



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXIII ciclo

Tesi di Dottorato

**Il distacco del lavoro
nella prospettiva dell'integrazione europea**

Relatore

Prof. Riccardo Salomone

Dottorando

Alberto Mattei

anno accademico 2009-2010



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

candidato: Alberto Mattei

**IL DISTACCO DEL LAVORO
NELLA PROSPETTIVA
DELL'INTEGRAZIONE
EUROPEA**

Relatore Prof. Riccardo Salomone

Anno Accademico 2009-2010

Curriculum di Diritto sostanziale e processuale del lavoro

XXIII ciclo

Esame finale: 27/04/2011

Commissione esaminatrice:

Prof.ssa Maria Teresa Carinci, Università degli Studi di Milano

Prof. Marco Esposito, Università "Parthenope" di Napoli

Prof.ssa Roberta Nunin, Università degli Studi di Trieste

INDICE

CAPITOLO PRIMO

IL DISTACCO DEL LAVORO NEL CONTESTO DEL MERCATO INTERNO.....15

- 1.1. Introduzione: mercato interno europeo e libertà di circolazione dell'Unione europea.....15
- 1.2. La libera prestazione dei servizi e le “ragioni imperative” per la tutela del lavoro: evoluzione giurisprudenziale e *regime competition*.....24
- 1.3. Dalla Strategia di Lisbona alla Direttiva 2006/123/CE in materia di servizi39
- 1.4. (segue) Strumenti di liberalizzazione della Direttiva e tutela dei diritti del destinatario del servizio.....50
- 1.5. (segue) Il principio del paese d'origine e l'eventuale effetto di dumping sociale...60

CAPITOLO SECONDO

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO: L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI.....67

- 2.1. Le origini della Direttiva 96/71/CE e gli approdi interpretativi: il caso *Laval & Co.* come una “*Lochner era*” europea ? Ricostruzione di un dibattito e prospettiva del conflitto di leggi.....67
- 2.2. La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: dalla Convenzione di Roma al Regolamento Roma I.....89
- 2.3. (segue) L'evoluzione giurisprudenziale della Convenzione di Roma nelle Corti interne europee e l'approdo della giurisprudenza di Lussemburgo sulla mobilità transnazionale.....96
- 2.4. (segue) Le finalità del Regolamento Roma I e la sua relazione con la direttiva 96/71/CE.....108

| | |
|--|-----|
| 2.5. Le tecniche internazionalprivatistiche: il possibile ruolo delle norme di applicazione necessaria..... | 114 |
| 2.6. (segue) L'ordine pubblico nell'evoluzione della giurisprudenza interna..... | 125 |
| 2.7. La giurisdizione del giudice competente tra le norme del regolamento Bruxelles I e la normativa sul distacco..... | 131 |
| 2.8. (segue) La sicurezza sociale del lavoratore distaccato nel conflitto di leggi..... | 135 |

CAPITOLO TERZO

| | |
|--|-----|
| IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO: PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO..... | 143 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 3.1. Le origini storico-evolutive del distacco: l'attuazione nel pubblico impiego e e la sua morfologia nel contesto privato..... | 143 |
| 3.2. La sua evoluzione nel settore privato tra creazione giurisprudenziale e specifiche previsioni legislative: l'interesse, la temporaneità e gli obblighi per le parti..... | 151 |
| 3.3. Il consolidamento dei criteri giurisprudenziali: l'art. 30 del D.lgs. n. 276/03 e le differenze con la somministrazione e con l'appalto..... | 162 |
| 3.4. Divergenze e convergenze tra diritto nazionale e diritto dell'U.e. nella regolazione dell'istituto: la trasposizione della normativa comunitaria nel diritto interno e il confronto con il distacco italiano..... | 168 |

CAPITOLO QUARTO

| | |
|---|-----|
| IL DISTACCO DEL LAVORO E LE SUE PROSPETTIVE: ATTORI E INTERVENTI NELL'INTEGRAZIONE EUROPEA..... | 179 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 4.1. Il ruolo degli attori nelle prospettive sul distacco. I attore: l'intervento del Parlamento europeo..... | 179 |
| 4.2. II attore: le parti sociali e la ripresa del dialogo sociale con il Trattato di Lisbona..... | 184 |

| | |
|---|------------|
| 4.3. III attore: gli interventi diversificati del legislatore interno..... | 192 |
| 4.4. (segue) L'intervento del legislatore dell'Unione europea: il piano dell'informazione collettiva e individuale..... | 196 |
| 4.5. IV attore: Il dialogo fra le Corti, ovvero uno sguardo alla giurisprudenza di Strasburgo e i "controlimiti" come strumento di tutela..... | 204 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA..... | 213 |

ABSTRACT

Il lavoro di ricerca che ci si è proposti di affrontare ha l'obiettivo di analizzare il distacco del lavoro come fenomeno giuridico all'interno del suo contesto europeo, ossia nel mercato unico (Cap. I), nella sua evoluzione giurisprudenziale alla luce del conflitto di leggi (II), nel suo profilarsi all'interno dell'ordinamento nazionale (III) ed, infine, nelle sue possibili prospettive future nell'integrazione europea (IV).

In particolare, si è dato spazio all'impatto che le libertà di circolazione dei servizi può avere sulla tutela dei diritti dei lavoratori e sulla manodopera in distacco nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi: l'allargamento-accessione dei paesi dell'Est dell'Unione europea assieme alla liberalizzazione del mercato dei servizi, analizzati nel lavoro, assieme all'intervento della Corte di Giustizia, in particolare il caso *Laval*, hanno mostrato il conflitto tra diritti sociali di azione collettiva, come il diritto di sciopero, e le libertà economiche, come la libera prestazione di servizi.

Partendo dall'analisi legislativa e giurisprudenziale, si è voluto così porre in risalto come non vi sia un'appropriata tutela del lavoro svolto a livello transnazionale, come quello in distacco, e, pertanto, entra in gioco la normativa internazionalprivatistica (Reg. 593/08, cd. Roma I e prima la Convenzione di Roma del 1980) che incide sull'individuazione della legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi d'internazionalità e transnazionalità.

Per tali motivi, ci si è proposti di analizzare il distacco del lavoro transnazionale, in un'ottica interdisciplinare a cavallo fra il diritto del lavoro e il diritto internazionale privato dell'U.e., al fine di evidenziare le lacune esistenti nell'ordinamento dell'Unione e provare a ricercare, anche attraverso gli "attori in gioco", un possibile punto di equilibrio tra gli interessi che si contrappongono nel mercato unico nella prospettiva dell'integrazione europea.

CAPITOLO PRIMO

IL DISTACCO DEL LAVORO

NEL CONTESTO DEL MERCATO INTERNO

1.1. Introduzione: mercato interno europeo e libertà di circolazione dell'Unione europea.

Il mercato interno è uno dei pilastri fondamentali dell'Unione europea e, sin dalla sua realizzazione quasi vent'anni fa, nel 1992, ha costituito uno strumento essenziale per la ricchezza, la crescita e l'occupazione nell'U.e., attraverso la creazione di uno spazio territoriale volto all'integrazione tra Stati, con effetti tendenzialmente concorrenziali, al fine di favorire la mobilità, la competitività e l'innovazione delle imprese stabilite e circolanti al suo interno¹.

¹ Per tutti, J. H.H. WEILER, *La costituzione del mercato comune*, in J. H. H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, pag. 301 ss. (anche ID, *The Constitution of the Common Market Place: The free movement of Goods*, in P. CRAIG – G. DE BÜRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, New York, 1999). Con particolare riferimento ai dati quantitativi, si riporta che nel mercato dei servizi “è impiegato quasi il 70% dell'occupazione complessiva della c.d. zona euro, ma vi si concentra solo il 40% dell'insieme degli scambi intracomunitari; ciò a fronte del fatto che esso è caratterizzato da significative differenze fra tassi di occupazione tra i diversi Stati membri”, così G. ORLANDINI, *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in S. SCIARRA – B. CARUSO (a cura di), in G. AJANI, G.A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2009, pag. 551.

La definizione del mercato come vera e propria “istituzione”, cioè come modello complesso, comprensivo di norme e di ruoli interrelati, dotato di un grado elevato di regolarità, e sostenuto da una diffusa accettazione sociale, si deve alla ricostruzione particolarmente penetrante di K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 1974, pag. 173 ss. A questo A., infatti, si deve una ricostruzione dei meccanismi, attraverso cui si affermarono in Europa, e soprattutto nella società inglese, il *laissez-faire*, ed il liberalismo economico. POLANYI muove dall'assunto che “il liberalismo economico è il principio organizzatore di una società nella quale l'industria si basa sull'istituzione di un mercato autoregolato”, e che “tuttavia questo non significa che sistema di mercato ed intervento siano termini reciprocamente esclusivi”. Infatti, “non vi era nulla di naturale nel *laissez-faire*”, poiché “i mercati liberi non avrebbero mai potuto esistere se si fossero lasciate le cose al loro corso”, ed in particolare senza “un aumento enorme delle funzioni amministrative dello Stato che veniva ora dotato di una burocrazia centrale in grado di realizzare i compiti posti dai sostenitori del liberalismo”. Di qui, due ordini di conclusioni: la prima, che “la strada verso il libero mercato era aperta ed era tenuta aperta da un enorme aumento di un continuo interventismo centralmente organizzato e controllato”, poiché “l'introduzione di mercati liberi, lungi dall'eliminare la necessità di controllo, regolamentazione ed intervento, ne aveva enormemente accresciuto la portata”; la seconda, che l'idea del mercato come luogo della libertà acquistò, nel pensiero politico ed economico del liberalismo, un significato essenzialmente ideologico, cosicché “il dogma del *laissez-faire*” avrebbe presto svelato “origini utopistiche”, si sarebbe rilevato la via,

Dalla sua costituzione in poi, lo sviluppo del mercato unico è stato contenuto dalla diversità delle legislazioni esistenti nei diversi Stati membri che lo compongono, animati questi da un'ottica ritenuta di protezione, volta a proteggere le proprie imprese dalla concorrenza dalle altre stabilite in diversi Stati membri². Tali resistenze, sono state ritenute contrarie alla logica di un mercato unico, all'interno del quale le imprese possano circolare liberamente: sono state in parte superate per intervento della giurisprudenza dell'Unione europea, attraverso una costante opera di interpretazione e di applicazione diretta degli artt. 49 e 56 TFUE, che ha parzialmente eliminato gli ostacoli alle libertà economiche dell'Unione europea.

Infatti, in stretta sintonia, come vero e proprio corollario, con altri fattori della produzione, come le merci, il mercato comune è stato concepito come “il cuore della costituzione materiale o sostanziale della Comunità”, costituito in via giurisprudenziale e, al tempo stesso, considerato parte importante dell'interno costituzionalismo europeo³.

In questo senso, il principio di libera prestazione dei servizi, una delle libertà economiche, costituisce una delle premesse essenziali per l'assetto del mercato comune europeo, realizzato mediante un processo d'integrazione⁴, le cui modalità e i cui esiti non appaiono scontati: ciò è dovuto alla presenza delle molteplici ragioni che stanno alla base delle relazioni fra i diversi ordinamenti nazionali e dei loro rispettivi mercati⁵.

attraverso la quale il liberalismo economico si sarebbe trasformato “in una religione secolare”. Al contrario, tuttavia, la storia dell'economia europea del XIX secolo dimostrerebbe, secondo l'A., che, “mentre l'economia del laissez-faire era il prodotto di una deliberata azione da parte dello Stato, le successive limitazioni al laissez-faire iniziarono in modo spontaneo”. “La cospirazione antiliberale – conclude l'A. – è una pura invenzione. La grande varietà di forme nelle quali è apparso il contro movimento collettivista non è stata dovuta ad alcuna preferenza per il socialismo o per il nazionalismo da parte di interessi concertati, ma esclusivamente al campo più ampio degli interessi sociali vitali influenzati dall'esplosione del meccanismo di mercato”; sullo sviluppo del “paradigma” del mercato ed il raggio di azione della libertà di mercato nell'U.e. ved. P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, pag. 155 ss.

² Sul punto, A. MANTOVANI - L. MARATTIN, *Economia dell'integrazione europea*, Bologna, 2008, pag. 55 e ss.

³ J. H. H. WEILER, *cit.*, pag. 308 ss.

⁴ C. BARNARD, *The substantive law of the Eu. The Four freedoms*, Oxford, 2006, pag. 344 ss.

⁵ Proprio per illustrare i meccanismi con cui si determina tale processo di integrazione, la dottrina ha delineato una distinzione tra integrazione positiva e negativa, così M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, pag. 5 ss.; S. TORTINI,

Infatti, all'interno di tale processo vi è l'integrazione "negativa", su cui si ritrovano le tesi fondate sul concetto di *market access*, in altre parole: la necessità di creare i presupposti per uno spazio privo di frontiere interne, secondo la logica della libera circolazione, rispetto a forme di ostacolo all'ingresso dello Stato ospite, attraverso misure volte ad impedire o ridurre l'ingresso dei servizi provenienti da un altro Stato dell'U.e. (denominato paese d'origine) nel proprio territorio⁶.

Per tali ragioni, occorre delineare i tratti essenziali della libera prestazione dei servizi nel diritto dell'Unione europea: l'autonomia, la transnazionalità, la temporaneità e i soggetti fruitori⁷.

In linea generale, l'elemento preponderante del servizio⁸ è la prestazione di un soggetto, ossia un'attività di *facere* e non di dare, mentre è prevalente il *dare* quando si verifica il trasferimento di una produzione di beni⁹. Tale attività, non essendo salariata, è da ricondursi, secondo i canoni del diritto del lavoro nazionale, nell'alveo del lavoro autonomo. Come noto, quest'ultimo ricomprende le attività d'impresa e le prestazioni d'opera, che si distinguono in base alla prevalenza o meno di un'organizzazione di mezzi¹⁰.

Il distacco del lavoratore nel diritto dell'Unione europea e italiano, Tesi di dottorato in Diritto del lavoro, Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna, XXII° Ciclo, in <http://amsdottorato.cib.unibo.it/>.

⁶ C. BARNARD – S. DEAKIN, *Market Access and Regulatory competition*, in *Jean Monnet Working Paper*, 9, 2001, pag. 3 ss.

⁷ L. NOGLER, *Introduzione al mercato unico delle "attività autonome"*, in L. NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, in G. AJANI – G. A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, VI, Torino, 2006, pag. 17; S. TORTINI, *cit.*

⁸ Come argomentato in dottrina già da tempo, A. TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi nella Cee. Profili generali*, in A. TIZZANO (a cura di), *Professioni e servizi nella Cee*, Padova, 1985, pag. 43.

⁹ Così R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2005, pag. 229; ID, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzionali nazionali*, *Convegno Corte di Cassazione "La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale, Corti europee e giudice nazionale"*, Roma 21 gennaio 2009.

¹⁰ Per tutti, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale fondato da A. Cicu e G. Messineo e diretto da L. Mengoni*, Milano, 1996, pag. 39 ss.. Pertanto, quando l'operatività del soggetto risulta corredata da un esiguo e non qualificato utilizzo di mezzi organizzati, la prestazione di servizi corrisponde alla nozione di prestatore d'opera come intesa dall'ordinamento italiano. Tuttavia, il diritto comunitario considera quest'ultima figura quale sottospecie del prestatore di servizi senza però dedicargli una disciplina specifica ma scegliendo di dettare una regolazione unitaria dei servizi e dello stabilimento rivolta, in quanto tale, a qualsiasi soggetto economico indipendente che li fornisca.

Tuttavia, dopo aver chiarito il significato da attribuire al termine servizio, vi è da aggiungere un'osservazione che è indispensabile per comprendere come, nella materia dell'ordinamento dell'Unione europea, si attui l'interazione con quello nazionale: negli scambi commerciali l'erogazione di un servizio determina frequentemente anche la fornitura di beni.

Proprio con riferimento a tali casi¹¹, diventa problematico rispondere al quesito se l'attività economica debba essere ricondotta alla libera circolazione di beni, ovvero alla libera prestazione di servizi. Tale interrogativo permane, se nella valutazione del caso si considera prioritario il criterio di residualità dei servizi e trova, invece, più facilmente risposta se si impiega quello di "prevalenza", in virtù del quale si deve stabilire, tramite una valutazione di natura economica, quale sia la prestazione principale.

A tal riguardo, la Corte di Lussemburgo ha affermato che "qualora un provvedimento nazionale incida sia sulla libera prestazione dei servizi sia sulla libera circolazione delle merci, la Corte procede al suo esame, in linea di principio, solamente con riguardo ad una delle due libertà qualora risulti che, alla luce delle circostanze della specie, una delle due sia del tutto secondaria rispetto all'altra e possa essere a questa ricollegata"¹². Nelle circostanze in cui non risulti possibile sancire la prevalenza dei servizi sulle merci, o viceversa, si procede ad analizzare entrambi gli elementi¹³.

Rifacendosi alla definizione di prestazioni di servizi che si è proposta, viene in evidenza che le attività espletate dal prestatore sono di carattere economico. Esse, infatti, vengono solitamente svolte, ex art. 57 TFUE, in cambio di una retribuzione, per tale intendendosi il compenso concordato per il servizio fra cliente e fornitore, e non il salario riconosciuto come corrispettivo di un'attività svolta in forma subordinata¹⁴.

Pertanto, la prestazione di servizi rappresenta a tutti gli effetti un'attività

¹¹ In maniera esemplificativa, nella giurisprudenza comunitaria, caso *Schindler*, C-275/92, del 24 marzo 1994.

¹² Così causa *Herbert Karner Industrie Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, C-71/02, del 25 marzo 2004, p. 46.

¹³ Così causa *Canal Satellite*, C-390/99, del 22 gennaio 2002, pp. 31-32.

¹⁴ Causa *Commissione c. Germania*, C-205/84, del 4 dicembre 1986, p. 18.

autonoma, volta a garantire a chi la presta un profitto, che può risultare diretto od anche indiretto, a seconda che il compenso venga versato o meno dall'utilizzatore del servizio offerto¹⁵.

Le attività costituenti servizi debbono altresì essere caratterizzate da transnazionalità, nel senso che sono tali quelle che interessano le aree territoriali di più Stati membri dell'Unione Europea, non potendosi concentrare all'interno di uno solo di essi¹⁶. La natura transnazionale della prestazione ha condotto all'individuazione, nell'ambito del mercato interno, di quattro differenti modalità di mobilità dei servizi.

Le prime due consistono nello spostamento del prestatore dal proprio stato di stabilimento a quello del fruitore del servizio e, rispettivamente, nello spostamento opposto¹⁷. La terza modalità, invece, prevede che il prestatore ed il destinatario del servizio si muovano da un medesimo stato per approdare ad un altro, ove l'uno possa dare esecuzione alla prestazione e l'altro la possa ricevere¹⁸. A differenza di queste, la quarta ipotesi, di origine giurisprudenziale, consiste nel mantenere sia il prestatore che il beneficiario del servizio nei propri

¹⁵ Causa *Commissione c. Grecia*, C-198/90, del 26 febbraio 1991, p. 6. Esulano da tale categoria le attività per le quali non è stabilito dalle parti alcun compenso economico diretto od indiretto ed i servizi, finanziati dal bilancio pubblico, che vengono erogati dallo Stato, così causa *Wirth*, C-109/92, del 7 dicembre 1993, p. 15; in proposito cfr. P. AMATO, *Libera circolazione delle imprese, distacco di manodopera e tutela dei lavoratori*, Tesi di dottorato, Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei – Università degli Studi di Trento, A.A. 2008-2009, in <https://eprints-phd.biblio.unitn.it>, pag. 55 ss.

¹⁶ In realtà, si tratta di un concetto più ampio, seppur ugualmente generale, rispetto a quello di libertà di circolazione. Indica, come è stato affermato in dottrina, “la natura trasversale dell'organizzazione [...], che ha la possibilità di sfruttare a proprio beneficio la tradizionale ripartizione territoriale delle competenze statali nella regolamentazione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro, o superarla attraverso forme di autoregolazione” così S. NADALET, *Imprese transnazionali e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 3, 2005, pag. 432; la transnazionalità si pone, in un'ottica di superamento dei confini, “indipendentemente dalla nazionalità o dalla multinazionalità, dispiega le proprie attività attraverso il superamento di una frontiera o (e) al di sopra delle frontiere, indipendentemente dall'azione degli Stati”, proprio in considerazione del crescente sviluppo delle relazioni economiche tra soggetti appartenenti a Stati diversi, così I. DAUGAREILH, *La contrattazione collettiva internazionale*, in *Lav. Dir.*, 4, 2005, pag. 611; per altri, l'aggettivo transnazionale “rende l'idea di una impresa pur sempre nazionale, avente cioè la nazionalità del suo capitale di comando, e che tuttavia opera per il tramite di società controllate, che si situa al di fuori dei confini nazionali” ved. F. GALGANO, *L'impresa transnazionale e i diritti nazionali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1, 2005, pag. 41.

¹⁷ E. GREPPI, (Voce) *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Enc. Dir.*, IV, Sez. Pubbl., Vol. XIV, 1999, pag. 490.

¹⁸ Causa *Commissione c. Italia*, C-180/89, del 26 febbraio 1991.

stati di stabilimento e nel far circolare il servizio fra i paesi interessati, con la conseguenza che l'esecuzione dell'attività avviene in uno stato diverso da quello ove se ne fruisce¹⁹.

Pertanto, il concetto di transnazionalità rappresenta il tratto caratterizzante della mobilità infra U.e. sia dei servizi che delle persone, in conformità alla posizione dell'Unione Europea, che considera il profilo soggettivo, ossia chi presta o riceve il servizio, quale mero presupposto fattuale di quello oggettivo, a cui è riconosciuta natura prevalente anche in ragione della sua necessaria sussistenza per la configurazione della fattispecie.

Inoltre, merita attenzione l'elemento della temporaneità, ulteriore tratto caratterizzante il servizio, che presenta particolare rilievo nella determinazione della distinzione fra il regime dei servizi e quello dello stabilimento: a tal riguardo, si segnala che la non semplice distinzione fra le attività economiche di carattere temporaneo da quelle di natura stabile, può essere effettuata secondo la *ratio* che sta alla base della duplicità di regimi, ossia del differente grado di incardinamento nello stato ospite, esplicitata dal carattere, stabile nel caso di stabilimento²⁰ e da quello occasionale per le prestazioni di servizi, con il quale si esercita, entro i confini di un altro stato membro, un'attività economica autonoma²¹.

Infatti, con il termine temporaneità non s'indica un semplice lasso temporale ristretto, quantizzabile in via interpretativa, poiché la qualificazione di detto requisito necessita di una valutazione più articolata. Al fine di comprovarne la sussistenza, è indispensabile verificare che la partecipazione dell'interessato alla vita economica del paese ospitante non sia né continuativa né stabile e che, in linea più generale, le attività da lui svolte non siano particolarmente frequenti o assidue; ciò non esclude che egli possa disporre, in quel territorio, di una sede,

¹⁹ Causa *Sager*, C-76/90, del 25 luglio 1991.

²⁰ R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pag. 806 ss.

²¹ Si rammenta che la Corte, da alcuni decenni, ha sostenuto, con riferimento al differente ma per certi versi connesso profilo della residenza e della sede, che per effetto della libera prestazione dei servizi garantita dal Trattato "uno stato non può, esigendo la residenza nel proprio territorio, impedire la prestazione di servizi da parte di persone residenti in altro stato membro".

purché essa si riveli strettamente indispensabile per l'espletamento delle sue attività²².

Pertanto, secondo la giurisprudenza consolidata, i parametri fondamentali da analizzare con riferimento alla temporaneità sono: la periodicità, la continuità, la frequenza e la durata²³. In proposito, è opportuno precisare che la temporaneità vale quale criterio scriminante, rispetto allo stabilimento, quando riferita al profilo soggettivo attinente alla libera circolazione del prestatore o del destinatario del servizio da uno Stato membro ad un altro; mentre perde di incisività, quando ricondotta alla libera circolazione del servizio strettamente intesa, ovvero al profilo obbiettivo.

Inoltre, gli ultimi orientamenti della giurisprudenza dell'U.e. tendono ad implementare le casistiche in cui entra in gioco il presupposto della temporaneità tanto che la Corte di Giustizia ha affermato che nella nozione di "servizi" "possono rientrare servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, anche di più anni, come, ad esempio, avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio"²⁴.

Le considerazioni che emergono da queste pronunce paiono muovere dalla logica per cui la continuità e la stabilità dell'attività esercitata non debbono essere lette

²² R. GIESEN, *Posting: Social Protection of Workers Vs. Fundamental Freedoms?*, in *Com. Mark. Law. Rev.*, 2003, pag. 154-155.

²³ Causa *Gebhard*, C-55/94, del 30 novembre 1995, pp. 27-28; causa *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-131/01, del 13 febbraio 2003, p. 22.

²⁴ Causa *Schnitzer*, C-215/01, del 11 dicembre 2003, p. 28. La Corte aggiunge che fra i servizi possono enuclearsi "le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo prolungato di tempo, a persone stabilite in uno o più Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di informazione fornita dietro retribuzione". La Corte giunge a tali determinazioni in virtù del fatto che "nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può essere più considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato", così *Schnitzer, cit.*, p. 31. Critico su tale giurisprudenza è chi vede assumere con tale concetto "un significato talmente lato da consentire, di fatto, una presenza relativamente costante, anche se formalmente non permanente, di un'impresa con il proprio personale in un altro Stato membro per l'esercizio dell'attività di prestazione dei servizi", ved. 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.*, 1, 2007, pag. 63; ID, *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2009; ID., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009.

in virtù di un'astratta statuizione della frequenza e dell'estensione temporale, ma in chiave economica, cosicché, adottando tale modalità interpretativa, si può ammettere la durata anche pluriennale delle forniture²⁵.

Una volta illustrati i tratti essenziali del principio della libera prestazione di servizi, si ritiene opportuno chiarire quali siano i soggetti che ne beneficiano. Una prima risposta a tale quesito perviene dall'art. 56 TFUE, in forza del quale questi ultimi corrispondono ai "cittadini degli Stati membri stabiliti in un Paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione".

Da una prima disamina della disposizione, si deduce che al prestatore occorrono due requisiti fondamentali consistenti nello stabilimento, ossia in un suo legame con il territorio di un paese membro differente da quello del destinatario del servizio, ma non obbligatoriamente con il proprio, e nel possesso della cittadinanza dell'U.e..

La più autorevole dottrina di riferimento, rifacendosi ai modelli di *market access*, descrive lo stabilimento come la necessità di proteggere il mercato interno da incursioni di soggetti che, avvalendosi delle libertà di circolazione previste dal Trattato, entrano nel tessuto economico dell'U.e., senza intrattenere con il territorio della stessa alcuna forma di collegamento²⁶.

Un'altra categoria che in virtù dell'art. 54 TFUE appartiene all'ambito delle prestazioni di servizi è quella delle persone giuridiche, o meglio delle società costituite nel rispetto delle normative di uno Stato membro, che hanno situato la propria sede legale o amministrazione centrale, o ancora lo snodo principale dei propri affari, entro i confini della U.e.²⁷.

Inoltre l'art. 56, co. 1 TFUE individua i destinatari della prestazione, disponendo che non debbano obbligatoriamente avere carattere giuridico di impresa, ma

²⁵ Causa *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-131/01, del 13 febbraio 2003, p. 24. Peraltro, è necessario evidenziare che l'estensione del concetto di temporaneità non solo provoca significative conseguenze nell'impatto della disciplina dei servizi sui mercati del lavoro interni, ma comporta anche una sua parziale sovrapposizione con la fattispecie dello stabilimento.

²⁶ A. TIZZANO, *cit.*, pag. 41.

²⁷ Non risultano invece ammessi, in linea di massima, nella disciplina dell'art. 56 TFUE ss. i cittadini di un paese terzo, a meno che il consiglio, su proposta della commissione, non deliberi a maggioranza qualificata di attuare ex art. 56, co. 2 TFUE anche nei confronti di questi ultimi, purché prestatori di servizi stabiliti nell'area dell'U.e., le disposizioni in questione.

possano essere anche soggetti no profit od enti pubblici. A costoro non è richiesto il requisito della cittadinanza ma solo quello dello stabilimento²⁸, tanto che anche cittadini extra-U.e. possono giovare della regolamentazione in argomento, fruendo di una prestazione di servizi all'interno del territorio di uno stato membro, purché siano ivi stabiliti²⁹.

²⁸ Causa *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-180/89, del 26 febbraio 1991.

²⁹ Così A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, pag. 406; anche . Dal novero delle materie rientranti nel regime giuridico sulla libera prestazione di servizi rimane fuori il settore dei trasporti, disciplinato da un altro capo del Trattato ovvero dagli artt. 90 e ss. TFUE, mentre in relazione ai servizi assicurativi e bancari vincolati a movimenti di capitale, l'art. 58 TFUE sancisce che la liberalizzazione "deve essere attuata in armonia con la liberalizzazione della circolazione dei capitali"; ulteriori e numerose esclusioni dall'applicazione della attuale disciplina sono previste dall'art. 2 della Direttiva Servizi del 2006, di cui si avrà modo di parlare nel proseguimento del lavoro, cfr anche P. AMATO, *cit.*.

1.2. La libera prestazione dei servizi e le “ragioni imperative” per la tutela del lavoro: evoluzione giurisprudenziale e regime competition.

Una volta configurati i tratti essenziali della libera prestazione dei servizi, occorre prendere in esame l’evoluzione della giurisprudenza di Lussemburgo che si è soffermata sul tema con riguardo alle ragioni imperative per la tutela del lavoro.

Infatti, negli ultimi decenni di giurisprudenza della Corte dell’U.e. si percepisce la crescente importanza attribuita alle tutele del lavoro nell’ambito dell’ordinamento comunitario, pur nella asimmetria “strutturale di fondo, palese e irresolubile (almeno fintanto che affrontata sul solo piano funzionale), che affligge la costruzione giuridica comunitaria, a tutto vantaggio della dimensione economica (divenuta comunitaria, poi dell’Unione europea) su quella sociale (per la parte, non indifferente, rimasta nazionale)³⁰.

Infatti, le normative di tutela del lavoro dei vari Stati membri sono espressione di fondamentali interessi sociali dei singoli Stati con cui le libertà, espressamente riconosciute dal Trattato, di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali, sono tenute a rapportarsi³¹.

Si tratta del risultato di un lungo processo evolutivo, a partire dagli anni settanta, segnato, da un lato, da una serie di direttive in tema di politica sociale, nella

³⁰ Si è recentemente ritenuto che solo grazie ad una prospettiva “genealogica” si potrebbe comprendere le tensioni insite all’interno della costruzione giuridica dell’U.e. che portano a tale asimmetria: “essa, strutturalmente concepita per affrontare le tematiche sociali in una prospettiva di rimozione degli ostacoli che si frappongono all’instaurazione e al corretto funzionamento del mercato comune, è tuttora scarsamente attrezzata a farsene carico in un’ottica di progresso sociale, peraltro funzionalmente presente nel Trattato fin dalle origini” così E. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un’analisi “genealogica”*, in F. CARINCI – A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell’Unione europea. Commentario di diritto del lavoro diretto da F. Carinci*, IX, Torino, 2010, pag. 133 ss. (anche in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 3, 2009, pag. 527 ss.).

³¹ Per un’ampia analisi sul tema, con ampi riferimenti alla giurisprudenza U. CARABELLI – V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Cont. e Imp./Europa*, 2005, pag. 539 ss.; chi, invece, vede le discipline di tutela del lavoro ab origine come restrizioni alla libera circolazione di merci e servizi è F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione europea*, Bologna, 2008, pag. 95 ss.; inoltre, R. FOGLIA, *L’attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002, pag. 5 ss..

stagione “funzionalista”³², e parallelamente da pronunce della giurisprudenza di Lussemburgo riguardanti la legittimità, ossia la compatibilità con l’allora Trattato della Comunità Europea, per mezzo di una valutazione di ragionevolezza³³ (il “test di proporzionalità”) delle limitazioni che gli Stati membri della Comunità apponevano alla libertà di circolazione dei beni mediante le discipline interposte a tutela dei loro interessi.

La Corte di Giustizia, a partire dalle pronunce emesse nei casi *Dassonville*³⁴ e *Cassis de Dijon*³⁵, è giunta a riconoscere che, a prescindere dalla cause giustificative riconosciute in maniera esplicita dal Trattato, vi sono ulteriori ragioni, o esigenze imperative che possono giustificare interventi nazionali che creino ostacoli alla libera circolazione delle merci³⁶.

In particolare, la Corte è giunta ad includere “le scelte politico-economiche (rispondenti a) peculiarità socio-culturali nazionali o regionali, la cui valutazione

³² M. D’ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU - B. CARUSO - M. D’ANTONA - S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, pag. 22. Le direttive sulle crisi di impresa, ossia quella del 1975 sui licenziamenti collettivi, quella del 1977 sul trasferimento d’azienda e infine quella del 1980 sulla tutela dei lavoratori di fronte all’insolvenza dell’impresa; con questi testi si pongono da un lato le basi per l’armonizzazione di norme sociali esclusivamente orientate a non distorcere la concorrenza nel mercato, dall’altro si mira proprio a preservare, con esse, la tenuta dei sistemi nazionali di diritto del lavoro dalle pressioni della crisi economica e dalle tentazioni o dai rischi di *dumping* sociale che questa può ingenerare; in questo senso S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo*, *cit.*, pag. 9.

³³ Mette in dubbio l’applicazione del principio di proporzionalità applicato dalle recenti pronunce della Corte di Giustizia, poiché ne risulta una utilizzazione “in eccesso” rispetto all’esercizio dei diritti fondamentali nello spazio di applicazione dei trattati, da ultimo N. HOS, *The principle of proportionality in Viking and Laval: an appropriate standard of judicial review ?*, in *Eur. Lab. Law Jour.*, 2, 2010, pag. 236; anche, in parallelo con la sussidiarietà, ved. R. SALOMONE, *Multilevel governance e trasformazioni del diritto del lavoro*, in F. CARINCI - A. PIZZOFERRATO (a cura di), *cit.*, pag. 213.

³⁴ C-8/74, dell’11 luglio 1974. E’ la sentenza che inaugura, a detta di uno studioso, il “periodo fondativo” della giurisprudenza comunitaria, allargando “il numero e il tipo di casi nei quali gli Stati membri sono chiamati a giustificare le scelte sociali compiute nella regolazione del mercato e della sfera pubblica”, ved. J. H. H. WEILER, *cit.*, 2003, pag. 349 ss.

³⁵ C-120/78, del 20 febbraio 1979. L’analisi sulla giurisprudenza *pro-integration* della Corte di Giustizia come secondo binario rispetto alla promulgazione delle direttive comunitarie è operato da L. NOGLER, *cit.*, pag. 36 ss.

³⁶ Ampi riferimenti in dottrina, tra i molti M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, pag. 25 ss.; M. BARBERA, *cit.*, 48 ss.; G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Torino, 2003, pag. 245 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003, pag. 165 ss.; F. BANO, *cit.*, pag. 55 ss.

spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri”³⁷. Tale concetto, formulato all’interno di casi riguardanti la libera circolazione dei beni, è stato, in maniera progressiva, ricondotto all’interno di un unico quadro di riferimento: sussistevano principi, da tenere in considerazione nel valutare la compatibilità con il Trattato delle legislazioni nazionali, le quali, nel perseguire finalità d’interesse interno, limitavano le libertà economiche, giustificandoli come “motivi imperiosi di interesse pubblico”³⁸.

L’apice di questa evoluzione giurisprudenziale è individuabile nella sentenza *Gebhard*, controversia che non toccava la materia del lavoro, nella quale la Corte ha teorizzato la propria posizione con riferimento a tutte le libertà economiche del Trattato: “i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l’esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio; essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico; essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”³⁹.

Con particolare riferimento alla libera circolazione dei servizi, pilastro della “costituzione del mercato comune”⁴⁰, si rinviene una precisazione di particolare

³⁷ Caso *Torfaen*, C-145/88, del 23 novembre 1989, p. 14, riguardante il problema della chiusura domenicale degli esercizi commerciali. Tuttavia, l’esito di tale pronuncia fu che potenzialmente “quasi ogni disposizione nazionale divenne suscettibile di revisione ex art. 28”, così M. POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, pag. 67. La formula della sentenza *Torfaen* è stata ripresa letteralmente per giustificare la compatibilità con il Trattato di alcune normative nazionali di tutela del lavoro, così anche *Conforama* C-31/89, del 28 febbraio 1991, pag. 11, e *Marchandise*, C-32/89, del 28 febbraio 1991, p. 12, emesse in relazione a casi riguardanti il divieto, fissato dalle normative nazionali, di lavoro domenicale in alcune attività.

³⁸ M. CORTI, Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa, in *Riv. Giur. Lav.*, 1, 2007, pag. 778 ss.

³⁹ C-55/94, *cit.*, p. 37; già presenti in *Van Wesemal* C-110/78 e 111/78 del 18 gennaio 1979, p. 28, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, C-205/84, del 4 dicembre 1986, p. 27; *Commissione c. Repubblica italiana* C-180/89, *cit.*, pp. 15, 17 e 18; *Commissione c. Repubblica ellenica*, *cit.*, pp. 16, 18 e 19; *Sager*, *cit.*, p. 12, 13 e 15, *Schindler*, *cit.*, p. 31. Tale affermazione è stata ripresa e confermata più volte nel corso degli ultimi anni riguardo a vicende erano interessate le libertà economiche del Trattato, ved. *Centros*, C-212/97, del 9 marzo 1999, p. 34; *Haim*, C-424/97, del 4 luglio 2000, p. 57; *Mac Queen*, C-108/96, dell’1 febbraio 2001, p. 26; *Payroll Data Services*, C-79/01, del 17 ottobre 2002, p. 28; infine, a *Commissione c. Repubblica italiana*, C-465/05, del 13 dicembre 2007.

⁴⁰ Ved. anche M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, pag. 241.

rilevanza: “la libera prestazione di servizi può essere limitata solo da norme giustificate dall’interesse generale, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito”.

Tale struttura argomentativa è stata sviluppata dalla Corte anche con riferimento alle normative interne di tutela del lavoro, nelle ipotesi in cui hanno toccato la libera prestazione dei servizi: nei casi *Webb*⁴¹ e *Seco*⁴² la Corte si è mossa in sintonia con la propria giurisprudenza che si andava sviluppando in materia di libera circolazione dei beni.

Alcuni anni dopo, alla fine degli anni ottanta, a queste due pronunce veniva ad accostarsi quella concernente il caso *Rush Portuguesa*, in cui la Corte giungeva ad affermare che “il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l’applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche di imporre l’osservanza di queste norme con i mezzi adeguati”⁴³.

La vicenda riguardava, nel caso specifico, una società portoghese che distaccava lavoratori in Francia per eseguire dei lavori utili alla realizzazione di una linea ferroviaria. In forza del *Code du travail* francese, soltanto l’*Office National d’Immigration* poteva assumere del personale di un paese terzo. L’azienda, avendo violato le norme del *Code*, era stata condannata al pagamento di un contributo speciale: da un lato, la società portoghese si difendeva riferendosi alla libertà di prestazione dei servizi e argomentando che in caso di distacco dei lavoratori non sarebbero applicabili le norme sulla libera circolazione dei lavoratori; dall’altro, l’*Office*, invece, sosteneva che i lavoratori distaccati erano

⁴¹ C-279/80, del 17 dicembre 1981.

⁴² C-62-63/81, del 3 febbraio 1982.

⁴³ C-113/89 del 27 marzo 1990, p. 15 e 18, in *Dir. Prat. Lav.*, 30, 1990, pag. 1965 ss., con nota di M. BIAGI, *Il lavoro in appalto nella CEE*; nella dottrina francese, con nota di P. RODIÈRE, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1990, pag. 631 ss.; recentemente analizzata, all’interno di un’articolata analisi giurisprudenziale, da E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi e distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI – A. PIZZOFERRATO (a cura di), *cit.*, pag. 291 ss.

soggetti alle norme del sistema francese previste per i lavoratori provenienti dal paese terzo⁴⁴.

La Corte è ritornata sul problema della limitazione alla libertà di circolazione dei servizi da parte di normative interne di tutela del lavoro, riaffermando la propria giurisprudenza in materia⁴⁵.

In seguito, ulteriori pronunce⁴⁶ hanno messo a punto tali concetti: la Corte ha precisato l'insieme di principi e limiti che, nella loro sistematicità, avrebbero costituito nel futuro il quadro di riferimento per i giudizi nei quali si controverte della legittimità delle limitazioni poste alla libertà di prestazione dei servizi da normative interne di tutela del lavoro; queste sono quelle volte a proteggere interessi sociali, definiti come “motivi imperativi di interesse generale”, ovvero come “ragioni imperative di interesse generale”, tra le quali rientra “la tutela dei lavoratori”, considerata, in quanto tale e nella sua interezza, uno scopo legittimo compatibile con il Trattato⁴⁷.

⁴⁴ La pronuncia della Corte a favore dell'applicabilità dell'art. 56 TFUE fu fortemente condizionata da una circostanza contingente, tanto decisiva quanto generalmente sottaciuta: all'epoca della decisione, l'art. 45 non era applicabile ai fatti oggetto della causa *Rush Portuguesa*, poiché il regime transitorio determinato dall'Atto di accessione del Portogallo differiva al 1993 l'applicabilità ai lavoratori portoghesi delle norme sulla libera circolazione. Per i giudici di Lussemburgo fu dunque inevitabile ricondurre la mobilità temporanea dei lavoratori portoghesi in Francia all'art. 56 TFUE; così, A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008, pag. 71; ved. anche E. ALES, *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role and (Questionable) Limits on Collective Action*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT, 63, 2008, pag. 9; F. DORSSEMONT, *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, reperibile al sito www.etui.org, 2008, pag. 1; criticamente rispetto a tale impostazione S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, pag.85 ss; F. BANO, *cit.*, pag. 115 ss.

⁴⁵ Causa *Vander Elst*, C-43/93, del 9 agosto 1994, p. 23 che riprendendo l'espressione della sentenza *Rush Portuguesa* per quanto riguarda i salari minimi, veniva inquadrata all'interno dei tradizionali principi generali, affermandosi: “l'art. 59 del Trattato prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare maggiormente le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi” (p.14).

⁴⁶ Casi *Arblade*, C-369/96, del 23 novembre 1999; *Mazzoleni*, C-165/98, del 15 marzo 2001; *Finalarte* C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98, del 25 ottobre 2001; *Portugaia Construcoes*, C-164/99, del 24 gennaio 2002.

⁴⁷ U. CARABELLI, *cit.*, 2009, pag. 117.

Con specifico riferimento alla tutela del lavoro, secondo la giurisprudenza occorre verificare se la normativa lavoristica interna “sia necessaria e proporzionata per la tutela dei lavoratori interessati”⁴⁸, in altre parole se l’interesse protetto dalla normativa di tutela non sia già “tutelato dalle norme cui il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito”⁴⁹, ovvero che i lavoratori “godano della stessa tutela, o di una tutela sostanzialmente analoga, in forza degli obblighi a cui il datore di lavoro è già soggetto nel suo Stato membro di stabilimento”⁵⁰ e se “ la detta normativa comporti, per i lavoratori interessati, un vantaggio reale che contribuisce in maniera significativa alla loro tutela sociale”⁵¹, e quindi ancora se “lo stesso risultato non possa essere conseguito mediante regole meno restrittive”⁵².

Una volta analizzato brevemente il quadro d’insieme giurisprudenziale, si può concludere che i giudici comunitari, lungo gli ultimi due decenni, hanno inteso riconoscere agli interessi sociali protetti dalle norme interne di tutela del lavoro la caratteristica di motivi, o ragioni imperative d’interesse generale, in grado di comprimere in maniera legittima la libera circolazione dei servizi, benché con significativi contrappesi stabiliti dal *test* di proporzionalità⁵³.

Pertanto, l’obiettivo di fondo era di mettere in evidenza gli strumenti che portassero ad una *race to the top* delle tutele sociali⁵⁴, così da renderle uniformi

⁴⁸ *Mazzoleni, cit.*, p. 30, 34, 40 e 41.

⁴⁹ *Arblade, cit.*, p. 39; *Mazzoleni, cit.*, p. 25; *Finalarte, cit.*, p. 31; *Portugaia Construcoes, cit.*, p. 19.

⁵⁰ *Arblade, cit.*, p. 51; *Finalarte, cit.*, p. 45.

⁵¹ *Arblade, cit.*, p. 52; *Finalarte, cit.*, p. 42 e 45.

⁵² *Arblade, cit.*, p. 39; *Finalarte, cit.*, p. 51; *Portugaia Construcoes, cit.*, p. 29 e 30.

⁵³ Per i lavoratori distaccati la verifica del godimento di tutela analoga nello Stato di appartenenza (*home state control*), ovvero dell’acquisizione di un vantaggio effettivo per costoro, grazie all’estensione della normativa di tutela dello Stato ospitante la prestazione di servizi (*host state control*), era in grado di fugare i timori che l’applicazione della normativa di tutela del lavoro fosse strumentale a fini esclusivamente protezionistici. Com’è stato evidenziato la soluzione interpretativa predisposta dalla Corte si presentava come una *second best* rispetto a quella di considerare i lavoratori distaccati protetti direttamente dal principio di libertà di circolazione dei lavoratori, con tutto ciò che ne sarebbe derivato, ved. U. CARABELLI, *cit.*, 2009, pag. 118.

⁵⁴ Vi è chi pone l’accento su come, per esempio nelle pronunce *Finalarte* e *Portugaia Construcoes*, il giudice comunitario abbia favorito gli oggettivi ed effettivi vantaggi per i lavoratori, prima ancora di eventuali finalità soggettive, come quelle protezionistiche, che possono ispirare il legislatore interno, R. GIESEN, *cit.*, pag. 32 ss.; anche A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro, WP C.S.D.L.E. “Massimo*

per tutti gli operatori economici che svolgevano la loro attività di servizi sul territorio nazionale⁵⁵.

A livello di fonti normative, a partire dall'Atto Unico del 1986⁵⁶, passando poi per i Trattati di Maastricht (1992) e Amsterdam (1997), fino a giungere al Trattato di Nizza (2001) e ora con Lisbona in vigore dal 1° dicembre 2009, la Comunità, e ora Unione, ha conosciuto mutamenti essenziali nei suoi obiettivi costitutivi, finendo per attribuire un rilievo primario alla dimensione sociale⁵⁷, nell'obbiettivo di mantenere una (*social and*) *liberal embedness* del mercato unico europeo, per evocare l'espressione di ascendenza polanyiana⁵⁸.

Infatti, accanto agli obiettivi economici che hanno connotato sin dall'origine l'esperienza comunitaria, l'art. 2 dell'allora Trattato CE collocava l'obbiettivo sociale di un "elevato livello (di) occupazione e protezione sociale"⁵⁹; e oggi compare, per la prima volta con Lisbona, all'art. 3 TFUE, l'espressione "economia sociale di mercato"⁶⁰.

D'Antona INT-47/2006, pag. 29; S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *cit.*, pag. 98 ss.; da ultimo, F. BANO, *cit.*, pag. 122 ss.

⁵⁵ E di conseguenza, in via indiretta, ad una finalità *antidumping* dal punto di vista sociale.

⁵⁶ Fino al 1986 il rischio di *dumping* veniva scongiurato con l'armonizzazione delle legislazioni nazionali del lavoro allo standard più alto fissato in sede comunitaria, così C. BARNARD, *EC "Social" Policy*, in P. CRAIG - G. DE BURCA (a cura di), *cit.*, pag. 498; S. GIUBBONI, *cit.*, 2003, pag. 74 ss.

⁵⁷ B. HEPPLER, *Labour Law and Global Trade*, Oxford and Portland, 2005, pag. 193 ss; S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo*, in S. SCIARRA – B. CARUSO (a cura di), *cit.*, pag. 12 ss.

⁵⁸ Infatti, come è stato analizzato "La costruzione di una poderosa struttura di politiche sociali che funge da primario fattore di rifondazione e di rilegittimazione dello Stato nazionale uscito distrutto dalla guerra, costituisce al tempo stesso la base su cui poggia la ritessitura di un ordine economico internazionale, pure esso lacerato o meglio spazzato via dal conflitto appena concluso, che si voleva nuovamente ispirato all'idea fondamentale (e all'esigenza ineludibile) della progressiva riapertura dei mercati al libero scambio", S. GIUBBONI, *cit.*, pag. 23; J. G. RUGGIE, *International regimes, transactions and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, in *International Organization*, 1982, pag. 379 ss. che riprende le tesi dell'opera di K. POLANYI, *cit.*, pag. 173 ss.

⁵⁹ Riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia nel caso *Albany*, C-67/96, del 21.09.1999, p. 54. Su tale pronuncia, che ha suscitato un ampio dibattito ved. M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario nazionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2000, pag. 225 ss. Si sofferma sulle affermazioni pronunciate nel caso di specie dall'Avvocato generale Jacobs, dove è assente il "linguaggio dei diritti fondamentali", M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Padova, 2001, pag. 151; anche R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo*, Milano, 2001, pag. 209 ss..

⁶⁰ La dottrina, per il momento, non sembra aver attribuito sufficiente rilievo alla modifica, parlando, ad esempio, di cancellazione che "potrebbe avere un qualche rilievo per orientare la

In modo più specifico, il Trattato, dopo aver ribadito all'art. 151 TFUE che la Comunità e gli Stati membri hanno come obiettivi tanto “la promozione dell'occupazione”, quanto “il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro pianificazione nel progresso”, nonché “una protezione sociale adeguata”, individua gli strumenti per il loro perseguimento⁶¹.

Sia l'Unione sia gli Stati membri, ciascuno negli ambiti di propria competenza, perseguono l'obiettivo comunitario di un elevato livello di protezione sociale⁶², così facendo qualsiasi intervento di tutela del lavoro del singolo Stato non solo è coerente con un fondamentale obiettivo dell'Unione, ma costituisce al contempo uno strumento per la sua realizzazione.

In questo senso, l'art. 151, co. 5 TFUE, in base al quale “le previsioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata”, esclude dalle competenze comunitarie tali materie, lasciando gli Stati membri “in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi”⁶³.

Le discipline nazionali di tutela del lavoro, in quanto attuative di obiettivi e valori, principi e norme del Trattato, traggono direttamente da questo rinvio il loro rilievo dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, ponendosi così sullo

Corte di giustizia verso un riequilibrio nella gerarchia tra principi di diversa natura”, con un guadagno ritenuto solo “estetico”, G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, in F. BASSANINI – G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commentario al nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2008, pag. 112. Scettico al riguardo P. SYRPIS, *The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?* in *Int. Law Jour.*, 2008, pag. 219; anche E. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale...*, *cit.*, pagg. 168-169.

⁶¹ M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2009, pag. 161 ss.

⁶² Sul piano dell'occupazione l'azione comunitaria passa attraverso le “deboli” politiche di coordinamento con le c.d. *soft law*; e per quanto riguarda la tutela sociale, gli artt. 151 e ss. TFUE prevedono che questa sia garantita tramite provvedimenti di tipo positivo, con interventi diretti di armonizzazione della Comunità, ma anche da parte degli stessi Stati membri, ved. U. CARABELLI, *cit.*, 2009, pag. 120.

⁶³ La previsione sarà interpretata in altro modo dalla recente giurisprudenza comunitaria, ved. caso *Laval*, su cui *infra* § cap. 2.1.

stesso piano⁶⁴, e non su un livello di compatibilità, rispetto alle norme del Trattato⁶⁵.

La stessa Corte di Giustizia, infatti, ha parlato in maniera esplicita di bilanciamento “tra entità riconosciute di pari livello”, sia nelle ultime pronunce di cui si dirà, *Viking* ed in maniera particolare *Laval*⁶⁶, ma anche in una precedente del 2003, *Schmidberger*⁶⁷. In particolare, viene affermato che “la Comunità non ha soltanto una finalità economica, ma anche una finalità sociale”, dove “i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato riguardanti la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale”, come previsti dall’art. 151, co. 1 TFUE⁶⁸.

Pertanto, appare sullo sfondo dell’evoluzione comunitaria in materia di politica sociale e libertà economiche, il problema della competizione regolativa, ossia la concorrenza tra gli ordinamenti giuridici degli attuali 27 Stati membri dell’U.e., attori del c.d. “mercato delle regole”, concetto che vanta ormai una lunga tradizione teorica, anche all’interno del dibattito europeo⁶⁹.

Con specifico riferimento alla costruzione dell’ordine giuridico del mercato comune europeo, si discute di competizione regolativa almeno da quando la Corte di giustizia ha fatto del mutuo riconoscimento il principale criterio operativo della libera circolazione delle merci con le storiche sentenze degli anni settanta viste sopra, *Dassonville* e *Cassis de Dijon*.

⁶⁴ Parificando i diritti di libertà con i diritti sociali, “la Corte ha effettuato una equiparazione di situazioni giuridiche soggettive ben differenti”, così U. CARABELLI, *cit.*, pag. 120.

⁶⁵ Dotate di efficacia diretta che sanciscono le libertà economiche, così U. CARABELLI, *cit.*, 2007, pag. 33.

⁶⁶ C-438/05, dell’11 dicembre 2007 e C-341/05, del 18 dicembre 2007, ved. ampiamente *infra* Cap. 2.

⁶⁷ Caso *Schmidberger*, C-112/00, del 12 dicembre 2003. L’efficacia diretta orizzontale conferisce un’arma all’impresa potenzialmente formidabile di “contenimento” degli effetti (e della stessa “agibilità”) del conflitto collettivo nello spazio economico europeo, sbilanciando ulteriormente i rapporti di forza fra le parti, già sfavorevoli alle parti sociali, così S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *Il conflitto collettivo nell’ordinamento comunitario*, in *Dem. Dir.*, 3, 2004, pag. 119 ss.

⁶⁸ Caso *Laval*, p. 105.

⁶⁹ Ved. il volume a cura di A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, pag. XII ss.

Soprattutto, sulla scorta del *Libro bianco* del 1985 e del progetto di completamento del mercato interno entro la data simbolo del 31 dicembre 1992⁷⁰, è stabilmente entrata nell'*acquis* teorico e istituzionale dell'Unione la consapevolezza che la circolazione dei modelli giuridici nello spazio dell'U.e., transita non più solo attraverso la tecnica (opportunamente rivisitata) dell'armonizzazione, ma anche (e forse soprattutto) attraverso la competizione tra i regolatori, nei termini inevitabilmente implicati dal criterio del mutuo riconoscimento⁷¹.

Inoltre, i riferimenti teorici del dibattito sulla competizione regolativa si sono stabilizzati nel tempo, in una sorta di "sincretismo culturale" nel quale trovano posto l'*ordoliberalismo*, concezione hayekiana della concorrenza come processo di scoperta e scuola della *public choice*⁷².

Dal canto suo, il diritto del lavoro, interno e dell'U.e., è rimasto a lungo sostanzialmente immune a questo discorso e, prima ancora, per un lungo tratto del processo integrativo comunitario, esso è apparso effettivamente estraneo al gioco della *regulatory competition* nel mercato interno.

Infatti, si è ritenuto che la sostanziale riserva di "sovranità sociale" assicurata agli Stati membri dal Trattato, per lo meno nella sua impostazione originaria⁷³, creasse, per il diritto nazionale del lavoro, una sorta di sfera di immunità dalle pressioni concorrenziali scaricate sul mercato comune delle merci e (più tardi) dei servizi, dalla assunzione del mutuo riconoscimento a criterio regolativo virtualmente alternativo e prevalente rispetto a quello della armonizzazione positiva.

⁷⁰ Esiste in argomento, notoriamente, una letteratura sterminata: tra i molti, ved. R. EGAN, *Constructing a European Market*, Oxford, 2001.

⁷¹ Tra i molti, ved. L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Università degli Studi di Trento, 1996, pag. 60 ss. Cfr. anche S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2, 2009, ora anche in PINELLI C. – TREU T. (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010.

⁷² Così S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., pag. 285 ss.

⁷³ M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, 2005, pag. 111 ss.

Quest'aurea di immunità ha tradizionalmente trovato nell' assunto della territorialità del diritto del lavoro, quale sistema di norme imperative connotanti la struttura portante degli Stati sociali nazionali, il proprio pilastro normativo.

La rigida applicazione territoriale del diritto del lavoro nazionale, nella sua duplice valenza positiva e negativa⁷⁴, poggiava su una solida base concettuale e normativa, come punto di approdo di istanze di segno diverso ma convergenti⁷⁵, di regole prodotte in sistemi europei improntati a minori *standard* di tutela del lavoratore nel rapporto o nel mercato.

Oggi tale immunità, almeno nella sua forma originaria, è venuta sostanzialmente meno, ed anche il diritto del lavoro, nazionale e dell'Unione europea, sente la pressione crescente della competizione regolativa⁷⁶. Con essa è entrato in crisi il postulato della rigida territorialità del diritto del lavoro nazionale, almeno nella sua versione più forte e assorbente, in altre parole nella versione capace di tener fuori dai confini del sistema nazionale qualunque regola non in linea con gli *standard* di protezione autonomamente decisi dai "regolatori domestici" (Stato e parti sociali), frapponendo così un argine solo in apparenza impenetrabile ai rischi di *dumping* sociale⁷⁷.

In questo senso, il principale canale d'ingresso della *regime competition*, sin dentro l'area un tempo immune e protetta della regolazione del rapporto di lavoro, è senz'altro costituito dalla fattispecie del distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, come veri e propri rapporti di lavoro transnazionali in ambito comunitario e ora del mercato comune dell'Unione europea; ma può osservarsi come sia, più in generale, l'esercizio delle libertà dell'U.e. ad amplificare le possibilità di scelta del diritto applicabile e

⁷⁴ Il principio di territorialità del diritto del lavoro, come chiarito da P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, Padova, 1990, pag. 230, può, in effetti, essere inteso "sia in senso positivo, cioè come necessità applicativa rispetto al lavoro svolto in Italia, sia come carattere negativo, cioè come limite all'applicazione fuori dei confini nazionali". Per un'analoga osservazione, con riguardo al principio della *lex loci laboris* quale corrispondente criterio di applicazione rigidamente territoriale del diritto della sicurezza sociale, cfr. A. DE MATTEIS - S. GIUBBONI, *Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità e sicurezza sociale*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 20, 1998, pag. 97 ss.

⁷⁵ Garantendo un sorta di immunità dell'ordinamento interno dalla concorrenza.

⁷⁶ A. BELLAVISTA, *cit.*, pag. 4 ss.

⁷⁷ S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, *cit.*, pag. 103.

di conseguente *law shopping* nel sistema europeo, a vantaggio soprattutto, ma non solo⁷⁸, delle imprese e degli operatori economici transnazionali⁷⁹.

Vi è stata una graduale attrazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato all'interno di tale competizione regolativa intracomunitaria, che ha portato alla distinzione tra forme di mobilità “verso l'impiego”, che orbitano all'interno dell'art. 45 TFUE in materia di libera circolazione dei lavoratori, da quelle forme di mobilità “all'interno dell'impiego”, attratte nell'orbita dell'art. 56 TFUE in tema di libera prestazione di servizi⁸⁰.

Si è posto, così, il problema della scelta del diritto applicabile a situazioni lavorative “mobili” da un territorio all'altro all'interno del mercato unico, ossia la questione della legge nazionale, e in più in generale delle regole in materia applicabili a simili situazioni di attività lavorativa *temporaneamente* svolta in uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore effettua normalmente la propria prestazione di lavoro.

Tale scelta subisce gli effetti del principio di mutuo riconoscimento (o di equivalenza), nella variante lessicale aggiornata del “paese d'origine” nel campo

⁷⁸ S. BORELLI, Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2006, pag. 671 ss.

⁷⁹ M. GNES, La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo, Milano, 2004, pag. 72; anche A. NICOLUSSI, Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici, in Eur. Dir. Priv., 1, 2006, pag. 90 ss., che criticamente intravede, in tale approccio, un *laissez-faire* normativo come piccolo “passo verso le barbarie”; per le ricadute sul diritto del lavoro, ved. A. JEAMMAUD, La mondializzazione: banco di prova per il diritto del lavoro, in S. SCARPONI (a cura di), *cit.*, 2001, pag. 60, che definisce il rischio di dumping sociale come una “sorta di svalutazione competitiva delle norme sociali”; in maniera ancora più esplicita recentemente V. BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«archetipo» Fiat di Pomigliano d'Arco*, in *Quad. Rass. Sind.*, 3, 2010, pag. 17: “ Il vero effetto della globalizzazione è il dumping sociale: la differenziazione/articolazione dei trattamenti per affrontare la sfida della globalizzazione competitiva si declina, normalmente, come depauperamento degli standard giuridici di legislazione sociale. Occorre invece contrastare la frammentazione degli statuti giuridici per rafforzare le relazioni industriali e affrontare la sfida della globalizzazione con una teoria assiomatica dei diritti del lavoro per evitare che la competizione sia regresso civile”.

⁸⁰ Se prima “tutte le prestazioni di lavoro rese in uno Stato membro diverso da quello di residenza, anche quelle temporanee o stagionali, erano destinate a ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 39 e del relativo principio di parità di trattamento, dopo l'ingresso nell'*acquis* comunitario di tali distinzioni funzionali, le fattispecie di distacco richiedono di essere regolate, innanzitutto, dal punto di vista della libertà dell'impresa datrice che presta il servizio e non più da quello della tutela paritaria del lavoratore”, così A. LYON-CAEN, *Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives*, in *Rev. Mar. Com.*, 1991, pag. 108 ss; anche M. ROCCELLA – T. TREU, *cit.*, pag. 156.

della libera prestazione dei servizi⁸¹, che costituisce una tecnica del mercato radicalmente alternativa a quella dell'armonizzazione verso l'alto, poiché "affida al gioco degli arbitraggi tra le diverse regole presenti nello spazio comune la selezione degli *standard* normativi ritenuti più idonei ed appropriati dagli operati del mercato, andando oltre i tradizionali meccanismi internazionalprivatistici"⁸².

La scelta di operare in Stati membri nei quali il livello di protezione sociale è molto basso, diventa difficilmente arginabile, all'interno di un sistema che tende alla realizzazione di margini di profitto ridotti sul singolo prodotto per puntare ai grandi numeri dei nuovi mercati del mondo⁸³; così si generano forme di concorrenza non solo tra i *competitors*, ma anche tra gli stessi paesi, alimentando situazioni di *dumping* sociale, o *shopping* sociale, che sfociano nello *shopping* normativo, frutto della maggiore o minore convenienza dei vari sistemi giuridici per le imprese⁸⁴.

⁸¹ Definitivamente sancita dal caso *Sager*, C-76/90, *cit.*. In questa pronuncia la Corte di Giustizia afferma in maniera netta il principio per cui l'art. 49 TCE prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti dei prestatori di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in altro Stato membro dove fornisce servizi analoghi. In modo netto si esprime un A. ritendo la *regulatory competition* come "profilo dinamico del mutuo riconoscimento", A. LO FARO, *Funzioni e finizioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999, pag. 69.

⁸² S. GIUBBONI, *cit.*, pag. 105 ss.

⁸³ Sul piano del diritto commerciale internazionale G. VENTURINI, *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2004, pag. 48, questi osserva che "i paesi nel cui ordinamento le condizioni dei lavoratori sono meno tutelate, sono in grado di produrre a costi minori beni, o servizi, che traendo vantaggio dalle regole del libero scambio (nazione più favorita, trattamento nazionale) potranno conseguire sui mercati stranieri una competitività maggiore rispetto ai prodotti simili, ma aventi costi sociali più elevanti. Per correggere questa soluzione alcuni Stati invocano la possibilità di applicare restrizioni commerciali nei confronti dei paesi che non garantiscano i diritti fondamentali dei lavoratori, ma soluzioni del genere, oltre a non essere giuridicamente motivate, trovano comunque l'opposizione della maggioranza dei membri dell'OMC, soprattutto a motivo del loro potenziale impiego a fini protezionistici"; recentemente, M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, pag. 150 ss.

⁸⁴ In pratica, un soggetto che ha intenzione di agire in giudizio per una controversia, sorta a seguito della conclusione di un contratto con elementi di internazionalità, può valutare la convenienza di agire di fronte al giudice di un ordinamento piuttosto che a quello di un altro, comparando le possibilità offerte delle norme nazionali degli ordinamenti in cui gli è possibile agire sulla base delle rispettive norme di diritto internazionale privato; in tal senso, A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, pag. VIII ss., il quale, rilevato come ciascun operatore economico razionale possa scegliere la norma o gli istituti che appaiono più convenienti, reputa "giustificata la domanda se, in ciò, si annidi una forma di parassitismo che produce esiti socialmente indesiderabili ovvero se scegliere sia il modo normale di selezionare quanto si offre nel mercato. Una mano invisibile assicura il funzionamento

In particolare, inquadrati in tal modo, i fenomeni di scissione e dematerializzazione⁸⁵, tra luogo della produzione e luogo della commercializzazione dei beni prodotti, sono destinati ad amplificarsi in maniera progressiva e con essi aumenteranno le “distanze” tra le tutele dei lavoratori, apparentemente garantite dai diritti dei singoli Stati, ma concretamente distanti fra loro pure all’interno di spazi, primo fra i quali quello della stessa Unione europea.

Nell’U.e., infatti, dove il diritto del lavoro è ritenuto il più eurocentrico e al contempo il “più nazional-popolare dei diritti”⁸⁶, esistono surrettizi fenomeni di *dumping* sociale, che non consentono ai lavoratori mobili senza confini, fra cui si assume quelli distaccati, di sentirsi tutelati dall’omogeneità di valori condivisi e trasfusi in assetti legislativi sostanzialmente uniformi.

In tal modo, i processi di erosione avvengono per via d’integrazione negativa, come anticipato, della sfera di autonomia sociale dei soggetti collettivi e delle stesse fondamenta del diritto del lavoro nazionale, rischiando di inasprire, assieme al *deficit* sociale, quello democratico, nella misura in cui logora le già scarse risorse di legittimazione democratica, senza peraltro dare risposte efficaci in termini di *output* politico⁸⁷.

Infatti, l’ingresso di dodici nuovi paesi – con il loro patrimonio giuslavoristico scarsamente garantista⁸⁸ – può permettere, anche all’interno della Unione, il ricorso a forme di *shopping* normativo, con l’insorgere nel contesto dell’U.e. di pericoli di *dumping* sociale del tutto impensabili nello scorso decennio⁸⁹.

efficiente del mercato dei beni e dei servizi; può la medesima mano selezionare le regole giuridiche?”.

⁸⁵ Le riflessioni dal punto di vista filosofico sono di A. GORZ, *L’immateriale*, Torino, 2003.

⁸⁶ Per riprendere le parole di U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nell’età della globalizzazione*, in *Lav. Dir.*, 4, 2003, pag. 369.

⁸⁷ S. GIUBBONI, *cit.*, 2009, pag. 322, che richiama le riflessioni di F. W. SCHARPF, *Governare l’Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell’Unione europea*, Bologna, 1999, pag. 13 ss.

⁸⁸ Collegato al processo di rimercificazione attuale delle prestazioni lavorative da parte degli Stati membri, ved. C. HOLDEN, *Decommodification and the Workfare State*, in *Pol. Stud. Rev.*, 3, 2003, pag. 303 ss.

⁸⁹ Il contrario di quella “armonizzazione virtuosa”, verso *standard* economico-sociali, e quindi normativi, più evoluti auspicati già da chi prefigurava la concorrenza fra ordinamenti del Nord e Sud Europa, ved. M. D’ANTONA, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. Dir.*, 1992, pag. 49 ss.

L'Unione Europea, in tal senso, si sta dimostrando miope nella lettura dei processi di apertura e di liberalizzazione, che coinvolgono mercati disomogenei e presentano diverse sfumature che non possono non essere prese in considerazione; infatti un processo di decentramento produttivo in Paesi ad alta protezione sociale (es.: un paese scandinavo) è giustificato da esigenze di specializzazione produttiva, in considerazione dell'alto costo della manodopera; invece, nei 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 (es.: 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 costo⁹⁰.

⁹⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2007, pag. 13 ss.

1.3. Dalla Strategia di Lisbona alla Direttiva 2006/123/CE in materia di servizi.

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, è necessario soffermare l'attenzione sullo sviluppo nell'U.e. della materia di servizi che ha portato alla elaborazione della "Direttiva Servizi" approvata nel 2006.

Infatti, con il Consiglio Europeo straordinario di Lisbona, tenutosi nel marzo 2000, l'Unione Europea ha tentato di dare 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: in quell'occasione è stato elaborato un programma di azione, la cd. "Strategia di Lisbona"⁹¹.

Ai tempi della formulazione di tale Strategia, 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

⁹¹ *Il Consiglio europeo straordinario di Lisbona (marzo 2000): verso un'Europa dell'innovazione e della conoscenza*, documento reperibile sul sito: europa.eu/legislation_summaries/. Il Consiglio europeo ha cercato di formulare degli orientamenti in grado di cogliere le opportunità offerte dalla nuova economia e dalla sua globalizzazione, nell'ottica di ridurre il problema sociale della disoccupazione, attraverso lo strumento della crescita economica; cfr. P. AMATO, *cit.*

Per la dottrina lavoristica, la "Strategia di Lisbona" è considerata "una stagione particolarmente fertile per la visibilità delle politiche occupazionali europee", così S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in S. SCIARRA – B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, *cit.*, pag. 18; per una prima analisi, M. BIAGI, *L'impatto della European Employment Strategy*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2000, pag. 413 ss.; anche nella manualistica, M. ROCCELLA – T. TREU, *cit.*, pag. 153 ss.. Le parole chiave utilizzate sono riproposte, senza quasi modificazioni, nella Strategia del post-Lisbona, per il decennio 2010-2020. Se inizialmente si progettava, per il 2010, di far diventare l'Unione europea "l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e maggiori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale", il post-Lisbona è molto simile. Infatti, nell'immaginare la strategia per il 2020 ["UE 2020" (COM(2009) 647 def.)], la Commissione ritiene sia la conoscenza "il motore della crescita durevole. A tal riguardo, amaramente D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 4, 2010, pag. 563 ss.: "In un mondo in rapida mutazione, sono l'educazione e la ricerca, l'innovazione e la creatività che fanno la differenza". Tranne una accentuazione in favore della *green economy*, le parole chiave sono rimaste le medesime, in parte a confermarne la validità, in parte ad ammetterne la (almeno) temporanea sconfitta".

conseguenti difficoltà occupazionali e di crescita degli Stati membri⁹².

L'idea fondante della Strategia si basava su un concetto apparentemente semplice 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, di conseguenza, 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 quello dei servizi.

Nel perseguimento di tale obiettivo, la Commissione ha definito una nuova strategia per il mercato interno - relativa al periodo 2003-2006⁹³ - incentrata su diversi obiettivi, tra i quali la rimozione degli ostacoli agli scambi di beni e servizi⁹⁴.

In questo senso, la Decisione stabiliva l'obiettivo di evidenziare 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 sino all'assistenza post-vendita - scoraggiassero le imprese dall'operare in un altro Stato membro⁹⁵.

Nel medesimo 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

⁹² *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*, disponibile su www.eur-lex.europa.eu/

⁹³ Sul punto la *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*, disponibile su www.europalex.europa.eu

⁹⁴ Tale strategia è divenuta parte integrante delle c.d. *Linee di orientamento integrate per il periodo 2005-2008, assunte con Decisione del Consiglio*, del 12 luglio 2005, sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione, pubblicata in *Gazz. Uff.*, 6 agosto 2005, L 205, 21-27; cfr. P. AMATO, *cit.*

⁹⁵ 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, così *Commissione europea: Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo” – Azioni comuni per la crescita e l'occupazione – Il programma comunitario di Lisbona*, disponibile su http://eurlex.europa.eu/it/dossier_13.htm

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 europea⁹⁶.

Il settore dei servizi, come anticipato, 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 occupazione⁹⁷. A fronte di tali considerazioni, la Commissione ha quindi deciso di presentare una proposta di Direttiva, che ha portato all'approvazione della c.d. Bolkestein, in attuazione della "Strategia di Lisbona", al fine di abolire gli ostacoli ancora esistenti nel mercato dei servizi, favorendo la circolazione delle imprese e l'incremento dei livelli occupazionali⁹⁸.

Nei suoi termini generali, la direttiva 2006/123/CE si prefigge l'obiettivo di semplificare le procedure amministrative e burocratiche necessarie alla circolazione delle imprese e dei lavoratori autonomi nel territorio dell'U.e., rimuovendo al contempo gli ostacoli residui che impediscono, in particolare, il pieno sviluppo dell'economia dei servizi nell'Unione⁹⁹.

Il testo riguarda molteplici attività ed si concentra su quattro obiettivi principali: la facilitazione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi;

⁹⁶ Per quanto riguarda gli effetti economici della direttiva si rinvia a D. SPATH – W. GANZ, *The future of Service: Trends and Prospectives*, Hanser, Monaco, 2008, pag. 77; così P. AMATO, *cit.*

⁹⁷ B. NASCIMBENE, *Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO – L. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, pag. 27.

⁹⁸ La Direttiva, quindi, altro non è che uno strumento di attuazione della Strategia di Lisbona e un atto diretto agli Stati membri, da attuarsi e da far divenire operativo nel corso del 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.

⁹⁹ La Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, in G.U.U.E. 27 dicembre 2006, n. L 376, pag. 36 è ormai impropriamente associata al nome del primo proponente F. BOLKESTEIN, sia perché nasceva collegialmente in seno alla Commissione europea, esecutivo in quel quinquennio guidato da R. PRODI (1999-2004), sia perché radicalmente modificata nel corso del suo travagliato iter di approvazione rispetto alla sua versione originaria (COM(2004) 2 del 25 febbraio 2004); sulla ricostruzione del travagliato iter ved. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009, pag. 152 ss.

il rafforzamento dei diritti dei destinatari dei servizi, poiché utenti finali (e, quindi, consumatori); lo sviluppo 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 eseguire una scelta: continuare sulla strada delle procedure d'infrazione a carico degli Stati membri, ai sensi dell'art. 258 TFUE, ovvero proporre un testo normativo che stabilisse le regole generali da attuarsi all'interno dei medesimi. La scelta è ricaduta sulla seconda opzione, 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. 49 e 56 TFUE.

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.

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 (art. 16), 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)¹⁰⁰.

Inoltre, rispetto al testo originario, è stato ridotto il numero di settori coperti dalla Direttiva e sono stati espressamente esclusi, dall'ambito di applicazione dell'atto, gli aspetti di diritto del lavoro, sociali e previdenziali, connessi alla libera circolazione dei servizi¹⁰¹.

Obiettivo primario e fondamentale, dichiarato dalla Direttiva, è la soppressione degli ostacoli alla libertà di stabilimento ed alla libera circolazione dei servizi tra

¹⁰⁰ Tale aspetto sarà meglio approfondito, con specifico riferimento alle ripercussioni che si sono avute per quel che riguarda la tutela del lavoro, nel corso del presente capitolo, ved. *infra* § par. 5.

¹⁰¹ M. PALLINI, *La proposta di direttiva Bolkenstein: tanto rumore per nulla ? Libertà di circolazione, liberalizzazione dei servizi, rischi (veri e presunti) di dumping sociale*, dattiloscritto, 2008, par. 3 e 9, riportato da U. CARABELLI, *cit.*, 2009, par. 107.

gli Stati membri. Tale obiettivo 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, provando a migliorare, al contempo, la qualità delle prestazioni, in un'ottica concorrenziale e di riduzione del prezzo finale¹⁰².

L'approccio da essa seguito si basa quindi sull'eliminazione, in prima battuta, degli ostacoli che possono essere rimossi direttamente e rapidamente ed, in seguito, sull'adozione di un processo di valutazione, consultazione e armonizzazione complementare, in merito a questioni specifiche, grazie al quale sia possibile modernizzare progressivamente ed in maniera coordinata i sistemi nazionali¹⁰³.

Ulteriore obiettivo è la creazione di un sistema di procedure e di formalità da espletare per via elettronica, ritenuto *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 mira a realizzare 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 e l'individuazione di un interlocutore unico, per quanto concerne le richieste espletate dal prestatore. A tal riguardo, un ruolo particolare è ricoperto dalla c.d. "cooperazione amministrativa"¹⁰⁴ tra gli Stati membri, diretta

¹⁰² Al legislatore comunitario, come evidenziato nel 6° *considerando* della Direttiva, è risultato chiaro che l'eliminazione dei suddetti ostacoli non poteva essere raggiunta esclusivamente attraverso l'applicazione diretta degli artt. 49 e 56 TFUE, rendendosi altresì necessario un maggiore impulso e coordinamento tra le legislazioni dei diversi Stati membri.

¹⁰³ Il coordinamento delle legislazioni nazionali dovrebbe così garantire un elevato grado d'integrazione giuridica ed, al contempo, un'adeguata protezione degli interessi generali di ciascuno Stato membro (quali, ad esempio, 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; in questo senso ved. B. NASCIBENE, *cit.*, pag. 27.

¹⁰⁴ Di rafforzamento della cooperazione amministrativa, si parla anche con riguardo al miglioramento della direttiva in materia di distacco. Infatti, nel 2008, il Comitato economico e sociale europeo ha ammonito "il Consiglio ad adottare la raccomandazione proposta relativa al rafforzamento della cooperazione amministrativa tra gli Stati membri, al miglioramento dell'accesso all'informazione da parte dei prestatori di servizi e dei lavoratori distaccati

ad evitare la proliferazione delle norme applicabili ai prestatori o la duplicazione dei controlli nelle attività trans-frontaliere¹⁰⁵.

Tuttavia, come si vedrà, l'aspetto della protezione sociale è sostanzialmente trascurato nel testo, il quale si disinteressa di ogni aspetto legato alla tutela delle condizioni sociali connesse alla liberalizzazione del mercato dei servizi; quanto, poi, alle sue caratteristiche considerate da un punto di vista tecnico-normativo, la Direttiva si contraddistingue, invece, per essere un atto normativo a vocazione orizzontale e di codifica della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia¹⁰⁶.

In ogni caso, bisogna tenere in conto che sullo sfondo dell'impianto della Strategia di Lisbona, e degli obiettivi di crescita e di sviluppo che la Direttiva intende attuare, c'è il fine di un principio strettamente economico: un mercato libero, più ampio ed efficiente, che favorisca la crescita economica, la competitività delle imprese; e, si assume, conseguentemente, la creazione di maggiori opportunità di impiego, di specializzazione e di crescita professionale.

nell'ambito di un regime linguistico diversificato, e allo scambio di informazioni e di buone pratiche tra Stati membri all'interno di un comitato tripartito di alto livello comprendente rappresentanti degli Stati membri nonché partner socioeconomici di livello nazionale ed europeo, con l'obiettivo di rafforzare la direttiva 96/71/CE e la protezione dei lavoratori distaccati nel quadro della libera prestazione di servizi", ved. Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema Distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi — *Massimizzarne i vantaggi e le potenzialità garantendo la tutela dei lavoratori* COM(2007) 304 def. (2008/C 224/22) del 30.08.2008, pag. 61. Sul medesimo consolidamento della cooperazione amministrativa è, con il proposito di chiarire l'attuazione della direttiva, il documento di M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010, pag. 77; in dottrina, D. GOTTARDI, *cit.*, pag. 573 ss.

Inoltre, meccanismi istituzionalizzati di cooperazione amministrativa transfrontaliera volti a conciliare l'obiettivo di un esercizio facilitato della libera prestazione dei servizi, con la necessità di garantire delle norme esistenti e di evitare frodi e abusi, la proposta originaria (art. 25) della Commissione del febbraio 2004, ved. a tal proposito S. D'ACUNTO, *cit.*, pag. 159 ss.

¹⁰⁵ 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".

¹⁰⁶ S. D'ACUNTO, *cit.*, pag. 15 ss. Riguardo 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: invece di 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. 49 e 56 TFUE, al fine di renderli di applicazione generale, per il tramite dell'obbligatoria implementazione negli Stati membri.

Proprio da un punto di vista occupazionale, l'analisi condotta sugli effetti dell'integrazione economica europea, dimostrerebbe un aumento della reperibilità di manodopera ed un conseguente riequilibrio dei livelli occupazionali, ovvero una più equa distribuzione delle occasioni di lavoro sul territorio dell'Unione¹⁰⁷.

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: l'U.e., in principio, ha abbattuto ogni barriera doganale che impediva la circolazione delle merci in essa prodotte e, successivamente, ha agevolato la circolazione delle imprese e dei fattori produttivi (tra questi il lavoro), così favorendo una progressiva integrazione tra i mercati degli Stati membri e consentendo a qualunque impresa stabilita nel territorio dell'U.e. di scegliere il Paese in cui fissare il proprio centro di interessi.

In un secondo momento, detta integrazione ha inglobato Paesi ed imprese provenienti dall'Est Europa¹⁰⁸, con economie meno sviluppate rispetto a quelle occidentali e con sistemi giuridici - complice anche la necessità di attrarre investimenti dall'estero - caratterizzati da un basso livello di protezione sociale e con un conseguente minor costo della manodopera.

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 bassi¹⁰⁹, grazie al minor costo della manodopera da essi impiegata¹¹⁰.

¹⁰⁷ A. MANTOVANI - L. MARATTIN, *cit.*, pag. 92; gli A. evidenziano come l'afflusso di nuovi lavoratori, provenienti da diversi Stati membri, permetta anche una maggiore sostenibilità dei sistemi pensionistici, appesantiti negli ultimi anni da un notevole afflusso di manodopera; cfr. P. AMATO, *cit.*

¹⁰⁸ In questo senso, recentemente, l'analisi di A. LO FARO, *La contrattazione collettiva dei paesi newcomers e il modello sociale europeo*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2, 2009, pag. 305 ss.

¹⁰⁹ A. LO FARO, *cit.*, 2009, pag. 314.

¹¹⁰ La liberalizzazione del mercato sembrerebbe, quindi, generare effetti positivi per le imprese, per i lavoratori, e 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; in tal senso C. WOOLFSON, *Labour Standards and Migration in the New Europe: Post-Communist Legacies and Perspectives*, in *Eur. Jour. Ind. Rel.*, 2007, pag. 342 ss.. Nello stesso tempo, 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.

La conseguenza è stata la realizzazione di una competizione alterata, basata su di una mera corsa al ribasso dei livelli retributivi e di tutela della manodopera (la c.d. *race to the bottom*), processo amplificato, come si vedrà, dalle recenti pronunce della Corte di Giustizia, che hanno favorito tali processi di *dumping* a livello dell'U.e.¹¹¹.

Si è assistito, quindi, ad un'integrazione a due velocità: da un lato si è favorita l'apertura dei mercati e la circolazione delle imprese; dall'altro, però, si è trascurato – volutamente o meno - l'impatto sui lavoratori di tale processo, lasciando, di fatto, ad una mera logica di mercato l'elaborazione di un adeguato modello sociale a livello europeo¹¹².

L'approvazione della Direttiva poteva (ma non è stata) essere l'occasione per procedere all'adozione di una normativa di protezione del lavoro adeguata al cambiamento in corso, incidendo sulle direttive o sui regolamenti esistenti, ed in particolare sulla disciplina dei lavoratori in distacco¹¹³.

Nell'articolato del testo, ai sensi dell'art. 2, la Direttiva cd. Bolkestein si applica ai servizi resi da prestatori stabiliti in uno Stato membro, eccetto specifiche materie o settori di seguito riportati. Da un punto di vista generale, la Direttiva esclude i servizi d'interesse generale, perché irrilevanti da un punto di vista

Infatti, tali 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, ma gli stessi possono contestualmente generare un abbassamento dei livelli di protezione e della qualità del lavoro.

¹¹¹ Ved. *infra* Cap. 2 § 1.

¹¹² Sullo sfondo riaffiora l'antica suggestione del lavoro-merce, che il diritto del lavoro ha storicamente ripudiato, eliminandolo dal proprio statuto epistemologico, salvo poi però accoglierne, con il contratto di lavoro, una versione più accettabile di "energie umane deducibili in un rapporto di *uti frui* coinvolgente lo stesso soggetto erogatore delle medesime". Il contratto di lavoro subordinato, quindi, rimane un istituto che continua ad animare "un'ambiguità concettuale di fondo, destinata a restare irrisolta", perché nel rapporto continuano a convivere, "come aspetti tipici della fattispecie, il profilo del lavoro-oggetto e il profilo del lavoro-soggetto"; così M. GRANDI, "Il lavoro non è una merce": una formula da rimeditare, in *Lav. Dir.*, 1997, pagg. 573-574.

¹¹³ Probabilmente il testo definito 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; negli stessi termini ved. C. BARNARD, *Unravelling the service directive*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 2008, pag. 323 ss. e G. DAVIES, *The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration*, in *Eur. Law. Rev.*, 2007, pag. 234 ss.

economico e nell'intento di equilibrare l'aspetto di liberalizzazione con il rispetto di limiti oggettivi, ovvero ambiti peculiari ed attinenti alla vita sociale di ogni singolo Stato membro¹¹⁴.

La Direttiva non ricomprende i servizi delle agenzie di lavoro interinale, data la peculiarità della materia, poiché rientrano 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 manodopera¹¹⁵.

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

¹¹⁴ Su tale esclusione ved. B. NASCIBENE, *Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO – L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, cit., pag. 63. Inoltre, tali servizi coincidono 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. 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.

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; in proposito, così causa *Marks&Spencer*, C-446/03, del 13 dicembre 2005, p. 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 ed ha ottenuto notevoli successi. 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. 59 TFUE, al fine di garantire il diritto dei pazienti alle cure richieste, senza distinzioni basate sulla nazionalità del prestatore; cfr. P. AMATO, cit.

Inoltre, l'esclusione riguardante i servizi audiovisivi (che include i servizi cinematografici e i servizi radiofonici) si riferisce alle sole attività di trasmissione diretta dei programmi al pubblico, con eccezione dei servizi in senso stretto di diffusione tecnica ed audiovisiva. L'esclusione dal campo di applicazione della Direttiva dei giochi di azzardo non impedisce, comunque, l'applicazione diretta degli artt. 49 e 56 TFUE al settore, stante il riconoscimento delle libertà del Trattato, per via giurisprudenziale, sia ai prestatori che ai destinatari di tali servizi.

¹¹⁵ 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.

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 contempra però il suddetto aspetto, rientrano comunque nell'ambito di applicazione della stessa Direttiva e dovranno essere oggetto di specifica disciplina da parte degli Stati membri¹¹⁶.

Inoltre, merita un rilievo particolare 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 lavoro¹¹⁷.

Allo stesso modo, la Direttiva non modifica la disciplina, a livello comunitario o interno, in materia di sicurezza sociale. L'art. 1, comma 7 precisa, inoltre, che la Direttiva non deve 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, purché conformi al diritto dell'Unione europea.

Pertanto, la Direttiva, si pone in una situazione di sostanziale "estraneità"¹¹⁸ 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 lavoro¹¹⁹.

¹¹⁶ Infine, l'esclusione dei settori sopra indicati 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 dei servizi che il diritto di stabilimento; la c.d. Bolkestein, difatti, poiché atto derivato e gerarchicamente subordinato al Trattato, non può derogare ai principi in esso espressi ed in particolare dagli articoli 49 e 56 TFUE, a cui la giurisprudenza ha attribuito da sempre efficacia diretta.

¹¹⁷ Lasciando però tutto come una dichiarazione di principio, ma nulla di più; così F. BANO, *cit.*, pag. 90 ss.

¹¹⁸ U. CARABELLI, *cit.*, pag. 128; così anche, M. ROCCELLA - T. TREU, *cit.*, pag. 165.

¹¹⁹ M. RONNMAR, *Eu Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, The Netherlands, 2008, pag. 164 ss. Lo stesso art. 16, comma 3,

Ad ogni modo, a parere di chi scrive, nelle norme sopra riportate si possono rinvenire due profili problematici: 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 delle affermazioni a più riprese riportate nella Direttiva, si riconosce, da un lato, l'indipendenza "estranea" delle legislazioni lavoristiche degli Stati membri, mentre, dall'altro, si sottolinea la necessità che esse siano conformi al diritto dell'U.e. e alle altre norme derivate. Queste ultime, che possono sembrare mere dichiarazioni di principio, racchiudono invece il vero nodo del problema, attinente ai rapporti tra ordinamento dell'U.e. ed ordinamenti degli Stati Membri.

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". Inoltre, 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".

1.4. (segue) Strumenti di liberalizzazione della direttiva e tutela dei diritti del destinatario del servizio.

Uno degli strumenti cardine su cui si fonda l'impianto della Direttiva, che gli Stati membri dovranno recepire¹²⁰, è la semplificazione delle procedure amministrative. Con tale espressione si intende l'insieme di regole e meccanismi volti ad agevolare l'attività degli operatori economici per gli adempimenti e i contatti con le Autorità nazionali, necessari alla prestazione di un servizio nel territorio di un diverso Stato membro¹²¹.

Per la semplificazione di queste 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"¹²².

¹²⁰ In leggero ritardo rispetto al termine di attuazione, il Governo italiano l'ha adottata (D.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 "Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno" pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 94 del 23 aprile 2010 - Suppl. Ordinario n. 75). Sottolinea l'importanza di tale atto, tale da portare ad un vero e proprio "statuto della libertà di impresa" rispetto all'esercizio dei poteri pubblici, E. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 12, 2010, pag. 1239 ss.. Come già anticipato, i servizi rappresentano due terzi del PIL e dei posti di lavoro dell'UE, ma contano solo per circa un quinto degli scambi totali all'interno dell'Unione. Oggi, appena l'8% delle PMI europee operano in altri Stati membri: la Commissione europea vuole liberare tale potenziale attraverso una serie di azioni volte ad eliminare i problemi che ancora ostacolano la piena attuazione dei servizi. In tal senso, va la recente comunicazione "*Verso un atto per il mercato unico per un'economia sociale di mercato altamente competitiva*", adottata il 27 ottobre 2010, la quale stima che i vantaggi indotti dal miglior funzionamento del mercato unico dei servizi potrebbero corrispondere utili annui oscillanti tra 60 e 140 miliardi di euro, pari ad un potenziale di crescita compreso tra lo 0,6 a l'1,5% del PIL; consentirebbe alle piccole imprese innovative di sviluppare le loro attività e crescere ulteriormente. Gli obiettivi che la Commissione europea intende perseguire sono di eseguire, nel corso del 2011-2012, un "test di efficienza" del mercato unico dei servizi dal punto di vista dell'utente, eliminando gli ostacoli ai servizi transfrontalieri e garantendo un'attuazione ambiziosa e un'applicazione completa della Direttiva servizi; a tal scopo, la Commissione avvia un dialogo bilaterale con una serie di Stati membri nei quali sono emersi problemi di attuazione della Direttiva.

¹²¹ Sul punto A. HEIMLER, *La direttiva Bolkestein*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006, pag. 95 ss; ; cfr. P. AMATO, *cit.*

¹²² 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,

Gli interventi principali in materia di semplificazione riguardano, in maniera particolare, 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.

In particolare, l'art. 6 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, 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.

L'efficacia di tale strumento, unitamente alle procedure elettroniche, darà la possibilità al prestatore interessato di usufruire di sistemi snelli e semplificati, operanti per via elettronica, che potranno contribuire a ridurre le difficoltà burocratiche in cui ogni impresa incorre nell'interloquire con la Pubblica Amministrazione¹²³. 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.

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, con riguardo all'interpretazione e all'applicazione delle disposizioni legislative interne attinenti agli elementi e ai dati indicati¹²⁴.

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.

¹²³ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, pag. 556. Lo sportello unico dovrebbe svolgere un importante compito d'informazione, volto a comunicare ai prestatori interessati tutti i dati utili all'insediamento ed alla prestazione di un servizio all'estero.

¹²⁴ 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

Inoltre, 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. In questo senso, ai sensi dell'art. 8, tutte le Amministrazioni dovranno quindi adeguarsi, introducendo sistemi che consentano di espletare rapidamente, con facilità e a distanza, tutte le formalità necessarie all'accesso nel mercato di imprese straniere¹²⁵.

Il Capo III della Direttiva, si apre con una disposizione concernente la 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 esercitare un'attività economica, ma anche ogni "adempimento obbligatorio equivalente", che richieda l'adozione di un atto specifico, ovvero 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. Inoltre, detta autorizzazione potrà essere ritenuta necessaria soltanto alla presenza di un motivo imperativo di interesse generale, purché lo stesso obiettivo (di restrizione all'accesso) non possa essere conseguito attraverso una misura differente e meno restrittiva.

In sostanza, come visto, la Direttiva tende ad eliminare ogni forma di

spesso di difficile comprensione per operatori senza alcuna dimestichezza con l'ordinamento dello Stato di destinazione.

¹²⁵ 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; in questo senso, S. D'ACUNTO, *cit.*, pag. 49.

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, nella prospettiva di 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 sono giustificabili (in funzione della tutela d'interessi legittimi), proporzionati allo scopo perseguito e, chiaramente, non discriminatori¹²⁶.

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.

L'art. 16 ed il capo relativo a tali destinazioni si apre con due dichiarazioni di principio: "gli Stati membri rispettano il diritto dei prestatori di fornire un

¹²⁶ 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 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." causa *Canal Satellite*, cit., p. 22; ; cfr. P. AMATO, cit.

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”.

Pertanto, gli Stati dovranno 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. 56 TFUE¹²⁷.

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. 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, co. 2, effettua un’elencazione di requisiti vietati e ritenuti incompatibili con l’art. 56 TFUE, 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 destinazione¹²⁸; 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 territorio¹²⁹; il divieto imposto al prestatore di dotarsi sul territorio del paese di fornitura di un

¹²⁷ 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 una selezione dei prestatori sulla base della nazionalità o, nel caso di persone giuridiche, della sede legale; 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.

¹²⁸ Causa *Commissione c. Italia*, C-279/00, del 7 febbraio 2002, p. 17-18 in materia di lavoro interinale.

¹²⁹ Causa *Commissione c. Italia*, C-264/99, dell’8 giugno 2000, p.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 gli artt. 12, 49 e 56 TFUE.

determinato tipo o forma di infrastruttura, inclusi un ufficio o uno studio, necessari all'esecuzione delle prestazioni in questione¹³⁰; l'applicazione di un regime contrattuale particolare tra il prestatore e il destinatario che impedisca o limiti la prestazione di servizi a titolo indipendente¹³¹; 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; 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 servizio¹³².

Il capo riguardante la 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.

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.

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. 52 TFUE, se si eccettua la protezione dell'ambiente.

La definizione di tali concetti deve essere quindi dedotta dall'interpretazione dello stesso art. 52, 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 restrittiva¹³³.

¹³⁰ *Gebhard, cit.*, p. 27.

¹³¹ *Ymvoulio Epikrateias-Grecia*, C-398/95, del 5 giugno 1997, p. 19.

¹³² *Canal Satellite, cit.*

¹³³ CGCE, sentenza del 19 gennaio 1999, C-348/96, *Calfa*, p. 20-23; sentenza del 29 ottobre 1998, C-114/97, *Commissione/Spagna*, Raccolta, 1998, p. 42-46. 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

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 la 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

spingersi oltre quanto necessario allo scopo perseguito) e che lo Stato non possa perseguire lo stesso fine con misura alternativa e meno restrittiva.

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 dall'art. 106 TFUE 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". 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.

In aggiunta, rientrano nelle materie oggetto di deroga gli specifici settori già oggetto di disciplina a livello comunitario, tra cui: 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 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 dei 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; la direttiva non interferisce con le disposizioni del d.i.p., in questi termini ved. 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.*, 43, 2007, pag. 293 ss. ; cfr. P. AMATO, *cit.*

proceduto in tal senso.

Di conseguenza, 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*.

Esperita tale procedura, la misura individuale può essere validamente adottata. La procedura consente 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.

Gli articoli 19-21 della Direttiva riguardano la tutela dei destinatari del servizio, aspetto non espressamente contemplato dall'art. 56 TFUE, ma evidenziato ed applicato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e ritenuto pacificamente rientrante nell'ambito di applicazione della libera circolazione dei servizi¹³⁴.

La tutela del destinatario rappresenta, quindi, uno degli aspetti più innovativi della Direttiva, poiché punta a fornire una risposta concreta e tangibile alle istanze ed aspirazioni dei consumatori che spesso sono stati oggetto di vincoli e ostacoli derivanti tanto dalle Autorità Pubbliche quanto dai soggetti economici privati (imprese o professionisti), come già evidenziato nella Relazione sullo Stato del Mercato interno dei Servizi, risalente al 2002, nella quale si è rilevato come spesso taluni operatori rifiutino di fornire dei servizi a clienti che abbiano una nazionalità straniera, anche se all'interno dell'U.e., oppure semplicemente residenti all'estero¹³⁵.

Proprio per ovviare a questi problemi e per fornire delle soluzioni concrete, la Direttiva vieta quindi agli Stati membri di imporre al destinatario residente sul territorio nazionale delle restrizioni alla possibilità di ricorrere ai servizi di un prestatore stabilito in un altro Stato membro, o di applicare ai destinatari delle

¹³⁴ S. D'ACUNTO, *cit.*, pag. 77.

¹³⁵ *Relazioni Servizi Mercato Interno dei servizi*, ripresa poi nel 2008, al seguente link: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/133_280_it.htm

condizioni discriminatorie fondate sulla nazionalità o sulla residenza in quanto tali.

Nello specifico, la Direttiva vieta 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 prestato¹³⁶.

Inoltre, 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 e quelle concernenti il loro esercizio, ed ai mezzi di ricorso esperibili in caso di controversia tra le parti (compresi i dati delle sulle associazioni e organizzazioni in grado di fornire assistenza pratica)¹³⁷.

Infine, la Direttiva prevede che lo Stato membro debba obbligare l'operatore economico in esso stabilito a comunicare al cliente i propri dati personali ed i recapiti, al fine di facilitare la presentazione di reclami relativi alla prestazione ricevuta¹³⁸.

In questo senso, con l'introduzione del meccanismo di "cooperazione amministrativa" la Direttiva persegue l'intento di realizzare una disciplina

¹³⁶ CGCE, 11 gennaio 2007, C-208/05, *ITC*, p. 57-58.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ 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 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.

specifica in materia di collaborazione tra le Autorità competenti all'interno degli Stati membri. Pertanto, si cerca di prevenire che il prestatore, o la stessa prestazione, possa eludere i sistemi di vigilanza interni o l'applicazione di norme certe, evitando, nello stesso tempo, che tali sistemi possano comportare l'inutile duplicazione dei controlli operati dai singoli Stati, ostacolando così la libera circolazione dei servizi¹³⁹.

¹³⁹Attraverso la normativa in materia di cooperazione amministrativa la Direttiva intende quindi garantire, unitamente alla qualità dei servizi, che i controlli effettuati sulle prestazioni transfrontaliere, siano realizzati nel rispetto dei limiti del diritto dell'U.e., permettendo anche di prevenire eventuali fenomeni di illegalità e/o di frode alla legge, senza ostacolare inutilmente la circolazione dei servizi nel mercato.

Di rafforzamento della cooperazione amministrativa se ne parla anche con riguardo al miglioramento della direttiva distacco, ved. Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema Distacco di lavoratori, *cit.*

1.5. (segue) Il principio del paese d'origine e l'eventuale effetto di dumping sociale.

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 esercizio¹⁴⁰. 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 di esecuzione della prestazione.

La legislazione dello Stato di origine in materia 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.

Alla fine dell'iter, 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; ma, a ben vedere, anche la prima formulazione della proposta "Bolkestein" non faceva che codificare nella forma per così dire più pura e quasi elevata¹⁴¹, il già visto principio di *market access*, di chiara derivazione e *acquis* giurisprudenziale¹⁴².

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

¹⁴⁰ Sugli effetti di tale principio, ved. N. BRUUN, *The proposed Directive on services and labour law*, in R. BLANPAIN (ed. by), *Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law*, The Netherlands, 2006, pag. 13; S. D'ACUNTO, *cit.*, pag. 145 ss.

¹⁴¹ S. GIUBBONI, *cit.*, pag. 313.

¹⁴² M. POIARES MADURO, *cit.*, pag. 34 ss.; anche J. H. H. WEILER, *cit.*, pag. 349 ss.

lo Stato di destinazione, di imporre “qualsiasi requisito applicabile all’accesso alle attività di servizi o al loro esercizio”¹⁴³.

Nello specifico, la proposta prevedeva ventitre 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 origine¹⁴⁴.

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.

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).

L’elenco delle ragioni è stato 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, una volta 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 nella Direttiva.

In dottrina, il principio della regolamentazione del Paese di origine è stato oggetto di numerose critiche¹⁴⁵, nelle quali si evidenzia il pericolo di *dumping*¹⁴⁶, che il

¹⁴³ 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: generali, transitorie ed individuali.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ Tra i molti, ved. M. DELLA PORTA - M. CAIANI, *Social Movements and Europeanization*, Oxford, 2009, pag. 82.

testo iniziale avrebbe potuto generare.

Da un punto di vista strettamente lavoristico, vista l'analisi sin qui svolta, sorge un dubbio: 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.¹⁴⁷

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. 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 nel luogo di destinazione, 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 quanto 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 anni¹⁴⁸.

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.

¹⁴⁶ Sulla nozione di *dumping* sociale si è soffermato A. PERULLI, *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, in M. NAPOLI, *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Milano, 2006, pag. 19.

¹⁴⁷ Su cui *infra* Cap. 3, Par. 2.

¹⁴⁸ Di "cooperazione tra gli Stati membri" parla F. BANO, *cit.*, pag. 208 ss.

Pare un paradosso, ma, sostanzialmente, nella proposta di Direttiva - oltre all'eccezione relativa all'applicazione della Direttiva 96/71/CE - erano comunque predisposti potenziali ed efficaci meccanismi di cooperazione amministrativa¹⁴⁹, nell'intento di evitare frodi alla legge ed aggiramenti delle normative applicabili alla fattispecie del distacco.

Pertanto, si ritiene che 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 d'insediamento nello Stato di destinazione.

Considerata la sostanziale neutralità, da un punto di vista strettamente lavoristico, della versione iniziale dell'art. 16 della Direttiva, forse è più corretto desumere che la causa di potenziali fenomeni di *dumping* sociale, in realtà, si rinviene 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 differenti¹⁵⁰.

La trattazione specifica di tali aspetti è rinviata al capitolo seguente¹⁵¹, con riferimento particolare all'evoluzione giurisprudenziale della normativa distacco, ma è comunque necessario ora un approfondimento.

Nell'ipotesi di prestazione di servizi che prevedano un distacco di manodopera, l'attuale legislazione, a livello dell'U.e., stabilisce 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 nulla 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. 56 TFUE¹⁵².

¹⁴⁹ Ved. nota 136.

¹⁵⁰ A. LO FARO, *cit.*, pag. 313.

¹⁵¹ Ved. *infra* Cap. 3 § 2.

¹⁵² In questo senso, caso *Ruffert*, C-346/06, del 3 aprile 2008, p. 43. 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

Pertanto, in un mercato segmentato, quale quello europeo, laddove sia i livelli retributivi che il costo della contribuzione, risultano inferiori nei Paesi dell'Est (post allargamento-accessione 2004) rispetto a quelli situati ad Ovest¹⁵³, 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 concorrenziali¹⁵⁴.

Pertanto, la causa dell'esistenza di fenomeni di *dumping* a livello europeo¹⁵⁵, come evidenziato negli esempi precedenti, è dettata da una serie di condizioni che pare poco abbiano a che fare con il principio del paese di origine, e che invece appaiono caratterizzati da fenomeni di abuso per il combinato delle libertà previste dagli articoli 49 e 56 TFUE, e dalla strumentalizzazione effettuata dalle imprese di tali libertà, che consentono pratiche (deprecabili) di *law shopping*¹⁵⁶.

Il fenomeno, quindi, per come analizzato, non può essere decontestualizzato dal problema di fondo, ossia l'ambiente, in altre parole dalla volontà politica di integrare mercati con diversità sia economiche che normative evidenti, che consentono alle imprese stabilite in Paesi "low cost" di sfruttare il loro vantaggio

secondo i livelli percentuali previsti dalla legislazione di quest'ultimo, come espressamente previsto dal Regolamento CEE n. 1408/71.

¹⁵³ In questi termini, U. CARABELLI, *cit.*, pag. 175.

¹⁵⁴ A ciò si aggiunga che l'impresa, usufruendo delle libertà garantite dal Trattato e, da ultimo, delle facilitazioni introdotte dalla Direttiva, 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, già evidenziato da M. D'ANTONA, *Mercato unico e aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. Dir.*, 1992, pag. 54.

¹⁵⁵ Così G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, *cit.*, pag. 137 ss.

¹⁵⁶ M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2, 2008, pag. 3 ss.

competitivo¹⁵⁷, senza che l'Unione Europea abbia previsto - contestualmente alle liberalizzazioni attuate - l'adozione di misure finalizzate al contrasto dei suddetti effetti distorsivi della concorrenza¹⁵⁸.

Le problematiche sopra analizzate sono state altresì evidenziate dal Parlamento Europeo, in una risoluzione diretta alla Commissione, nella quale è stato rilevato come seppur la libertà di fornire servizi rappresenti una "pietra angolare del progetto europeo", essa dovrebbe essere temperata 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 lavoro¹⁵⁹.

Tra le varie considerazioni, 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 lo stesso Esecutivo a stabilire norme chiare per combattere dette società

¹⁵⁷A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno*, in *Lav. Dir.*, 2, 2008, pag. 65. Inoltre, C. JOERGES, *Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, a Re-conceptualisation, and Recent True Conflicts*, *EUI Working Papers, Law*, 25, 2007, pag. 23, contesta che la logica del vantaggio competitivo riservato ai paesi con bassi livelli di protezione sociale possa essere applicata alla prestazione dei servizi nello stesso modo in cui la si applica alla importazione di beni; cfr. P. AMATO, *cit.*

¹⁵⁸ 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 temperare gli interessi che in esso si contrappongono, a discapito della costruzione di un concreto modello sociale europeo e della protezione dei lavoratori.

¹⁵⁹ Parlamento europeo, Risoluzione del 22 ottobre 2008 sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea (2008/2085 (INI)), ved. approfonditamente *infra* Cap. 4 § 1. Tra le varie considerazioni, 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". Il Parlamento ha invitato lo stesso Esecutivo a stabilire norme chiare per combattere dette società fittizie, nonché ad adottare misure adeguate a contrastare tali deprecabili fenomeni, così U. CARABELLI, *cit.*, pag. 90.

fittizie, nonché ad adottare misure adeguate a contrastare tali deprecabili fenomeni.

A partire 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 riguardante la legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di transnazionalità, evidenziandone i limiti e le possibilità, per giungere 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 ai limiti previsti dal Trattato in relazione alle competenze in materia di lavoro dell'Unione Europea¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Per comprendere portata problematica che hanno assunto le pronunce giurisprudenziali, di cui si dirà, ved. conclusioni Avv. Gen. POIARES MADURO nelle conclusioni relative al caso *Viking*, presentate il 23 maggio 2007, causa C-438/05, p. 23, dove 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 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”; cfr. P. AMATO, *cit.*

CAPITOLO SECONDO

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO: L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

2.1. Le origini della Direttiva 96/71/CE e gli approdi interpretativi: il caso Laval & Co. come una “Lochner era” europea ? Ricostruzione di un dibattito e prospettiva del conflitto di leggi.

Il più significativo intervento regolativo, in cui si rispecchia l'incontro tra libertà economiche e diritti sociali, a seguito dell'intervento diretto del legislatore comunitario, è la Direttiva n. 96/71¹, approvata il 16 dicembre 1996, dopo un lungo negoziato².

¹ A dire il vero, risale all'inizio degli anni settanta, la proposta, poi non approvata, della Commissione europea, che si occupò dei problemi del diritto applicabile ai contratti dei lavoratori distaccati in un altro Stato membro, basando la sua proposta sull'art. 45, e non sull'art. 49 TFUE, ved. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Proposal for a directive of the Council on harmonisation of the legislation of a Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamation*, 1972, in particolare l'art. 10 in tema di “special rules governing conflict of law”.

² La gestazione della direttiva si è prolungata per più di cinque anni, durante i quali essa ha subito profonde modifiche alle versioni proposte (1991 e 1993); oggetto di analisi da parte di M. E. CASAS BAAMONDE, *Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretacion sudicia del Convenio de Roma*, in *Relaciones Laborales*, 1994, I, pag. 3 ss. Il testo approvato nel 1996 è stato pubblicato in *Gazz. Uff., Com. Eur.*, 21 febbraio 1997, L 18, 1. Sulla disciplina della Direttiva 96/71, nella dottrina italiana, per i primi commenti ved. I. VIARENGO, *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, pag. 175 e ss.; M. BIAGI, *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, 3, pag. 3 ss.; ID, *Fortune smiles on the Italian Eu Presidency: talking half-seriously about the posted workers and the parental leale directives*, in *Int. Jou. of Comp. Lab. Law and Ind. Rel.*, 1996, pag. 97 ss.; S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Cgce europea*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2000, 3, pag. 587; G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori tra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni della direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, pag. 465; M. ROCCELLA, *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1997, pag. 287; G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel.*

Il testo, nei suoi presupposti di fondo, mirerebbe all'equilibrio tra le libertà sancite dal Trattato e i diritti dei lavoratori dipendenti durante il periodo di distacco, tenendo presente che "lo sviluppo della prestazione transnazionale di servizi esige un clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori" (*Considerandum* n. 5 della direttiva).

Infatti, facendo leva sullo standard di diritti più elevato del paese ospite, il collante consisterebbe nel riconoscere che sussiste una forma di concorrenza sleale *ab origine*, qualora si operi una concorrenza (al ribasso) tramite la prestazione di servizi³.

Da quest'impostazione nasce anche il contrasto sulla interpretazione, emersa in seguito all'approvazione, delle finalità della direttiva stessa, anche se è ragionevole ritenere che la normativa si fonda su un (pur precario) equilibrio volto a renderla "un effettivo schermo contro forme sleali di competizione (de-)legislative apertamente basate sul *dumping* sociale"⁴.

Infatti, da una parte, vi è chi interpreta il testo quale normativa di tutela ispirata al principio di non discriminazione⁵; dall'altra, chi rileva che la direttiva non fornisce *standard* di tutela, ma determina la normativa applicabile ai lavoratori distaccati nel periodo di distacco, dettando in sostanza principi di diritto internazionale privato⁶.

Ind., 1998, 20, pag. 115 e ss., anche negli *Scritti in onore di Federico Mancini*, Milano, 1998, pag. 35 ss. Una recente analisi della giurisprudenza della Corte dell'Unione europea, prima e dopo l'approvazione della direttiva, è di E. TRAVERSA, in F. CARINCI – A. PIZZOFERRATO (a cura di), *cit.*, pag. 291 ss. Sia consentito rinviare anche a A. MATTEI, *Il distacco europeo del lavoro: nuove prospettive? Appunti per una ricerca*, in *Europeanrights.eu - Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2010.

³ Come richiamato da ultimo dalla Commissione europea in COM (2007) 304, pag. 4.

⁴ S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio delle libertà comunitarie*, in *Dir. Lav. Merc.*, 3, 2008, pag. 567.

⁵ G. BALANDI, *cit.*, 1998, pag. 117 ss.; M. ESPOSITO, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2006, pag. 576, il quale pone in evidenza che finalità primaria della Direttiva "non è certo, né tantomeno poteva o voleva esserlo, la formalizzazione di una fattispecie generale di distacco, e quindi di un modello generale ed astratto di "mobilità a favore di terzi" in ambito comunitario"; da ultimo, S. BORELLI, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008, pag. 526 ss.

⁶ G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. INT-45/2006, pag. 28; F. BANO, *cit.*, pag. 262.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

Nello specifico, la normativa, più che imporre l'introduzione di un comando proprio⁷, si pone sul piano dell'integrazione delle norme internazionalprivatistiche⁸, inserendo un criterio di collegamento ulteriore, quale quello della *lex loci laboris*, che risulta integrativo, rispetto a quelli ordinari, e operante in via esclusiva nell'attuale ambito dell'Unione europea, nel senso che ad esso dovrà, in ogni caso, farsi riferimento per stabilire quale sia il trattamento minimo spettante al lavoratore distaccato⁹.

In questo senso, il contrasto interpretativo sulle finalità della direttiva mette in evidenza il paradosso della natura della normativa e, allo stesso tempo, le due anime di fondo del testo comunitario. Infatti, “la fonte delle maggiori difficoltà interpretative sta nel fatto che la direttiva mira a collocarsi contestualmente su due piani: s’inserisce nella logica del Trattato per correggere gli effetti della libera prestazione di servizi, attraverso (però, n.d.r.) un principio di giustizia sociale ispirato a un’idea di concorrenza equa”¹⁰.

In termini generali, la base giuridica è costituita dagli artt. 57, par. 2 e 66 TFUE: si è, pertanto, in presenza di una direttiva che il legislatore comunitario ha inteso approvare con il fine non di armonizzare le normative di tutela del lavoro presenti – assenti dal Capo relativo alla politica sociale ex art. 151 TFUE - nei diversi Stati membri, bensì di stabilire, proprio perché concepito come uno “sostanzioso strumento di diritto internazionale privato”¹¹, quali discipline del lavoro siano

⁷ La disciplina comunitaria contempla, da un lato, una nozione di distacco che trascende in parte il suo stesso oggetto tipizzato, ossia la mobilità nell'ambito di una prestazione di servizi, e, dall'altro, contiene una nozione che può sembrare più limitata rispetto alle possibili forme di mobilità transnazionale dei lavoratori, così M. ESPOSITO, *cit.*, pag. 575.

⁸ Come afferma la manualistica più autorevole in materia di diritto del lavoro dell'Unione europea: “La direttiva [...] non ha lo scopo di armonizzare il contenuto materiale delle regole applicabili nei diversi paesi, ma di elaborare criteri per l'identificazione di tali regole: in questo senso essa si presenta non come uno strumento di diritto del lavoro, ma di diritto internazionale privato”, M. ROCCELLA – T. TREU, *cit.*, pag. 159.

⁹ G. BALANDI, *cit.*, pag. 126 ss; G. ORLANDINI, *cit.*, pag. 479; M. T. CARINCI, *cit.*, pag. 189.

¹⁰ S. NADALET, *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008, pag. 38.

¹¹ 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.*, 2008, 2, pag. 249. *contra* M. ESPOSITO, *cit.*, pag. 577, che non condivide la lettura della direttiva come normativa internazionalprivatistica, in questi termini: “(con) la ricerca delle norme di tutela, l'individuazione della nozione di ordine pubblico (come legittimazione delle restrizioni) e l'affermazione, infine, della proporzionalità e

applicabili ai distacchi transnazionali di lavoratori, in funzione della rimozione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi¹².

La normativa comunitaria ha mirato soprattutto a fornire un quadro bilanciato di riferimento normativo, pur ritenuto paradossale nella dottrina francese¹³, per la circolazione dei prestatori di servizi negli Stati membri della Comunità, con specifico riferimento al trattamento economico e normativo dei lavoratori dipendenti da essi occupati.

Le imprese destinatarie della normativa comunitaria sono quelle stabilite in uno Stato membro, le quali, “nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori, a norma del par. 3, nel territorio di uno Stato membro” (art. 1, par. 1).

Le tre ipotesi di distacco rilevanti sono rispettivamente: quella dell’impresa che distacchi “per conto proprio e sotto la propria direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell’ambito di un contratto concluso tra l’impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra lavoratore e l’impresa che lo invia” (art. 1, par. 3, lett. a)¹⁴; quella di un’impresa che distacchi “un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un’impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un

adeguatezza ai fini della norma protettiva, si finisce sempre con il definire una regola sostanziale di tutela, in senso stretto intesa”.

¹² E’ pacifico che la funzionalizzazione della normativa porti al rispetto delle libertà dell’U.e., altra cosa si ritiene sia far sì che la direttiva vada letta in questa sola ottica; in tal senso, come è stato sottolineato “nel considerare anche vicende di semplice mobilità intra-imprenditoriale o, diciamo, intra-datoriale unitamente a quelle di somministrazione o a quelle connesse alla fornitura di servizi, la disciplina comunitaria conferisce prevalenza più ai profili della tutela (o disciplina, n.d.r.) dei lavoratori che alla tenuta degli equilibri imprenditoriali microeconomici”, così M. ESPOSITO, *cit.*, pag. 574.

¹³ Si ritiene paradossale la pretesa di attuare un intervento a sostegno di una libertà economica mediante uno strumento che appare voler tutelare le condizioni di impiego dei lavoratori, e che quindi, risulta antitetico rispetto a tale libertà; in questo senso, M. A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l’Union européenne*, in *Jou. Dro. Int.*, 1996, pag. 891 ss.

¹⁴ Si tratta del *subcontracting of workers*, ossia di “un distacco improprio che presuppone appunto un appalto di servizi, quindi un rapporto intercorrente fra le due imprese – ed il conseguente e logico permanere del potere direttivo in capo al distaccante”; in questi termini, M. T. CARINCI, *cit.*, 2000, pag. 188.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia" (lett. b)¹⁵; quella, infine, della "impresa di lavoro temporaneo o che svolga attività di cessione temporanea di lavoratori, la quale distacchi "un lavoratore presso un'azienda utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente" (lett. c)¹⁶. In tutti e tre i casi, dunque, è espressamente richiesto che il lavoratore, per tutta la durata del distacco, conservi il suo rapporto giuridico diretto con l'impresa di appartenenza¹⁷.

¹⁵ E' l'*intra-company or intra-group secondments*, ampia definizione in cui può rientrare il comando proprio, così M. T. CARINCI, *cit.*, 2000, pag. 188. Esclusa, invece, dal campo di applicazione della direttiva l'ipotesi del distacco di un lavoratore presso un'impresa di altro Stato membro non facente parte del medesimo gruppo, ved. da ultimo, F. BANO, *cit.*, pag. 158. L'attrazione di tale ipotesi nell'ambito della direttiva appare "poco giustificabile e tale da confondere ulteriormente un quadro di regole difficilmente riconducibili ad un'*eadem ratio*", così G. ORLANDINI – S. GIUBBONI, *cit.*, pag. 110. Resta poi da intendersi quale regolazione debba riservarsi alle ipotesi di distacco che avvengono al di fuori dei gruppi, dal momento che la norma pare escluderle dal suo raggio di azione, così M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002, pag. 66.

¹⁶ Nel testo inglese è "*the cross-border hiring of workers by temporary employment agency*"; sul lavoro tramite agenzia e la recente direttiva 2008/104/CE si ved. F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in F. CARINCI – A. PIZZOFRERATO (a cura di), *cit.*, pag. 570 ss. La recente pronuncia *Vicoplus*, C-307-309/09, del 10 febbraio 2011, afferma nelle sue conclusioni: "il distacco di lavoratori ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. c), della direttiva 96/71 è una prestazione di servizi fornita dietro retribuzione per la quale il lavoratore distaccato rimane alle dipendenze dell'impresa prestatrice, senza che alcun contratto di lavoro sia stipulato con l'impresa utilizzatrice. Esso è caratterizzato dal fatto che il trasferimento del lavoratore nello Stato membro ospitante costituisce l'oggetto stesso della prestazione di servizi effettuata dall'impresa prestatrice e che detto lavoratore svolge i suoi compiti sotto il controllo e la direzione dell'impresa utilizzatrice" (conclusioni 2); vicenda in tema di rilascio dei permessi di lavoro (curiosamente) non ostanti alla libera circolazione di servizi, nella quale si afferma: "Gli articoli 56 TFUE e 57 TFUE non ostano a che uno Stato membro subordini, durante il periodo transitorio di cui al capitolo 2, punto 2, dell'allegato XII dell'Atto relativo alle condizioni di adesione all'Unione europea della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea, il distacco, ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. c), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, di lavoratori cittadini polacchi sul suo territorio al rilascio di un permesso di lavoro." (conclusioni 1).

¹⁷ Infatti, se il lavoratore si mettesse in contatto contrattuale con un'impresa situata in altro Stato membro eserciterebbe il diritto alla libera circolazione dei lavoratori, che permette ai lavoratori di rispondere a offerte di lavoro in altri Stati membri e di spostarsi liberamente a tal fine.

Con riferimento alla disciplina della normativa, negli anni recepita dai singoli Paesi della Comunità¹⁸, ai sensi dell'art. 3, par. 1, co. 1, gli Stati membri devono provvedere affinché le imprese rientranti nel suo campo di applicazione garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le “condizioni di lavoro e di occupazione” fissate nello Stato membro ospitante, “da disposizioni di legge, regolamentari o amministrative”, ovvero, nel solo settore delle costruzioni (e in particolare in relazione ad una serie di attività di tale settore indicate in un allegato alla direttiva) “da contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del par. 8”¹⁹.

Vi è, inoltre, un riferimento ad una lunga serie di materie, tra cui le tariffe minime salariali, i periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, la durata minima delle ferie annuali, ecc... elenco di materie definito dal *Considerandum* n. 13 come un “nucleo di norme vincolanti”, e dal *Considerandum* n. 14 come un “nocciolo duro di norme protettive”²⁰.

Inoltre, in forza dell'art. 3, par. 10, gli Stati membri possono, “nel rispetto del Trattato”²¹, imporre alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura:

¹⁸ Per i riferimenti normativi si rinvia a P. DAVIES, *Posted workers: single market or protection of national Labour Law Systems?*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 34, 1997, pag. 590 ss.

¹⁹ Ai sensi del par. 8, “per contratti collettivi o arbitrati di applicazione generale s'intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate»; in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi o arbitrati, gli Stati membri possono avvalersi, alternativamente, di contratti collettivi (o arbitrati) che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nello stesso territorio e nella categoria interessata, ovvero di contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale, a condizione che sia assicurata la parità di trattamento con le altre imprese che si trovano in posizione analoga”.

²⁰ Come è stato chiaramente affermato: “La direttiva non sancisce il principio della piena parità di trattamento tra lavoratori dello Stato ospitante e lavoratori distaccati, ma si limita ad imporre il rispetto di quelle ritenute capaci di ridurre i rischi di una rincorsa al ribasso” tra *standard* sociali. In questa “contenuta” applicazione del principio di parità di trattamento, limitata al nocciolo duro delle tutele lavoristiche dello Stato ospitante, è da identificare la diversità dello statuto del lavoratore comunitario che si sposta nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi rispetto a quello del lavoratore che si sposta per trovare un'occupazione in uno Stato diverso dal proprio”, così G. ORLANDINI, *cit.*, pag. 555.

²¹ Tale formula comprimerebbe ogni *vis* espansiva da parte dello Stato di accoglienza, ved. P. DAVIES, *cit.*, pag. 593 ss.; ID, *The posted workers directive and the Ec Treaty*, in *Int. Law Jour.*, 2002, 31, pag. 301 ss; nel medesimo senso M. A. MOREAU, *cit.*, pag. 891; sul fatto che tale previsione avrebbe creato insidie prima ancora delle ultime pronunce ved. U. CARABELLI, *cit.*, 2009, pag. 88.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al par. 1, co. 1, del presente articolo, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico²²; condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del par. 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate nell'allegato²³.

Infine, mentre ai sensi dell'art. 1, par. 4, "le imprese stabilite in uno Stato membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese stabilite in uno Stato membro", in senso reciproco, a norma dell'art. 3, par. 7, l'estensione delle condizioni di lavoro di cui al par. 1, da parte dello Stato ospitante la prestazione di servizi, non impedisce l'applicazione di condizioni "che siano più favorevoli ai lavoratori"²⁴.

Secondo una recente lettura, si è evidenziato un paradosso per il quale gli Stati membri non hanno alcun obbligo di estendere ai prestatori di servizi che esercitano la libertà di circolazione, e ai relativi lavoratori dipendenti operanti sul loro territorio, i trattamenti di cui all'art. 3, co. 1 (così ritrovandosi, di conseguenza, i lavoratori distaccati di una condizione svantaggiata), mentre, invece, hanno la mera facoltà di estendere potenzialmente tutte le norme interne di tutela del lavoro, entro i generali limiti del *test* di proporzionalità elaborato dalla Corte, e non entro il limite dell'ordine pubblico fissato dall'art. 3, co. 10 (potendo così, per effetto di ciò, godere i lavoratori di una condizione di miglior favore²⁵).

²² M. BIAGI, *cit.*, pag. 6, ha ritenuto che la non tassatività delle materie per cui è legittimata l'applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante e la possibilità concessa a questo di estenderle invocando la clausola delle disposizioni di ordine pubblico, ha comportato l'attribuzione alla direttiva dell'infelice epiteto di "*swiss cheese directive*", ossia una direttiva groviera.

²³ Invece, ai sensi dell'art. 3, par. 9, nello specifico caso di somministrazione transnazionale di lavoratori lo Stato membro di accoglienza può prevedere che siano ad essi applicabili le stesse condizioni applicate ai lavoratori temporanei interni.

²⁴ Anche nel *Considerandum* n. 17; nell'ipotesi in cui vi siano alcuni trattamenti di miglior favore assicurati nel paese di insediamento dell'impresa che effettua la prestazione di servizi transnazionale tramite il distacco, quest'ultima si troverà, sul piano delle tutele del lavoro, in una situazione svantaggiata rispetto alle imprese che operano nell'altro Stato membro, dato che si verificherebbe un effetto cumulativo a loro danno, ved. P. DAVIES, *cit.*, 1997, pag. 585.

²⁵ Ved. U. CARABELLI, *cit.*, 2009, pag. 80.

In mancanza di esercizio di tale facoltà, si dovrebbero applicare le regole generali del diritto internazionale privato - in considerazione del fatto, come visto sopra, che la direttiva è definibile come uno strumento internazionalprivatistico - e quindi la Convenzione di Roma (ora Reg. Roma I) per l'individuazione della disciplina applicabile²⁶; o in maniera più precisa, la direttiva va letta come prolungamento dell'art. 7 della Convenzione di Roma (ora art. 9 Reg. Roma I)²⁷.

La Corte di Giustizia, lungo il corso degli anni, è intervenuta per chiarire se e in che modo l'emanazione di tale normativa nel 1996 abbia risolto in radice il problema del possibile conflitto tra normative di tutela interne estese ai dipendenti in distacco dei prestatori di servizi transnazionali, superando i vincoli fissati precedentemente dalla stessa giurisprudenza comunitaria.

Nel 2004 e 2005, in una serie di casi concernenti l'applicazione delle norme della direttiva²⁸, ha affermato che, sebbene uno Stato membro sia obbligato ad applicare, ai sensi dell'art. 3, co. 1, nei confronti dei lavoratori distaccati, le condizioni di lavoro e occupazione previste, nella materia di cui all'elenco ivi contenuto, da leggi, regolamenti e norme amministrative, nonché nel settore delle costruzioni, dai contratti collettivi e arbitrati, ciò non fa venir meno la necessità che le discipline dei singoli istituti da estendere debbano essere "compatibili" con la libera circolazione dei servizi sancita dal Trattato; tale compatibilità si fonda sul *test* di proporzionalità, che consiste, come anticipato, nel verificare se apporti effettivi vantaggi ai lavoratori distaccati all'interno di una prestazione di servizi,

²⁶ In questo senso G. ORLANDINI, *cit.*, 1999, pag. 473 ss.

²⁷ Si avrà modo di approfondire in seguito l'aspetto; intanto, per usare le parole del *Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*, (COM 2002 n. 654, def. 14 gennaio 2003), si può leggere in G.U.C.E., C-108/1), pag. 39, la direttiva va "vista come un prolungamento dell'articolo 7 della convenzione, relativo alle leggi di polizia e sicurezza. Lo strumento mira quindi a creare condizioni eque di competitività sul mercato del lavoro nell'Unione, garantendo nel contempo il rispetto del diritto dei lavoratori". Inoltre, è stato suggerito che un'apertura alle regole generali di d.i.p., a seguito delle pronunce del 2007 e 2008 di cui si dirà, potrebbe dare risposte più convincenti, e più in sintonia coi comuni principi del mercato interno, così G. ORLANDINI, *cit.*, 2008, pag. 277-278.

²⁸ Si ved. *Wolff & Muller GmbH & Co.* C-60/03 del 12 ottobre 2004, p. 30; *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* C-341/02 del 14 aprile 2005, p. 24 e 25; in E. TRAVERSA, *cit.*, pag. 316 ss.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

in termini di tutela aggiuntiva, e infine se lo stesso risultato sia raggiungibile mediante regole meno restrittive²⁹.

Dall'altro, quando gli Stati membri intendano estendere ai lavoratori distaccati disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e contrattuali che prevedano condizioni di lavoro e di occupazione riguardante materie diverse rispetto a quelle previste dall'art. 3, co. 1, potranno farlo ai sensi dell'art. 3, co. 10, a condizione che si tratti di disposizioni di ordine pubblico, "compatibilmente", anche in questo caso, con il rispetto del Trattato.

Tuttavia è l'*affaire Laval* la più importante pronuncia, insieme a *Viking*, sulla direttiva, che ha dato una svolta alla fine del 2007³⁰ in merito al difficile - e ora ritenuto "sbilanciato"³¹ - incontro tra libertà economiche dell'U.e., in questo caso la libera prestazione dei servizi, e il diritto di azione sindacale, la libertà di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva, nonché, di conseguenza, i principi regolativi interni degli stessi Stati membri.

Nel caso di specie, una società edile operante in Svezia (*Baltic*), ma controllata da una società lettone (*Laval*), aveva vinto un appalto per la costruzione di una scuola nella città svedese di Vaxholm, fuori Stoccolma, e, nell'esercizio della propria libertà comunitaria di circolazione dei servizi, intendeva eseguire i lavori concernenti l'appalto per mezzo di personale assunto in Lettonia dalla società madre e distaccato in Svezia presso la società controllata, applicando loro i trattamenti legali e contrattuali lettoni.

²⁹ Tale posizione è confermata in documenti ufficiali degli organi comunitari: Comunicazione della Commissione del 25 luglio 2003, COM (2003) 458. par. 4.1.1. e 4.2.1.; Comunicazione della Commissione "Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi", del 4 aprile 2006, COM (2006) 159 definitivo – predisposta sulla base di una richiesta del Parlamento europeo contenuta nella Risoluzione sull'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri del 15 gennaio 2004 (P5_TA (2004) 0030) – dedicata ad esaminare tale profilo, anche con riguardo alla concreta casistica; inoltre, il *Rapport des Services de la Commission* etc., del 04.04.2006, SEC (2006) 439, par. 3.3 e 4.1.

³⁰ Caso *Laval*, C-341/05, del 18 dicembre 2007; tra i primi commenti, M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2006, pag. 239 ss.

³¹ Il titolo di un'opera collettanea A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009.

Tuttavia, in assenza di una disciplina interna svedese in materia di retribuzione, attuativa dell'art. 3, co. 1, Direttiva n. 96/71, il sindacato svedese delle costruzioni ha cercato di convincere la *Laval* ad accettare il sistema di contrattazione collettiva svedese, ispirato al volontarismo e fondato su una contrattazione collettiva priva di efficacia *erga omnes*³². Dopo vari tentativi andati a vuoto, alla fine il sindacato ha promosso contro l'impresa svedese, con il sostegno, in solidarietà, del sindacato degli elettricisti, uno sciopero – legittimo secondo la normativa svedese – bloccando l'attività esecutiva dell'appalto e portando alla fine la società svedese al fallimento. Per tali ragioni, la società *Laval* ha agito in giudizio contro i sindacati svedesi, al fine di fare accertare l'illegittimità tanto dello sciopero diretto, quanto di quello di solidarietà, in particolare in ragione del loro contrasto con l'art. 56 TFUE sulla libera circolazione dei servizi, e con la stessa direttiva, poiché tali scioperi sono volti a “indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato ospitante relativo alle condizioni di lavoro ed occupazione (e) la situazione nello Stato ospitante sia tale per cui la legislazione volta a trasporre detta direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione [presenti] nei contratti collettivi”³³.

Così riassunta brevemente la vicenda, tra i passaggi chiave della pronuncia dei giudici di Lussemburgo è possibile riprendere i seguenti punti rilevanti della sentenza del dicembre 2007:

a) la previsione dell'art. 151, co. 5 TFUE esclude dalla competenza dell'U.e. le materie “retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata”, lasciando gli Stati membri “in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi”, non comporta, però, che un'azione collettiva “sia esclusa dal settore della libera circolazione dei servizi”: nell'esercizio della propria competenza in quella

³² M. RONNMAR, *Libera prestazione di servizi, diritto del lavoro e rapporti collettivi di lavoro nell'esperienza svedese. Le implicazioni della sentenza Laval, Viking e Ruffert*, in A. VIMERCATI (a cura di), *cit.*, pag. 109 ss.

³³ E. TRAVERSA, *cit.*, pag. 323.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

materia “detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario” e, pertanto, le libertà economiche sancite nel Trattato³⁴.

b) tuttavia, il diritto di sciopero, poiché riconosciuto da numerosi strumenti internazionali³⁵, deve essere affermato “quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto”³⁶;

c) ciò nonostante il suo esercizio può essere sottoposto ad alcune restrizioni, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dal 1° dicembre 2009 “diritto primario” dell'U.e.³⁷, esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali³⁸.

d) dall'altro, come già affermato dalla Corte stessa in altre occasioni³⁹, “poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia all'Unione che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci⁴⁰. Per questo motivo vi è la

³⁴ Caso *Laval*, *cit.*, p. 86, 87 e 88.

³⁵ “Come la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, peraltro esplicitamente ricordata all'art. 136 CE, e la convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, [ovvero] strumenti elaborati dai citati Stati membri a livello comunitario o nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, a sua volta ricordata all'art. 136 CE, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000”.

³⁶ Caso *Laval*, *cit.*, p. 89 e 90.

³⁷ L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con le sue potenzialità innovative, è comparso nel linguaggio degli Avv. Generali della Corte di Giustizia: “con il Trattato di Lisbona [...] è stato oltremodo rafforzato il nesso del diritto di negoziazione collettiva con il diritto primario, visto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata dichiarata giuridicamente vincolante dall'art. 6 TUE. Attraverso questo generico richiamo alla Carta il diritto di negoziazione collettiva di cui all'art. 28 della medesima Carta viene ora espressamente ricompreso nell'alveo del diritto primario”, conclusioni dell'avv. Verica TRSTENJAK presentate il 14 aprile 2010, causa C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, p. 79; così anche nelle riflessioni di B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *WP C.S.D.L.E. D'Antona. INT-81/2010*, pag. 17.

³⁸ Caso *Laval*, *cit.*, p. 90 e 91; sul punto ved. B. CARUSO, *cit.*, pag. 11 ss.; A. PIZZO FERRATO, *cit.*, pag. 191 ss..

³⁹ Caso *Schmidberger*, C-112/00, del 12 giugno 2003 e *Omega*, C-36/02, del 14 gennaio 2004.

⁴⁰ Caso *Laval*, *cit.*, p. 93.

necessità che l'esercizio di un diritto fondamentale sia conciliato con le esigenze riguardanti i diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità⁴¹.

e) infatti, in virtù del principio di efficacia diretta nei rapporti orizzontali interprivati⁴², “l'art. 49 TCE (ora 56 TFUE) è direttamente applicabile negli ordinamenti giuridici degli Stati membri [...] e conferisce ai singoli diritti che gli stessi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare”⁴³.

f) il rispetto di tale norma s'impone anche “alle normative di natura non pubblica volte a disciplinare collettivamente le prestazioni di servizi. Infatti, l'abolizione fra gli Stati membri di ostacoli alla libera prestazione di servizi sarebbe compromessa se l'abolizione delle barriere stabilite da norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni o enti di natura non pubblicistica”⁴⁴.

g) tuttavia, in linea di massima, per la Corte “il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di *dumping* sociale può costituire una ragione imperativa d'interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una limitazione ad una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato”⁴⁵.

f) nonostante tale assunto, nel caso di specie, l'azione collettiva dei sindacati svedesi non poteva essere giustificata alla luce dell'obiettivo di interesse generale della protezione dei lavoratori “qualora la trattativa salariale che esse mirano ad imporre a un'impresa stabilita in un altro Stato membro si inserisca in un contesto

⁴¹ Caso *Laval*, *cit.*, p. 94. In dottrina si è criticamente osservato che stride “introdurre il principio di proporzionalità nell'azione sindacale – contrattuale e conflittuale – soprattutto quando non sono predeterminati i criteri di confronto così come i gruppi di lavoratori coinvolti [...]proporzionato a cosa?” B. WEDDERBURN OF CHARLTON, *Relazioni di lavoro e nuovo capitalismo*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008, pag. 347; S. SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. Dir.*, 2, 2008, pag. 245 ss.; D. GOTTARDI, *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lav. Dir.*, 3, 2008, pag. 560 ss.; L. ZOPPOLI, *Dopo la Corte di Giustizia, quale futuro per il conflitto collettivo nell'Unione europea?*, in A. ANDREONI – B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009, pag. 223 ss.

⁴² Ved. note 65-67.

⁴³ Caso *Laval*, *cit.*, p. 97.

⁴⁴ Caso *Laval*, *cit.*, p. 98.

⁴⁵ Caso *Laval*, *cit.*, p. 103, 106 e 107.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili, tali da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi a cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali"⁴⁶.

In maniera particolare, è possibile riconoscere azioni collettive mediante le quali le imprese stabilite in altri Stati membri, possono essere obbligate a sottoscrivere un contratto collettivo "del quale talune clausole si discostano dalle disposizioni legislative stabilendo condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n.1, co. 1, lett. a) - g) della direttiva, mentre altre riguardano materie non previste da tale disposizione (sono) in grado di scoraggiare o rendere più difficile per tali imprese l'esecuzione di lavori di costruzione sul territorio svedese, e (costituiscono) una restrizione dei servizi dell'art. 49 CE"⁴⁷.

Riassunti i punti centrali del caso, in dottrina, si sono spese molte parole criticando tale lettura della direttiva ed, in particolare, dell'incontro tra diritti fondamentali e libertà comunitarie, in ragione del fatto che si è operata "una piccola rivoluzione concettuale"⁴⁸: il diritto di azione collettiva,

⁴⁶ Caso *Laval*, *cit.*, p. 110. Per quanto riguarda la Svezia, mentre la gran parte delle condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art 3.1 della direttiva, sono regolate nel paese da disposizioni legislative, per quanto attiene ai minimi salariali, il legislatore svedese, tenuto conto del sistema volontaristico di relazioni sindacali e contrattuali in esse presente, che implica la stipulazione di contratti che non hanno efficacia generale), non ha seguito una delle vie previste dall'art. 3.1 né dall'art. 3.8 della medesima direttiva, ed ha 'affidato' alle parti sociali la libera determinazione contrattuale dell'entità dei salari, di modo che, secondo le prassi sindacali, nel settore edile la trattativa si svolge, caso per caso, nei luoghi di lavoro, ved. pag. 63 ss..

⁴⁷ Per la Corte, inoltre, l'art. 3.7 della direttiva, il quale fa salve le condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli rispetto a quelle previste dall'art. 3.1, va interpretato nel senso che i lavoratori distaccati hanno diritto a conservare – per quanto riguarda le materie indicate da tale disposizione – le condizioni più favorevoli previste della legge o dai contratti collettivi dello Stato membro di origine, mentre non può essere interpretato nel senso che permetterebbe allo Stato membro ospitante di imporre condizioni di lavoro e di occupazione che vanno al di là delle norme imperative di protezione minima di cui all'art. 3.1, poiché ciò "priverebbe di effetto utile la stessa direttiva"; aspetto importante rilevato da S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio delle libertà comunitarie*, in *Dir. Lav. Merc.*, 3, 2008, pag. 24. C'è da chiedersi se si dia per scontato che è "effetto utile" della direttiva sia la funzionalizzazione esclusiva del diritto alla libera prestazione dei servizi, oppure, più ragionevolmente, il bilanciamento, seppur problematico, tra questo e i diritti sociali costituzionalizzati con il Trattato di Lisbona.

⁴⁸ Individuata, già a partire dal caso *Schmidberger*, *cit.*, da L. NOGLER, *Diritto del lavoro e diritto*

giurisprudenzialmente così letto, è stato “ampiamente anestetizzato”⁴⁹ sulla base di un bilanciamento, ancor prima che sbilanciato, “fittizio”⁵⁰, proclamato solo a livello “retorico”⁵¹, con le contrapposte libertà del mercato, che vedono viceversa riaffermata una prevalenza normativa aprioristica, che entra in frizione palesemente con il nuovo tessuto valoriale dell’Unione europea, oltre che con il riconoscimento della centralità dei valori sociali e solidaristici che in altri contesti la stessa Corte ha saputo esprimere lungo gli anni⁵².

Sulla stessa linea della pronuncia del dicembre 2007, con le ultime sentenze di aprile 2008, caso *Rüffert*⁵³, e giugno del medesimo anno, *Commissione c. Lussemburgo*⁵⁴, la Corte ha dato della direttiva un’interpretazione “legalistica”⁵⁵,

contrattuale europea: un confronto non più rinviabile, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 118, 2, 2008, pag. 194.

⁴⁹ M. CORTI, *cit.*, pag. 250; di equilibrio instabile, ancor prima delle pronunce del 2007, parla nella dottrina francese A. LYON-CAEN, *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services, quelques observations*, in *Droit Social*, 2005, pag. 505.

⁵⁰ S. GIUBBONI, *cit.*, 2009, pag. 322.

⁵¹ C. BARNARD, *Employment Rights, Free Movement Under the EC Treaty and the Services Directive*, in *Europa Institute, Mitchell Working Paper Series*, 5, 2008, pag. 6 ss;

⁵² Tra gli altri, recentemente, M. ROSS, *Solidarietà: un nuovo paradigma costituzionale per l’Unione europea ?*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2, 2009, pag. 239 ss.

⁵³ C-346/06, del 3 aprile 2008, commentata da A. DE SALVIA, *Non c’è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Rüffert*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2008, pag. 1415 ss. La vicenda riguardava la legge del Land della Bassa Sassonia in materia di appalti pubblici, che stabiliva che le imprese partecipanti alle gare devono impegnarsi a corrispondere ai loro dipendenti quanto meno le retribuzioni fissate dal contratto collettivo di lavoro del luogo di esecuzione della prestazione, nonché a vincolare anche gli eventuali subappaltatori al rispetto del medesimo obbligo. In particolare, una società tedesca, di cui il signor *Rüffert* era il curatore fallimentare, si era aggiudicata una gara pubblica d’appalto concernente la costruzione di un istituto penitenziario in una città nel Land della Bassa Sassonia. In seguito, la società tedesca aveva affidato in subappalto i lavori ad una società avente sede sociale in Polonia, presente in Germania con una filiale. A seguito di un controllo, la società subappaltatrice risultò non rispettare le retribuzioni prescritte dal contratto del settore edile applicabile nel luogo, e, di conseguenza, l’amministrazione tedesca risolse il contratto di appalto, irrogando altresì una penale contrattuale alla società tedesca, appaltante principale, in quanto a conoscenza delle violazioni commesse dall’impresa subappaltatrice. A tale decisione si è opposto in giudizio il curatore fallimentare. Il giudice tedesco ha così sollevato una questione pregiudiziale. La Corte di Giustizia, ha affermato che la clausola del bando di gara, riguardante il rispetto delle retribuzioni vigenti nel luogo di esecuzione dell’appalto, dal momento che obbligava le imprese degli altri Stati membri a corrispondere ai propri dipendenti distaccati per l’esecuzione dell’appalto retribuzioni solitamente superiori al salario minimo obbligatorio previsto dalla legge nazionale tedesca, si poneva in contrasto con la direttiva, poiché andava oltre quanto necessario per la tutela dei lavoratori, costituendo un ostacolo alla libera circolazione dei servizi; cfr. U. CARABELLI, *cit.*

⁵⁴ C-319/06, del 19 giugno 2008. Il caso riguardava una legge del Granducato del Lussemburgo, attuativa della direttiva n. 96/71, che stabiliva che tutte le previsioni legislative regolamentari, amministrative, e quelle presenti in contratti collettivi ad efficacia *erga omnes*, riguardanti un’ampia serie di materie riguardanti il rapporto di lavoro costituiscono “disposizioni imperative

che ne mina alla radice la logica compromissoria - la sua “doppia anima” - nella misura in cui fa di essa uno strumento quasi esclusivamente volto alla promozione dell'integrazione negativa del mercato dei servizi, in assenza di adeguati contrappesi a del *dumping* sociale⁵⁶, a favore della stessa libertà di concorrenza dell'U.e.⁵⁷.

La direttiva viene così trasformata – stravolgendo, sostanzialmente, come visto, la *ratio* storica del testo - da “strumento basato sulla protezione minima dei lavoratori in distacco a modello che determina il livello massimo di protezione”⁵⁸. Il profilo della tutela dal *dumping* sociale, nel suo aspetto più problematico, appare quanto meno ribaltato: la Corte riconosce che la difesa dal *dumping* - che nel modello storico aveva costituito la prima *ratio* della politica sociale di armonizzazione “nel progresso”⁵⁹ - non essendo più, ora, la chiave di volta di un processo di armonizzazione verso l'alto degli *standard* di protezione, rappresenta piuttosto una ragione a giustificazione della legittimità della misura nazionale di maggior favore per il lavoratore distaccato - come era stato in effetti prospettato

di ordine pubblico nazionale”, valevoli “per tutti i lavoratori che esercitano un'attività nel Granducato di Lussemburgo, inclusi quelli ivi distaccati a titolo temporaneo”. La legge lussemburghese, in conformità a tale qualificazione, ha reso vincolanti per le imprese aventi sede legale in altri Stati membri, che distaccano, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, propri lavoratori in Lussemburgo, una serie di condizioni di lavoro ed occupazione che andavano oltre quanto previsto dall'art. 3.1 della direttiva n. 96/71. In ragione di questa situazione, la Commissione ha presentato ricorso alla Corte di Giustizia, la quale ha accertato che il Granducato ha trasposto in modo inesatto gli artt. 3.1 e 3.10 della direttiva; analizzata da U. CARABELLI, *cit.*, 2009, pag. 130 ss.

⁵⁵ S. GIUBBONI, *cit.*, 2009, pag. 321.

⁵⁶ Oltre alla dottrina già citata ved., con forti accenti critici, M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 2008, pag. 371 ss.; B. VENEZIANI, *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, 2, pag. 1281 ss.; da ultimo, D. GOTTARDI, *cit.*, 2010, pag. 47 ss.

⁵⁷ La costruzione del mercato comune, infatti, ai fini della libera concorrenza, impone regole comuni senza che rilevi il livello di regolazione, ved. G. F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, pag. 160 ss.; S. GIUBBONI, *cit.*, 2003, pag. 78 ss.; anche A. PIZZOFRERATO, *Libertà di concorrenza fra imprese: i vincoli del diritto sociale*, in F. CARINCI – A. PIZZOFRERATO (a cura di), *cit.*, pag. 190 ss.; anche, in una versione riadattata, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 3, 2010, pag. 523 ss.

⁵⁸ V. VAN DEN EECKHOUT, *Promoting human rights within the Union: the role of European private international law*, in *Eur. Law Jou.*, 2008, pag. 105 ss.

⁵⁹ M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, *cit.*, pag. 23 ss.; T. TREU, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, pag. 33.

da uno degli Avvocati generali nelle conclusioni del caso *Rüffert*⁶⁰ - nella misura in cui rispetta il *test* di proporzionalità, il quale, dipendendo dagli interessi contrapposti nella fattispecie concreta, è di per sé incerto, se assunto a regola generale⁶¹.

Così impostato, il rapporto tra Stati membri e Unione, alla luce di tali pronunce, è difficilmente negabile che si trovi di fronte ad un bivio: la Comunità sovranazionale, in parte grazie all'attivismo giudiziale – e “silente”⁶² - di Lussemburgo, ha assunto poteri potenzialmente “distruttivi” dei sistemi sociali degli Stati, come probabile manifestazione del “modello di governance selettivo attribuito all'Unione”⁶³.

Infatti, nelle ricadute sulle regole del lavoro, come è stato sottolineato, la “veste” dell'Unione europea, principalmente con prerogative economiche, ha rappresentato una “disparità notevole” nell'evoluzione del diritto del lavoro “tra la politica (che si sviluppa a livello nazionale attraverso i canali di democrazia parlamentare, ma non a livello comunitario, dove il Parlamento è limitato a funzioni non deliberative) e l'economia (che appare regolata, in profili cruciali, da istituzioni intergovernative o tecniche a livello di Unione europea)”⁶⁴.

⁶⁰ L'Avv. Gen. BOT, nelle conclusioni del 20.09.07, p. 83, aveva chiarito che agli Stati membri all'interno dei quali viene eseguita la prestazione, ai sensi dell'art. 3.7, è “consentito migliorare, nelle materie indicate all'art. 3.1 di tale direttiva, il livello di protezione sociale che essi intendono garantire ai lavoratori occupati sul loro territorio, e che, pertanto, potranno applicare ai lavoratori ivi distaccati”.

⁶¹ La soluzione fornita dalla Corte, che, pur ancorata al caso concreto, presenta una forte componente valutativa e, quindi, non può essere intesa come regola generale in questo senso, ved. B. WEDDERBURN OF CHARLTON, *cit.*, pag. 347 ss.; cfr. S. GIUBBONI, *cit.* Tra l'altro, come sottolineato opportunamente da un A., se si fosse tenuto conto della valorizzazione dell'art. 3, co. 7 della direttiva (la norma all'interno della rubrica sulle condizioni di lavoro e di occupazione che afferma “i paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori”), si sarebbe potuto, a differenza di quanto ritenuto dalla Corte, leggerla nel senso di autorizzare lo Stato membro ospitante alla applicazione, ovviamente nei limiti consentiti dall'art. 56 TFUE - nel rispetto del principio di adeguatezza e proporzionalità e nella garanzia di un effettivo vantaggio sociale aggiuntivo al lavoratore distaccato -, di una protezione rinforzata a livello nazionale; in questo senso, S. GIUBBONI, *cit.*, 2009, pag. 319.

⁶² Sulla funzione razionalizzatrice che la Corte sta svolgendo nel contesto di un pluralismo costituzionale che caratterizza il c.d. costituzionalismo multilivello, ved. G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, Napoli, 2009, pag. 2 ss.

⁶³ S. SCIARRA, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of the European Social Policy*, in P. ALSTON (ed. by), *The EU and Human rights*, Oxford, 1999, pag. 484 ss.

⁶⁴ M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità ?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, ora in B. CARUSO – S. SCIARRA (a cura di), *Opere. Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Milano, 2000, pag. 312;

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

Fino a quando l'Unione è chiamata ad occuparsi, in via principale, dell'obiettivo di facilitare l'integrazione economica, nel momento in cui si confronta con le legislazioni statali che impongono oneri al mercato, o nel caso della giurisprudenza recente in materia di azione sindacale, adotta l'istintiva reazione istituzionale della deregolamentazione⁶⁵.

Infatti, poiché, dal canto loro, gli Stati membri desiderano controllare questo sviluppo, sono riluttanti ad investire l'Unione europea dell'ulteriore competenza di creare una nuova politica sociale, la quale potrebbe rivelarsi disgregativa o incompatibile con i fragili equilibri che si sono mano a mano sviluppati in un lungo arco temporale in ogni Stato Membro, in particolare si pensi nei paesi *newcomers*⁶⁶.

Non è negli interessi degli stessi Stati privare la Comunità delle risorse necessarie per sviluppare ulteriormente o preservare i benefici derivanti dall'integrazione economica.

Questo fa sì che vi sia una costante tensione tra il desiderio di imprimere alle istituzioni dell'U.e. una sensibilità nei confronti delle questioni sociali ed il rifiuto dell'idea di autorizzare simili istituzioni ad adottare politiche sociali che riducano lo spazio di azione statale⁶⁷.

Dal canto suo, la Corte di Giustizia – il cui attivismo giurisprudenziale, di conseguenza, ha supplito all'inerzia delle istituzioni dell'U.e.⁶⁸ - nel far prevalere i diritti economici sanciti a livello U.e. a scapito dei sistemi nazionali di protezione sociale, ha fatto suo – involontariamente o meno - il comportamento che la Corte Suprema degli Stati Uniti, tra gli ultimi anni dell'Ottocento ed il

nella versione in inglese, ID., *Labour Law at the Century's End: An Identity Crisis*, in J. CONAGHAN, R. M. FISCHL, K. KLARE (ed. by), *Labour Law in a Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Oxford, 2002, pag. 41.

⁶⁵ C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, 2006, pag. 6.

⁶⁶ A. LO FARO, *cit.*, 2009, pag. 316 ss.

⁶⁷ I. H. ELIASOPH, "A swithc in time" per la Comunità europea ? *La dottrina Lochner e la rimodulazione dei diritti economici sociali in Europa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 122, 2, 2009, pag. 305 ss..

⁶⁸ G. F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 1989, pag. 595 ss.

1937, elaborò – ed applicò – in una serie di teorie che sottrassero il mercato dai vincoli derivanti dagli interventi legislativi o dall’azione collettiva⁶⁹.

Infatti, la Corte di Lussemburgo ha in mano un enorme potere e ricopre un ruolo centrale nella definizione delle relazioni tra gli Stati membri e l’Unione, correndo il rischio che la sua azione giurisprudenziale possa involontariamente minacciare la legittimazione di cui ha goduto fino ad oggi; e per evitare “questo destino, la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti - durante il periodo *Lochner* - può essere evocata quale paradigmatico anti-modello”⁷⁰.

⁶⁹ I. H. ELIASOPH, *cit.*, pag. 308. C’è chi parla anche di ritorno al passato facendo un suggestivo confronto con la Francia della rivoluzione, V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in A. ANDREONI – B. VENEZIANI (a cura di), *cit.*, pag. 191, il quale espressamente afferma: “sarebbe un paradosso che la giurisprudenza comunitaria [...] con il pretesto della libertà di impresa si tramutasse in una riedizione, per l’Europa di oggi della legge “*Le Chapelier*, fatta, nella Francia del 1791, per cancellare l’interposizione dei corpi intermedi tra individuo e Stato; anche perché non avendo neanche la nobile scusa della protezione della libertà individuale, presa a scusa dalla “*Loi Le Chapelier*”, una tale interpretazione dei diritti fondamentali in sede comunitaria sarebbe solo, alla lettera, illiberale, e si potrebbe coinvolgere, fatalmente, la vagheggiata progettazione di “unità”, non solo politica ma anche semplicemente socio-economica dell’Europa stessa. Ci si dovrebbe domandare che Europa sarebbe quella che, ai giorni nostri, avesse una “unità”, di qualunque tipo, edificata sulla compressione della libertà collettiva delle parti sociali, tanto più grave perché travestita come assistenza al diritto fondamentale di concorrenza delle imprese”.

⁷⁰ A dire il vero, le più recenti affermazioni degli Avvocati Generali a Lussemburgo (nt. 33) portano a ritenere in corso il “change” – espressione mutuata da B. CARUSO, *cit.*, 2010, pag. 18 - che l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona sta comportando nel bilanciamento e nelle considerazioni che devono assumere da ora in poi i diritti sociali fondamentali. Viene affermato da uno degli Avv. Generali: “ciò nondimeno, a partire dal 1° dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l’ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l’intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l’art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le «esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un’adeguata protezione sociale, la lotta contro l’esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Tale esigenza viene formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell’art. 3, n. 3 TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su “un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale [...]. Tale mandato sociale si riflette ancor più nitidamente nell’art. 31 della Carta dei diritti fondamentali, testo che ora è entrato a far parte del diritto primario dell’Unione e in cui si dichiara che «[o]gni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose». Tra le condizioni enunciate è prevista una garanzia relativa alla durata del lavoro, ai periodi di riposo e alle ferie annuali che illustrano, sebbene non in modo esaustivo, un regime minimo di tutela a favore del lavoratore. L’entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d’interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

In questa tensione, tra esigenze dell'Unione e degli Stati Membri, nel quale si rispecchiano le problematiche legate ai lavoratori *cross-borders*, viene messa in luce la presenza di elementi di internazionalità e transnazionalità, ossia circostanze che pongono la vicenda lavorativa in collegamento con uno o più Stati terzi rispetto a quello in cui si pone il problema della sua regolazione; in altre parole l'assenza di legame di uno dei profili di qualificazione della fattispecie contrattuale di lavoro a un unico sistema giuridico, determina così, di fatto, un "conflitto di leggi" diverse nello spazio, aspetto che solo idealmente la normativa sul distacco transnazionale ha cercato di risolvere⁷¹.

non scritta e ricavata dalla giurisprudenza. Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva. Detta tesi, suffragata dai nuovi precetti dei Trattati poc'anzi ricordati, trova espressione nella pratica, nell'applicazione del principio di proporzionalità. Perciò, le misure di carattere sociale controverse dello Stato ospitante, per poter essere giustificate nei termini poc'anzi esposti, devono risultare idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto risulti necessario per realizzare il detto obiettivo. Tale criterio di proporzionalità, che la Corte di giustizia ha applicato regolarmente nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali, è comunemente conosciuto come, rispettivamente, il *test* dell'adeguatezza e della necessità. Occorre pertanto stabilire se le misure controverse costituiscano una restrizione della libera prestazione dei servizi, e, successivamente, in caso di risposta affermativa, si dovrà valutare se esse siano giustificate applicando il controllo di proporzionalità. Tale analisi deve essere effettuata in maniera individuale, esaminando separatamente ognuna delle misure in questione, e alla luce di un parametro di controllo che, in applicazione del Trattato, risulti particolarmente sensibile rispetto alla protezione sociale del lavoratore", conclusioni dell'avv. Generale P. CRUZ VILLALÓN, 5 maggio 2010, Causa C-515/08, *Santos Palhota*, pp. 51-54. Nel concreto, la vicenda ha avuto esito il 7 ottobre 2010 con le seguenti pronunce da parte della Corte: "Gli artt. 56 TFUE e 57 TFUE ostano ad una normativa di uno Stato membro che preveda, per un datore di lavoro avente sede in un altro Stato membro che distacca lavoratori sul territorio del primo Stato, l'invio di una previa dichiarazione di distacco, in quanto l'inizio del distacco previsto sia subordinato alla notifica, a detto datore di lavoro, di un numero di registrazione di tale dichiarazione e le autorità nazionali del primo Stato dispongano di un termine di cinque giorni lavorativi a partire dalla ricezione di essa per effettuare la notifica in parola, [...] Non ostano ad una normativa di uno Stato membro che preveda, per un datore di lavoro stabilito in un altro Stato membro che distacca lavoratori sul territorio del primo Stato, di tenere a disposizione delle autorità nazionali di questo, durante il periodo di distacco, una copia dei documenti equivalenti ai documenti sociali o di lavoro richiesti dalla normativa del primo Stato, nonché l'invio della stessa alle dette autorità al termine del periodo di cui trattasi"; cfr. B. CARUSO, *cit.*

⁷¹ Nel linguaggio inglese e francese il *conflict of laws* o *conflit de lois*, L. FORLATI PICCHIO, *Voce Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IV, Torino, 1989, pag. 199, sottolinea come l'accelerazione e la globalizzazione a livello mondiale degli scambi di servizi e capitali resa possibile dalla rivoluzione informatica, la dimensione internazionale imposta dalle innovazioni tecnologiche all'attività produttiva nei paesi industriali, l'intensificata

In questo modo, l'orizzonte del conflitto di legge appare nello sfondo dell'analisi giurisprudenziale, in particolare nell'assunto elaborato in dottrina del “first order conflicts of laws”⁷².

In sostanza, si tratterebbe, secondo tale condivisibile elaborazione, di recuperare il compito essenziale del diritto dell'U.e., ossia dare voce alle esigenze ed alle preoccupazioni degli Stati membri, i quali si impegnerebbero a riconoscere reciprocamente i rispettivi diritti (pronti ad applicare il diritto straniero), a tollerare quindi differenze di regolazione e ad astenersi dall'imporre in ogni caso i propri interessi domestici e la *lex fori*: “questo tuttavia in linea di principio, poiché i vincoli, lungo tale crinale, imposti sulla autonomia politico-normativa dei singoli Stati membri debbono essere limitati”⁷³.

Infatti, il *conflict of law* rappresenterebbe il nuovo paradigma costitutivo di quella che è stata definita, problematicamente, la “costellazione postnazionale” e l'esito della composizione dei conflitti - concretamente ed astrattamente emergenti - costituisce il peso dell'influenza del diritto dell'U.e. sul diritto nazionale⁷⁴.

Con particolare riferimento al diritto del lavoro, tale contemperamento, tra esigenze dell'attuale Unione europea e prerogative degli Stati membri, si tradurrebbe nell'esigenza di poter mantenere una qualche forma di tutela interna -

circolazione di merci e, soprattutto, di persone, esportando professionalità, imprenditorialità e tecnologia, costruiscono fattori di pressione notevole sul diritto; inoltre, più risalenti nel tempo, M. PANEBIANCO, *Voce Lavoro (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Giur. Trec.*, XIX, 1990, pag. 187. Per il raccordo tra le diverse tecniche di regolamentazione del diritto dei contratti in Europa, ossia le tecniche di armonizzazione e unificazione del diritto materiale e tecniche internazionalprivatistiche, ved. M. FALLON, *Les conflits de Lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit International de La Haye*, 235, 1995, pag. 9 ss.

⁷² C. JOERGES, *Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, Reconceptualisation and Recent True Conflicts*, in *EUI Working Papers – Law*, 25, 2007, pag. 14 ss. Assieme al Metodo Aperto di Coordinamento, il d.i.p. “is a governance mechanism for the discussion of management of regulatory competition in the general sphere of European Private Law”, così M. FREEDLAND, *Private law, regulation and governance design and the personal work contract*, in F. CAFAGGI – H. MUIR WATT (ed. by), *Making European Private Law*, Cheltenham – Northampton, 2008, pag. 233.

⁷³ C. JOERGES, *cit.*, pag. 15.

⁷⁴ Anche C. JOERGES, *Conflict of laws as the legal paradigm of the postnational constellation*, in *Europeanrights.eu - Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 23 febbraio 2009, pag. 1 ss.; i casi *Laval* e *Viking*, secondo l'A., ribalterebbero questo paradigma, palesando nettamente la prevalenza dei valori di mercato.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

ma al contempo non protezionistica - nelle condizioni di lavoro, nell'ambito di un contesto di mobilità transnazionale del capitale e della manodopera⁷⁵.

Una volta impostato così il problema, se si volesse allargare l'orizzonte, sarebbe inevitabile vedere che sullo sfondo appare la problematica riguardante il rapporto tra ordinamenti⁷⁶, Stati membri e Unione europea, di cui la scienza giuridica si è occupata nell'ultimo ventennio, a cominciare dal Trattato di Maastricht.

Uno dei nodi, come visto, cruciali, da cui l'intero cammino europeo può essere preso in considerazione, attiene al rapporto tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti degli Stati membri⁷⁷: si tratta di una questione critica del dibattito giuridico sull'ordinamento europeo, perché il nodo teorico e politico in gioco riguarda il principio di sovranità, uno dei principi irrinunciabili della scienza giuridica, la quale, nel tentativo di definire il profilo delle istituzioni europee, ha subito una cospicua divaricazione, e ciò proprio mentre si assiste, al tempo stesso, ad una fortuna senza precedenti del diritto in quanto scienza storico-sociale del presente.⁷⁸

Per questo motivo, il ruolo del diritto internazionale privato, che “taglia” trasversalmente gli ordinamenti in gioco, già oggetto di “comunitarizzazione” nell'Unione, potrebbe emergere e dare il suo contributo, come strumento e

⁷⁵ Cfr. da ultimo, i rilievi di R. CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel regolamento Roma I?*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, 2, Milano, 2009, pag. 215 ss.

⁷⁶ Cap. 1 § 3.

⁷⁷ Infatti, a chi “ripete fino allo sfinimento che la Ue documenta la morte della sovranità” occorrerebbe ricordare che “se anche il diritto dell'avvenire non fosse più prodotto da Stati sovrani, a questi ultimi continuerebbe a dovere la sua effettività”, M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, pag. 281. Infatti, com'è stato recentemente affermato, “L'Europa come comunità ha un corpo, ma non ha un'anima di per sé, perché sono gli Stati membri ad averne; e come la cittadinanza europea è un effetto di quelle nazionali, così l'anima europea è un riflesso di quelle dei paesi membri”, F. CARINCI, *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un'Europa in cammino*, in F. CARINCI – A. PIZZO FERRATO, *cit.*, pag. 32, ora anche in *Arg. Dir. Lav.*, 1, 2010, pag. 85.

⁷⁸ Si rimanda ad un celebre confronto, ancora attuale, tra Dieter GRIMM e Jürgen HABERMAS, raccolto in G. ZAGREBELSKY - P.P. PORTINARIO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996. J. HABERMAS ha replicato e argomentato che, al fine di delineare un disegno democratico dell'Unione europea, la costruzione dell'identità europea non può comunque significare nient'altro che una unità nella pluralità delle nazioni”, apparso anche su *L'inclusione dell'altro*, Milano, 1998, pag. 166 ss. (saggio apparso originariamente come *Remarks on Dieter Grimm's Does Europe Need a Constitution ?*, in *European Law Journal*, 1, 1995, pag. 303 ss.).

tecnica risolutiva dei conflitti di leggi: può rappresentare, nello specifico della ricerca, una risposta efficace per la disciplina del contratto di lavoro “mobile” senza confini⁷⁹, a cominciare dai lavoratori distaccati⁸⁰.

Occorre, quindi, porre l’attenzione sul processo di comunitarizzazione, a sua volta entrato nell’alveo del diritto dell’Unione europea con Lisbona, che ha investito il diritto internazionale privato e processuale dell’U.e. e soffermarsi sulle sue potenziali implicazioni con l’impianto lavoristico europeo.

⁷⁹ Così diritto internazionale privato processuale comunitario, a livello manualistico sul tema, T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2008, pag. 410 ss.; F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 1, Torino, 2007, pag. 352; inoltre, P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2005, pag. 55 ss.

⁸⁰ G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell’ordinamento europeo: alla ricerca dell’equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, pag. 237 ss.; anche in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT*, n. 66, 2008; anche S. GIUBBONI, *cit.*, 2009, pag. 328. Proprio per queste ragioni entra in gioco lo schema internazionalprivatistico, nella misura in cui le relazioni contrattuali sono ormai destinate a svolgersi sempre di più in altri ambiti spaziali che non coincidono con quelli di un unico sistema normativo.

2.2. La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: dalla Convenzione di Roma al Regolamento Roma I.

I processi di globalizzazione delle economiche e, nello specifico contesto dell'Unione europea, la crescente espansione della libera prestazione dei servizi, come visto, hanno determinato un aumento della mobilità sia dei lavoratori, sia delle imprese e, per effetto, una crescita delle relazioni contrattuali senza confini, tra i quali vengono annoverati nel presente lavoro i lavoratori distaccati⁸¹.

Il punto, sul versante del diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea, fronte parallelo rispetto al diritto del lavoro dell'U.e., è noto già da tempo nell'ambito della Comunità e sono state individuate soluzioni sia dal punto di vista processuale che sostanziale.

L'aspetto processuale fu definito dalla Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, conclusa il 27 settembre 1968 dai sei Stati membri fondatori della C.e. ed entrò in vigore l'1 febbraio 1973. Il principale obiettivo dello strumento convenzionale era di unificare le norme sui conflitti di giurisdizione e di istituire un meccanismo di riconoscimento automatico delle decisioni⁸².

Sul piano del diritto sostanziale, invece, il processo di unificazione a livello europeo delle norme atte a risolvere i conflitti di legge astrattamente applicabili alle obbligazioni c.d. transnazionali fu più complesso, date le differenze riscontrabili nei vari sistemi di diritto internazionale privato degli Stati della Comunità. In alcuni di essi, infatti, in materia di conflitti tra ordinamenti giuridici diversi, si erano consolidati soltanto principi consuetudinari o di origine giurisprudenziale, sviluppati ed armonizzati tra loro attraverso l'apporto della dottrina, mentre in altri Stati vennero individuate soluzioni differenti⁸³.

⁸¹ A. LO FARO, *cit.*, pag. 437 ss. Aumentano, infatti, i problemi per una corretta qualificazione della normativa del distacco della manodopera, con particolare riguardo alle norme da applicare a fattispecie caratterizzate da elementi che rimandano ad ordinamenti giuridici differenti.

⁸² S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, 2009, pag. 12.

⁸³ Nell'ordinamento italiano, unica eccezione tra gli Stati membri, era presente da tempo un articolato sistema di norme per la risoluzione dei conflitti di legge: il riferimento è agli artt. 17,

Con specifico riguardo alla materia lavoristica, la Commissione europea tentò, in un primo momento, di unificare i criteri di determinazione della legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di transnazionalità. A tal riguardo, nel 1972, venne formulata una proposta di regolamento⁸⁴, che però non ebbe seguito.

Nello stesso periodo, un gruppo di esperti terminava la predisposizione di un progetto preliminare di convenzione che coprirebbe le obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali. Il lavoro di questo gruppo condusse, alcuni anni dopo, alla stipula di una Convenzione, firmata a Roma il 19 giugno del 1980, sulla legge applicabile alle sole obbligazioni contrattuali⁸⁵.

La Convenzione si “ambienta” in un contesto comunitario⁸⁶, determinato non soltanto dal riferimento all’iniziativa presa e ai soggetti istituzionali coinvolti nella stesura del testo, bensì, e più precisamente, dalla finalità di conseguire, attraverso una disciplina uniforme dei conflitti di leggi in tema di contratti, un’attuazione più intensa degli obiettivi comunitari di libera circolazione di beni e servizi nel mercato comune e di tutela della concorrenza⁸⁷.

co. 2, 25, 26, 30 e 31 delle preleggi, che costituivano l’introduzione del codice civile del 1942, nonché agli artt. 9 e 10 del codice della navigazione, poi abrogati ad opera della l. n. 218/1995 che ha riformato il sistema italiano di d.i.p.; per i riferimenti bibliografici in merito alla riforma italiana di d.i.p. ved. *retro*, Cap. I, § 2, nt. 39.

⁸⁴ U. VILLANI, *I contratti di lavoro*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, pag. 266 ss.; F. MOSCONI, *cit.*, pag. 44; recentemente, A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro*, in F. CARINCI – A. PIZZOFERRATO (a cura di), *cit.*, pag. 823.

⁸⁵ Con tale strumento è stato introdotto negli Stati membri un complesso meccanismo di norme uniformi, di matrice internazionalprivatistica, idonee ad individuare il diritto applicabile ai contratti nelle situazioni di conflitti di legge. Si tratta di norme generali analoghe a quelle previste nell’ordinamento italiano che è valso da riferimento per i lavori preparatori, ved. M. GIULIANO – P. LAGARDE, *Relazione*, *cit.*, pag. 4 ss..

⁸⁶ Infatti, è non di rado indicata come Convenzione “europea” sulle obbligazioni contrattuali. Il contesto comunitario della Convenzione di Roma ha sollecitato l’ulteriore riflessione sui rapporti tra quest’ultima e il diritto comunitario in senso stretto. In dottrina, sul c.d. carattere comunitario della Convenzione e sulle conseguenze anche in chiave ermeneutica del riferito rapporto, v. N. BOSCHIERO, Voce *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, Agg., Milano, 2000, pag. 830 ss..

⁸⁷ La Convenzione è entrata in vigore l’1 aprile 1991 in alcuni paesi membri della Comunità (Belgio, Repubblica Federale di Germania, Francia, Italia, Lussemburgo, Danimarca, Regno Unito) ed è stata poi ratificata dagli Stati entrati a far parte della Comunità europea (Grecia, Spagna, Portogallo, Austria, Finlandia, Svezia); a livello internazionale è entrata in vigore solo il 1 ottobre 1998.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

Dall'unificazione delle disposizioni di diritto internazionale privato in materia contrattuale sarebbero derivati "risultati di grande utilità"⁸⁸, poiché essa avrebbe consolidato la certezza del diritto, rafforzando la fiducia nella stabilità dei rapporti giuridici e agevolando la stipulazione di accordi sulla competenza in funzione del diritto applicabile.

Pertanto, la Convenzione di Roma ha contribuito alla creazione di condizioni giuridiche analoghe a quelle che caratterizzano un mercato interno: uno strumento giuridico in grado di favorire l'integrazione degli Stati membri e il corretto funzionamento del mercato europeo, consentendo di risolvere la questione del diritto nazionale da applicare alle fattispecie contrattuali, nelle sempre più numerose controversie determinate dall'espansione dei rapporti di diritto privato, anche di lavoro, a carattere transnazionale⁸⁹.

Tra i rilevati obiettivi della Convenzione non è trascurabile quello di porre rimedio alla deprecabile tecnica del *forum shopping*⁹⁰, la quale, a fronte dell'incertezza e della diversità con cui i giudici nazionali risolvono i conflitti di leggi negli ordinamenti dei singoli Stati, consente alle parti di indirizzare la controversia, sorta in relazione ad un determinato contratto, al giudice di uno Stato la cui legislazione risulti offrire il miglior esito al processo. Al fine di prevenire il *forum shopping*, rafforzare la certezza del diritto⁹¹ e agevolare l'individuazione della legge applicabile sarebbe, a detta della relazione di accompagnamento alla Convenzione, auspicabile uniformare le norme in materia di conflitti di leggi nei settori di particolare importanza economica, in modo che

⁸⁸ Testualmente T. VOGELAAR, Presidente della Commissione delle Comunità europee, nel discorso riportato nel verbale della riunione del 26-28.02.1969, in M. GIULIANO - P. LAGARDE, *Relazione, cit.*, pag. 14.

⁸⁹ M. GIULIANO - P. LAGARDE, *Relazione, cit.*, pag. 15; diffusamente, F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2009.

⁹⁰ Per i riferimenti bibliografici in materia di scelta dell'ordinamento più favorevole, su cui si muove il *forum shopping* ved. *retro*, Cap. I, § 4..

⁹¹ Con la globalizzazione il ruolo del territorio non rappresenta più un ostacolo per dispiegare la divisione del lavoro e lo scambio di beni e servizi. Come è stato affermato, questa è l'epoca in cui "il contratto, strumento che rappresenta la forma civilizzata in cui si traveste il potere economico sociale, ha scalzato la legge nazionale quale principale garante dell'unità e della certezza del diritto nell'unità dei mercati" F. GALGANO, *cit.*, pag. 34 ss.; più specificamente per il diritto del lavoro, A. PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2007, pag. 436 ss.

trovi ovunque applicazione un solo diritto, indipendentemente dallo Stato in cui sia pronunciata la decisione⁹².

Infatti, da una decina di anni compare al primo posto dell'agenda delle istituzioni comunitarie, l'obiettivo di realizzare all'interno dell'Unione europea, divenendo un vero legislatore per il diritto internazionale privato⁹³, uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Questo ha portato all'adozione di numerosi atti e proposte in materia di diritto internazionale privato e processuale, fra le quali la conversione della Convenzione di Roma nel regolamento n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (cd. «Roma I») adottata il 17 giugno 2008⁹⁴.

La base giuridica che ha consentito alle istituzioni comunitarie di procedere alla revisione della Convenzione del 1980, è rinvenibile nell'art. 81 TFUE, che fa parte di quel “nuovo” titolo IV del Trattato istitutivo introdotto in seguito alla parziale comunitarizzazione del terzo pilastro avvenuta con il Trattato di Amsterdam⁹⁵.

Secondo la disposizione, tra le misure che possono essere adottate dal Consiglio nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere, al fine di istituire, in maniera progressiva, uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia ai sensi dell'art. 68 TFUE, sono incluse quelle per la “promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale”, attribuendo così alla

⁹² M. GIULIANO - P. LAGARDE, *Relazione*, cit., p. 359.

⁹³ T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *Riv. Dir. Int.*, 1, 2010, pag. 41.

⁹⁴ Il Regolamento trova applicazione per i contratti stipulati dopo il 17 dicembre 2009, sul punto ved. B. UBERTAZZI, *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nel Regolamento «Roma I»*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, in G. AJANI - G. A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, XIV, Torino, 2009, pag. 260 ss..

⁹⁵ Sul c.d. processo di «comunitarizzazione» del d.i.p. e sul ruolo del reciproco riconoscimento, ved. le osservazioni di M. FALLON e J. MEEUSEN, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *Yearbook of Int. Priv. Law*, 2002, pag. 37 ss.; F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una “European conflict of law revolution” ?*, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 4, 2000, pag. 973 ss. ; ved., inoltre, per una analisi in termini generali del diritto internazionale privato e processuale comunitario, F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, pag. 916 ss. F. SBORDONE, cit.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

Comunità la competenza ad emanare atti interni di diritto internazionale privato, in particolare regolamenti⁹⁶.

Inoltre, sono molteplici le ragioni del processo di riforma della Convenzione di Roma, già peraltro evidenziate nel Libro Verde sulla trasformazione della Convenzione in Regolamento, contenuto nel documento del 2003⁹⁷:

a) nella sua veste formale di Convenzione di diritto internazionale e non di fonte comunitaria in senso stretto (regolamento o direttiva), non avrebbe consentito alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di garantirne l'interpretazione uniforme, con ciò pregiudicando, almeno potenzialmente, le finalità dell'uniformazione stessa. Difatti ciascun giudice o operatore, mancando un soggetto-terzo deputato a imporre l'uniformità applicativa della Convenzione nel territorio comunitario, avrebbe potuto, a prescindere dal mero dato letterale della norma convenzionale, interpretare e applicare quest'ultima in modo diverso da quanto avviene in altri ordinamenti, vanificando con ciò l'obiettivo di uniformità perseguito⁹⁸.

Per queste ragioni, la necessità di scongiurare interpretazioni della Convenzione di Roma difformi tra gli Stati membri, ha imposto l'elaborazione di due Protocolli⁹⁹, oggetto di vivaci contestazioni e non ratificati, mediante i quali si è tentato di affidare l'attività ermeneutica della Convenzione stessa alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

⁹⁶ Il legislatore comunitario ha scelto la predisposizione di un regolamento, poiché di applicazione immediata e la sua attuazione è sottratta alle incertezze legate al recepimento di una direttiva europea, sul punto ved. B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, pag. 11 ss.

⁹⁷ Cfr. N. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, pag. 360 ss.; 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 Priv. Int. Law*, 2003, pag. 53 ss.

⁹⁸ Sul punto, cfr. P. BERTOLI, *Il ruolo della Corte di Giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento «Roma I»*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, pag. 999 ss.

⁹⁹ Sottoscritti a Bruxelles il 19 dicembre 1988, ma entrati in vigore solo in alcuni paesi nell'agosto del 2004, concernenti la possibilità per le giurisdizioni statali supreme e di secondo grado di usufruire di un meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in analogia a quanto già previsto nella Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale.

Sul punto si è opportunamente precisato che la Corte, in una prospettiva rispettosa della sovranità nazionale e della legittimità costituzionale, non può realizzare un controllo di legittimità della normativa comunitaria direttamente applicabile, sostitutivo di quello svolto dalla Corte costituzionale italiana¹⁰⁰. Il potenziamento del processo d'integrazione comunitaria, che costituisce il principale obiettivo della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali, deve realizzarsi escludendo qualsiasi violazione della sovranità così da impedire atteggiamenti monopolistici della Corte di Lussemburgo. Si rivela necessaria, quindi, la specificazione dei ruoli e delle funzioni degli organi preposti all'attività ermeneutica delle fonti appartenenti al c.d. "spazio giuridico comunitario", nell'integrale rispetto della sovranità nazionale, la quale, pur presentandosi autolimitata, non tollera il superamento dei valori e dei principi fondamentali che la legittimano;

b) sempre nella sua veste formale di Convenzione internazionale, difficilmente si sarebbe armonizzata con il sistema di soluzione dei conflitti di legge in materia processuale (regolamento "Bruxelles I"¹⁰¹) e di obbligazioni di fonte extracontrattuale (regolamento "Roma II"¹⁰²), ora contenuti in regolamenti comunitari;

c) resistendo nel suo ruolo di fonte internazionale e non comunitaria, avrebbe reso più complicato il meccanismo della sua ratifica per gli Stati di nuovo o prossimo ingresso nell'Unione Europea, poiché non compresa nell'*acquis* comunitario.

Più in generale, la trasformazione della Convenzione di Roma in regolamento si è imposta quale processo necessario per la realizzazione dei nuovi obiettivi comunitari, definiti dal Trattato di Amsterdam, al fine di creare uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia al cui interno ogni cittadino possa far

¹⁰⁰ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, pag. 95 ss.

¹⁰¹ Sulla cooperazione giudiziaria in materia civile, nel cui quadro si inserisce il regolamento citato, cfr. S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. un. eur.*, 2001, p. 261 ss; da ultimo, A. BONOMI, *Il sistema della competenza giurisdizionale nel Regolamento «Bruxelles I»*, in A. BONOMI (a cura di), *cit.*, 2009, pag. 40 ss..

¹⁰² Tra i primi commenti in tema ved. P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II")*, in *Le Nuov. Leg. Civ. Com.*, 4, 2008, pag. 971 ss.; I. PETRELLI, *La legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali nel Regolamento «Roma II»*, in A. BONOMI (a cura di), *cit.*, 2009, pag. 350 ss.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

valere i propri diritti in un altro Stato membro non meno che in quello in cui risiede¹⁰³.

¹⁰³ In tal senso cfr. Piano d'Azione di Vienna del 1999 e Programma de l'Aja del 2001, oltre che le conclusioni del Consiglio Europeo riunito a Tampere, del 16 ottobre 1999; in materia di comunitarizzazione del diritto internazionale privato e di definizione delle competenze comunitarie sulla materia, ved. anche, L. S. ROSSI, *cit.*, pag. 63 ss.; K. BOELE-WOELKI - R. H. VAN OOIK, *The Communitarization of Private International Law*, in *Yearbook of Int. Priv. Law*, 2002, pag. 12 ss.; in ordine alle peculiarità metodologiche del sistema di conflitto comunitario, cfr. R. BARATTA, *General Issues of Private International Law in the European System*, in *Yearbook of Int. Priv. Law*, 2004, p. 155 ss.; E. JAYME, *Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, pag. 353 ss.

2.3. (segue) *L'evoluzione giurisprudenziale della Convenzione di Roma nelle Corti interne europee e l'approdo della giurisprudenza di Lussemburgo sulla mobilità transnazionale.*

La principale fonte normativa, come anticipato, per quanto concerne i rapporti di lavoro con elementi di internazionalità è la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulle obbligazioni contrattuali, ora trasfusa nel Regolamento n. 593/08 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)¹⁰⁴.

Il criterio per l'individuazione della legge applicabile ai rapporti di lavoro è quello della libera determinazione delle parti contraenti, temperato dal rispetto del principio della *lex loci laboris*¹⁰⁵, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione. La norma introduce un limite alla possibilità di scelta della legge applicabile, stabilendo che il lavoratore non può essere, in ogni caso, privato della protezione assicurategli dalle norme imperative poste dall'ordinamento che, in mancanza di scelta, regolerebbe i contenuti del suo contratto di lavoro al fine di offrire tutela al contraente debole lavoratore¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Recentemente, M. E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lav. Dir.*, 2005, pag. 497 ss.; M. DI FILIPPO, *Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in M. GRANDI – G. PERA (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2009, pag. 1081 ss.; in generale, U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2001, pag. 190 ss.; F. POCAR – I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, pag. 161 ss.

¹⁰⁵ Tra i numerosi, ved. F. GAMILLSCHEG, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale del diritto internazionale del lavoro*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, 1984, pag. 571; risalente nel tempo il raffronto tra la giurisprudenza inglese e quella italiana, O. KAHN-FREUND, *I contratti in diritto internazionale privato inglese: vecchie regole e nuovi sviluppi*, in *Dir. Int.*, 1971, pag. 331 ss.; ved. altresì A. GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, pag. 3 ss.; R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991, pag. 320.

¹⁰⁶ A. LYON-CAEN – S. SCIARRA, *cit.*, pag. 21, per i quali "l'art. 6 risponde alla preoccupazione di proteggere una parte del contratto considerato debole"; anche, sul ruolo che le norme imperative rivestono nel diritto comunitario, S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 109, 2006, pag. 253. Dal punto di vista internazionalprivatistico, contraente debole è sia il lavoratore (art. 6 Conv. Roma, ora art. 8 Reg. Roma I) sia il consumatore (art. 5 Conv. Roma, art. 6 Reg. Roma I) messi così sullo stesso piano: è interessante notare come tale livellamento per il diritto internazionale privato non è stato ritenuto lo stesso, ma anzi contrapposto, nel diritto sindacale; nelle principali questioni che a fine anni settanta imponevano un adeguamento delle organizzazioni sindacali alle esigenze della realtà, uno dei principali studiosi della materia si soffermò sul "crescente conflitto fra gli interessi del lavoratore come produttore ed i suoi interessi come consumatore", O. KAHN-

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

Ciò significa che è legge applicabile quella del paese nel quale il lavoratore svolge in maniera abituale la propria prestazione lavorativa, anche in ipotesi di distacchi temporanei all'estero, in altre parole la legge del paese in cui ha avuto luogo l'assunzione, qualora si tratti di una prestazione resa in più Stati¹⁰⁷, salvo che il contratto di lavoro non presenti collegamenti più stretti con un altro paese ed, in tal caso, sarà quell'assetto normativo a prevalere quale legge applicabile¹⁰⁸. Nella giurisprudenza francese, a livello esemplificativo, si è avuto modo di richiamare il criterio del collegamento più stretto in più occasioni: discussa è stata la pronuncia della *Cour d'Appel de Paris* nel 1996, nella quale l'applicazione del collegamento più stretto è stata esplicitamente motivata in funzione della maggior tutela accordata per tale via al lavoratore, anche se essa veniva a coincidere con la *lex loci laboris*¹⁰⁹.

Nello specifico, la vicenda riguardava l'affermazione dell'applicabilità della legislazione francese al contratto tra un lavoratore russo ed una società russa, concluso a Mosca in lingua russa, sulla base di una duplice argomentazione: l'esecuzione del contratto in Francia (art. 6, par. 2 lett. a) e l'esistenza di uno

FREUND, *Le relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1980, pag. 473 ss.; recentemente, la contrapposizione è stata ripresa dal volume di R. REICH, *Supercapitalismo*, Roma, 2008, sulle cui riflessioni si è soffermato M. PEDRAZZOLI, *Per un diritto del lavoro plurale (Omaggio a Robert Reich)*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 4, 2008, pag. 346 ss.

¹⁰⁷ M. MAGNANI, *cit.*, pag. 85 che precisa come “individuata la legge naturalmente applicabile in base al principio di prossimità, viene realizzata ogni scelta che privi il lavoratore della tutela accordatagli dalle norme imperative contenute in quell'ordinamento”. Tuttavia, paventa il rischio che chi vede i lavoratori coinvolti nelle relazioni transazionali subire “la scelta del diritto applicabile in forza di una clausola contrattuale che in ragione del nuovo Reg. Roma I non è sottoposto ad un “giudizio «puramente» interpretativo che non è finalizzato ad alcun controllo giudiziale”, così L. NOGLER, *cit.*, 2008, pag. 200. Lo stesso A., però, individua nel raccordo tra l'elaborazione del Regolamento Roma I, in particolare la scelta dell'ordinamento applicabile verso norme di origine non statale, e i *Principles of European Contract Law*, elaborati dalla Commissione Lando, il possibile diritto unitario del contratto di lavoro subordinato a cui la normativa giuslavoristica transnazionale potrebbe far riferimento, così ID, “*Diritto contrattuale europeo*”: il punto di vista del diritto del lavoro, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Milano, 2007, pag. 322 ss..

¹⁰⁸ P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 196, 1986, pag. 9 ss.

¹⁰⁹ *Boikon c. Sea and Balit General Insurance Company Ltd. Et Soc. Ingosstrakn*, in *Cour d'Appel de Paris* 07.06.1996, in *Revue trim. droit eur.*, 1996, pag. 785 ss., con nota di H. GAUDEMET-TALLON; nonché in *Rev. crit. droit int. privé*, 1997, 55 ss., con nota di M. A. MOREAU.

stretto legame tra il contratto e la Francia, ai sensi della clausola finale del medesimo articolo, per il fatto che tale contratto era indissociabile da uno precedente, intervenuto tra la filiale inglese della società russa ed il lavoratore e sicuramente sottoposto alla legislazione francese.

L'importanza della pronuncia sta nell'aver accertato che i numerosi ed indicativi elementi di fatto, che potevano indurre a preferire l'applicazione della legge russa, non erano in realtà sufficienti a far scartare la *lex loci laboris*.

Come in altri casi, il ricorso a tale criterio conduceva del resto all'applicazione della *lex fori*, ritenuta appunto maggiormente protettiva¹¹⁰. Non mancano, tuttavia, pronunce, anche da parte di giudici di altri Stati, dalle quali esula ogni preoccupazione di ricercare la legge più protettiva: l'applicazione di ordinamenti stranieri deriva perciò o da una semplice valutazione comparativa dei contratti rilevabili da quelli presenti, nella giurisprudenza tedesca, o dalla accertata coincidenza tra l'ordinamento ritenuto per tale via competente e la legge scelta dalle parti, in quella francese¹¹¹. Sotto quest'ultimo profilo, è evidente quanto sia delicato il bilanciamento tra l'utilizzazione di un criterio flessibile e il rispetto per le attese dei contraenti.

Su un altro versante, vi è una netta tendenza ad individuare sempre e comunque una scelta di legge ad opera delle parti, anche se implicita, a volte ipotetica, o addirittura inesistente. E' noto che l'art. 3 della Convenzione di Roma non lascia spazio a scelte ipotetiche o presunte¹¹²; nonostante ciò, la Suprema Corte francese mostra di avvallare spesso decisioni emesse su tali basi dai giudici di merito, anche qualora giungano a contraddire la volontà espressa dalle parti contraenti¹¹³.

¹¹⁰ Court de Cass. 23 ottobre 2005, commentata da F. JAULT-SESEKE, *L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail*, in *Riv. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2005, pag. 269 ss.

¹¹¹ Sotto il primo profilo, BAG, 24 agosto 1989 in <http://www.bagarbeit.de/site/>; sotto il secondo, Court de Cass. 16 maggio 2007 <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

¹¹² In tal senso P. LAGARDE, *Le nouveau droit International privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980*, in *Riv. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1991, pag. 303; U. VILLANI, *cit.*, pag. 67 ss.

¹¹³ Court de Cass. 17 ottobre 2000; 29 novembre 2000; 4 luglio 2001 e 7 ottobre 2003, riportate, con forti accenti critici, da F. JAULT-SESEKE, *cit.*, pag. 261 ss.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

In sostanza, il ricorso a tali tecniche interpretative, pur se talvolta motivato dall'applicazione della legge francese ritenuta più favorevole al lavoratore, non si adatta, in maniera adeguata, all'esigenza di certezza giuridica¹¹⁴.

Inoltre, l'operatività dell'art. 6, co. 1 fa sorgere la questione riguardante il metodo di comparazione tra la legge selezionata dalle parti e l'ordinamento altrimenti competente: in particolare se essa debba essere compiuta punto per punto, o in modo globale. La Corte di Cassazione d'oltralpe si è pronunciata a favore di una valutazione analitica, la quale, combinando i vantaggi derivanti dai due ordinamenti in presenza, garantisca al lavoratore il massimo trattamento di favore; e rivela in tal modo di aderire all'intento autenticamente protettivo di tale disposizione¹¹⁵.

Le finalità, dunque, che la disposizione posta dal diritto internazionale privato vuole raggiungere sono quelle di assicurare al contratto di lavoro, svoltosi in un contesto transnazionale, l'applicazione di un nucleo significativo di norme imperative, come previsto dall'art. 6 Conv. Roma, con cui il rapporto lavorativo presenta maggiori legami¹¹⁶.

¹¹⁴ R. CLERICI, *cit.*, pag. 222.

¹¹⁵ Court de Cass., 12.11.2002, in *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2003, pag. 447 con nota di F. JAULT-SESEKE; in *Journ. Dr. Int.*, 2004, con nota di S. DION. Sul preteso carattere indebito dell'accumulo di vantaggi che, con tale metodo, possono essere attribuiti al lavoratore, ved. M. E. CORRAO, *I rapporti di lavoro nella Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1984, pag. 100; più di recente, M. V. POLAK, "Laborum dulce lenimen"? *Jurisdiction and choice-of-law aspects on employment contracts*, in J. MEEUSEN - M. PERTEGAS - G. STRAETMANS (ed. by), *Enforcement of International Contracts in European Union: Convergence and Divergence between Bruxelles I and Rome I*, Antwerpen, 2004, pag. 335 ss.

Nella giurisprudenza tedesca, all'interno delle questioni lavoristiche attinenti i prestatori marittimi, è stata affermata l'applicabilità della legislazione inglese ad un caso che verteva sul licenziamento di un marittimo inglese dipendente di un'impresa inglese, retribuito secondo tariffe inglesi ed in sterline britanniche, con contratto concluso nel Regno Unito ed eseguito a bordo di un traghetto registrato ad Amburgo, battente bandiera tedesca, che navigava tra i Paesi Bassi e la Gran Bretagna, così il *Bundesarbeitsgericht* di Kassel del 24 agosto 1989, in *Der Betrieb*, 1990, pag. 1666 ss., richiamata all'interno di una ricognizione delle prime applicazioni giurisprudenziali in alcuni Stati europei, ved. C. CAMPIGLIO, *Prime applicazioni della clausola d'eccezione "europea" in materia contrattuale*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1992, pag. 241 ss.

¹¹⁶ Sotto tale profilo, risulta allora incongruo addossare al lavoratore l'onere di provare, in base appunto alla comparazione suddetta, quali disposizioni risultino ad esso più favorevoli. Su tal problema, si vedano le considerazioni a favore del principio *iura novit curia* di F. JAULT-SESEKE, *cit.*, 2005, pag. 277 ss.. Un'altra pronuncia, Court de Cass. 10 marzo 2007, in <http://www.legifrance.gouv.fr/>, la quale ravvisa nella volontà delle parti di applicare comunque le

Inoltre, numerose sono le controversie sottoposte ai giudici che traggono spunto da situazioni di distacco del lavoratore, frequentemente all'interno di gruppi di società¹¹⁷, in un Paese diverso da quello della sede del datore di lavoro. L'applicazione dell'art. 6, co. 2, lett a) comporta, pertanto, la verifica in termini di durata, del carattere temporaneo del distacco. Anche in queste ipotesi i giudici d'oltralpe mostrano, tuttavia, di voler risolvere tale questione attraverso l'ancoraggio alla volontà implicitamente manifestata dalle parti¹¹⁸.

In ogni caso, a prescindere dalle perplessità che la formulazione della norma ha comunque sempre suscitato sotto il profilo della tecnica redazionale¹¹⁹, è proprio lo strumento giuridico della Convenzione a non risultare più adeguato agli interrogativi che derivano dalla complessità della struttura e dalle dimensioni internazionali dell'impresa e che "scardinano" il diritto del lavoro.

Lo stesso principio del collegamento della legge al luogo di esecuzione della prestazione, calato nell'attuale contesto contraddistinto da notevoli disomogeneità fra le discipline normative nazionali, ha finito paradossalmente per diventare esso stesso il principale veicolo d'alimento delle operazioni di decentramento organizzativo-produttivo della manodopera, verso paesi che offrono agli operatori economici condizioni normative di lavoro maggiormente vantaggiose¹²⁰.

In altri termini, l'impostazione di fondo messa in piedi dalla Convenzione di Roma è oramai divenuto uno strumento fragile che può permettere all'impresa di

norme imperative francesi la giustificazione per il giudice a non operare una comparazione tra queste e la legge del luogo di esecuzione; al riguardo in maniera critica rispetto a questa pronuncia R. CLERICI, *cit.*, pag. 224.

¹¹⁷ R. CLERICI, *cit.*, pag. 216 ss.

¹¹⁸ Court de Cass., 17 ottobre 2000 avvalsa l'opinione dei giudici di merito sul carattere temporaneo di un distacco durato quattro anni; la sentenza è commentata da F. JAULT-SESEKE, *cit.*, pag. 266 ss., la quale riporta anche l'inquadramento di tale aspetto del contratto tra le questioni di fatto, sottratte al contro della Corte Suprema. Analoga motivazione è stata adottata per un caso simile, Court de Cass. 3 maggio 2007, in <http://www.legifrance.gouv.fr/>; la vicenda riguarda il distacco di tre anni, con però l'individuazione di una volontà delle parti a favore della legge dello Stato di origine.

¹¹⁹ Sulle ambiguità applicative F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 20, 1998, pag. 40.

¹²⁰ Con le conseguenti ricadute in termini di tutela dei contraenti con l'impresa; sul punto, tra i primi, T. TREU, *Il diritto del lavoro tra internazionalizzazione e segmentazione*, in F. GALGANO – S. CASSESE – G. TREMONTI – T. TREU, *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione*, Bologna, 1993, pag. 99 ss.; M. D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1994, pag. 695 ss.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

scegliere l'ordinamento che preferisce, a discapito di quei principi di bilanciamento delle posizioni dei contraenti da cui aveva preso le mosse l'intervento normativo della comunità internazionale¹²¹.

Allo stesso tempo, la dimensione transnazionale dell'impresa, aumenta il senso di "inadeguatezza"¹²². Non può sfuggire, infatti, che nell'ambito di un'impresa a dimensione transnazionale, caratterizzata da una pluralità di unità produttive, localizzate in diversi paesi del mondo, i rapporti di lavoro con essi pendenti rimangano, nell'attuale quadro normativo, assoggettati a regimi giuridici differenti.

In tal modo, il decentramento produttivo conduce, da un lato, alla "regolamentazione atomistica" dei singoli rapporti di lavoro e ad una disarticolazione dei diritti collettivi dei lavoratori a fronte dell'unicità (solo apparente) dell'impresa nella quale tutti sono inseriti¹²³; dall'altro, ad una sorta di "darwinismo normativo" dove i diritti nazionali sono messi in competizione, in chiave internazionalprivatistica, all'interno del mercato transnazionale delle norme¹²⁴.

Inoltre, bisogna considerare che la dimensione transnazionale dell'impresa è, almeno potenzialmente, in grado di porre un freno all'operatività e all'effettività delle regole di tutele lavorative prestabilite dai diritti del lavoro nazionali. Questi, come visto, sono stati concepiti per essere applicati ai rapporti giuridici destinati a

¹²¹ I propositi si ritrovano nella relazione M. GIULIANO – P. LAGARDE, *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*; a questa riflessione si aggiunge, come corollario, questa ulteriore osservazione: simile prospettiva, come accennato all'inizio, racchiude ulteriori significative conseguenze, tra cui l'ingresso dell'impresa in uno spazio sovranazionale che finisce per porre gli stessi sistemi normativi in concorrenza tra loro, dando vita ai fenomeni di *shopping* sociale, poiché le diversità nel livello dei diritti sociali assicurati dai paesi influiscono anche sulle scelte di insediamento delle grandi imprese o dei gruppi di imprese transnazionali.

¹²² A. LYON-CAEN – S. SCIARRA, *cit.*, pag. 14, per i quali la Convenzione di Roma presenta confini incerti: "essa non consente di disegnare un'immagine dinamica del datore di lavoro, figura cruciale ancor più del lavoratore della legge applicabile al contratto di lavoro".

¹²³ M. E. CORRAO, *cit.*, pag. 497 ss.

¹²⁴ In questo senso, oltre alla nota 34, ved. A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie*, Paris, 2010, pag. 65; ID, *Le droit du travail bradé sur la marché des normes*, in *Dr. Soc.*, 2005, pag. 1087 ss.. Per un'analisi di insieme delle tecniche internazionalprivatistiche si ved. H. MUIR WATT, *Aspects Economiques du droit international privé, Recueil Des Cours. Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 307, 2004, pag. 25 ss.

svolgersi con logiche meramente interne al paese, poiché sono stati costruiti ipotizzando un concetto di impresa tendenzialmente monolite, operante all'interno dei soli confini nazionali: pertanto, se non inadeguati, si mostrano largamente insufficienti a cogliere e, soprattutto, governare le problematiche che scaturiscono dall'esercizio della funzione imprenditoriale in una cornice transnazionale.

Le decisioni riguardanti vicende transnazionali dei rapporti di lavoro, portate al vaglio delle autorità giurisdizionali, stanno divenendo esse stesse il “luogo” simbolico in cui si rivelano le difficoltà di sottomettere ai diritti, *in primis* quelli nazionali, le nuove forme organizzazione dell'attività imprenditoriale su scala internazionale o i processi che costituiscono nel singolo territorio l'effetto terminale di operazioni gestite a carattere transazionale¹²⁵.

Per comprendere la complessità di questi aspetti, si può riprendere il caso, sempre della giurisprudenza d'oltralpe, di una società francese facente parte di un gruppo internazionale che, con le consuete finalità di mantenimento dei livelli concorrenziali della propria produzione industriale aveva chiuso lo stabilimento francese sito a Lione, licenziando tutto il personale dipendente e trasferendo l'attività in Brasile. Il giudice francese, chiamato a qualificare la fattispecie descritta nei termini della cessazione dell'attività produttiva (in altre parole, di un suo mero trasferimento geografico) ha ritenuto di dover accogliere la prima ricostruzione, non avendo rinvenuto nel tessuto normativo nazionale alcuna fonte legale che consentisse di inquadrare la vicenda giuridica in un contesto

¹²⁵ M. D'ANTONA, *cit.*, pag. 311 ss., per il quale “la costruzione dell'identità del diritto del lavoro è legata alle vicende storiche dello Stato-nazione (...) quello Stato che regola internamente nel suo territorio sia i fenomeni politici che quelli economici, che realizza una specie di unità aristotelica tra istituzioni politiche, comunità e mercato (...) l'estrema mobilità degli investimenti e delle localizzazioni produttive comprime i margini a disposizione dello Stato per imporre alle imprese che operano sul suo territorio, attraverso la legislazione, i vincoli e i costi di protezione dei lavoratori. In un mercato sovranazionale aperto e in un'economia globale, le imprese “votano con i piedi”, intendendo che il dissenso da una certa politica sociale dello Stato nazionale “che ad esempio accentua i vincoli garantisti del lavoro o ne determina un maggior costo attraverso l'incidenza fiscale o contributiva, può essere espresso semplicemente andandosene altrove, nel sud-est asiatico o in Polonia o in Ungheria, ma anche in Galles, se altre politiche nazionali o locali lo rendono conveniente”.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

transnazionale e che, quindi, permettesse di qualificare l'evento quale mera "delocalizzazione"¹²⁶.

Nello stesso filone interpretativo, lungo il tempo, anche nella giurisprudenza italiana non sono mancate pronunce analoghe. In particolare, con riguardo alla materia dei licenziamenti individuali e dell'applicazione della relativa disciplina vincolistica al potere di recesso, la giurisprudenza continua a sembrare ancorata alle dimensioni del soggetto che fisicamente opera nel territorio italiano, senza considerarne in alcun modo l'eventuale dimensione transnazionale¹²⁷.

Tali considerazioni appaiono sufficienti a sostenere che il consolidamento ormai strutturale del fenomeno delle imprese transnazionali impone di ripensare, sotto un'altra ottica, la soluzione normativa indicata dalla Convenzione di Roma in tema di disciplina dei rapporti di lavoro con elementi di transnazionalità.

Infatti, l'obiettivo ed, al contempo, la necessità è quella di costruire un corpo di regole, annodate attorno ai profili essenziali del contratto (costituzione del rapporto, fissazione delle condizioni di lavoro, regole per la sua estinzione) che risultino comuni allo svolgimento della prestazione alle dipendenze di un soggetto, indipendentemente dal paese nel quale si svolge il rapporto di lavoro del prestatore senza confini¹²⁸.

¹²⁶ A. JEAMMAUD, *cit.*, pag. 67 ss; per i richiami della giurisprudenza ved. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, Paris, 2008, pag. 544 ss.

¹²⁷ In più di un'occasione imprese di grandi dimensioni, a livello internazionale, sono state equiparate a piccole-medie imprese, con la conseguente applicazione della cd. tutela obbligatoria posta dalla l. n. 604 del 1996, così Cass. 7 febbraio 1987, n. 1324, in *GI*, I, 1987, pag. 1989, *Requisiti numerico-occupazionali di applicabilità della tutela reale ed obbligatoria del posto di lavoro*, con nota di M. MONTANARI. Inoltre, nella giurisprudenza di merito, ved. Trib. Milano, 14 settembre 1991, in *D&L*, 1992, pag. 471, Cass. 22 febbraio 1992, n. 2193, in *For. It.*, 1992, I, pag. 2368; Cass. 9 settembre 1993, n. 9435, in *Giu. Civ.*, 1994, I, pag. 1315; Cass. 27 marzo 1996, n. 2756, in *For. It.*, 1996, I, pag. 2427; Cass. 9 marzo 1998, n. 2622, in *For. It.*, 1999, I, pag. 983.

¹²⁸ Lo sforzo è quello di verificare almeno la sussistenza dei presupposti per poter ribaltare l'attuale logica di approccio ai fenomeni collegati alla transnazionalità: la possibilità di enucleare un sistema comune e condiviso di regole omogenee attorno all'elemento dell'unicità dell'impresa, guardando alla stessa nel suo complesso più che al singolo luogo di svolgimento della prestazione lavorativa, con la creazione di forme comuni di rappresentanza e di tutela senza confini; sul punto G. TUSSINO, *Regolamento Roma I: luci ed ombre della nuova disciplina dei rapporti di lavoro transnazionali*, in *Il Dir. Merc. Lav.*, 3, 2008, pag. 485 ss; in precedenza, ID, *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, in *Il Dir. Merc. Lav.*, 1-2, 2006, pag. 167 ss.

A tal riguardo, la Corte di Giustizia è intervenuta nel 2003 con la sentenza *Pugliese*¹²⁹: si tratta della più avanzata ricostruzione, in termini unitari, di rete di impresa a dimensione transnazionale, finora mai compiuta, sul presupposto dell'esistenza di un "interesse comune" che prescinde dalla personalità giuridica e dalla localizzazione delle imprese in due Stati, a cui imputare la titolarità di un rapporto di lavoro sulla scorta dell'affermazione di un principio di concretezza degli effetti.

La Corte, occupandosi del caso di una lavoratrice che aveva sempre lavorato in un luogo, che però non era quello determinato nel contratto di lavoro concluso con il datore di lavoro convenuto nella causa principale, ma un luogo diverso, stabilito in un diverso contratto concluso con un altro datore (non era un distacco transnazionale), mediante un'interpretazione sensibile alle pratiche di mobilità transazionale attuate da imprese collegate, ha posto l'accento sul fatto che in "una controversia tra un lavoratore ed un primo datore di lavoro, il luogo in cui il lavoratore adempie i suoi obblighi nei confronti di un secondo datore di lavoro può essere considerato il luogo in cui egli svolge "abituamente" la sua attività, qualora il primo datore di lavoro, nei confronti del quale gli obblighi del lavoratore sono sospesi, abbia esso stesso, al momento della conclusione del secondo contratto, un interesse alla esecuzione della prestazione che deve essere fornita dal lavoratore al secondo datore di lavoro in un luogo stabilito da quest'ultimo".

I giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto che l'esistenza dell'interesse alla prestazione¹³⁰ non deve essere verificato in senso stretto, sulla base cioè di criteri

¹²⁹ *Pugliese vs. Finmeccanica S.p.a.*, 10 marzo 2003, C-437/00, in *Racc.*, 2003, pag. 3573; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 699 ss., con nota di V. BEGHINI, *Luogo di svolgimento abituale dell'attività lavorativa e sospensione del rapporto di lavoro con distacco del lavoratore presso una consociata estera*; in *Int'l lis*, 2, 2005, pag. 70, con nota di M. BORZAGA, *Prestito transazionale di lavoratori fra società collegate e criteri di individuazione del foro competente*; in *Or. Giur. Lav.*, 4, pag. 33 ss., con nota di C. GULOTTA, *Sovrapposizione di rapporti di lavoro e determinazione del foro competente nella giurisprudenza comunitaria*; anche in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2003, pag. 1045. In verità, la Corte di Giustizia si era già pronunciata in materia di concorrenza affermando che più imprese appartenenti ad un medesimo gruppo costituiscono un'unica entità economica e vanno considerate come un'unica impresa, in *A.s. Flugreisen e S.L. Reisebüro/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, 11 aprile 1989, c.n. 66/86.

¹³⁰ In particolare, su parere conforme dell'avv. gen. C. JACOBS, in *Int. lit. proc.*, 2003, pag. 349, sono così giunti ad affermare che il primo datore di lavoro può essere citato nel foro di

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

formali ed esclusivi, ma valutato globalmente, prendendo in considerazione tutte le circostanze del caso di specie.

Fra gli elementi di interesse possono figurare, in particolare, il fatto che la conclusione del secondo contratto sia stata prevista all'atto della conclusione del primo; il contratto sia stato modificato in considerazione della conclusione del secondo; esisteva un rapporto organico o economico tra i due contratti; sussisteva, poi, un accordo tra i due datori che preveda un ambito per la coesistenza dei due contratti; il primo datore di lavoro potesse decidere circa la durata dell'attività del lavoratore presso il secondo datore di lavoro.

Nell'ambito di vicende caratterizzate da collegamenti societari, in altri termini, la stipulazione di un secondo contratto di lavoro con un distinto datore, sia pure collegato al primo sotto il profilo economico, può essere interpretato come modalità di svolgimento di un'unica prestazione lavorativa resa su interesse del primo datore, in seno al primo contratto di lavoro¹³¹.

Proprio questa potrebbe risultare una appropriata prospettiva di analisi del fenomeno: la valorizzazione dei collegamenti economici esistenti tra imprese e l'interesse di una delle stesse allo svolgimento della prestazione presso un'altra impresa potrebbe, infatti, consentire di superare il dato formale delle diversità delle previsioni contrattuali e prima ancora della differente personalità giuridica, per approdare ad una valutazione unitaria del rapporto di lavoro¹³².

Il dato su cui poggia tale ricostruzione, anche sul piano dell'analisi legislativa, è proprio l'idea per cui l'impresa moderna appare dotata di autonomia concettuale, meritevole di una distinta considerazione normativa - indifferente rispetto alla forma giuridica considerata - e capace di condizionare l'interpretazione giurisprudenziale delle norme diritto internazionale privato.

Tale prospettiva può essere idealmente collegata con la proposta del Comitato economico e sociale nell'ambito del Parere sul Libro Verde sulla

esecuzione del secondo contratto solo se tale datore di lavoro ha esso stesso un "interesse all'esecuzione della prestazione" che il lavoratore fornisce al secondo datore di lavoro in un luogo stabilito da quest'ultimo.

¹³¹ A. LO FARO, *cit.*, pag. 453 ss.

¹³² M. E. CORRAO, *cit.*, pag. 516 ss.

“Trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima” nella quale si è affermata l’opportunità di “confermare l’applicabilità della legge del luogo abituale in cui viene effettuato il lavoro, a condizione che si tratti di un distacco temporaneo e specificando che la stipula, nel paese di accoglienza, di un contratto con un datore di lavoro che fa parte dello stesso gruppo del datore di lavoro iniziale non impedisca il proseguimento del distacco”¹³³.

Sulla scorta della linea giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo sul tema, una recente pronuncia riguardante il regime applicabile ad un autotrasportatore belga¹³⁴, la Corte ha ribadito che l’art. 6 della Convenzione di Roma (ora art. 8 Reg. Roma I, non considerato applicabile al caso di specie) fissa norme di diritto internazionale privato speciali relative ai contratti individuali di lavoro; tali norme derogano a quelle riguardanti rispettivamente la libertà di scelta della legge applicabile e i criteri di determinazione di quest’ultima in mancanza di una scelta siffatta, stabilendo poi criteri di collegamento specifici che sono, in primo luogo, quello del paese in cui il lavoratore “compie abitualmente il suo lavoro” e, successivamente, in mancanza di un tale luogo, quello della sede “che ha proceduto ad assumere il lavoratore”.

A tal riguardo, la Corte ha constatato che la Convenzione di Roma mira ad assicurare una tutela adeguata al lavoratore: “qualora egli eserciti le sue attività in più di uno Stato contraente, la Convenzione deve essere intesa nel senso che essa garantisce l’applicabilità del primo criterio che rinvia alla legge dello Stato in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, adempie la parte sostanziale dei suoi obblighi nei confronti del suo datore di lavoro e, quindi, alla legge del luogo in cui o a partire dal quale il lavoratore esercita effettivamente le sue attività professionali e, in mancanza di un centro di affari, alla legge del luogo in cui il medesimo svolge la maggior parte delle sue attività”.

In verità, la legge applicabile è determinata dallo Stato in cui il lavoratore esercita

¹³³ *Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma ...*, cit., pag. 21.

¹³⁴ Caso *Koelzsch*, C-29/10, del 15 marzo 2011, inedita.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

la sua funzione economica e sociale in quanto l'ambiente professionale e politico influisce sull'attività lavorativa. Di conseguenza, l'osservanza delle norme di tutela del lavoro previste dal diritto di tale paese deve essere, per quanto possibile, garantita¹³⁵.

¹³⁵ Tale criterio, ovvero quello del luogo dell'esercizio delle attività professionali, deve essere interpretato in senso ampio ed essere applicato quando il lavoratore svolge le sue attività in più di uno Stato contraente, sempreché il giudice nazionale sia in grado di individuare lo Stato con il quale il lavoro presenti un collegamento significativo.

Conseguentemente, spetterà alla Corte di Appello, che aveva rinviato la controversia a Lussemburgo, interpretare in senso ampio il suddetto criterio di collegamento, sancito dalla Convenzione di Roma, per stabilire se il sig. *Koelzsch* abbia compiuto abitualmente il suo lavoro in uno degli Stati contraenti e per individuare quale tra essi questo sia. A tal fine, in considerazione della natura del lavoro nel settore dei trasporti internazionali, il giudice nazionale deve tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano l'attività del lavoratore.

In particolare, esso deve stabilire in quale Stato si trovi il luogo a partire dal quale il lavoratore effettua le sue missioni di trasporto, riceve le istruzioni sulle sue missioni e organizza il suo lavoro, nonché il luogo in cui si trovano gli strumenti lavorativi. Esso deve anche verificare quali sono i luoghi in cui il trasporto è principalmente effettuato, i luoghi di scarico della merce nonché il luogo in cui il lavoratore ritorna dopo le sue missioni.

2.4. (segue) *Le finalità del Regolamento Roma I e la sua relazione con la direttiva 96/71/CE.*

Dopo la disamina sull'evoluzione giurisprudenziale della Convenzione, occorre ora soffermarsi sulla portata che assume il testo regolamentare approvato nel 2008 e in vigore dal dicembre 2009.

Infatti, il Regolamento Roma I si propone, innanzitutto, di uniformare le norme di conflitto degli Stati membri in materia contrattuale non soltanto nelle relazioni intracomunitarie, ma anche in quelle che coinvolgono Stati terzi e di dare così risposta alle corrispondenti esigenze delle attività di impresa: perché queste ultime hanno sempre avuto - e nel momento attuale di globalizzazione crescente dell'economia avvertono ancor di più - il bisogno di sottostare ad una normativa, per quanto possibile, uniforme in tutto il mondo.

In realtà, la competenza comunitaria ad emanare norme di conflitto concernenti rapporti che coinvolgono Stati terzi è controversa¹³⁶ e l'unificazione regionale è in parte anche criticabile perché può frenare l'attività di altre organizzazioni internazionali, quali la conferenza dell'Aja, UNCITRAL e UNIDROIT: e, difatti, la "difficoltà inerente all'elaborazione all'interno dell'Unione europea, di norme comuni accettabili per tutti gli Stati membri riduce inevitabilmente i margini per negoziare e concludere accordi di diritto uniforme con gli Stati terzi".

Il Regolamento vuole, inoltre, garantire in tutta l'Unione la prevedibilità del diritto applicabile ai contratti, introducendo regole di conflitto che generalmente non attribuiscono discrezionalità al giudice, non consentendogli quindi soluzioni flessibili dei diversi casi concreti, ma sono formulate in modo rigido, per rendere certo il diritto applicabile, a prescindere dal foro competente¹³⁷: esso favorisce

¹³⁶ M. WILDERSPIN – A. M. ROUCHAUD-JOET, *La compétence externe de la Communauté européenne en droit International privé*, in *Riv. Crit. Droit Int. Priv.*, 2004, pag. 1; anche, A. BONOMI, *Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile erga omnes*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2007, pag. 314.

¹³⁷ Il *considerando* n. 16 del Regolamento stabilisce che "Per contribuire al conseguimento dell'obiettivo generale del presente regolamento, che è la certezza del diritto nello spazio giudiziario europeo, le regole di conflitto di leggi dovrebbero offrire un alto grado di prevedibilità. Il giudice dovrebbe tuttavia disporre di un margine di valutazione che gli consenta di stabilire quale sia la legge che presenta il collegamento più stretto con la situazione".

così l'uniformità delle decisioni, riduce il *forum shopping* e contribuisce a realizzare il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni in territorio U.e.¹³⁸.

In realtà, il Regolamento costituisce anche un "retour aux années soixante"¹³⁹, in quanto non tiene conto della cosiddetta "conflict of law revolution", nata negli Stati Uniti, diffusasi poi parzialmente anche in Europa, e che suggerisce l'abbandono delle norme di diritto internazionale privato eccessivamente rigide.

Il Regolamento favorisce anche, in alcuni casi, l'applicazione della normativa Ue rispetto a quella del diritto dei Paesi terzi, e tutela i valori dell'ordinamento dell'U.e. anche quando occorre applicare una legge di uno Stato terzo. In realtà, il *favor* per la normativa comunitaria a scapito di quella di Stati terzi, rende il Regolamento non neutrale, e questa sua caratteristica è criticabile perché propria di un sistema di diritto internazionale privato ancora ritenuto "immaturo"¹⁴⁰.

Il Regolamento vuole, infine, introdurre una disciplina internazionalprivatistica "coerente"¹⁴¹ con quella del Regolamento CE n. 44/2001 e di quello n. 864/2007

¹³⁸ Sul principio del mutuo riconoscimento e sul rapporto tra esso e il d.i.p. in materia contrattuale, ved. V. HEUZE, *De la compétence de la loi du Pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen*, in AA. VV., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pag. 393 ss; e tale principio in rapporto al d.i.p. in generale, ved. T. BALLARINO – L. MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi e problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2006, pag. 7.

¹³⁹ P. LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Riv. Crit. Dro. Int. Priv.*, 2006, pag. 339.

¹⁴⁰ P. LAGARDE, *op. ult. cit.*, pag. 338; sulla non neutralità del d.i.p. comunitario ved. S. M. CARBONE, *Obiettivi di diritto materiale e tendenze nel diritto internazionale privato comunitario*, in AA.VV., *Nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento Roma I*, Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2008, pag. 12.

¹⁴¹ In questo senso il *considerando* n. 7 del Regolamento Roma I, il quale chiarisce: "Il campo di applicazione materiale e le disposizioni del presente regolamento dovrebbero essere coerenti con il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ("Bruxelles I") e con il regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II")"; in dottrina, per tutti, J. MEUSEN – M. PERTERGAS – G. STRAETMANS (ed. by), *Enforcements of international contracts in the European Union: convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp, 2004, pag. 5 ss; anche L. RADICATI DI BROZOLO – F. SALERNO, *Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa*, in P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti*, Padova, 2004, pag. 3 ss.

sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II); testimonia così che i diversi atti comunitari di diritto internazionale privato si propongono di introdurre una disciplina non disorganica ed anzi dotata di un livello elevato di sistematicità; in “ossequio a questa coerenza di sistema”¹⁴², definisce la nozione di sede delle persone giuridiche, dichiarando in maniera esplicita di discostarsi dall’art. 60 del Regolamento Bruxelles I; esclude dal proprio ambito di applicazione la responsabilità precontrattuale e la ricomprende nel Regolamento Roma II; sottrae all’area di operatività dei contratti con i consumatori quelli relativi ad un diritto reale immobiliare o ad un diritto di utilizzazione di un immobile diversi dai contratti di multiproprietà; abbandona il criterio di collegamento specifico per i contratti relativi alla proprietà intellettuale; e chiarisce, per quanto interessa ai fini del presente lavoro di ricerca, che per i contratti di lavoro è “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”.

Con riguardo alla relazione con la normativa distacco, l’art. 20 della Convenzione di Roma sanciva la prevalenza del diritto comunitario derivato sulla Convenzione in modo estremamente ampio. Al momento della adozione della Convenzione, il diritto comunitario derivato in materia contrattuale era a ben vedere ancora ad uno stadio “embrionale”¹⁴³.

In particolare, essa stabiliva: “non pregiudica l’applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di legge nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati o da emanarsi dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti”.

Tuttavia, esso ha raggiunto successivamente dimensioni cospicue: in particolare, a seguito delle Direttive relative agli accordi conclusi con i consumatori. La formulazione estremamente ampia dell’art. 20 determina la prevalenza di queste

¹⁴² L. RADICATI DI BROZOLO – F. SALERNO, *op. cit.*, pag. 3.

¹⁴³ P. LAGARDE, *Remarques, cit.*, pag. 347.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

disposizioni di diritto comunitario secondario sulla Convenzione, rendendo quindi le sue norme eccessivamente deboli e venendo, pertanto, criticata.

L'art. 22 della proposta di regolamento Roma I¹⁴⁴ della Commissione del 2005 ed il suo allegato specificavano, a tal riguardo, quali atti di diritto secondario prevalevano sulle sue norme, richiamandone soltanto quattro, tra cui la normativa sul distacco, di modo da rendere le sue disposizioni più forti rispetto a quelle della Convenzione e tendenti a garantire una certezza giuridica maggiore.

In realtà, l'art. 22 della proposta di regolamento ha originato alcuni problemi interpretativi. Prima di tutto, la versione italiana non corrispondeva a quella francese: mentre la prima si riferiva soltanto agli atti comunitari già emanati, la seconda richiamava più correttamente anche quelli che verranno adottati in futuro dalle istituzioni comunitarie¹⁴⁵.

In secondo luogo, non è chiaro se l'elenco dell'art. 22 e dell'allegato I fosse tassativo: la tesi prevalente ha ritenuto che lo sia, mentre un'opinione minoritaria ha creduto che esso fosse esemplificativo e dunque idoneo a richiamare anche altri atti di diritto comunitario derivato che contengono norme di conflitto in materia contrattuale.

In terzo luogo, la lett. b) dell'art. 22 disponeva, in via implicita, l'applicazione in ogni caso del futuro codice europeo dei contratti quando le parti lo richiamavano come legge non statale regolatrice del loro accordo; il medesimo risultato è, tuttavia, previsto anche dall'art. 3, co. 2 della proposta di regolamento.

In quarto luogo, la lett. c) dell'art. 22 sancisce l'applicazione in ogni caso delle norme di diritto comunitario "destinate a favorire il buon funzionamento del

¹⁴⁴ Affermava l'art. 22: "Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione o l'adozione degli atti emanati dalle istituzioni delle Comunità europee i quali: a) in materie particolari disciplinano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali; un elenco di tali atti attualmente in vigore figura nell'allegato I; b) disciplinano le obbligazioni contrattuali e, in forza della volontà delle parti, si applicano nelle situazioni che comportano un conflitto di leggi; c) stabiliscono norme destinate a favorire il buon funzionamento del mercato interno, nella misura in cui queste norme non possano applicarsi congiuntamente alla legge designata dal diritto internazionale privato".

¹⁴⁵ Sui problemi terminologici causati dal diritto comunitario in materia contrattuale, ved. B. PASA - P. ROSSI - M. WEITENBERG, *Diritto contrattuale europeo tra Direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, Torino, 2007, pag. 10 ss.

mercato interno”); il medesimo risultato è tuttavia previsto anche dall’art. 3, co. 5 della proposta di regolamento; ed anche la lett. c) pare quindi, a considerazione di parte della dottrina, altrettanto inutile¹⁴⁶, mentre per altri l’art. 22, lett. c) riguarda anche i contratti intracomunitari, a differenza dell’art. 3, co. 5 che concerne soltanto gli accordi extracomunitari.

L’attuale art. 23 del Regolamento prende atto delle perplessità originate dalla proposta e adotta un regime analogo a quello convenzionale sopra ricordato, sancendo la prevalenza del diritto comunitario derivato sul Regolamento in mondo ampio e, al contempo, incerto, richiamando pertanto, tutte le critiche sopra ricordate relative all’art. 20 della Convenzione.

Con particolare riferimento alla normativa distacco, la relazione che si viene a creare tra fonti normative si può impostare in tale prospettiva: la normativa del 1996 va letta come prolungamento dell’art. 7 del testo convenzionale (ora art. 9 Reg. Roma I), confermato dal Libro verde del 2003: “nel caso del distacco di un lavoratore dipendente, la direttiva 96/71 si prefigge l'applicazione di determinate disposizioni imperative dello Stato membro verso il quale avviene il distacco. [...] Una lettura frettolosa potrebbe quindi dare l'impressione che la direttiva non segua la stessa logica della convenzione: l'articolo 6 di quest'ultima prevede infatti che lo *status* del lavoratore dipendente non debba risultare modificato da un distacco temporaneo. Un'analisi più approfondita rivela tuttavia che *i due strumenti si conciliano perfettamente* (corsivo mio) [...]”.

Pertanto, la direttiva va vista come un prolungamento dell’articolo 7 della convenzione, relativo alle leggi di polizia e sicurezza: “lo strumento mira quindi a creare condizioni eque di competitività sul mercato del lavoro nell'Unione, garantendo nel contempo il rispetto del diritto dei lavoratori”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ P. LAGARDE, *Remarques...*, cit., pag. 347.

¹⁴⁷ *Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma ...*, cit., pag. 39.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

Tale conciliazione porta a ritenere che in presenza del nuovo regolamento del 2008 non vi sia primazia, ma coordinamento¹⁴⁸, volto all'integrazione¹⁴⁹, nella complementarità che si ha anche con il Regolamento Bruxelles I¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Prima dell'entrata in vigore del Reg. Roma I, tra Convenzione e direttiva più che di "un primato in senso tecnico sembra più corretto parlare di semplice coordinamento, dal momento che la direttiva in esame non intende sostituirsi alla Convenzione nell'enunciazione dei criteri che presiedono all'individuazione della legge applicabile – criteri quindi che rimangono quelli fissati dalla Convenzione di Roma –, bensì prescrivere una tutela aggiuntiva nei confronti del prestatore di lavoro subordinato rispetto a quella da questa prevista.", così M. E. CORRAO, *cit.*, pag. 518.

¹⁴⁹ M. ROCCELLA – T. TREU, *cit.*, pag. 159.

¹⁵⁰ M. E. CORRAO, *cit.*, pag. 505; *Libro verde*, pag. 9.

2.5. *Le tecniche internazionalprivatistiche: il possibile ruolo delle norme di applicazione necessaria.*

Una volta soffermatisi sulla relazione che intercorre tra la direttiva distacco e la convenzione-regolamento, la prima tecnica internazionalprivatistica da prendere in esame, sono le norme di applicazione necessaria¹⁵¹.

Entrando nell'articolato normativo della Convenzione di Roma, l'art. 7, co. 2 pone un indicativo limite alla scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali che presentino elementi d'internazionalità e, dunque, al funzionamento delle norme di diritto internazionale privato. Esso impone al giudice di applicare le norme dell'ordinamento del suo foro, che "disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto".

Secondo la dottrina, queste norme, "sottocategoria" delle norme imperative, costituiscono disposizioni di applicazione necessaria, tali cioè da trovare comunque applicazione a prescindere dall'operatività delle norme di diritto internazionale privato¹⁵².

Infatti, si tratta di norme di particolare rilievo sociale e forza precettiva che devono essere tenute distinte dalle norme imperative "semplici", a cui si richiama il testo della Convenzione e che agiscono come limite, successivo ed eventuale, alla legge designata dai contraenti.

In materia di contratti individuali di lavoro, le norme imperative "semplici", richiamate dall'art. 6, co. 1 (ora art. 8 Reg. Roma I) vanno applicate solo se, a seguito di verifica, garantiscono un trattamento più protettivo al lavoratore rispetto alle disposizioni della legge scelta dalle parti. Esse operano, dunque, *ex post* rispetto alla norma di conflitto mentre le norme di applicazione necessaria,

¹⁵¹ Nella dottrina francese si ritrovano come *loi de police*; in quella anglosassone come *overriding mandatory rules*.

¹⁵² Per riprendere la distinzione di T. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in T. TREVES (a cura di), *cit.*, 1983, pag. 25.

da alcuni indicate come “super-imperative”¹⁵³, costituiscono un limite preventivo ed esigono di essere applicate, quindi, a priori rispetto all'individuazione della legge che avrebbe dovuto essere applicata e indipendentemente dal contenuto di essa.

Risulta evidente il diverso carattere imperativo dei due gruppi di norme: le norme imperative richiamate dall'art. 6 (ora 8) sono quelle a cui l'ordinamento del quale fanno parte non permette di derogare per contratto; mentre le norme ex art. 7 “devono essere inderogabili anche da parte del diritto straniero o meglio, in generale, da parte del sistema di diritto internazionale privato nell'ordinamento di appartenenza”¹⁵⁴, essendo espressioni di interessi di natura varia (sociale, culturale, umanitaria e internazionale) ritenuti essenziali dal legislatore¹⁵⁵.

Esse costituiscono un “insieme analitico e frammentato di statuizioni” destinate a disciplinare situazioni e rapporti concreti; sotto il profilo teleologico perseguono poi “specifiche finalità di garanzia sociale” e traggono origine da “principi fondamentali che riflettono le basi morali, economiche, politiche e sociali dell'ordinamento, a cui appartengono” o anche da “esigenze meno alte, di carattere organizzativo o comunque specifico”¹⁵⁶.

Secondo l'interpretazione più accreditata le norme di applicazione necessaria non possono essere derogate né dalle parti né dall'applicazione del diritto straniero, poiché sono dotate di una sfera di applicazione personale che prescinde dai criteri fissati dalle regole diritto internazionale privato.¹⁵⁷

Alla elaborazione della dottrina sulla categoria delle norme di applicazione necessaria, si affianca la definizione riportata nell'art. 9, Reg. Roma I che rinvia

¹⁵³ M. MAGNANI, *cit.*, pag. 392; per una sintesi delle diverse posizioni dottrinali in materia di norme di applicazione necessaria, ved. G. CARDUCCI, *Voce Norme di applicazione necessaria*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, pag. 1 ss.

¹⁵⁴ M. E. CORRAO, *Sub art. 7*, in M. BIANCA – A. GIARDINA (a cura di), *cit.*, pag. 1011.

¹⁵⁵ U. VILLANI, *cit.*, 2000, pag. 202.

¹⁵⁶ F. MOSCONI, *cit.*, 1998, pag. 55.

¹⁵⁷ E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, 1990, pag. 259, il quale afferma che la caratteristica essenziale delle n.a.n. già presenti nella Convenzione di Roma, consiste nel fatto che il legislatore o il giudice ne ha stabilito l'applicazione assoluta o necessaria del foro, indipendentemente dal carattere transnazionale o interno della fattispecie da regolare.

ad esse, come nel sistema precedente, quale limite all'operatività delle norme diritto internazionale privato. Secondo il diritto dell'U.e., sono tali quelle disposizioni “il cui rispetto è ritenuto cruciale per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale ed economica”¹⁵⁸.

Esse possono appartenere alla legge del foro, oppure all'ordinamento del paese in cui gli obblighi derivanti del contratto devono essere o sono stati eseguiti.

Come taluno ha rilevato, l'introduzione di una definizione comunitaria di norme di applicazione necessaria “permetterà alla Corte di Giustizia di controllare se la qualificazione di una norma come norma di applicazione necessaria è appropriata”¹⁵⁹.

Con specifico riguardo alla materia lavoristica, solleva non pochi problemi ma apre scenari non ancora esplorati, l'individuazione di norme che rivestono il carattere di applicazione necessaria.¹⁶⁰

Nello specifico, vi è chi sostiene che per individuare le norme di applicazione necessaria occorre considerare il profilo della loro sfera di efficacia: esse

¹⁵⁸ Quanto al suo contenuto, invece, la definizione non appare particolarmente innovativa. Il suo antecedente diretto si trova nella sentenza *Arblade*, cit., p. 30-31. In quella decisione la Corte di giustizia non ha inteso formulare una propria nozione di *lois de police*, poiché non era questo l'oggetto della questione pregiudiziale sollevata dai giudici del Belgio, ma semplicemente confermare il principio che il diritto comunitario prevale sul diritto interno, ivi comprese quelle norme nazionali che, nell'ordinamento di appartenenza, si vedono attribuita la natura di *lois de police*; in questo senso, “l'appartenenza di una norma nazionale alla categoria delle leggi di polizia e di sicurezza non la sottrae all'osservanza delle disposizioni del Trattato, pena la violazione dei principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto comunitario. Le motivazioni che stanno alla base di tali normative nazionali possono essere prese in considerazione dal diritto comunitario soltanto a titolo di eccezioni alle libertà comunitarie espressamente previste dal trattato e, se del caso, a titolo di ragioni imperative d'interesse generale”; così le parole di uno degli studiosi tedeschi, P. MANKOWSKI, che si occupano maggiormente delle relazioni di lavoro transazionali sotto la lente del d.i.p., riportate da A. BONOMI, *Le norme di applicazione necessaria nel regolamento “Roma I”*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria delle legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, pag. 176.

¹⁵⁹ Gli Stati, infatti, possono avere un interesse affinché il contratto non violi norme ritenute essenziali. La definizione di “*lois de police*” ripresa nella sentenza è dunque quella propria dell'ordinamento belga, che si ricollega a quella formulata in Francia da un illustre studioso della materia nei suoi scritti sulle *lois d'application immédiate* degli anni sessanta, P. FRANCESCAKIS, *Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles sur les conflits de lois*, in *Rev. critique*, 1966, pag. 1 ss.; ID., *Lois d'application immédiate et règles de conflit*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, pag. 691 ss.; ID., *Conflits de lois (principes généraux)*, in *Rép. Dalloz, Droit international*, 1, Parigi, 1968, spec. pag. 480. Infine, A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, pag. 76 ss. e 169 ss..

¹⁶⁰ A. LYON-CAEN – S. SCIARRA, cit., pag. 24 ss.; M. MAGNANI, cit., pag. 86; M. E. CORRAO, cit., 2005, pag. 522; M. DI FILIPPO, cit., pag. 984.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

dovrebbero avere un ambito di applicabilità, non strettamente territoriale e quindi, all'interno della legislazione in materia di lavoro, sarebbero di applicazione necessaria le norme destinate ad applicarsi quando il lavoro si svolge all'estero, ed è quindi regolato da una legge straniera¹⁶¹; altri Autori, ancora, si soffermano invece sulla funzione intrinseca dell'art. 8, rilevando che esso corregge il criterio della prossimità, nel nome degli interessi legittimi degli Stati, a cui il caso concreto è collegato¹⁶².

Con particolare riguardo a questa categoria di norme, al momento dell'emanazione della direttiva sul distacco transazionale della manodopera, una parte della dottrina ha ricavato uno spunto di riflessione circa l'elenco di regole, quelle del "nocciolo duro", ex art. 3, co. 1, di protezione minima applicabile ai lavoratori, che vengono temporaneamente distaccati in ambito dell'U.e.. Nell'ipotesi di controversia di lavoro le disposizioni nazionali di tale tipo si sarebbero dovute dunque necessariamente applicare, unitamente alla legge designata dalle pertinenti norme di conflitto¹⁶³.

Con la trasformazione in Regolamento della Convenzione, vi è ora l'espressa previsione al *considerando* n. 34 che "la norma sul contratto individuale di lavoro non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese di distacco, previste dalla direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996".

Il legislatore dell'U.e. identifica le norme di protezione minima elencate nell'art. 3 della direttiva, come di applicazione necessaria e di conseguenza, il sistema

¹⁶¹ Al riguardo, si segnala l'art. 4, l. 4 aprile 1977, n. 135 in materia di tutela dei marittimi imbarcati da armatori stranieri; l'art. 26, l. 26.02.1987, n. 49 in materia di trattamento economico e assicurativo del personale assunto dal Ministero degli Affari Esteri con contratto di diritto privato a tempo determinato ed inviato all'estero; l'art. 2, l. 3 ottobre 1987, n. 398 riguardo all'autorizzazione preventiva per l'assunzione dei lavoratori italiani da impiegare o trasferire in paesi extra-comunitari; al riguardo, U. VILLANI, *cit.*, 2000, pag. 179; M. DI FILIPPO, *cit.*, pag. 984.

¹⁶² A. LYON-CAEN – S. SCIARRA, *cit.*, pag. 24 ss.

¹⁶³ G. BALANDI, *cit.*, pag. 35 ss.; F. MOSCONI, *cit.*, pag. 56 ss.; G. ORLANDINI – S. GIUBBONI, *La libera circolazione dei lavoratori*, Bologna, 2007, pag. 123 ss.; P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008, pag. 109.

giuridico del luogo di esecuzione temporanea della prestazione lavorativa potrà esigerne l'applicazione qualunque sia la legge regolativa del rapporto¹⁶⁴.

Per questi motivi, l'art. 9 del Regolamento Roma I, coordinato al *considerando* n. 34 del medesimo testo¹⁶⁵, potrebbe, in prima evidenza, rivelarsi uno strumento potenzialmente funzionante nel rispondere ad esigenze di uniformità della disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito delle imprese transnazionali, che per loro natura sfuggono, come visto in precedenza, alla sottoposizione ad un unico ordinamento giuridico¹⁶⁶.

Il criterio di collegamento, cui la norma attribuisce rilievo presenta, infatti, una formulazione alquanto ampia, tale da poter ricomprendere elementi, quali l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, la sussistenza di un interesse qualificato, che, ricorrendo nelle complesse ed articolate dinamiche organizzative delle imprese transnazionali, consentirebbe di armonizzare, quanto meno alle norme di applicazione necessaria, la disciplina dei vari rapporti di lavoro, attraendola intorno a quella dell'ordinamento di un unico Stato¹⁶⁷.

¹⁶⁴ I. INGRAVALLO, *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in A. VIMERCATI (a cura di), *cit.*, pag. 50 ss.

¹⁶⁵ Pur nel suo incerto condizionale "dovrebbe", il *considerando* richiama il coordinamento con la direttiva 96/71/CE: "La norma sul contratto individuale di lavoro non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese di distacco, prevista dalla direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi"; riconosce il coordinamento anche E. TRAVERSA, *cit.*, pag. 305.

¹⁶⁶ L'ottica che si potrebbe prendere a riferimento è quella "bilateralizzatrice", proposta da P. FRANZINA, *cit.*, pag. 118; inoltre, F. BANO, *cit.*, pag. 184; S. BORELLI, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008, pag. 125 ss.; S. NADALET, *L'attuazione della Direttiva distacco*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008, pag. 39; anche nell'ottica della transnazionalizzazione delle fonti normative, ID., *Le dinamiche delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto transnazionale del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 4, 2005, pag. 672. Inoltre, si è addentrato nel campo del d.i.p. nella relazione tra *loi de police* e libertà comunitarie P. BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, pag. 273 ss. e 390 ss..

¹⁶⁷ La Corte di Lussemburgo ha consentito che norme nazionali di tutela limitassero la libera prestazione transnazionale di servizi, caso *Ingmar* del 9 novembre 2000, C-381/98 in *Racc.*, 2000, pag. I-9305, dettata in tema di indennità dovute in caso di cessazione di un contratto di agenzia. La Corte ha affermato che "risulta essenziale per l'ordinamento giuridico comunitario che un preponente stabilito in un paese terzo, il cui agente commerciale esercita la propria attività all'interno della Comunità, non possa eludere queste disposizioni con il semplice espediente di una clausola sulla legge applicabile" p. 25; tuttavia, si rileva la necessità di una armonizzazione comunitaria delle norme di tutela, poiché nel caso di specie la legislazione nazionale in grado di limitare la circolazione di servizi era costituita da norme di recezione di una direttiva

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

Detto in altri termini, nell'ottica internazionalprivatistica della legge applicabile alle relazioni di lavoro senza confini, tra cui si ricomprende il distacco europeo del lavoro, le norme di applicazione necessaria che tutelano il lavoratore – in considerazione del principio di *favor* per le quali sono concepite¹⁶⁸ - e che appartengano allo Stato del giudice di una determinata controversia, potrebbero costituire un appropriato strumento contro i rischi di *dumping* sociale. Ovviamente, ciò dipende dal valore che, in ogni ordinamento nazionale dei paesi membri, è riconosciuto alle norme a tutela del lavoro e dei lavoratori, per cui non può ovviamente affermarsi con certezza che si tratta di una soluzione che troverà accoglimento in ogni situazione e con riferimento ad ogni rapporto di lavoro transazionale¹⁶⁹.

comunitaria, ved. A. LO FARO, *cit.*, pag. 470; e sul fronte del d.i.p., A. BONOMI, *cit.*, 2009, pag. 182.

¹⁶⁸ Nella dottrina internazionalprivatistica, la finalità delle norme di applicazione necessaria è quella di innalzare la tutela del lavoratore attraverso l'individuazione di queste (sottratte alla discrezionalità del giudice), così N. BOSCHIERO, *cit.*, 2000, pag. 836.

¹⁶⁹ Apertura, con cautela, sul fronte internazionalprivatistico, da parte di P. VENTURI, *sub art. 8*, in F. SALERNO – P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, in *Nuov. Leg. Civ. Com.*, 3/4, 2009, pag. 785 ss. In ambito più strettamente giuslavoristico, ved. G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, *cit.*, pag. 277 ss.; S. GIUBBONI, *Modelli sociali*, *cit.*, pag. 328. La stessa ammissione avviene da parte dell'Avvocato Generale P. MENGOSI, *I conflitti di legge, le norme di applicazione necessaria in materia di lavoro e la libertà di circolazione dei servizi nella Comunità europea*, in AA.VV., in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, *cit.*, pag. 715 e 720, il quale parla di rivisitazione delle normative degli Stati membri che ad un tempo ne rinforza la legittimazione rendendole comunitariamente opponibili agli Stati membri e alle loro imprese, ma anche le imbriglia e le condiziona per conciliare l'applicazione con la garanzia di un mantenimento di un *effetto utile* alla libertà di prestazione dei servizi. Lo fa dando luogo ad un fenomeno – di tipo opposto al fenomeno di rapporto e confronto tra valori di ordinamenti diversi usualmente definito di “cross fertilization” - che mi permetto di definire “cross-limitation [...]”, fenomeno capace di dare luogo ad una tutela prevalente dei diritti fondamentali in certi casi e, in certi altri, delle libertà di circolazione”. In realtà, a parere di scrive, verrebbe da replicare che il ragionamento dell'Avvocato Generale tiene, se si legge e si imposta tutta la direttiva alla luce dell'art. 56 TFUE, meno se si cerca di impostarla su un equilibrio (pur fragile) tra diritti sociali e libertà economiche, equilibrio su cui si è fondata la normativa di quindici anni or sono (senza poi dimenticare che la stessa direttiva, a prescindere da tale complesso bilanciamento, si impone certamente non come strumento di diritto del lavoro, ma di diritto internazionale privato volto ad individuare concretamente le condizioni di lavoro applicabili al *posted worker*). Occorre poi tenere presente che sullo stesso nodo sulle retribuzioni da applicare ai lavoratori distaccati, *punctum dolens*, la Corte non solo ha escluso che, in forza del richiamo all'ordine pubblico, uno Stato membro possa imporre il rispetto dell'insieme delle sue disposizioni di diritto del lavoro nei confronti dei lavoratori dipendenti dei prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro, ma, dopo aver sposato un'interpretazione arbitrariamente restrittiva del riferimento alle tariffe

Tuttavia, un'impostazione del genere, volta a riconoscere un vero e proprio "diritto europeo di applicazione necessaria"¹⁷⁰, dove si potrebbero ricomprendere anche le clausole di esigenze imperative elaborate dalla Corte, ai fini della legittimazione degli ostacoli non discriminatori alla prestazione del servizio¹⁷¹, invece che spingere verso il basso (la c.d. *race to the bottom*) le tutele dei lavoratori *crossborder*s, come appunto i distaccati, garantendo loro solo un "nocciolo duro" di diritti come interpretato dalla Corte di Giustizia e come, in realtà, prefissato dalla lettura della medesima direttiva *ab origine*, può spingere le tutele verso l'alto (la più auspicabile c.d. *race to the top*), nel senso di garantire al lavoratore, impiegato effettivamente in un altro Stato, in distacco rispetto allo Stato di origine, un adeguato livello di tutela.

Pertanto, data l'enucleazione delle norme di applicazione necessaria all'interno delle categoria-madre delle norme imperative, diverrebbe imprescindibile, per i contratti di lavoro di natura transnazionale, compresi quelli dei distaccati, il confronto permanente, anche a livello europeo, con la nozione di "norme imperative" che presuppone il rispetto di *standard* minimi di tutela¹⁷²; ciò in

salariali minime contenuto nella direttiva, ha negato che sia legittimo estendere per legge ai prestatori transnazionali di servizi, per ragioni di ordine pubblico, anche un obbligo di cruciale rilievo come quello di rispettare un sistema di indicizzazione applicabile all'intera scala delle retribuzioni (*Laval*, pp. 70-71, e *Ruffert*, pp. 89-90). La Corte così sembra intendere la nozione di tariffe minime salariali con esclusivo riguardo al salario più basso legittimamente erogabile in un dato contesto nazionale, ma, se così fosse, si tratterebbe di un'interpretazione fuorviante e poco "leale" - nel senso che il significato attribuito alla norma dovrebbe tenere conto dell'effettiva intenzione del legislatore del 1996 - perché prescinde dal dato testuale, presente nella normativa, laddove 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" (art. 3, co. 1) e pertanto, può essere legittimo, in considerazione della sua mobilità, che vari da un paese all'altro; così anche, M. ROCCELLA - T. TREU, *cit.*, pag. 170.

¹⁷⁰ Ne parla P. BENVENUTI, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2008, pag. 164.

¹⁷¹ In questi termini: "Quella clausola scongiurerebbe comunque l'applicazione protezionistica dell'intero diritto del lavoro nazionale, respingendo la tentazione di riportare sotto il principio della piena parità di trattamento coi lavoratori nazionali i dipendenti temporaneamente distaccati dall'impresa prestatrice del servizio. La flessibile modulazione del sindacato di adeguatezza e proporzionalità consentirebbe, tuttavia, l'applicazione a questi ultimi di standard di tutela più elevati di quelli oggi ammessi dalla Corte di giustizia sulla scorta della direttiva, scongiurando deteriori forme di *dumping* sociale" S. GIUBBONI, *cit.*, 2010, pag. 121.

¹⁷² S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT - 44/2006, pag. 3 (anche in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2, 2006, pag. 122 ss.); non tanto di tutela di contraente debole in chiave internazionalprivatistica, quanto "assiste l'interprete [...] il principio di parità di trattamento fra lavoratori che svolgono

considerazione del fatto che, tra la direttiva 96/71/CE e il Reg. Roma I, in particolare l'art. 9 e il considerando n. 34, sussiste un coordinamento¹⁷³, non di tipo gerarchico, in virtù del prolungamento sopra menzionato¹⁷⁴.

In questo senso, si potrebbero considerare possibili le disposizioni dei contratti collettivi come norme di applicazione necessaria, in ragione del fatto che, se la relazione originaria tra Convenzione e direttiva era di apportare una tutela "aggiuntiva" per i lavoratori rispetto a quella garantita dalla fonte convenzionale, in quanto sottratto agli Stati e ai singoli giudici nazionali il potere discrezionale loro concesso nell'interpretare l'art. 7 della Convenzione di Roma, di conseguenza si potrebbe includere tra le norme di applicazione necessaria anche i contratti collettivi¹⁷⁵.

A conferma di tale ragionamento, com'è stato giustamente osservato, l'ampia valorizzazione dei contratti collettivi da prendere in considerazione, si potrebbe rinvenire nel *considerando* n. 22 della medesima direttiva, laddove viene ribadito che la regolamentazione lascia impregiudicato "il diritto vigente negli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria"¹⁷⁶, nel rispetto dell'art. 5 del testo medesimo in tema di misure: "gli Stati membri adottano misure adeguate in caso di inosservanza della presente direttiva. Essi

mansioni equivalenti, principio vincolante per chi riceve il servizio", ID., *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni della solidarietà*, in ID. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007, pag. 27.

¹⁷³ In questo senso, non parla di primazia della normativa sul distacco rispetto alla Convenzione di Roma, pur nel rispetto del primato del diritto comunitario ai sensi dell'art. 20 della Convenzione, M. E. CORRAO, *cit.*, 2005, pag. 518.

¹⁷⁴ Ved. Cap. 2.2, nota 164.

¹⁷⁵ La possibilità di considerare le disposizioni dei contratti collettivi come norme di applicazione necessaria è discussa: possibilista è M. MAGNANI, *cit.*, pag. 410; *contra* R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pag. 811 ss.; più risalente nel tempo, I. INGLESE, *Sull'efficacia extraterritoriale dei contratti collettivi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1994, pag. 491 ss.. Parzialmente critico sulla qualificazione delle norme nazionali che disciplinano le materie indicate dall'art. 3, par. 1 della direttiva come n.a.n., ma aperto ad una possibile prospettiva di configurazione di un possibile "ordine pubblico sociale" è M. PALLINI, *La tutela dell'"ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato Ue*, in A. ANDREONI – B. VENEZIANI, *cit.*, pag. 213.

¹⁷⁶ M. ESPOSITO, *cit.*, 2006, pag. 579, il quale sottolinea: "in questa prospettiva di ampia valutazione della autonomia collettiva, nelle sue varie manifestazioni, si può anche inquadrare l'azione sindacale tesa a far applicare e/o rispettare quegli accordi e contratti, fonti del trattamento economico-normativo, minimo e necessario, spettante ai lavoratori distaccati".

vigilano in particolare affinché i lavoratori e/o i loro rappresentanti dispongano di procedure adeguate ai fini dell'esecuzione degli obblighi previsti dalla presente direttiva”¹⁷⁷.

Essi vigilano in particolare affinché i lavoratori e/o i loro rappresentanti dispongano di procedure adeguate ai fini dell'esecuzione degli obblighi previsti dalla presente direttiva.

Tuttavia, quello che preme di più nel presente lavoro non è tanto ricondurre, e di conseguenza includere, i contratti collettivi all'interno della categoria delle norme di applicazione necessaria, questione non del tutto pacifica¹⁷⁸, quanto far luce sul nuovo assetto di relazioni tra la normativa dell'U.e. sul distacco e il nuovo testo del regolamento, che va posto in un'ottica di coordinamento ai sensi dell'art. 23 Reg. Roma I¹⁷⁹.

Pertanto, dalla disposizione, in base al quale sono norme di applicazione necessaria le “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 [...]” (art. 9, Reg. Roma I), non se ne dovrebbe prescindere qualora vi sia un giudizio, rientrante all'interno delle disposizioni riguardanti la libera prestazione dei servizi nel mercato unico, che tocchi la tutela dei lavoratori *crossborder* e, al contempo, punti a garantire una concorrenza fra imprese

¹⁷⁷ Per la Corte l'art. 5 della direttiva, alla luce dell'art. 56 TFUE, non impedisce ad una disposizione interna che obbliga il committente a rispondere per i crediti retributivi dei dipendenti dell'appaltatore, così, in tema di responsabilità congiunta e in solido fra imprese, *Wolff & Muller GmbH & Co.*, C-60/03, 12 ottobre 2004, p. 40 ss.. Sulle tecniche rimediali in tema di responsabilità solidale, nell'ordinamento italiano dopo la Riforma del 2003, ved. L. CORAZZA, “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, Padova, 2004, pag. 217 ss.

¹⁷⁸ Anche in considerazione del fatto che un'eventuale “imposizione per legge dell'obbligo di applicare il contratto collettivo ai (soli) lavoratori distaccati da un altro Stato membro configura una misura discriminatoria inammissibile ai sensi dell'art. 56 TFUE”, così G. ORLANDINI, *I lavoratori distaccati nell'ambito del mercato dei servizi*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010, pag. 240.

¹⁷⁹ La norma stabilisce “la relazione con altre disposizioni del diritto comunitario” per il quale: “Fatto salvo l'articolo 7, il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a settori specifici, disciplinino i conflitti di legge in materia di obbligazioni contrattuali”. Il *considerando* n. 11 della direttiva, tra l'altro, afferma: “in base al principio di preminenza del diritto comunitario sancito nell'articolo 20, la suddetta convenzione non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati o da emanare dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti”; per tale motivo, in forza dell'entrata in vigore del Reg. Roma I si può parlare di coordinamento tra testi normativi nell'ordinamento dell'U.e.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

nazionali e straniere, a tutela, in via indiretta, dei modelli sociali nazionali di tutela del lavoro (e così garantendo il libero esplicarsi delle dinamiche sindacali)¹⁸⁰.

In tal modo, si vedrebbe espresso il già menzionato recupero di quello che è il compito essenziale del diritto dell'Unione europea – a maggior ragione oggi con il Trattato di Lisbona - ossia dare voce alle esigenze e alle preoccupazioni degli Stati membri, i quali si impegnerebbero a riconoscere reciprocamente i rispettivi diritti (pronti ad applicare il diritto straniero), a tollerare quindi differenze di regolazione e ad astenersi dall'imporre, in ogni caso, i propri interessi domestici e la *lex fori*. Seguendo tale impostazione, quindi, i vincoli, imposti sulla autonomia politico-normativa dei singoli Stati membri dovrebbero essere limitati, nel rispetto del sistema integrato dell'U.e.¹⁸¹.

Pertanto, dal punto di vista del diritto del lavoro dell'Unione europea, con tale contemperamento, tra le necessità dell'U.e. e le prerogative degli Stati membri, si tradurrebbe l'esigenza di poter mantenere una qualche forma di tutela "territoriale" nelle condizioni di lavoro all'interno di un contesto di mobilità transnazionale del capitale e del lavoro¹⁸².

Tra l'altro, il contratto collettivo non costituendo oggetto della disciplina prevista dalla Convenzione di Roma e dell'attuale Reg. Roma I, "potrà acquistare

¹⁸⁰ In questo senso, le riflessioni sul possibile diverso contemperamento tra ragioni di protezione del lavoro e ragioni del mercato, così A. PIZZOFRERATO, *Libertà di concorrenza fra imprese...*, cit., pag. 190 ss.. Nella logica di contemperamento tra istanze nazionali bilanciate a quelle dell'Unione europea, propria della teoria del "first order conflict of laws", JOERGES, cit., pag. 14 ss., nel campo del diritto del lavoro della Unione europea, contiguo alle riflessioni ora svolte, lo stesso A. offre un confronto tra i due richiami che l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali della U.e., ora "costituzionalizzato" grazie all'art. 6 del TFUE, compie con riguardo al diritto di azione collettiva: il riferimento a tale diritto da esercitare "conformemente al diritto comunitario", laddove nello stesso va ricompreso ora la comunitarizzazione del d.i.p., va soppesato con l'altro riferimento, ovvero il richiamo "alle legislazioni e prassi nazionali", che assumerebbero il vero ruolo di contraltare al riconoscimento dei diritti fondamentali, ossia il velo limite all'agire sindacale. Inoltre, proprio per tener assieme il principio di non discriminazione tra imprese – affermato dalla direttiva - e rispetto delle peculiarità dei sistemi nazionali sindacali, con il libero esplicarsi delle dinamiche sindacali, *alla svedese*, al pari di quanto avviene per le imprese nazionali, anche le imprese straniere si troverebbero così a dover applicare il contratto collettivo se a ciò indotte dall'azione sindacale", ved., da ultimo, G. ORLANDINI, cit., 2010, pag. 241.

¹⁸¹ C. JOERGES, cit., pag. 15.

¹⁸² R. CLERICI, cit., pag. 215 ss.

rilevanza come parte della legge regolatrice del contratto individuale di lavoro se l'ordinamento di appartenenza ne riconosce il valore normativo, nei limiti in cui risulta applicabile in relazione al caso di specie"¹⁸³.

In conclusione, il ruolo del diritto internazionale privato, già oggi oggetto di "comunitarizzazione" nell'Unione, e più in particolare lo strumento delle norme di applicazione necessaria, potrebbe emergere quale tecnica risolutiva dei conflitti di legge, potendo rappresentare una risposta efficace per la disciplina dei contratti di lavoro transnazionali¹⁸⁴, a cominciare appunto dai lavoratori distaccati¹⁸⁵.

¹⁸³ M. CORRAO, *cit.*, pag. 502. Risulta evidente sullo sfondo, come è stato affermato da due studiosi che seppero guardare per primi a tali fenomeni, da un lato la "la debolezza dell'intero impianto protettivo su cui poggia il diritto del lavoro tradizionale", così T. TREU, *L'internazionalizzazione dei mercati: problemi di diritto del lavoro e di metodo comparato*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, pag. 1125; e, dall'altro, la restrizione de "i margini a disposizione dello Stato-Nazione per imporre alle imprese che operano sul suo territorio, attraverso la legislazione del lavoro, i vincoli e i costi di protezione dei lavoratori", così M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo*, *cit.*, pag. 313.

¹⁸⁴ In questi termini, recentemente, P. DE CESARI, "Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente" e "norme di applicazione necessaria", in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, *cit.*, in part. pagg. 263 e 269.

¹⁸⁵ G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà*, *cit.*, pag. 237 ss.; S. GIUBBONI, *cit.*, 2009, pag. 328.

2.6. (segue) *L'ordine pubblico nell'evoluzione della giurisprudenza interna.*

L'applicazione al contratto di lavoro della legge designata secondo i criteri dell'art. 6 della Convenzione (ora art. 8 Reg. Roma I¹⁸⁶) conosce, oltre all'ostacolo rappresentato dall'incidenza delle norme di applicazione necessaria quello riguardante la contrarietà all'ordine pubblico del foro ai sensi dell'art. 16 del testo convenzionale, confermato dall'art. 21 del nuovo regolamento¹⁸⁷.

Esso si pone come un limite che opera quando un'adeguata protezione non è garantita né dalle norme imperative (richiamate dall'art. 6, co. 1), né da quelle di applicazione necessaria; tale strumento impedisce al giudice del foro di applicare il diritto straniero nella misura in cui questo sia incompatibile con i principi di ordine pubblico di quell'ordinamento.

Pertanto, tale strumento ha una valenza *ex post*, poiché presuppone per la sua operatività il normale funzionamento del sistema di diritto internazionale privato, differenziandosi dalle norme di applicazione necessaria che si caratterizzano per il loro carattere positivo e preventivo¹⁸⁸; è una “valvola di sicurezza” che racchiude l'insieme dei valori fondamentali di un sistema giuridico considerato nella sua interezza, unitamente alle regole che vi entrano a far parte in forza del suo conformarsi ai precetti del diritto internazionale¹⁸⁹.

Per la dottrina, è evidente che la delimitazione del concetto di ordine pubblico, richiamando l'insieme dei principi etici e sociali che determinano il modo di essere degli istituti e delle disposizioni di un determinato ordinamento giuridico,

¹⁸⁶ Per un primo commento relativo al contratto di lavoro nel Reg. Roma I ved. F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento “Roma I”*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *cit.*, pag. 337 ss.

¹⁸⁷ Confermato il principio che esclude l'applicazione di una norma della legge di un paese, soltanto quando essa sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro; in generale, sul limite dell'ordine pubblico ved. P. BARILE, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, pag. 1110.

¹⁸⁸ In questo senso, L. FORLATI PICCHIO, *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Dig. Disc. Civ., Sez. Civ., IV*, Torino, 1989 pag. 230.

¹⁸⁹ M. MAGNANI, *cit.*, pag. 83.

nei vari campi della convivenza sociale¹⁹⁰, diventa fondamentale, poiché l'inapplicabilità della normativa straniera per contrarietà all'ordine pubblico dovrebbe rappresentare una *extrema ratio*¹⁹¹.

Nell'ordinamento italiano, si era consolidato il principio per cui ai fini dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato valeva una nozione di ordine pubblico interno, inteso in senso rigido e a "vocazione annessionista"¹⁹². Infatti, la giurisprudenza interna era stata portata a ritenere che, sulla scorta di un'impostazione della dottrina internazionalprivatistica affermatasi a partire dagli anni sessanta¹⁹³, trovava applicazione il principio di *favor* nei confronti del prestatore di lavoro contraente debole: esso rappresentava un principio di ordine pubblico, idoneo ad impedire l'applicazione delle disposizioni della legge straniera competente e ad sostituire ad esse le norme più favorevoli, ossia quelle della legge italiana¹⁹⁴.

L'orientamento giurisprudenziale e dottrinale¹⁹⁵, negli ultimi tempi, è stato superato da alcune sentenze della Suprema Corte¹⁹⁶, le quali, abbandonando il

¹⁹⁰ F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato (Riforma del)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2000, pag. 337 ss.

¹⁹¹ Il riferimento al principio non dovrebbe essere ritenuto un espediente per consentire, comunque, l'applicazione del diritto del foro, così F. MOSCONI, *cit.*, 1998, pag. 79.

¹⁹² A. LO FARO, *cit.*, pag. 452.

¹⁹³ Con particolare riferimento alle tecniche utilizzabili nei sistemi di diritto internazionale privato al fine di realizzare istanze protettive nei confronti della parte più debole di un determinato rapporto contrattuale ved. F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 188, 1984, pag. 384; inoltre, ID., *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, pag. 736 ss.; ID., *La legge applicabile ai rapporti di lavoro secondo il diritto italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, pag. 744 ss.; ID., *Labour Relations in Italian Private International Law. National Reports to the XI International Congress of Comparative Law*, 1982, pag. pag. 177 ss.; ID., *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1982, pag. 43 ss.;

¹⁹⁴ Come conseguenza di tale impostazione, sono stati ritenuti incompatibili con l'ordine pubblico le normative straniere che non prevedano istituti quali il trattamento di fine rapporto, le mensilità supplementari ovvero limitazioni alle stipulazioni di contratti a termine; tra le pronunce che sono intervenute lungo gli anni, Cass. 6 settembre 1980, n. 5156, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1982, pag. 42; Cass. 25 maggio 1985, n. 3209, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1986, pag. 658; Cass. 7 marzo 1986, n. 1530, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1987, pag. 117; Cass. 22 febbraio 1992, n. 2193, in *For. It.*, 1992, I, pag. 2368; Cass. 9 settembre 1993, n. 9435, in *Gius. Civ.*, 1994, I, pag. 1315; Cass. 27 marzo 1996, n. 2765, in *For. It.*, I, 1996, pag. 2427; Cass. 9 marzo 1998, n. 2622, in *For. It.*, I, 1999, pag. 983.

¹⁹⁵ Frutto anche della ripresa di quella impostazione internazionalista, opposta a quella statualista, risalente agli cinquanta, che sosteneva che il limite dell'ordine pubblico internazionale

principio “statualista” che ha garantito il *favor laboris*, hanno affermato che la nozione di ordine pubblico deve essere determinata con riferimento a quei principi della legge italiana riconosciuti e condivisi anche negli altri ordinamenti: si tratta di principi di ordine pubblico realmente internazionali, condivisi dalla comunità internazionale e affermatasi all'interno delle varie espressioni normative quali Trattati, atti del diritto comunitario, giurisprudenza internazionale e comunitaria¹⁹⁷.

Il medesimo orientamento è confermato da una pronuncia successiva della Cassazione del 2005, ove si è espressamente stabilito che l'ordine pubblico coincide con quel complesso di principi che “formano la struttura etica della convivenza, ma solo in quanto recepiti dall'ordinamento giuridico”¹⁹⁸.

comprende concezioni non peculiari del singolo ordinamento statale, ved. G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. Dir. Int.*, 1954, pag. 83 ss.

¹⁹⁶ *Costituzione, ordine pubblico internazionale e legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero* Cass. 11.11.2000, n. 14662, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pag. 365, con nota di E. GHERA.

¹⁹⁷ Come, ad es., il diritto alla salute e alla sicurezza dei lavoratori, il divieto di lavoro minorile, i principi di adeguatezza e retribuzione, il principio di libertà sindacale, il divieto di discriminazione nei luoghi di lavoro; sul tema di analisi, nelle vicende successive dell'ordine pubblico, riguardanti il diritto di famiglia e dei contratti, ved. P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005, pag. 279 ss. Il principio del *favor laboris* era così espresso nella giurisprudenza: “costituisce un principio generale dell'ordinamento ed ispira i principi della Costituzione in tema di rapporti economici, in quanto inteso ad equilibrare l'aspetto contenutistico del rapporto di lavoro, in modo che l'esteriorità della forma contrattuale, quale convenzione paritaria fra le parti [...] non faccia prevalere la condizione del contraente più forte (datore di lavoro), consentendo così la legalizzazione giuridica di un assetto commutativo iniquo. Detto *favor* è, inoltre, giustificato dalla constatazione che, nella materia del lavoro, l'autonomia contrattuale [...] non è adeguata alla tutela del lavoratore, perché non è idonea a determinare un risultato equilibrato degli interessi opposti dei contraenti, sicché, se non intervenisse un criterio esterno di correzione, il contratto di lavoro consacrerrebbe molto spesso una sproporzione tra la prestazione di lavoro e il suo controvalore economico”, così Corte di Cass., 29 novembre 1985, n. 5977, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, p. 11.

¹⁹⁸ Cass. 07.12.2005, n. 26976, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pag. 932, ha stabilito che “il limite esterno dell'ordine pubblico, che preclude l'applicabilità al rapporto con profili transnazionali (nel caso di specie, contratto di interposizione di manodopera con prestazione lavorativa da eseguirsi negli Stati Uniti) della legge dello Stato estero individuata in base ai criteri di diritto internazionale privato non si identifica nelle norme imperative in se considerate, né nei principi generali dell'ordinamento, né nelle norme costituzionali in quanto tali, ma piuttosto in quei principi immanenti nell'ordinamento che caratterizzano l'eticità dell'ordinamento stesso quale risulta dal complesso delle sue norme non contingenti. Al fine di verificare se sussista l'incompatibilità con l'ordine pubblico, quale parametro per la disapplicazione della legge straniera, non deve raffrontarsi con tali principi la legge straniera nel suo complesso, ma la singola norma in concreto applicabile”. Nella specie la Suprema Corte ha escluso che le norme che tutelano il lavoratore in caso di appalto di manodopera, riformate con il D.lgs. n. 276 del

Da tale impostazione consegue, dunque, che secondo la giurisprudenza non sono ritenuti connessi alla nozione di ordine pubblico il diritto al trattamento di fine rapporto¹⁹⁹, i principi della normativa sui licenziamenti collettivi di cui alla legge n. 223 del 1991²⁰⁰ e il principio della tutela reale contro il licenziamento ingiustificato.

In merito a tale aspetto, nel 2002, la Corte di Cassazione si è pronunciata non operando la necessaria comparazione fra legge applicabile e principio di ordine pubblico. La sentenza s'inserisce in una lunga ed articolata vicenda giudiziaria, relativa ad un rapporto di lavoro instaurato tra un cittadino italiano e la Banca di Roma, integralmente eseguito presso la filiale di New York della Banca medesima, successivamente risolto negli USA²⁰¹.

Nello specifico del provvedimento, la Corte pare accontentarsi dell'allegazione del lavoratore, secondo cui l'ordinamento straniero consente il licenziamento senza giusta causa (il paese in questione erano gli Stati Uniti). Inoltre, la Corte pare rovesciare i termini della questione quando afferma che "lo scrutinio sulla compatibilità della legge straniera al caso di specie dev'essere compiuto non sulla scorta del *petitum* immediato della domanda, ma comparando in astratto la legge straniera con l'ordine pubblico del foro come sopra inteso". Proprio la necessità di verificare se gli effetti dell'applicazione della legge straniera siano contrari

2003, siano espressioni dei principi di ordine pubblico, ed ha ritenuto che la mancanza di una normativa di tutela in tale situazione non fosse d'ostacolo alla applicazione nel caso di specie della legge statunitense, individuata come legge applicabile al rapporto di lavoro in base ai criteri di diritto internazionale privato.

¹⁹⁹ Cass. 26 novembre 2004, n. 22332, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, pag. 6. La massima della sentenza reca queste affermazioni: "La sezione lavoro della Corte si inserisce con questa sentenza nell'orientamento che afferma la necessità del superamento di una nozione di ordine pubblico internazionale, ex art. 31 preleggi, costituita soltanto da principi ricavabili sulla base della normativa interna, con conseguente sbarramento all'ingresso nel nostro ordinamento di qualsiasi disciplina straniera meno favorevole di quella interna, ed afferma che per verificare se una norma straniera si ponga in violazione dell'ordine pubblico internazionale occorre prendere in considerazione e comparare i trattamenti complessivi offerti al lavoratore dai diversi ordinamenti, facendo riferimento ad una serie di principi, ricavabili non solo dalla nostra Costituzione, che rispondano all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo"; negli stessi termini, anche Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040.

²⁰⁰ Trib. Napoli, ord. 29.04.2003, in *Nuov. Giur. Lav.*, 2003, pag. 286.

²⁰¹ Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 3-4, 2003, pag. 809, con nota di R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*; in *Dir. lav.*, I, 3, 2003, pag. 223, con nota di C. TIMELLINI, *L'incidenza del principio di ordine pubblico sull'individuazione dei rapporti di lavoro all'estero*, in *For. It.*, I, 2003, pag. 484.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

all'ordine pubblico del foro dimostra come l'esame non debba farsi in astratto, bensì sulla base delle circostanze del caso concreto. Il fatto di non aver preso in considerazione il contenuto della legge applicabile per verificare se vi fosse una tutela da considerare effettiva in caso di ingiustificato licenziamento, induce a ritenere che la Corte, dopo aver ben analizzato cosa dovesse intendersi per ordine pubblico, non sia riuscita a farne corretta applicazione nel caso di specie²⁰².

Nel 2007²⁰³, la Corte, sulla medesima vicenda di cinque anni prima, ha, invece, ribadito l'orientamento precedentemente espresso in merito alla riconducibilità all'ordine pubblico del principio di giustificazione necessaria del licenziamento.

In questo caso, però, la Suprema Corte, avvalendosi dei criteri di collegamento stabiliti dalla Convenzione del 1980, superando le lacune della prima pronuncia, ha riconosciuto come legge applicabile al rapporto di lavoro in questione, in mancanza di diversa indicazione delle parti (art. 3 Conv.), quella del luogo di esecuzione del contratto, ossia la legge dello Stato di New York; tuttavia, ne ha escluso in concreto l'operatività, data la contrarietà all'ordine pubblico di una legge che non preveda alcuna tutela contro un licenziamento ingiustificato.

Pertanto, la Corte ha incluso la giustificatezza del licenziamento – e non la stabilità reale del posto di lavoro - tra i principi dell'ordine pubblico, intesi come regole fondamentali che la Costituzione e le leggi pongono alla base di quegli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo adeguarsi all'evoluzione della società, ponendosi in linea sia con la legislazione interna e comunitaria sia con l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità. Questa ipotesi applicativa, come si vede, si è realizzata in un ambito diverso da quello dei lavoratori senza confini, ma, comunque, indica una gerarchia valoriale, pur modificatasi lungo gli anni, che potrebbe tornare utile anche ad un lavoratore

²⁰² In termini critici, S. MARINO, *Metodo di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010, pag. 330. Inoltre, ravvisa l'A., non è nemmeno chiaro cosa debba intendersi per “legge statunitense” dal momento che la Convenzione di Roma richiama come applicabile la legge degli ordinamenti giuridici componenti sistemi unificati.

²⁰³ Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, pag. 595, con nota di S. BRUNO, *Il principio di giustificazione necessaria del licenziamento come principio di ordine pubblico*; anche in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2, 2008, pag. 335, con nota di C. TIMELLINI, *E' principio di ordine pubblico il divieto di licenziamento ingiustificato, non il regime di stabilità reale*.

straniero che invochi le tutele presenti nell'ordinamento interno per il regime giuridico del lavoro da applicare ad un'impresa transazionale con sede in Italia²⁰⁴. Ad ogni modo, a parere di chi scrive, invocare i valori fondanti del singolo paese, o di una comunità di paesi, come ritiene oggi la giurisprudenza, rischia di non spostare la soglia di protezione in ragione del fatto che il ricorso allo strumento dell'ordine pubblico è comunque di carattere residuale e successivo²⁰⁵.

²⁰⁴ In altri termini, il contrasto tra norma straniera e principi fondamentali dell'ordinamento richiamante deve essere valutato in concreto, verificando la compatibilità o meno tra il diritto straniero e l'ordine pubblico dello Stato del foro non astrattamente, ma in relazione ed in funzione del risultato pratico ed effettivo che la norma richiamata produrrebbe sul sistema.

²⁰⁵ Così anche, S. MARINO, *cit.*, pag. 330. Di recente, da parte della giurisprudenza di legittimità si è affermato che “i principi di ordine pubblico [si ravvisano] nei principi fondamentali della nostra Costituzione, o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale”, Cass., sez. lav., 19 luglio 2007, n. 16017.

2.7. La giurisdizione del giudice competente tra le norme del regolamento Bruxelles I e la normativa sul distacco.

A questo punto, occorre affrontare il tema dell'individuazione del giudice competente a risolvere le controversie che presentino elementi di transnazionalità. Sotto questo versante, il riferimento normativo è il Regolamento 44/2001, che ha sostituito, dal 1° marzo 2003, la Convenzione di Bruxelles²⁰⁶.

Il regime generale è affiancato da regole specifiche per quanto riguarda la competenza in materia di contratti individuali di lavoro (sez. 5, artt. 18-21). Ai sensi dell'art. 20, qualora il datore assuma le vesti di attore, l'azione va proposta “solo davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è domiciliato”²⁰⁷. In maniera simile, la successiva disposizione che fa salvo “il diritto di proporre una domanda riconvenzionale davanti al giudice investito della domanda principale in conformità della presente sezione” (art. 20, co. 2)²⁰⁸.

Sul fronte opposto, laddove sia il lavoratore a convenire in giudizio il datore di lavoro domiciliato in uno Stato membro si apre un ventaglio di opzioni. Infatti, a norma dell'art. 19, la chiamata in giudizio può avvenire: 1) davanti ai giudici dello Stato membro in cui il lavoratore ha domicilio; 2) davanti al giudice del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività o a quello dell'ultimo luogo in cui la svolgeva abitualmente; 3) qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese, davanti

²⁰⁶ Ved. A. BONOMI, *Il sistema della competenza giurisdizionale nel Regolamento «Bruxelles I»*, cit., pag. 40 ss.; S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo, dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento Ce 44/2001*, Torino, 2002, pag. 55 ss.; F. MOSCONI, *La giurisdizione in materia di lavoro nel regolamento (Ce) n. 44/2001*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, I, 2003, pag. 5 ss.; recentemente, F. BANO, cit., pag. 184 ss.. Storicamente, nell'intento di accrescere la tutela dei lavoratori, “contraenti deboli”, dal punto di vista internazionalprivatistico, la giurisprudenza ha stabilito che ai fini della determinazione della competenza nell'ambito dell'art. 5, p. 1 della Convenzione di Bruxelles, è necessario prendere in considerazione l'obbligazione che caratterizza il contratto, ossia la obbligazione di prestare l'attività lavorativa; così sentenze *Ivenel*, C-133/81 e *Peters*, C-34/82.

²⁰⁷ Tale previsione riprende il principio di unicità del foro competente già prevista nella parte generale del regolamento, ai sensi dell'art. 2, co. 1 del testo regolamentare.

²⁰⁸ Che si conforma a un'altra regola generale (art. 6, n. 3).

al giudice del luogo in cui è o era situata la sede di attività presso cui è stato assunto.

L'allontanamento dalla regola dell'unicità del foro competente si chiarisce richiamandosi al principio del *favor laboris*, per mezzo del quale il legislatore comunitario riconosce l'esigenza di "tutelare la parte più debole con norme in materia di competenza più favorevoli ai suoi interessi rispetto alle regole generali" (*considerando* n. 13). In tale senso, va notato come nelle controversie promosse dal lavoratore, per effetto del combinato disposto dell'art. 19 del testo regolamentare e dell'art. 6 Conv. Roma (art. 8 Reg. Roma I) nell'intento del legislatore comunitario, si vuole favorire la coincidenza tra la competenza giurisdizionale (*forum*) e la competenza legislativa (*ius*), in modo tale che il giudice adito applichi il proprio diritto materiale²⁰⁹.

Così visto, il *favor laboris* determina una sostanziale riduzione degli spazi riconosciuti all'autonomia privata nella scelta del foro competente nel testo regolamentare²¹⁰. Nelle cause di lavoro, infatti, gli artt. 19 e 20 possono essere derogati solo mediante un accordo *ad hoc* intervenuto in un momento successivo al sorgere della controversia, in altre parole tale da consentire al lavoratore di adire un giudice diverso da quelli indicati (art. 21).

La ragione di tale previsione consiste nella volontà di "evitare che il datore di lavoro, avvalendosi della propria maggiore forza contrattuale, possa ottenere che sia ristretta la gamma di scelte che il regolamento accorda al lavoratore o, viceversa, che sia consentito al datore di agire contro il lavoratore in un foro diverso da quello del domicilio di quest'ultimo. L'*electio fori* a vantaggio del lavoratore è ammessa [...] anche se contestuale alla conclusione del contratto, mentre [...] se è a vantaggio del datore può essere soltanto successiva al sorgere della controversia"²¹¹.

²⁰⁹ F. MOSCONI, *cit.*, 2003, pag. 27.

²¹⁰ *Considerando* n. 14: "Fatti salvi i criteri di competenza esclusiva previsti dal presente regolamento, deve essere rispettata l'autonomia delle parti sulla scelta del foro competente per i contratti non rientranti nella categoria dei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro in cui tale autonomia è limitata".

²¹¹ F. MOSCONI, *cit.*, pag. 23.

Inoltre, nell'articolato normativo sulla competenza in materia di contratti individuali di lavoro l'art. 18 del regolamento richiama gli artt. 4 e 5, punto 5. Per l'ipotesi del convenuto domiciliato

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

In maniera specifica la Corte di Giustizia, con riguardo a tali disposizioni normative, ha confermato la propria precedente giurisprudenza: in una pronuncia del 1997²¹², è stato chiarito che, per determinare il foro in cui il lavoro viene svolto “abituamente”, si dovesse fare riferimento al luogo in cui il lavoratore avesse stabilito il centro effettivo della propria attività lavorativa, nel quale, o dal quale, egli in effetti svolgeva la parte essenziale dei propri obblighi nei confronti del datore, rilevando, in tale indagine, il tempo trascorso nei diversi Stati e il luogo ove si trovava il suo ufficio principale²¹³.

In seguito, la Corte si è occupata della diversa situazione di un lavoratore che abbia lavorato per lo stesso datore, in un arco prolungato di tempo, in Stati membri diversi, con le stesse mansioni²¹⁴; in una simile fattispecie, per la Corte, il criterio qualitativo “è privo di ogni pertinenza”, venendo in rilievo, in via principale il solo criterio temporale, parametrato a tutto il periodo di attività del lavoratore²¹⁵. Per parte della dottrina, l'affermazione della Corte si sarebbe

nel territorio di uno Stato terzo, l'art. 4 prevede che la competenza giurisdizionale sia disciplinata, in ciascuno Stato membro, della legge di tale Stato.

Il rinvio all'art. 4 è, tuttavia, integrato dalla specificazione che, qualora il datore domiciliato in uno Stato terzo possieda una succursale, un'agenzia o una qualsiasi altra sede di attività in uno Stato membro, “il datore di lavoro è considerato per le controversie relative al loro esercizio, come avente domicilio nel territorio di quest'ultimo Stato” (art. 18, co. 2). A tal proposito, deve ritenersi “irrelevante non solo il luogo di stipulazione del contratto individuale di lavoro, ma anche l'eventualità che esso sia stato direttamente concluso con l'amministrazione centrale”; sul caso del datore domiciliato in uno Stato membro che assume un lavoratore domiciliato in uno Stato terzo e la possibilità di una *electio fori* a favore di quest'ultimo Stato, ved. F. MOSCONI, *cit.*, 2003, pag. 25.

L'ulteriore richiamo operato dall'art. 18 riguarda le competenze speciali e, in particolare, l'art. 5, punto 5, in forza del quale la persona, fisica o giuridica, “domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro [...] qualora si tratti di controversie concernenti l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede di attività davanti al giudice del luogo in cui essa è situata”.

²¹² Caso *Rutten v. Cross medical ltd*, C-383/95, del 9 gennaio 1997, su cui ved. H. GAUDEMET TALLON, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pag. 341.

²¹³ Per l'avv. gen. C. JACOBS, in *Int. lit. proc.* 1997, pag. 207 ss., in questa analisi, il fattore organizzativo avrebbe dovuto prevalere su quello meramente temporale.

²¹⁴ Caso *Herbert Weber c. Universal Ogden Services ltd*, C-37/00, del 27 febbraio 2002, nota di P. BERTOLI, in *Int'l lis*, 3/4, 2003, pag. 123 s., per cui la soluzione dei giudici comunitari sacrificerebbe la prevedibilità del foro, lasciando l'accertamento della giurisdizione a valutazioni discrezionali del giudice adito.

²¹⁵ In questo senso, in precedenza, *Employment Appeal Tribunal (GB)*, 2 novembre 1999, c. *Harada ltd T7A Chequepoint UK ltd. v. Turner*, in *Int. lit. proc.*, 2000, pag. 574, per cui non si doveva esaminare soltanto la situazione esistente al momento della cessazione del rapporto di

applicata al lavoratore trasferito all'estero in modo duraturo, ma non a quello distaccato all'estero temporaneamente e in previsione di rientro nel paese di partenza²¹⁶.

A tal proposito, per quanto riguarda la disciplina del distacco, l'apporto della direttiva 96/71/CE su tale fronte è consistito nell'aggiungere alle regole sulla competenza stabilite dal regolamento una quarta, specificamente rivolta alla tutela dei diritti del lavoratore distaccato. Quest'ultimo può promuovere un procedimento giudiziario anche nello stato membro in cui è o era stato distaccato, secondo l'art. 6 della direttiva "per far valere il diritto alle condizioni di lavoro e di occupazione garantite dall'art. 3, ferma restando, se del caso, la facoltà di promuovere, in base alle convenzioni internazionali vigenti in materia di competenza giudiziaria, un procedimento giudiziario in un altro Stato"²¹⁷.

L'introduzione di un nuovo titolo di giurisdizione facoltativo per il lavoratore è ammissibile poiché rientra tra le "materie particolari", fatte salve dall'art. 67 del Regolamento. In dottrina, il criterio previsto dalla direttiva è stato ritenuto "un pilastro" per l'applicazione effettiva della normativa in materia di distacco europeo della manodopera, proprio perché mette i lavoratori distaccati in grado di esercitare un'azione legale²¹⁸.

lavoro, bensì l'attività lavorativa svolta nell'arco di un periodo di tempo; per P. BERTOLI, *cit.*, pag. 127 il criterio temporale dovrebbe venire in rilievo solo ove le prestazioni svolte nei vari Stati si rivelassero qualitativamente omogenee. La Corte, peraltro, ammetteva deroghe a tale principio generale, tenuto conto degli eventuali nessi più stretti tra la controversia ed un diverso luogo di lavoro. Al riguardo, i giudici comunitari portavano ad esempio l'ipotesi in cui il lavoratore, dopo avere svolto il suo lavoro per un certo lasso di tempo in un luogo determinato, avesse cominciato un'attività in maniera durevole in un luogo differente, destinato a diventare il nuovo luogo di lavoro abituale. Ove poi fossero esistiti almeno due luoghi di eguale importanza ovvero in nessun luogo fosse stata svolta attività in modo sufficientemente stabile, i fori a disposizione del lavoratore sarebbero stati solo quelli dello stabilimento o il foro generale del convenuto.

²¹⁶ P. BERTOLI, *cit.*, pag. 128.

²¹⁷ In una recente pronuncia della Corte di Cassazione, in coerenza con la nozione di luogo di svolgimento abituale della prestazione, tale articolo avrebbe consentito ad un pilota di aereo di adire il Tribunale del Paese (a detta del lavoratore, l'Italia) nel quale è o era distaccato. Il mancato riconoscimento dell'esistenza di una sede italiana della *Bruxelles Airlines Fly*, ha escluso l'ipotesi del distacco, così Cass., Sez. Un., 7 luglio 2009, n. 18509, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2, 2010, pag. 653 ss. con nota di F. AMICI, *Forum loci executionis e contratto internazionale di lavoro*.

²¹⁸ Così è stato nella dottrina francese, ved. M. A. MOREAU, *cit.*, pag. 904. Più recentemente, la Commissione europea ha ritenuto "indispensabile agevolare l'accesso dei lavoratori distaccati alla giurisdizione – procedimenti di arbitrato e di mediazione inclusi – alle stesse condizioni dei

2. 8. (segue) *La sicurezza sociale del lavoratore distaccato nel conflitto di leggi.*

Per quanto attiene al profilo previdenziale²¹⁹, la regola generale della *lex loci laboris*, dettata dall'art. 13 del Regolamento n. 1408/1071²²⁰, in base alla quale la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro è soggetta alla legislazione previdenziale di tale paese anche se risiede nel territorio

lavoratori nazionali, ved. *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, COM (2006) def., Bruxelles, 4 aprile 2006, pag. 11.

²¹⁹ Fuori dai territori dell'Unione, sono legati all'Italia da convenzioni bilaterali o multilaterali di sicurezza sociale contenenti norme in materia di distacchi i seguenti Stati: Argentina, Australia, Brasile, Canada e Quebec, Capoverde, Croazia, Jersey e Israele (scambio di note limitato ai distacchi), Jugoslavia, Principato di Monaco, San Marino, Tunisia, Uruguay, Vaticano e Venezuela.

²²⁰ Il 1° maggio u.s. sono entrati ufficialmente in vigore i nuovi regolamenti europei di sicurezza sociale: il Reg. (CE) n. 883/2004 del 29 aprile 2004 (c.d. "regolamento di base") relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, ha sostituito il Regolamento del 1971, in vigore fino al 30 aprile u.s.; il Regolamento (CE) n. 988/2009 del 16 settembre 2009, che ha modificato il suddetto regolamento di base e determina il contenuto dei relativi allegati; è entrato in vigore anche il Regolamento (CE) N. 987/2009 del 16 settembre 2009 (cd. "regolamento applicativo"), che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004 (che sostituisce il regolamento applicativo 574/72 in vigore fino al 30 aprile u.s.). Le modifiche apportate dai nuovi regolamenti sono numerose e saranno oggetto di uno specifico studio approfondito da parte della Funzione Operativa Politiche Sociali e Migratorie nei prossimi mesi. In particolare, viene valorizzato il c.d. impiego "sostanziale": verrà fissata con certezza la legislazione applicabile a quei lavoratori occupati simultaneamente in due o più Paesi per lo stesso datore di lavoro, attraverso la definizione di "impiego sostanziale" (*substantial employment*); sul punto, ved. P. OLIVELLI, *I regolamenti U.e. in materia di sicurezza sociale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2, 2010, pag. 362.

Un'altra innovazione particolarmente significativa apportata dai nuovi Regolamenti è direttamente legata all'avvento di internet: gli organismi socio-previdenziali europei saranno tenuti a dialogare tra loro unicamente per via informatica. Verrà quindi superato l'invio di documentazione e moduli in formato cartaceo: tale innovazione sarà resa possibile dall'istituzione di un *network* informatico denominato EESSI *Electronic exchange of social security information*, che collegherà tra loro tutti gli enti previdenziali europei. E' previsto che la nuova rete EESSI (un'evoluzione del sistema TESS, già in uso con funzioni limitate da parte di alcune amministrazioni nazionali) divenga operativa in tutti i 27 Paesi dell'Unione Europea entro due anni (maggio 2012). In questo periodo transitorio i vecchi formulari, qualora non fosse possibile per alcuni Paesi l'uso immediato del sistema di invio telematico EESSI, dovranno utilizzare la versione cartacea dei modelli EESSI, i c.d. modelli SED; il nuovo Regolamento non si applicherà ai cittadini di Paesi terzi: agli stessi continuerà ad applicarsi il vecchio Regolamento 1408/71 (ad essi esteso in base al Regolamento 859/2003). Il Regolamento 1408/71 si continua anche ad applicarsi nei rapporti con: Norvegia, Islanda, Liechtenstein (in base all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo, i c.d. Paesi S.E.E.); la Svizzera (che applica il Regolamento 1408/71 dal 1° giugno 2002 in base all'Accordo sulla Libera Circolazione con l'Unione Europea); la Turchia (in base alla Convenzione europea di Sicurezza sociale, in vigore dal 12/4/1990, firmata nell'ambito del Consiglio d'Europa).

di un altro Stato o se l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende, ha la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato comunitario, è derogata da una serie di ipotesi indicate nell'art. 14 del medesimo Regolamento. La principale di queste ipotesi è proprio quella del distacco²²¹.

Infatti, la persona che esercita nel territorio di uno Stato membro un'attività subordinata presso un'impresa dalla quale dipende normalmente ed è distaccata da questa nel territorio di un altro Stato membro per svolgervi un lavoro per conto della medesima, rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro, a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i dodici mesi e che essa non sia distaccata in sostituzione di un'altra persona giunta al termine del suo periodo di distacco, come afferma il Regolamento.²²²

Materialmente questo aspetto implica che il datore di lavoro può continuare a versare i contributi previdenziali alle istituzioni di appartenenza secondo le disposizioni di legge vigenti, e che il lavoratore continua a maturare regolarmente i requisiti pensionistici secondo il regime previdenziale dello Stato di provenienza, e a beneficiare, in presenza delle condizioni di legge, di tutte le relative prestazioni²²³.

Ne consegue che una impresa di collocamento di lavoro temporaneo che intende svolgere servizi transfrontalieri può avvantaggiarsi di questa disposizione solo se esercita normalmente la propria attività nello Stato membro di stabilimento, e cioè, se l'impresa esercita abitualmente attività significative in detto Stato²²⁴. Al

²²¹ S. GIUBBONI, *La sicurezza sociale dei lavoratori che si spostano all'interno dell'Unione europea*, in S. SCIARRA – B. CARUSO (a cura di), *cit.*, pag. 594 ss.; G. CIOCCA, *La previdenza obbligatoria nelle disposizioni comunitarie*, in F. CARINCI – A. PIZZOFRERATO (a cura di), *cit.*, pag. 841 ss.; W. CHIAROMONTE, *La disciplina di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale*, in S. SCIARRA (a cura di), *cit.*, pag. 262.

²²² Causa SA: *Names BV*, 26 gennaio 2006, C-2/05, in *Guida al Lav.*, 11, 2006, pag. 24 ss.

²²³ M. CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *Lav. Giur.*, 2, 2007, pag. 127, il quale afferma: “qualche incongruenza si può verificare sul fronte delle prestazioni di malattia e maternità, stanti alcuni persistenti difformità normative e gestionali nei sistemi nazionali (normalmente, comunque, destinate a risolversi attraverso l'erogazione secondo la legge dello Stato di impiego, salvo rimborso da parte dell'istituzione dello Stato di provenienza)”.

²²⁴ Caso *Manpower*, 17 dicembre 1970, C-35/70, in *Racc.*, 1970, pag. 1257, in cui la Corte rileva come, nella fattispecie, la continuità per tutta la durata dell'occupazione, del vincolo di subordinazione fra il lavoratore e l'impresa fornitrice risulti dalla circostanza che è quest'ultima a pagare la retribuzione e che può licenziare il lavoratore per inadempimenti di cui si sia reso responsabile durante lo svolgimento del lavoro presso l'impresa cliente. Dunque, l'impresa

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

contrario, in un'impresa edile che invii propri lavoratori nel territorio di un altro Stato membro nel quale essa esercita l'insieme delle due attività non può avvalersi della deroga disposta dall'art. 14, n. 1, lett. a) del citato Regolamento²²⁵. Qualora poi la durata del lavoro da effettuare si prolunghi per circostanze imprevedibili oltre la durata prevista in un primo tempo e superi i 12 mesi, è comunque possibile una proroga di ulteriori dodici mesi, a condizione che l'autorità²²⁶ competente dello Stato nel cui territorio il lavoratore è distaccato o l'organismo designato da tale autorità, abbia dato il proprio accordo: esso deve essere richiesto prima della fine del periodo iniziale di dodici mesi e non può essere concesso per un periodo superiore a dodici mesi (art. 14, par. 1, lett. b) del Regolamento.

Inoltre, l'art. 17 del Regolamento prevede che le autorità di due Stati membri dell'Unione europea, o gli organismi designati da tali autorità, possono prevedere di comune accordo, nell'interesse di determinate categorie di persone o di determinate persone, eccezioni alle disposizioni riportate. Le ulteriori eccezioni possono normalmente essere accordate per periodi di 3-4 anni, oltre ai primi 2 anni di distacco e di relativa proroga, anche se si potrebbe ipotizzare un distacco per un periodo indeterminato, essendo lasciato alla facoltà delle parti di decidere²²⁷.

Sul fronte delle decisioni di carattere amministrativo, negli ultimi trent'anni la Commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti²²⁸, attraverso una serie di decisioni, spesso stimulate, direttamente o indirettamente,

fornitrice è il datore di lavoro per conto del quale il lavoratore distaccato opera presso l'impresa utilizzatrice.

²²⁵ Causa *Plum*, C-404/98, 9 novembre 2000.

²²⁶ Per effetto di quanto disposto dal Regolamento 77/2205, che ha modificato l'allegato 10 al Regolamento 574/1972; per l'Italia detti organismi sono rappresentati dalle Sedi regionali dell'INPS; sul punto ved. S. TERSIGNI, *L'articolo 17 del regolamento comunitario n. 1408/71*, in *Guida al Lav.*, 2005, pag. 39 ss; cfr. M. ZARRO, *La tutela previdenziale dei lavoratori italiani all'estero e stranieri in Italia*, Tesi di Laurea in Diritto della previdenza sociale, LUISS Guido Carli, A.A. 2006/2007.

²²⁷ Con alcuni Stati vigono accordi che prevedono espressamente che il distacco possa essere prorogato fino ad otto anni e, in casi particolari, anche oltre.

²²⁸ La Commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti (CASSTM) è l'organo comunitario cui, tra l'altro, spetta formalmente l'attività interpretativa delle norme Cee in materia di sicurezza sociale.

dalla Corte di Lussemburgo, è riuscita a rendere il quadro interpretativo e applicativo più chiaro, uniformandone l'applicazione e limitando fortemente il rischio che la fattispecie del distacco transnazionale venisse utilizzata in maniera difforme da quella che ne costituisce la *ratio* basilare.

In particolare, gli atti più interessanti sono sicuramente la Decisione 162/1996²²⁹ e la Decisione 181/2000²³⁰. Con la prima, la Commissione ha sottolineato l'importanza di accertare l'esistenza di un "legame organico" tra l'impresa che ha assunto il lavoratore ed il lavoratore stesso e che tale legame sia mantenuto durante tutto il periodo del distacco²³¹. Per stabilire se detto legame esiste, si devono considerare un insieme di elementi, quali "la responsabilità in materia di assunzione, di contratto di lavoro, di licenziamento e di determinazione della natura del lavoro (p. 1)"²³². In altre parole, il legame organico deve risultare dalla permanenza della responsabilità dell'impresa distaccante²³³.

Un altro aspetto affrontato nell'ambito della medesima Decisione è quello di fissare un confine preciso rispetto a richieste di applicazione delle norme in

²²⁹ In GUCE, n. L 241/28, del 21 settembre 1996.

²³⁰ In GUCE, n. L 329, del 14 dicembre 2001.

²³¹ Ved. L. CUZZOCREA – R. ROCCHI, *Distacco dei lavoratori nella U.e.: aspetti previdenziali e procedure*, in *Guida al Lav.*, 2005, pag. 54-55, secondo cui: "prendere in considerazione questi elementi significa che la sussistenza del legame organico tra distaccante e distaccato: comporta la verifica che tale legame discenda e permanga tra gli stessi soggetti le cui volontà negoziali sono confluite nella stipula del contratto di lavoro e sia sorto proprio in dipendenza di quell'incontro delle volontà negoziali che hanno condotto al provvedimento di assunzione; implica che il potere di risoluzione del contratto di lavoro che si realizza con il licenziamento sia attribuito esclusivamente all'impresa distaccante; comporta che l'impresa distaccante conserva il potere di determinare la "natura" del lavoro cui è tenuto il lavoratore distaccato, intendendo certamente non la facoltà di delineare nei minimi dettagli il tipo di lavoro da svolgere e le relative modalità di svolgimento, ma certamente quella più generale di decidere il prodotto finale da ottenere ovvero il servizio fondamentale da garantire"; al riguardo ved. M. ZARRO, *cit.*

²³² S. MARETTI, *La legislazione previdenziale applicabile ai lavoratori temporanei distaccati all'estero*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 541, secondo la quale: "sull'interpretazione di tale requisito la Corte di Giustizia non si spinge oltre [...] poiché spetta al giudice nazionale il compito di verificare la sussistenza nelle controversie di cui è investito alla luce del proprio diritto interno".

²³³ M. CINELLI, *cit.*, pag. 129, in cui viene affermato che "quello che conta non è tanto la materiale gestione di singoli aspetti del rapporto di lavoro (modalità di erogazione della retribuzione, mansioni, gestione di riposi e ferie, ecc...), quanto la loro complessiva riferibilità alla responsabilità dell'impresa distaccante: che è quanto avviene normalmente, ad esempio, nel caso in cui la capogruppo di una struttura imprenditoriale multinazionale distacchi i suoi dipendenti presso filiali o imprese consociate ubicate in altri Stati membri".

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

materia di distacco, che, per le loro caratteristiche potevano prestarsi a facili abusi ed equivoci.

La prima fattispecie atipica di distacco viene individuata nei casi in cui un'impresa del Paese di invio distacca il proprio personale abituale, che quindi operava alla dipendenze dell'impresa già prima del distacco, presso un'altra o altre imprese del Paese di impiego, con particolare riguardo ai casi in cui il distacco viene effettuato proprio affinché il lavoratore svolga la propria attività “successivamente o simultaneamente in due o più imprese situate nello stesso Paese membro” (punto 2, lett. a).

La seconda fattispecie considerata ai limiti delle norme in materia di distacco, ma pur sempre disciplinata dalle stesse, è quella che la Commissione definisce “distacco del personale assunto per essere distaccato” (p. 2, lett. b). In questo caso, è determinante il fatto che il lavoratore continui ad agire per conto dell'impresa distaccante e quindi sussista con essa il legame organico. Le aziende che assumono personale per distaccarlo devono, a detta della Commissione, esercitare “di norma” la propria attività sul territorio del Paese di invio, il che implica, da un lato, per le imprese di lavoro interinale, che la loro attività debba essere svolta “abituamente” nei confronti di utilizzatori che hanno sede sul territorio del predetto Paese e, dall'altro, per le imprese diverse da quelle di lavoro interinale, che debbano svolgere “attività sostanziali” e debbano impiegare “abituamente” il proprio personale su detto territorio²³⁴.

In seguito a questa Decisione, taluni interventi della Corte di Lussemburgo hanno reso necessaria una nuova pronuncia della Commissione, che si è avuta con la Decisione n. 181 del 13 dicembre 2000, concernente l'interpretazione degli artt. 14, par. 1, 14-*bis*, par. 1 e 14-*ter*, parr. 1 e 2 del Regolamento n. 1408/71²³⁵.

²³⁴ La Commissione ha anche individuato le casistiche in cui le norme concernenti il distacco non possono essere assolutamente applicate ed il riferimento è al caso in cui l'impresa presso cui il lavoratore è distaccato metta quest'ultimo a disposizione di un'altra impresa del Paese di impiego; quello che vede il lavoratore distaccato in un Paese membro messo a disposizione di un'impresa situata in un altro Paese membro ed, infine, il caso del lavoratore assunto in un Paese membro per essere inviato da un'impresa situata in un secondo Paese presso un'impresa di un terzo Paese membro; sul punto, M. ZARRO, *cit.*

²³⁵ Ved. S. GIUBBONI, *cit.*, pagg. 601-602.

La decisione in esame, pur essendo formalmente sostitutiva della Decisione 162/1996, costituisce un aggiornamento di quest'ultima, il cui contenuto continua ad essere un essenziale punto di riferimento ai fini interpretativi ed applicativi²³⁶.

Gli elementi innovativi sono rappresentati da una più precisa esposizione degli elementi qualificanti ai fini dell'esistenza di un "esercizio abituale di attività significative" sul territorio dello Stato in cui ha la propria sede l'impresa distaccante²³⁷ e dallo sforzo di fornire un quadro interpretativo quanto più possibile preciso per garantire la corretta applicazione, anche ai lavoratori autonomi, delle norme in materia di distacco²³⁸.

Infine, va opportunamente ricordato il preciso impegno programmatico contenuto nella decisione da ultimo analizzata, in base al quale la Commissione amministrativa si è autoassegnata un compito permanente di impegno e importanza, ossia elaborare ed aggiornare "ad uso delle amministrazioni, delle imprese e dei lavoratori un codice di buone pratiche in materia di distacco dei lavoratori ed esercizio da parte dei lavoratori autonomi di un'attività temporanea al di fuori del loro Stato di residenza" (punto 10).

La stessa Commissione europea è riuscita – in altri tempi - ad individuare le problematiche relative al distacco in maniera precisa: "la realizzazione del mercato interno offre un quadro dinamico per la prestazione di servizi in materia di appalti transnazionali inducendo un crescente numero di imprese a distaccare contemporaneamente i loro dipendenti per eseguire lavori sul territorio di uno Stato diverso in cui sono abitualmente occupati: lo sviluppo delle prestazioni

²³⁶ Di questo parere è anche l'Inps che, nel fornire, con Circolare n. 173 del 28 novembre 2002, per la parte innovativa, le istruzioni operative della Decisione n. 162/1996, aggiornandola e ampliandola sulla base della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²³⁷ Sul punto la decisione richiama i contenuti della sentenza *Fitzwilliam*, 10 febbraio 2000, C-202/97, affermando che l'organismo competente dello Stato membro di residenza dell'impresa distaccante, al fine di accertare se un'impresa esercita abitualmente attività significative in tale Stato, è tenuto ad esaminare l'insieme dei criteri che caratterizzano le attività esercitate da questa impresa; così M. ZARRO, *cit.*

²³⁸ E' da ritenere che le indicazioni fornite all'interno delle Decisioni finora analizzate, pur essendo contenute in un atto formalmente vincolante, siano suscettibili di prova contraria, a proposito della specificità del caso concretamente interessato, ved. M. CINELLI, *cit.*, pag. 129.

IL DISTACCO DEL LAVORO EUROPEO:
L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA E IL CONFLITTO DI LEGGI

transnazionali di servizi esige un clima di leale concorrenza che non può essere conseguito senza misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori”²³⁹.

²³⁹ COM (91) 230 def., dell'1 agosto 1991.

CAPITOLO II

CAPITOLO TERZO

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO: PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

3.1. Le origini storico-evolutive del distacco: l'attuazione nel pubblico impiego e la sua morfologia nel contesto privato.

Una volta soffermatisi sull'evoluzione giurisprudenziale della libera circolazione dei servizi nel mercato interno, all'interno del quale s'inseriscono i processi di distacco transnazionale della manodopera, occorre ora portare l'attenzione sullo sviluppo del distacco all'interno dei confini nazionali, al fine di individuare divergenze e convergenze tra le due discipline.

Nell'ordinamento italiano, il distacco o comando¹ ha sempre rappresentato una specie di figura "eretica", come fenomeno organizzativo "prima ancora che giuridico"², all'interno di una legislazione che, per molto tempo, non ha contemplato forme di scissione fra la titolarità del rapporto di lavoro e l'esercizio del potere direttivo.

¹ In dottrina vi è chi distingue le due voci, come M. ESPOSITO, *Distacco e prestazioni di lavoro a favore del terzo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1996, pag. 123 ss.; ID., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002, pag. 73 ss. Per l'A., si può parlare di comando come di "un'espressione del potere direttivo del creditore della prestazione lavorativa solo nelle ipotesi in cui l'attività propria dell'impresa assuntrice sia la somministrazione di forza lavoro ovvero, anche, quando l'attività stessa dell'impresa e di conseguenza del lavoratore richiedano, di volta in volta, l'invio del lavoratore presso imprese o amministrazioni – quando si tratta di mobilità fra enti pubblici – diverse"; si parla di distacco, invece, configurandolo come sostanziale novazione dell'assetto negoziale originario e quindi di spostamento del lavoratore presso e a favore del terzo, come "evento modificativo del rapporto, nuovo rispetto a questo, non discendente direttamente, o necessariamente, né dalla natura dell'attività dell'impresa assuntrice, né da quella del lavoratore. Invece, chi utilizza le due espressioni come sinonimi è M. T. CARINCI, *Art. 2127. La fornitura di lavoro altrui*, in *Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 2000, pag. 178; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta di lavoratori*, Milano, 2001, pag. 107 ss.

² P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo sul rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro – Trento, 4-5 giugno 1999*, Milano, 2000, pag. 3; nonché, ID., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 203 ss.

In sostanza, si tratta di “un atto organizzativo dell’impresa”, caratterizzato da una triangolazione strutturale, che determina una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, ovvero di “un esercizio normale, fisiologico e non fraudolento del potere direttivo, in funzione dell’interesse oggettivo dell’imprenditore”³.

Nel corso del tempo, la sua presenza ha infranto il “dogma” dell’unicità del soggetto titolare del rapporto e del beneficiario della prestazione, così configurando una situazione di temporanea dissociazione tra datore di lavoro e fruitore della prestazione che la utilizza⁴.

L’istituto in questione è stato oggetto di studio da parte della dottrina in molteplici vesti: come uno strumento di circolazione dei lavoratori nell’ambito della “impresa di gruppo”⁵; come un aspetto delle modificazioni soggettive del rapporto di lavoro⁶; come una vicenda di mobilità individuale⁷; o, ancora, come una peculiare forma di “interposizione”, in quanto deroga di origine giurisprudenziale⁸.

Nei suoi termini più generali, il distacco attuato nell’interesse del titolare del rapporto di lavoro evoca le complesse questioni dell’individuazione della sua fonte giuridica e della sua riconducibilità agli istituti di diritto civile che consentono la deviazione degli effetti del contratto in capo ad un terzo⁹.

³ M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo*, Torino, II ed., 2010, pag. 91.

⁴ In generale, ved. M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro. Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, pag. 214 ss.; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pag. 5 ss.; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.

⁵ Risalenti nel tempo si vedano G. BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano, 1971, pag. 4 ss.; O. MAZZOTTA, *Rapporti di lavoro, società collegate e Statuto dei lavoratori*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, pag. 751 ss.; A. VALLEBONA, *Problemi del rapporto di lavoro nei gruppi di società*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1982, pag. 673; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995, pag. 327 ss. la quale si è soffermata in particolare sulla prassi del licenziamento con contestuale assunzione presso il “distaccatario”, nella specie per garantire la mobilità infragruppo; in proposito cfr. S. TORTINI, *cit.*

⁶ M. GRANDI, *cit.*, pag. 216 ss.; S. MAGRINI, *cit.*, pag. 15 ss.

⁷ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, pag. 42 ss.

⁸ M. T. CARINCI, *cit.*, pag. 29; O. BONARDI, *cit.*, pag. 107.

⁹ M. GRANDI, *cit.*, pag. 218.

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

A tal proposito, vi è stato chi ha ipotizzato l'esistenza fra il lavoratore distaccato ed il terzo di un'ulteriore relazione obbligatoria, quale conseguenza dell'adempimento dell'obbligazione principale "con contenuto più ridotto ed in funzione strumentale rispetto all'obbligazione originaria"¹⁰; altri hanno riportato il distacco nel generale contratto a favore del terzo di cui all'art. 1411 c.c., perché il lavoratore si obbliga nei confronti del proprio datore di lavoro a svolgere una prestazione presso un terzo estraneo al contratto di lavoro originario¹¹. Ancora, altra dottrina ha preferito parlare di modifiche soggettive nel rapporto obbligatorio ovvero di differenti modalità di attuazione della prestazione di lavoro¹², con largo seguito poi in giurisprudenza¹³.

Inoltre, si suole distinguere tra la nozione di comando in senso proprio, per mezzo del quale il lavoratore è inserito nell'organizzazione di lavoro del distaccatario, il quale esercita anche il potere direttivo, dal comando improprio, che avviene quando il lavoratore svolge la propria prestazione presso un terzo che beneficia, di fatto, del risultato prodotto senza esercitare alcun potere tipico datoriale¹⁴.

Si tratta, in sostanza, dell'ipotesi in cui il terzo risulti beneficiario del risultato produttivo dell'attività lavorativa, ma non abbia la disponibilità della prestazione del lavoratore: "è, ad esempio, il caso dell'attività svolta dal lavoratore, dipendente di un'impresa produttrice di servizi, presso il committente. In questi casi si può ben dire che la posizione del beneficiario del risultato economico della prestazione assume una rilevanza di mero fatto rispetto al contratto e al rapporto

¹⁰ S. MAGRINI, *cit.*, pag. 84.

¹¹ M. ESPOSITO, *cit.*, pag. 137.

¹² Dovendosi riportare il distacco all'art. 1188, co. 1 c.c., così M. GRANDI, *cit.*, pag. 213 ss.

¹³ Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in *Or. Giur. Lav.*, I, 2000, pag. 968; più risalente, Cass. 23 aprile 1992, n. 4851, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1993, pag. 445 ss., con nota di A. PIZZOFRERATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore "distaccante" e consenso del lavoratore*. A tal riguardo, l'intervento giurisprudenziale volto a reprimere alcune prassi sociali, come la sospensione convenzionale del rapporto per poter essere assunti presso altro datore, che sebbene avvenga con il consenso del lavoratore, assicura una minor tutela; così le critiche di M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, 1997, pag. 472 ss.

¹⁴ S. MAGRINI, *cit.*, pag. 50; recentemente, C. ZOLI, *Articolo 30, Distacco*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, pag. 339 ss.

di lavoro, non influenzandone in alcun modo la struttura soggettiva, né il regime giuridico”¹⁵.

L’istituto, come noto, vede la sua la genesi nel settore del pubblico impiego¹⁶, dove è stato utilizzato sin dagli anni cinquanta, ottenendo pieno riconoscimento, e una regolamentazione di carattere generale: si differenzia dal comando e presenta connotati differenti rispetto a quelli successivamente acquisiti nel settore privato¹⁷.

Infatti, si tratta di una figura ibrida, coniata dalla prassi amministrativa, che risulta da sempre priva di una disciplina organica assimilabile del comando o del collocamento fuori ruolo.

Nella prassi ricorrente, entrambi gli istituti non comportano la costituzione di un nuovo rapporto d’impiego fra il dipendente e la P.A., che rimane quello originario, ma determinano la dislocazione temporanea del lavoratore presso un ufficio diverso da quello in cui adempie la sua prestazione e diretto ad altra Amministrazione, dove è chiamato ad compiere le proprie mansioni.

In maniera più precisa, in virtù degli artt. 56 e 57 del T.U. sul pubblico impiego e dell’art. 34 del D.P.R. 1077/70, attraverso cui il diritto del lavoro pubblico faceva riferimento al distacco, si definiva “comando” la particolare posizione del dipendente statale destinato a prestare servizio presso un’amministrazione diversa da quella di appartenenza¹⁸, mentre la prassi ha enucleato nel distacco il passaggio del lavoratore da un’amministrazione statale ad un ente pubblico diverso rispetto a quello dove il dipendente risultava stabilmente assunto, in attesa che venisse formalizzato il trasferimento definitivo.¹⁹

¹⁵ S. MAGRINI, *La sostituzione*, cit., pag. 55. Pertanto, così configurato, “il comando improprio non è altro che un appalto genuino (o un contratto d’opera o altro tipo contrattuale), in adempimento del quale l’appaltante, nell’esercizio del suo potere direttivo, dispone che il lavoratore esegua la prestazione a beneficio del terzo”, così M. T. CARINCI, cit., pag. 180.

¹⁶ Secondo M. RUSCIANO, *L’impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, pag. 248, il distacco è “una mera situazione di fatto, concretata dallo svolgimento delle proprie funzioni d’istituto presso uffici dipendenti da altre amministrazioni”: non richiede l’adozione di un provvedimento formale, ma una semplice comunicazione all’amministrazione di appartenenza.

¹⁷ C. ZOLI, cit., pag. 340.

¹⁸ Infatti, la disciplina del comando tipizzata veniva distinta dal fenomeno del distacco, di prassi amministrativa, così P. VIRGA, *il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2002, pag. 153; C. ZOLI, cit., pag. 320; cfr. S. TORTINI, pag. 2 ss.

¹⁹ Il meccanismo di funzionamento dell’istituto non comporta una vacanza di posto

Peraltro, occorre rilevare che il distacco, presenta un tratto caratterizzante, che la dottrina ha già avuto modo di segnalare, consistente nell'assenza di una disciplina giuridica organica volta a regolamentarlo fino alla Riforma Biagi del 2003: una mera situazione di fatto che si concretizza nello svolgimento delle proprie funzioni di istituto presso uffici dipendenti da altra amministrazione, mentre il comando risulta fruibile solo entro vicende normative tipizzate²⁰.

Nel settore privato, l'art. 2139 c.c. stabilisce la possibilità di spostare il lavoratore da un imprenditore originario ad un soggetto imprenditoriale terzo, se pur unicamente in relazione ad uno scambio di manodopera fra imprenditori agricoli.²¹

La giurisprudenza che negli anni si è resa protagonista nel determinare, in linea di massima, la morfologia dell'istituto, tramite le sue molteplici pronunce in materia, ha affermato che il distacco di un lavoratore disposto dal datore di lavoro

nell'amministrazione di appartenenza del soggetto distaccato, poiché la posizione che si costituisce deve rimanere a disposizione di quest'ultimo. Le norme appena citate appaiono ancora oggi vigenti, poiché vengono riprese e confermate dagli artt. 14-17 della legge n. 127/1997, se pur risultano del tutto superate dai contratti collettivi che, in ragione delle prescrizioni degli artt. 69 e 71 del D.Lgs. n. 165/2001, prevalgono su di esse; sul punto ved. recentemente G. LEONE, *La mobilità individuale e collettiva*, in U. CARABELLI – M. T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, in particolare pag. 244 ss., la quale specifica che l'attuale disciplina della mobilità temporanea, complessivamente intesa, all'interno delle P.A. è affidata alla contrattazione collettiva.

Nei suoi obiettivi generali, la riforma del pubblico impiego, avviata all'inizio degli anni novanta, ha inteso perseguire il fine di una più proficua allocazione delle risorse umane attraverso gli strumenti della mobilità extra o infra-compartimentale, di cui all'originario art. 33 D.Lgs. n. 29/1993; la temporaneità del comando può consentire di soddisfare esigenze diverse: ad esempio, può garantire la funzionalità di strutture pubbliche di nuova istituzione non ancora dotate di proprio personale, o far acquisire ai dipendenti la professionalità di cui essi potranno giovare al rientro nell'Amministrazione di provenienza, ved. S. MAINARDI - M. MISCIONE, *La mobilità*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, I, Milano, 1995, pag. 572 ss; cfr. S. TORTINI, *cit.*

²⁰ Entrambe le fattispecie, da sempre, sono strumenti di mobilità temporanea del personale impiegato dalla P.A. nei suoi diversi comparti; per un'ultima ricognizione nella P.A., ved. M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego, tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2006, pag. 845 ss.

²¹ La fattispecie normativa più remota è quella dello scambio di manodopera o servizi, secondo gli usi praticati, tra i piccoli imprenditori agricoli ai sensi dell'art. 2139 c.c.; questa norma può essere letta "come corollario di una regola generale di compatibilità del rapporto interpositorio con il tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa, o come eccezione a una regola generale di contenuto opposto", P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni e P. Schlesinger*, I, Milano, 2000, pag. 495 ss; anche M. ESPOSITO, *cit.*, 2002, pag. 53 ss..

presso un altro soggetto, destinatario delle prestazioni lavorative, era configurabile quando sussistevano l'*interesse* del distaccante, affinché il primo prestasse la propria opera presso il distaccatario, nonché la *temporaneità* dello stesso, inteso come non definitività, con la possibilità della permanenza, in capo al distaccante, sia del potere direttivo, eventualmente delegabile al distaccatario, sia del potere di determinazione della cessazione del distacco²².

Non risultavano, invece, necessarie, ai fini della legittimità del distacco stesso, né una previsione contrattuale che lo autorizzasse, né l'assenso preventivo del lavoratore interessato, che doveva pertanto eseguire la sua prestazione altrove, nel rispetto del dovere di obbedienza sancito dall'art. 2104 c.c.²³.

Negli anni, si è registrato un significativo ed ulteriore intervento legislativo, costituito dalla l. del 23 ottobre 1960, n. 1369, il cui art. 1, co. 1 stabiliva il divieto di "impiego di manodopera assunta e retribuita da terzi", ossia il divieto di disgregazione fra il datore di lavoro formale che assume e retribuisce i lavoratori e l'utilizzatore delle prestazioni il quale, invece, esercita alcuni i poteri di tipo direttivo e di controllo. In ragione di ciò, si è reputato illegittimo, in linea di principio, l'invio di lavoratori presso altri imprenditori nell'interesse e a favore di questi ultimi.

Al riguardo, dottrina e giurisprudenza, in maniera univoca, hanno dichiarato che l'art. 2094 c.c. non richiede che il beneficiario delle prestazioni, oggetto del contratto, corrisponda al titolare del contratto stesso: in virtù di tale considerazione, si deve ritenere che il datore sia legittimato a pretendere che il lavoratore adempia al contratto e assolva il suo debito nei confronti di un'altra

²² Tra le molte, Cass. 8 settembre 2005, n. 17842, in *Or. Giur. Lav.*, 2005, pag. 848; Cass., 2 settembre 2004, n. 17748, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, n. 24, pag. 1428; Cass., 18 agosto 2004, n. 16165, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004; Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, *cit.*; in proposito, A. MURATORIO, *Il distacco in ambito privato nella recente legislazione degli orientamenti giurisprudenziali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1, 2009, pag. 251 ss.

²³ Cfr. Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in *Or. Giur. Lav.*, 2000, pag. 968 e Trib. Rieti, 11 marzo 1999, in *Lav. Prev. Oggi*, 1999, pag. 2109. Sulla necessità del consenso ved. S. MAGRINI, *cit.*, pag. 90 ss. Inoltre, richiamandosi alla dottrina civilistica, M. ESPOSITO, *cit.*, 2002, pag. 164, allarga, rivisitandolo, il concetto di "interesse" al distacco, affermando che "alla base di un legittimo distacco potrebbe esservi un interesse del lavoratore o anche del lavoratore e del terzo beneficiario insieme".

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

impresa²⁴.

Genera meno dubbi, invece, la situazione in cui il lavoratore rimane sottoposto ai poteri direttivi, di controllo e disciplinare del proprio datore di lavoro, pur svolgendo le prestazioni lavorative presso un terzo imprenditore: tale casistica viene denominata comando o distacco improprio che ricorre quando “la posizione del beneficiario del risultato economico della prestazione assume una rilevanza di mero fatto rispetto al contratto ed al rapporto di lavoro, non influenzandone in alcun modo né la struttura soggettiva, né il regime giuridico”²⁵.

In maniera diversa, una maggiore attenzione deve essere riservata alla prestazione di manodopera che si determina quando viene sospeso consensualmente il rapporto di lavoro principale ed il lavoratore compie la prestazione alle dipendenze e sotto la direzione di un altro imprenditore, stipulando con questi un apposito contratto²⁶: in tali casi, occorre valutare con accuratezza la reale volontà delle parti ed, in maniera particolare, se tale fattispecie sia impiegata nel modo corretto.

In maniera più specifica, è necessario verificare se la sospensione concordata del rapporto, con contestuale prestito del lavoratore ad una società collegata, viene utilizzata in maniera propria, oppure viene adottata per il conseguimento di scopi contrari alla legge, o in modo fittizio per dissimulare un mero distacco la cui liceità, comunque, deve essere appurata volta per volta²⁷.

Parte della dottrina ha evidenziato che il destinare un lavoratore a svolgere le proprie prestazioni presso un terzo, il quale dispone di tali attività ed esercita i poteri direttivi e di controllo sul lavoratore stesso, risulta del tutto lecito, in

²⁴ M. GRANDI, *cit.*, pag. 213 ss.

²⁵ In questo senso, M. GRANDI, *Modificazioni*, pag. 5 ss.; A. PIZZOFERRATO, *cit.*, pag. 436 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il patto di distacco*, nota a Pret. Palermo, 26 ottobre 1988 e Trib. Palermo, 27 settembre 1989, in *Dir. Lav.*, 1990, 11, pag. 9.

²⁶ Cass., 10 agosto 1999, n. 8567, in *Not. Giur. Lav.*, 1999, pag. 569.

²⁷ Cass., 8 ottobre 1991, n. 10556, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1992, pag. 936. In questo senso, l'interesse al distacco deve essere valutato in relazione non allo scopo sociale astrattamente considerato, bensì al concreto espletamento dell'attività stessa, potendo venire escluso solo in caso di evidente ed insanabile contrasto con le finalità proprie dell'oggetto sociale o con le ragioni che abbiano indotto il datore di lavoro ad assumere il dipendente, così M. ESPOSITO, *cit.*, 2002, pag. 150; in proposito cfr. S. TORTINI, *cit.*

quanto permette di realizzare la causa originaria del contratto di lavoro, stipulato fra il distaccante ed il soggetto distaccato; in termini più precisi, si afferma che “la destinazione della prestazione al terzo è per definizione un modo di realizzare l’interesse contrattuale del datore di lavoro a disporre organizzativamente del comportamento del lavoratore”, mentre “nell’intermediazione illecita la destinazione della prestazione all’imprenditore committente non soddisfa altro interesse dell’intermediario che quello al corrispettivo”²⁸.

²⁸ G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1958, pag. 15 ss. Tale orientamento è stato sostenuto anche dalla giurisprudenza che, peraltro, si rende attrice primaria nella ricostruzione dei presupposti dell’istituto, pur curandosi in maniera più relativa dei profili sistematici e dogmatici del medesimo, così M. ESPOSITO, *cit.*, pag. 41 ss..

3.2. *La sua evoluzione nel settore privato tra creazione giurisprudenziale e specifiche previsioni legislative: l'interesse, la temporaneità e gli obblighi per le parti.*

Nel corso degli anni, all'interno del settore privato, la giurisprudenza è intervenuta con riguardo alla materia del distacco con una pluralità di pronunce, assumendo il ruolo di attore principale nella delineazione della struttura del distacco, fissandone la definizione e i presupposti fondamentali, di modo che la situazione fosse sottratta al divieto di interposizione²⁹.

Tali presupposti sono stati individuati, pur con qualche incertezza relativa ai loro contenuti, nell'interesse dell'impresa distaccante e nella temporaneità, che rappresenta il corollario del primo³⁰.

Per la giurisprudenza, era condizione necessaria, al fine della sua operatività sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante³¹, la sussistenza di un interesse riguardante l'organizzazione imprenditoriale di quest'ultimo, a prescindere dalle circostanze che il luogo di espletamento delle prestazioni fosse costituito, per un certo periodo, da un'altra impresa.

Alla stregua di tale considerazione, le misure di gestione del rapporto di lavoro, attuate nel solo interesse del lavoratore³², o del distaccatario³³, si dovevano reputare del tutto illegittime.

Occorre precisare con maggior chiarezza il significato che si attribuiva al

²⁹ Infatti, nell'ambito organizzativo privato il distacco risponde a "genuine esigenze di flessibilità, specializzazione ed economicità organizzativa" delle imprese, così R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco nella riforma del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, pag. 61.

³⁰ Invero, vi è chi ha sostenuto che la legittimità dell'istituto è correlata alla possibilità di ricondurlo nell'area del potere organizzativo e, quindi, "nelle vicende interne del contratto", così R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pag. 646 ss.

³¹ Cass. 7 giugno 2000, n. 7743, in *Not. Dir. Lav.*, 2000, pag. 769.

³² Trib. Firenze, 23 maggio 1985, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1986, pag. 346.

³³ Cass. 10 giugno 1999, n. 5721, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2000, pag. 6 ss. e Cass. 2 novembre 1999, n. 12224, in *Not. Giur. Lav.*, 2000, pag. 39.

presupposto dell'interesse, con particolare attenzione ai suoi profili più rilevanti³⁴. Sul piano dogmatico, appariva controverso se il requisito dell'interesse organizzativo del distaccante dovesse appartenere alla causa del contratto di fornitura³⁵, oppure dovesse integrare quella del contratto di lavoro³⁶.

Sul versante empirico, invece, i contorni dell'imprescindibile presupposto in questione erano connotati da una certa nebulosità che spingeva la giurisprudenza ad individuare alcune fattispecie ricorrenti, in modo da tipizzare le condizioni giustificative, ossia le esigenze organizzative che lo legittimavano³⁷.

Innanzitutto, il lavoratore poteva essere distaccato presso altra impresa affinché, in quel contesto, acquisisse una specifica professionalità volta a permettere, successivamente, un suo più efficace inserimento nel sistema organizzativo del distaccante: da ciò si deduce, peraltro, che non era richiesta la soddisfazione immediata dell'interesse del datore, il quale avrebbe beneficiato della qualifica del dipendente, solo al momento del rientro di quest'ultimo nel proprio circuito produttivo³⁸.

In secondo luogo, si ammetteva che l'istituto fosse impiegato per scopi organizzativi ed, in specifico, per le relazioni di gruppo, ad incominciare dalla finalità di controllo della società capogruppo nei confronti della controllata³⁹; ma ciò non significa che l'interesse del datore fosse da rinvenire nel fatto che la sua società appartenesse al gruppo, in quanto il collegamento economico finanziario fra le imprese non determina unicità di personalità giuridica delle medesime⁴⁰.

³⁴ Cass. 16 febbraio 2000, n. 1733, in *Arch. Civ.*, 2000, pag. 564; Cass., 13 giugno 1995, n. 6657, in *Rep. Foro It.*, 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1175; Cass. 2 novembre 1999, n. 12224, *cit.*

³⁵ M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, *cit.*, pag. 183 ss.

³⁶ Soluzione quest'ultima che sembra più consona in ragione della ricostruzione successivamente compiuta per rendere legittima la misura gestionale, in questo senso, F. SCARPELLI, *Art. 30. Distacco*, in E. GRAGNOLI – A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2004, pag. 442; cfr. S. TORTINI, *cit.*, pag. 52 ss.

³⁷ R. DEL PUNTA, *cit.*, pag. 646 ss.

³⁸ A. PIZZOFERRATO, *cit.*, pag. 444.

³⁹ F. SCARPELLI, *cit.*, pag. 445 ss.; fra le varie pronunce, ved. Cass. 12 agosto 1992, n. 9517, in *Not. Giur. Lav.*, 1993, pag. 42 ss. e Cass. 16 febbraio 2000, n. 1733, in *Rep. For. It.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1614.

⁴⁰ Bensì lascia ad ognuna di esse la propria personalità e, dunque, la gestione dei rapporti di lavoro del personale che ad essa faceva capo. Sull'emersione e uso del criterio dell'"unicità di impresa" nella giurisprudenza, ved. O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel*

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Da questo conseguiva che il distacco doveva essere utilizzato per soddisfare, in maniera diretta o indiretta, l'interesse della società distaccante, con la precisazione che il collegamento societario rappresentava una labile indicazione, ma non certo la prova dell'esistenza di un interesse della medesima all'espletamento della prestazione da parte del proprio lavoratore presso il distaccatario.⁴¹ Dunque, anche nell'ambito del gruppo il datore, come in qualsiasi relazione fra imprese, doveva venire in evidenza un interesse specifico alla prestazione, che fosse di carattere produttivo ed economico⁴².

Inoltre, all'interesse si riconosceva un significato solidaristico, del tutto differente rispetto a quello di natura economica od organizzativa sin ora esaminato: tale estensione consentiva pure alle imprese no profit di avvalersi dell'istituto del distacco, per il conseguimento dei propri fini non lucrativi⁴³.

Altre divergenze di pensiero si evidenziano in merito alla fonte che consentiva al distaccatario di avvalersi del potere direttivo: a tal riguardo, si sono susseguite varie ipotesi, finché la giurisprudenza dominante si è attestata sull'idea che tanto il potere direttivo, quanto quello di controllo non venivano ceduti, in senso assoluto, al datore beneficiario delle prestazioni; il distaccante, infatti, manteneva un potere di interferenza, di intervento e di revoca anticipata del distacco e, pertanto, non poteva esentarsi dall'attribuire, nei casi stabiliti dalla legge, le mansioni superiori al soggetto distaccato, in quanto l'adozione di queste ultime era strettamente legata al provvedimento di distacco di cui egli poteva disporre⁴⁴.

Pertanto, il legislatore è intervenuto a più riprese, ampliando le possibilità di utilizzo del distacco, mediante l'introduzione di talune fattispecie speciali, per le

gruppo caratterizzato da "unicità di impresa", in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 122, 2, 2009, pag. 263 ss.

⁴¹ O. BONARDI, *cit.*, pag. 119. Inoltre, al riguardo ved. *Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali*, del 15 gennaio 2004, n. 3.

⁴² G. DE SIMONE, *cit.*, pag. 304 ss.; inoltre, per riferimenti giurisprudenziali ved. P. ICHINO, *cit.*, 2000, pag. 498 ss.

⁴³ Cass. 17 gennaio 2001, n. 594, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2001, pag. 407 ss., nota di M. T. CARINCI, *Sulla distinzione tra distacco lecito ed interposizione: ha rilievo la natura dell'interesse del distaccante ?*; sulla rilevanza di un interesse di ordine morale, ved. M. ESPOSITO, *cit.*, 2002, pag. 164.

⁴⁴ In proposito, M. GRANDI, *cit.*, pag. 214 ss.

quali non occorre i presupposti che integravano in via generale l'istituto. Uno dei casi più significativi concerne le crisi aziendali e la contestuale eccedenza di personale⁴⁵.

Al requisito dell'interesse del distacco si aggiunge quello della temporaneità del medesimo, individuato già dalla giurisprudenza e ora recepito dall'art. 30 d.lgs n. 276 del 2003.

A seguito dell'introduzione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, tale elemento ne era anche un ulteriore tratto distintivo⁴⁶; prima della riforma, l'elaborazione giurisprudenziale riportava tale criterio a corollario dell'interesse, essendo funzionale alla sua misurazione⁴⁷.

In linea generale, il presupposto della temporaneità era comunemente richiesto quale condizione necessaria per la legittimità del distacco. Seppur valutata con notevole elasticità⁴⁸, la temporaneità poteva perdurare finché permaneva l'interesse del distaccante⁴⁹, e quindi non era intesa come durata breve o predeterminata del contratto, e poteva essere stabilita contestualmente alla stipulazione del distacco⁵⁰, tanto che si è ritenuto che la sussistenza del

⁴⁵ Per risolvere, o ridimensionare, tali criticità, l'art. 8, co. 3, l. 19 luglio 1993, n. 236, ha previsto la possibilità, per accordo sindacale, di distaccare i lavoratori presso un'altra impresa, in modo da evitare i licenziamenti o diminuirne il numero. Tale ipotesi evidenzia certamente che quell'operazione, di durata temporanea, non presuppone l'interesse del distaccante, bensì quello del lavoratore che, grazie ad essa, riesce a mantenere il proprio posto di lavoro; vi è chi ha parlato in proposito di interesse collettivo al mantenimento dei livelli occupazionali, sul punto ved. M. T. CARINCI, *cit.*, pag. 186 (due distinti interessi, mediati dall'accordo sindacale, entrambi rilevanti a diversi fini: quello del lavoratore all'occupabilità e quello dell'impresa alla flessibilità). Ulteriori deroghe alla regola della necessaria sussistenza dei presupposti giustificativi, venivano introdotte in diversi ambiti fra i quali si segnalano, in via esemplificativa, quello formativo con l'art. 16, co. 10, della legge 19 luglio 1994, n. 451 e quello del collocamento mirato tramite l'art. 12 della legge 12 marzo 1999 n. 68.

⁴⁶ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-10/2004*, pag. 24 ss.

⁴⁷ Tra le tante, Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, *cit.*; Cass., 7 giugno 2000, n. 7743, *cit.*; Cass., 23 agosto 1996, n. 7762, *cit.*; Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, *cit.*; Cass., 8 febbraio 1988, n. 1325, *cit.*

⁴⁸ In questo senso, Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, in *Or. Giur. Lav.*, 2000, pag. 968; cfr. S. TORTINI, *cit.*, pag. 52 ss.

⁴⁹ Per un quadro completo delle tre ipotesi ved. Cass., 15 giugno 1992, n. 7328, in *Rep. Foro It.*, 1994, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1129.

⁵⁰ Cass., 13 aprile 1987, n. 3684, in *Rep. Foro it.*, 1987, Voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2148; Cass., Sez. Un., 13 aprile 1989, n. 1751, in *Lav. Prev. Oggi*, 1990, pag. 1742; Cass., 16 giugno 1992, n. 7328, in *Dir. Lav.*, II, 1993, pag. 443; Cass., 13 giugno 1995, n. 6657, in *Rep. Foro It.*, 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1176.

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

presupposto in questione fosse semplicemente determinata dall'effettività del distacco⁵¹.

Tali argomenti hanno suscitato molteplici perplessità intorno alla durata massima del distacco stesso: la giurisprudenza, in alcune pronunce, ha dichiarato che l'illiceità della fattispecie si configurava solo quando la destinazione del lavoratore distaccato non risultasse più provvisoria ma acquisisse i caratteri della definitività, consentendo così al datore di collocare il proprio dipendente presso un terzo anche per periodi estremamente lunghi⁵².

Ulteriori dubbi riguardavano l'obbligo o meno per il datore di instaurare un accordo con il lavoratore per porre in essere il distacco. Parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza si sono attestate sull'idea che occorresse un patto tra tali soggetti, in virtù di due motivazioni alternative⁵³: innanzitutto, il distacco non risultava riconducibile all'art. 2103 c.c.⁵⁴ ed, in ogni caso, esso comunque causava effetti tali da trascendere il contenuto obbligatorio naturale del rapporto di lavoro, provocandone un ampliamento o, comunque, un'alterazione, tali da richiedere che il fatto costitutivo fosse previsto in un'apposita convenzione modificativa⁵⁵.

Invece, la corrente di pensiero prevalente propendeva, a patto che non si trattasse di inviare all'estero il lavoratore⁵⁶, di assegnarlo a mansioni notevolmente qualificate⁵⁷, per riconoscere la natura unilaterale del distacco, reputandolo espressione del potere organizzativo che veniva conferito al datore, proprio dalla causa del contratto di lavoro.

⁵¹ G. DE SIMONE, *cit.*, pag. 296 ss.; M. T. CARINCI, *cit.*, pag. 182 ss.

⁵² Critica avanzata da F. SCARPELLI, *op. cit.*, pag. 443. Vedi anche Cass., 21 maggio 1998, n. 5102, in *Or. Giur. Lav.*, 1998, n. 584; Cass., 6 giugno 1990, n. 5416, in *Rep. Foro It.*, 1990, Voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1549; Cass., 17 maggio 1998, n. 2880, in *Foro It.*, 1998, I, pag. 3582; cfr. A. MURATORIO, *cit.*

⁵³ Cass., 15 febbraio 1979, n. 982, in *Foro It.*, 1979, I, pag. 616.

⁵⁴ L. ANGIELLO, *Il trasferimento dei lavoratori*, Padova, 1986, pag. 73 ss.

⁵⁵ F. CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, 1999, pag. 103 ss.

⁵⁶ A. NOBILI, *La mobilità estera (trasferimento, trasferta, distacco, ecc...)* nella giurisprudenza italiana, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 20, 1998, pag. 197 ss.; cfr. S. TORTINI, *cit.*, pag. 52 ss.

⁵⁷ Cass., 26 maggio 1993, n. 5907, in *Rep. Foro It.*, 1993, Voce *Lavoro (rapporto)*, pag. 42.

La temporaneità, dunque, non è sinonimo di brevità, ma, come anticipato, corrisponde alla “non definitività” del distacco⁵⁸, ovvero, ancora, eccezionalità e sporadicità della prassi⁵⁹.

Quindi, è l’interesse del distaccante a dovere essere temporaneo, non dovendo essere necessariamente predeterminato il periodo in cui il lavoratore resterà presso un terzo, ma è fondamentale che per tutto quel periodo il distaccante mantenga interesse a che il proprio dipendente presti la sua opera a favore di un altro⁶⁰.

L’indagine del giudice interno, portata avanti caso per caso, può beneficiare di un valido strumento attraverso cui guardare alla legittimità del distacco: da un lato, essa dipenderà dalla presenza di un interesse temporaneo, che dovrà restare per tutta la durata del distacco, cosicché i due periodi, afferenti uno all’assegnazione e l’altro all’interesse, coincidano; dall’altro, una valutazione circa la temporaneità che contraddistingue l’assegnazione presso un terzo, potrà essere utile nella valutazione delle ragioni che l’hanno determinata⁶¹.

Su tale criterio, per un confronto con la normativa previdenziale a livello europeo, il requisito della temporaneità del distacco è legalmente definito con la previsione di una durata massima⁶². Le ulteriori possibilità di proroga, discrezionalmente decise su base consensuale dalle competenti autorità previdenziali degli Stati membri, sono comunque subordinate alla condizione che siano disposte nell’interesse del lavoratore distaccato, a conferma che il punto di vista del

⁵⁸ Tra le molte, Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, *cit.*

⁵⁹ Come inviarsi reciprocamente lavoratori per colmare le assenze dei propri dipendenti, Cass., 2 novembre 1999, n. 12224, *cit.*

⁶⁰ M. T. CARINCI, *cit.*, pag. 183; G. DE SIMONE, *cit.*, pag. 296; Cass., 18 agosto 2004, n. 16165, *cit.*; Cass., 17 marzo 1998, n. 2880, in *Orien. Giur. Lav.*, 1998, pag. 588.

⁶¹ F. SCARPELLI, *cit.*, pag. 444, per il quale al momento del distacco deve potersi prevedere, in relazione alle caratteristiche dell’attività imprenditoriale, l’esaurirsi di un periodo delimitato dell’interesse al distacco stesso, e conseguentemente della sua durata; ved. Cass., 17 marzo 1998, n. 2880, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998; ved. S. TORTINI, *cit.*

⁶² Un anno estendibile a due nel vecchio Reg. n. 1408/71, direttamente due anni nel Reg. CEE n. 883/2004. Il 1° maggio 2010 sono entrati ufficialmente in vigore i nuovi regolamenti europei di sicurezza sociale: il Regolamento (CE) n. 883/2004 del 29 aprile 2004 (c.d. "regolamento di base") relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, che ha sostituito il Reg. n. 1408/71 e il Regolamento (CE) n. 988/2009 del 16 settembre 2009, che modifica il suddetto regolamento di base e determina il contenuto dei relativi allegati, così P. OLIVELLI, *cit.*, pag. 362 ss..

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

legislatore dell'U.e. rimane quello dell'art. 45 TFUE in materia di libera circolazione dei lavoratori, e non la libertà del datore di lavoro prestatore del servizio ai sensi dell'art. 56 TFUE⁶³.

Per tornare ai criteri dell'ordinamento interno, la modifica del soggetto a cui prestare lavoro non comporterebbe un mutamento nell'assetto contrattuale tale da legittimare una novazione soggettiva⁶⁴, ma incide sui rapporti tra le parti.

In ordine ai poteri direttivi, nella fase iniziale del distacco, il datore esercita uno dei poteri di organizzazione che gli sono propri, cui corrisponde il dovere di obbedienza del lavoratore ai sensi dell'art. 2104 c.c.; per il periodo successivo spettano invece al distaccatario il potere organizzativo e quello direttivo, nella misura in cui sono funzionali all'utilizzo della prestazione.

Persistono così, con il distaccante, ulteriori vincoli obbligatori rispetto alla normale organizzazione del lavoro, in particolare ogni decisione che modifichi l'assetto contrattuale⁶⁵ ed il potere di licenziare, ove ne sussistano i presupposti⁶⁶, ovvero il potere di richiamare il lavoratore in qualsiasi momento⁶⁷. Questo

⁶³ M. CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *Lav. Giur.*, 2007, pag. 124 ss; H. VERSCHUEREN, *Cross-border workers in the European internal market: Trojan horses for Member States' labour and social security law?*, in *Int. Jour. Comp. Law.*, 24, 2, 2008, pag. 167 ss. Sarebbe opportuno utilizzare anche per la Dir. N. 96/71/CE un criterio analogo a quello impiegato dall'art. 14 Reg. n. 1408/71, sia pure da un punto di vista rovesciato (lì, infatti, il limite temporale serve a precisare sino a quando il lavoratore ha diritto di mantenere l'affiliazione al regime previdenziale del paese di provenienza). Ritenere già oggi senz'altro estendibile tale norma per via analogica alla definizione di cui all'art. 1 Direttiva il limite temporale (ordinario) di un anno che il reg. 1408/71 che fissa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, è M. CINELLI, *cit.*, pag. 125; *contra*, ritenendo tale ultima impostazione una forzatura del dato normativo, S. GIUBBONI, *cit.*, 2008, pag. 573 ss..

⁶⁴ *Contra* M. ESPOSITO, ved. not.1. Tale soluzione è esclusa per il distacco temporaneo di un dipendente privato presso un'amministrazione pubblica, in particolare in ordine alla nascita di un rapporto di pubblico impiego con l'ente destinatario. In giurisprudenza, sulla controversia promossa da alcuni dipendenti delle società Ferrovie dello Stato, distaccati presso la Corte dei Conti e presso l'Avvocatura generale dello Stato, Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1998, n. 12543, in *Giust. Civ.*, I, 1999, pag. 3501.

⁶⁵ Chi ritiene che il distaccante mantenga anche il potere disciplinare da esercitarsi sulla base delle comunicazioni che provengono dal distaccatario è F. CAPURRO, *Il distacco*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2004, pag. 267.

⁶⁶ Cass., 22 marzo 2007, n. 7049, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, pag. 3; Cass., 1 ottobre 1998, n. 9768, in *Giust. Civ.*, 1999, I, pag. 1755, con nota di A. CARO, che impone l'obbligo di *repechage* nel caso in cui il rifiuto del distaccatario di ricevere la prestazione corrisponda all'impossibilità sopravvenuta.

⁶⁷ Cass., 3 agosto 2001, n. 10771, *cit.*; Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, *cit.* Un caso in cui il lavoratore viene richiamato nella struttura del distaccante è quando questo ricorre alle procedure

sdoppiamento di poteri è determinato dalla considerazione stessa del distacco quale manifestazione del potere unilaterale del datore di decidere delle modalità di adempimento da parte del lavoratore⁶⁸.

Una volta disposto, la giurisprudenza è da sempre orientata nel ritenere irrilevanti i mutamenti soggettivi che coinvolgono il beneficiario, in particolare nei casi di fusione o diverso avvicendamento nell'attività, salvo che venga meno l'interesse del distaccante a seguito del mutamento del distaccatario⁶⁹.

Permangono, inoltre, in capo al distaccante le obbligazioni retributive sorte nei confronti del lavoratore, anche se è stato ritenuto possibile che di ciò si sia obbligato il terzo distaccatario. In quest'ipotesi, il suo ruolo sarebbe quello di "mero adiectus solutionis causa", privo come tale, nell'eventuale giudizio, di autonoma legittimazione passiva⁷⁰.

Un ulteriore aspetto è l'ammissibilità del rimborso, totale o parziale, della retribuzione da parte del distaccatario, senza che ciò possa incidere sulla fattispecie: da un lato, si è negata la possibilità, per il rischio che ciò potesse mascherare in realtà un'interposizione illecita di manodopera⁷¹; dall'altro si è ritenuto che di per sé l'accollo della retribuzione non fosse indice dell'illiceità dell'operazione, ove sia rintracciabile in ogni caso un interesse del distaccante ad organizzare in tal modo la prestazione del proprio dipendente⁷².

di mobilità, inserendo il lavoratore tra quelli interessati, ovvero per il settore edile, nella cassa integrazione straordinaria, cui beneficia alle medesime condizioni dei lavoratori non distaccati, si veda *Circ. I.N.P.S.*, 13 marzo 2006, n. 41.

⁶⁸ In dottrina, C. BIZZARRO - M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, pag. 366 ss.; M. MARAZZA, *cit.*, pag. 213; cfr. S. TORTINI, *cit.*, pag. 52 ss.; C. ZOLI, *cit.*, pag. 342. Inoltre, dato il permanere del rapporto con il distaccante, durante la temporanea assegnazione presso un terzo, continua altresì a decorrere l'anzianità di servizio riguardo alla struttura di provenienza, senza interruzioni o differenze tra le varie fasi dell'unico rapporto, che è destinato a ricostituirsi nella sua normalità a seguito dell'eventuale richiamo del datore di lavoro, così nella giurisprudenza di merito, Pret. Torino 26 aprile 1996, in *Giur. Piem.*, 1997, pag. 223.

⁶⁹ Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, *cit.*; Cass., 3 novembre 2000, n. 14383, in *Not. Giur. Lav.*, 2001, pag. 161.

⁷⁰ Prassi diffusa laddove il distacco sia disposto ex art. 8, legge n. 236 del 1993. In giurisprudenza, Cass., 10 agosto 1999, n. 8567, *cit.*, che fa salva la diversa ipotesi in cui il rapporto di lavoro con il distaccante sia rimasto sospeso per dar luogo ad un nuovo rapporto di lavoro con il terzo.

⁷¹ Cass., 2 ottobre 1991, n. 6911, *cit.*

⁷² S. MAGRINI, *cit.*, pag. 60; P. ICHINO, *cit.*, 2000, pag. 496, che qualifica il distacco come oneroso. In giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 13 aprile 1989, n. 1751, *cit.* A parere di chi scrive,

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Accanto alle obbligazioni del distaccante nei confronti del lavoratore, sono altresì ammesse autonome e distinte obbligazioni che fanno capo al solo distaccatario. Si tratta in questi casi, e salvi diversi accordi tra le parti di obblighi derivanti da diverse condizioni stipulate direttamente con il lavoratore in un ulteriore rapporto collegato all'originario secondo la giurisprudenza, che trae occasione dalle vicende relative al distacco⁷³.

Restano, invece, al distaccante gli obblighi contributivi come titolare del rapporto dovendosi far riferimento alla propria attività ai fini della classificazione previdenziale e del relativo regime contributivo applicabile indipendentemente cioè da quella del terzo e dalle mansioni svolte durante il distacco⁷⁴.

In ordine, poi, agli obblighi di sicurezza, in giurisprudenza da una parte, si è riconosciuto che residui in capo al distaccante l'obbligo di garantire la persona del lavoratore ex art. 2087 c.c., esposto altresì all'eventuale azione di rivalsa dell'Inail ai sensi dell'art. 10 d.p.r. n. 1124 del 1965, tuttavia potrebbe ammettersi una concorrente responsabilità del terzo beneficiario nei casi di infortunio ex art. 2043 c.c.⁷⁵.

Al riguardo, merita distinguere le due posizioni: pur essendo privo in astratto dei poteri direttivi ed organizzativi dell'organizzazione del lavoro, il distaccante è responsabile dei danni al lavoratore per il solo fatto di averlo assegnato ad un altro soggetto⁷⁶. Ecco allora profilarsi nei suoi confronti una *culpa in eligendo* per aver distaccato un proprio dipendente in una struttura non fornita dei necessari requisiti tecnici e di sicurezza utili a preservarne l'incolumità. Il distaccatario, a

questa pare l'opzione preferibile, tanto da essere ritenuta legittima dal Ministero stesso, potendosi intendere come uno strumento per rendere "più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi sostenuti da ogni singola società" sempre che l'importo non superi "quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante, così Circ. Min. Lav. 15 gennaio 2004, n. 3.

⁷³ Cass., 1 febbraio 1988, n. 877, in *Giust. Civ. Mass.*, 1988.

⁷⁴ Cass., 11 marzo 1993, n. 2910, in *Not. Giur. Lav.*, 1994, pag. 404; cfr. S. TORTINI, *cit.*, pag. 52 ss.

⁷⁵ Circ. Min. Lav., 15 gennaio 2004, n. 3.

⁷⁶ Ribadito recentemente da Cass., Sez. lav., 11 gennaio 2010, n. 215, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2, 2010, pag. 345, con nota di M. VINCIERI.

sua volta, sebbene non sia il datore, è comunque tenuto a garantire la sicurezza, a prescindere dal titolo in base al quale utilizzi e regoli le prestazioni lavorative⁷⁷.

L'allargamento all'effettivo beneficiario della prestazione per i rischi connessi alla propria struttura produttiva è del resto in linea con la generale disciplina in materia di sicurezza, che estende la tutela anche ai soggetti che si trovano ad operare, pur non essendo lavoratori subordinati, in un determinato ambiente di lavoro⁷⁸.

Per tale duplicità di rapporti potrebbe sorgere una responsabilità concorrente del distaccante con il distaccatario, il quale è responsabile in via immediata delle carenze di sicurezza⁷⁹.

Al contrario, facendo leva sull'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e organizzativo dell'impresa presso cui è temporaneamente dislocato, si è riconosciuta in quest'ultima, e non nella distaccante, la destinataria degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c.. La disposizione, facendo richiamo alla gestione concreta dell'impresa ed alle misure necessarie secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica "individua chiaramente l'obbligo nel datore di lavoro effettivo e reale, vale a dire nel soggetto che dispone concretamente del potere di organizzazione dei fattori della produzione e dei modelli in cui viene prestato il lavoro e che, per la sua contiguità al continuo divenire delle tecniche produttive, è in grado di dare un contenuto di innovazione e di progresso alla tutela in oggetto, anche al di là dei confini propri delle prescrizioni di fonte e di elaborazione legale"⁸⁰.

Dal momento che il distacco rientra, quindi, tra i poteri direttivi ed organizzativi propri del datore di lavoro, non di meno la giurisprudenza e il legislatore si sono premurati di garantire la posizione del lavoratore distaccato.

L'attuale previsione legale prevede la necessità del consenso di quest'ultimo nell'ipotesi in cui vengano modificate le mansioni contemporaneamente al mutamento di destinatario delle prestazioni. La norma è stata, in proposito,

⁷⁷ Interpello Min. Lav. 13 luglio 2006, prot. n. 1565.

⁷⁸ Tra le molte, Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2004, n. 14875, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, n. 6, pag. 504, nota di A. PALLADINI; cfr. A. MURATORIO, *cit.*

⁷⁹ Pret. Brescia, 12 maggio 1998, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1998, pag. 696.

⁸⁰ Pret. Milano, 26 novembre 1996, in *Lav. Giur.*, 1997, pag. 333.

ritenuta “oscura” da parte della dottrina perché introdurrebbe a priori un limite all’esercizio dei normali poteri datoriali, cui corrisponde il dovere di obbedienza del dipendente ex art. 2014 c.c.⁸¹

È inevitabile che al cambiamento dell’organizzazione lavorativa segua una variazione, anche minima, delle modalità d’esecuzione della prestazione, con riferimento sia alle mansioni che al luogo di lavoro. Proprio alla luce di queste considerazioni assume rilevanza il consenso del lavoratore, ritenuto necessario in ordine a modifiche sostanziali di portata tale da variare il contenuto del contratto, come già normalmente previsto dall’art. 2103 c.c.⁸²

La medesima attenzione è stata dedicata all’ipotesi in cui durante il distacco vengano assegnate mansioni superiori, poiché nell’utilizzare la prestazione non può escludersi *a priori* l’evenienza che il lavoratore si trovi a svolgere mansioni anche solo parzialmente diverse⁸³.

La giurisprudenza ha riconosciuto l’inquadramento superiore durante il distacco ove le mansioni fossero omogenee rispetto a quelle in precedenza svolte a favore del datore di lavoro, sollevando non pochi dubbi in dottrina, che al contrario riporta l’ipotesi nell’ambito dell’art. 2103 c.c., a prescindere da ogni giudizio sull’omogeneità delle mansioni⁸⁴.

⁸¹ In questi termini critico è P. CHIECO, *cit.*, pag. 28. Come si vedrà nel paragrafo successivo, il legislatore del 2003 ha confermato l’orientamento consolidato dalla giurisprudenza, la quale ricerca un temperamento delle due posizioni contrattuali; il consenso del lavoratore non sarebbe allora un elemento costitutivo della fattispecie, così Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, *cit.*, ma anche una siffatta modifica unilaterale dell’assetto obbligatorio incontra i limiti dell’art. 2103 c.c. per la mobilità interna, ved. I. CORSO, *Il distacco del lavoratore*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, Torino, 2007, pag. 1583.

⁸² La stessa giurisprudenza, pur pacificamente orientata nell’escluderne la necessità, aveva ritenuto necessario il consenso del lavoratore ove le mansioni svolte presso il distaccante fossero particolarmente qualificate, lasciando così pensare che quelle di destinazione non lo fossero altrettanto, così Cass., 6 giugno 1990, n. 5406, in *Mass. Giur. It.*, 1990; più risalente nel tempo, Cass., 4 settembre 1970, n. 1189, in *Not. Giur. Lav.*, 1971, pag. 34.

⁸³ Il problema in tal caso non investirebbe tanto la possibilità di mutare le mansioni del lavoratore distaccato, ipotesi che richiede pur sempre il consenso dell’interessato, quanto piuttosto l’eventuale diritto alla qualifica corrispondente alle mansioni superiori, secondo i requisiti richiesti dalla contrattazione collettiva; cfr. S. TORTINI, *cit.*, pag. 52 ss.

⁸⁴ Salvo l’accordo fra lavoratore e distaccatario senza il consenso del distaccante per l’assegnazione a mansioni superiori, ovvero ancora con intenti fraudolenti, così M. BROLLO, *cit.*, pag. 313 ss.; *contra* M. ESPOSITO, *cit.*, 2002, pag. 118 ss., che, come visto, riconducendo il

3.3. Il consolidamento dei criteri giurisprudenziali: l'art. 30 del D.lgs. n. 276/03 e le differenze con la somministrazione e con l'appalto.

Ai sensi dell'art. 30, co. 1, del D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 “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”⁸⁵.

In questa previsione legislativa, per la prima volta codificata dal legislatore, sono quindi esplicitati i requisiti costitutivi della fattispecie del distacco presenti già nell'elaborazione giurisprudenziale, e cioè la temporaneità connaturata alla posizione del distacco, l'interesse del datore di lavoro che dispone il distacco, lo svolgimento di una attività determinata.

La scarna disciplina che accompagna il disposto normativo pone non pochi problemi interpretativi considerato che l'art. 30 esaurisce l'intera materia.

Il comma 2 dell'art. 30 dispone che “il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore” e poi, al comma 3, che il distacco “deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato”, ove comporti un mutamento di mansioni. Si prevede inoltre che qualora il distacco implichi il trasferimento di un'unità produttività distante più di 50 km da quella cui è adibito il lavoratore, esso possa avvenire “soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive”: una formula, questa, già utilizzata dal legislatore in materia di trasferimento, ai sensi dell'art. 2013 c.c., e di lavoro a termine, ai sensi dell'art. 1, D.lgs. n. 368/2001, poi ripresa dal D.lgs. n. 276/2003 in materia di somministrazione a tempo determinato⁸⁶.

Sempre con riguardo alla disciplina, si può ricordare che l'art. 3, co. 6, del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, dispone che sono a carico del distaccante gli obblighi di informare e formare il lavoratore

distacco al contratto a favore del terzo, ritiene che il diritto alla qualifica superiore abbia valore nei confronti del distaccante solo ove il distacco sia destinato a realizzare prevalentemente un interesse di quest'ultimo o nell'ipotesi in cui la nuova professionalità del lavoratore sia successivamente utilizzata presso l'impresa di provenienza.

⁸⁵ Disciplinato dal Capo II, Titolo III che regola anche l'appalto.

⁸⁶ C. ZOLI, *cit.*, pag. 343.

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali il prestatore di lavoro viene distaccato⁸⁷.

In mancanza dei requisiti legali, quali la temporaneità e l'esistenza di un interesse, il distacco configura un'ipotesi di interposizione illecita di manodopera equiparata, sul piano penale ai sensi dell'art. 18, co. 5-*bis*, D.lgs. n. 276 del 2003, all'esercizio non autorizzato dell'attività di somministrazione di manodopera⁸⁸.

Inoltre, ai sensi del comma 4-*bis* dell'art. 30, inserito dall'art. 7, co. 1, del D.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, qualora il distacco sia avvenuto in violazione di quanto disposto dal comma 1, esso configura una somministrazione irregolare di manodopera ai sensi dell'art. 27, D.lgs. n. 276 del 2003: il lavoratore interessato può chiedere mediante ricorso giudiziale, a norma dell'art. 414 c.p.c., la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo.

Pertanto, lo schema del distacco tipizzato contempla, da un punto di vista soggettivo, tre parti: il datore di lavoro distaccante, il lavoratore da questi dipendente e un altro soggetto, il distaccatario, ossia colui che utilizza la prestazione del lavoratore distaccato. Per questa ragione, è necessario che distaccante e distaccatario siano due soggetti distinti, ancorché collegati.

Il distacco del lavoratore, concretizzatosi nella dissociazione dei poteri datoriali, è quindi una figura di lecita somministrazione di lavoro che si affianca alla somministrazione professionale di manodopera⁸⁹: è una modificazione nell'esecuzione della prestazione nel senso che l'obbligazione del lavoratore viene adempiuta non in favore del datore distaccante, bensì in favore di quello distaccatario, con attribuzione a quest'ultimo dei poteri direttivi e, secondo la più recente giurisprudenza, disciplinare sino al momento in cui persiste l'interesse, non direttamente economico, del datore di lavoro distaccante alla prosecuzione

⁸⁷ Da ultimo, infine il legislatore interno, ha disposto che anche i dati relativi al lavoratore distaccato devono trovare posto nel Libro unico del distaccante: ved. l'art. 39, co. 1, d.l. n. 112 del 2008, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133, e Circolare Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali n. 20/2008.

⁸⁸ In questi termini, la recente pronuncia della giurisprudenza penale, Cass. pen., sez. III, 10 giugno 2009, n. 38919.

⁸⁹ M. T. CARINCI, *cit.*, 2010, pag. 91.

della prestazione del lavoratore presso il datore di lavoro distaccatario⁹⁰.

Ciò comporta che il beneficiario delle prestazioni lavorative disponga dei poteri funzionali all'inserimento del lavoratore distaccato nella propria struttura aziendale, persistendo fra distaccante e lavoratore i vincoli obbligatori e di potere-soggezione, mantenendo il distaccante, fra l'altro, il potere di licenziare⁹¹.

Si può dire, pertanto, che nell'ordinamento interno il distacco costituisce, per l'informalità con cui è fruibile e la scarna disciplina che lo accompagna, un modulo organizzativo che lo pone in concorrenza sia con l'appalto che con la somministrazione. Per tale motivo, appare indubbiamente decisivo, come visto, l'interesse (al controllo, produttivo, solidaristico o morale) del distaccante⁹².

Inoltre, la Circolare del Ministero del Lavoro del 15 gennaio 2004, n. 3, ne ha fornito una interpretazione piuttosto ampia, ravvisandolo in qualsiasi interesse produttivo "che non coincida con quello alla mera somministrazione di lavoro altrui". Tale inciso se, da un lato, evidenzia come l'interesse che legittima il distacco non sia legato esclusivamente al mero corrispettivo per la fornitura di lavoro altrui, dall'altro, ravvisa nella coincidenza tra somministrazione e distacco un'ipotesi di illiceità dell'interesse.

Infatti, ciò che differenzia il distacco dalla somministrazione è solo l'interesse del distaccante, che non può coincidere con un mero interesse al risparmio del costo del lavoro; 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 (Circolare n. 3/2004).

A distinguere quindi il distacco dalla somministrazione di lavoro sono due elementi: *in primis*, la qualifica di chi fornisce manodopera, che – come suggerito dall'aggettivo "professionale" impiegato dall'art. 2, co. 1, lett. a, del d.lgs. n. 276

⁹⁰ Cass., 23 aprile 2009, n. 9694, in *Lav. Giur.*, 2009, pag. 643, con nota di F. LATTANZIO, *L'interesse datoriale nel distacco di manodopera*. Il contratto di distacco appare, a differenza del contratto di somministrazione, un contratto a titolo gratuito, così M. T. CARINCI, *cit.*, 2010, pag. 93.

⁹¹ Fermo restando che il licenziamento per ragioni organizzative del lavoratore distaccato deve essere motivato con riferimento alla situazione dell'azienda distaccante, così Cass., 5 marzo 2010, n. 5403.

⁹² M. T. CARINCI, *cit.*, pag. 93; anche S. TORTINI, *cit.*, pag. 53 ss.

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

del 2003 – nel caso della somministrazione è un soggetto, all'uopo autorizzato, che istituzionalmente persegue questo scopo; si deve, cioè, trattare di un'impresa di somministrazione, mentre il distacco è un modulo organizzativo a cui possono far ricorso tutti i datori di lavoro.

In secondo, luogo per il distacco, non può essere previsto un onere aggiuntivo a carico del distaccatario al di fuori del rimborso delle spese, secondo una prassi consolidata riconosciuta anche dalla Circolare n. 3/2004.

Tuttavia, l'interesse del distaccatario non dovrebbe prevalere sull'interesse del distaccante ed, invece, nessuna rilevanza sembra avere l'interesse del lavoratore che deve sottostare all'atto organizzativo dell'impresa che dispone il distacco, del quale, come detto, è chiesto il consenso soltanto se esso comporti un mutamento di mansioni⁹³.

Possono legittimare il distacco ragioni di controllo dell'attività del fornitore, la collaborazione per la miglior riuscita del prodotto, l'addestramento delle maestranze dopo la fornitura di un macchinario o di un impianto, la formazione professionale⁹⁴.

Ciò che rileva è che continui a operare, sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il datore di lavoro distaccante, e quindi che permanga l'interesse del distaccante a che il proprio dipendente svolga la sua prestazione di lavoro presso un soggetto terzo.

Tale interesse può avere, tuttavia, un campo di applicazione piuttosto ampio e trasversale. A tal riguardo, la nota del 2005 del Ministero⁹⁵, avente ad oggetto la compatibilità dell'art. 96 CCNL edilizia con l'art. 30 e il testo della circolare del 2004, ha affermato che l'interesse in argomento può ritenersi coincidente con una qualsiasi motivazione tecnica, produttiva e organizzativa del distaccante, purché effettivamente esistente, rilevante e legittima. In tale contesto, si è ritenuto che anche la salvaguardia delle professionalità dei lavoratori distaccati possa rientrare

⁹³ Per l'elaborazione giurisprudenziale in proposito *ante* Riforma Biagi si rimanda al paragrafo precedente.

⁹⁴ Cass., 26 aprile 2006, n. 9557, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, con nota di A. SITZIA.

⁹⁵ Cass., 11 luglio 2005, n. 1006.

nella più ampia categoria degli interessi produttivi di una impresa⁹⁶.

In via generale, il distacco avviene tra imprese dello stesso gruppo o nell'ambito della stessa impresa, o nell'ambito di un appalto. Nel primo caso, non si può ritenere automaticamente sussistente l'interesse del datore di lavoro al distacco per il solo fatto che esso viene disposto tra imprese appartenenti al medesimo gruppo.

Infatti, la giurisprudenza ha chiarito che il rapporto di gruppo che lega distaccante e distaccatario non legittima di per sé solo il distacco, ma costituisce un presupposto di fatto da considerare ai fini della valutazione circa la sussistenza, nel caso concreto, dell'interesse del datore di lavoro distaccante⁹⁷. In tale contesto, la Circolare n. 3/2004 del Ministero, legittima le prassi di distacchi infragruppo, "le quali corrispondono ad una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo". Anche in tale ipotesi è necessario tanto l'interesse del distaccante, quanto quello della temporaneità del distacco.

Diversa, poi, è l'ipotesi dell'appalto. In questo caso, il vantaggio che l'appaltante trae dalla forza lavoro altrui è indiretto perché è l'appaltatore che organizza i mezzi necessari per l'esecuzione dell'opera o del servizio, a proprio rischio, esercitando altresì il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto ancorché distaccati presso il committente.

Perciò, non sarebbe legittimo il distacco con assoggettamento dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore al potere direttivo e organizzativo dell'appaltante, né sarebbe legittimo il distacco motivato dal mero interesse di quest'ultimo a

⁹⁶ È ammessa, inoltre, la possibilità di utilizzare personale distaccato da altra impresa nell'esecuzione di un appalto pubblico (nota 13 luglio 2006, prot. n. 21/1/0001565), "fermi restando i requisiti essenziali per farvi ricorso". Infine, il distacco può essere disposto anche nei confronti dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato entro il periodo di validità del contratto (Nota Ministero del Lavoro 12 aprile 2005, prot. n. 387; in giurisprudenza ved. Tribunale di Roma, 21 novembre 2008, in *Lav. Giur.*, 2008, pag. 934, con nota di P. DUI e quale alternativa a una procedura di cassa integrazione per contrazione della attività lavorativa (Circolare Ministero del Lavoro 24 giugno 2005, n. 28) finalizzata al legittimo interesse di preservare il patrimonio professionale dell'impresa attraverso l'opportunità di scambio tra lavoratori di imprese appartenenti al medesimo gruppo. In tal caso l'interesse che legittima il distacco è quello dei lavoratori a non disperdere il proprio patrimonio professionale e quello dell'impresa a preservare i lavoratori temporaneamente sospesi attraverso le opportunità che derivano dalla struttura integrata tra imprese appartenenti al medesimo gruppo.

⁹⁷ Cass. 18 agosto 2004, n. 16165, e Cass. 16 febbraio 2000, n. 1733.

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

utilizzare manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore. Infatti, l'art. 29, co. 1, nel precisare la distinzione tra appalto genuino e somministrazione di lavoro, esclude espressamente la genuinità dell'appalto ove l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore sia devoluto integralmente al committente⁹⁸.

Da ultimo, in ordine al criterio dell'interesse al distacco, con l'entrata in vigore della Riforma del 2003, assume valore particolare la pronuncia di merito di qualche anno fa che non riconosce come distacco, ma semplice sospensione del rapporto, "l'ipotesi in cui un dipendente, attraverso una pluralità di contratti di durata annuale, presti la propria opera a favore di consociate estere di una società italiana, ove manchi uno specifico interesse del datore alla prestazione resa in territorio straniero, di modo che non può darsi applicazione delle norme di cui al d.l. 31 luglio 1987, n. 317, che riguardano la tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extracomunitari e di rivalutazione delle pensioni erogate dai fondi speciali gestiti dall'Inps"⁹⁹.

⁹⁸ E' possibile che nell'ambito di un appalto di servizi venga distaccato personale dell'appaltatore presso il committente; tuttavia trattasi, come visto, distacco "improprio", posto che quest'ultimo non potrà utilizzare direttamente i lavoratori distaccati, né potrà disporre della loro prestazione di lavoro, così C. BIZZARRO - M. TIRABOSCHI, *cit.*, pag. 368; anche S. TORTINI, *cit.*, pag. 52 ss.

⁹⁹ Corte App. Milano, 31 luglio 2003, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2004, ripresa anche da L. CALAFÀ, Commento *Legge 3 ottobre 1987, n. 398*, in M. GRANDI - G. PERA (diretto da), *cit.*, pag. 1039. Sulla problematicità dell'interpretazione d'interesse del datore di lavoro ved. P. ALLEVA, *Sub art. 30*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2003, pag. 177 ss. Recentemente in tema di distacco e luogo della prestazione lavorativa, è intervenuta la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con interpello n. 1 del 2 febbraio 2011 (in risposta alla CNA), in merito alla corretta interpretazione dell'art. 30, concernente la disciplina del distacco: "esso può essere giustificato da un qualsiasi interesse produttivo del distaccante, anche di carattere non economico che, tuttavia, non deve coincidere con l'interesse alla mera somministrazione di lavoro. Tale interesse, come precisato da questo Ministero, con circolare n. 28/2005, deve essere specifico, rilevante, concreto e persistente, accertato caso per caso, in base alla natura dell'attività espletata e non semplicemente in relazione all'oggetto sociale dell'impresa. È pertanto necessaria una puntuale individuazione delle finalità perseguite con il distacco - quindi temporalmente limitato - evitando l'utilizzo di "clausole di stile" ed evidenziando, anche nel caso di distacco del lavoratore verso un'impresa facente parte dello stesso gruppo, la sussistenza di uno specifico interesse dell'imprenditore distaccante. Il terzo ed ultimo requisito dell'istituto è costituito dallo svolgimento di una determinata attività lavorativa; ciò significa che il lavoratore distaccato deve essere adibito ad attività specifiche e funzionali al soddisfacimento dell'interesse proprio del distaccante. Quelli indicati sono dunque gli unici requisiti che il Legislatore ha inteso richiedere ai fini di un legittimo ricorso al distacco, mentre la dislocazione del lavoratore presso la sede dell'impresa distaccataria, pur rappresentando l'ipotesi "statisticamente" più ricorrente, non può costituire un

3.4. Divergenze e convergenze tra diritto nazionale e diritto dell'U.e. nella regolazione dell'istituto: la trasposizione della normativa comunitaria nel diritto interno e il confronto con il distacco italiano.

Come si è avuto modo di vedere finora, due sembrerebbero le ipotesi di distacco: quella transnazionale e la sua relativa tenuta, alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia, e quella disciplinata dal legislatore interno del 2003 e di origine giurisprudenziale. Occorre, pertanto, portare l'attenzione sulla trasposizione che la direttiva comunitaria ha avuto nel diritto interno.

Innanzitutto, con il d.lgs. n. 72 del 2000 “di attuazione della direttiva n. 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi”, l'ordinamento italiano ha sostanzialmente ripreso le tre ipotesi di distacco contemplate dalla direttiva distacco n. 96/71/CE, al fine di darvi attuazione all'interno del panorama nazionale¹⁰⁰.

Si rileva che l'impianto del decreto è stato concepito con l'intenzione di ricondurre la fattispecie nel quadro della (allora ancora vigente) legge n. 1369 del

elemento indispensabile al corretto utilizzo dell'istituto. Il luogo di lavoro del lavoratore distaccato costituisce mera modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e dunque come tale non sembra assumere particolare rilievo – potendosi individuare addirittura nella stessa sede del datore di lavoro distaccante – nel momento in cui sia già accertata la sussistenza dei requisiti indicati e, primo fra tutti, l'interesse del datore di lavoro. Va, peraltro, sottolineato che la natura dell'attività esercitata dal distaccante può giustificare l'espletamento della prestazione lavorativa in una o più sedi diverse da quella propria dell'azienda distaccataria (ad es. trasporto, manutenzione d'impianti, controllo di sistemi informatici, eventuali prestazioni di natura intellettuale, ecc.). Fermo restando quanto sopra, la prestazione del lavoratore presso una sede di lavoro diversa da quella del distaccatario costituisce dunque un elemento di fatto della prestazione che potrà eventualmente essere valutato, unitamente agli altri, per verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti di legittimità e l'assenza di condotte elusive della normativa in esame.”

¹⁰⁰ Il d.lgs n. 72 del 2000 “si pone in contrasto con il principio comunitario di libera prestazione di servizi di cui all'art. 49 del Trattato [ora art. 56 TFUE], nel punto in cui afferma che ai lavoratori distaccati si applicano le stesse “condizioni di lavoro” previste dalle leggi italiane e dai contratti collettivi, di fatto rendendo applicabile, ai lavoratori distaccati, l'intero diritto del lavoro italiano”. L'affermazione di un Tribunale amministrativo – a quanto consta l'unico finora - reso in merito all'applicazione nell'ordinamento italiano della disciplina di attuazione della dir. 96/71/CE, così Tar di Bolzano, n. 140, del 19 aprile 2005, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, pag. 658. Dubbi di conformità del testo italiano, sono espressi (non da ultimo) nella recente manualistica, ved. G. ORLANDINI, *Manuale di diritto sociale*, cit., 2010, pag. 237, che richiama ID., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2008, pag. 59 ss.; ora anche M. ROCCELLA – T. TREU, cit., pag. 171.

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1960, sul divieto di interposizione di manodopera¹⁰¹. In tale operazione, il legislatore nazionale ha tentato di riprendere i profili fondamentali del provvedimento comunitario e di adattarli alla definizione di distacco che la giurisprudenza aveva elaborato nei decenni precedenti.

L'istituto disciplinato dal legislatore interno del 2000 segna alcune differenze con la figura del distacco entrata in vigore nel 2003. Le due nozioni di distacco sono diverse tra loro e tendono al raggiungimento di obiettivi differenti. La fattispecie di derivazione comunitaria, in verità, delimita il campo di attuazione della propria disciplina; invece, con la nozione nazionale di distacco si tende piuttosto ad individuare quale sia la fattispecie circolatoria lecita¹⁰².

Con riferimento alle tre tipologie di distacco transnazionale recepite nell'ordinamento interno, la dottrina ha parlato di una nozione di "distacco cumulativa", in quanto comprensiva di fattispecie che l'ordinamento italiano considera di norma separatamente, quali: l'appalto, la trasferta nell'ambito di una stessa impresa, il distacco tra imprese dello stesso gruppo; la fornitura di lavoro temporaneo e la somministrazione di lavoro¹⁰³.

Inoltre, le due nozioni non collimano per nulla¹⁰⁴, se non per la parziale sovrapposizione¹⁰⁵ in relazione all'ipotesi definita dalla lett. b) dell'art. 3.1 della

¹⁰¹ F. BANO, *cit.*, pag. 197 ss.; M. DI FILIPPO, Sub *Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72*, in M. GRANDI – G. PERA (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, IV ed., Padova, 2009, pag. 1579 ss.; G. ORLANDINI, *cit.*, 2008, pag. 59 ss. tra i primi commenti, R. MANCINO, *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, in *Nuov. Leggi Civ. Comm.*, 2000, pag. 901 ss.; anche, S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 1148 ss.

¹⁰² U. CARABELLI, *cit.*, pag. 19.

¹⁰³ A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, pag. 110.

¹⁰⁴ La normativa di trasposizione interna definisce lavoratore distaccato subordinato colui che è occupato in modo abituale presso uno Stato appartenente all'U.e. differente dall'Italia, e che, per un periodo limitato di tempo, esegue il proprio lavoro in territorio nazionale italiano. Da tale definizione si rinviene un presupposto essenziale della fattispecie: la temporaneità del distacco, il che significa che bisogna predeterminare fin dall'inizio la durata del distacco o che tale durata deve essere predeterminabile facendo riferimento ad un evento futuro e certo; pertanto, la durata del distacco potrà essere determinata non solo con riferimento ad una data specifica, ma anche per *relationem*; per la dottrina, "la durata va, in ogni caso, posta in relazione al carattere di abitualità dell'occupazione nel territorio di altro Stato, così L. FICARI, *Distacco transnazionale, applicazione di contratti collettivi nazionali e livelli salariali*, in *Dir. Lav.*, II, 2002, pag. 573.

¹⁰⁵ Dichiarata non sovrapponibile *tout court* la nozione europea di distacco con quella positivizzata dalla Riforma Biagi, G. ORLANDINI, *cit.*, 2010, pag. 236.

Direttiva, richiamata anch'essa nel decreto attuativo. La parzialità della sovrapposizione, sia pure entro questi limiti, è determinata dal fatto che mentre la norma comunitaria, nonché il decreto attuativo, fanno riferimento al distacco presso uno stabilimento dell'impresa distaccante o presso un'impresa appartenente al gruppo, quella dell'ordinamento interno non richiede necessariamente che ricorra quest'ultimo elemento.

Tuttavia, si sottolinea che, per contro, in via amministrativa è stato chiarito che il requisito del 'proprio interesse' deve sussistere specificamente anche nel caso di distacco intercorrente tra imprese di uno stesso gruppo, nel senso che la presenza di questo elemento non è di per sé in grado di soddisfare ovvero assorbire quel requisito¹⁰⁶.

Si tratta di una differenza particolarmente interessante, poiché, a dire il vero, nel progetto originario della Direttiva sul distacco, quale risultante dalla proposta della Commissione del 15 giugno 1993 non vi era alcun riferimento al fatto che il distacco dovesse avvenire presso un proprio stabilimento ovvero in un'impresa del gruppo insediati in altro Stato membro, riferimento poi introdotto dal Consiglio nella fase di discussione finale¹⁰⁷; per effetto di questa modifica, il distacco di lavoratori dipendenti da un'impresa di uno Stato membro presso un'altra impresa insediata in altro Stato membro, che non abbia con la prima nessun legame, nemmeno 'di gruppo', non rientra nel campo di applicazione della Direttiva¹⁰⁸.

Peraltro, il raffronto risulta assai utile per verificare se i presupposti di legittimità dettati dall'art. 30 della normativa interna per la realizzazione del distacco

¹⁰⁶ Le già viste Circ. Min. Lav., *cit.*, 2004, n. 3 e Circ. Min. Lav., *cit.*, 2005, n. 28.

¹⁰⁷ M. E. CASAS BAAMONDE, *cit.*, pag. 8 ss.; riferisce dei negoziati per l'approvazione della direttiva durante il semestre di Presidenza italiana nel 1996, ved. E. TRAVERSA, *cit.*, pag. 303.

¹⁰⁸ M. ESPOSITO, *cit.*, 2002, pag. 67; anche, U. CARABELLI, V. LECCESE, *cit.*, pag. 565; cfr. S. TORTINI, *cit.* Al riguardo, è opportuno segnalare come si sia in presenza di un'esclusione potenzialmente assai pericolosa rispetto al problema della tutela di quei lavoratori: basti pensare che *nell'Explanatory Memorandum* predisposto dalla Commissione per la presentazione della originaria proposta di Direttiva del 1° agosto 1991, 278 (COM (91) 230 final – SYN 346 con riferimento all'ipotesi delle "undertakings which place a worker with one of their establishments or with another undertaking whether an associated undertaking or not, established in another Member State to carry out temporary work", si sottolineava l'importanza fondamentale della medesima, dato che la sua mancanza avrebbe potuto "make the whole Directive meaningless"; cfr. Direttiva 96/71/CE, p. 20.

debbano essere impiegati anche per porlo in essere nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi eseguita in forza della Direttiva comunitaria e del decreto di trasposizione.

Infatti, tale comparazione può chiarire se un'impresa stabilita in Italia che distacchi un proprio lavoratore presso un'altra impresa dello stesso gruppo insediata all'estero debba obbligatoriamente disporre di un interesse al distacco in adempimento all'art. 30, o ne sia esentata dalla presenza della generica previsione della Direttiva comunitaria, nonché dal fatto che al lavoratore distaccato si applica comunque la legislazione di tutela vigente nel paese ospitante¹⁰⁹.

Inoltre, occorre sottolineare che le incertezze appena segnalate, da esaminare anche alla luce del rapporto con la libera prestazione di servizi ai sensi dell'art. 56 TFUE, interessano negli stessi termini l'ipotesi di distacco che avvenga presso un'impresa non appartenente al gruppo e stabilita in un altro paese dell'U.e., benché tale caso non rientri nell'ambito di applicazione della specifica disciplina della Direttiva (e purché, in ogni modo, non ostacoli la sua realizzazione)¹¹⁰.

Ancor più rilevante sul piano chiarificatorio appare il dato per cui la giurisprudenza dell'U.e. non ha mai lasciato spazio alle recriminazioni di imprenditori interni i quali lamentavano che i vincoli imposti dalla normativa di tutela del lavoro prevista dallo Stato membro in cui erano insediati, nonostante fossero applicabili senza alcuna discriminazione, violavano la loro libertà di

¹⁰⁹ Il raffronto in essere potrebbe aiutare ulteriormente a chiarire se il legislatore nazionale possa pretendere o meno da un'impresa stabilita in un altro Stato membro, che intenda distaccare un proprio dipendente in un'impresa del medesimo gruppo insediata in Italia, di avere un interesse ai sensi dell'art. 30 capace di giustificare il distacco, Così, U. CARABELLI, *cit.*, pag. 9.

¹¹⁰ Sulla questione è intervenuta, se pur in relazione ad una controversia piuttosto particolare, la Corte di Giustizia che, nel caso *Peralta*, ha sostenuto che non confligge con il Trattato il divieto di svolgimento di una determinata prestazione di servizi quale lo scarico di sostanze chimiche nocive, da parte di un'impresa insediata in uno Stato membro, tanto in zone marine di quest'ultimo, quanto in zone marine di altro Stato membro, dato che tale divieto "non deriva dalla normativa di uno Stato membro sul cui territorio viene eseguita una prestazione di trasporto, ma dalla normativa dello Stato membro in cui l'impresa ha fatto immatricolare la nave comandata dall'interessato e in cui essa è stabilita", e poiché esso "si applica obiettivamente a tutte le navi senza distinzione, sia che esse effettuino trasporti interni all'Italia sia che effettuino trasporti a destinazione degli altri Stati membri", caso *Peralta*, C-379/92, del 14 luglio 1994, p. 49-54; caso *Alpine*, C-384/1993, del 10 maggio 1995, p. 11-13; cfr. S. TORTINI, *cit.*, in part. pag 84 ss.

prestazione dei servizi in altri Stati membri¹¹¹.

Sulla scorta di detti riscontri, pare di poter optare per la legittimità dell'imposizione del limite dell'interesse di cui all'art. 30, proprio nella misura in cui esso abbia carattere generale e si applichi a qualunque distacco temporaneo di lavoratori da parte di imprese stabilite in un paese dell'U.e. presso altre imprese, sia insediate sul medesimo territorio sia entro i confini di un altro Stato membro¹¹².

Pertanto, un'impresa stabilita in Italia che distacchi temporaneamente un proprio dipendente presso un'impresa dello stesso gruppo insediata in un altro paese dell'U.e., deve manifestare un legittimo interesse ai sensi dell'art. 30, che giustifichi l'adozione del provvedimento di distacco¹¹³.

Un'ulteriore differenziazione fra la disciplina nazionale e quella del decreto attuativo è costituita dal fatto che mentre per il distacco ex art. 30 l'esercizio del potere direttivo appartiene al distaccatario, in quello ex art. 1, co. 1 del Decreto di recepimento ricade in capo al distaccante¹¹⁴.

Inoltre, la prima ipotesi di distacco sancita dall'art. 1, co. 1 del Decreto attuativo si potrebbe qualificare come distacco improprio¹¹⁵ o trasferta¹¹⁶, con la precisazione che solo nel distacco intragruppo l'eventuale assegnazione dell'esercizio del potere direttivo da parte di un'impresa straniera alla collegata

¹¹¹ Caso *Oebel*, C-155/80, del 14 luglio 1981; caso *Borsata*, C-2/97, del 17 dicembre 1998; in dottrina, ved. U. CARABELLI - V. LECCESE, *cit.*, pag. 568 ss. Appare sullo sfondo l'attualissimo dibattito sulla difficoltà di attrarre gli investimenti esteri nel paese; sul punto, per una prima analisi, P. ICHINO, *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliere l'imprenditore. Le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione*, in P. TULLINI (a cura di), *Lavoro: valore, significato, identità, regole*, Bologna, 2009, pag. 191 ss; anche in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 115, 2007. Di recente, ID., *Che cosa chiude l'Italia agli investimenti stranieri*, Relazione al convegno promosso dalla Provincia e dalla Camera di Commercio di Ferrara il 5 novembre 2010, reperibile al seguente indirizzo: <http://www.pietroichino.it/?p=11060>. Parallelo rispetto all'attrazione di investimenti esteri è il fenomeno della "delocalizzazioni alla rovescia": "anziché spostare all'estero l'attività, vengono spostati in Italia – tramite appalto di servizi o distacco - lavoratori stranieri – comunitari o non comunitari - dipendenti da imprese straniere – comunitarie o non comunitarie", così M. T. CARINCI, *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-44/06*, pag. 20.

¹¹² Risulta evidente che in quest'ultima circostanza, qualora l'impresa distaccataria appartenga allo stesso gruppo della distaccante, si rientrerà nell'ambito di applicazione della Direttiva.

¹¹³ R. FOGLIA, *cit.*, pag. 806 ss.

¹¹⁴ Diversamente, al datore di lavoro straniero non è richiesto l'esercizio del potere direttivo se pur quest'ultimo, nel caso di distacco intragruppo, non deve ritenersi escluso.

¹¹⁵ G. BALANDI, *cit.*, pag. 123; ved. S. TORTINI, *cit.*

¹¹⁶ M. ESPOSITO, *cit.*, pag. 574.

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

italiana configurerebbe, in forza dell'art. 30, un distacco in senso proprio. Dunque, solo in quest'ultima circostanza, come già anticipato, necessita di porsi la questione dell'applicazione del presupposto di legittimità della fattispecie costituito dall'interesse imprenditoriale specifico del distaccante.

Secondo parte della dottrina, peraltro, il distacco transnazionale rappresenterebbe una vera e propria deroga rispetto all'art. 30, in quanto prescinderebbe comunque dalla dimostrazione della sussistenza di un interesse effettivo della società distaccante¹¹⁷.

Tuttavia, il confronto con i criteri di liceità dettati dal diritto del lavoro italiano non riguarda unicamente il distacco: la prima tipologia di distacco prevista dall'art. 1, comma primo del Decreto attuativo, benché non realizzi un distacco ai sensi dell'art. 30, pone comunque in essere un appalto sulla cui genuinità lo Stato ospitante potrebbe voler esprimere la propria posizione.

Questo potrebbe accadere anche nell'ambito della seconda ipotesi contemplata dall'art. 1, comma primo del Decreto, ossia il distacco intra-gruppo dove è possibile che il distacco disposto da un'impresa straniera per dislocare il proprio lavoratore presso la controllata italiana appartenente allo stesso gruppo sia volto a porre in essere un'opera o un servizio¹¹⁸.

Del resto la Direttiva non chiarisce in alcun modo, come anticipato, se la normativa del paese ospite sia competente ad esprimersi, mediante i propri dettami, sulla genuinità dell'operazione. In ogni modo, se l'intenzione del legislatore consisteva, come anticipato, nel ricondurre la fattispecie nel quadro della Legge n. 1369 del 1960, si nutre la convinzione che questi volesse consentire anche al giudice italiano di sindacare, in ragione delle proprie regole nazionali, la liceità della vicenda circolatoria¹¹⁹.

Inoltre, lo schema dell'interesse, configurato all'interno dell'ordinamento italiano, e l'elasticità dei criteri, come visto, del diritto internazionale privato permetterebbero di risolvere la peculiare configurazione del rapporto di lavoro

¹¹⁷ C. ZOLI, *cit.*, pag. 338.

¹¹⁸ In questo senso, S. MARETTI, *cit.*, pag. 1555.

¹¹⁹ Circ. Ministero del Lavoro, n. 78 del 2001.

transazionale, aspetto escluso dalle rigide regole fissate dalla Direttiva del 1996. Infatti, con riferimento al distacco infra-gruppo, se si prende in esame la situazione apertasi con la sentenza *Laval, leading case* della normativa sul distacco europeo¹²⁰, sarebbe, se non contraddetto, quanto meno più facile escludere qualsiasi forma di distacco operato nell'ambito di un gruppo dalle ipotesi regolate dalla Direttiva n. 96/71, rimettendo le stesse alle sole norme di conflitto internazionalprivatistiche: ai lavoratori distaccati all'interno di un gruppo si applicherebbe la normativa dello Stato d'origine, fatte salve le norme di applicazione necessaria di cui all'art. 9 Reg. Roma I, ma in ragione della sua peculiare configurazione, il distacco, non svolto all'interno del gruppo, finirebbe per sollevare problemi di *dumping* sociale.

In questo modo, la flessibilità delle regole di diritto internazionale privato permetterebbe di considerare la specificità di un simile “distacco”, raffigurando scenari diversi rispetto a quelli derivanti dall'applicazione, consolidata a livello giurisprudenziale, della Direttiva n. 96/71: così l'ipotesi di distacco solleverebbe il problema della sua legittimità per il diritto interno.

In altre parole, sarebbe possibile che per il diritto interno tale ipotesi di distacco non sia considerata legittima, o comunque sia sottoposta ad una regolazione tesa a tutelare i lavoratori distaccati: per il diritto italiano, visto che l'attuale art. 30 della Riforma del 2003 richiede come condizione di legittimità del distacco che questo non sia attuato nell'interesse del distaccatario, ma del solo distaccante.

Per prendere l'esempio del caso svedese, l'interesse del distaccatario si è aggiunto a quello dell'appaltante del medesimo: se, quindi, una simile ipotesi di distacco per il diritto nazionale è da considerarsi illegittima, l'incidenza delle norme di conflitto di diritto internazionale privato cambierebbe. Potrebbe, infatti, fondatamente considerarsi una norma di applicazione necessaria la disposizione “antifraudolenta” di diritto interno che sanziona il distacco illegittimo; e, al contempo, potrebbe considerarsi di applicazione necessaria una disposizione che regolasse espressamente¹²¹ tale ipotesi di distacco, se operata da un'impresa

¹²⁰ Ved. Cap. 2 § 1.

¹²¹ Come fa, appunto, il contestato Decreto del 2000 di trasposizione della normativa distacco.

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

straniera, in modo tale da garantire se non la parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori nazionali, perlomeno una forma di più equo contemperamento tra esigenze delle imprese che forniscono servizi di circolare nel mercato europeo e tutela dei lavoratori *crossborder*¹²².

In tal modo, aprendosi al gioco delle norme di conflitto, avrebbe spazio nell'ordinamento dell'Unione europea e nel sistema interno, lo schema delle norme di applicazione necessaria, come norme, disciplinate ora dall'art. 9 Reg. Roma I, che attengono a profili essenziali dell'organizzazione politica, sociale ed economica dello Stato¹²³.

Questo ragionamento porta a ritenere che, se la Direttiva distacco non si applicasse a quelle operazioni effettuate nell'ambito dei "gruppi", gli Stati membri manterrebbero più ampi margini di libertà nell'esercitare la propria sovranità per regolarli, quando la loro attuazione prospettasse rischi di *dumping sociale*¹²⁴.

Inoltre, si può aggiungere che, sganciato dal problema del rispetto dei vincoli posti dal diritto dell'Unione europea del mercato interno, la regolazione di un'azione collettiva eventualmente attuata al fine di imporre il rispetto del contratto collettivo nello Stato ospitante tornerebbe nella piena competenza degli Stati membri, anche in considerazione del riconoscimento nel Trattato di Lisbona

¹²² Così anche altre ipotesi intra-gruppo come i distacchi attuati da filiali stabilite negli Stati membri più convenienti sul piano del costo del lavoro nell'interesse dell'impresa controllante utilizzatrice; in questi termini, G. ORLANDINI, *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 4, 2009, pag. 151.

¹²³ F. MOSCONI, *cit.*, pag. 53. Si sofferma, sul confronto con la norma inderogabile nell'ordinamento interno, C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema nel diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 119, 3, 2008, pag. 341 ss., laddove l'A., oltre a fare l'esempio al Testo Unico sull'immigrazione e alle modalità di assunzione "che non potrebbero non essere applicate nel nostro ordinamento senza creare problemi" qualora non fossero configurate come norme di applicazione necessaria, fa derivare una graduazione e una distinzione quantitativa e qualitativa delle tre categorie di "norme inderogabili internazionalprivatistiche" in qualità di vincoli (norme imperative, norme di applicazione necessaria e limite dell'ordine pubblico), lasciata alla più ampia – e si aggiunge: inevitabile - discrezionalità del giudice nel caso concreto.

¹²⁴ Tale affermazione si mette in contraddizione, a dire il vero, con la maggior parte della dottrina che giustifica la riconduzione dell'ipotesi del distacco intra-gruppo nell'ambito di applicazione della Direttiva comunitaria con l'esigenza di tutelare il lavoratore che si muove sul piano transnazionale; così F. BANO, *cit.*, pag. 156.

dei diritti fondamentali della Carta di Nizza come diritto primario dell'Unione europea.

Sempre sul piano internazionalprivatistico, in base a quanto prevede il Regolamento n. 864 del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II), nel caso in cui poi da tale azione sorga la necessità di considerare profili di responsabilità extracontrattuale, la legge applicabile è quella, ai sensi dell'art. 9, dello Stato dove l'azione "è destinata a svolgersi o si è svolta", vale a dire quella dello Stato ospitante¹²⁵.

In maniera altrettanto innovativa si darebbe spazio ai due *considerando* (27° e 28°) del testo regolamentare relativi all'articolo 9, per i quali "la nozione esatta di attività sindacale, quale lo sciopero o la serrata, varia da uno Stato membro all'altro ed è definita secondo le norme di diritto interno di ciascuno Stato membro".

Il presente regolamento si basa sul principio generale dell'applicazione della legge del paese in cui l'attività sindacale ha avuto luogo al fine di tutelare i diritti e gli obblighi dei lavoratori e dei datori di lavoro [...] la norma speciale riguardante l'attività sindacale [...] lascia impregiudicate le condizioni per l'esercizio di una siffatta attività in conformità della legge nazionale e fa salvo lo *status* giuridico delle organizzazioni sindacali dei lavoratori o delle organizzazioni rappresentative dei lavoratori previsto nel diritto interno degli Stati membri"¹²⁶.

Inoltre, nell'ipotesi in cui poi i lavoratori distaccati siano stati assunti al solo fine di essere distaccati, il luogo di svolgimento abituale del lavoro, come sopra suggerito, potrebbe considerarsi il paese dove il distacco è eseguito, con conseguente applicazione della normativa vigente in quel luogo; potrebbe perfino invocarsi la c.d. clausola d'eccezione che permette di identificare connessioni più

¹²⁵ Sul sistema di norme di conflitto applicabile alle azioni collettive transnazionali si rinvia al punto di vista critico di A. VAN HOEK, *Private International Law Aspect of Collective Actions - Comparative Report*, in F. DORSSEMONT - T. JASPER - A. VAN HOEK (eds.), *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge*, Antwerp-Oxford, 2007, pag. 425 ss.; G. ORLANDINI, *cit.*, pag. 151.

¹²⁶ In questi termini, I. PETRELLI, *La legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali nel Regolamento "Roma II"*, in A. BONOMI (a cura di), *cit.*, pag. 456.

IL DISTACCO DEL LAVORO INTERNO:
PROFILI DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

significative (“se dall’insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 2 o 3, si applica la legge di tale diverso paese” ai sensi dell’art. 8, co. 4 sui contratti di lavoro del Reg. Roma I), tra la fattispecie concreta ed un ordinamento giuridico diverso rispetto quello individuabile in forza degli altri criteri di collegamento.

La natura peculiare del rapporto tra le imprese, stabilite nell’*host State*, che utilizzano il lavoratore permette di considerare esistente un simile “collegamento” e quindi di applicare alla fattispecie in questione le norme imperative dello Stato dove il distacco è eseguito¹²⁷.

¹²⁷ In proposito, per tutti, ved. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 196, 1986, pag. 4 ss. A onor del vero, va comunque rilevato che il principio del collegamento della legge al luogo di esecuzione della prestazione, calato nell’attuale contesto, contraddistinto da notevoli disomogeneità fra le discipline normative nazionali, ha finito per diventare esso stesso il principale veicolo d’alimento delle operazioni di decentramento organizzativo e produttivo verso paesi che offrono agli operatori economici condizioni normative di lavoro maggiormente appetibili; così già T. TREU, *Il diritto del lavoro tra internazionalizzazione e segmentazione, cit.*, pag. 99. Ved. Cap. 2 § 7. Come sottolineato da un A., è evidente infatti che è difficile che il giudice del paese d’origine faccia ricorso ai criteri di collegamento che giustificano l’applicazione della legge del paese del distacco; e d’altra parte, l’art. 9 del Regolamento n. 593 del 1998 sembra ridurre la possibilità di invocare le norme di applicazione necessaria diverse da quelle della *lex fori*, così G. ORLANDINI, *cit.*, 2008, pag. 162. Il principale valore aggiunto della Direttiva n. 96/71 rispetto alle regole di diritto internazionale privato non starebbe nelle norme di conflitto quanto nell’attribuzione della giurisdizione al giudice dello Stato ospitante (ex art. 6); giurisdizione che l’art. 19 del Reg. (CE) n. 44/2001 (c.d. “Bruxelles I”) porta a considerare rimessa al giudice dello Stato d’origine, salvo la previsione rilevante del co. 2 del medesimo articolo, che “il datore può essere convenuto davanti a) al giudice del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività o a quello dell’ultimo luogo in cui la svolgeva abitualmente, o b) qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese, davanti al giudice del luogo in cui è o era situata la sede d’attività presso la quale è stato assunto”

CAPITOLO III

CAPITOLO QUARTO

IL DISTACCO DEL LAVORO E LE SUE PROSPETTIVE: ATTORI E INTERVENTI NELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

4.1. Il ruolo degli attori nelle prospettive sul distacco. I attori: l'intervento del Parlamento europeo.

Una volta svolta l'analisi sia per quanto riguarda il contesto del distacco transnazionale (Cap. I) e la sua evoluzione giurisprudenziale alla luce del conflitto di leggi (Cap. II), sia della disciplina della figura interna del distacco con le divergenze e possibili convergenze rispetto all'impianto "europeo" (Cap. III), occorre ora prendere in esame le varie prospettive attorno a cui ruota una possibile riforma o reinterpretazione della direttiva distacco.

Il "gioco degli attori" (Parlamento europeo, ripresa del dialogo tra le parti sociali europee, ruolo del legislatore dell'U.e. e di quelli nazionali, dialogo tra le Corti, ossia CEDU e Corti nazionali) può rivestire un'importanza cruciale, proprio per apprendere fino in fondo quale sia il margine d'intervento (auspicabile) sulla direttiva e, più in generale, sui possibili contrasti al *dumping* sociale che imperversano nell'U.e. a 27 Stati membri: come si tenterà di fare, in questo gioco a più facce¹, ognuna in un diverso contesto, ma tutte amalgamabili e interdipendenti tra di loro nel mercato unico europeo, nella ricerca di una omogeneità di non semplice soluzione².

¹ Come nel gioco del cubo di Rubik, evocato nelle sei facce – regole (internazionali, europee, leggi nazionali e regionali, contrattazione collettiva, regole connesse all'uso del contratto individuale di lavoro subordinato e regole sanzionatorie), da L. ZOPPOLI, *Questione sociale oggi e nuove regole del lavoro: le sei facce del cubo. Materiali per una discussione*, in P. TULLINI (a cura di), *cit.*, pag. 181 ss.

² In simili termini era stata posta la questione anni or sono: "globalizzazione, competizione, crescita, diritti fondamentali del lavoro sono termini di una grande questione che travalica i confini degli Stati, ma che nello stesso tempo richiamano le responsabilità di ciascuno nella comunità internazionale", così già M. D'ANTONA, *cit.*, pag. 322.

Infatti, le sentenze della Corte di Giustizia hanno provocato un ampio dibattito dottrinale - e non solo³ - che, da un lato, ha portato a criticare la giurisprudenza di Lussemburgo⁴, ma, dall'altro, è stata salutata positivamente, in quanto ha messo in luce la necessità di una piena tutela dei diritti sociali; si è detto che tali pronunce hanno risvegliato i giuristi, in particolari quelli del lavoro, “da uno stato di torpore e pigrizia”⁵.

³ Le sentenze hanno anche condizionato l'operato degli attori economici, i quali, nei casi più recenti, hanno utilizzato tale giurisprudenza per limitare l'esercizio del diritto di sciopero. Ad oggi il mercato europeo sta affrontando un periodo di crisi e i soggetti ad essere colpiti maggiormente sono i lavoratori: lo sciopero assume sempre più importanza in quanto strumento con il quale stabilizzare lo squilibrio che caratterizza il capitale e il lavoro. Non è un caso che negli ultimi anni si siano intensificati gli scioperi rilevanti sul piano comunitario e sarebbe un errore credere che tali questioni abbiano come protagonisti solo i lavoratori provenienti dagli Stati dell'Est Europa; ved. D. PETRYLAITÉ – C. WOOLFSON, *'Missing in Action': The Right to Strike in the Baltic New Member States – an Absent EU Competence*, in *Int. Jour. Comp. Lab. Law. Ind. Rel.*, 2006, pag. 439 ss. E', inoltre, di un paio di anni fa lo sciopero compiuto dai lavoratori inglesi contro la Total, impresa francese, che si è rivolto anche verso lavoratori italiani. Il caso nasce dalla decisione dell'impresa di appaltare a una ditta italiana (la IREM di Siracusa) la costruzione di un nuovo impianto. Dato che la ditta aveva deciso di impiegare lavoratori italiani e portoghesi, i lavoratori britannici hanno protestato al suono di “British jobs for British workers” (in un certo senso, era parallelo allo slogan “Swedish laws in Sweden” a seguito del blocco del cantiere della *Laval* nel 2004, ved. A. LO FARO, *cit.*, 2008, pag. 76). Come nel caso *Laval*, l'azione collettiva è nata nell'ambito di una prestazione di servizi e ha avuto come obiettivo quello di tutelare i lavoratori contro la riduzione dei salari. L'intera vicenda si è conclusa con l'assunzione di un centinaio di lavoratori inglesi, ma nel corso dei primi mesi del 2010 la Total ha ceduto la raffineria, ved. *Milano Finanza*, 10 marzo 2010. Per l'analisi del quadro di insieme che è emerso a seguito della vicenda, si veda il Lindsey Report, *Report of an inquiry into the circumstances surrounding the Lindsey Oil Refinery Dispute*, 16 febbraio 2009, al sito: <http://www.efbww.org/pdfs/Lindsey%20Report.pdf>. Le organizzazioni sindacali sono costrette a muoversi in uno spazio di incertezza, dato che nel momento in cui lo sciopero incide su una libertà economica si apre la concreta possibilità di un bilanciamento che conduca alla sua soppressione, così G. ORLANDINI, *cit.*, 2008, pag. 244. Inoltre, i piloti della compagnia *British Airlines* hanno proclamato un altro sciopero, ma anche in questo caso alla proclamazione non è seguito l'esercizio dell'azione dato che la Alta Corte di Londra ha emanato un'ingiunzione in senso contrario. Di sicuro un peso decisivo sarà stato determinato anche dal fatto che lo sciopero si sarebbe dovuto cominciare il 22 dicembre 2009 e avrebbe determinato, secondo gli esperti, un danno alla compagnia di circa 30 milioni di sterline al giorno (notizia riportata da *The Guardian*, 15 dicembre 2009, reperibile al sito: <http://www.guardian.co.uk/business/2009/dec/15/british-airways-strike-legal-action>).

⁴ Si veda, per tutti, B. BERCUSSON, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day in European Law Journal*, 3, 2007, pag. 283, che ben prima della decisione della Corte del dicembre 2007 citava la preoccupata lettera della CES che sollecitava il giudice comunitario a preservare le normative nazionali a tutela del diritto di sciopero, “in quanto espressione delle differenti esperienze storiche degli Stati comunitari, frutto di un precario equilibrio di interessi tra le parti sociali”.

⁵ L. ZOPPOLI, *Dopo la Corte di Giustizia, quale futuro per il conflitto collettivo nell'Unione europea ?*, in A. ANDREONI – B. VENEZIANI (a cura di), *cit.*, pag. 219. In proposito, A. VIGHI, *Il diritto di sciopero e gli orientamenti della Corte di Giustizia*, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Trento, A.A. 2009/2010, pag. 117 ss.

La discussione non è rimasta isolata ed ha coinvolto anche le istituzioni europee, *in primis*, il Parlamento europeo, il quale il 22 ottobre 2008, pochi mesi dopo le sentenze⁶, ha adottato una risoluzione sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea, volendo costituire un monito per tutti gli operatori del diritto, sia sul piano nazionale sia su quello sovranazionale⁷.

Innanzitutto, nella risoluzione, il Parlamento ha ricordato che l'obiettivo dei Trattati è quello di creare un mercato unico avente una dimensione sociale, nel quale siano quindi garantiti i diritti fondamentali di tutti i cittadini. A conferma di ciò, si sono richiamati tutti gli atti comunitari che si sono mossi in tale direzione, quali l'art. 151 TFUE, il preambolo e il *considerando* n. 12 della direttiva sul distacco⁸, nonché le disposizioni contenute nella Carta di Nizza e la c.d. clausola "Monti" inclusa nel Regolamento CE n. 2679 del 1998⁹.

La risoluzione afferma chiaramente che tra i diritti sociali e le libertà economiche non vi è alcuna gerarchia e che, pur essendo la libertà di prestazione dei servizi una "pietra angolare del progetto europeo" (punto 1) il suo esercizio deve essere temperato con i diritti fondamentali riconosciuti sul piano comunitario¹⁰, a maggiore ragione oggi con l'efficacia di diritto primario dell'Unione della Carta di Nizza ai sensi dell'art. 6 TUE secondo il quale tale testo "ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

Inoltre, il Parlamento manifesta delle perplessità circa il riconoscimento dell'effetto orizzontale diretto agli articoli 49 e 56 TFUE, riconoscimento che,

⁶ *Rüffert* era di inizio aprile, la *Commissione C. Lussemburgo* di metà giugno dello stesso anno.

⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 22 ottobre 2008 sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea (2008/2085 INI). Inoltre, sul piano degli interventi formulati dal Parlamento ved. D. GOTTARDI, *cit.*, 2008, pag. 562; A. PIZZOFERRATO, *cit.*, pag. 190 ss.

⁸ La norma afferma che: "considerando che il diritto comunitario non osta all'estensione del campo di applicazione, da parte degli Stati membri, della loro legislazione o all'estensione dei contratti collettivi sottoscritti dalle parti sociali alle persone che sono occupate, anche temporaneamente, sul loro territorio, anche se il loro datore di lavoro risiede in un altro Stato membro; che il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di garantire con mezzi adeguati l'osservanza di queste norme".

⁹ Su cui *infra* § 2.

¹⁰ Tuttavia, è anche consapevole che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo va nella direzione opposta ed è per tale motivo che si rende necessario ribadire, ancora una volta, che le libertà economiche non possono ledere l'esercizio dei diritti sociali fondamentali.

come si è visto, è condizione indispensabile per poter operare un bilanciamento tra le libertà economiche e il diritto di azione collettiva.

Altrettanta preoccupazione emerge riguardo all'introduzione del principio di proporzionalità¹¹, per valutare azioni poste in essere nei confronti di imprese che agiscono al fine di peggiorare le condizioni di lavoro dei propri dipendenti, e sull'interpretazione data alle libertà economiche tale da legittimare le imprese ad aggirare le disposizioni nazionali¹².

L'attenzione è rivolta anche alla direttiva, in quanto si sottolinea che essa non impedisce che gli Stati e le parti sociali possano richiedere al prestatore di servizi condizioni di lavoro più favorevoli; si invita, poi, il legislatore ad un ampliamento della base giuridica della stessa.

In sostanza, si tratta di una netta presa di posizione contro i principi fatti propri dalla Corte di Giustizia. Il documento si conclude con delle richieste agli Stati e alla Commissione europea: ai primi si chiede di applicare correttamente la direttiva n. 96/71 CE e di operare al fine di migliorarne le misure di prevenzione, controllo e applicazione, mentre la Commissione è invitata ad elaborare nuove proposte legislative al fine di colmare le lacune e le incongruenze attualmente presenti nella normativa comunitaria. Ad entrambi, si chiede di contrastare le

¹¹ Si è osservato “introdurre il principio di proporzionalità all'azione sindacale – contrattuale e conflittuale – soprattutto quando non sono predeterminati i criteri di confronto così come i gruppi di lavoratori coinvolti [...] proporzionato a cosa?” B. WEDDERBURN OF CHARLTON, *cit.*, pag. 347.

¹² Si prende posizione su quello che molti autori hanno definito “abuso del diritto”, anche se, in realtà, è il diritto comunitario stesso che, allo stato attuale, legittima queste condotte. Sul punto, M. PALLINI, *Law Shopping...*, *cit.*, pag. 3 ss., per il quale la Corte di Lussemburgo avrebbe dovuto sanzionare l'esistenza di un “abuso” del diritto comunitario insito nella scelta delle imprese di realizzare frazionamenti transnazionali artificiosi al fine di sfruttare le possibilità assicurate dagli articoli 49 e 56 TFUE; *contra* I. INGRAVALLO, *cit.*, pag. 38, il quale afferma che la nozione di “abuso del diritto”, che include anche la nozione di “frode alla legge” e di elusione della legge” ha un ambito ristretto e rigoroso, al fine di non ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali; non vi sarebbe elusione della legge quando l'operazione sia giustificata da valide ragioni economiche e presenti i caratteri di una normale operazione commerciale, sul punto anche M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, pag. 145 ss.

società fittizie e di intervenire per garantire un effettivo (ri)equilibrio tra diritti fondamentali e libertà economiche¹³.

L'intervento del Parlamento, giunto a ridosso delle due pronunce della Corte, è tuttavia rimasto un caso isolato. Ad oggi, non vi sono state altre nette prese di posizione¹⁴, se non, come detto, della CES. Alla luce di tutto ciò, l'intervento del Parlamento assume ancora più importanza, ma è evidente che richiede di essere accompagnato da un intervento più incisivo per la sua completa realizzazione.

In conclusione, il Parlamento ha affermato che la suddetta libertà non può 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 - 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”.

¹³ Questo invito non è caduto nel vuoto: la CES ha, infatti, presentato un protocollo sulla relazione tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali alla luce del progresso sociale, ved. *infra* 4 § 2; cfr, anche A. VIGHI, *cit.*, pag. 119 ss.

¹⁴ Ved. il già richiamato Rapporto Monti (maggio 2010), che si è soffermato anche sulla normativa distacco precisando che ne andrebbe chiarita l'attuazione, *cit.*, pag. 77.

4.2. *Il attore: le parti sociali e la ripresa del dialogo sociale con il Trattato di Lisbona.*

Le sentenze della Corte di Giustizia hanno colpito con particolare forza il movimento sindacale europeo, ancora agli inizi del suo sviluppo.

Per tale ragioni, la dottrina ha invitato le organizzazioni sindacali a rialzarsi, dopo queste vicende, e a riorganizzarsi al fine di offrire una tutela a tutti quei lavoratori che, ad oggi, ne sono privi¹⁵, attribuendo protezione anche alle azioni transnazionali¹⁶. Per questo è, quindi, necessario un intervento volto ad adattare l'organizzazione interna dei sindacati alla struttura attuale del mercato del lavoro. Un'altra direzione in cui muoversi è quella del dialogo tra le parti sociali, il quale, tuttavia, deve essere "riadattato e ripensato secondo le esigenze delle libertà fondamentali"¹⁷. Altrettanto importante è sviluppare la cooperazione con le imprese, in altre parole la stipula di nuovi patti che inducano i datori di lavoro a comportamenti responsabili.

Se si deciderà di percorrere questo percorso sarà interessante vedere come si comporterà la Corte di Giustizia, nel momento in cui le violazioni alla libertà di circolazione delle merci e dei servizi deriveranno da intese tra le parti sociali e le imprese stesse¹⁸.

Nel frattempo, la Confederazione europea dei Sindacati (CES)¹⁹ è già intervenuta, attraverso due atti: il Protocollo sul rapporto tra libertà economiche e diritti

¹⁵ In questo senso, B. AMOROSO, *Dumping sociale e integrazione europea*, in A. ANDREONI – B. VENEZIANI (a cura di), *cit.*, pag. 74, sottolinea come il sindacato abbia una struttura costruita in base al modello della fabbrica fordista e quindi, scomparsa questa, si rende necessaria una nuova organizzazione al fine di garantire una tutela al maggior numero possibile di lavoratori.

¹⁶ S. SCIARRA, *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 73/2009*, pag. 1 ss.; ora anche in K. AHLBERG (ed. by), *Liber Amicorum for Ronnie Eklund*, Uppsala, 2010.

¹⁷ S. MIGLIORINI, *Delocalizzazioni di imprese e azioni sindacali secondo la sentenza Viking*, in *Riv. Dir. Int.*, 3, 2008, pag. 788.

¹⁸ G. P. CELLA, *Le sentenze e le relazioni industriali*, in A. VIMERCATI (a cura di), *cit.*, pag. 151 ss.

¹⁹ Per un inquadramento della Confederazione Europea dei Sindacati prima dell'allargamento ad Est dell'Unione, ved. R. NUNIN, *Sindacato in Europa*, Milano, 2001, pag. 10 ss.; anche, recentemente, A. CIAMPANI – E. GABAGLIO, *L'Europa sociale e la Confederazione Europea dei Sindacati*, Bologna, 2010, pag. 83 ss..

sociali fondamentali, che a detta della CES avrebbe dovuto essere allegata al Trattato di Lisbona, e la proposta di modifica della direttiva distacco²⁰.

Il protocollo pone, quale principio cardine, quello della prevalenza, in caso di conflitto, dei diritti sociali fondamentali sulle libertà economiche.

Queste ultime possono essere interpretate in modo tale da aggirare le disposizioni nazionali e favorire quindi il *dumping* sociale: l'obiettivo è quello del "progresso sociale", che dovrebbe permettere non solo un miglioramento delle condizioni di

²⁰ Tra le più recenti, ETUC, *The Posting of Workers Directive: Proposals for revision – Resolution adopted at the ETUC Executive Committee on 9–10 March 2010*, 2010, sul sito: http://www.etuc.org/IMG/pdf_Resolution-on-Posting-DirectiveEN.pdf. A livello esemplificativo si riporta parte del documento: "la promozione della prestazione transnazionale di servizi esige un "clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori" ritenuto il fine primario della direttiva e, al contempo, è il nucleo delle proposte della CES, che da un paio di anni, a seguito della pronunce della Corte in tema di libera prestazione dei servizi e in relazione con la normativa comunitaria del distacco, porta avanti. Dal 2005, la Confederazione è stata chiamata, in una serie di posizioni, a dare un suo contributo per un quadro di regole eque e d'impresa, coniugando l'apertura delle frontiere al rispetto di una tutela adeguata dei lavoratori, da elaborare sia a livello nazionale e comunitario, così "da accompagnarli su di un vero mercato interno in cui i beni, capitali, servizi e lavoratori possono muoversi a vantaggio dei cittadini, delle economie e delle società". Secondo la CES, un mercato del lavoro europeo richiede "regole del gioco", che combinino l'apertura delle frontiere con una protezione adeguata. Le condizioni principali sono: a. parità di trattamento dei lavoratori migranti e locali, nessuna concorrenza sleale sui salari e di lavoro; b. il rispetto della contrattazione collettiva nazionale e dei sistemi di relazioni industriali; c. la parità di accesso di tutti i lavoratori alle prestazioni sociali; d. strumenti adeguati e strumenti per il monitoraggio e l'esecuzione del lavoro". I seguenti punti dovrebbero essere affrontati: a) gli obiettivi della direttiva sul distacco, cioè il rispetto dei diritti dei lavoratori e l'assicurare un clima di concorrenza leale, ora solo prefigurato nel preambolo della direttiva, devono essere più chiaramente definiti nel corpo della stessa. In particolare, un riferimento agli obiettivi di politica sociale di cui all'art. 151 TFUE, con il loro chiaro riferimento al fine di "migliorare la vita e di lavoro condizioni dei lavoratori", dovrebbe contribuire a garantire una più coerente interpretazione della direttiva. Inoltre, la direttiva merita una base giuridica più ampia, vale a dire l'art. 152 TFUE; b) Il diritto fondamentale alla contrattazione collettiva e l'azione collettiva dovrebbero essere intesi nel senso di consentire ai sindacati di far pressione allo stesso modo sulle imprese estere e locali per migliorare condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori e per chiedere parità di trattamento tra lavoratori che svolgono lavori analoghi sullo stesso territorio, indipendentemente dalla loro nazionalità o del luogo di stabilimento del datore di lavoro. Questo dovrebbe essere chiarito con l'introduzione nel corpo della direttiva della clausola Monti; [...] d) il carattere minimo della direttiva sul distacco deve essere ripristinato, cioè la nozione di 'minimo di protezione' che la direttiva prevede (il nucleo di diritti che deve essere applicato), [...] e) La direttiva dovrebbe più chiaramente rispettare le relazioni industriali dei diversi modelli negli Stati membri, nonché lo strumento della contrattazione collettiva come un processo flessibile e dinamico, che - nell'interesse di entrambi i lati dell'industria, nonché della società in generale - non possono e non devono essere trattati solo come un'altra forma di regolamentazione. Inoltre, criteri meno rigidi dovrebbero essere sviluppati per giudicare se un accordo collettivo può essere accolto nei confronti di un prestatore di servizi straniero, ad esempio in situazioni in cui la maggior parte delle imprese locali è, in pratica, vincolata dal contratto collettivo; [...]"

lavoro, ma anche un esercizio effettivo dei diritti sociali fondamentali²¹. Il documento ha una valenza simbolica che secondo taluni Autori, non potrà comunque influenzare l'operato futuro della Carta²².

I sindacati hanno, altresì, proposto una revisione della direttiva n. 96/71, nella convinzione che essa rivesta un ruolo centrale nella definizione delle “regole del gioco”, funzionali a garantire una leale concorrenza. I sindacati hanno condiviso l'opinione del Parlamento europeo, nel momento in cui ritengono che la prima modifica da apportare riguardi la base giuridica della direttiva, la quale deve essere ampliata fino a ricomprendere l'articolo 151 TFUE e contenere un esplicito riferimento all'obiettivo del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori. Ancora una volta, si cerca di trasformare i principi, quali quello della promozione della dimensione sociale sul piano dell'U.e., in strumenti di effettiva promozione dello sviluppo.

Inoltre, la Confederazione ha proposto l'introduzione di una clausola sociale, sul modello della clausola Monti. Il tentativo, ad avviso di chi scrive, è certamente da apprezzare, anche se, come la dottrina ha sottolineato, detta clausola si è rivelata nei fatti priva di effetti, in quanto la Corte di Lussemburgo non vi ha mai fatto riferimento²³.

La modifica della direttiva dovrà puntare sul principio per cui la tutela offerta costituisce il minimo, sicuramente inderogabile al ribasso, ma certamente suscettibile di modifiche migliorative da parte delle norme legali o dei contratti collettivi²⁴.

²¹ Al fine del suo raggiungimento, si sono invitati gli Stati membri, nel recepimento degli atti comunitari, a rispettare la clausola di non regresso e quindi a promuovere uno sviluppo delle misure di protezione dei lavoratori.

²² Scettica al riguardo è S. SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, in A. ANDREONI – B. VENEZIANI (a cura di), *cit.*, pag. 39 ss.; a parere della A., tale Protocollo non attribuirebbe al giudice comunitario alcuni nuovi strumenti; cfr. A. VIGHI, *cit.*

²³ Senza un mutamento di atteggiamento, anche rispetto al diritto secondario dell'U.e., tutte queste clausole non produrranno alcun effetto significativo.

²⁴ Prevedeva per il diritto del lavoro dell'U.e. un futuro di cambiamento U. ROMAGNOLI, *Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale*, in *Lav. Dir.*, 1999, pag. 209 ss., quando sottolineava come il “diritto del lavoro novecentesco sia ormai entrato in rotta di collisione e lo trasforma dal diritto di frontiera che era in un diritto oltre le frontiere”; la progressiva denazionalizzazione potrebbe non essere l'esito di un processo di adeguamento a livello transnazionale orientato alla salvaguardia di un nocciolo duro di valori fondamentali, ma

IL DISTACCO DEL LAVORO E LE SUE PROSPETTIVE:
ATTORI E INTERVENTI NELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, per quanto riguarda i contenuti sociali del Trattato, alcune indicative novità si possono rinvenire nei titoli di apertura, sia del TUE che del TFUE, soprattutto nelle norme del TUE (art. 3) che enunciano i valori e gli obiettivi dell'Unione²⁵.

Il Titolo X del TFUE viene ora interamente intitolato alla politica sociale, che acquista così autonomia rispetto a istruzione, formazione professionale e gioventù. È un cambiamento apparentemente formale, ma che dà sicuramente il senso della rilevanza autonoma che le politiche sociali hanno assunto in Europa, almeno dal Trattato di Maastricht in poi.

Nel titolo si registrano due fondamentali novità, alle quali si aggiungono modifiche alle disposizioni precedenti finalizzate al rafforzamento, anche nell'ambito degli interventi in materia sociale, del ruolo del Parlamento europeo.

In primo luogo, all'art. 152, viene inserita una disposizione nuova sul dialogo sociale che prevede il riconoscimento e la promozione del ruolo delle parti sociali, da parte dell'Unione, al suo livello ed il contributo del "Vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione"²⁶ al dialogo sociale.

La formalizzazione del "Vertice sociale trilaterale" è già di per sé significativa in quanto integra nella dimensione dell'Unione le prassi delle negoziazioni sociali concertative consolidate in quasi tutti i Paesi europei²⁷.

Con la disposizione si attribuisce, inoltre, all'Unione nell'insieme - e non solo ad

piuttosto "l'esito di una rovinosa concorrenza al ribasso tra diritti nazionali per effetto delle forze economiche che spadroneggiano nel mercato globale".

²⁵ "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico"; sul punto, D. GOTTARDI, *cit.*, 2010, pag. 563 ss.

²⁶ Il Vertice sociale trilaterale è stato istituito con Decisione 2003/174/CE del Consiglio del 6 dicembre 2003. Ha il compito di assicurare, su base permanente, la concertazione tra il Consiglio, la Commissione e le parti sociali ed è infatti composto da rappresentanti al massimo livello della presidenza in carica del Consiglio, dalle due presidenze successive, dalla Commissione e dalle parti sociali. Esso consente alle parti sociali a livello europeo di contribuire, nell'ambito del dialogo sociale, alle diverse componenti della strategia economica e sociale integrata, anche nella dimensione legata allo sviluppo sostenibile, avviata dal Consiglio europeo di Lisbona nel marzo 2000 e completata dal Consiglio europeo di Göteborg nel giugno 2001.

²⁷ G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pag. 128.

una sua specifica istituzione (la Commissione, come previsto nell'art. 154 TFUE) - il compito di promuovere il ruolo delle parti sociali "al suo livello" e di facilitare il dialogo tra le stesse, nel rispetto della loro autonomia. Si richiede, così, un ruolo più attivo nella promozione e nel supporto al dialogo sociale, non solo dando sostegno equilibrato alle parti, ma rispettandone l'autonomia²⁸.

Inoltre, è certo, che l'art. 152 TFUE debba, comunque, essere letto in combinato disposto con l'art. 11 del TUE e, in particolare, con i suoi commi 2, 3 e 17²⁹. In questi ultimi si prevede, infatti, che "le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile" e che "al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate": una lettura combinata delle due disposizioni (art. 11 TUE e art. 152 TFUE) consente di radicare il "dialogo sociale" e la "consultazione delle parti sociali" sul principio di democrazia partecipativa, facendo sia dell'uno che dell'altra dei veri e propri potenziali strumenti della *governance* europea³⁰.

Tuttavia, rimane il dubbio se tale nuova valorizzazione della dimensione "autonoma" del dialogo sociale sia in qualche modo legata all'avvenuto sviluppo, nella prassi dell'ultimo decennio, di forme "volontarie" e "autonome" di negoziazione collettiva³¹, o se, al contrario, essa sia esclusivamente dipesa da input esterni, proveniente dai redattori del Trattato di Lisbona e legato ad interessi

²⁸ B. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, Riv. Giur. Lav., 2006, pag. 485.

²⁹ Così A. ALAIMO - B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT-82/2010, pag. 6 (in corso di pubblicazione in *Le innovazioni del Trattato di Lisbona in tema di competenze dell'Unione e di tutela dei diritti*, Torino, 2011).

³⁰ Così A. ALAIMO - B. CARUSO, *cit.*, pag. 7, i quali rilevano la circostanza che la nuova disposizione incanali il dialogo sociale europeo verso una maggiore autonomia e indipendenza rispetto al dialogo "codificato" nell'art. 154 TFUE; ciò lascia intravedere un "progressivo affrancamento del dialogo tra le parti sociali e del suo principale prodotto, la negoziazione collettiva, da forme istituzionalizzate di partecipazione degli attori sociali nell'attività di produzione normativa" dell'Unione in materia sociale.

³¹ E. ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato presente e futuro*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2007, pag. 541 ss., con i riferimenti bibliografici anche alla dottrina europea; A. LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2007, pag. 551; recentemente, D. COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT-76/2010., pag. 1 ss.

dei vertici dell'Unione e delle sue istituzioni, che hanno visto nel riconoscimento del dialogo una “necessità istituzionale”, una modalità di rinnovamento della *governance* europea, uno strumento valido per superare lo squilibrio esistente fra Europa economica ed Europa sociale³².

Per come prefigurato dalla nuova disposizione, e collegato al principio di democrazia partecipativa e, pertanto, finalizzato anche alla riduzione del deficit democratico dell'Unione e al miglioramento della sussidiarietà orizzontale, il dialogo fra le parti sociali si sarebbe solo trasformato, secondo tale idea, da “risorsa regolativa” dell'ordinamento comunitario³³, a “risorsa di legittimazione democratica” dell'Unione³⁴.

Tuttavia, se si guarda alle diverse e complesse tendenze evolutive che il dialogo sociale e la negoziazione collettiva a livello europeo hanno assunto negli ultimi anni nella prassi, ed, in particolare, allo sviluppo di forme «volontarie» o «autonome» di negoziazione diverse dalla c.d. contrattazione collettiva «comunitaria» o «istituzionale» di cui all'art. 154 TFUE, il nuovo art. 152 TFUE si presta ad una diversa e più articolata lettura.

Al fine di accreditare una simile interpretazione pare indispensabile sganciarsi da un “monolitico” punto di vista istituzionale, incapace di cogliere appieno le forme di regolazione di un ordinamento pluralistico quale quello europeo, per adottare una prospettiva propria delle parti sociali e del sistema regolativo europeo dalle

³² Nei primi commenti al nuovo art. 152 TFUE, non mancano opinioni favorevoli a quest'ultima lettura: il recupero in senso autonomistico del dialogo sociale – visibile nella nuova disposizione, soprattutto se la si legge in comparazione con l'art. 154 TFUE – sarebbe pressoché eteroindotto, al punto che il rapporto tra regolazione positiva del dialogo nel diritto primario dell'Unione e sistema di relazioni industriali europee potrebbe essere descritto come un “sistema di “spinte eteronome” verso soluzioni autonome”, così riportano A. ALAIMO – B. CARUSO, *cit.*, pag. 8, i quali inoltre aggiungono che il nuovo art. 152 TFUE non renderebbe di facile prognosi lo sviluppo di un dialogo sociale genuinamente autonomo, capace di esprimere una “reale dialettica contrattuale” fra le parti sociali (considerata elemento mancante a livello dell'Unione, per via del privilegio accordato al coinvolgimento delle parti sociali nei processi di produzione normativa comunitaria: art. 154 TFUE) e di un indipendente e genuino sistema di relazioni industriali a livello europeo.

³³ Per tutti, A. LO FARO, *cit.*, 1999, pag. 61.

³⁴ A. ALAIMO – B. CARUSO, *cit.*, pag. 9, ma la sua promozione rientrerebbe, pur sempre, in una precisa volontà delle istituzioni comunitarie di auto-limitarsi, sia pure, questa volta, al fine di migliorare la *governance* europea.

stesse alimentato.

Se la norma viene osservata anche da questa prospettiva, essa non appare soltanto il prodotto di un “arretramento spontaneo delle istituzioni dell’Unione a vantaggio delle parti sociali, ma anche il frutto di una progressiva “presa di coscienza in senso autonomistico” da parte di queste, grazie alla quale si è già assistito, nella prassi, ad uno spontaneo avanzamento di forme diverse di “autonomous social dialogue” a livello europeo”³⁵.

Di fronte a questa nuova norma del Trattato, sembra che ci si trovi non solo di fronte ad una funzionalizzazione del dialogo fra le parti sociali agli interessi verticisti dell’Unione (ieri, il coinvolgimento delle parti sociali nell’attività normativa comunitaria in materia sociale, oggi lo sviluppo di nuove forme di *governance* e di processi virtuosi in senso democratico nell’Unione), ma anche ad un ulteriore riconoscimento formale di modalità di dialogo sociale autonome, diverse dalla forma istituzionalizzata dall’art. 154 TFUE³⁶.

Tale riconoscimento si aggiunge, rafforzandolo, a quello già presente nell’art. 155, co. 1, TFUE, nel quale è stato individuato il «punto di tangenza» fra ordinamento giuridico dell’Unione e sistema di regolazione sociale autonomamente generato dal sistema di relazioni industriali europee; e si aggiunge pure - se si vuole assumere una visione “a tutto tondo” delle novità oggi introdotte dal Trattato – al riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva come diritto sociale fondamentale, la cui garanzia è ormai posta al livello del diritto primario dell’Unione (art. 6 TUE; art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell’U.e.).

Pertanto, il dialogo sociale – nelle sue variegate forme (contrattazione collettiva “comunitaria” o “istituzionale”; negoziazione sociale concertativa; “autonomous social dialogue”) e funzioni (“risorsa regolativa”; “risorsa di legittimazione democratica” e strumento di *governance* europea; modello autonomo di regolazione sociale) – esce complessivamente rafforzato dal diritto dei Trattati,

³⁵ Così A. PALLADINO, *L’ “autonomia” del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, Studi sull’integrazione europea, 2010, 1, pag. 161, ripreso da A. ALAIMO – B. CARUSO, *cit.*

³⁶ La contrattazione collettiva “comunitaria” o “istituzionale” del c.d. “procedimento integrato”, così A. ALAIMO – B. CARUSO, *cit.*, pag. 10.

IL DISTACCO DEL LAVORO E LE SUE PROSPETTIVE:
ATTORI E INTERVENTI NELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

divenendo elemento chiave della strategia sociale dell'Unione e tratto identificativo del modello sociale europeo³⁷.

³⁷ B. VENEZIANI, *cit.*, 2006, pag. 476.

4.3. III attore: gli interventi diversificati del legislatore interno.

In realtà, le critiche maggiori andrebbero rivolte in modo particolare al potere legislativo, europeo e interno, colpevole di non aver preso una forte posizione a favore dei diritti sociali ed anzi, di aver volutamente mantenuto una posizione defilata per lasciare che fosse la Corte ad assumersi la responsabilità del bilanciamento³⁸.

Senza dubbio, è evidente l'assenza di una presa di posizione a seguito delle pronunce del 2007 e 2008, ma pesa ancora di più la scelta operata all'atto dell'introduzione del Trattato di Lisbona: tale sede sarebbe stata, probabilmente, la più appropriata per sancire, una volta per tutte, la primazia dei diritti sociali sulle libertà economiche, in caso di contrasto fra le stesse. Ciò non è accaduto, poiché la Carta di Nizza viene incorporata all'art. 6 TUE³⁹. È indubbio che ciò costituisca un passo in avanti, ma probabilmente non sarà sufficiente per garantire ai diritti sociali una piena ed effettiva tutela⁴⁰.

Il Trattato di Lisbona, inoltre, ha confermato l'assetto precedente, nel momento in cui esclude dalla competenza dell'Unione europea la materia dello sciopero, ai sensi dell'art. 153, co. 5 TFUE⁴¹.

³⁸ M. PALLINI, *cit.*, pag. 26. L'A. critica il silenzio della politica europea che affida questioni particolarmente delicate a un organo giudiziario di nomina intergovernativa e la propensione di Parlamento e Consiglio a non affrontare le questioni per rinviarle al giudice comunitario, che ad oggi è "l'unico motore in grado ancora di far marciare in direzione dell'integrazione"

³⁹ Anche se vi è l'affermazione da parte di una recente pronuncia della Corte di Giustizia, C-555/07, *Kücükdeveci*, 19 maggio 2010, p. 22, per la quale: "Va del pari rilevato che l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati [...]". Riprende anche le conclusioni più recenti degli Avvocati Generali della Corte di Giustizia di Lussemburgo B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 81/2010*, pag. 13.

⁴⁰ Cfr. A. VIGHI, *cit.* G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sulla autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in A. VIMERCATI (a cura di), *cit.*, pag. 58; contra, B. CARUSO, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo ?*, in A. ANDREONI – B. VENEZIANI, *cit.*, pag. 119 ss., il quale ritiene che grazie all'adozione del Trattato di Lisbona sarà possibile limitare la giurisprudenza "creativa" della Corte di Giustizia.

⁴¹ Ritiene che l'assenza di competenza comunitaria in materia contraddica il riconoscimento dei diritti sociali fatto dalla Carta di Nizza, così B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 61/2008*, pag. 41.

Al silenzio del legislatore dell'U.e. si contrappone, in alcuni ordinamenti, un'intensa opera di riorganizzazione della normativa interna al fine di renderla conforme ai dettami della Corte di Giustizia. Si fa riferimento, in maniera particolare, alle proposte di riforma presentate in Danimarca e Svezia.

In Danimarca, una commissione di nomina governativa, ha proposto di modificare la legislazione in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, prevedendo la legittimità del diritto di sciopero solo se volto ad estendere ai lavoratori distaccati trattamenti equivalenti a quelli dei lavoratori danesi⁴².

Altro esempio riguarda l'ordinamento svedese che è stato proprio uno di quelli ad essere "travolti" dalla giurisprudenza di Lussemburgo: dopo la pronuncia relativa al caso *Laval*, il governo svedese ha presentato una proposta di legge, denominata "Lex Laval" che si proponeva di modificare la "Lex Britannia", emanata proprio con una finalità *antidumping*: tale proposta avrebbe avuto, come effetto, quello di aprire la strada ad una competizione fondata sul ribasso delle condizioni di lavoro (c.d. *race to the bottom*)⁴³.

Dall'altro lato, si è deciso di intervenire anche sull'esercizio del diritto di contrattazione collettiva e sul diritto di sciopero, limitandoli, qualora siano esercitati nei confronti di datori di lavoro stranieri e venga dimostrato che i lavoratori distaccati sono soggetti a condizioni di lavoro non inferiori a quelle fissate dai contratti collettivi svedesi; si prevede l'istituzione di una specifica autorità (*The Swedish Work Environment Authority – Arbetsmiljöverket, AV*) che svolgerà compiti di assistenza alle imprese, al fine di riuscire a determinare quali sono le condizioni inderogabili da applicare ai lavoratori⁴⁴.

⁴² S. SCIARRA, *Diritti collettivi ed interessi transazionali*, in A. ANDREONI – B. VENEZIANI (a cura di), *cit.*, pag. 40; così anche, di recente, il rapporto di M. PALLINI – R. PEDERSINI, *Posted workers in the European Union*, in *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, 2010, pag. 5 ss.

⁴³ M. PALLINI – R. PEDERSINI, *cit.*, pag. 15 ss.

⁴⁴ I lavori per modificare la legislazione svedese sui posted workers sono iniziati pochi mesi dopo la pronuncia *Laval*, ossia già dall'aprile 2008 (SOU 2008:123), e la proposta è stata presentata al Parlamento, ved. <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0908038s/se0908039q.htm> (novembre 2009). Si deve tenere conto che il 19 settembre u.s. si sono svolte le elezioni per il rinnovo del *Riksdag*, il Parlamento unicamerale svedese. Il voto ha suscitato un ampio eco

La proposta di legge non ha, però, avuto un consenso unanime: i socialdemocratici si sono opposti e hanno predisposto una proposta di legge alternativa, insieme con le organizzazioni sindacali⁴⁵.

In ogni caso, come si può vedere, ciò che si vuole sottolineare è come la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia notevoli riflessi sui singoli ordinamenti nazionali, determinando una modifica degli stessi.

Su un altro versante e in maniera diversa, il legislatore nazionale italiano, tramite l'interpello del Ministero del Lavoro n. 33 del 12 ottobre 2010 è intervenuto nella materia del distacco transnazionale, nel rispetto dell'art. 3 del D.lgs n. 72 del 2000, di trasposizione interna della direttiva n. 96/71⁴⁶, affermando che i dipendenti di aziende straniere ubicate in uno dei paesi dell'U.e. che lavorano in Italia in distacco, devono ricevere un trattamento economico e normativo in linea con le condizioni previste per i lavoratori italiani.

In particolare, il livello minimo retributivo di riferimento è costituito dal reddito di lavoro dipendente individuato secondo le norme italiane; al contrario, la retribuzione imponibile previdenziale su cui si calcolano i contributi è quella determinata sulla base della legislazione del paese straniero in cui si trova l'impresa inviante.

internazionale a causa di tre grandi novità: la seconda sconfitta elettorale consecutiva del partito socialdemocratico, per la seconda volta nella storia della Svezia contemporanea, cioè da quando, negli anni Trenta, Per Albin Hansson creò il *welfare state* scandinavo; la riconferma elettorale di un leader politico non socialdemocratico, il premier uscente Frederik Reinfeldt; infine, l'ingresso in Parlamento dei "democratici di Svezia", partito della destra ultra-nazionalista e xenofoba, desideroso di limitare l'immigrazione e fare uscire Stoccolma dalla Ue, guidato dal giovanissimo Jimmie Akesson; un'analisi che rende conto del disorientamento della "socialdemocrazia" europea d'oggi, incapace di elaborare una piena conciliazione fra garanzie di libertà e diritti sociali, è di G. BERTA, *Eclisse della socialdemocrazia*, Bologna, 2010, pag. 3 ss.

⁴⁵ Per una recente analisi sul caso svedese post-pronuncia *Laval* E. SACCÀ, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte)*, in WP "Massimo D'Antona" C.S.D.L.E. 86-2010, pag. 3 ss. Infatti, il Tribunale del Lavoro scandinavo (*Arbetsdomstolen*) il 2 dicembre 2009 ha ammesso una responsabilità del sindacato svedese per danni e ha condannato i sindacati dei lavoratori edili svedesi al pagamento di 200.000 SEK (22.000 euro) e il sindacato degli elettricisti al pagamento di 150.000 SEK (16.000 euro), nonché circa 220.000 euro di spese legali, assumendo una posizione molto netta rispetto alle conseguenze giuridiche della dichiarazione di efficacia orizzontale dell'art. 56 TFUE.

⁴⁶ Sulle critiche rivolte alla modalità con cui è stata trasposta la direttiva nell'ordinamento italiano ved. nota n. 108, Cap. 3 § 5.

In linea con quanto affermato, in passato si è posto il problema nell'ordinamento interno di chiarire quali fossero gli obblighi concreti a carico delle imprese edili straniere operanti in Italia, con particolare riferimento alla necessità di possesso del DURC⁴⁷. Il Ministero ha spiegato, in linea con il rispetto del principio di libera prestazione dei servizi, che si deve evitare di introdurre ostacoli burocratici che possano disincentivare il distacco dei lavoratori nei paesi dell'U.e. per questo (e non solo) ha affermato che le imprese europee devono iscriversi alla Cassa edile solo se già non effettuano versamenti presso una cassa analoga nel loro paese.

La finalità era – ed è – quella di garantire gli stessi *standard* di tutela derivanti dagli accantonamenti imposti dalla disciplina contrattuale vigente nel sistema italiano. Questa presa di posizione del Ministero si colloca dunque sulla scia delle precedenti pronunce, non volendo perdere di vista la tutela dei lavoratori per i quali si accertano violazioni della parità di trattamento retributivo⁴⁸.

⁴⁷ Con l'interpello n. 6 del 6 febbraio 2009, il Ministero ha chiarito che ciò che forma materia tipica del DURC, o di altra documentazione equivalente rilasciata dal competente istituto del Paese straniero, non può essere surrogato, nella sua funzione probante, dalla dichiarazione sostitutiva dell'interessato, né tanto meno dai modelli utilizzati per il pagamento dei contributi previdenziali. Il Ministero riconosce a tale documento il ruolo di tutela del lavoratore e di contrasto all'evasione contributiva, soprattutto in quelle fattispecie in cui non sia possibile verificare l'effettiva posizione contributiva estera, come nei casi di distacco transnazionale. In tali fattispecie, essendo coinvolti differenti sistemi nazionali di sicurezza sociale, è elevato il rischio che i lavoratori non siano assicurati in alcun Paese, ovvero che gli obblighi previdenziali nel Paese di distacco non vengano rispettati; così A. COSTA, *Distacco transnazionale, normativa DURC e autocertificazione della regolarità contributiva*, in *Bollettino Adapt*, 11, 15 aprile 2009. Tra l'altro, nel formulare il proprio parere, il Ministero ha richiamato la sentenza del Consiglio di Stato n. 4035 del 25 agosto 2008 che, con riferimento alle imprese italiane e alla normativa DURC negli appalti pubblici, ha chiarito come, nella sua funzione di prova, non possa sostituirsi il DURC con un'autocertificazione o con la presentazione dei modelli F24 e dei bollettini di versamento postale utilizzati per il pagamento dei contributi previdenziali. In particolare, il DURC corrisponderebbe ad un evidente interesse pubblico di contrasto all'evasione previdenziale, rappresentando uno strumento di certificazione ufficiale della regolarità dei versamenti dovuti agli istituti previdenziali, volto ad assicurare che gli appalti pubblici siano affidati ad imprese in regola. Producendo un'autocertificazione, ovvero documenti differenti dal DURC, la stazione appaltante non sarebbe in grado di controllare se siano stati effettivamente assolti tutti gli oneri contributivi.

⁴⁸ In tal caso, ricorda il Ministero, gli addetti sulla vigilanza, una volta verificata l'esistenza di crediti retributivi dei lavoratori stessi, potranno agire nei confronti sia dell'impresa U.e., sia di quella italiana, con la diffida accertativa che ha valore di titolo esecutivo; per una prima analisi del documento, visto come chiarificazione sostanziale della trasposizione della direttiva n. 96/71 per la tutela della competitività delle imprese e difesa del sistema dei trasporti dal *dumping*, ved.

4.4. (segue) *L'intervento del legislatore dell'Unione europea: il piano dell'informazione collettiva e individuale.*

Sul piano normativo, il legislatore comunitario, operando all'interno, come prevede oggi il Trattato di Lisbona, della "economia sociale di mercato"⁴⁹ ex art. 3, co. 3 TUE, tramite l'approvazione di alcune direttive, sullo sfondo della tutela dei diritti di informazione "costituzionalizzati" ora con la Carta di Nizza ex art. 27, è apparso attento alle dinamiche dei processi d'integrazione fra imprese, affermando la propria preoccupazione per le possibili distorsioni competitive e sociali che possono scaturire da un uso troppo disinvolto dei differenziali nazionali di tutela, e tentando di salvaguardare le prerogative sociali e sindacali⁵⁰. Sul piano collettivo, l'elemento della rilevanza della dimensione transnazionale dei rapporti contrattuali di scambio è stato valorizzato dalla direttiva sulla creazione dei Comitati Aziendali Europei (C.A.E.) 94/45/CE del 22 settembre 1994, destinata ad operare oltre i confini comunitari, concentrandosi soprattutto sul lato della mobilità della impresa⁵¹.

M. TIRABOSCHI – P. RAUSEI, *Gli autotrasportatori fanno da apripista*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 ottobre 2010.

⁴⁹ D. GOTTARDI, *cit.*, 2010, pag. 57 ss.; scettici, al riguardo, sono C. JOERGES – F. RODL, *The 'Social Market Economy' as Europe's Social Model?*, in L. MAGNUSSON – B. STRATH (edited by), *A European Social Citizenship? Pre-conditions for Future Policies in Historical Light*, Brussel, 2005, pag. 125.

⁵⁰ A. ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa: informazione, consultazione, partecipazione*, in S. SCIARRA – B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI - G. A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, V, Torino, 2009, pag. 689 ss..

⁵¹ Nell'ordinamento interno è stata trasposta con il D.lgs. n. 74/2002, "Attuazione della direttiva del Consiglio, del 22.09.1994, n. 94/45/CE, relativa all'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie". Infatti, recependo i contenuti dell'Accordo Interconfederale siglato tra Confindustria, Assicredit e Cgil, Cisl e Uil il 27.11.1996, il decreto porta a compimento l'opera di trasposizione nel nostro ordinamento della direttiva che riconosce il diritto di informazione e consultazione ai lavoratori assunti presso un'impresa o un gruppo di imprese di dimensioni comunitarie.

A livello dottrinario, della sua dimensione transnazionale e della sua articolazione di gruppo ved. le riflessioni, intrecciate con gli aspetti della Convenzione di Roma, di A. LYON CAEN – S. SCIARRA, *cit.*, pag. 20. Nel corso degli ultimi decenni, a seguito delle numerose iniziative normative comunitarie intraprese a riguardo, la tematica del coinvolgimento dei lavoratori è stata oggetto di un rinnovato dibattito negli ambienti accademici. Si veda AA.VV., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti delle Giornate di Studio A.I.D.LA.S.S., Lecce, 27-28 maggio 2005, Milano, 2006; L. FICARI (a cura di), *Società*

IL DISTACCO DEL LAVORO E LE SUE PROSPETTIVE:
ATTORI E INTERVENTI NELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

La direttiva si pone in controtendenza rispetto alle altre direttive rese in tema di diritti di informazione e consultazione, tutte caratterizzate dalla limitazione del relativo ambito di applicazione alla sola dimensione nazionale dell'impresa⁵².

L'intervento comunitario ha senza dubbio contribuito, in misura rilevante, ad avviare un processo di costruzione di "nuove pratiche transnazionali"⁵³, mettendo insieme nuovi modelli di solidarietà tra lavoratori di paesi diversi e di confronto costruttivo tra rappresentanze dei lavoratori ed imprese transnazionali, mediante la previsione di forme comuni di rappresentanza di tutela oltre confine di alcuni fondamentali diritti dei lavoratori⁵⁴.

La direttiva si propone di migliorare il diritto d'informazione e consultazione dei lavoratori senza confini nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensione comunitaria mediante la previsione dell'obbligo di costituire in ogni impresa o gruppo di imprese di dimensione comunitaria un C.A.E., ovvero una procedura di informazione e consultazione dei lavoratori. La stessa impone alla direzione centrale dell'impresa l'obbligo di riunirsi con la delegazione speciale di negoziazione al fine di fornire informazioni sulle scelte economiche e strategiche che la complessiva struttura imprenditoriale intende assumere.

Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori, Milano, 2006., pag. 101 ss. La caratterizzazione in termini sempre più partecipativi dei sistemi di relazioni industriali dei vari Paesi membri è stata sottolineata nel Rapporto dei gruppi di esperti nominato dalla Commissione, che troviamo commentato nella raccolta di saggi curata da M. BIAGI, *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Hague, 2001.

Da un punto di vista istituzionale, ha avuto rilievo soprattutto la particolare applicazione, che con questa direttiva si è avuta, del principio di sussidiarietà nella sua duplice accezione, verticale e orizzontale, con la valorizzazione del ruolo dell'autonomia collettiva come fonte privilegiata per la disciplina della materia sociale rispetto alle fonti di natura legislativa, ved. F. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Milano, 1992, pag. 65; recentemente, nella dottrina tedesca, T. BLANKE, *La rifusione della direttiva CAE: il punto di vista tedesco*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2, 2010, pag. 356; in quella francese, E. BETHOUX, *Le comité d'entreprise européen: un acteur de la responsabilité sociale de l'entreprise*, in *Revue de l'IRE*, 2, 2008, pag. 87.

⁵² G. ARRIGO, *Informazione e consultazione dei lavoratori nel nuovo diritto sociale comunitario*, in F. GUARRIELLO – S. LEONARDI (a cura di), *Globalizzazione e relazioni industriali. Consultazione dei lavoratori nelle imprese transnazionali*, Roma, 2003, pag. 60 ss.

⁵³ Uno strumento costantemente aggiornato sui C.A.E. esistenti è il database dell'ETUI – *European Trade Union Institute* ha predisposto *The Database on European on Works Council Agreements* reperibile al sito internet: <http://www.ewcdb.eu/>

⁵⁴ In tal senso, A. LYON – CAEN – S. SCIARRA, *cit.*, pag. 20.

Tuttavia, va evidenziato che i diritti di informazione e consultazione di cui i C.A.E. dispongono non sono stati costituiti per permettere un intervento di merito per la definizione e l'attuazione delle politiche industriali da parte delle imprese. Uno dei fattori di debolezza dell'azione dei C.A.E.⁵⁵ è rappresentato dal fatto che la loro azione è apparsa destinata a rimanere circoscritta ai ristretti ambiti istitutivi della informazione e consultazione, con il conseguente rischio di dar vita ad un "mero scambio di opinioni"; in sostanza, "l'instaurazione di un dialogo tra i rappresentanti dei lavoratori e la direzione centrale o qualsiasi altro livello di direzione più appropriato" i cui risultati concreti sono, però, rimessi alla eterodeterminazione aziendale⁵⁶.

Le nozioni di informazione e consultazione, a dire il vero, più avanzate di quelle previste nella direttiva n. 94/45/CE e le procedure di coinvolgimento dei lavoratori orientate nel senso dell'anticipazione della consultazione rispetto al

⁵⁵La più significativa di tutte le pronunce della Corte di Giustizia in tema afferma che "è indispensabile garantire ai lavoratori l'accesso alle informazioni che consentano di verificare l'esistenza di un'impresa o di un gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, a sua volta presupposto dell'istituzione di un CAE. L'obbligo di fornire tali informazioni grava sulla Direzione degli stabilimenti di un'impresa di dimensioni comunitarie e sulla Direzione delle imprese che fanno parte di un gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, anche se, dalla formulazione della disposizione, risulta che la portata di tali obblighi non può essere limitata dal lato dei datori di lavoro alla sola Direzione centrale. Esso sussiste anche per le imprese che facciano parte di un gruppo, anche qualora non sia stato ancora accertato che la Direzione alla quale i lavoratori si rivolgono è quella centrale. Inoltre, le informazioni riguardanti il numero di lavoratori in un gruppo di imprese non possono essere dissociate dalla questione relativa all'esistenza di un rapporto di controllo tra le diverse imprese considerate. È possibile, infatti, che i dati sulla struttura o l'organizzazione di un gruppo di imprese facciano parte delle informazioni indispensabili all'avvio delle trattative per l'istituzione di un CAE. Allo stesso modo, nella misura in cui lo richiede la facoltà per i lavoratori interessati o i loro rappresentanti di accedere alle informazioni necessarie per poter valutare se essi abbiano il diritto di richiedere l'avvio di trattative, può essere richiesta la trasmissione di ulteriori documenti che precisino e chiariscano il significato delle informazioni indispensabili per lo stesso scopo, purché siano necessari", C-62/99, del 29 marzo 2001, *Bofrost*; ved. F. GUARRIELLO, *La "prima volta" della direttiva sui CAE (n. 94/45/CE) davanti alla Corte di Giustizia: Bofrost o della latitudine dei diritti di informazione riconosciuti alle rappresentanze dei lavoratori ai fini della costituzione del Comitato aziendale europeo*, in *Dir. Lav.*, 2001, pag. 130 ss.; ID., *Le funzioni negoziali del comitato aziendale europeo tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, in *Lav. Dir.*, 2005, pag. 631 ss.

⁵⁶ D'altronde, le procedure d'informazione e consultazione possono risolversi in meri adempimenti formali che l'impresa può decidere di assolvere soltanto nel momento terminale dell'iter decisionale.

momento delle decisioni, sono contenute nelle successive direttive n. 2001/86/CE, 2002/14/CE e 2003/72/CE⁵⁷.

Ora, a distanza di dieci anni⁵⁸ dal previsto riesame della direttiva n. 94/45/CE, la nuova direttiva n. 2009/38/CE è stata approvata dal Parlamento e dal Consiglio il 6 maggio del 2009⁵⁹. L'intervento comunitario resta circoscritto al solo profilo

⁵⁷ Nonostante in dottrina si sia parlato di successo in termini di creazione di un nuovo modello di tecnica legislativa con questa direttiva, ved. M. BIAGI, *La Direttiva CAE dopo sei anni: il successo di un nuovo modello?*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 2000, pag. 507; ID., *A Quality of Work, Industrial Relations and Employee Involvement in Europe: Thinking the Unthinkable?*, in M. BIAGI (a cura di), *Quality of Work and Employee Involvement in Europe*, The Hague, 2002, pag. 3 ss..

Nell'ordinamento interno, il testo legislativo di riferimento in Italia è il D.lgs. n. 25 del 6 febbraio 2007, "Attuazione della direttiva 2002/14/CE che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori", al riguardo per un commento sistematico alla nuova normativa M. NAPOLI (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori (d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25). Artt. 1-8*, in *Nuov. Leg. Civ. Com.*, 4, 31, 2008, pag. 843 ss.

⁵⁸ L'art. 15 della Dir. 94/45/CE prevedeva che entro il 22 settembre 2009 la Commissione riesaminasse, in consultazione con gli Stati membri e le parti sociali, le modalità di applicazione della direttiva, proponendo, se del caso, al Consiglio eventuali modifiche al testo originario; parla di delusione rispetto alle attese del lungo iter, A. ALAIMO, *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 69/2009*, pag. 1 ss.

⁵⁹ Direttiva 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, in *G.U. L 122 del 16 maggio 2009, pag. 28 ss. In maniera particolare*, la direttiva definisce il concetto di impresa «controllante», ovvero che esercita un'influenza dominante su un'impresa detta «controllata». Questo legame di influenza si riscontra se un'impresa: detiene la maggioranza del capitale sottoscritto di un'altra impresa; dispone della maggioranza dei voti in rapporto alle partecipazioni al capitale di un'altra impresa, oppure può nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa (quest'ultimo criterio è determinante).

La direzione centrale dell'impresa o del gruppo è responsabile dell'istituzione di un comitato o di una procedura per l'informazione e la consultazione. In assenza di un rappresentante designato, se la direzione non è situata in uno Stato membro dello Spazio economico europeo (SEE), la responsabilità spetta allo stabilimento o all'impresa che impiega il più alto numero di lavoratori in uno Stato membro.

La direzione centrale avvia la negoziazione per l'istituzione del comitato aziendale europeo o della procedura per l'informazione e la consultazione. Essa agisce: di propria iniziativa; o previa richiesta scritta di almeno cento lavoratori, o dei loro rappresentanti, di almeno due imprese o stabilimenti situati in non meno di due Stati membri diversi. Una delegazione speciale di negoziazione è composta dai rappresentanti dei lavoratori. Questi sono eletti o nominati, in proporzione al numero di lavoratori occupati in ciascuno Stato membro dove l'impresa è presente. La delegazione speciale negozia un accordo con la direzione in vista di definire il funzionamento del comitato aziendale europeo e le modalità di attuazione della procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori.

delle relazioni industriali, mentre la successiva produzione normativa in materia di coinvolgimento dei lavoratori è stata influenzata dall'accelerazione dei processi di modulazione dell'attività d'impresa su base transnazionale che sono indotti dalla globalizzazione. In altri termini, con la legislazione comunitaria di seconda generazione è divenuta strutturale la consapevolezza da parte del legislatore dell'esigenza di assicurare interventi più incisivi rispetto a quelli garantiti dalla direttiva n. 94/45/CE, oltre la sfera meramente partecipativa⁶⁰.

Per quanto riguarda il piano *individuale* del rapporto del lavoro, assume rilevanza, ai fini della presente ricerca, l'aspetto dell'informazione sui singoli rapporti di lavoro.⁶¹

La fonte normativa di riferimento, a livello comunitario, è la direttiva 91/533/CEE del Consiglio, approvata il 14 ottobre 1991, relativa "all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro". Fu approvata sulla base dell'allora vigente art. 100 del Trattato, ora art. 115 del TFUE, che costituisce la base giuridica per le iniziative comunitarie di avvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato interno⁶².

I membri di questa delegazione godono della stessa protezione dei rappresentanti dei lavoratori, come previsto dalla legislazione nazionale e/o dalle prassi vigenti nello Stato in cui sono impiegati.

La direttiva 94/45/CE è abrogata con effetto dal 6 giugno 2011, data di entrata in vigore completa della presente direttiva; il termine ultimo di recepimento per gli Stati membri è il 5 giugno 2011. Di recente, F. LUNARDON, *Informazione, consultazione e partecipazione*, in F. CARINCI – A. PIZZOFRERATO (a cura), *cit.*, pag. 762 ss.

⁶⁰ In questo senso, da ultimo, S. SCARPONI, *Gli accordi transnazionali a livello di impresa: uno strumento per contrastare il social dumping*, in *Lav. Dir.*, 1, 2011, in corso di pubblicazione.

⁶¹ La tutela lavoristica si differenzia, rispetto ad altri ambiti contrattuali, per la maggior importanza che essa riveste nelle fasi successive alla stipulazione; gli elementi che la legge mira a far conoscere al lavoratore, sono, non tanto quelli in grado di determinare il suo consenso, che anzi sono i più conosciuti anche perché negoziati a livello individuale; bensì sono gli elementi utili alla equilibrata amministrazione del rapporto e alla tutela dei relativi diritti, ved. per un'analisi del recepimento interno della direttiva con il d.lgs. n. 152/1997 e la prova documentale del contratto di lavoro, D. CASALE, *La direttiva 91/533/CEE sull'obbligo del datore di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto di lavoro e la prova del contratto*, in F. CARINCI – A. PIZZOFRERATO (a cura), *cit.*, pag. 508 ss; anche, nella manualistica d'oltralpe, J. SERVAIS, *Droit social de l'Unione Européenne*, Bruxelles, 2008, pag. 242 ss.

⁶² Come riporta D. CASALE, *cit.*, pag. 510, la direttiva faceva parte del piano di attuazione (29 novembre 1989, COM (89) 568 finali) della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori al fine di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano

Gli elementi essenziali di cui i legislatori nazionali debbono imporre la comunicazione, previsti ai sensi dell'art. 2 della direttiva⁶³, sono un insieme eterogeneo di previsioni e ritenute non tassative dalla giurisprudenza comunitaria⁶⁴, in quanto il legislatore interno ha la facoltà di estendere il novero dei dati da comunicare: alcuni sono condizioni contrattuali, altri sono elementi che restano nella decisione datoriale (es.: assegnazione di specifiche mansioni); per le informazioni riguardanti le obbligazioni del datore, la *ratio* della legge è mettere il lavoratore contraente debole in condizione di verificare, ed eventualmente pretendere, l'esattezza dell'adempimento datoriale, mentre per le informazioni sulle obbligazioni del dipendente, la *ratio* è metterlo nelle condizioni di adempiere e di ponderare le eventuali rimostranze datoriali, avendo ulteriormente l'effetto di orientare il contegno del datore sulla base della consapevolezza che il dipendente è al corrente dei propri diritti e dei limiti dei propri obblighi⁶⁵.

d'opera che consenta la loro parificazione nel progresso", come stabilito nell'art. 151 del Trattato, richiamato nel considerando della direttiva del 1991. La maggiore informazione a vantaggio del lavoratore si ritenne strumentale sia al buon funzionamento del mercato del lavoro, sia alla tutela dei diritti dei singoli dipendenti, poiché fu necessario imporre a livello comunitario al lavoratore il documento indicante gli elementi regolativi essenziali del rapporto di lavoro.

⁶³ a) l'identità delle parti; b) il luogo di lavoro; in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante, il fatto che il lavoratore è occupato in luoghi diversi, e la sede o, se del caso, il domicilio del datore; c) il titolo, il grado, la qualità o categoria dell'impiego attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o descrizione sommaria del lavoro; d) la data di inizio del contratto o del rapporto di lavoro; e) se si tratta di un rapporto di lavoro temporaneo, la durata prevedibile; f) la durata delle ferie retribuite, cui ha diritto il lavoratore o, nell'impossibilità di fornire questa indicazione all'atto dell'informazione, le modalità di attribuzione e di determinazione delle ferie; g) la durata dei termini di preavviso che devono essere osservati dal datore e dal lavoratore in caso di cessazione del rapporto di lavoro o, nell'impossibilità di fornire questa indicazione all'atto dell'informazione, le modalità di determinazione dei termini del preavviso; h) l'importo di base iniziale della retribuzione, gli altri elementi costitutivi, nonché la periodicità del versamento; i) la durata normale giornaliera o settimanale del lavoro; j) eventualmente: j.1) menzione dei contratti collettivi e/o intese collettive che disciplinano le condizioni di lavoro del lavoratore, oppure j.2) se si tratta di contratti collettivi stipulati al di fuori dell'impresa da organi o istituzioni paritarie particolari, menzione dell'organo competente o dell'istituzione paritetica competente in seno al quale questi sono stati conclusi.

⁶⁴ In materia di clausola per lavoro straordinario la Corte si è pronunciata nel caso *Lange*, C-350/1999, in *Dir. Lav.*, 2001, 2, pag. 138, con nota di S. BELLOMO.

⁶⁵ Per un'analisi d'inquadramento poco dopo l'emanazione della direttiva, ved. G. BALANDI, *L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, pag. 739 ss.

A livello generale, tale normativa ha avuto alcune implicazioni pratiche, per esempio sul regime delle prove, comportando un rilevante miglioramento della tutelabilità dei diritti di ciascun lavoratore, con particolare riguardo agli Stati in cui non era presente un'analoga disciplina⁶⁶.

Ai fini del presente lavoro, è interessante rilevare come vi sia una particolare previsione per chi presta l'attività senza confini, ossia i lavoratori espatriati (*expatriate employees*), valevole sia all'interno dell'Unione sia nei confronti dei paesi fuori dall'U.e.. A norma dell'art. 4, qualora il lavoratore sia invitato a svolgere il suo lavoro per più di un mese in uno Stato membro alla cui legislazione il rapporto di lavoro è soggetto, devono essere precisate le seguenti informazioni supplementari: a) la durata del lavoro esercitato all'estero; b) la valuta in cui verrà corrisposta la retribuzione; c) se del caso, i vantaggi in denaro e in natura collegati all'espatrio; d) se del caso, le condizioni del rimpatrio del lavoratore⁶⁷.

In conclusione, la disposizione sui lavoratori destinati ad espatriare può essere letta alla luce del quadro più generale che si è cercato di prendere in considerazione in tema di informazione, collettiva ed individuale, collegato alle problematiche concernenti il distacco transnazionale della manodopera, laddove, a seguito delle pronunce del 2007 e 2008⁶⁸, il Comitato economico e sociale europeo ha ammonito "il Consiglio ad adottare la raccomandazione proposta relativa al rafforzamento della cooperazione amministrativa tra gli Stati membri, al miglioramento dell'accesso all'informazione da parte dei prestatori di servizi e dei lavoratori distaccati nell'ambito di un regime linguistico diversificato, e allo scambio di informazioni e di buone pratiche tra Stati membri all'interno di un comitato tripartito di alto livello comprendente rappresentanti degli Stati membri nonché partner socio-economici di livello nazionale ed europeo, con l'obiettivo di rafforzare la direttiva n. 96/71/CE e la protezione dei lavoratori distaccati nel

⁶⁶ A. LO FARO, *Aspects of judicial procedures: time limits, burden of proof, ex officio application of EC law*, in J. MALMBERG (edited by), *Effective enforcement of EC labour law*, The Hague-London-New York, 2003, pag. 190 ss.

⁶⁷ Sul punto, D. CASALE, *cit.*, pag. 514.

⁶⁸ L'analisi della direttiva, della sua genesi, delle sue implicazioni, alla luce della recente giurisprudenza comunitaria, sono state riprese in precedenza, ved. Cap. 2, § 1.

IL DISTACCO DEL LAVORO E LE SUE PROSPETTIVE:
ATTORI E INTERVENTI NELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

quadro della libera prestazione di servizi”⁶⁹.

L’emanazione della direttiva comunitaria n. 96/71 CE sul distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi transnazionali, su cui si avrà modo di tornare, può essere inserita in questa (nuova) lettura, sullo sfondo dei diritti di informazione.

⁶⁹ *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema Distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi, cit.*, pag. 6.1.; il recente documento di M. MONTI, *cit.*, pag. 77.

4.5. IV attore: Il dialogo fra le Corti, ovvero uno sguardo alla giurisprudenza di Strasburgo e i “controlimiti” quale strumento di tutela.

Conclusivamente, l'attuale articolo 6 TUE può essere idealmente distinto in due parti. La prima prende in considerazione la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale con il Trattato di Lisbona, come visto, diviene giuridicamente vincolante, mentre la seconda disciplina attiene alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), a sua volta entra in connessione con l'impianto dell'Unione europea⁷⁰.

In particolare, si prevede che l'Unione possa aderire a quest'ultima, con la precisazione che “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”; grazie a tale disposizione si consentirà all'Unione europea di aderire alla CEDU, superando lo scoglio degli ultimi anni che aveva condotto ad una soluzione opposta⁷¹.

Occorre sottolineare che mentre la Carta di Nizza diverrà “diritto dell'U.e.”, i principi contenuti nella CEDU potranno essere solo usati quali “principi generali” del diritto dell'Unione europea al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Nonostante ciò, tale passaggio non è da sottovalutare. Il Trattato di Lisbona fa riferimento ai principi contenuti nella CEDU, i quali saranno definiti anche dall'opera della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale è da sempre molto

⁷⁰ Ai sensi dell'art. 6, co. 2 e 3 del TUE: “L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. [...] I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

⁷¹ Tale adesione, tuttavia, non è automatica ma dovrà avvenire nel rispetto delle procedure fissate dal protocollo n. 8 annesso al Trattato. La Corte di Giustizia, 28 marzo 1996, nel parere n. 2/94, ha stabilito che la Comunità non poteva aderire a tale convenzione, poiché il Trattato non prevedeva alcuna competenza delle istituzioni comunitarie per emanare norme o concludere accordi internazionali in materia di diritti dell'uomo.

attenta anche alla dimensione sociale. Già ora vi è uno scambio molto proficuo, tra la Corte di Giustizia e la Corte di Strasburgo, che da tempo utilizza come parametro di giudizio anche la Carta di Nizza.

A tal proposito, la Corte di Strasburgo si è pronunciata, nel corso del 2009 anche in merito all'esercizio del diritto di sciopero e, pur richiamando anch'essa la Carta di Nizza, è giunta ad una soluzione diametralmente opposta a quella accolta dalla Corte di Giustizia nei casi *Laval & Co.*.

Ci si riferisce al caso *Enerji Yapi – Yol Sen v. Turkey*, deciso il 21 aprile 2009⁷², in cui la terza sezione della Corte di Strasburgo, dando un'interpretazione estensiva dell'art. 11 della CEDU, in materia di libertà di riunione e associazione, vi ha ricondotto anche l'esercizio del diritto di sciopero, il quale potrà quindi essere limitato nei soli casi ivi previsti. In particolare “non può costituire oggetto di altre restrizioni oltre quelle che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

La sentenza è interessante, in quanto la Corte procede nella valutazione della modalità di esercizio dello sciopero, senza entrare nel merito dello stesso, e arriva a dichiarare l'illegittimità di una circolare che limita il diritto di azione collettiva, qualora si applichi, in maniera indiscriminata, a tutti i lavoratori, quando le misure in essa previste non siano proporzionali ai fini perseguiti, e quando non venga attuato un bilanciamento con gli altri interessi di natura pubblica coinvolti.

La Corte di Strasburgo dà rilevanza a tutti gli strumenti internazionali che riconoscono il diritto di sciopero: le Convenzioni OIL, a prescindere da una loro

⁷² Commentata da G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa ?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 4, 2009, pag. 975 ss; recentemente, K. D. EWING – Q. C. J. HENDY, *The dramatic implications of Demir and Baykara*, in *Ind. Law Jour.*, 39, 2010, pag. 2 ss.; R. PESSI, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2, 2010, pag. 211 (anche in *Studi in onore di Tiziano Treu*, in corso di pubblicazione).

ratifica nel singolo Stato nazionale⁷³, la Carta sociale europea e la Carta di Nizza, incorporata all'interno del Trattato di Lisbona, strumento potenzialmente essenziale per verificare l'evoluzione della tutela dei diritti sociali⁷⁴.

La sentenza della Corte di Strasburgo può diventare il modello per una nuova tutela del diritto di sciopero: l'art. 11 della CEDU stabilisce che limitazione all'esercizio del diritto possono derivare anche dalla necessità di proteggere diritti e libertà altrui e, probabilmente, tra tali libertà rientreranno anche quelle riconosciute come fondamentali dall'Unione europea.

Il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo assume importanza in quanto, pur ricordando che il diritto di sciopero non è assoluto, mostra una maggiore attenzione agli interessi coinvolti ed esclude un controllo nel merito delle azioni. Alla Corte di Giustizia si è criticato di non conoscere il linguaggio dei diritti sociali⁷⁵, ma, forse proprio il dialogo con la Corte di Strasburgo, potrà colmare questa lacuna e indirizzarla verso una maggiore e più corretta ponderazione degli interessi coinvolti.

Altro possibile "dialogo con le Corti" è quello con le Corti Costituzionali degli Stati Membri. A tal riguardo, nell'ordinamento italiano, la giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sul bilanciamento del diritto di sciopero con la libertà di iniziativa economica, ha da sempre accolto la tesi per cui lo sciopero è illegittimo solo ove pregiudichi la produttività dell'impresa. Si tratta di una valutazione che non può che essere svolta caso per caso dal giudice, guardando alle modalità con le quali l'azione collettiva è stata realizzata⁷⁶.

⁷³ Nella sentenza *Demir and Baykara v. Turkey*, del 12 novembre 2009, p. 7, la Corte sottolinea come non rileva la ratifica degli strumenti internazionali da parte dello Stato, in quanto è sufficiente che tali strumenti denotino un'evoluzione dei principi applicati e mostrino un piano comune nella società moderna; cfr. A. VIGHI, *cit.*

⁷⁴ Anche al di là del richiamo operato dal Trattato di Lisbona, non bisogna dimenticare che proprio l'art. 53 della Carta di Nizza prevede che le disposizioni della Carta non possano essere interpretate come limitative o lesive dei diritti riconosciuti anche dalla CEDU.

⁷⁵ S. SCIARRA, *Diritti collettivi, cit.*, pag. 49.

⁷⁶ Corte Cass., n. 711 del 1980. A detta della dottrina italiana più autorevole: "L'art. 40 Cost. si pone come una delle norme nelle quali più acutamente si rileva il contrasto fra lo Stato sociale contemporaneo e lo Stato liberale. Mentre quest'ultimo si fondava sull'asserzione del principio di uguaglianza formale del cittadino di fronte alla legge, lo Stato sociale prefigurato dalla Costituzione tende alla realizzazione di una eguaglianza sostanziale, ponendosi così in polemica contro l'assetto esistente dei rapporti sociali ed economici, ed impegnandosi alla sua trasformazione (art. 3, co. 2 Cost)", così G. GIUGNI, (Voce) *Sciopero. I) Ordinamento italiano*, in

Lo stesso legislatore italiano è intervenuto bilanciando il diritto di sciopero, tramite la legislazione riformata nel 2000, con gli altri diritti fondamentali della persona, e in tali casi nessuno dei diritti coinvolti è stato leso nel proprio contenuto essenziale⁷⁷.

Infatti, in caso di lesione di un diritto costituzionalmente garantito, lo strumento estremo di tutela è costituito dalla teoria dei controlimiti, elaborata dalla Corte Costituzionale a partire dagli anni '60, in base alla quale l'apertura al diritto comunitario non è incondizionata, ma conosce il limite del "rispetto dei diritti fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana"⁷⁸.

Infatti, secondo questa teoria, la Consulta è giunta ad affermare che, se spetta al giudice ordinario il compito di rilevare le ipotesi di contrasto del proprio diritto con quello comunitario, avvalendosi, se del caso, dell'ausilio della Corte di Giustizia, tramite il ricorso in via pregiudiziale, "ciò non implica, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alle competenze della Corte Costituzionale: la legge di esecuzione del Trattato CEE, infatti, è soggetta al sindacato della stessa Corte per quanto riguarda l'eventuale contrasto di disposizioni di diritto comunitario con i principi

Enc. Giur., 1992, pag. 2. Inoltre, sulla stretta connessione tra diritto di sciopero per fini contrattuali e nuovo assetto democratico costituzionale, così come impostati dalla giurisprudenza italiana, ved. F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1971, pag. 40 ss; più recentemente, ved. G. PINO, *Conflitto e autonomia collettiva*, Torino, 2005, pag. 35 ss.

⁷⁷ Riforma del 2000 (legge n. 83) volta a ritoccare la legge n. 146, del 12 giugno 1990, "Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati"; sul punto ved. G. PERA, *Il diritto di sciopero*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 1986, pag. 426. Rispetto all'impostazione della Corte di Giustizia l'orientamento che assume la giurisprudenza italiana, anche costituzionale, è distante.

⁷⁸ Con la sentenza n. 98, del 27 dicembre 1965, la Consulta riconosce l'esistenza di un nucleo di norme costituzionali non comprimibili dalle norme comunitarie. Inoltre, ved. il caso *Frontini*, sentenza n. 183, del 27 dicembre 1973, in *Foro It.*, I, 1974, pag. 314. Corte Cost., n. 168, dell'8 aprile 1991, in *Foro It.*, I, 1992, pag. 660. In dottrina, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, pag. 213 ss.; M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, pag. 217; ID., *Uniti nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 2005, pag. 582 ss.; recentemente, ID., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pag. 22 ss.

fondamentali dell'ordinamento costituzionale o con i diritti inalienabili della persona umana”⁷⁹.

Pertanto, la soluzione dei “controlimiti”, potrebbe essere utile non in termini assoluti, ma in quanto strumentale alla apertura, su basi diverse, di un nuovo processo negoziale politico che dia vita a soluzioni derivanti da scelte democratiche degli Stati membri⁸⁰.

Il controllo che la Corte Costituzionale si riserva di compiere appariva funzionale a tutelare i diritti fondamentali dei cittadini in un contesto, quelle delle origini della Comunità europea, poco attento ad essi. Gran parte dei giuslavoristi italiani vi hanno fatto riferimento, sempre però guardando ad essa come un rimedio di *extrema ratio*⁸¹.

In un recente caso che ha investito il Consiglio di Stato, questo ha affermato che dinnanzi ad un diritto fondamentale, solo la Corte Costituzionale poteva essere chiamata ad operare un bilanciamento e che una eventuale pronuncia della Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 TCE non avrebbe mai potuto modificare tale assetto⁸².

Tuttavia, parte della dottrina costituzionalista è scettica di fronte a questo strumento, anche in considerazione del fatto che la Dichiarazione allegata n. 17 al Trattato di Lisbona stabilisce che “il diritto dell'Unione prevale sul diritto degli Stati membri”⁸³.

⁷⁹ Di recente, per una ricostruzione della evoluzione della giurisprudenza in materia, ved. U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008, pag. 1298 ss.

⁸⁰ U. CARABELLI, *cit.*, pag. 201; in senso parzialmente diverso, A. LASSANDARI, *La Corte di Giustizia e il sindacato*, in A. VIMERCATI (a cura di), *cit.*, pag. 168 ss., il quale non è convinto “dell'opportunità e proficuità di impostazioni che cerchino di sottrarsi ad un confronto con il nuovo scenario socio-economico, caratterizzato da una interazione sovranazionale (europea e mondiale), per “ripiegare” appunto nel consolante ed apparentemente riparato ambito nazionale: senza escludere, in taluni casi limite, la possibilità di fare proprio pure questo approccio, lo si ritiene nel complesso ed in prospettiva inadeguato”.

⁸¹ Da ultimo, M. RUSCIANO, *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2009, pag. 65 ss.

⁸² Sentenza *Federfarma*, Cons. Stato, 8 agosto 2005, n. 4207.

⁸³ Alcuni autori sottolineano come l'applicabilità di tale teoria è preclusa da ragioni giuridiche, quali la determinazione dell'oggetto, della portata e degli effetti della valutazione, oltre che politiche; così A. CELOTTO – M. CARTABIA, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002, pag. 4497, precedentemente, A. CELOTTO, *Carta dei diritti*

Il problema della tutela dei diritti fondamentali dell'ordinamento nei confronti dell'intervento delle istituzioni comunitarie non si è posto solo in Italia.

Nel giugno del 2009, la Corte Costituzionale tedesca si è pronunciata sul Trattato di Lisbona, aprendosi verso l'integrazione comunitaria, ma al tempo stesso, riaffermando l'esistenza di un nocciolo duro di identità costituzionale a cui i cittadini tedeschi non sono disposti a rinunciare⁸⁴.

Anche il *Conseil Constitutionnel* francese si è riservato la possibilità di vagliare la validità del diritto dell'U.e., mediante il giudizio sulle leggi di trasposizione di direttive comunitarie, e ha affermato la prevalenza delle disposizioni costituzionali su quelle comunitarie in caso di contrasto tra le stesse⁸⁵.

fondamentali e Costituzione italiana: verso il "Trattato costituzionale" europeo, in <http://archivio.rivistaaic.it>, Roma, 28 giugno 2002.

⁸⁴ E' il c.d. "Lissabon Urteil". Il 30 giugno 2009 la Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), ha pronunciato la sentenza riguardante la compatibilità con la Costituzione tedesca (*Grundgesetz*) della legge di ratifica del Trattato di Lisbona, della legge di accompagnamento e delle norme sui poteri delle istituzioni tedesche. Secondo tale sentenza, il principio democratico non impedisce alla Germania di aderire a una comunità internazionale, organizzata a livello sovranazionale. Ciò tuttavia a condizione che siano garantiti la legittimazione e l'influenza proveniente dal popolo. I compiti del *Bundestag* non possono venir svuotati: affinché venga mantenuta la legittimazione conferitagli dalle elezioni, i compiti e i poteri di peso sostanziale devono rimanere al *Bundestag*. Le norme che l'ordinamento giuridico tedesco stabilisce a favore della diretta validità e applicazione del diritto comunitario, devono definire in modo sufficientemente determinabile i diritti trasferiti e il programma di integrazione voluto. Un potere generalizzato quindi sarebbe inammissibile. 15) "1) La Legge fondamentale può essere modificata solo da una legge che modifichi o integri espressamente il testo della Legge fondamentale stessa. In caso di trattati che hanno per oggetto una disciplina di pace, la preparazione di una disciplina di pace o l'abolizione di un regime di occupazione, oppure che sono conclusi per servire alla difesa della Repubblica federale, al fine di chiarire che le disposizioni della Legge fondamentale non sono di impedimento alla conclusione e alla attuazione dei trattati, è sufficiente un'integrazione al testo della Legge fondamentale che si limiti a detta chiarificazione. 2) Una tale legge necessita dell'approvazione dei due terzi dei membri del *Bundestag* e dei due terzi dei voti del *Bundesrat*. 3) Non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in *Länder*, il principio della partecipazione dei *Länder* alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20.". Per un primo commento nella dottrina tedesca, D. HALBERSTAM e C. MÖLLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"*, in *Ger. Law Jour.*, 2009, pag. 1250 ss.

Di recente, un esempio della giurisprudenza tedesca che riporta ad un equilibrato dialogo fra le Corti nazionali e quella di Lussemburgo, richiamandosi ai concetti di cooperazione e margine di tolleranza, nonché l'esplicita raccomandazione di esperire il rinvio pregiudiziale prima di pervenire allo "scontro" tra gli organi giurisdizionali, è da rinvenire nella pronuncia nel caso *Honeywell*, del 6 luglio 2010 del *Bundesverfassungsgericht*, reperibile al seguente sito:

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html; per un primo commento, F. FONTANELLI, *All's well that ends Honeywell*, 6 settembre 2010, in www.diritticomparati.it.

⁸⁵ *Conseil Constitutionnel*, sentenza del 10 giugno 2004, n. 496.

Il dibattito è più ampio e coinvolge anche la natura della Corte di Giustizia, la quale, ad oggi, non è una Corte Costituzionale⁸⁶: risulta quindi necessario riflettere se essa sia il soggetto più adatto a compiere bilanciamenti tra i vari diritti⁸⁷.

Il vero passaggio decisivo può essere segnato da una cooperazione e, pertanto, da un dialogo fra le varie Corti: occorre guardare in modo differente alla teoria dei “controlimiti”, quale strumento attraverso il quale mantenere aperto un dialogo con l’ordinamento dell’Unione europea⁸⁸, come ad una “cerniera nei rapporti fra U.e. e i 27 Stati membri”⁸⁹.

Oltre la cooperazione⁹⁰, in termini più in generale, il futuro dei diritti sociali in Europa resta ancora incerto fra un approdo minimale, che, come visto, che ne circoscrive la funzione a mere misure di salvaguardia degli standard di protezione assicurati negli stati membri - in difficoltà rispetto alle pronunce della Corte di Lussemburgo - ed un approdo più ambizioso, che li assume come motore delle politiche sociali dell’Unione per il futuro dell’integrazione europea⁹¹.

⁸⁶ Sulla capacità di intervenire da parte della Corte di Giustizia in tema di diritti fondamentali, si riprendono le parole riportate in un saggio di uno dei giudici della Corte di Giustizia di un tempo, G. F. MANCINI, che richiama le parole di M. CAPPELLETTI: “[I giudici della Corte di Giustizia] rivendicando per se stessi la capacità di fare quello che i padri fondatori non avevano neanche lontanamente pensato di fare e ciò che le strutture politiche della Comunità non provano neppure a intraprendere, questi tredici ometti sconosciuti alla maggior parte dei 320 milioni di cittadini della Comunità, privi di potere politico, di carisma e di legittimazione popolare hanno scritto una pagina davvero unica nella storia del diritto”, ora nella raccolta G. F. MANCINI, *La Corte suprema degli Stati Uniti e la Corte di giustizia europea*, in ID., *Democrazia e costituzionalismo nell’Unione europea*, Bologna, 2004, pag. 264.

⁸⁷ M. V. BALLESTRERO, *cit.*, pag. 391 ss., la quale ritiene che le prospettive future, salvo cambiamenti, saranno negative, dato che la Corte “affonderà i suoi piedi nella nostra Costituzione”.

⁸⁸ M. CARTABIA, *cit.*, 1995, pag. 129 ss., la quale vede le affermazioni delle Corti Costituzionali come “luogo di occasione e collaborazione” per la tutela dei valori fondamentali.

⁸⁹ A. CELOTTO – T. GROPPI, *Primauté e controlimiti nel Progetto di Trattato costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 4, 2004, pag. 868 ss.

⁹⁰ Definite anche “tecniche del dialogo nascosto tra Corti costituzionali nazionali e Corte di Giustizia”, così G. MARTINICO, *cit.*, pag. 200 ss..

⁹¹ S. GIUBBONI, *cit.*, 2003, pag. 311 ss.

Si gioca qui – mi sembra – una partita decisiva per il futuro dell’integrazione dell’Unione europea, anche dal punto di vista sociale. Non solo perché i destini di essa appaiono stretti fra la salvaguardia di un nucleo di garanzia di funzioni e di riequilibrio socioeconomico, inseparabili dalla “statualità” e della fisionomia dello Stato novecentesco, e il quadro dei principi della costituzione economica dell’Unione, che lasciano ancora margini molto estesi alla copertura di politiche liberistiche di non intervento.

IL DISTACCO DEL LAVORO E LE SUE PROSPETTIVE:
ATTORI E INTERVENTI NELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

La questione dei diritti sociali, ossia la libertà sindacale e la negoziazione collettiva, al cui interno si “sfidano” le prestazioni transazionali di lavoro, tra competitività e garanzia contro il dumping sociale, pone di fronte ad una alternativa che è centrale per la configurazione del completamento del processo di integrazione europea, come un processo di integrazione che tocca più discipline (dal diritto del lavoro al diritto internazionale privato): quella fra il completo rinvio delle politiche sociali agli orizzonti ed ai compiti propri della statualità all'interno del paradigma del “first order conflict of law” (come visto, le tecniche internazionalprivatistiche), e quella, per riprendere la storia dell'Europa, che comporta la presa d'atto della lezione che proviene dalle esperienze costituzionali dello stato liberale, la cui ispirazione liberistica riuscì a sorreggere le fasi di ascesa della borghesia capitalistica, ma non più a gestire le situazioni di crisi e le congiunture economiche, In proposito, F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, ed. it. a cura di N. MATTEUCCI, Bologna, 1973, pag. 245 ss.

CAPITOLO IV

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

A.A.VV., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti delle Giornate di Studio A.I.D.LA.S.S., Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, Milano, 2006.

AA. VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Trento, 4-5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000.

AA. VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008.

AA. VV., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005.

AA. VV., *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar, 2*, Giuffrè, Milano, 2009.

AA. VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008.

AA. VV., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Giuffrè, Milano, 1994.

AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Giuffrè, Milano, 1984.

AA.VV., *Nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento Roma I*, Fondazione Italiana per il Notariato, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008.

ALAIMO A. – CARUSO B., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 82/2010; in corso di pubblicazione in *Le innovazioni del Trattato di Lisbona in tema di competenze dell'Unione e di tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2011.

ALAIMO A., *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 69/2009.

ALES E., *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi genealogica*, in Riv. Dir. Sic. Soc., 3, 2009.

ALES E., *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role and (Questionable) Limits on Collective Action*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT-63/2008.

ALSTON P. (ed. by), *The EU and Human rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

AMATO P., *Libera circolazione delle imprese, distacco di manodopera e tutela dei lavoratori*, Tesi di dottorato, Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei – Università degli Studi di Trento, A.A. 2008-2009, in <https://eprints-phd.biblio.unitn.it>.

ANDREONI A. – VENEZIANI B. (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Ediesse, Roma, 2009.

ANTONIOLLI DEFLORIAN L., *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Università degli Studi di Trento, 1996.

BIBLIOGRAFIA

- ARRIGO G., *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, I, Cedam, Milano, 2001.
- ARRIGO G., *La partecipazione dei lavoratori nel diritto comunitario tra armonizzazione normativa e competizione di modelli*, in *Dir. Lav.*, 2000.
- BALANDI G. – CAZZETTA G. (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Materiali dell'incontro di Studio, Ferrara, 24 ottobre 2008, Giuffrè, Milano, 2009.
- BALANDI G., *L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993.
- BALANDI G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 20, 1998; anche in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, I. Diritto del lavoro*, 1998.
- BALLARINO T. – MARI L., *Uniformità e riconoscimento. Vecchi e problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2006.
- BALLARINO T., *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *Riv. Dir. Int.*, 1, 2010.
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2009.
- BALLESTRERO M.V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008.
- BANO F., *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- BARATTA R., *General Issues of Private International Law in the European System*, in *Yearbook of Int. Priv. Law*, 2004.
- BARATTA R., *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1991.
- BARBERA M. (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, 2006.
- BARBERA M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000.
- BARBERA M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 4, 2009.
- BARBERIS M., *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- BARIATTI S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. un. eur.*, 2001.
- BARILE P., *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, pag. 1110.
- BARNARD C. – DEAKIN S., *Market Access and Regulatory competition*, in *Jean Monnet Working Paper*, 9, 2001.
- BARNARD C., *EC Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- BARNARD C., *Employment Rights, Free Movement Under the EC Treaty and the Services Directive*, in *Europa Institute, Mitchell Working Paper Series*, 5, 2008.
- BARNARD C., *The substantive law of the Eu. The Four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- BARNARD C., *Unravelling the service directive*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 2008.

BIBLIOGRAFIA

- BASSANINI F. – TIBERI G. (a cura di), *Commentario al nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- BAVARO V., *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«archetipo» Fiat di Pomigliano d'Arco*, in *Quad. Rass. Sind.*, 3, 2010.
- BAYLOS GRAU A. – CARUSO B. - D'ANTONA M. - SCIARRA S. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996.
- BELLAVISTA A., *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT-47/2006.
- BERCUSSEON B., *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day in European Law Journal*, 3, 2007.
- BERTA G., *Eclisse della socialdemocrazia*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- BERTOLI P., *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- BERTOLI P., *Il ruolo della Corte di Giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento «Roma I»*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006.
- BESTAGNO F. – RADICATI DI BROZOLO L., *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007.
- BETHOUX E., *Le comité d'entreprise européen: un acteur de la responsabilité sociale de l'entreprise*, *Revue de l'IRES*, 2, 2008.
- BIAGI M. (a cura di), *Quality of Work and Employee Involvement in Europe*, Kluwer, The Hague, 2002.
- BIAGI M., *Fortune smiles on the Italian Eu Presidency: talking half-seriously about the posted workers and the parental leave directives*, in *Int. Jou. of Comp. Lab. Law and Ind. Rel.*, 1996.
- BIAGI M., *L'impatto della European Employment Strategy*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2000.
- BIAGI M., *La Direttiva CAE dopo sei anni: il successo di un nuovo modello?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000.
- BIAGI M., *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 3, 1996.
- BIAGI M., *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer, The Hague, 2001.
- BIANCA C. – GIARDINA A. (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Commentario*, in *Nuov. Leg. Civ. Com.*, 1995.
- BIZZARRO C., TIRABOSCHI M., *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004.
- BLANKE T., *La rifusione della direttiva CAE: il punto di vista tedesco*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2, 2010.
- BLANPAIN R. (ed. by), *Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law*, Kluwer, The Netherlands, 2006.
- BOELE-WOELKI K. - VAN OOIK R.H., *The Communitarization of Private International Law*, in *Yearbook of Int. Priv. Law*, 2002.
- BONARDI O., *L'utilizzazione indiretta di lavoratori*, Giuffrè, Milano, 2001.

BIBLIOGRAFIA

- BONOMI A. (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, in AJANI G. – BENACCHIO G. A. (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, XIV, Giappichelli, Torino, 2009.
- BONOMI A., *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, in *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2003.
- BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, I.S.D.C., Zurich, 1998.
- BONOMI A., *Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile erga omnes*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2007.
- BORELLI S., *Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006.
- BORELLI S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008.
- BOSCHIERO N. (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria delle legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009.
- BOSCHIERO N., *Appunti sulla riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Giappichelli, Torino, 1996.
- BOSCHIERO N., *Voce Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, Agg., Giuffrè, Milano, 2000.
- BRANCA G., *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano, 1971.
- BROGGINI G., *Il diritto internazionale privato e i rapporti di lavoro*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1, 2004.
- BROLLO M., *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1997.
- BRONZINI G., PICCONE V., *Diritto di sciopero e libertà di circolazione nelle recenti conclusioni degli avvocati generali*, in *Europeanrights.eu - Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2007.
- BRONZINI G., *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa ?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 4, 2009.
- BUSSANI M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010.
- BUSSANI M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.
- CAFAGGI F. – H. MUIR WATT (edited by), *Making European Private Law*, Ashgate, Cheltenham – Northampton, 2008.
- CAFAGGI F. – IAMICELI P. (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- CAFAGGI F. (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- CAMILLI E., *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 12, 2010.
- CAMPIGLIO C., *Prime applicazioni della clausola d'eccezione "europea" in materia contrattuale*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1992.

BIBLIOGRAFIA

- CAPURRO F., *Il distacco*, in *D&L*, 2004.
- CARABELLI U. – CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010.
- CARABELLI U. – LECCESE V., *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Cont. e imp./Europa*, 2005.
- CARABELLI U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009.
- CARABELLI U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1, 2007, anche in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT -49/2006*.
- CARABELLI U., *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2009.
- CARBONE S.M., *Il nuovo spazio giudiziario europeo, dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento Ce 44/2001*, Torino, 2002.
- CARBONE S.M., *Lo spazio giudiziario europeo*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CARDUCCI G., *Voce Norme di applicazione necessaria*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.
- CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, I, Giuffrè, Milano, 1995.
- CARINCI F. – PIZZOFRATO A. (a cura di), *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2010.
- CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1971.
- CARINCI M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Commentario al codice civile diretto da Pietro Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2000.
- CARINCI M. T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2010.
- CARINCI M.T., *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT-44/06*.
- CARTABIA M. – WEILER J. H. H., *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995.
- CARTABIA M., *Uniti nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 2005.
- CARUSO B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 81/2010*, pag. 13; ora anche in *Rass. Dir. Pub. Eur.*, 1, 2010.
- CARUSO B., *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 61/2008*.
- CASALE G., *La qualificazione del rapporto di lavoro nella raccomandazione n. 198/2006 dell’organizzazione internazionale del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 3, 2007.

BIBLIOGRAFIA

- CASAS BAAMONDE M.E., *Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretacion sudicia del Convenio de Roma*, in *Relaciones Laborales*, 1994, I.
- CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2008.
- CELOTTO A., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il "Trattato costituzionale" europeo*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, Roma, 28 giugno 2002.
- CELOTTO A. – CARTABIA M., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002.
- CELOTTO A. – GROPPI T., *Primaute e controlimiti nel Progetto di Trattato costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 4, 2004.
- CESTER C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento*, in CARINCI F. (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2007.
- CESTER C., *La norma inderogabile fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 119, 2008.
- CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-10/2004*.
- CINELLI M., *Diritto del lavoro comunitario e italiano: armonizzazione o conflitto? Il ruolo delle misure di sicurezza sociale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1997.
- CINELLI M., *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *Lav. Giur.*, 2, 2007.
- CORAZZA L., *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004.
- CORRAO M.E., *I rapporti di lavoro nella Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. Dir. Int. Priv.Proc.*, 1984.
- CORRAO M.E., *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lav. Dir.*, 2005.
- CORTI M., *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1, 2007.
- CORTI M., *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2, 2008.
- COSTA A., *Distacco transnazionale, normativa DURC e autocertificazione della regolarità contributiva*, in *Bollettino Adapt*, 11, 15 aprile 2009.
- COSTA A., *Mobilità transnazionale del management nei gruppi di impresa: la gestione del personale distaccato in Italia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2, 2008.
- CRAIG P. – DE BÜRCA G. (ed. by), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- CUZZOCREA L. – GIANBIANCO C. – BOSSO D. – FIORENZA A., *I manuali dell'impresa internazionale. I lavoratori italiani all'estero e stranieri in Italia*, ESI, Napoli, 2003.
- CUZZOCREA L. – ROCCHI R., *Distacco di lavoratori nella Ue: aspetti previdenziali e procedure*, in *Guid. Lav.*, 2005.
- D'ACUNTO S., *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009.

BIBLIOGRAFIA

- D'ANTONA M., *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1994.
- D'ANTONA M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità ?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di), *Opere. Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Milano, 2000; nella versione in inglese, ID., *Labour Law at the Century's End: An Identity Crisis*, in CONAGHAN J., FISCHL R.M., KLARE K. (ed. by), *Labour Law in a Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- D'ANTONA M., *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. Dir.*, 1992.
- DAUGAREILH I., *La contrattazione collettiva transnazionale*, in *Lav. Dir.*, 4, 2005.
- DAVIES G., *The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration*, in *Eur. Law. Rev.*, 2007.
- DAVIES P., *Posted workers: single market or protection of national Labour Law Systems?*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 34, 1997.
- DAVIES P., *The posted workers directive and the Ec Treaty*, in *Int. Law Jour.*, 31, 2002.
- DE CESARI P., *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005.
- DE LUCA TAMAJO R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2007.
- DE LUCA TAMAJO R., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco nella riforma del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005.
- DE MATTEIS A., GIUBBONI S., *Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità e sicurezza sociale*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 20, 1998.
- DE SALVIA A., *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Ruffert*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2008.
- DE SIMONE G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995.
- DEL PUNTA R., *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995.
- DELLA PORTA M., CAIANI M., *Social Movements and Europeanization*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- DORSSEMONT F., *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, reperibile al sito www.etui.org, 2008.
- EGAN R., *Constructing a European Market*, Oxford University Press, 2001.
- ELIASOPH I. H., *"A swithc in time" per la Comunità europea ? La dottrina Lochner e la rimodulazione dei diritti economici sociali in Europa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 122, 2, 2009.
- ELIASOPH I. H., *A "Swtich in Time" for the European Community ? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe*, in *Col. Jour. Eur., Law*, 14, 467, 2008.
- ESPOSITO M., *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Giorn. Dir. Lav. e Rel. Ind.*, 1996.

BIBLIOGRAFIA

- ESPOSITO M., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002.
- ESPOSITO M., *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2006.
- EWING K., HENDY QC. J., *The dramatic implications of Demir and Baykara*, in *Ind. Law Jour.*, 39, 2010.
- FALLON M. e MEEUSEN J., *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *Yearbook of Int. Priv. Law*, 2002.
- FALLON M., *Les conflits de Lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit International de La Haye*, 235, 1995.
- FARANDA T., *Previdenza sociale e lavoro estero*, *Comunicazioni e studi*, Milano, Voll. XVII-XVIII, 1985.
- FERRARESE M. R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- FERRERA M., *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- FICARI L. (a cura di), *Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 2006.
- FICARI L., *Distacco transnazionale, applicazione di contratti collettivi nazionali e livelli salariali*, in *Dir. Lav.*, II, 2002.
- FOGLIA R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001.
- FOGLIA R., *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova, 2002.
- FOGLIA R., *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova, 2002.
- FOIS P., CLERICI R. (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2007, anche in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004.
- FORLATI PICCHIO L., *Voce Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IV, Torino, 1989.
- FRANESCAKIS P., *Conflits de lois (principes généraux)*, in *Rep. Dalloz, Droit international*, 1, Parigi, 1968.
- FRANESCAKIS P., *Lois d'application immédiate et règles de conflit*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967.
- FRANESCAKIS P., *Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles sur les conflits de lois*, in *Rev. critique*, 1966.
- FRANZINA P., *Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II")*, in *Le Nuov. Leg. Civ. Com.*, 4, 2008.
- FRANZINA P., *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I"*, Cedam, Padova, 2006.

BIBLIOGRAFIA

- FRANZINA P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008.
- FREEDLAND M., *Private law, regulation and governance design and the personal work contract*, in CAFAGGI F. – MUIR WATT H. (edited by), *Making European Private Law*, Ashgate, Cheltenham – Northampton, 2008.
- GALGANO F. – CASSESE S. – TREMONTI G. – TREU T., *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1993.
- GALGANO F., *L'impresa transnazionale e i diritti nazionali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1, 2005.
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- GAMBACCIANI M., *La disciplina del distacco nell'art. 30 del D.lgs. 276/2003*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005.
- GARATTONI M., *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego, tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006.
- GHEZZI G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2003.
- GIESEN R., *Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms ?*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 2003.
- GIUBBONI S. – ORLANDINI G., *Il conflitto collettivo nell'ordinamento comunitario*, in *Dem. Dir.*, 3, 2004.
- GIUBBONI S. – ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 2003.
- GIUBBONI S., *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2, 2009, ora anche in PINELLI C. – TREU T. (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- GIUBBONI S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio delle libertà comunitarie*, in *Dir. Lav. Merc.*, 3, 2008.
- GIUGNI G., (Voce) *Sciopero. I) Ordinamento italiano*, in *Enc. Giur.*, 1992.
- GIULIANO M. – LAGARDE P., *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Gazz. Uff. Com. Eur.* C 282 del 31.10.1980.
- GNES M., *La scelta del diritto, concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 2004.
- GORZ A., *L'immateriale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- GOTTARDI D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lav. Dir.*, 3, 2008.
- GOTTARDI D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 4, 2010.
- GRAGNOLI E. – PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004.
- GRANDI M. – PERA G. (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2009.
- GRANDI M., *"Il lavoro non è una merce": una formula di rimeditare*, in *Lav. Dir.*, 1997.

BIBLIOGRAFIA

- GRANDI M., *Le modificazioni del rapporto di lavoro. Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972.
- GRANDI M., Voce *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990.
- GREPPI E., (Voce) *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Enc. Dir.*, IV, Sez. Pubbl., Vol. XIV, 1999.
- GUARRIELLO F. – LEONARDI S. (a cura di), *Globalizzazione e relazioni industriali. Consultazione dei lavoratori nelle imprese transnazionali*, Ediesse, Roma, 2003.
- GUARRIELLO F., *Le funzioni negoziali del comitato aziendale europeo tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, in *Lav. Dir.*, 2005.
- GUARRIELLO F., *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- HALBERSTAM D. – MÖLLERS C., *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"*, in *Ger. Law Jour.*, 2009.
- HEIMLER A., *La direttiva Bolkestein*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006.
- HEPPLE B., *Diritto del lavoro e crisi economica: lezioni dalla storia europea*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 3, 2009.
- HEPPLE B., *Labour Law and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005.
- HOLDEN C., *Decommodification and the Workfare State*, in *Pol. Stud. Rev.*, 3, 2003.
- HOS N., *The principle of proportionality in Viking and Laval: an appropriate standard of judicial review ?*, in *Eur. Lab. Law Jour.*, 2, 2010.
- HOUWERZIJL M., *Posting of workers: background, content and implementation of directive 96/71/EC*, in *Com. Law Rev. News*, 2005.
- ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale fondato da A. Cicu e G. Messineo e diretto da L. Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 2000.
- ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999.
- INGLESE I., *Sull'efficacia extraterritoriale dei contratti collettivi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1994.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- JAYME E., *Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006.
- JOERGES C., *Conflict of laws as the legal paradigm of the postnational constellation*, in *Europeanrights.eu - Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 23 febbraio 2009.
- JOERGES C., *Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, Re-conceptualisation and Recent True Conflicts*, in *EUI Working Papers – Law*, 25, 2007.
- KAHN-FREUND O., *I contratti in diritto internazionale privato inglese: vecchie regole e nuovi sviluppi*, in *Dir. Int.*, 1971.
- KAHN-FREUND O., *Le relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1980.
- LAGARDE P., *Le nouveau droit International privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980*, in *Riv. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1991.

BIBLIOGRAFIA

- LAGARDE P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 196, 1986.
- LAGARDE P., *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Riv. Crit. Dro. Int. Priv.*, 2006.
- LASSANDARI A., *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2, 2005.
- LIMARDO E., *La sicurezza sociale comunitaria tra riforme istituzionali e allargamento dell'Unione europea*, in *Dir. Lav.*, 1-2, 2004.
- LISO F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Giuffrè, Milano, 1982.
- LO FARO A., "Turisti e vagabondi": *riflessioni sulla mobilità dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lav. dir.*, 2, 2005.
- LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008.
- LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1999.
- LO FARO A., *La contrattazione collettiva dei paesi newcomers e il modello sociale europeo*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2, 2009.
- LOTTI P., *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- LYON CAEN A. –PERULLI A. (a cura di), *Trasformazioni dell'impresa e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004.
- LYON-CAEN A. – SCIARRA S., *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *I contratti di lavoro internazionali*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 20, 1998.
- LYON-CAEN A., *Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives*, in *Rev. Mar. Com.*, 1991.
- LYON-CAEN A., *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services, quelques observations*, in *Droit Social*, 2005.
- MAGNANI M., *Direttive comunitarie di vecchia e nuova generazione e trasformazioni dell'impresa*, in *Dir. Lav.*, 2005.
- MAGNANI M., *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004; anche in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. Lav.*, 2003.
- MAGNO P., *Il lavoro all'estero*, Cedam, Padova, 1990.
- MAGNO P., *La tutela del lavoro nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2000.
- MAGNUSSON L. – STRATH B. (edited by), *A European Social Citizenship? Pre-conditions for Future Policies in Historical Light*, Brussel, 2005.
- MAGRINI S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980.
- MALATESTA A., *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.*, 43, 2007.
- MALMBERG J. (edited by), *Effective enforcement of EC labour law*, Kluwe, The Hague-London-New York, 2003.
- MANCINI G.F., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004.

BIBLIOGRAFIA

- MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1958.
- MANCINI G.F., *The Making of a Constitution for Europe*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 1989.
- MANTOVANI A. – MARATTIN L., *Economia dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- MARETTI S., *La legislazione previdenziale applicabile ai lavoratori temporanei distaccati all'estero*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000.
- MARINO S., *Metodo di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2010.
- MARTINICO G., *L'integrazione silente*, Jovene, Napoli, 2009.
- MASTROIANNI R., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzionali nazionali*, *Convegno Corte di Cassazione "La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale, Corti europee e giudice nazionale"*, Roma 21 gennaio 2009.
- MAVRIDIS P., *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne*, Atene-Bruxelles, 2003.
- MATTEI A., *Il distacco europeo del lavoro: nuove prospettive? Appunti per una ricerca*, in *Europeanrights.eu - Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2010.
- MAZZOTTA O., *Rapporti di lavoro, società collegate e Statuto dei lavoratori*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973.
- MAZZOTTA O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.
- MEEUSEN J., PERTEGAS M., STRAETMANS G. (ed. by), *Enforcement of International Contracts in European Union: Convergence and Divergence between Bruxelles I and Rome I*, Intersentia, Antwerpen, 2004.
- MENGOZZI P., *La riforma del diritto internazionale privato italiano. La l. 31 maggio 1995, n. 218*, Jovene, Napoli, 1997.
- MIGLIORINI S., *Delocalizzazioni di imprese e azioni sindacali secondo la sentenza Viking*, in *Riv. Dir. Int.*, 3, 2008.
- MONTI M., *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010.
- MONTUSCHI L. (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, Milano, 2007.
- MOREAU M. A., *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, in *Jou. Dro. Int.*, 1996.
- MOSCONI F. – CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato (Riforma del)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2000.
- MOSCONI F. – CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 1, Giappichelli, Torino, 2007.
- MOSCONI F., *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 20, 1998.
- MOSCONI F., *La giurisdizione in materia di lavoro nel regolamento (Ce) n. 44/2001*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1, 2003.

BIBLIOGRAFIA

- MURATORIO A., *Il distacco in ambito privato nella recente legislazione degli orientamenti giurisprudenziali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1, 2009.
- MUIR WATT H., *Aspects Economiques du droit international privé, Recueil Des Cours. Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 307, 2004.
- MUNARI F., *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006.
- NADALET S., *Impresa transnazionale e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 3, 2005.
- NADALET S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lav. Dir.*, 1, 2008.
- NAPOLI M. (a cura di), *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Milano, 2006.
- NAPOLI M. (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori (d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25). Artt. 1-8*, in *Nuov. Leg. Civ. Com.*, 4, 31, 2008.
- NASCIMBENE B. (a cura), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano, 1998.
- NEUMANN F., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, ed. it. a cura di MATTEUCCI N., Il Mulino, Bologna, 1973.
- NICOLUSSI A., *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Eur. Dir. Priv.*, 1, 2006.
- NOGLER L. (a cura di), *Le attività autonome*, in AJANI G. – BENACCHIO G.A. (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, VI, Giappichelli, Torino, 2006.
- NOGLER L., *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 118, 2, 2008.
- NUNIN R., *Il dialogo sociale europeo*, Giuffrè, Milano, 2001.
- NUNIN R., *Sindacato in Europa*, Giuffrè, Milano, 2001.
- OLIVELLI P., *I regolamenti U.e. in materia di sicurezza sociale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2, 2010.
- ORLANDINI G., *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, pag. 237 ss.; anche in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT-66/2008*.
- ORLANDINI G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT-45/2006*.
- ORLANDINI G., *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 4, 2009.
- ORLANDINI G., *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori tra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni della direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999.
- ORLANDINI G., *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2003.
- PALLADINO A., *L' "autonomia" del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, Studi sull'integrazione europea, 1, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- PALLINI M. – PEDERSINI R., *Posted workers in the European Union*, in *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, 2010.
- PALLINI M., *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2, 2006.
- PALLINI M., *La proposta di direttiva Bolkestein: tanto rumore per nulla ? Libertà di circolazione, liberalizzazione dei servizi, rischi (veri e presunti) di dumping sociale*, dattiloscritto, 2008.
- PALLINI M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2, 2008.
- PANEBIANCO M., *Voce Lavoro (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Giur. Trec.*, XIX, 1990, pag. 187.
- PASA B., ROSSI P., WEITENBERG M., *Diritto contrattuale europeo tra Direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, Giappichelli, Torino, 2007.
- PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004.
- PEDRAZZOLI M., *Per un diritto del lavoro plurale. Omaggio a Robert Reich*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 4, 2008.
- PENNINGS F., *Introduction to European Social Security Law*, Fourth Edition, Antwerpen-Oxford-New York, 2003.
- PERA G., *Il diritto di sciopero*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 1986.
- PERULLI A., *Contrattazione transnazionale nell'impresa europea e CAE: spunti di riflessione*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 2000.
- PERULLI A., *Contrattazione transnazionale nell'impresa europea e CAE: spunti di riflessione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000.
- PERULLI A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2007.
- PERULLI A., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2, 2007.
- PERULLI A., *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale fondato da A. Cicu e G. Messineo e diretto da L. Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1996.
- PERULLI A., *Voce Lavoro e commercio internazionale*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, Agg., Torino, 2000.
- PESSI R., *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2, 2010.
- PESSI R., *Lavoro, mercato, «ordine spontaneo», regolazione transnazionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2009, ora in PESSI R., *Ordine giuridico ed economia di mercato*, Cedam, Padova, 2010.
- PETRYLAITÉ D. – WOOLFSON C., *'Missing in Action': The Right to Strike in the Baltic New Member States – an Absent EU Competence*, in *Int. Jour. Comp. Lab. Law. Ind. Rel.*, 2006.
- PICONE P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004.
- PICONE P., *La riforma italiana di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1998.
- PINELLI C. – TREU T. (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- PINO G., *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2005.

BIBLIOGRAFIA

- PIZZOFERRATO A., *Prestito del lavoratore, interesse del datore distaccante e consenso del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993.
- POCAR F. – VIARENGO I., *Diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova, 2001.
- POCAR F., *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una “European conflict of law revolution” ?*, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 4, 2000.
- POCAR F., *La legge applicabile ai rapporti di lavoro secondo il diritto italiana*, in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1970.
- POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 188, 1984.
- POCAR F., *Labour Relations in Italian Private International Law. National Reports to the XI International Congress of Comparative Law*, 1982.
- POCAR F., *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. int.priv. proc.*, 1967.
- POCAR F., *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*, in *Riv. it.dir.lav.*, 2, 1982.
- POIARES MADURO M., *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- POLANYI K., *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Einaudi, Torino, 1974.
- PORTINARO P., *La crisi dello jus publicum europaeum*, Torino, 1982.
- PUTRIGNANO V., *Il distacco dei lavoratori*, in www.lablex.it, 2009.
- QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969.
- RAZZOLINI O., *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da “unicità di impresa”*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 122, 2, 2009.
- REICH R., *Supercapitalismo*, Fazi, Roma, 2008.
- RESCIGNO P. (diretti da), *Trattato di diritto privato*, I, Utet, Torino, 1984.
- RIDOLA P., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010.
- ROCCELLA M. – TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2009.
- ROCCELLA M., *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1997.
- ROCCELLA M., *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997.
- RODIÈRE P., *Droit social de l'Union Européenne*, Dalloz, Paris, 2008.
- ROMAGNOLI U., *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, in *Lav. Dir.*, 4, 2003.
- ROMAGNOLI U., *Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale*, in *Lav. Dir.*, 2, 1999.
- RONNMAR M., *Eu Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Hart Publishing, The Netherlands, 2008.
- ROSS M., *Solidarietà: un nuovo paradigma costituzionale per l'Unione europea ?*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2, 2009.

BIBLIOGRAFIA

- RUGGIE J.G., *International regimes, transactions and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, in *International Organization*, 1982.
- RUSCIANO M., *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2009.
- RUSCIANO M., *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- SACCÀ E., *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte)*, in *WP "Massimo D'Antona" C.S.D.L.E.* 86-2010.
- SALERNO F. – FRANZINA P. (commentario a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (« Roma I »)*, in *Nuov. Leg. Civ. Com.*, 3/4, 2009.
- SBORDONE F., *Contratti internazionali e lex mercatoria*, ESI, Napoli, 2009.
- SCARPONI S. (a cura di) *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2001.
- SCARPONI S. (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, in *Quad. Dipart. Scienze Giuridiche*, Trento, 2007.
- SCARPONI S., *Gli accordi transnazionali a livello di impresa: uno strumento per contrastare il social dumping*, in *Lav. Dir.*, 1, 2011.
- SCHARPF F. W., *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, Bologna, 1999.
- SCHARPF F. W., *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- SCIARRA S. – CARUSO B. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in AJANI G. – BENACCHIO G.A. (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, V, Giappichelli, Torino, 2009.
- SCIARRA S. (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010.
- SCIARRA S., *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Cgce europea*, in *Dir. Merc. Lav.*, 3, 2000.
- SCIARRA S., *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 109, 2006.
- SCIARRA S., *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 73/2009* (ora anche in AHLBERG K.(ed. by), *Liber Amicorum for Ronnie Eklund*, Iustus, Uppsala, 2010).
- SCIARRA S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. Dir.*, 2, 2008.
- SERVAIS J., *Droit social de l'Unione Européenne*, Bruxelles, 2008.
- SPATH D. – GANZ W., *The future of Service: Trends and Prospectives*, Hanser, Monaco, 2008.
- SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 1, 2010.
- STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2005.
- SUPIOT A., *L'esprit de Philadelphie*, Dalloz, Paris, 2010.
- SUPIOT A., *Le droit du travail bradé sur la marché des normes*, in *Dr. Soc.*, 2005.
- SYRPIS P., *The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?* in *Int. Law Jour.*, 2008.

BIBLIOGRAFIA

- TERSIGNI S., *L'articolo 17 del regolamento comunitario n. 1408/71*, in *Guida al Lav.*, 2005.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008.
- TEUBNER G. (a cura di), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.
- TIRABOSCHI M. – RAUSEI P., *Gli autotrasportatori fanno da apripista*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 ottobre 2010.
- TIRABOSCHI M. (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la Riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, Milano, 2006.
- TIZZANO A., (a cura di), *Professioni e servizi nella Cee*, Cedam, Padova, 1985.
- TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004.
- TORTINI S., *Il distacco del lavoratore nel diritto dell'Unione europea e italiano*, Tesi di dottorato in Diritto del lavoro, Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna, XXII° Ciclo, in <http://amsdottorato.cib.unibo.it/>
- TREU T., *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004.
- TREVES T. (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam, Padova, 1983.
- TULLINI P. (a cura di), *Lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, Bologna, 2009.
- UBERTAZZI B., *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.
- TUSSINO G., *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, in *Il Dir. Merc. Lav.*, 1-2, 2006, pag. 167 ss.
- TUSSINO G., *Regolamento Roma I: luci ed ombre della nuova disciplina dei rapporti di lavoro transnazionali*, in *Il Dir. Merc. Lav.*, 3, 2008, pag. 485 ss.
- VALLEBONA A., *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004.
- VALLEBONA A., *Problemi del rapporto di lavoro nei gruppi di società*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1982.
- VAN DEN EECKHOUT V., *Promoting human rights within the Union: the role of European private international law*, in *Eur. Law Jou.*, 2008.
- VECCHIO F., *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, in Europeanrights.eu,
- VENEZIANI B., *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, *Riv. Giur. Lav.*, 2006.
- VENTURINI G., *L'organizzazione mondiale del commercio*, Giuffrè, Milano, 2004.
- VENTURINI G., *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2004.
- VERSCHUEREN H., *Cross-border workers in the European internal market: Trojan horses for Member States' labour and social security law?*, in *Int. Jour. Comp. Law.*, 24, 2, 2008.
- VIGHI A., *Il diritto di sciopero e gli orientamenti della Corte di Giustizia*, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Trento, A.A. 2009/2010.
- VILLANI U., *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, ESI, Napoli, 2008.
- VILLANI U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2001.

BIBLIOGRAFIA

- VIMERCATI A. (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, Bari, 2009.
- VIRGA P., *il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Giuffrè, Milano, 2002.
- VITTA E., *Diritto internazionale privato*, in *Dig, Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, 1990.
- WEDDERBURN OF CHARLTON B., *Relazioni di lavoro e nuovo capitalismo*, in *Lav. Dir.*, 2, 2008.
- WEILER J.H.H., *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- WEISS M., *Le prospettive del diritto del lavoro e delle relazioni industriali in Europa*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001.
- WILDERSPIN M. – ROUCHAUD-JOET A.M., *La compétence externe de la Communauté européenne en droit International privé*, in *Riv. Crit. Droit Int. Priv.*, 2004.
- WOOLFSON C., *Labour Standards and Migration in the New Europe: Post-Communist Legacies and Perspectives*, in *Eur. Jour. Ind. Rel.*, 2007.
- ZAGREBELSKY G., PORTINARIO P.P., LUTHER J. (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.
- ZARRO M., *La tutela previdenziale dei lavoratori italiani all'estero e stranieri in Italia*, Tesi di Laurea in Diritto della previdenza sociale, LUISS Guido Carli, A.A. 2006/2007.
- ZOPPINI A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

GIURISPRUDENZA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

- Manpower*, C-35/70, 17 dicembre 1970.
- Dassonville*, C-8/74, 11 luglio 1974.
- Van Wesemal*, C-110 e 111/78, 18 gennaio 1979.
- Cassis de Dijon*, C-120/78, 20 febbraio 1979.
- Oebel*, C-155/80, del 14 luglio 1981.
- Ivenel*, C-133/81, 29 maggio 1982.
- Peters*, C-34/82, 22 marzo 1983.
- Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, C-205/84, 4 dicembre 1986.
- Commissione c. Germania*, C-205/84, 4 dicembre 1986.
- Reisebüro/Zentrale*, C-66/86, 11 aprile 1989.
- Torfaen*, C-145/88, 23 novembre 1989.
- Rush Portuguesa*, C-138/89, 27 marzo 1990.
- Commissione c. Repubblica francese*, C-154/89, 26 febbraio 1991.
- Commissione c. Repubblica ellenica*, C-198/89, 26 febbraio 1991.
- Commissione c. Repubblica italiana*, C-180/89, 26 febbraio 1991.
- Conforama*, C-31/89, 28 febbraio 1991.
- Marchandise*, C-332/89, 28 febbraio 1991.
- Sager*, C-76/90, 25 luglio 1991.
- Wirth*, C-109/92, 7 dicembre 1993.
- Schindler*, C-275/92, 24 marzo 1994.
- Peralta*, C-379/92, 14 luglio 1994.
- Vander Elst*, C-43/93, 9 agosto 1994.
- Schindler*, C-275/92, 24 marzo 1995.
- Alpine*, C-384/1993, 10 maggio 1995.
- Gebhard*, C-55/94, 30 novembre 1995.
- Rutten*, C-383/95, 9 gennaio 1997.
- Ymvoulio Epikrateias-Grecia*, C-398/95, 5 giugno 1997.
- Borsata*, C-2/97, del 17 dicembre 1998.
- Centros*, C-212/97, 9 marzo 1999.
- Albany*, C-67/96, 21 settembre 1999.
- Arblade*, C-369/96, 23 novembre 1999.
- Fitzwilliam*, C-202/97, 10 febbraio 2000.
- Commissione c. Italia*, C-264/99, 8 giugno 2000.
- Haim*, C-424/97, 4 luglio 2000.
- Plum*, C-404/98, 9 novembre 2000.

BIBLIOGRAFIA

- Ingmar*, C-381/98, 9 novembre 2000.
- Mac Queen*, C-108/96, 1 febbraio 2001.
- Mazzoleni*, C-165/98, 15 marzo 2001.
- Bofrost*, C-62/99, 29 marzo 2001.
- Finalarte*, C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98, 25 ottobre 2001.
- Canal satellite digital*, C-390/99, 22 gennaio 2002.
- Portugaia Construcoes*, C-164/99, 24 gennaio 2002.
- Commissione c. Italia*, C-279/00, 7 febbraio 2002.
- Weber*, C- 37/00, 27 febbraio 2002.
- Payroll Data Services*, C-79/01, 17 ottobre 2002.
- Commissione c. Italia*, C-131/01, 13 febbraio 2003.
- Pugliese*, C-437/00, 10 marzo 2003.
- Schminderbeger*, C-112/00, 12 giugno 2003.
- Schnitzer*, C- 215/01, 11 dicembre 2003.
- Omega*, C-36/02, 14 gennaio 2004.
- Herbert*, C-71/02, 25 marzo 2004.
- Wolff & Muller GmbH & Co.*, C-60/03, 12 ottobre 2004.
- Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, C-341/02, 14 aprile 2005.
- Marks&Spencer*, C-446/03, 13 dicembre 2005.
- SA: Names BV*, C-2/05, 26 gennaio 2006.
- Commissione c. Repubblica italiana*, C 465/05, 13 dicembre 2007.
- Laval*, C-341/05, 18 dicembre 2007.
- Ruffert*, C-346/06, 3 aprile 2008.
- Commissione c. Lussemburgo*, C-319/06, 19 giugno 2008.
- Kücükdeveci*, C-555/07, 19 maggio 2010.
- Palhota*, C-515/08, 7 ottobre 2010.
- Lange*, C-350/1999, 8 febbraio 2011.
- Vicoplus*, C-307-309/09, 10 febbraio 2011.
- Koelzsch*, C-29/10, 15 marzo 2011.

GIURISPRUDENZA CORTI NAZIONALI

- Cour d'Appel de Paris, 7 giugno 1996.
Court de Cass., 17 ottobre 2000.
Court de Cass., 29 novembre 2000.
Court de Cass., 4 luglio 2001.
Court de Cass., 12 novembre 2002.
Court de Cass., 7 ottobre 2003.
Conseil Constitutionnel, n. 496, 10 giugno 2004, n. 496.
Court de Cass., 23 ottobre 2005.
Court de Cass., 10 marzo 2007.
Court de Cass., 3 maggio 2007.
Court de Cass., 16 maggio 2007.
- Cass., n. 5156, 6 settembre 1980.
Cass., n. 3209, 25 maggio 1985.
Cass., n. 1530, 7 marzo 1986.
Cass., n. 1324, 7 febbraio 1987.
Cass., n. 877, 1 febbraio 1988.
Cass., n. 10556, 8 ottobre 1991.
Cass., n. 10556, 8 ottobre 1991.
Cass., n. 2193, 22 febbraio 1992.
Cass., n. 2193, 22 febbraio 1992.
Cass., n. 4851, 23 aprile 1992.
Cass., n. 9517, 12 agosto 1992.
Cass., n. 9517, 12 agosto 1992.
Cass., n. 12053, 9 novembre 1992.
Cass., n. 9435, 9 settembre 1993.
Cass., n. 9435, 9 settembre 1993.
Cass., n. 6657, 13 giugno 1995.
Cass., n. 6657, 13 giugno 1995.
Cass., n. 2756, 27 marzo 1996.
Cass., n. 2765, 27 marzo 1996.
Cass., n. 2622, 9 marzo 1998.
Cass., n. 2622, 9 marzo 1998.

BIBLIOGRAFIA

- Cass., n. 9768, 1 ottobre 1998.
Cass., n. 12543, 14 dicembre 1998.
Cass., n. 5721, 10 giugno 1999.
Cass., n. 5721, 10 giugno 1999.
Cass., n. 8567, 10 agosto 1999.
Cass., n. 12224, 2 novembre 1999.
Cass., n. 12224, 2 novembre 1999.
Cass., n. 12224, 2 novembre 1999.
Cass., n. 1733, 16 febbraio 2000.
Cass., n. 1733, 16 febbraio 2000.
Cass., n. 1733, 16 febbraio 2000.
Cass., n. 1733, 16 febbraio 2000.
Cass., n. 7743, 7 giugno 2000.
Cass., n. 7743, 7 giugno 2000.
Cass., n. 14458, 7 novembre 2000.
Cass., n. 14458, 7 novembre 2000.
Cass., n. 14622, 11 novembre 2000.
Cass., n. 594, 17 gennaio 2001.
Cass., n. 15822, 11 novembre 2002.
Cass., n. 16165, 18 agosto 2004.
Cass., n. 17748, 2 settembre 2004.
Cass., n. 22332, 26 novembre 2004.
Cass., n. 17845, 8 settembre 2005.
Cass., n. 26976, 7 dicembre 2005.
Cass., n. 9557, 26 aprile 2006.
Cass., n. 7049, 22 marzo 2007.
Cass., n. 10549, 9 maggio 2007.
Cass., n. 215, 11 gennaio 2010.
- Trib. Milano, 14 settembre 1991.
Trib. Firenze, 23 maggio 1985.
Trib. Firenze, 23 maggio 1985.
Trib. Rieti, 11 marzo 1999.
Pret. Palermo, 26 ottobre 1988.
Trib. Palermo, 27 settembre 1989.

BIBLIOGRAFIA

Trib. Napoli, 29 aprile 2003.

Corte App. Milano, 31 luglio 2003.

Tribunale di Roma, 21 novembre 2008.

Tar di Bolzano, n. 140, 19 aprile 2005.

Federfarma, Cons. Stato, n. 4207, 8 agosto 2005.

DOCUMENTI (UNIONE EUROPEA)

- Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali*, del 15 gennaio 2004, n. 3.
- Comitato economico e sociale europeo sul tema Distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi — Massimizzarne i vantaggi e le potenzialità garantendo la tutela dei lavoratori* COM(2007) 304 def. (2008/C 224/22) del 30.08.2008.
- Commission of the European Communities, Proposal for a directive of the Council on harmonisation of the legislation of member states on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations*, 1972.
- Commissione europea, Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, del 4 aprile 2006, COM (2006) 159 definitivo.
- Commissione europea, Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, Com (2006) def., Bruxelles, 04.04.2006.
- Commissione europea, Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato della Regioni su l'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri*, 25 Luglio 2003, COM (2003) 458 definitivo.31.
- 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*, disponibile su www.eur-lex.europa.eu/
- Linee di orientamento integrate per il periodo 2005-2008, assunte con Decisione del Consiglio*, del 12 luglio 2005, sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione, pubblicata in *Gazz. Uff.*, 6 agosto 2005, L 205, 21-27.
- Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*, (COM 2002 n. 654, def. 14 gennaio 2003), si può leggere in G.U.C.E., C-108/1.
- Relazioni Servizi Mercato Interno dei servizi*, ripresa poi nel 2008, al seguente link: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/l33280_it.htm
- Risoluzione Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 96/71/Ce negli Stati membri* (P5_TA (2004) 0030), 15 gennaio 2004.
- Risoluzione Parlamento europeo, Sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea*(2008/2085 (INI)), 22 ottobre 2008.
- Rapport des Services de la Commission etc.*, SEC (2006) 439, 4 aprile 2006.
- ETUC, *The Posting of Workers Directive: Proposals for revision – Resolution adopted at the ETUC Executive Committee on 9–10 March 2010*, 2010, sul sito: http://www.etuc.org/IMG/pdf_Resolution-on-Posting-DirectiveEN.pdf.