. 9.2 dispone infatti che: *“Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro”*. Per quanto concerne invece le norme di applicazione necessaria di ordinamenti terzi, il Regolamento limita notevolmente rispetto alla Convenzione la possibilità di farvi ricorso.

Mentre infatti la Convenzione lascia all'interprete di valutare se dare efficacia a tali norme quando abbiano un collegamento stretto col contratto, alla luce della loro natura e del loro oggetto, nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione, l'art. 9.3 del Regolamento prevede ora che: *“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 e delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno”*.

Il regolamento dunque consente ora di dare efficacia solo alle norme di applicazione necessaria del Paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, e solo nella misura in cui esse rendono illecito l'adempimento del contratto. Viene così determinato legislativamente cosa debba intendersi per collegamento stretto con il contratto e quali conseguenze possano essere prese in considerazione.<sup>530</sup>

---

*nella forma richiesta dalla normativa del primo Stato, quando la tutela dei lavoratori atta a giustificare tali imposizioni è già assicurata mediante la produzione dei documenti sociali e di lavoro tenuti dalla detta impresa ai sensi della normativa dello Stato membro in cui essa è stabilita. 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”. Ed ancora “di conservare, per cinque anni dopo che ha cessato di occupare lavoratori nel primo Stato membro, documenti sociali quali il registro del personale e il conto individuale presso il domicilio, situato nel detto Stato membro, di una persona fisica che tenga tali documenti in quanto mandatario o incaricato. Siffatte imposizioni non sono giustificate ove il controllo dell'osservanza delle norme di tutela sociale dei lavoratori del settore edile possa essere garantito da misure meno restrittive”.*

<sup>530</sup> Cfr T. BALLARINO, *Dalla convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *Riv. Dir. Int.*, 2009, 59-60; F. POCAR, in *Obbligazioni: dal dicembre 2009 al via le regole comuni sui contratti*, cit.,

Concludendo, si osserva che con riguardo alla disciplina delle norme di applicazione necessaria il legislatore comunitario sia stato mosso dalla preoccupazione di conseguire l'obiettivo della certezza giuridica, riducendo il margine di valutazione del giudice rispetto al caso concreto a lui sottoposto.<sup>531</sup>

In ultimo, ci si deve brevemente soffermare sui considerando 37 e 40 del Regolamento i quali, riprendono la linea del considerando 13 e dell'art. 22, lettera c), della Proposta di regolamento, impongono di applicare i limiti dell'ordine pubblico e delle disposizioni di applicazione necessaria in modo da non pregiudicare il corretto funzionamento del mercato interno. Viene quindi riproposto quello che è stato definito il "limite ai limiti" della legge richiamata.<sup>532</sup>

I considerando 37 e 40 si allineano con la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui le norme di applicazione necessaria dei Paesi membri non possono trovare applicazione quando contrastano con le libertà fondamentali sancite dal Trattato CE.<sup>533</sup>

Infine, il termine norma imperativa o inderogabile non può ravvisarsi nel diritto internazionale privato, ma è da ricercarsi entro il diritto privato a livello di nozioni preliminari riguardo ai limiti della volontà delle parti che vogliono regolare negozialmentwe i propri rapporti giuridici.<sup>534</sup>

Da un punto di vista privatistico, le norme di diritto privato si distinguono in derogabili (o dispositive) e inderogabili (o cogenti o imperative); si dicono inderogabili o cogenti quelle norme la cui applicazione è imposta dall'ordinamento

---

14 sottolinea che la restrizione operata rispetto alla normativa convenzionale precedente è il risultato di un compromesso fra gli Stati che avevano apposto una riserva all'art. 7.1 della Convenzione ritenendolo troppo vago e gli Stati che ne avevano invece accettato il contenuto, compromesso che si è rivelato necessario data l'impossibilità di prevedere l'apposizione di riserve ad un regolamento comunitario.

<sup>531</sup> Cfr. F. POCAR, ult. cit., 14.

<sup>532</sup> Cfr. N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, "disposizioni imperative del diritto comunitario" e "leggi di polizia" nella proposta di regolamento "Roma I"*, in AA. VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I". Atti del convegno (Bari 23-24 marzo 2007)*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, 101

<sup>533</sup> Come, del resto, facevano anche il considerando (13) e dell'art. 22 lettera c) della proposta di regolamento. Sull'impossibilità per le norme ad applicazione necessaria di derogare alle libertà fondamentali sancite dal Trattato CE. Si rimanda alla sentenza *Arblade* in nota 90.

<sup>534</sup> J. SZTUCKI, *Jus Cogens and The Vienna Convention on The Law of Treaties. A critical appraisal*, Wien-NYC, 1976.

prescindendo dalla volontà dei singoli; derogabili o dispositive le norme la cui applicazione può essere evitata mediante un accordo degli interessati.<sup>535</sup>

Nella Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali le “norme imperative” nei contratti di lavoro sono quelle che assicurano “protezione” al lavoratore; trattasi, quindi, di norme alle quali egli non può rinunciare (art. 6).<sup>536</sup>

Tali norme, possono appartenere - come si è visto a Commento della Convenzione di Roma - anche ad un ordinamento diverso da quello del foro (scelto dalle parti).

Per quanto riguarda i contratti di lavoro, le norme della legge designata dalle parti sono quindi destinate a cedere solo se la disciplina delineata dalle norme indisponibili, della legge che sarebbe applicabile, risulta più favorevole al lavoratore.<sup>537</sup>

Volgendo uno sguardo all'ordinamento italiano, ed al fine di meglio chiarire la portata della definizione di norma imperativa, la giurisprudenza - con riferimento alla disciplina dettata in tema di rinunce e transazioni, di cui all'art. 2113 c.c., (disponente l'invalidità di tali atti quando hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti ed accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.), diritti di natura retributiva o risarcitoria indisponibili da parte del lavoratore non devono ritenersi soltanto quelli correlati alla lesione di diritti fondamentali della persona, atteso che la “ratio” dell'art. 2113 c.c. consiste nella tutela del lavoratore, quale parte più debole del rapporto di lavoro, la cui posizione in via ordinaria viene disciplinata attraverso norme inderogabili, salvo che vi sia espressa previsione contraria.<sup>538</sup>

Pertanto, potrà essere considerata norma imperativa, la disposizione che rientra in quello *standard* protettivo minimo, ovvero di quell'insieme di diritti che come giustamente definito in dottrina<sup>539</sup> non rientrano nella c.d. “zona disponibile” del lavoratore e non possono quindi essere oggetto di valida transazione; vi rientrano, ad

<sup>535</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 47 e ss.

<sup>536</sup> A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *QL*, 9, 1998; R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*, *Riv. It. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2003, 809 ss.

<sup>537</sup> F. MOSCHINO, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Utet, Torino, 2007, 374.

<sup>538</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 12/02/2004, n. 2734, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 413.

<sup>539</sup> G. PERA, *Le rinunce e le transazioni*, Giuffrè, Milano, 1990, 22 e ss.

esempio, le disposizioni concernenti i minimi salariali, le ferie, l'indennità di fine rapporto, le condizioni di sicurezza e di igiene sul lavoro, il lavoro notturno e festivo, il diritto alla contribuzione, il diritto eventuale e futuro al risarcimento di danni.<sup>540</sup>

### *3.3 L'avvenuta "comunitarizzazione" della Convenzione di Roma: Il regolamento CE n. 593 del 2008*

Il regolamento c.d. Roma I è stato definitivamente adottato il 17 giugno del 2008 attraverso la procedura di "codecisione" (art. 251 del Trattato), è in vigore dal 17 dicembre 2009 e si applica ai contratti conclusi dopo tale data.

Il regolamento Roma I mantiene la struttura portante propria della Convenzione di Roma e della precedente Proposta, discostandosi però da queste ultime sensibilmente in diverse sue norme.<sup>541</sup>

Sebbene la nostra analisi si limiti nel dettaglio alla sola disciplina dettata dal Regolamento Roma 1 per i contratti individuali di lavoro è opportuno analizzare brevemente le più significative modifiche introdotte dal regolamento Roma I alla disciplina generale di cui all'articolo 3 (Libertà di scelta) e all'articolo 4 (legge applicabile in mancanza di scelta), comunque rilevanti rispetto alla materia che ci occupa.

#### *3.3.1 Il principio generale: la libertà di scelta della legge applicabile al contratto di lavoro*

Ai sensi dell'art. 3, come regola generale, il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti.

Come si vede la formulazione è identica - eccezion fatta per il participio passato "regolato" che è stato sostituito con quello di analogo significato "disciplinato" - a

---

<sup>540</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 12/02/2004, n. 2734, cit., Trib. Milano, 26/08/2005, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2005, 788; Cass. civ. Sez. lavoro, 03/04/1999, n. 3233, in *Mass. Giur. It.*, 1999.

<sup>541</sup> Cfr. F. MARRELLA, *Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento "Roma I"*, in P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I*, Cedam, Padova, 2006, 33.

quella Convenzione di Roma, a testimonianza della persistente centralità attribuita a tale criterio.<sup>542</sup>

Al pari della Convenzione di Roma è poi riconosciuta alle parti la possibilità di operare una scelta “tacita” di legge (art. 3.1 seconda frase);<sup>543</sup> frazionare il contratto, sottoponendo le varie parti a diverse leggi (art. 3.1 terza frase); convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quello che lo disciplinava in precedenza (art. 3.1 quarta e quinta frase).

Il Regolamento non ripropone la disposizione di cui all’art. 3.1. della proposta di regolamento, in base alla quale *“se le parti hanno stabilito che competenti a conoscere delle controversie attuali o future riguardanti il contratto siano gli organi giurisdizionali di uno Stato membro, si suppone che esse abbiano anche inteso scegliere la legge di tale Stato membro”*.<sup>544</sup>

Tuttavia si deve sottolineare che il dodicesimo considerando del Regolamento afferma che *“l’accordo delle parti a conferire a uno o più organi giurisdizionali di uno Stato membro competenza esclusiva a conoscere delle controversie riguardanti il contratto dovrebbe essere uno dei fattori di cui tenere conto nello stabilire se la scelta di legge risulta in modo chiaro”*.

La designazione del foro competente è stata dunque “degradata”, rispetto alla previsione della proposta, ad un mero indice che l’interprete deve considerare - insieme ad altri - nel determinare la presenza o meno di una scelta “tacita” di legge.

Alcun riferimento viene fatto alle modalità di scelta della legge applicabile o alla natura protettiva o meno della legge prescelta. Se l’impresa, parte sempre forte del rapporto di lavoro, preme sul lavoratore affinché sia indicata contrattualmente una legislazione “debole”, in termini di protezione del lavoratore, l’effetto che si produrrà - salva l’eventuale applicazione di norme imperative, non necessariamente protettive

<sup>542</sup> T. BALLARINO, *Dalla convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in *Riv. dir. int.*, 2009, 49.

<sup>543</sup> Tuttavia, con riferimento questa frase, si deve sottolineare che la scelta “tacita” deve ora risultare “chiaramente” dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso; questa formulazione modifica quella della Convenzione – “in modo ragionevolmente certo” – considerata troppo vaga, per dare maggiore chiarezza alla scelta della legge applicabile. Cfr. F. POCAR, *Obbligazioni: dal dicembre 2009 al via le regole comuni sui contratti*, cit., 12.

<sup>544</sup> COM/2005/0650 del 15 dicembre 2005: *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*. Sulla proposta si veda: P. LAGRADE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I)*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2006, 337.

- sarà quello di consentire al datore di lavoro di optare per una legislazione favorevole, senza la necessità di stabilirsi in altro Paese.

Ad esempio, se un'impresa rumena assume un lavoratore francese, per prestare attività lavorativa in Italia, scegliendo quale legge applicabile quella rumena (pur se l'attività è prestata di fatto in un terzo Paese), per effetto dell'articolo in esame, il lavoratore sarà protetto dalla (si assume insufficiente) legge rumena e, seppur troveranno applicazione le norme imperative italiane (per effetto del Regolamento Roma I), il lavoratore vedrà ridotta la propria tutela, stante anche la difficoltà a "conoscere" le disposizioni di applicazione necessaria in Italia (inoltre, l'ordinamento italiano potrebbe essere meno protettivo di quello francese, con il quale il lavoratore ha maggiore "familiarità").

Dall'art. 3 è stata inoltre eliminata la previsione di cui al paragrafo 2, dell'articolo 3, della Proposta, escludendo così la possibilità per le parti di scegliere come *lex contractus* norme di origine non statale, privando quindi le parti della possibilità di indicare a protezione del lavoratore norme di origine contrattuale, laddove invece, a livello puramente interno, spesso le stesse parti "richiamano" espressamente la contrattazione collettiva a colmare le eventuali lacune ordinamentali.

Anche in tale contesto, quindi, la funzione svolta dalla contrattazione collettiva non è tenuta in debito conto, seppur in diversi Stati membri - come ampiamente sottolineato nel presente lavoro - la legge di uno Stato spesso demanda interamente la disciplina degli istituti giuridici alle parti sociali e, quindi, ai contratti di settore. Si sottolinea quindi come il Regolamento Roma I avrebbe invece dovuto recepire le indicazioni della proposta iniziale, consentendo alle parti di richiamare, da un lato, espressamente le disposizioni di fonte negoziale e, dall'altro, di consentire che la stessa contrattazione collettiva potesse rientrare nella categoria delle "norme imperative", di cui al paragrafo precedente, ricomprendendole nelle disposizioni di cui all'art. 6, paragrafo 1, anche in ipotesi di diversa scelta operata dalle parti.

Va comunque rilevata la presenza dei considerando (13) e (14), secondo i quali, rispettivamente, "*il presente regolamento non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale o una convenzione internazionale*" e "*qualora la Comunità dovesse adottare in un idoneo strumento*

*giuridico norme di diritto sostanziale dei contratti, [...] tale strumento può prevedere la possibilità per le parti di scegliere l'applicazione di tali norme*". Tuttavia, in linea generale, i considerando sopra riportati non assumono la stessa forza delle norme del Regolamento, non consentendo così di supplire alla lacuna normativa sopra esaminata, trattandosi di mere dichiarazioni di principio e/o di apertura finalizzati a chiarire gli obiettivi dell'atto normativo..<sup>545</sup>

### 3.3.2 *I criteri generali di individuazione della legge applicabile in mancanza di scelta delle parti*

Le differenze maggiori tra il regolamento Roma I e la Convenzione di Roma del 1980 sono concentrate nella disciplina della legge applicabile in mancanza di scelta da parte dei contraenti.

Come sappiamo, nella Convenzione di Roma il procedimento di determinazione della legge applicabile al contratto, in mancanza di scelta, è incentrato sulla flessibilità del principio del "collegamento più stretto", integrato dalla presunzione relativa alla prestazione caratteristica. L'incapacità di tale sistema a orientare l'interprete in funzione della prevedibilità della legge applicabile ha indotto a una revisione completa dell'art. 4 della Convenzione, all'atto della trasposizione nel Regolamento, con l'obiettivo prioritario di eliminare l'incertezza sull'esito della determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta..<sup>546</sup>

Più precisamente, il Regolamento conferma in linea generale l'orientamento consistente nel dare prevalenza alla legge del Paese della residenza abituale del prestatore, ovvero nel caso di specie, del lavoratore; l'innovazione consiste nel fatto

---

<sup>545</sup> A tale dubbio la dottrina non ha dato una risposta univoca. Secondo F. POCAR, *Obbligazioni: dal dicembre 2009 al via le regole comuni sui contratti*, cit., 13, queste previsioni non consentirebbero comunque di affermare la possibilità delle parti di designare come applicabili delle norme non statali; infatti, per quanto riguarda il considerando (13), "l'inclusione del contratto di un diritto non statale sarebbe comunque possibile solo nei limiti in cui tale diritto non violi disposizioni imperative della legge altrimenti applicabile al contratto"; mentre, per quanto riguarda il considerando (14), "la scelta delle norme di uno strumento giuridico comunitario equivarrebbe sostanzialmente alla scelta di una legge statale. Pertanto, se le parti vogliono che il contratto sia sottoposto alla *lex mercatoria*, non rimane loro che ricorrere all'arbitrato per la soluzione delle controversie che insorgano tra loro e concordare che il tribunale arbitrale abbia sede in uno Stato la cui legge permetta tale scelta". B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., 67, invece non dà una risposta chiara limitandosi a porre il problema della scarsa coerenza tra le previsioni dei considerando e la disposizione dell'art. 3 del Regolamento Roma I.

<sup>546</sup> Cfr. P. PIRODDI, *Legge dello Stato di residenza del venditore se la parte non sceglie le norme applicabili*, in *Guida al diritto, supplemento Diritto comunitario e internazionale* n. 5, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008, 15.

che mentre la Convenzione considera il riferimento a tale Paese come presunzione del collegamento più stretto del contratto (art. 4.2 della Convenzione), nel Regolamento la residenza abituale del lavoratore diviene invece “*il criterio di collegamento stesso utilizzato dalla norma di conflitto*”.<sup>547</sup>

La norma è diretta quindi a superare eventuali incertezze interpretative nella definizione del concetto in esame, cercando di garantire il più alto livello possibile di prevedibilità e certezza del diritto.<sup>548</sup>

A tale scopo è altresì diretto anche l’art. 19, paragrafo 3, il quale si preoccupa di precisare che il momento rilevante per la determinazione della residenza abituale è quello della conclusione del contratto.

In secondo luogo, deve essere sottolineato che il criterio della residenza abituale del lavoratore non è espresso soltanto in modo generale, lasciando all’interprete il compito di individuare la prestazione caratteristica del contratto, ma, per una serie di tipi contrattuali individuati, è il Regolamento stesso che stabilisce esplicitamente quale sia tale prestazione.<sup>549</sup>

L’art. 4.1 prevede infatti quello che alcuni hanno definito come “*l’ottagono dei tipi contrattuali per i quali la competenza di una legge prestabilita sostituisce il principio di prossimità dominante nel regime della Convenzione di Roma*”.<sup>550</sup>

---

<sup>547</sup> F. POCAR, *Obbligazioni: dal dicembre 2009 al via le regole comuni sui contratti*, cit., 14.

<sup>548</sup> T. BALLARINO, ult. cit., 47.

<sup>549</sup> F. POCAR, ult. cit., 14.

<sup>550</sup> T. BALLARINO, ult. cit., 47. Da questo punto di vista si deve sottolineare come l’articolo 4 riprenda la soluzione adottata dall’art. 4 della Proposta di Regolamento del 15 dicembre 2005, il quale aveva sancito un criterio di collegamento rigido per otto contratti tipici. Allo stesso modo l’art 4 par. 1 del Regolamento 593/2008 (Roma I) prevede che: “*a) il contratto di vendita di beni è disciplinato dalla legge del paese nel quale il venditore ha la residenza abituale; b) il contratto di prestazione di servizi è disciplinato dalla legge del paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale; c) il contratto avente per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile è disciplinato dalla legge del paese in cui l’immobile è situato; d) in deroga alla lettera c), la locazione di un immobile concluso per uso privato temporaneo per un periodo di non oltre sei mesi consecutivi è disciplinata dalla legge del paese nel quale il proprietario ha la residenza abituale, purché il locatario sia una persona fisica e abbia la sua residenza abituale nello stesso paese; e) il contratto di affiliazione (franchising) è disciplinato dalla legge del paese nel quale l’affiliato ha la residenza abituale; f) il contratto di distribuzione è disciplinato dalla legge del paese nel quale il distributore ha la residenza abituale; g) il contratto di vendita di beni all’asta è disciplinato dalla legge del paese nel quale ha luogo la vendita all’asta, se si può determinare tale luogo; h) il contratto concluso in un sistema multilaterale che consente o facilita l’incontro di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, quali definiti all’articolo 4, paragrafo 1, punto 17, della direttiva 2004/39/CE, conformemente a regole non discrezionali e disciplinato da un’unica legge, è disciplinato da tale legge.*”

I criteri di collegamento previsti dall'art. 4.1 devono essere interpretati restrittivamente e non sono applicabili per analogia.<sup>551</sup>

A differenza del paragrafo 1, dove il prestatore è individuato da una regola rigida che non concede all'interprete alcun margine di scelta, la disciplina del paragrafo 2 impone, ai fini della determinazione della legge applicabile al contratto - che non rientri nelle ipotesi espressamente previste dal paragrafo 1, al giudice che lo debba interpretare - una ricerca della prestazione che, presente in tutti i contratti rientranti in quel dato tipo, valga a distinguere il contratto da tutti gli altri tipi contrattuali.<sup>552</sup>

La norma, quindi, è destinata a coprire diversi aspetti contrattuali e relazioni che esulano da quelle strettamente riferite al rapporto di lavoro, verso il quale, tuttavia, risulta scarsamente protettiva.

Nei paragrafi 3 e 4 il Regolamento recupera in parte il criterio del collegamento più stretto.

Il paragrafo 3 reintroduce - come già fa la Convenzione di Roma nell'ottica di paralizzare le presunzioni "di primo impiego" la cd. *clause échappatoire*, prevedendo che se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un Paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso Paese.

Si può osservare come tale clausola d'eccezione del regolamento sia stata formulata in termini più restrittivi rispetto a quella corrispondente della Convenzione di Roma. Ora è richiesto infatti che il contratto presenti "manifestamente" collegamenti più stretti con un Paese diverso e che ciò risulti "chiaramente" dal complesso delle circostanze; è evidente come l'impiego di questi due avverbi sia stato previsto con l'obiettivo di limitare la discrezionalità dell'interprete nell'utilizzo della clausola e di attribuire esplicitamente ad essa un carattere di eccezionalità.<sup>553</sup>

Il quarto ed ultimo paragrafo dell'art. 4 prevede poi una regola di chiusura, disponendo che, infine, se la legge applicabile non può essere determinata nelle

---

<sup>551</sup> Ciò è stato sottolineato in dottrina in particolare da P. PIRODDI, ult. cit., 17.

<sup>552</sup> Cfr. T. BALLARINO, ult. cit. 55 che sottolinea come anche qui, nella maggior parte dei casi, essa coinciderà con la prestazione non monetaria.

<sup>553</sup> Cfr. F. POCAR, ult. cit., 14. È necessario inoltre precisare che, secondo quanto afferma il considerando (20), per determinare il Paese con il quale il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti "si dovrebbe considerare, tra l'altro, se il contratto in questione sia strettamente collegato a un altro contratto o ad altri contratti".

modalità che precedono, il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto.<sup>554</sup>

Questa norma di chiusura trova principalmente applicazione nei casi nei quali il contratto non abbia una prestazione caratteristica (si considerino ad esempio alcuni contratti interbancari) o al contrario ne abbia più di una (si pensi ad esempio nel contratto di permuta).

Concludendo, dall'esame appena effettuato emerge con chiarezza come il legislatore comunitario abbia voluto adottare una "formulazione in linea di principio intermedia" tra le disposizioni corrispondenti della Convenzione di Roma e della Proposta di regolamento.<sup>555</sup> Mentre nella Convenzione di Roma il principio di prossimità rappresentava il criterio cardine della legge applicabile in mancanza di scelta, la proposta di regolamento l'aveva pressoché abbandonato.

Tuttavia, nonostante la "rimonta" compiuta, il principio di prossimità rimane ben lontano dall'aver il lustro che lo caratterizzava nel testo della Convenzione.<sup>556</sup>

Il limitato ruolo assegnato al principio di prossimità dimostrerebbe pertanto la preoccupazione del legislatore comunitario di conseguire l'obiettivo della certezza del diritto, riducendo il margine di valutazione del giudice rispetto al caso concreto a lui sottoposto.<sup>557</sup>

---

<sup>554</sup> Anche questa disposizione è presente nella Convenzione di Roma, sempre nel paragrafo 5 dell'art. 4 e sempre con lo scopo di escludere la presunzione generale della legge del prestatore caratteristico. Sul punto U. VILLANI, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 513 e ss.

<sup>555</sup> Cfr. B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., 76, la quale sottolinea che l'art. 4 comma 1 modifica infatti in parte il catalogo di collegamenti rigidi contenuto nella Proposta di Regolamento del 15 dicembre 2005 tenendo conto di alcune delle critiche relative all'articolo 4 della stessa Proposta. Così la nuova disposizione elimina la lettera c) relativa ai contratti di trasporto e li sottopone al nuovo articolo cinque del regolamento ad essi dedicato; sopprimere la lettera f) relativa ai contratti di proprietà intellettuale ed aggiunge le lettere g) ed h) sui contratti di vendita all'asta e sui contratti "concluse in un sistema multilaterale che facilita l'incontro di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari (di cui alla direttiva 2007/39). in particolare queste ultime aggiunte hanno lo scopo di sottoporre operazione proprie di mercati specifici, come quelli delle vendite all'asta e finanziari, ad un'unica legge regolatrice.

<sup>556</sup> Cfr. T. BALLARINO, *ult. cit.*, 55.

<sup>557</sup> Cfr. F. POCAR, *ult. cit.*, 14.

### 3.4 L'eccezione alla regola generale: la legge applicabile ai contratti individuali di lavoro, norme imperative e tutela del lavoratore

Una volta chiarito l'impianto della disciplina generale relativa alla libera scelta della legge applicabile all'obbligazione contrattuale e alle norme che regolano il caso di mancata scelta prendiamo ora in esame l'articolo 8, ossia quello dedicato alla disciplina dei contratti individuali di lavoro.

Da subito si rileva che, al pari di quanto affermato riguardo alla Proposta di regolamento, questa norma è quella che presenta i maggiori elementi di continuità con la corrispondente disposizione della Convenzione di Roma (art. 6).

Anzitutto, per quanto concerne la possibilità del datore di lavoro e del dipendente di scegliere la legge applicabile, l'art. 8.1 dispone che, pur in presenza di una specifica scelta operata dalle parti, 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 applicabile al caso di specie (cfr. paragrafi precedenti).

Come si può agevolmente notare la disposizione ripete nella sostanza quanto già affermato dall'art. 6.1 della Convenzione: alle parti è riconosciuta la facoltà di scelta della legge applicabile con il limite delle disposizioni imperative applicabili nell'ordinamento che regolerebbe altrimenti il contratto in mancanza di *optio legis*.

Vi sono tuttavia degli elementi di novità che meritano di essere considerati.

Anzitutto la norma ora prevede che la scelta (limitata) eventualmente operata dalle parti avvenga “*conformemente all'articolo 3*” e non più “*in deroga all'articolo 3*”.

Questa differenza terminologica comporta che deve essere ora riconosciuta la possibilità, tanto criticata dalla dottrina, che la scelta di legge avvenga in modo “tacito”, secondo quanto sopra affermato.<sup>558</sup>

Il giudice pertanto, ove non sia stata operata una scelta “espressa” di legge, dovrà procedere a valutare se tale scelta risulti “*chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso*” seguendo il metodo impiegato in generale per accertare la presenza di una scelta “tacita”.

Va inoltre precisato che anche nel sistema del Regolamento la restrizione della volontà delle parti a favore delle norme imperative della legge individuata mediante i

---

<sup>558</sup> Cfr. B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008, 92 ss.

criteri oggettivi è giustificato, nell'ambito dei contratti di lavoro, non per eventuali particolari legami del contratto con un determinato Stato, quanto dall'intento di proteggere il lavoratore.

Ciò si evince dal fatto che, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, le norme imperative in questione limitano gli effetti della scelta di legge soltanto se protettive per il lavoratore e non per il fatto in sé di avere natura imperativa.<sup>559</sup>

Peraltro il considerando 35 si preoccupa ora di chiarire che di una deroga convenzionale a tali norme imperative può tenersi conto soltanto se essa sia disposta "a beneficio del lavoratore" e soltanto se la derogabilità *in melius* sia prevista dall'ordinamento che contiene le norme imperative in parola. Viene quindi in evidenza come, a differenza di quanto avviene sulla base della Convenzione rispetto alla quale, come abbiamo visto, la derogabilità *in melius* in questi casi è generalmente sempre ammessa da dottrina e giurisprudenza la derogabilità a beneficio del lavoratore sembri ora ammessa esclusivamente nei casi in cui sia la stessa legge nazionale di cui sono proprie le norme imperative ad ammetterla.

Resta tuttavia da chiedersi se questa derogabilità *in melius* non possa comunque ammettersi alla luce della *ratio* ispiratrice dello stesso articolo 8.<sup>560</sup>

Sul punto risulta interessante analizzare l'aspetto della derogabilità *in melius* alla luce dei principi emersi nella sentenza *Ruffert*, ed in particolare con riferimento alla considerazioni esposte nel capitolo precedente in merito alla possibilità, per gli Stati membri, di ampliare il nucleo di tutele minime previste dall'art. 3.1 della Direttiva 96/71/CE.

Se infatti il Regolamento Roma I, da un lato, sancisce l'applicazione delle norme imperative dell'ordinamento individuato secondo i criteri suindicati, dall'altro – nella sentenza citata – è emerso (seppur in materia di distacco di manodopera) un principio esattamente opposto, ovvero che la normativa di uno Stato membro non può prevedere un livello di protezione superiore rispetto a quello determinato dalla normativa comunitaria di riferimento, neppure per il tramite di clausole sociali che –

---

<sup>559</sup> Cfr. A. LEANDRO, *Contratti di lavoro: la volontà delle parti trova il limite delle norme imperative*, in *Guida al diritto*, supplemento *Diritto comunitario e internazionale* n. 5, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008

<sup>560</sup> A. LEANDRO, cit., 22.

come abbiamo visto – perseguono proprio una finalità *anti-dumping*, ritenute invece ostative al diritto alla libera circolazione dei servizi.

Nella misura in cui tale principio venga esteso anche alle ipotesi di stabilimento delle imprese operanti nel mercato unico, si potrebbe (paradossalmente) arrivare a sostenere che l'applicazione delle norme imperative di un altro ordinamento (rispetto a quello prescelto dalle parti) possa costituire un ostacolo contrario all'art. 43 Trattato CE, qualora l'applicazione di dette norme sfavorisca, in termini concorrenziali, l'impresa interessata rispetto a quelle operanti nello stesso settore.

Una conclusione del genere non deve sorprendere, se solo si riflette sul fatto che la sentenza *Ruffert* espressamente sancisce il principio in base al quale l'imposizione di una clausola sociale (e quindi una normativa interna) alle imprese stabilite in un altro Stato membro, “*farebbe perdere alle imprese in parola il vantaggio concorrenziale a loro favore costituito dal minor costo del lavoro*”.<sup>561</sup>

La Corte, infatti, così facendo sdogana – a pieno titolo – sia le pratiche di *dumping* sia i vantaggi che le imprese traggono dalla scelta di una normativa a loro più favorevole (in termini di riduzione del costo del lavoro), pur di salvaguardare l'elemento di concorrenzialità tra operatori economici e le libertà sulle quali si fonda la costruzione del mercato unico.

Inoltre, a tale considerazione va aggiunto che la Corte, nella stessa sentenza ha ampiamente ristretto la nozione di ordine pubblico, quale giustificazione all'applicazione di una normativa di maggior tutela per i lavoratori, sostenendo che l'obiettivo di tutela della manodopera non può essere ritenuto una valida eccezione alle libertà garantite dal Trattato, bensì un ostacolo alla loro completa esplicazione.

Di conseguenza, esiste una contraddizione tra le previsioni del Regolamento Roma I ed i principi emersi nella pronuncia suindicata, che – se letta congiuntamente alle conclusioni emerse nella sentenza *Laval e Viking* – potrebbe portare alla seguente (ed irragionevole) conclusione: una eventuale azione posta in essere da associazioni sindacali, finalizzata all'applicazione delle norme imperative di un certo ordinamento alla manodopera impiegata da un'impresa stabilita in un certo Paese, rischierebbe di essere ritenuta illegittima, in quanto ostativa al diritto di stabilimento delle imprese e suscettibile di produrre effetti anticoncorrenziali, posto che la scelta della legge

---

<sup>561</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 3 aprile 2008, *Ruffert*, cit., punto 14.

operata dalle parti sarebbe vanificata dall'imposizione – operata dai sindacati – di norme protettive ulteriori rispetto a quelle previste dalla legislazione dello Stato di stabilimento.

Per quanto riguarda la legge applicabile in mancanza di scelta, la norma in esame prevede che 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.

Come si vede il regolamento utilizza ancora una volta il medesimo criterio di collegamento impiegato nella Convenzione di Roma: la legge applicabile in mancanza di scelta è la *lex loci laboris*. Questo criterio permetterebbe, secondo un'espressione comunemente utilizzata in dottrina, di individuare il “centro di gravità” del rapporto contrattuale.<sup>562</sup>

Deve essere inoltre notato che la disposizione - in linea con quanto già previsto dalla norma corrispondente della Proposta di regolamento fa riferimento, per i contratti per i quali non sia determinabile il luogo di prestazione abituale, al “*luogo di partenza*”; si potrà così determinare con ragionevole grado di prevedibilità il diritto applicabile, per esempio, ai contratti di lavoro con prestazione mobile, quali i contratti dei marittimi o degli aeroportuali se esiste una base fissa dalla quale il lavoro è organizzato.

Sempre in linea con quanto previsto dalla Convenzione, la seconda parte dell'art. 8.2 precisa poi che: “*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*”, riferendosi al caso del distacco in un diverso Paese.

Al riguardo va evidenziato come la disposizione regolamentare non definisca, a differenza di quanto avveniva nella Proposta di regolamento, cosa debba intendersi per “distacco temporaneo”.

Ciò nonostante il considerando 36, riproducendo in sostanza quanto stabilito dall'art. 6.2 lettera a) della Proposta, afferma che “*il lavoro eseguito in un altro paese dovrebbe essere considerato temporaneo se il lavoratore deve riprendere il suo*

---

<sup>562</sup> Cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2000, 163.

*lavoro dopo l'esecuzione del suo compito all'estero*" e che *"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 dovrebbe escludere che il lavoratore esegua il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo"*.

Vi è però da dire che l'assenza di tali precisazioni nel dettato normativo e la loro presenza nel preambolo forniscono l'idea che il legislatore comunitario abbia voluto attribuire ad esse soltanto una funzione di "regola interpretativa" della nozione di "lavoro temporaneo".<sup>563</sup>

Ciò detto, va precisato che, sulla base di quanto affermato dal considerando 34 del regolamento, l'articolo 8 *"non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese del distacco, prevista dalla direttiva 96/71/CE"*.

Da ciò deriva che nel caso in cui il lavoratore sia distaccato nell'esecuzione di un contratto di prestazione di servizi in un Paese diverso da quello in cui svolge abitualmente il proprio lavoro, alle norme imperative che lo proteggono in quest'ultimo devono essere affiancate le norme di applicazione necessaria dello Stato del distacco.<sup>564</sup>

In subordine al criterio del luogo di prestazione abituale, l'art. 8.3 prevede che qualora le parti non abbiano compiuto alcuna scelta e non vi siano criteri di collegamento con il Paese in cui la prestazione lavorativa è svolta, come nel caso dei lavoratori itineranti o dei lavoratori che svolgono la propria attività allo stesso tempo in più Stati, il contratto deve essere disciplinato dalla legge del Paese nel quale si trova la sede quindi anche una sede secondaria o una filiale che ha assunto il lavoratore.

Con riferimento ai lavoratori itineranti, il criterio del "luogo di assunzione" appena esaminato, trova applicazione ad esempio ai marittimi e dei trasporti, i quali non possono essere disciplinati sulla base del criterio del "luogo di partenza", poichè non sono diretti da una base fissa (si pensi ad esempio alle prestazioni svolte su piattaforme situate nel mare internazionale, ovvero in territori non sottoposti alla sovranità di alcuno Stato) o comunque la migrazione continua ai quali sono

---

<sup>563</sup> Cfr. A. LEANDRO, cit., 22-23.

<sup>564</sup> Cfr. A. LEANDRO, cit., 23.

sottoposti, non consente di desumere con certezza un criterio di collegamento ben definito.

Da ultimo va segnalato che l'art. 8.4 prevede una clausola d'eccezione equivalente a quella prevista in via generale dall'art. 4.3 (cd. *clause échappatoire*). La disposizione appena richiamata dispone infatti che se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un Paese diverso da quello scelto dalle parti, troverà applicazione la legge di tale ultimo Stato.

La disposizione appare coerente con il citato obiettivo dell'individuazione del "centro di gravità" del rapporto di lavoro. D'altro canto si deve rilevare come non sia qui richiesto a differenza di quanto avviene nell'art. 4.3 che il contratto presenti collegamenti "*manifestamente*" più stretti con un Paese diverso e nemmeno che ciò risulti "*chiaramente*" dall'insieme delle circostanze.

Sulla base di questa considerazione una parte della dottrina ha affermato che la disposizione in esame sarà foriera di incertezza nella determinazione del diritto applicabile, essendo essa oggetto di libero apprezzamento da parte del giudice.<sup>565</sup>

### *3.5 La protezione dei lavoratori itineranti: il caso particolare del settore dei trasporti*

Risulta particolarmente interessante analizzare come la normativa internazionale-privatistica, in relazione ai contratti di lavoro, generi effetti sui rapporti di lavoro itineranti e, segnatamente, sui contratti di lavoro nel settore dei trasporti, al fine di verificare, anche alla luce dell'analisi condotta in apertura del presente capitolo, se le norme attualmente in vigore siano effettivamente protettive dei lavoratori.

---

<sup>565</sup> B. UBERTAZZI, cit., 96, quale ove si sottolinea che una clausola di eccezione, come quella prevista dall'art. 8.4 del Regolamento Roma I, era prevista anche dalla Proposta di Regolamento del 15 dicembre 2005 (art.6.3). Tuttavia l'art. 6.3 non prevedeva alcun limite all'utilizzo della clausola d'eccezione aumentando così la discrezionalità del giudice e di conseguenza provocando incertezza giuridica (Per questa opinione si veda anche A. BONOMI, *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument; some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, in *Yearbook of Private International Law*, 2003, 85. L'art. 8 del Regolamento riprende la linea dell'art. 6 della Proposta di Regolamento e le considerazioni ad essa relative ma rinnova parzialmente il contenuto: perché non stabilisce quando il distacco del lavoratore temporaneo, non esclude alcun tipo di impresa dal suo campo di operatività, non individua le fattispecie cui applicare il criterio di collegamento sussidiario di cui al comma 3 e non utilizza infine l'avverbio "manifestamente" per descrivere l'intensità di questo collegamento, lasciando la determinazione di tutto ciò alla discrezionalità dell'organo giudicante e facendo così venir meno le critiche svolte dalla dottrina all'art. 6.3 della Proposta di Regolamento.

Nell'effettuare tale indagine, bisogna distinguere tra il caso in cui le parti abbiano effettuato una scelta e l'ipotesi in cui, invece, tale scelta non sia stata compiuta.

In relazione al primo caso ipotesi plausibile sia da un punto di vista pratico sia in termini di opportunità, come vedremo a breve la legge applicabile sarà innanzitutto quella indicata nel contratto di lavoro e, generalmente, coinciderà con quella in cui ha sede l'impresa.

Assumendo che la stessa impresa abbia volontariamente stabilito la propria sede in un Paese *low-cost*, in prima battuta troveranno applicazione le norme proprie dell'ordinamento di detto Paese. In aggiunta, per effetto del disposto di cui all'art. 8, paragrafo 1, del Regolamento Roma I, detta scelta non potrà privare il lavoratore della protezione delle norme inderogabili in virtù della legge che si sarebbe applicata in mancanza di scelta delle Parti.

In assenza di scelta, la legge applicabile sarà quella del Paese nel quale - o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro; in via sussidiaria, qualora non sia possibile individuare la legge applicabile in funzione di tale criterio, troveranno applicazione le disposizioni normative del Paese nel quale è stabilita l'impresa, ovvero qualora sia possibile stabilire un collegamento più stretto con il territorio di un altro Paese si applicheranno le disposizioni imperative di tale ultimo Stato.

Pertanto, nell'ipotesi in cui un lavoratore sia assunto da un'impresa rumena, Paese notoriamente a basso livello di tutela, per operare sul territorio italiano (ad esempio, eseguendo un'attività di trasporto passeggeri e/o merci nell'ambito dello Stesso territorio italiano), applicando i criteri precedenti, al rapporto di specie troverà comunque applicazione la normativa imperativa propria dell'ordinamento italiano, essendo facilmente individuabile uno stretto criterio di collegamento con l'Italia, ed il lavoratore, quindi, non subirà -tendenzialmente - l'effetto negativo derivante dal fatto che il datore di lavoro è stabilito in uno Stato *low-cost*.

Qualora non sia possibile stabilire con certezza il luogo della prestazione lavorativa, poiché resa in due o più Stati (si pensi all'autista di un vettore che nell'arco della settimana attraversa il territorio di più Stati membri) il Regolamento supplisce, affermando che le disposizioni normative applicabili saranno quelle dello Stato "a

*partire dal quale*” il lavoratore svolga la propria attività lavorativa (dunque nel nostro caso, lo stesso Paese nel quale l’impresa è stabilita, ovvero la Romania).

In tale ipotesi, dunque, il criterio utilizzato dal Regolamento Roma I rende applicabile al rapporto di lavoro itinerante la normativa del Paese di stabilimento dell’impresa, determinando un abbassamento del livello di tutela, qualora la legislazione di detto Paese non offra le garanzie necessarie alla tutela del lavoratore interessato.

Le stesse considerazioni appena esposte valgono per l’ipotesi in cui le parti non abbiano effettuato alcuna scelta. In tal caso, difatti, troverà applicazione senza dubbio la legge dello Stato “*a partire dal quale*” la prestazione è resa e/o nel cui territorio ha sede l’impresa. Inoltre, stante il silenzio dell’art. 8, paragrafo 2, sul punto, è altresì difficile stabilire se in assenza di scelta espressa - trovi comunque applicazione la norma protettiva che prevede l’applicazione delle norme imperative proprie dell’ordinamento con il quale il rapporto di lavoro presenta un ulteriore collegamento.

In altre parole, la norma di rinvio alle disposizioni operative, stante la lettera del Regolamento, sembrerebbe operare solo in presenza di una scelta operata dalle parti, ed al fine di evitare che tale scelta generi uno sfruttamento della manodopera.

Di contro, in assenza di scelta, la norma non richiama in alcun modo le disposizioni imperative di un altro Stato, ovvero non individua alcun criterio (concorrente) a tutela del lavoratore, determinando quindi un vuoto di tutela per il lavoratore, qualora i criteri di individuazione (generali) della legge applicabile richi amino, coem nel nostro esempio, l’ordinamento di un Paese *low-cost*.

Si rileva come, nel raffronto tra ordinamenti rispettivamente con maggiore o minore protezione, sarebbe stato utile introdurre un criterio di collegamento che consentisse di applicare al lavoratore itinerante quello tra gli ordinamenti interessati maggiormente protettivo, ad esempio utilizzando un criterio soggettivo di individuazione dell’ordinamento dal quale desumere le norme imperative da applicare al caso concreto; tale ordinamento potrebbe essere ricercato nel Paese con il quale il lavoratore presenti un elemento (soggettivo) di collegamento, quale –

alternativamente - la residenza abituale o la cittadinanza, qualora la legislazione di detto Paese risulti più favorevole.

4. *Le problematiche connesse al regime di sicurezza sociale applicabile ai lavoratori migranti*

Analizzati gli aspetti connessi alla disciplina della legge applicabile, in relazione ai rapporti con elementi di internazionalità, è necessario analizzare la normativa comunitaria afferente ai regimi di sicurezza sociale, accennata con riferimento alla fattispecie del distacco.

La disciplina comunitaria della sicurezza sociale viene concepita, sin dalle origini della Comunità, in funzione della corretta e piena esplicazione del diritto di libera circolazione dei lavoratori, del quale costituisce il necessario completamento<sup>566</sup>.

L'art. 42 Trattato CE conferisce al Consiglio della Comunità il potere di adottare in *“materia di sicurezza sociale le misure necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori”* predisponendo tal fine un sistema che assicuri ai lavoratori migranti e ai loro aventi diritto: a) il cumulo di tutti periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali per il calcolo delle prestazioni; b) l'erogazione delle stesse a coloro i quali risiedono nel territorio di uno Stato membro. Esso prevede, inoltre, la regola dell'unanimità per le deliberazioni necessarie all'adozione di atti concernenti la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, rinviando per le procedure deliberative all'art. 251 del Trattato.

In tale contesto è stato approvato il Regolamento n.1408/71,<sup>567</sup> dettando il principio secondo cui *“le norme di coordinamento delle legislazioni nazionali sulla sicurezza sociale [che] si inseriscono nel quadro della libera circolazione delle persone e [che]*

---

<sup>566</sup> La conferma di tale impostazione e si ritrova nel trattato di Roma del 1957, che dedica un'unica norma, l'articolo 51 (art. 42 dopo Amsterdam) alla sicurezza sociale inserendola nella parte terza riguardante le politiche della Comunità, sotto il Titolo III, rubricato per l'appunto, *“Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali”*.

<sup>567</sup> In *GUCE* del 5 luglio 1971, seguito dalla regolamento di attuazione n. 574 del 1972 in *GUCE* del 27 marzo 1972. Al fine di semplificare e di chiarire le regole comunitarie relative al coordinamento dei sistemi di previdenza sociale degli Stati membri, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato il regolamento (CE) 883/2004. Quest'ultimo costituirà il nuovo punto di riferimento per quanto riguarda il coordinamento dei sistemi di previdenza sociale degli Stati membri ed abrogherà il Regolamento (CEE) n. 1408/71 a decorrere dalla data d'entrata in vigore del suo regolamento d'applicazione (ancora atteso).

*devono contribuire al miglioramento del loro tenore di vita e condizioni di lavoro*".<sup>568</sup>

Esso però ha provveduto, più che a innovare la materia, a razionalizzarla, integrandola soprattutto con i nuovi orientamenti giurisprudenziali che erano emersi negli anni precedenti alla sua emanazione.<sup>569</sup>

Il regolamento 1408/71 pone quattro principi fondamentali: a) il principio di territorialità<sup>570</sup> (principio di unicità della legge applicabile, o *lex loci laboris*); b) principio della non discriminazione<sup>571</sup>; c) principio della esportabilità delle prestazioni<sup>572</sup>; d) principio del ricongiungimento (totalizzazione) contributivo e della liquidazione pro-rata delle prestazioni.<sup>573</sup>

#### *4.1 Brevi cenni sull'ambito di applicazione del Regolamento 1408/71*

In base all'articolo 2 il regolamento n. 1408/71 si applica *“ai lavoratori subordinati o autonomi e agli studenti, che sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri e che sono cittadini di uno degli Stati membri, oppure apolidi o profughi residenti nel territorio di uno degli Stati membri, nonché ai loro familiari e ai loro superstiti”* e *“ai superstiti dei lavoratori subordinati o autonomi e degli studenti che sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri, indipendentemente dalla cittadinanza di queste persone, quando i loro superstiti siano cittadini di uno degli Stati membri oppure apolidi o profughi residenti nel territorio di uno degli stati membri”*.<sup>574</sup>

Alla precisazione della nozione di lavoratore ha concorso in maniera determinante la Corte di Giustizia: secondo una risalente giurisprudenza, tale nozione deriva non tanto dal diritto nazionale degli Stati membri, quanto dal diritto comunitario stesso ed

---

<sup>568</sup> Così il considerando n. 1 del Regolamento 1408/71.

<sup>569</sup> Corte di giustizia CE, sentenza *Unger*, cit.

<sup>570</sup> Art.13 reg.1408/71.

<sup>571</sup> Art. 3 reg.1408/71.

<sup>572</sup> Art. 10 reg.1408/71.

<sup>573</sup> Cfr. P. KENT, *Law of the European Union*, Harlow, Edimburgo, 2001, 195 e ss.

<sup>574</sup> Per approfondimenti: A. P. VAN DER MEI, *Free movement of persons within the European Community*, cit., 65 e ss.

esige un'interpretazione ampia tenuto conto dell'obiettivo sancito dall'articolo 42 del Trattato<sup>575</sup>.

In un primo tempo alla Corte è apparso non conforme allo spirito del Trattato limitare la nozione di lavoratore ai soli lavoratori *stricto sensu* migranti, destinati cioè a spostarsi per ragioni di lavoro, comprendendovi, quindi, in via generale coloro che soggiornano sul territorio di un altro Stato membro quali che siano i motivi del soggiorno.<sup>576</sup>

La Corte, con le sentenze appena citate, riconoscendo l'applicabilità della legislazione comunitaria in materia di sicurezza sociale anche in assenza di vere migrazioni ha prodotto, come effetto ultimo, quello di attenuare la distinzione tra lavoratori migranti lavoratori sedentari, e tra lavoratori subordinati ed autonomi.<sup>577</sup>

Avuto riguardo delle numerose pronunce giurisprudenziali in materia intervenute in relazione al collegamento ad un regime di sicurezza sociale e tenuto conto anche di alcuni successivi regolamenti integrativi del reg. 1408/71 è possibile affermare che risultano coperti dalla disciplina in oggetto: a) i funzionari pubblici e quelli ad essi assimilati<sup>578</sup>; b) i superstiti e i membri della famiglia; c) gli studenti<sup>579</sup>; d) gli apolidi e i rifugiati; e) i cittadini di Paesi terzi, nonché i loro familiari e i superstiti per cui le disposizioni dei Regolamenti n. 1408/71 e n. 574/72 non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità.<sup>580</sup>

---

<sup>575</sup> "... L'espressione "lavoratore subordinato o assimilato" usata da regolamento n.3 del Consiglio della CEE relativo alla "sicurezza sociale" dei lavoratori migranti ha significato comunitario, alla stessa stregua del termine "lavoratore" di cui agli articoli 48-51 del Trattato CEE, e si riferisce a tutti coloro i quali, in quanto tali e senza riguardo al modo in cui vengono denominati, sono tutelati dai vari sistemi nazionali di previdenza sociale"; cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 19 marzo 1964, Unger, cit.

<sup>576</sup> "...Dall'ampia formulazione dell'articolo 4 n. 1 del regolamento n. 3 del 1958 si desume che l'applicabilità del regolamento non è limitata ai lavoratori che sono stati occupati in più paesi membri né a quelli che sono stati occupati in uno Stato membro, pur risiedendo in un altro Stato membro". Cfr. Corte di Giustizia, sentenza dell'11 marzo 1965, causa 31/64, *Bertholet*, Raccolta, 1965, 108.

<sup>577</sup> Fa eccezione, naturalmente, l'istituto della disoccupazione che si applica ai soli lavoratori subordinati.

<sup>578</sup> Tale estensione si deve al reg. n. 1606 del 1998 in GUCE n. 209 del 15 luglio 1998. Prima di tale regolamento i funzionari pubblici (e i lavoratori ad essi assimilati) non erano sottoposti al sistema disciplinato dal reg. 1408/71 a meno di non essere (o essere stati) sottoposti alla legislazione di uno Stato membro a cui il regolamento era comunque applicabile.

<sup>579</sup> Tale estensione si deve al reg. n. 307/99 in GUCE n. 38 del 12 febbraio 1999.

<sup>580</sup> Tale estensione si deve al reg. n. 859 del 14 maggio 2003 (in GUCE del 20 maggio 2003) che applica le disposizioni dei regg. nn. 1408/71 e 574/72 anche ai cittadini di Paesi terzi, nonché i loro familiari e i superstiti ai quali le disposizioni dei citati regolamenti non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità.

Alla luce di quanto sopra esposto rimangono tuttora escluse dall'applicazione della normativa comunitaria sulla sicurezza sociale le seguenti categorie di persone: a) i membri della famiglia, cittadini di paesi terzi, che rivendicano diritti a prestazioni collegate alla qualità di lavoratore; b) gli assicurati "volontari" che non lavorano o non soddisfano la condizione di affiliazione antecedente obbligatoria; c) i non assicurati ad alcun regime.

Da un punto di vista oggettivo, ai sensi dell'articolo 4 del regolamento 1408/71 il campo di applicazione "*ratione materiae*" comprende: a) le prestazioni di malattia e di maternità; b) le prestazioni d'invalidità, comprese quelle dirette a conservare o migliorare la capacità di guadagno; c) le prestazioni di vecchiaia; d) le prestazioni ai superstiti; e) le prestazioni per infortunio sul lavoro e malattie professionali; f) gli assegni in caso di morte; g) le prestazioni di disoccupazione; h) le prestazioni familiari.

Dall'elencazione qui riferita emerge chiaramente come il regolamento nella sua formula resti fedele ad una concezione formalistica della sicurezza sociale,<sup>581</sup> limitandosi all'enumerazione degli eventi e alla qualificazione dei rischi sociali contro cui è generalmente demandato agli Stati membri di assicurare una protezione sociale a tutta o a parte della popolazione.<sup>582</sup>

In secondo luogo, tale disciplina non tenta minimamente di definire che cosa è o non è una prestazione di sicurezza sociale, impresa del resto fortemente aleatoria, sia tenendo conto delle disparità esistenti tra le legislazioni nazionali al riguardo sia considerata la costante evoluzione della nozione di sicurezza sociale.

#### *4.2 Il principio di territorialità quale forma indiretta di limitazione dei fenomeni di law shopping*

Questo principio disciplina l'intero impianto delle regole di coordinamento comunitario in materia di sicurezza sociale. Risulta infatti essenziale, al fine di una corretta ed uniforme applicazione del diritto, l'individuazione chiara e precisa della legislazione da applicare ai lavoratori che esercitano la libertà di circolazione.

La legge da applicare, ai sensi del Regolamento, deve essere unica,<sup>583</sup> ed è quella del luogo (*rectius* Stato) in cui il lavoratore, indipendentemente dal paese di residenza, esercita abitualmente la propria attività lavorativa (*lex loci laboris*).<sup>584</sup>

Il criterio della *lex loci laboris* è soggetto a delle eccezioni, necessarie per tenere conto di situazioni che si possono verificare in altri Stati membri, situazioni delle quali un'applicazione rigida del criterio in esame non potrebbe tener conto. Tali eccezioni riguardano sotto il profilo soggettivo : a) i lavoratori temporaneamente distaccati in altri Stati membri (per una durata massima di 12 mesi, estensibile a 24); b) i lavoratori interinali; c) i lavoratori dei trasporti internazionali occupati nel territorio di due o più Stati membri; d) i lavoratori che svolgono abitualmente la loro attività nel territorio di due o più Stati membri; e) i lavoratori che svolgono normalmente la loro attività nel territorio di più Stati membri o che dipendono da più datori di lavoro; f) i lavoratori occupati a bordo di una nave.<sup>585</sup>

Le eccezioni appena riportate rappresentano proprio il nodo cruciale della regolamentazione dei regimi previdenziali applicabili, cui si è fatto riferimento a più riprese nel presente lavoro.

Innanzitutto, con riferimento alla fattispecie del distacco, l'applicazione della regime di sicurezza sociale dello Stato di origine (e, quindi, della contribuzione dovuta) consente alle imprese stabilite in Paesi *low-cost* di operare un notevole risparmio sul costo della manodopera, soprattutto se si considera il fatto che la contribuzione rappresenta una delle principali voci di spesa nella gestione della manodopera impiegata. Lo stesso ragionamento vale per i lavoratori interinali, rientranti nella fattispecie del distacco contemplata dalla Direttiva 96/71/CE.

Con riferimento, invece, ai casi di assunzione per l'estero (i.e. assunzione di un lavoratore che presta la propria attività, in forma stabile, in un altro Stato membro), il principio della territorialità sembrainvece limitare il *dumping* praticato dalle imprese che decidano di trasferire la propria sede all'estero.

---

<sup>583</sup> Su questo punto le norme del regolamento risultano essere molto dettagliate così da poter ricevere immediata e diretta applicazione e così da poter evitare che i lavoratori che esercitano una delle libertà fondamentali del Trattato possano trovarsi iscritti a due o più regimi nazionali di sicurezza sociale, ovvero non trovarsi iscritti ad alcuno.

<sup>584</sup> Non rilevante, ai fini dell'individuazione della legislazione da applicare risulta essere il luogo (Stato) in cui il datore di lavoro (o l'impresa da cui il lavoratore dipende) abbia il domicilio o la sede.

<sup>585</sup> F. PENNING, *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, 69 e ss; A. DRAGONETTI, V. PIACENTINI, A. SFONDRINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Iposa, Milano, 2008, 776,

Generalmente, difatti, le imprese lasciano lo Stato di origine (ad alto costo) per stabilirsi in uno Paese *low-cost* e quivi lucrare sulla normativa eventualmente favorevole (anche in termini di contribuzione), salvo poi continuare ad operare - senza istituire sedi secondarie, ma per il tramite di soli uffici che non rappresentano, come analizzato nel primo capitolo, un vero e proprio stabilimento (inteso ai sensi del Trattato) nello Stato di origine attraverso manodopera assunta, in forma stabile, *in loco*. In tale ipotesi, nonostante l'impresa non abbia sedi - principali o secondarie - nello stato di origine, il Regolamento 1408/71 identifica il regime di sicurezza sociale applicabile con quello del Paese nel quale i lavoratori (ad eccezione di quelli in distacco) prestano stabilmente la loro attività lavorativa.

Quanto ai lavoratori marittimi, ed in generale del settore trasporti, il Regolamento 1408/71 ha adottato una soluzione analoga, prevedendo che il regime previdenziale applicabile sia quello dello Stato di origine.

Il che significa che il rapporto previdenziale, come nell'ipotesi di distacco segue il Paese di stabilimento dell'impresa e si pone in eccezione rispetto al principio della *lex loci laboris*.

Se si ragiona sulla fattispecie del distacco, detta soluzione sembra plausibile, anche da un punto di vista strettamente pratico, poiché finalizzata a tutelare un'esigenza di certezza del diritto, ovvero la necessità di non generare soluzioni di continuità nella storia contributiva del dipendente e soprattutto di individuare con certezza il Paese e l'Ente previdenziale che effettuerà, in età pensionabile, il pagamento del trattamento previdenziale dovuto.

Una soluzione differente, d'altro canto, finirebbe per frammentare i periodi contributivi del lavoratore, con effetti negativi, probabilmente, sul trattamento previdenziale dovuto al lavoratore all'atto della cessazione dell'attività lavorativa, il tutto aggravato dal fatto che la temporaneità del distacco comporterebbe un'aggravio per l'impresa, che dovrebbe iscrivere il lavoratore - seppur per periodo limitati - presso più Istituti previdenziali. Lo stesso lavoratore, dal canto suo, sarebbe svantaggiato, in quanto costretto a ricomporre la sua storia contributiva attraverso una richiesta di totalizzazione di differenti periodi contributivi, da rivolgersi a più Istituti situati in diversi Stati.

Analizzando invece il settore del trasporto, ed in particolare alla luce del caso *Viking* analizzato, l'eccezione sopra riportata produce un effetto negativo.

Con riferimento sempre al settore dei trasporti marittimi, settore che particolarmente ha interessato il presente capitolo, il Regolamento incentiva le imprese operanti nel settore dei servizi a trasferirsi in Paesi con un costo della contribuzione contenuto (soprattutto se associato ad un livello di tutela altrettanto basso). La contribuzione dovuta ad esempio ai membri dell'equipaggio è infatti corrisposta nello Stato di immatricolazione della nave e non in quello in cui l'impresa è formalmente stabilita; per l'effetto, un mero cambio di bandiera è sufficiente a consentire alla stessa impresa un risparmio sulla contribuzione dovuta, senza dover necessariamente procedere alla modifica della sede legale.

La normativa in esame, con riferimento al settore dei trasporti sopra riportato, legittima fenomeni di *law-shopping*, da un punto di vista strettamente previdenziale, che andrebbero corretti; in alternativa alla disciplina attuale, si potrebbe legare il regime di sicurezza sociale applicabile allo Stato di formale stabilimento dell'impresa, evitando così che il mero cambio di bandiera delle navi possa generare automaticamente una modifica del regime previdenziale applicabile e della contribuzione dovuta.

Una simile soluzione avrebbe un duplice effetto: da un lato essa tutelerebbe i lavoratori, che manterrebbero la propria contribuzione nello Stato di stabilimento dell'impresa, con un trattamento pensionistico, al raggiungimento dell'età minima, più alto; dall'altro, si limiterebbero le pratiche di *law-shopping* ristabilendo un regime di concorrenza leale.

#### *4.3 Il principio di non discriminazione*

L'art. 3 del Regolamento 1408/71 introduce anche nel campo della sicurezza sociale il principio di parità di trattamento, espressione del generale divieto di discriminazione sancito dal Trattato.

In altre parole, anche nel campo della sicurezza sociale i cittadini di un altro Stato membro devono beneficiare della stessa normativa e del medesimo trattamento che lo Stato nel cui territorio prestano lavoro o risiedono, riserva ai propri cittadini.<sup>586</sup>

---

<sup>586</sup> Cfr. S. H. NEVILLE, *Social Security Law in context*, University press, Oxford, 246 e ss.

Nell'affermazione di questo principio e nell'estensione del suo campo di applicazione, al fine dell'eliminazione delle discriminazioni c.d. "indirette",<sup>587</sup> ha giocato un ruolo fondamentale la Corte di Giustizia stabilendo, per esempio, l'illegittimità di quelle norme statali che prevedevano l'uso esclusivo della lingua ufficiale dello Stato in questione per la redazione di una domanda di assunzione,<sup>588</sup> di quelle legislazioni nazionali che riconoscevano ai familiari superstiti dei lavoratori un diritto di natura "derivata" alle prestazioni previdenziali,<sup>589</sup> nonché la contrarietà al diritto comunitario dell'obbligo di residenza per i cittadini stranieri (e non per quelli nazionali) sancito da alcuni ordinamenti come condizione per l'erogazione di una prestazione non contributiva.<sup>590</sup>

#### 4.4 Il principio dell'esportabilità delle prestazioni

Tale principio, a compimento delle regole di coordinamento e in applicazione di quanto enunciato dall'art. 42 del Trattato, è previsto dall'art. 10 del reg. 1408/71 che dispone la revoca e la soppressione delle c.d. clausole di residenza.

In altre parole, è consentito ai lavoratori trasferire o esportare le prestazioni loro spettanti in base alla legislazione di uno Stato membro in un altro Paese dell'Unione.

---

<sup>587</sup> "La forza vincolante [del diritto comunitario] non può variare da uno Stato membro all'altro, in funzione di normativa interna, indipendentemente dalla materia cui queste si riferiscono, senza che siano messi a repentaglio la concreta efficacia di tale diritto e l'uniforme applicazione che esso deve trovare in tutti gli Stati membri e nei confronti di tutti i destinatari delle singole disposizioni"; Cfr. Corte di Giustizia sentenza del 6 dicembre 1977, causa 55/77, *Maris*, in *Raccolta*, 1977, 2327.

<sup>588</sup> Corte di giustizia, sentenza del 6 dicembre 1977, *Maris*, cit., "... il regolamento n. 1408/71 impone alle autorità degli Stati membri di accettare, nonostante qualsiasi disposizione eventualmente divergente o contraria della loro legislazione nazionale, ogni richiesta od ogni altro documento riferentesi all'applicazione del suddetto regolamento e 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"

<sup>589</sup> In questo modo i familiari superstiti godevano delle prestazioni previdenziali previste dai singoli ordinamenti nazionali per i soggetti a carico. La Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, causa 308/93, *Cabanis Issarte*, in *Raccolta*, 1996, ha riconosciuto a tali soggetti la possibilità di accesso *iure proprio* ai trattamenti previdenziali, rendendo così necessaria una rivisitazione del regolamento n. 1408/71 nella prospettiva dell'espansione del principio di non discriminazione a vantaggio dei familiari superstiti.

<sup>590</sup> Corte di giustizia, sentenza del 27 marzo 1985, causa 249/83, *Hoeckx*, in *Raccolta*, 1985, 973 "... la prestazione che garantisca in via generale un minimo di mezzi di sussistenza costituisce un vantaggio sociale ai sensi del regolamento n. 1612/68. L'art. 7 n.2 di questo regolamento va interpretato nel senso che l'attribuzione di un siffatto vantaggio sociale 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". In senso conforme anche Corte di Giustizia, sentenza del 27 marzo 1985, causa 122/84, *Kenneth Scrivner e Carol Cole*, in *Raccolta*, 1985, 1027.

Il principio vale per le sole prestazioni economiche,<sup>591</sup> essendo escluse dal suo campo di applicazione le prestazioni in natura per le quali la legge della istituzione competente si limita a definirne il diritto, mentre le modalità di erogazione della stessa prestazione sono stabilite dalla legge dello Stato di residenza, pur rimanendo unica debitrice l'istituzione competente.<sup>592</sup>

Effetto della revoca delle clausole di residenza, le quali si hanno “come non apposte” nel caso in cui una legislazione nazionale ne faccia menzione, è la trasferibilità delle prestazioni di sicurezza sociale che dovranno continuare ad essere erogate dall'ente competente con le stesse modalità entro l'intero territorio dell'Unione Europea.<sup>593</sup>

Il medesimo principio della trasferibilità (esportabilità) della prestazione previdenziale è previsto in tema di disoccupazione, ma con qualche limitazione in relazione al tempo in cui il lavoratore migrante può beneficiare della relativa indennità.

Ai sensi dell'art. 69 del Regolamento 1408/71 il lavoratore in stato di disoccupazione totale che si rechi in un altro Paese membro per cercare un'occupazione conserva la relativa indennità per un periodo massimo di tre mesi, a condizione che, prima della sua partenza, sia stato iscritto e sia rimasto a disposizione degli uffici di collocamento dello Stato erogatore per almeno quattro settimane e che successivamente si iscriva e rimanga a disposizione presso gli stessi Uffici del paese di destinazione.<sup>594</sup>

---

<sup>591</sup> Infatti tutte le prestazioni monetarie periodiche, quali le pensioni (per invalidità e per vecchiaia), le rendite per infortunio sul lavoro o per malattia professionale e gli assegni in caso di morte spettanti in base alla legislazione di un Paese membro non possono essere ridotte, sospese o revocate per il fatto che il beneficiario non risieda nello stesso Stato in cui ha sede l'istituzione debitrice. In proposito si veda Corte di Giustizia, sentenza 31 marzo 1977, causa 87/76, *Bozzone*, in *Racc.*, 1977, 687. Si veda anche E. GHERA, “*Sicurezza sociale e libera circolazione dei lavoratori: principi fondamentali e soggetti*”, in *Il Diritto del lavoro*, 1999, n.1, pag.121 ss.

<sup>592</sup> Si veda art.19, lett. a) reg.1408/71 con riferimento alle prestazioni in natura per maternità e per malattia, in cui sono incluse anche le prestazioni concesse sottoforma di rimborso di spese mediche e farmaceutiche. In proposito si veda A. ANDREONI “*Sistemi nazionali e armonizzazione*”, in *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, a cura di: BAYLOS GRAU, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA, ed. Monduzzi, Bologna, 1996.

<sup>593</sup> Tale regola non si applica alle ipotesi in cui il lavoratore stabilisca la propria residenza in un Paese terzo.

<sup>594</sup> Cfr. A. ANDREONI, “*Sistemi nazionali e armonizzazione*”, in *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, a cura di: BAYLOS GRAU, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA, ed. Monduzzi, Bologna, 1996.

Ma la deroga più importante e discussa è sicuramente quella prevista per le prestazioni a carattere non contributivo dal Regolamento CE n.1247/92:<sup>595</sup> queste infatti, quando siano erogate in via suppletiva, complementare o accessoria per i rischi contemplati nel regolamento 1408/71, sono sì incluse nel coordinamento e soggette al principio di totalizzazione, ma il loro godimento risulta condizionato alla residenza nel territorio dello Stato che ne riconosce il diritto.<sup>596</sup>

Un principio speculare a quello sopra enunciato dell'esportabilità è posto, infine, a garanzia del datore di lavoro che *“non può essere costretto a pagare contributi maggiorati per il fatto che il suo domicilio o la sede della sua impresa si trova nel territorio di uno Stato membro diverso da quello competente”*.<sup>597</sup>

#### 4.5 Il principio della totalizzazione a tutela dei diritti previdenziali dei lavoratori

Il principio della totalizzazione dei periodi assicurativi è una colonna portante dell'intero impianto del reg. 1408/71 e *“si affianca specularmente al principio del divieto di cumulo di più periodi assicurativi sincronici”*.<sup>598</sup>

Il diritto enunciato è previsto dall'art. 18 ed è però condizionato al fatto che i periodi di assicurazione da totalizzarsi non si sovrappongano.<sup>599</sup>

---

<sup>595</sup> Il reg.1247/92 ha introdotto nel reg.1408/71 l'art.10 bis relativo a queste prestazioni non contributive.

<sup>596</sup> Ed infatti vi è chi ha sottolineato che la “novella” recata dal reg. 1247/92 rappresenta un passo indietro rispetto quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: l'inesportabilità, comportando il venir meno della prestazione in caso di trasferimento del soggetto in un altro Paese membro, parrebbe attribuire a tali prestazioni uno statuto prossimo a quello dell'assistenza. In questi termini S. GIUBBONI, *“Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico”*, in *Arg. dir. lav.*, 1997. In proposito vedi anche P. BOZZAO, *“Le prestazioni non contributive nel regolamento 1408/71”*, in *Il Diritto del lavoro*, n. 1, 1999, 184 ss. Evidentemente in tale intervento comunitario persiste quella concezione “utilitaristica” tendente ad escludere dall'ambito della tutela sociale quelle “mobilità che non risultino strettamente funzionali ad esigenze produttive” e a scoraggiare “flussi di nullatenenti, lucrativi dei differenziali di reddito di qui la tendenza a mantenere nell'ambito puramente nazionale le prestazioni di integrazione del reddito e gli stessi soggetti che ne beneficiano”. Sul punto si vedano M. CINELLI, *“Appunti in tema di incidenza del diritto comunitario sull'ordinamento interno di sicurezza sociale”*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, n.1, 101, E. GHERA, *“Sicurezza sociale e libera circolazione dei lavoratori: principi fondamentali e soggetti”*, in *Il Diritto del lavoro*, n. 1, 1999, 121 ss.

<sup>597</sup> Così S. GIUBBONI, *“Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico”*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 110.

<sup>598</sup> Così A. ANDREONI *“Sistemi nazionali e armonizzazione”*, in *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, a cura di B. GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA, Monduzzi, Bologna, 1996.

<sup>599</sup> Art. 15, Regolamento di attuazione n. 574/72. Per approfondimenti sulla totalizzazione si veda: AA.VV., *Manuale previdenza*, Ipsoa, Milano, 2008, 23 e ss.

Anche in questo caso la giurisprudenza della Corte ha anticipato il principio. Fin dal 1964, infatti, alcune sentenze hanno consentito l'individuazione di quale dovesse essere la corretta funzione della totalizzazione dei periodi assicurativi.

Innanzitutto il principio risulta “... *applicabile solo qualora i regolamenti garantiscano agli assicurati delle prestazioni almeno pari al totale di quelle cui [...] essi avrebbero diritto a norma delle varie leggi nazionali*”.<sup>600</sup>

In secondo luogo, non costituendo “... *vantaggio in contrasto con le norme comunitarie il cumulare prestazioni, dovuto in uno Stato in forza del solo diritto interno, con altre prestazioni dovute in un altro Stato grazie al cumulo dei periodi assicurativi, qualora i periodi cui detta prestazioni non si sovrappongano*”.<sup>601</sup>

nessuno Stato “... *può trarre argomento dall'onere imposto dal diritto comunitario all'ente di un altro Stato per ridurre quello impostogli dalla propria legislazione*”.<sup>602</sup>

Nella pratica la totalizzazione, nell'unire i periodi assicurativi o di residenza disciplinati dalle legislazioni nazionali secondo regole di contribuzione e di calcolo delle prestazioni molto differenti tra loro, rende necessaria una stretta collaborazione tra le amministrazioni nazionali interessate, al fine di evitare, in particolare, il cumulo delle prestazioni.

Ottenuta la totalizzazione dei periodi, il lavoratore assoggettato alla normativa di due o più Stati membri non riceve l'intera prestazione previdenziale dall'istituzione competente di un solo Stato (quello della legislazione applicabile a cui ha richiesto la prestazione), come se avesse maturato tutti i requisiti all'interno dello stesso, ma ne riceve una parte in proporzione al periodo effettivamente trascorso in detto Paese. È questo il c. d. sistema di “prorateizzazione” che rappresenta il criterio di base, fissato dall'art. 46.1 del Regolamento, per la liquidazione di quelle prestazioni il cui ammontare è legato alla durata dei periodi di assicurazione, di occupazione o di residenza maturati dall'interessato.<sup>603</sup>

Esso non opera come presupposto per l'acquisizione del diritto, ma unicamente per la determinazione dell'entità della prestazione in oggetto, *rectius* i lavoratori migranti

---

<sup>600</sup> Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, causa 100/63, *Van Der Veen*, in *Raccolta* 1964, 1093.

<sup>601</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 luglio 1967, causa 1/67, *Ciechelski*, *Raccolta*, 1967, 212.

<sup>602</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 ottobre 1994, causa 165/91, *Van Munster*, *Raccolta*, 1994, 4661.

<sup>603</sup> Per le altre prestazioni la totalizzazione viene effettuata solo dallo Stato membro in cui è stata svolta l'ultima attività lavorativa prima dell'evento assicurato e dal medesimo Stato la prestazione viene liquidata in misura intera, anziché pro rata.

possono certamente chiedere una pensione unica, facendo valere tutti i periodi assicurativi maturati nei diversi Stati membri, allo Stato della legislazione applicabile, il quale avrà poi, tuttavia, la possibilità di rivalersi, *pro-rata*, sulle istituzioni degli altri Stati membri che hanno riscosso i contributi.<sup>604</sup>

La regola della prorateizzazione mira quindi a ripartire l'onere dell'erogazione del beneficio tra gli istituti previdenziali interessati, vale a dire quelli degli Stati in cui il migrante ha lavorato, in misura direttamente proporzionale ai periodi effettivamente espletati sotto la propria legislazione.

Tali sistemi consentono, in un'epoca in cui il lavoratore è spesso soggetto ad alta mobilità, di attuare un meccanismo al fine di ricongiungere - con riduzione dei procedimenti burocratici a proprio carico - tutti i periodi assicurativi maturati nei diversi Stati membri, salvo poi ottenere, al raggiungimento dell'età pensionabile, la corresponsione di un unico trattamento economico.

##### *5. Considerazioni in merito al livello di protezione dei lavoratori nell'ordinamento internazional-privatistico*

Se si eccettua il caso dei rapporti di lavoro itineranti sopra analizzati, per i quali permangono dubbi sulla reale efficacia dell'attuale impianto normativo a livello europeo, a differenza di quanto affermato a commento del capitolo precedente, la normativa internazional-privatistica offre un livello minimo di tutela accettabile.

Come si è visto, sia detta normativa riguarda i rapporti con elementi di internazionalità, che esulano dall'ipotesi dell'invio temporaneo all'estero, disciplinati a livello europeo dalla Direttiva 96/71/CE

Da un punto di vista sostanziale, difatti, l'impianto normativo di cui al Regolamento Roma I, così come quello della Convenzione di Roma, ed in particolare i criteri di collegamento in essi previsti, consentono di limitare i fenomeni di *law-shopping*, per il tramite del sistema del richiamo alle norme imperative proprie dell'ordinamento con il quale il rapporto di lavoro presenta elementi di collegamento. Tale sistema

---

<sup>604</sup> Per la determinazione dell'importo delle prestazioni da liquidare va sottolineata l'estrema complessità e minuziosità dei criteri previsti dal Regolamento 1408/71, il quale proprio per questo è stato oggetto di svariati interventi normativi tesi a snellire il relativo procedimento e a garantire al lavoratore migrante prestazioni di sicurezza sociale adeguate.

consente di evitare che la scelta della legge applicabile, operata dalle parti (o imposta unilateralmente dall'impresa) privi il lavoratore dell'adeguata protezione offerta dall'ordinamento "collegato" al rapporto in esame, qualora esso sia maggiormente protettivo.

Anche da un punto di vista previdenziale, il sistema della *lex loci laboris*, nell'individuare il regime di sicurezza sociale applicabile al rapporto di lavoro con quello del Paese nel quale la prestazione è effettivamente resa, consente di evitare che l'impresa si avvantaggi della minor contribuzione da pagarsi nel Paese di stabilimento.

Tale considerazione, tuttavia, vale soltanto nella misura in cui la prestazione lavorativa è resa dal lavoratore in uno Stato la cui normativa prevede un regime di sicurezza sociale con livelli contributivi elevati, ed al contempo, l'impresa che procede all'assunzione per l'estero risulti stabilita in un Paese che - di contro - non presenti un regime previdenziale sostanzialmente protettivo.

Nel caso in cui, invece, l'impresa sia stabilita in un Paese con elevato livello contributivo ed assuma un lavoratore per l'estero, affinché egli presti la propria attività in un Paese *low-cost*, l'effetto (potenziale) *anti-dumping* del Regolamento 1407/81 (come sopra evidenziato), risulterà vanificato.

Nel caso di specie, difatti, il sistema di sicurezza sociale applicabile sarà quello del Paese nel quale la prestazione è effettivamente resa, che - nell'esempio da noi preso in esame - risulterà sicuramente caratterizzato da un livello di contribuzione inferiore, rispetto a quella dello Stato di origine.

In buona sostanza, gli effetti positivi del principio di territorialità, a livello comunitario, risultano apprezzabili soltanto nell'ipotesi in cui l'impresa (volutamente o meno) sia stabilita in Paese *low-cost* e assuma un lavoratore che presti la propria attività in un Paese con un sistema previdenziale aventi costi più elevati, mentre nel caso contrario, tale effetto è da ritenersi vanificato.

Anche nelle ipotesi di distacco, come si è visto, seppur l'effetto della disciplina prevista dal Regolamento 1408/71 (eccezione al principio della *lex loci laboris*) è quello di consentire alle imprese di attuare pratiche di *dumping*, per il tramite dell'invio all'estero di manodopera soggetta a minore contribuzione, la *ratio* di tale disciplina è comunque quella di proteggere il lavoratore da un'eccessiva ed

impraticabile (in termini di totalizzazione) frammentazione dei periodi contributivi all'estero; l'adozione di un sistema diverso, infatti, se da un lato ridurrebbe le pratiche di *law-shopping* attuate da certe imprese, dall'altro potrebbe produrre un effetto negativo, in termini pensionistici, nei confronti dei lavoratori in distacco, costretti a totalizzare più periodi contributivi - attraverso un processo di ricostruzione laborioso - di diverso valore economico, per giungere ad un unico trattamento previdenziale al raggiungimento dell'età pensionabile.

Un'ultima considerazione può essere rivolta al mancato riferimento, sia nella Convenzione di Roma sia nel Regolamento Roma I alla contrattazione collettiva del Paese con il quale il rapporto di lavoro presenta il collegamento più stretto, la quale non è espressamente indicata tra le disposizioni imperative che necessariamente devono essere applicate a tutela del lavoratore, se si eccettua l'ipotesi dei contratti aventi - secondo il sistema nazionale - efficacia erga omnes.<sup>605</sup>

Soprattutto con l'approvazione del Regolamento Roma I, il legislatore comunitario avrebbe potuto prestare più attenzione a tale aspetto e colmare la lacuna esistente nella Convenzione di Roma, consentendo così di tenere in debito conto il ruolo svolto nei diversi Stati membri dalla contrattazione collettiva e, conseguentemente, offrire maggiori garanzie di protezione al lavoratore.

---

<sup>605</sup> M. MAGNANI, *il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali*, cit., 86.

## CONCLUSIONI

Il risultato della ricerca condotta nei capitoli precedenti è a tratti poco rassicurante. Le libertà di circolazione di impresa e dei servizi consentono alle imprese di operare con soluzioni flessibili, di delocalizzare le proprie attività produttive in Paesi europei emergenti e da lì fornire i propri servizi, realizzando pratiche di *dumping* e di vero e proprio *law-shopping*.<sup>1</sup>

E' emerso come i Paesi che maggiormente si avvantaggino di tali pratiche siano quelli recentemente entrati a far parte dell'Unione Europea e/o comunque gli Stati che presentano un ordinamento giuridico con più basso livello di tutela dei lavoratori. Come evidenziato dalla dottrina, sono infatti i differenziali di costo del lavoro (e più in generale i costi, bassi, determinati dall'ordinamento giuridico e dal sistema di *welfar state*), nonché l'aspettativa (legittima dal canto loro) dei Paesi neocomunitari a godere dei conseguenti "vantaggi competitivi" ad aver costituito, per essi, la ragione principale di ingresso nell'Unione Europea, nonostante i notevoli sforzi economici (per realizzare un adattamento ai parametri di Maastricht) che essi stessi hanno dovuto sostenere.<sup>2</sup>

La scelta di aderire con immediatezza al mercato unico è stata quindi frutto di una politica ben pensata, finalizzata a garantire alle proprie imprese uno sbocco commerciale adeguato, sostenuto dalla capacità di produrre beni e servizi a costi inferiori rispetto ai Paesi occidentali, già membri dell'UE.

Nell'attuare la loro politica di "espansione" economica, gli stessi Paesi neocomunitari hanno trovato terreno fertile nella efficacia diretta ed orizzontale delle libertà economiche garantite dal Trattato, e segnatamente dall'rt. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE, oggetto di un'interpretazione in *favor* delle imprese, realizzata dalla Corte di Giustizia anche a costo di soffocare i diritti dei lavoratori e, nello specifico, della manodopera distaccata nel quadro di una prestazione di servizi.

---

<sup>1</sup> M. PALLINI, *Law-shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, cit., 3 e ss.; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, 227 e ss.; P. CHAUMETTE, *Les actions syndicales dans le maillage des libéertes communautaires des entreprises*, in *Droit Social*, n. 2, 2008, 14 e ss.

<sup>2</sup> N. REICH, *Free movement v. social rights in an enlarged Union. The Laval and Viking case before the EJC*, 2007, in [www.digitalcommons.law.umaryland.edu](http://www.digitalcommons.law.umaryland.edu) (gennaio 2009); A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, cit., 66; A. DE SALVIA, *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Ruffert*, cit., 1423; A. LASSANDRI, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *Working Papers*, CSDLE "Massimo D'Antona", n. 25, 2005, 169; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 175-176.

E' così venuto meno tutto il valore giuridico attribuito, storicamente, dagli ordinamenti e dalle Costituzioni degli Stati membri a diritti fondamentali quali il diritto alla negoziazione collettiva, il diritto di sciopero; al contempo, la stessa Corte ha fornito un'interpretazione "restrittiva" della Direttiva 96/71/CE, forse l'unico atto normativo a protezione dei diritti dei lavoratori nel campo dei servizi.

A fronte di tale interpretazione è stata altresì compressa la capacità della contrattazione collettiva di svolgere quel ruolo fondamentale di tutela che le è da sempre riconosciuta, pur nella varietà dei diversi sistemi giuridici interni.<sup>3</sup>

E' stato così sminuito lo stesso ruolo delle organizzazioni sindacali, nonché delle azioni collettive da esse promosse, nella paura (forse) che il ruolo storicamente svolto dai sindacati potesse in qualche modo ostacolare il processo di realizzazione di un mercato unico, di stampo sicuramente liberista, scevro da ogni "inutile" (per le Istituzioni comunitarie) orpello o limitazione.

Sicché i diritti collettivi e la funzione dei sindacati sono stati interpretati come mere e potenziali ostacoli alla circolazione delle imprese e/o dei servizi, applicando restrittivamente il citato *test* di proporzionalità, volto a verificare se ed in che misura un'azione collettiva potesse essere ritenuta compatibile con le ragioni di impresa, laddove invece ai diritti sindacali ed alla protezione dei lavoratori è stata sempre attribuita una posizione "privilegiata", nell'intento di riequilibrare la "forza" - economica e contrattuale - dell'impresa con le esigenze e le istanze di tutela della manodopera da essa impiegata (parte di fatto debole, se si eccettuano alcuni casi, del rapporto di lavoro).

Da un lato, quindi, è avvertita a livello comunitario un'esigenza di tutela dei lavoratori in distacco, che partendo dallo Stato di origine, sono inviati in un altro Paese al fine di prestare un'attività economica in favore dell'impresa distaccante; dall'altro v'è anche un'esigenza di tutela della manodopera impiegata dalle imprese che volontariamente delocalizzano le proprie attività in Paesi *low-cost*, assumendo i lavoratori *in loco*, da utilizzare poi in distacco nell'ambito del Territorio comunitario. Inoltre, v'è forse anche un'esigenza di tutela della manodopera impiegata dalle imprese precedentemente la scelta di delocalizzazione, che con estrema facilità può

---

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., 408; cfr. J.D. REYNAUD, *La contrattazione collettiva in Europa*, Edizioni lavoro, Roma, 1982.

essere espulsa dal contesto aziendale, a fronte della chiusura di ogni attività economica nel Paese di origine, o al limite portata a seguito nello Stato di destinazione, a condizioni ben inferiori rispetto a quelle prima godute. Il caso *Viking* è emblematico in tal senso.

Tuttavia, pur volendo criticare aspramente le ragioni che hanno condotto la Corte di Giustizia ad attuare certe conclusioni nei recenti orientamenti, non si può che ricondurre l'effetto di sfruttamento della manodopera, in atto nel mercato unico, a due fattori principali.

Il primo, riguarda la volontà, politica ed economica, dell'Unione Europea di integrare, rapidamente e senza alcuna limitazione, Paesi con sistemi giuridici ed economici troppo diversi, ed animati da obiettivi e principi diametralmente opposti, senza un'efficiente normativa di protezione.

Rispetto a tale punto, si condivide la scelta, coraggiosa, di chi ha dichiarato che le ragioni dell'allargamento non sono state dettate soltanto da ragioni di politica internazionale, bensì anche dalle spinte “*di un potere economico e finanziario internazionale, ovviamente interessato a godere nel medio periodo di una efficiente combinazione tra piena mobilità di capitali e significativi differenziali regolativi, soprattutto in materia di tutele del lavoro*”,<sup>4</sup> e dalle aspettative delle popolazioni provenienti dai Paesi neocomunitari ad acquisire un miglioramento del tenore e delle condizioni di vita dopo le vicende che hanno accompagnato detti Stati dal secondo dopo guerra ad oggi.<sup>5</sup>

Eppure, se il primo obiettivo sembra essere sostanzialmente raggiunto, il secondo sembra ben lontano da una soluzione positiva, laddove invece proprio l'allargamento dell'Unione ha determinato uno sfruttamento, in occidente, della manodopera proveniente da Est, propensa ad accettare condizioni sfavorevoli pur di lasciare il Paese di origine, nonché uno sfruttamento *in loco* da parte delle imprese che in tali Paesi hanno delocalizzato, avvantaggiandosi di un sistema di protezione inferiore, senza che detto allargamento producesse un fenomeno di innalzamento dei livelli di tutela, come sperato dalle Istituzioni comunitarie.

Anzi, esso ha determinato un effetto esattamente opposto, progressivo, di confronto negativo tra ordinamenti, che porta le imprese stabilite ad ovest ad esercitare una

---

<sup>4</sup> U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 180.

<sup>5</sup> A. LASSANDRI, *La Corte di giustizia ed il sindacato*, cit., 166.

significativa pressione politica sui proprio Governi, al fine di ridurre gli *standards* normativi, di rendere più flessibile il mercato del lavoro e di abbassare il costo della manodopera (e conseguentemente i livelli di protezione esistenti), al fine di competere ad armi pari (ovvero a costo della manodopera tendenzialmente eguale) con i *competitors* stabiliti ad Est.

E' quindi avvertita la necessità di porre un freno al conflitto tra dimensione nazionale, nella quale la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori è forte e storicamente radicata e dimensione europea, ove le libertà economiche prevalgono sulle stesse ragioni dei lavoratori.

Non si vuol tacere sul fatto che l'adesione dei Paesi neocomunitari all'Unione Europea comporterà un adeguamento dei loro ordinamenti giuridici a quello comunitario e - per quanto concerne il presente lavoro - agli atti normativi adottati in materia lavoristica, quali le direttive in materia di parità di trattamento, contratti a termine, trasferimento di azienda, informazione dei lavoratori, orario di lavoro, ecc.

Tale processo di adeguamento porterà sicuramente ad un effetto positivo e di livellamento degli *standards* a livello europeo, con una limitazione del conflitto tra ordinamenti e del vantaggio competitivo per le imprese stabilite ad est.

Tuttavia, come abbiamo visto nei capitoli che precedono, sia i diritti sindacali sia (e conseguentemente) gli aspetti retributivi e contributivi, sono esclusi da tale processo di adeguamento, in quanto materie non coperte dal Trattato ed immuni dal processo di armonizzazione che ha interessato il modello sociale europeo, ma che incidono fortemente sia sui differenziali di costo sia sull'effettiva tutela dei diritti dei lavoratori.

L'aspetto retributivo e contributivo è sicuramente una delle maggiori voci di costo della manodopera, così come l'azione svolta dai sindacati - sia in termini di contrattazione che di tutela collettiva dei diritti fondamentali - rappresenta uno dei principali strumenti di garanzia nell'attuazione della normativa in materia di lavoro e, come abbiamo visto, nella fissazione di livelli di retribuzione minimi, proporzionati ed adeguati alla qualità ed alla quantità del lavoro prestato; ciò nonostante, tali aspetti - essenziali in fase di tutela dei lavoratori - sono esclusi dalle competenze EU e, quindi, dal processo di armonizzazione.

Per ovviare a tale problema, in dottrina sono state prospettate diverse soluzioni, che di seguito proveremo a sintetizzare.

*In primis*, è stata ricercata nello stesso ruolo delle organizzazioni sindacali a livello europeo, stante la difficoltà (rilevata dalla dottrina) di aprire “*una rinnovata stagione di riforme costituzionali*”, come dimostrato dallo stesso fallimento del progetto di adozione di una Costituzione Europea.<sup>6</sup>

L’art. 139 Trattato CE, in particolare, nella parte in cui afferma che “*Il dialogo tra le parti sociali a livello comunitario può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi*”, potrebbe rappresentare una solida base sulla quale costruire un nuovo modello sociale europeo, adeguato all’evoluzione economica dei nostri tempi ed alla segmentazione del mercato unico.

Secondo la stessa dottrina, dovranno essere gli stessi lavoratori, per il tramite delle loro organizzazioni, a stipulare accordi transnazionali e ad attivare le procedure più appropriate per dare forza giuridica a tali accordi, senza limitarsi a richiedere alle Istituzioni politiche “*di prendersi cura di loro*”.<sup>7</sup>

Tale soluzione si fonda sull’esperienza maturata a livello europeo in materia di lavoro temporaneo e sui contratti a tempo determinato, ma tralascia un aspetto determinante, ovvero la “volontà” delle parti sociali, come desumibile dallo stesso art. 139 Trattato CE.

La locuzione “*se queste lo desiderano*” è indicativa di come il sistema di contrattazione collettiva a livello europeo (così come a livello nazionale) presupponga che associazioni dei lavoratori e, soprattutto, dei datori di lavoro, libere di negoziare o meno, decidano di raggiungere un accordo vincolante, di ampio respiro, che getti le basi per una regolamentazione uniforme delle condizioni di lavoro.

Come evidenziato altrove, difatti, diversi sono (e sono stati) gli ostacoli allo sviluppo di una vera e propria contrattazione collettiva, quali ad esempio: la mancanza di attori sociali dotati di poteri decisionali a livello europeo, l’assenza di pratiche di conflitto a livello sovranazionale e, in particolare, la resistenza degli imprenditori ad

---

<sup>6</sup> Cfr. G. AMATO, *Tra Stato sociale e dimensione europea*, in E. GHERA, A. PACE, *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, 144

<sup>7</sup> G. AMATO, *Tra Stato sociale e dimensione europea*, cit., 145.

accettare un ulteriore livello di normazione sociale, che sarebbe inevitabilmente aggiuntiva rispetto a quella esistente a livello nazionale.<sup>8</sup>

Se si eccettuano alcune esperienze legate a gruppi multinazionali, e quindi ad accordi legati a singole imprese,<sup>9</sup> la strada di una contrattazione collettiva di portata generale è difficilmente praticabile in assenza di una predisposizione o di un vantaggio specifico per la parte datoriale e per le associazioni che ne rappresentano gli interessi, soprattutto se si riflette sul fatto che l'allargamento ha portato innumerevoli vantaggi economici proprio alle imprese multinazionali ed agli operatori economici operanti nel mercato unico, i quali hanno costruito la loro espansione sulla differenza ordinamentali e di tutela uno strumento competitivo e di incremento dei profitti.

Rimane quindi aperto il problema di bilanciamento di interessi, più volte sollevato nel presente lavoro, e soprattutto di riaffermazione a livello europeo dei principi fondamentali in materia di lavoro, ed in particolare del diritto ad una giusta retribuzione ed al riconoscimento del ruolo e della funzione svolti dai sindacati, contemperando ragioni di impresa e tutela del lavoro.

D'altro canto, un nuovo modello sociale europeo potrebbe avere effetti benefici sulle stesse imprese UE, laddove invece - come giustamente rilevato in dottrina - in certi casi a minori salari corrispondono una minore produttività del lavoro, una minore disponibilità all'innovazione e costi maggiori di supervisione (sulla stessa manodopera); di contro, un innalzamento delle condizioni di lavoro può ingenerare un processo virtuoso, basato sulla competitività e sul progresso delle sole imprese che investono in innovazione e ricerca, limitando e sfavorendo, quindi, le pratiche di *dumping*.<sup>10</sup>

La stessa Dottrina rileva infatti come l'art. 2 Trattato CE attribuisca all'UE il compito di realizzare un "elevato livello di occupazione e di protezione sociale", l'art. 3, lett. k, si riferisca ad un "rafforzamento della coesione economica e sociale", principi ben diversi "dall'armonizzazione al ribasso delle condizioni economico-

---

<sup>8</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro delle comunità europee*, cit., 417.

<sup>9</sup> M. GOLD, M. HALL, *European level information and consultation in multinational companies: an evaluation of practice*, European Foundation, Dublino, 1992; F. GUARRIELLO, *Accordi di gruppo e strutture di rappresentanza europee*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1992, 21 e ss.; A. LO FARO, *Europei, comunitari e comunitarizzati*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2000, 861 e ss.; S. SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2006, 447 e ss.

<sup>10</sup> Cfr. M. G. GAROFALO, *Costituzione, lavoro e libero mercato*, in E. GHERA, A. PACE, *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, cit., 159.

*sociali interne all'Unione*".<sup>11</sup> E quindi, si conclude, è difficile immaginare che il processo di unificazione economica possa ulteriormente procedere senza un'unificazione politica e senza che le Istituzioni comunitarie si facciano carico del consolidamento e dell'ampliamento dei diritti sociali;<sup>12</sup> se è vero che tali diritti, come evidenziato nei capitoli precedenti, possono teoricamente costituire un ostacolo alla circolazione delle imprese e dei servizi, è pur vero che il loro riconoscimento, anche a livello comunitario, può rappresentare una reale garanzia di sviluppo politico e di coesione dell'Unione europea.

Tutte queste problematiche, come abbiamo visto, richiedono un intervento politico, serio ed incisivo.

Dall'analisi condotta, emerge che soltanto un intervento di riforma legislativa, a livello comunitario, possa consentire il recupero dei diritti fondamentali e dei valori costituzionali offuscati dalle libertà economiche previste dal Trattato e dai processi di integrazione e di liberalizzazione (in particolare attuati con la Direttiva 2006/123(CE).

L'adozione della Direttiva *Bolkestein*, poteva d'altro canto essere l'occasione per ripensare ad un modello sociale europeo adeguato ai tempi, tanto più che - anche da un punto di vista tempistico - veniva altresì adottato il Trattato di Lisbona, che avrebbe a sua volta potuto incidere anche in materia di politica sociale.

Tale processo di riforma è tanto più inevitabile se solo si riflette per un attimo proprio sulle sentenze commentate nei capitoli III e IV.

La Corte, infatti, si è pronunciata in conformità ad una normativa che ha consentito ai (e legittimato i) giudici a maturare le conclusioni raggiunte, e su di un ordinamento - quello comunitario - che, da un lato, pone le libertà di impresa in posizione di assoluto rilievo e, dall'altro, si limita soltanto a richiamare l'affermazione di certi diritti (ad esempio, di sciopero) soltanto per il tramite di atti "esterni" al Trattato, come la Carta di Nizza, senza alcuna parificazione dei diritti fondamentali dei lavoratori alle libertà economiche.

---

<sup>11</sup> M. G. GAROFALO, *Costituzione, lavoro e libero mercato*, cit., 161.

<sup>12</sup> Cfr. B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nel diritto comunitario*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2000, 779 e ss.; B. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2006, 471 e ss.

Sarebbe quindi auspicabile - nonostante la complessità delle procedure - una riforma del Trattato, così che in futuro le Istituzioni comunitarie, in particolare, e la Corte di Giustizia, nello specifico, possano basare le loro politiche e decisioni su di una normativa di riferimento “vincolante”, onde evitare ogni limitazione alla facoltà per gli Stati membri, o per le organizzazioni sindacali, di adottare disposizioni o azioni a tutela dei lavoratori.

E’ quindi importante recuperare, per il tramite di un riconoscimento formale da parte del Trattato, lo stesso valore giuridico dei diritti fondamentali dei lavoratori, che dovranno incondizionatamente costituire eccezione alle libertà del Trattato, senza poter essere oggetto di valutazione ad opera della Corte, per il tramite del già analizzato *test* di proporzionalità.

Di contro, e se così non fosse, ritenere che una norma di protezione di un diritto fondamentale del lavoratore debba essere “adeguata” o “proporzionata” ad una libertà di impresa equivarrebbe ad “svilire” lo stesso ruolo (di protezione) affidato al diritto del lavoro, nonché la stessa funzione delle organizzazioni sindacali.

Con riferimento proprio al ruolo dei sindacati, è auspicabile che gli stessi diritti sindacali, riconosciuti solennemente dalle Costituzioni dei Paesi membri e dalla stessa Carta di Nizza, siano esplicitati nel (e non soltanto richiamati dal) Trattato; una simile soluzione consentirebbe ai sindacati di prevenire e controllare i fenomeni di sfruttamento della manodopera connessi ai processi di delocalizzazione delle imprese, per il tramite delle azioni collettive perseguite, senza che tali azioni possano essere ritenute illegittime, ovvero assoggettate ad un *test* di compatibilità con le libertà di impresa.

Conseguentemente alla riforma del Trattato, si rende poi necessaria una revisione della stessa Direttiva 96/71/CE, soluzione peraltro avallata dalla dottrina,<sup>13</sup> al fine di prevenire che le imprese possano lucrare sui fenomeni di *dumping* o di *law shopping*, attribuendo così una reale e concreta portata al principio della *lex loci laboris*,<sup>14</sup> evitando una difformità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori distaccati

---

<sup>13</sup> Sulla necessità di adottare una riforma della Direttiva 96/71/CE si veda: S. BORRELLI, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, cit., 125 e ss.; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., 181 e ss. Si veda anche: D. GOTTARDI, *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lav. Dir.*, 2008, 555 e ss.

<sup>14</sup> Su tale aspetto si veda: G. ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2008, 59 e ss.

all'estero, contraria al divieto di discriminazione sancito dallo stesso Trattato CE ed al quale si è fatto accenno nel capitolo III.

Tale proposta potrebbe sembrare eccessiva e difficilmente praticabile, ma - oltre a rappresentare l'unica percorribile, per chi scrive - rappresenta una strada inevitabile per recuperare, dal basso, i valori costituzionali propri della tradizione europea, sulla quale si è fondata, sin dalla sua costituzione, l'idea di un'Europa unita.

Innanzitutto, si ritiene opportuno partire dalla stessa definizione di lavoratore in distacco formulata dalla Direttiva 96/71/CE, nella quale andrebbe inserito un esplicito riferimento all'"interesse" dell'impresa distaccante, richiedendo una "giustificazione" necessaria all'invio all'estero di manodopera, da collegarsi ad esigenze relative al servizio prestato all'estero dalla stessa impresa distaccante.

Quanto precede, consentirebbe di limitare il rischio, evidenziato nel capitolo terzo, del verificarsi di fenomeni di mera interposizione di manodopera e/o di connesso *dumping* sociale, "legittimati" proprio dalle previsioni della Direttiva 96/71/CE, ed allo stesso tempo permetterebbe all'interprete di attuare una effettiva verifica sulla genuinità del distacco in esame.

In secondo luogo, andrebbe rivisto il sistema di rinvio alla contrattazione collettiva dello Stato di destinazione, prevedendo una norma di più ampio respiro, la quale dovrebbe essere riferita al contratto collettivo applicabile alle imprese appartenenti al settore economico di riferimento, secondo la disciplina tipica di ciascuno Stato membro, escludendo le limitazioni attuali (ovvero l'ambito territoriale e la necessaria efficacia *erga omnes*).

Una simile scelta avrebbe il merito di attribuire il giusto valore ai diversi sistemi di contrattazione collettiva, previsti dagli ordinamenti dei singoli Stati membri, pur in assenza di una specifica legislazione interna che richiami la contrattazione di settore e la rendano applicabile alle imprese estere (come previsto dall'attuale formulazione della Direttiva). Attraverso tale sistema, si ridurrebbe altresì l'effetto discriminatorio ad oggi esistente tra lavoratori nazionali (che godono del trattamento di miglior favore previsto dalla contrattazione collettiva di settore, ad essi applicata) e lavoratori in distacco (ai quali si applica, ove contemplata dall'ordinamento interno, la sola contrattazione avente efficacia *erga omnes*).

Inoltre, nella nuova formulazione della Direttiva, dovrebbe essere consentito agli Stati membri di adottare un trattamento di miglior favore, rispetto a quello minimo previsto dall'attuale art. 3.1, evitando ogni riferimento alle ragioni di ordine pubblico attualmente in vigore (e che, come evidenziato soprattutto dalla sentenza *Lussemburgo*, hanno consentito alla Corte di Giustizia di limitare, in favore dell'impresa, la facoltà degli Stati membri di tutelare maggiormente la manodopera in distacco); a tal fine, dovrebbe essere consentito di optare per il sistema attualmente in vigore per la sola fattispecie del lavoro interinale, ovvero la facoltà di prevedere una equiparazione del trattamento previsto per i lavoratori nazionali rispetto a quello dei lavoratori in distacco.

Le modifiche proposte tendono, quindi, a recuperare il legame - che necessariamente deve essere stretto - tra territorio e norma applicabile, nonché gli stessi principi fondamentali e le normative poste dagli Stati membri a tutela dei lavoratori.

Diverse sono le difficoltà connesse ad un simile processo di riforma, soprattutto nel settore dei servizi, ove il processo di liberalizzazione ha raggiunto un livello avanzato, e dove gli interessi ad esso sottesi sicuramente costituiranno un ostacolo alla revisione della Direttiva; eppure proprio in tale settore è maggiormente avvertita l'esigenza che l'Unione Europea intervenga a colmare le lacune esistenti.

Infine, molte speranze sono state riposte nella avvenuta "comunitarizzazione" della Carta di Nizza e nei riferimenti alla CEDU che il Trattato di Lisbona ha introdotto nelle modifiche apportate al Trattato CE; tuttavia, come si è già detto il mero richiamo di principi e valori operato dal Trattato non è da solo sufficiente a costruire un nuovo modello sociale europeo, che compensi le liberalizzazioni del mercato unico ed i recenti allargamenti con una forte normativa a protezione dei lavoratori.

La proposta quivi formulata, infine, non può che essere frutto di una chiara e precisa scelta politica dei Governi degli Stati membri e si incrocia con lo stesso futuro dell'Unione Europea: si può lasciare inalterato lo *status quo*, realizzando un mercato unico che si basi su di una competizione legata allo sfruttamento della manodopera, ovvero si può costruire un'Unione che generi anche un'integrazione politica e sociale, contribuendo al progresso ed all'innalzamento dei diritti di ognuno, senza disperdere quel patrimonio di principi e di valori, storicamente acquisiti nelle

Costituzioni degli Stati membri, da ultimo messi a dura prova e subordinati a ragioni meramente economiche.

## BIBLIOGRAFIA

### MONOGRAFIE

- A. ALBI, *EU enlargement and the constitutions of Central and Eastern Europe*, University Press, Cambridge, 2005.
- A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino, 2006.
- A. BOGDANDY, *European Integration and International Co-Ordination: Studies in Transnational Economic Law in Honor of Claus-Dieter Ehlermann*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2002.
- A. F. TATHAM, *Enlargement of the European Union*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009.
- A. GALASSO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione Europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, Franco Angeli, Milano, 2007.
- A. MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Giuffrè, Milano, 1955.
- A. MASSERA, *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Plus, Pisa, 2004.
- A. NOBILI, *La mobilità estera nella giurisprudenza italiana, in I contratti internazionali di lavoro*, Utet, Torino, 1998.
- A. P. VAN DER MEI, *Free movement of person within the European Community*, Hart Publishing, Oxford, 2003.
- A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999.
- A. PERULLI, *Globalizzazione e rapporti di lavoro, in M. NAPOLI, Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2006.
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2009.
- A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005.
- B. HEPPLER, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2005.
- B. PARAMESWARAN, *The liberalization of maritime transport services*, Springer, Berlino, 2004.
- B. SVANTESSON, *Private international law and the internet*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007.
- B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2009.

- C. BARNARD, *EC Employment Law*, University press, Oxford, 2000.
- C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, New York, 2007.
- C. DEREATTI, *Misure di promozione dei traffici nel diritto comunitario*, Forum Editrice, Udine, 2007.
- C. HILLION, *EU enlargement: a legal approach*, Hart Publishing, Oxford, 2004, 135.
- C. QUIGLEY, *European Community Contract Law, The Effect Of EC Legislation on Contractual Rights*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998.
- C. TOBLER, *Indirect discrimination*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005.
- C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law*, Routledge Cavendish, Oxon, 2008.
- D. EHLERS, *European fundamental rights and freedoms*, De Gruiter, Berlino, 2007.
- B. A. WORTLEY, *The law of the Common Market*, University Press, Oxford, 1974.
- D. EHLERS, *European fundamental rights and freedoms*, De Gruyter, Berlino, 2007.
- A. KACZOROWSKA, *European Union Law*, Routledge-Cavendish, New York, 2008.
- D. PIETERS, *European social security and global politics*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003.
- D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008.
- D. VAUGHAN-WHITEHEAD, *EU enlargement versus social Europe: the uncertain future of the european social model*, Elgar Publishing, Northampton, 2003.
- E DIRK, *European fundamental rights and freedoms*, De Gruyter, Berlino.
- E. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008.
- E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2005.
- E. GUILD, *The legal framework and social consequences of free movement of persons in the European Union*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999.
- E. VAN HOOYDONK, *European seaports law*, Wijffels, Antwerp, 2003.
- F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, Cedam, Padova, 1988.
- F. BURROWS, *Free movement in European Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- F. DELL'OLIO, *The Europeanization of Citizenship Between the Ideology of*

- Nationality, Immigration and European Identity*, Ashgate, Farnham, 2005, 143.
- F. FLORIO, *Nazionalità della nave e legge della bandiera*, Giuffrè, Milano, 1957.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2000, 157 e ss.
- F. JAULT SESEKE, *La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales*, in *Le droit international privé*, Esprit et méthodes Mélanges Paul Lagrade, Dalloz, 2004.
- F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *I contratti di lavoro internazionali*, Utet, 1998.
- F. PENNING, *Introduction to European social security law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961.
- F. SANTORO PASSARELLI, *La legge sindacale*, Jovene, Napoli, 1952.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1994.
- G. BONVICINI, *Italia senza Europa? Il costo della non partecipazione alle politiche dell'Unione Europea*, Franco Angeli, Milano, 1997.
- G. C. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, Milano, 2005.
- G. CAROLI, *Globalizzazione e localizzazione dell'impresa internazionalizzata*, Franco Angeli, Milano, 2000.
- G. DAVIES, *European Union Internal Market*, Cavendish, Londra, 2003.
- G. FERRARO, *Il rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006.
- G. GAROFALO, *Capitalismo distrettuale, localismi d'impresa, globalizzazione*, University Press, Firenze, 2007.
- G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2007.
- G. MARANGONI, *Nuove tecnologie, organizzazione d'impresa e sistema produttivo locale*, Franco Angeli, Milano, 2004.
- G. PERA, *Le rinunce e le transazioni*, Giuffrè, Milano, 1990.
- G. STEFANI, *Mercato comune e neoprotezionismo: aspetti economici, giuridici e fiscali*, Cedam, Padova, 1987.
- G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2001.
- G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008.
- I. FRANCO, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, Ipsoa, Milano 2007.
- I. SZÁSZY, *Conflict of laws in the western, socialist and developing countries*,

Leiden, Sijthoff, 1974.

J. DALBY, *EU law for the construction industry*, Blackwell Science, Oxford, 1998.

J. FAIRHURST, *Law of the European Union*, Person Education Limited, Edimburgo, 2007.

J. P. TRACHTMAN, *The International Law of Economic Migration: Toward the Fourth Freedom*, W. E. Upjohn Institute, US, 2009.

J. RICKFORD, *The European company: developing a community law of corporations*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

J.D. REYNAUD, *La contrattazione collettiva in Europa*, Edizioni lavoro, Roma, 1982.

J. Sztucki, *Jus Cogens and The Vienna Convention on The Law of Treaties. A critical appraisal*, Wien-NYC, 1976.

K. D. RAJU, *World Trade Organization Agreement on Anti-dumping: A GATT/WTO and Indian Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 214.

K. J. HOPT, *The European Foundation: a new legal approach*, University Press, Cambridge, 2006.

L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008.

L. MENGONI, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in AA.VV., *Sciopero e serrata nei Paesi della CECA*, Giuffrè, Milano, 1961.

L. MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1964.

L. O. BLANCO, *Shipping conferences under EC antitrust law: criticism of a legal paradox*, Hart publishing, Oxford, 2007.

L. PALMIERI, *La disciplina dei cittadini comunitari*, Maggioli, Rimini, 2008.

L. WOODS, *Free movement of goods and services within the European Community*, Ashgate, Ashgate Publishing, Aldershot, UK, 2004.

M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, University press, Oxford, 2002.

M. BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003.

M. CAIANI, *Social Movements and Europeanization*, University Press, Oxford, 2009.

M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002.

- M. HORSPOOL, M. HUMPHREYS, *European Union Law*, University Press, Oxford, 2006.
- M. NAPOLI, *Il contratto di lavoro*, Vita e Pensiero, Milano 2008.
- M. PALLINI, *Trattato costituzionale europeo tra valenza simbolica ed efficacia giuridica*, 2006, Ediesse, Roma.
- M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2008.
- M. PERSIANI, *Saggio sulla autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972.
- M. RONMAR, *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.
- M. WESTLAKE, *The European Union beyond Amsterdam: new concepts of European integration*, Routledge, New York, 1998.
- N. A. BAR, *Labor Markets And Social Policy In Central And Eastern Europe: The Accession And Beyond*, The World Bank, Washington, 2005.
- N. COUNTOURIS, *The changing law of the employment relationship - comparative analyses in the European context*, Ashgate, Farnham, 2007.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Cacucci, Bari, 2001, 18 e ss.
- N. MOUSSIS, *Access to social Europe*, European Study Service, 2007, Bruxelles, 183.
- N. REICH, *Understanding EU Law: Objective, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005.
- O. M. ARNARDÒTTIR, *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003.
- P. BIRKINSHAW, *European public law*, University Press, Cambridge, 2003.
- P. GRAMATICA, *Economia e tecnica degli scambi internazionali*, Vita e Pensiero, Milano, 2002.
- P. GRECO, *La rappresentatività sindacale*, Giappichelli, Torino, 1996.
- P. KENT, *Law of the European Union*, Harlow, Edimburgo, 2001.
- P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2006, 67 ss.
- R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1991.
- R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

- R. BLANPAIN, *Collective bargaining and wages in comparative perspective*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005.
- R. BLANPAIN, *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005.
- R. BORTONE, *Il contratto collettivo. Tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Cacucci, Bari, 1992.
- R. FERRARI, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Monaco.
- R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- R. KARIYAWASAM, *International Economic Law and the Digital Device: A New Silk Road?*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2007.
- R. WHISH, *Competition law*, University press, Oxford, 2009.
- S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2001.
- S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009.
- S. GIUBBONI, *Diritti Sociali e mercato*, Il mulino, Bologna, 2003.
- S. GRILLER, *The Treaty of Amsterdam: facts, analysis, prospects*, Springer, Vienna, 2000.
- S. GRUNDMANN, *Constitutional values and European contract law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.
- S. H. NEVILLE, *Social Security Law in context*, University press, Oxford.
- S. ZUNARELLI, *Le bandiere di comodo e l'evolversi dei principi di libertà di navigazione e di commercio marittimo*, in *Dir. Mar.*, 1980.
- S.M. CARBONE, P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2000.
- T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1999.
- T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2008, 20.
- T. K. HERVEY, *Health law and the European Union*, University Press, Cambridge, 2004.
- U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, 163 e ss.
- U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci,

Bari, 2000.

V. J. G. POWER, *EC shipping Law*, Lloyd's of London Press, London, 2003.

V. PASKALIA, *Free movement, social security and gender in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

W. BECK, *Social quality: a vision for Europe*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001.

W. D'ALESSIO, *Nazionalità della nave tra codificazione e decodificazione*, Jovene, Napoli, 1984.

W. OSWALT, *Costituzione europea. Per una critica radicale. Un'ombra sull'Europa*, Jaca Book, Milano, 2005.

#### PARTI DI OPERE

A. ANDREONI, *Sistemi nazionali e armonizzazione*", in B. GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996.

A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. PLAIA, *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 73 e ss.

A. BONOMI, *Mandatory rules in private international law – the quest for uniformity of decisions in a global environment*, in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, *Yearbook of private international law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, 219.

A. BOSO, *Codice universali degli appalti pubblici*, Vol. I, Sific, Ancona, 2006, 390 e ss.

A. C. NEAL, *The country of origin principle and labour law in the framework of European social model*, in R. BLANPAIN, *Freedom of services in the European Union: labour and social security law*, cit., 51 e ss.

A. DI MADS, R. W. HENNING, *Services and free movement in EU law*, University Press, Oxford, 2004, 162.

A. DIERX, F. ILZKOVIZT, *Economic Growth in Europe: Pursuing the Lisbon Strategy*, in S. MUNDSCHENK, M. H. STIERLE, *Competitiveness and Growth in Europe: Lessons and Policy Implications for the Lisbon Strategy*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2006, 15 e ss.

A. DIXIT, V. NORMAN, *Theory of international trade*, James Nysbet, Welwyn, UK,

1980.

A. DRAGONETTI, V. PIACENTINI, A. SFONDRINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Iposa, Milano, 2008, 776.

A. LO FARO, *Europei, comunitari e comunitarizzati*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2000, 861 e ss.

A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Giuffrè, Milano, 2008, 235 e ss.

A. MANTOVANI, L. MARATTIN, *Economia dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, 55 e ss.

A. MASUTTI, *Genuine link e mandiere ombra*, in A. ANTONINI, *Trattato breve di diritto marittimo*, I, Giuffrè, Milano, 2007, 417.

A. PIZZOFEFFERATO, *Il contratto collettivo, L'efficacia soggettiva*, in F. CARINCI, *Diritto del lavoro, Le fonti di diritto sindacale*, Vol. I, Utet, Torino, 2007, 367 e ss.

A. PIZZOFEFFERATO, *Le fonti comunitarie*, in F. CARINCI (commentario a cura di), *Diritto del lavoro, Le fonti. Il diritto sindacale*, Vol. I, Utet, Torino, 2007, 2 e ss.,

A. SPADARO, *Sulla "giuridicità" della Carta europea dei diritti: c'è ma (per molti) non si vede*, in G. F. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, 257 e ss.

A. WATT, B. GALGOCZI, *EU Labour Migration Since Enlargement: Trends, Impacts and Policies*, Ashgate, Farnham, 2009.

AA. VV., *L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit*, in *La Semaine Juridique*, Edition Générale, 2006.

AA. VV., *Observations sur la lettre ouverte au président de la République intitulée "L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit"*, in *La Semaine Juridique*, Edition Générale, 2007.

B. CORTESE, *La proposta di regolamento "Roma I": spunti critici su collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme*, in P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I*, Cedam, Padova, 2006, p 41 ss.

B. HEPPLÉ, *Equality and empowerment for decent work*, in J. M. SERVAIS, P. BOLLÈ, M. LANSKY, C. L. SMITH, *Working for better times*, The International Labour Office, Ginevra, 2007, 225.

B. NASCIMBENE, *Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO, L. G.

- RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, 27.
- C. KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, 65 e ss.
- C. STANBROOK, P. BENTLEY, *Dumping And Subsidies Law and Procedures Governing the Imposition of Anti-Dumping and Countervailing Duties in the European Community*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1996, 1.
- C. ZADRA, *Il sistema giurisdizionale*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea. Principi-Istituzioni-Politiche-Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2005, 130 e ss.
- D. ALBERS, S. HASELER, H. MEYER, *Social Europe: a continent's answer to market fundamentalism*, European Research Forum, Metropolitan University, Londra, 2006, 130.
- D. SPATH, W. GANZ, *The future of Service: Trends and Prospectives*, Hanser, Monaco, 2008, 77.
- E. DE PERSIO, *Le fonti del diritto comunitario*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 36 e ss.
- E. M. MILANESI, *I servizi di interesse economico sociale*, in F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il Mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, 90.
- E. TRAVERSA, *Il diritto di stabilimento*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 195.
- E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto comunitario del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2009, in corso di pubblicazione.
- F. ALVARO, *Commento all'art. 30*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 2007, 446 e ss.
- F. BREUSS, G. FINK, S. GRILLER, *Services Liberalisation in the Internal Market*, Springer-Verlag, Vienna, 2008, 5.
- F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2002, 248-251.
- F. CARUSO, P. DE PASQUALE, *Mercato comune e unione economica e monetaria quali strumenti di realizzazione degli obiettivi dell'unione europea*, in M. STELIO, *L'ordinamento europeo*, Giuffrè, Milano, 2008, 34.
- F. GALGANO, S. CASSESE, G. TREMONTI, T. TREU, *Nazioni senza ricchezza*,

- ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1993, 99 e ss.
- F. GUARRIELLO, *Accordi di gruppo e strutture di rappresentanza europee*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1992, 21 e ss.
- F. MANCINI, *Sub art. 36*, in U. ROMAGNOLI, F. MONTUSCHI, G. GHEZZI, F. MANCINI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna, 1972, 547 e ss.
- F. MARRELLA, *Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento "Roma I"*, in P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I*, Cedam, Padova, 2006, 33.
- F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato processuale*, vol. I, Utet, Torino, 2007.
- F. PENNING, *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, 69 e ss.
- F. PENNING, Y. KONIJN, A. VELDMAN, *Social Responsibility in Labour Relations: European and Comparative Perspectives*, Kluwer Law international, The Netherlands, 2008, 180.
- G. AMATO, *Tra Stato sociale e dimensione europea*, in E. GHERA, A. PACE, *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, 144
- G. BERADIS, *La Direttiva generale in materia di servizi*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, cit., 35-36.
- G. BRONZINI, V. PICCONE, *Le Corti sovranazionali e il parlamento europeo insistono per l'efficacia anticipata della Carta di Nizza*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, n. 2, 2007, 324.
- G. CARDONI, *Libera circolazione dei lavoratori e sicurezza sociale nella Comunità europea*, in R. PESSI (a cura di), *Il sistema previdenziale europeo*, Cedam, Padova, 1993.
- G. CARELLA, *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in AA. VV., *Il nuovo diritto Europe dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento "Roma I". Atti del convegno (Bari 23-24 marzo 2007)*, il Sole 24 Ore, Milano, 2007, 82.
- G. LUIGI ROTA, G. RUSCONI, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Vol. II, Utet, Torino, 1484, 2007.

- G. ORLANDINI, *Italy*, in R. BLANPAIN, *The Laval and Wiking Case. Freedom of service and Establishment v. Industrial conflict in the European Economic Area and Russia*, cit., 109.
- G. PINO, *La "lotta per i diritti fondamentali" in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA, *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- G. AMOROSO, *Il distacco*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. Costituzione, codice civile e leggi speciali. Le fonti del diritto italiano*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, 1263-1269.
- I. CORSO, *Il distacco del lavoratore*, in C. CESTER, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Vol. II, 2007, Utet, Torino, 1572.
- J. CONAGHAN, R. M. FISCHL, B. KLARE, *Labour law in an era of globalization*, University press, Oxford, 2004, 280 e ss.
- J. CREMERS, P. DONDERS, *The Free Movement of Workers in the European Union: Directive 96/71/EC on the Posting of Workers Within the Framework of the Provision of Services: Its Implementation, Practical Application and Operation*, CLR-Studies, The Hague, 2005, 8.
- J. L. HANSEN, *Full circle: is there a difference between the freedom of establishment and the freedom to provide services?*, in M. ANDENAS, W. ROTH, *Services and free movement in EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 197 e ss.
- J. M. BONELLI, F. BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e principi unidroit*, Giuffrè, Milano, 1997.
- J.M. TERRA, P. J. WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 359 e ss.
- K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet&Maxwell, London, 2006, 223.
- L. ANGIELLO, *La retribuzione. Artt. 2099-2102*, in *Il codice civile, Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990.
- B. FARGNOLI, *La retribuzione. Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 2002.
- L. BRUSZT, R. HOLZHACKER, *The Transnationalization of Economies, States and Civil Societies*, Springer-Verlag, London, 252, 2009.
- L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'Unione e i diritti fondamentali*, in M. NAPOLI, *La*

*Carta di Nizza: i diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, 21 e ss.

L. NOGLER, *Commento all'art. 36 Cost.*, in M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2008.

L. NOGLER, *Le fonti internazionali*, in F. CARINCI, *Diritto del lavoro, Le fonti di diritto sindacale* (a cura di C. ZOLI), cit., 32.

L. O. BLANCO, B. VAN HOUTTE, *EC competition law in the transport sector*, University press, Oxford, 2002, 19.

L. PIZZATI, B. FUNCK, *Labor, employment, and social policies in the EU enlargement process*, The World Bank, Washington, 2002, 25 e ss.

L. SERENA ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in P. FOIS, R. CLERICI, *I caratteri del diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2007, 110.

M. ANDENAS, R. WULF-HENNING, *Services and free movement in EU law*, University Press, Oxford, 2004, 684 e ss.

M. ASPINWALL, G. SCHNEIDER, *The rules of integration: institutionalist approaches to the study of Europe*, University press, Manchester, 2001, 130.

M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale europeo*, Promodis, Brescia, 2000, 49 e ss.

M. BIAGI, *The posted workers EU Directive: from social dumping to social protectionism*, in R. BLANPAIN, *Labour Law and Industrial relation in the European Union*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998, 173 e ss.

M. BROLLO, *Il trasferimento del lavoratore*, in F. CARINCI, *Diritto del lavoro, Commentario*, Vol. II, cit., 1549.

M. COLUCCI, *La libera circolazione delle persone*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 183.

M. COLUCCI, *Uguaglianza e divieto di discriminazione sul lavoro*, in R. BLANPAIN, M. COLUCCI, *L'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Diritti fondamentali dei lavoratori e politiche sociali*, Jovene, Napoli, 2007, 57-72.

M. ESPOSITO, *L'incerta collocazione del "comando" e del "distacco" nelle fattispecie interpositorie*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003, n.*

- 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, Esi, Napoli, 2004, 147 e ss.
- M. FRIGO, *La determinazione della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il notaio e le norme di applicazione necessaria*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 1994, 17 e 29.
- M. G. GAROFALO, *Costituzione, lavoro e libero mercato*, in E. GHERA, A. PACE, *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009.
- M. GOLD, M. HALL, *European level information and consultation in multinational companies: an evaluation of practice*, European Foundation, Dublino, 1992.
- M. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenza alla prassi amministrativa*, in *Occupazione, Rappresentatività, Conflitto*, in *Quad. Dir. Lav.*, n. 5, Giappichelli, Torino, 1992.
- M. P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in M. T. CARINCI, C. CESTER, *Somministrazione, Comando, Appalto, Trasferimento di azienda*, Ipsoa, 2004, 205.
- M. PALLINI, *Law-shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, cit., 3 e ss.
- F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, 227 e ss.
- M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Cedam, Padova, 2008.
- M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2008, 92-93.
- M. UPCHURCH, G. TAYLOR, A. MATHERS, *The Crisis of Social Democratic Trade Unionism in Western Europe. The Search for Alternatives*, Ashgate, Farnham, 2009, 154.
- N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, "disposizioni imperative del diritto comunitario" e "leggi di polizia" nella proposta di regolamento "Roma I"*, in AA. VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I". Atti del convegno (Bari 23-24 marzo 2007)*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, 101 e ss.
- N. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento la tua soluzione della convenzione di Roma:*

- problemi generali*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, 357.
- N. BRUUN, *The proposed Directive on services and labour law*, in R. BLANPAIN, *Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 13.
- O. RYMKEVITCH, *Prospects for the regulation of Temporary agency work at the EU level*, in R. BLANPAIN, M. TIRABOSCHI, *The Global Labour Market: From Globalization To Flexicurity*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 280.
- P. BELLOCCHI, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo, L'inattuazione dell'art. 39 e le sue implicazioni sistematiche*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. Costituzione, codice civile e leggi speciali. Le fonti del diritto italiano*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, 276 e ss.
- P. CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in P. CHIECO, *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2004, 64.
- P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto, Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore di terzo*, in P. CURZIO, *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 91 e ss.
- P. CRAIG, G. DE BÛRCA, *EU Law, Text Cases and Materials*, University Press, Oxford, 2008, 844.
- P. PIRODDI, *Legge dello Stato di residenza del venditore se la parte non sceglie le norme applicabili*, in *Guida al Diritto*, supplemento *Diritto comunitario e internazionale*, n. 5, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008, 15.
- P. STANCANELLI, *Le competenze dell'Unione Europa*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione Europea*, cit., 17 e ss.
- P. TOSI. F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, Laterza, Roma-Bari, 2005,
- 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*, Cedam, Padova, 2006, 64
- R. BLANPAIN, B. LANGILLE, *Employment Policies and Multilevel Governance*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, 43

- R. BLANPAIN, *General comments*, in R. BLANPAIN, *The Laval and Wiking Case. Freedom of service and Establishment v. Industrial conflict in the European Economic Area and Russia*, cit., XX.
- R. BLANPAIN, M. COLUCCI, S. SICA, V. D'ANTONIO, *The European social model*, Intersentia, Schoten, Belgio, 2006.
- R. BLANPAIN, R. GRAHAM, W. BEIRNAERT, *Temporary agency work and the information society*, *Kluwer Law International*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2004, 252 e ss.
- R. BLANPAIN, S. BISOM-RAPP, W. R. CORBETT, H. K. JOSEPHS, *The global workplace: International and Comparative Employment Law - Cases and Materials*, University Press, Cambridge, 2007, 297.
- R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD, *International migration law: developing paradigms and key challenges*, University Press, Cambridge, 2007, 320.
- R. H. WIJFFELS, J. VREBOS, *European Transport Law*, Wijffels, Antwerpen, 1995.
- S. BELLOMO, *Commento all'art. 36 Cost.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. Costituzione, codice civile e leggi speciali. Le fonti del diritto italiano*, Vol. I, cit., 151 e ss.
- S. D'ACUNTO, *La libera prestazione dei servizi*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'unione Europea*, 228.
- S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il mulino, Bologna, 2007.
- S. GIUBBONI, R. INSTON, *Social rights and market freedom in the European constitution: a labour law perspective*, University Press, Cambridge, 2006, 86.
- S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in *Mas. Giur. Lav.*, 2006, 1148 e ss.
- S. SCIARRA, B. CARUSO, *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO, *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, 721 e ss., 736-737.
- T. BALLARINO, M. DAVIDE, *Corso di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2008.
- T. D. SAKELLAROPOULOS, J. BERGHMAN, G. AMITSIS, *Connecting welfare diversity within the European social model*, Intersentia, Schoten, 2004, 105.
- T. TREU, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Europa e diritto privato*,

2004, 22 e ss.

T. TRIDIMAS, *Proportionality in Community Law: searching for the appropriate standard of Scrutiny*, in E. ELLIS, *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 65 e ss.

U. BERNITZ, J. NERGELIUS, C. CARDNER, *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 268.

#### ARTICOLI DI RIVISTE

A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, *Working Papers*, CSDLE, "Massimo D'Antona", n. 47, 2006.

A. BONOMI, *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument; some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, in *Yearbook of Private International Law*, 2003, 85.

A. CASSESE, *Intorno alla potestà dello Stato della bandiera sulle navi che si trovano in altro mare*, nota a Corte Costituzionale, sentenza del 23 dicembre 1961, n. 67, in *Riv. Dir. Nav.*, II, 1962, 165.

A. DE SALVIA, *Non c'è due senza trè: la Corte di giustizia nel caso Ruffert*, in *Arg. Dir. Lav.*, II, 1407 e ss.

A. DE SALVIA, *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval*, in *Arg. Dir. Lav.*, II, 792 e ss.

A. HEIMLER, *La direttiva Bolkestein*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006, 95 e ss.

A. LASSANDRI, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *Working Papers*, CSDLE "Massimo D'Antona", n. 25, 2005, 169.

A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, 87.

A. LO FARO, *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lav. Dir.*, 2005, 461 e ss.

A. LYON CAEN, *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, 2005, 505.

A. MALATESTA, *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, Vol. 43, 2007, 293 e ss.

A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza*

*comunitaria*, *Riv. Dir. Inter.*, n. 3, 2006, 3, 644- 692.

A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *QL*, 9, 1998

B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, *Working Papers*, CSDLE, “Massimo d’Antona”, n. 61, 2008, 10.

B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e “capability”, nei modelli giuridici di regolamentazione dei mercati del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 113, 2007, 1.

B. HEPPLER, *Diritto del lavoro, diseguaglianze e commercio globale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 97, 2003, 31 e ss.

B. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2006, 471 e ss.

B. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. giur. lav.*, n. 2, 2008, 275.

B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nel diritto comunitario*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2000, 779 e ss.

C. AUBIN, *L’Europe social entre mythe et réalité*, in *Droit Social*, n. 5, 2007, 620.

C. WOOLFSON, *Labour Mobility in Construction: European Implications of the Laval and Partneri Dispute with Swedish Labour*, in *Journal of Industrial Relations*, n. 1, 2006, 49 e ss.

D. GOTTARDI, *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lav. Dir.*, 2008, 555 e ss.

E. ALES, *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e social. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, *Working Papers*, CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 51, 2007, 15.

E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica sociale*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, n. 2, 2001, 143.

E. GHERA, *Sicurezza sociale e libera circolazione dei lavoratori: principi fondamentali e soggetti*, in *Il Diritto del lavoro*, 1999, n.1, 121 ss.

E. JAYME, *Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi nei rapporti con Stati terzi*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2006, 353 e ss.

- F. BANO, *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lav. e Dir.*, n. 1, 2008.
- F. DORSSEMONT, *The right to take collective actions v. fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, 2008, 36, disponibile su [www.letui.org](http://www.letui.org) (dicembre 2009).
- F. MANCINI, *Argomenti per uno Stato europeo*, in *Soc. Dir.*, 1998, 7 e ss.
- F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1989, 9 e ss.
- F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2006, 929 e ss.
- F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of laws Revolution"?*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2000, 873.
- G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *I contratti di lavoro internazionali*, *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 20, 1998, 115 e ss.
- G. BIAGIONI, *Le conseguenze dell'incompatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico nella Convenzione di Roma*, in *Riv. Dir. Int.*, n. 4, 2003, 1083 e ss.
- G. LYON CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992, 131 e ss.
- G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 118, 2008, 250 e ss.
- G. ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2008, 59 e ss.
- G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, *Working Papers*, CSDLE, "Massimo D'Antona", n. 45, 2006, 28.
- G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco fra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza, incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 2, 1999, 465 e ss.
- G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, disponibile su [www.etui.org](http://www.etui.org) (dicembre 2009), 9 e ss.

- G. SAN PAUL, *Making sense of Bolkestein-Bashing: Trade Liberalization under Segmented Labour Markets*, University of Toulouse, Paper n. 1618, 2005, disponibile su [www.iza.org](http://www.iza.org) (dicembre 2009).
- G. SILVESTRI, *Verso uno jus commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, n. 1, 2006, 7 e ss.
- I. DESABRATS, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, in *LGDJ*, Parigi, 1996.
- J. BRANDER, B. SPENCER, *Trade adjustment assistance: welfare and incentive effects of payments to displaced workers*, in *Journal of International Economics*, n. 36, 1994, 239 e ss.
- J. P. LHEROULD, *La loi 2 août et le détachement transnational des travailleurs*, in *Droit Social*, n. 12, 2005, 1197 e ss.
- M. A. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, *Working Papers*, CSDLE "Massimo D'Antona", n. 55, 2007, 18.
- M. BIAGI, *La fortuna ha sorriso alla presidenza italiana dell'Unione Europea, prime note di commento alle direttive sui distacchi dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, n. 3, 2003, 3 e ss.
- M. CINELLI, *Appunti in tema di incidenza del diritto comunitario sull'ordinamento interno di sicurezza sociale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, n.1, 101.
- M. COLUCCI, *L'Unione Europea in un delicato equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Wiging: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, n. 1, 2008, 239.
- M. CORTI, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2007, 773 e ss.
- M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa Sociale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2008, 282.
- M. D'ANTONA, *Il 4° comma dell'art. 39 Cost., oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 665-698.
- M. D'ANTONA, *Mercato unico ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. Dir.*, 1992, 54.
- M. E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di Società*, in *Lav. Dir.*, 2005, 516 e ss.
- M. L. MORIN, *Labour Law and new form of organization*, in *International Labour*

*Law Review*, n. 1, 2005, 8.

M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro tra legge e contratti collettivi*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 73 e ss.

M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2006, 273.

M. PALLINI, *La tutela dell'ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, disponibile su [www.etui.org](http://www.etui.org) (dicembre 2009), 6.

M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 2, 2008, 3 e ss.

M. PALLINI, *Posted workers: Italian regulation and dilemmas*, in *Mobility of service and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, n. 2, 2006, 272 e ss.

M. ROCCELLA, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 34.

M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. e Dir.*, 2008, 17 e ss.

M.A. MOREAU BOURLÉS, *Le Détachment des travailleurs effectuant une prestation de service dans l'Unione européenne*, in *JDI*, 1996, 889.

N. REICH, *Free movement v. social rights in an enlarged Union. The Laval and Viking case before the EJC*, 2007, in [www.digitalcommons.law.umaryland.edu](http://www.digitalcommons.law.umaryland.edu) (gennaio 2009).

O. ROTH, *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, 407 e ss.

P. AMATO, *Il diritto alla libera circolazione alla luce dell'entrata in vigore della direttiva n. 2004/38/CE: il quadro europeo e il caso italiano*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, n. 2, 2008.

P. BOZZAO, *Le prestazioni non contributive nel regolamento 1408/71*, in *Il Diritto del lavoro*, n. 1, 1999, 184 ss

P. CHAUMETTE, *Les actions syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises*, in *Droit Social*, n. 2, 2008, 14 e ss.

P. DAVIES, *The posted workers directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 299.

- P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lav. Dir.*, n.1, 2008, 97 e ss.
- P. LAGRADE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I)*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2006, 337.
- P. MENGOZZI, *Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Arch. Giur. Serafini*, 1979, 3.
- P. MESSERLING, *Liberalising services trade in the EU*, in *Intereconomics*, Maggio/Giugno 2005, 120 e ss.
- R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2003, 829 e ss.
- R. DE LUCA TAMAJO, *Strumenti del decentramento produttivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2007, 13.
- R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 2001, 19.
- R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 806 e ss.
- R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 808.
- R. QUENAUDON, *L'article l. 341-5 du code du travail et son décret d'application confronte a la directive du 16 décembre 1996*, in *Petites Affiches*, n. 130, 1997, 87-88.
- R. ROMEL, *Sul trasferimento all'estero del lavoratore*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, 92.
- S. BORELLI, *Social Clause in the Public Contract and art.49 Tce: Bad New! The Rüffert Case*, cit., 483.
- S. BORRELLI, *Social clause in the Public contract and art. 49 Tce: Bad New! The Rüffert Case*, in *Transfer*, 2008.
- S. GIUBBONI, *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 110.
- S. MARETTI, *Il distacco nel quadro della libera prestazione dei servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 3, 2000, 223 e ss.

- S. NADALET, *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco, Lavoro e prestazioni di servizi transazionali*, in *Lav. e Dir.*, cit., 37 e ss.
- S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni in alcuni casi esemplari della Cgce europea*, in *Dir. Merc. Lav.*, n. 3, 2000, 587 e ss.
- S. SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2006, 447 e ss.
- S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, n. 1, 39 e ss.
- S. SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. e Dir.*, n. 2, 2008, 245-272.
- S. TANS, *Case report on Laval, 18 December 2007 (Case C-341/05) and Viking, 11 december 2007 (Case C-438/05)*, in *European Journal of Migration and Law*, 10, 2008, 257.
- T. BALLARINO, *Dalla convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in *Riv. Dir. Int.*, 2009, 49.
- U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 117, 2008, 17.
- 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 *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, Vol. 58, n. 1, 2007, 33 e ss.
- U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di recesso nelle direttive sociali*, in *Contr. Impr./Europa*, 2005, 539 e ss.
- U. ROMAGNOLI, *Divagazioni sul rapporto tra economia e lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2005, 536 e ss.
- V. BRINO, *Gli equilibri della Corte di giustizia: il caso Rüffert*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2008, 479 e ss.
- W. STREEK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, n. 1, 2000, 3 e ss.